

Schweizerische Wettbewerbsbehörden
Autorités suisses de la concurrence
Autorità svizzere della concorrenza

RPW

Recht und Politik des Wettbewerbs

DPC

Droit et politique de la concurrence

DPC

Diritto e politica della concorrenza

1997/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb

Eidgenössische Drucksachen-
und Materialzentrale
CH-3000 Bern

Preis Einzelnummer:

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement

Fr. 80.--

(Form. 701.000 97/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Vente

Office central fédéral
des imprimés et du matériel
CH-3000 Berne

Prix au numéro.

Fr 25.--

Prix de l'abonnement annuel

Fr 80 --

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vendita.

Ufficio centrale federale
degli stampati e del materiale
CH-3000 Berna

Prezzo per esemplare:

Fr 25.--

Prezzo dell'abbonamento

Fr. 80 --

RPW

Recht und Politik des Wettbewerbs

DPC

Droit et politique de la concurrence

DPC

Diritto e politica della concorrenza

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Juli / juillet / luglio 1997

Systematik	A Tätigkeitsberichte A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher B Verwaltungsrechtliche Praxis B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission B 2 Wettbewerbskommission B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht D Entwicklungen D 1 Erlasse D 2 Bibliographie E Diverses
Système	A Rapports d'activité A 1 Commission de la concurrence A 2 Surveillance des prix B Pratique administrative B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence B 2 Commission de la concurrence B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence B 4 Tribunal fédéral B 5 Conseil fédéral B 6 Surveillant des prix C Pratique des tribunaux civils C 1 Tribunaux cantonaux C 2 Tribunal fédéral D Développements D 1 Actes législatifs D 2 Publications / Bibliographie E Divers
Sistematica	A Rapporti d'attività A 1 Commissione della concorrenza A 2 Sorveglianza dei prezzi B Prassi amministrativa B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza B 2 Commissione della concorrenza B 3 Commissione di ricorso in materia di concorrenza B 4 Tribunale federale B 5 Consiglio federale B 6 Sorvegliante dei prezzi C Prassi dei tribunali civili C 1 Tribunali cantonali C 2 Tribunale federale D Sviluppi D 1 Atti legislativi D 2 Pubblicazioni / Bibliografia E Diversi

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**1997 / 2**

	Seite
B Verwaltungsrechtliche Praxis	
Pratique administrative	
Prassi amministrativa	
B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission	
Secrétariat de la Commission de la concurrence	
Segreteria della Commissione della concorrenza	
1. Vorabklärungen / Enquêtes préalables / Inchieste preliminari	
1.1 Télécom PTT - données des annuaires téléphoniques	131
1.2 Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève	132
1.3 Post PTT - Adressaktualisierungen	138
1.4 SWICO Recycling	142
1.5 Schémas de calcul dans la branche de l'optique ("Kalkulationshandbuch")	146
1.6 Importations parallèles et directes d'automobiles	146
1.7 Laboratoires d'analyses médicales	147
2. Empfehlungen / Recommandations / Raccomandazioni	
2.1 Konvention IX der Bankiervereinigung	148
2.2 Telecom PTT-Fachhändler-Verträge	148
3. Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi	
3.1 Bundesgesetz über Meteorologie und Klimatologie (MetG)	150
3.2 Rindvieh- und Kleinviehzucht Verordnung	152
4. Beratungen / Conseils / Consulenze	
4.1 Zusammenschluss BLS, BN, GBS und SEZ	152
B 2 Wettbewerbskommission	
Commission de la concurrence	
Commissione della concorrenza	
1. Vorsorgliche Massnahmen / Mesures provisionnelles / Misure cautelari	
2.1 Recymet SA (Abweisung superprovisorischer Massnahmen)	154
2.2 Recymet SA (Abweisung vorsorglicher Massnahmen)	155
2. Untersuchungen	
Enquêtes	
Inchieste	
2.1 Telecom PTT/Blue Window	161
2.2 Nutztierfütterung	175
2.3 Contrats de distribution automobiles	178

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
3.1 Publicitas - Gasser - Tschudi Druck	179
3.2 DiAx	197
3.3 Batigroup	202
4. Empfehlungen / Recommandations / Raccomandazioni	
4.1 Versicherungsvertragsgesetz (VVG)	207
4.2 Révision partielle de la loi bernoise sur le notariat	211
4.3 Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève (LMI)	212
4.4 Parallelimporte von Parfums und Kosmetika	216
5. Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi	
5.1 Status der Kantonalbanken	217
5.2 Heilmittelgesetz	220
5.3 Fernmeldegesetzverordnungen	226
5.4 Postgesetzverordnung	234
5.5 Gift- u. Stoffverordnung	236
6. Sanktionen / Sanctions / Sanzioni	
6.1 BKW - AEK / Comtop AG	237
B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1. Künstliche Besamung (Vorsorgliche Massnahmen)	243
C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1 Kantonale Gerichte / Tribunaux cantonaux / Tribunali cantonali	
1. Film-Serienkopien (Handelsgericht des Kt. Zürich)	257
2. Arzneimittelmarkt (Handelsgericht des Kt. Aargau)	265
3. Arzneimittelmarkt (Handelsgericht des Kt. Aargau)	285
D Entwicklungen / Développements / Sviluppi	
D 2 Bibliographie / Bibliographie / Bibliografia	296
Abkürzungsverzeichnis Registre des abréviations Indice delle abbreviazioni	298

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission
Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1 1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

B 1.1 1. Télécom PTT - données des annuaires téléphoniques

Keine unzulässigen Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens des öffentlichen Rechts; Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 KG.

Absence de pratiques illicites d'une entreprise de droit public ayant une position dominante; art. 2 al. 1, art. 4 al. 2 et art. 7 LCart.

Assenza di pratiche illecite di un'impresa di diritto pubblico avente una posizione dominante; art. 2 cpv. 1, art. 4 cpv. 2 e art. 7 LCart.

Rapport final du 1er mai 1997 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas de la politique des Télécom PTT en matière d'accès aux données relatives aux annuaires téléphoniques.

A. En fait

1. L'art. 33 al. 1 de l'ordonnance sur les services de télécommunications (OST, RS 784.101.1) exige que Télécom PTT (l'entreprise des PTT) publie les annuaires sous forme de listes imprimées ou les mette à disposition du public par voie électronique.
2. L'art 33 al. 2 OST stipule que Télécom PTT fixe le contenu et la présentation des annuaires ainsi que la forme sous laquelle ils seront publiés, la date de leur publication et les émoluments dûs.
3. L'art. 37 al. 3 OST permet à Télécom PTT de fixer les conditions auxquelles sont communiquées les données contenues dans les annuaires.
4. Télécom PTT dispose des bases légales suffisantes pour réglementer l'acquisition et la transmission des données des annuaires.
5. Les données des annuaires sont accessibles par les canaux suivants: annuaires téléphoniques, 111, annuaires locaux, cédéroms, ETV (via un 157 xx xx ou via télépac).
6. Télécom PTT vend les données des annuaires à des entreprises privées qui veulent produire des annuaires locaux ou des cédéroms. A cet effet, elle a établi des conditions de livraison.

7. Ces conditions de livraison sont identiques pour tous les clients de Télécom PTT.
8. Télécom PTT vend son propre annuaire sur cédérom en tant qu'éditeur (Télécom-CD). Ce cédérom n'est pas produit par Télécom PTT mais par Optobyte AG (Wohlen), ce dernier travaille sous mandat de Télécom PTT. Le mandat obtenu par Optobyte a fait l'objet d'une procédure de soumission. Optobyte est donc payé pour fabriquer le Télécom-CD.
9. La direction "clientèle privée" de Télécom PTT est éditrice du Télécom-CD. Elle paie au même titre que les autres clients de Télécom PTT les données des annuaires et au même prix.
10. Les prix des données des annuaires ont subi deux importantes augmentations. Ces augmentations de prix ont été appliquées de manière uniforme à tous les clients de Télécom PTT, y compris à sa direction "clientèle privée". Le fait de savoir si cette augmentation est abusive est du ressort de la Surveillance des prix.
11. Télécom PTT a fourni des données à traiter confidentiellement qui prouvent que le Télécom-CD est rentable.
12. Blue Window, la plate-forme internet de Télécom PTT, offre un accès à ETV. Dans ce cadre, Blue Window est traité comme un client ordinaire de Télécom PTT.

B. En droit

13. Le marché géographique de référence est l'ensemble de la Suisse.
14. Le marché des produits est celui de la vente des données relatives aux annuaires d'adresses privées.
15. La loi sur les cartels (LCart, RS 251) est applicable aux entreprises de droit privé ou de droit public puissantes sur le marché (art. 2 al. 2 LCart).
16. Vu le monopole de Télécom PTT dans la vente des données relatives aux annuaires d'adresses privées, il y a position dominante conformément à l'art. 4 al. 2 LCart.
17. Télécom PTT traite de la même manière tous ses clients, y compris sa direction « clientèle privée ». Il n'y a pas de traitement discriminatoire au sens de l'art. 7 LCart.
18. Le dossier a été transmis à la Surveillance des prix concernant l'augmentation des prix.

C. Conclusion

19. Il n'existe pas d'indices d'une restriction illicite de la concurrence au sens de l'art. 27 al. 1 LCart. L'enquête préalable est donc close.

B 1.1 2. Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève

Zuschlag der öffentlichen Plakatwerbung in der Stadt und im Kanton Genf, keine unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen; Art. 4 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 KG; Art. 27 Abs. 1 KG.

Adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève, absence de pratiques illicites d'entreprises ayant une position

dominante: art. 4 al. 2, art. 2 al. 1, art. 3 al. 1 et art. 7 LCart; art. 27 al. 1 LCart.

Aggiudicazione dell'affissione su suolo pubblico della città e del Cantone di Ginevra, pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 4 cpv. 2, art. 2 cpv. 1, art. 3 cpv. 1 e art. 7 LCart; art. 27 cpv. 1 LCart.

(cf. aussi p. 212 ss.)

Rapport final du 21 mai 1997 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur le cas de l'adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève.

A. En fait

1. En 1982, la Commission des cartels a émis un rapport sur la situation concurrentielle du marché de la publicité extérieure (Publ. CC 1982/4, p. 303ss). Cette enquête était basée sur l'art. 18 al. 1 de la loi sur les cartels de 1962. Elle avait pour origine le refus des CFF de renouveler le contrat de fermage existant avec Orell Füssli Expo AG et la conclusion d'un nouvel accord avec Impacta AG, société qui appartenait à 50% à la Société Générale d'Affichage (ci-après SGA). La Commission des cartels avait alors suggéré :

- à SGA de renoncer à l'avenir à utiliser la clause d'option lors de renouvellements ou de nouvelles conclusions de contrats;
- aux communes de ne pas accepter la clause d'option et d'exécuter une soumission publique lors de la cession de nouveaux baux;
- aux CFF d'exécuter une soumission publique lors de renouvellements de baux et d'attributions de nouveaux baux;
- aux bailleurs (communes, entreprises de transports, chemins de fer, administrations d'installations sportives, etc.) de renoncer à des contrats de bail forfaitaires et à limiter les contrats à des modes d'exploitation bien déterminés.

2. En 1988, la Commission des cartels a mené une enquête sur les soumissions et les achats de la Confédération, des cantons et de certaines communes (CCSPR 2/1988). Elle y décrit notamment les exigences d'une politique d'adjudication respectant la libre concurrence et y formule des recommandations à l'adresse des autorités concernées.

3. Le 21 octobre 1992, le Conseil d'Etat genevois a octroyé à la SGA une concession pour l'affichage en Ville de Genève de quatre ans. Cette concession venait à échéance le 31 décembre 1996. Elle a été prolongée d'une année pour permettre à la Ville et à l'Etat de Genève de définir un concept global et général d'affichage.

4. Les 30 septembre et 7 octobre 1996, la Ville et le Canton de Genève ont publié dans la Feuille d'avis officielle un avis de soumission publique concernant l'affichage sur le domaine public genevois. Cet avis ouvrait une inscription pour la mise en soumission publique du droit exclusif a) d'apposer de la publicité par voie d'affichage sur le domaine public et sur le domaine patrimonial vu du domaine public de la Ville et du Canton de Genève et b) d'exploiter publicitairement les panneaux de chantiers placés sur les voies publiques.

5. Le 17 septembre 1996, la Ville et le Canton de Genève ont émis, dans le cadre de ladite soumission, un cahier des charges non exhaustif. Il indiquait aux soumis-

sionnaires les objectifs généraux de l'Etat et de la Ville de Genève ainsi que les prestations principales attendues. Il invitait les soumissionnaires à proposer à la Ville de Genève les prestations complémentaires qu'ils sont en mesure de fournir, ceci notamment en matière de mobilier urbain.

6. Les 10, 16 et 17 octobre 1996, la Ville de Genève a fait parvenir à toutes les sociétés qui avaient demandé le cahier des charges des compléments d'information relatifs à la liste des emplacements, à la convention d'affichage, à l'affichage politique et culturel, aux abribus, ainsi qu'à la procédure d'ouverture des offres.

7. Le 6 novembre 1996 s'est tenue la séance publique d'ouverture des offres au siège du Conseil administratif de Genève. Quatre sociétés ont déposé leur offre: SGA, JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA, Orell Fussli Externa SA et HP Media SA. En raison de différents recours déposés par deux soumissionnaires, la procédure d'octroi de la concession d'affichage a été suspendue.

8. Le 18 décembre 1996, le Conseil administratif de la Ville de Genève a pris la décision de principe d'attribuer à la SGA un droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage.

9. Le 26 février 1997, l'entreprise JC Decaux a fait parvenir à la Commission de la concurrence une dénonciation au sens de l'art. 26 LCart relative à la procédure d'adjudication du marché de l'affichage sur le domaine public de la Ville de Genève.

10. Le 21 mars 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête préalable concernant ce marché. A cette occasion, il a renoncé à rendre une ordonnance en matière de mesures provisionnelles puisque les conditions cumulatives attachées à de telles mesures n'étaient pas remplies en l'espèce. Afin de mieux définir le cadre de son enquête, le secrétariat a fait parvenir un questionnaire au Conseil administratif de la Ville de Genève et au Département des travaux publics et de l'énergie du Canton de Genève.

B. En droit

I. Application de la loi sur les cartels (LCart)

a Le marché pertinent

11. Le marché pertinent du produit englobe tous les biens, qui, sous l'angle de la demande, peuvent être considérés comme substituables, eu égard à leurs qualités et utilités respectives. La pose d'affiches à des fins publicitaires peut se faire sur le domaine public, sur le domaine patrimonial visible du domaine public ainsi que sur le domaine privé. Dans les deux premiers cas, l'affichage et l'installation de constructions mobilières constituent un usage privatif du domaine public. Cette activité exige une autorisation de l'Etat qui prend le plus souvent la forme d'une concession. L'octroi de celle-ci dépend exclusivement des cantons et des communes sur le territoire desquels l'affichage est prévu. La Confédération n'est avant tout concernée que par l'affichage dans des lieux appartenant aux Chemins de fer fédéraux (CFF). En raison de sa qualité et de son utilité limitée, le domaine privé ne peut pas être considéré comme substituable aux éléments du domaine public utilisés pour l'affichage. Le marché pertinent du produit est donc l'ensemble des éléments du domaine public dont l'utilisation à des fins d'affichage est soumise à concession.

12. Le marché géographique définit le territoire sur lequel les produits du marché pertinent peuvent faire l'objet d'offres et de demandes. En raison du monopole étatique et de la similitude territoriale existant entre la Ville et le Canton de Genève, le marché géographique est limité au Canton de Genève.

b Les réserves de l'art. 3 al. 1 LCart

13. L'art 3 al. 1 de la loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) dispose que « les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment a) celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique; b) celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant certains droits spéciaux ».

14. La réserve de l'art. 3 al. 1 let. a LCart est toutefois limitée, puisqu'elle ne concerne que les dispositions de droit public qui excluent certains biens ou services de la concurrence. Dès lors, « tous les secteurs économiques, y compris les secteurs réglementés, sont en principe soumis à la LCart, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec les régimes de caractère étatique ou les dispositions régissant les droits spéciaux » (P. Tercier/ S. Venturi: les ententes illicites et l'abus de position dominante dans le nouveau droit suisse de la concurrence, RDAI/IBLJ, n° 1, p. 69).

15. Un ordre de marché de droit public peut être défini comme « l'ensemble des marchés dans lesquels l'Etat, par une législation de droit public, use de ses prérogatives de puissance publique pour influencer sur les conditions de concurrence » (B. Carron: le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence, thèse Fribourg 1994, p. 57).

16. L'utilisation du domaine public du Canton de Genève est réglementée par la loi cantonale sur le domaine public (LDP). L'utilisation du domaine public excédant l'usage commun - p.ex. l'exploitation de la publicité par voie d'affichage - est soumise à une concession accordée par le Conseil d'Etat qui en fixe les conditions (art. 13 et 16 LDP). L'art. 1 du Règlement sur l'affichage public et la publicité sur la voie publique du 10 novembre 1976 prévoit « qu'aucun placard ou affiche ne peut être mis sous les yeux du public sans une autorisation ou une concession, en conformité des lois et règlements sur l'utilisation du domaine public. Les conditions de l'affichage sont fixées par l'autorisation ou l'acte de concession ». Lors de fouilles, le Conseil d'Etat se réserve le droit exclusif de l'affichage sur les clôtures occupant la voie publique (art. 51 Règlement général concernant les travaux et les empiètements sur ou sous le domaine public). La procédure d'octroi de la concession n'est pas fixée par une loi ou un règlement. En l'espèce, le règlement concernant la mise en soumission et l'adjudication des travaux publics, des travaux en bâtiment et des fournitures qui s'y rapportent par l'Etat de Genève et les corporations et établissements publics cantonaux s'applique par analogie (cf. réponse du 25 avril 1997 du Canton de Genève au questionnaire du secrétariat, p. 3).

17. Réglementer le domaine public ne signifie pas automatiquement soustraire le marché de l'affichage publicitaire aux règles de la concurrence. En effet, en autorisant l'utilisation de son domaine public à des fins publicitaires, l'Etat ne veut pas exclure la concurrence du marché de l'affichage. D'ailleurs, aucune disposition légale genevoise ne soustrait le marché de l'affichage aux principes de la concurrence. Au contraire, en procédant par appel d'offre, la Ville et le Canton de Genève ont démontré leur volonté de choisir l'offre la plus concurrentielle. Du reste, le cahier des charges n'empêche pas - bien au contraire - les soumissionnaires de rivaliser entre eux et de présenter la meilleure offre possible. D'ailleurs, « l'ouverture du marché à toutes les entreprises intéressées est apparue aux autorités concernées comme étant la meilleure solution non seulement dans l'intérêt des autorités concédantes mais également afin d'assurer l'égalité de traitement entre les entreprises intéressées » (cf. réponse de la Ville de Genève du 25 avril 1997 au questionnaire du

secrétariat, p. 9). L'ensemble de la procédure de soumission comporte à la fois des aspects de garantie de l'intérêt public (affichage culturel, politique et militaire, abribus et toilettes publiques) et de commercialisation du domaine public au bénéfice des autorités genevoises (redevance). La réglementation applicable ne vise donc pas à exclure de la concurrence le marché pertinent.

18. Dès lors, les prescriptions légales relatives à l'exploitation de la publicité par voie d'affichage ne constituent pas un régime de marché de caractère étatique.

19. Quant à la réserve prévue à l'art. 3 al. 1 let. b LCart, elle ne permet pas de soustraire le comportement des autorités genevoises à l'application de la LCart.

c Le champ d'application (art. 2 al. 1 LCart)

20. L'art. 2 al. 1 LCart prévoit que la loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des accords en matière de concurrence ou qui sont puissantes sur le marché.

21. Par entreprise, il faut entendre « tout acteur qui produit des biens et services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande » (Message du 23 novembre 1994 du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les cartels, éd. spéciale OCFIM 94.100, p. 63).

22. En l'espèce, la Ville et le Canton de Genève concèdent un bien (le domaine public). Le monopole étatique existant en matière d'affichage leur donne une position de puissance sur le marché. En effet, ils sont les seuls à pouvoir offrir un tel service. Le fait que la superficie du domaine public de la Ville de Genève concerné par la concession d'affichage représente en grande partie celle du canton renforce la position de puissance des autorités genevoises sur le marché.

23. Par conséquent, la Ville et le Canton de Genève tombent dans le champ d'application de la LCart.

d La position dominante des autorités genevoises (art. 4 al. 2 LCart)

24. Selon l'art. 4 al. 2 LCart, une entreprise domine le marché lorsqu'elle est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

25. Sur le marché pertinent, la concurrence potentielle n'existe pas. La Ville et le Canton de Genève sont les uniques offreurs. Cette position monopolistique permet de conclure à la position dominante de la Ville et du canton de Genève sur le marché pertinent.

e L'abus de la position dominante (art. 7 LCart)

26. L'art. 7 al. 1 LCart prévoit que « les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux ».

27. L'art 7 al. 2 LCart constitue une liste exemplative de cas particuliers de pratiques réputées illicites. Si une entreprise en position dominante adopte un comportement décrit dans un de ces exemples, cela ne signifie pas pour autant que cette entreprise agit illicitement. De telles pratiques « ne doivent être interdites que si elles constituent, au vu des circonstances du cas d'espèce, un abus au sens de l'art. 7 al. 1^{er} LCart » (Tercier/ Venturi: op.cit, p. 77).

28. Les clauses de l'avis de soumission publique ne constituent pas un abus de position dominante du seul fait qu'elles entravent l'accès de certaines entreprises à la procédure d'appel d'offres lancée par les autorités genevoises. En l'occurrence, le secrétariat est d'avis que:

- L'émolument de 100.- Fr. perçu pour obtenir le cahier des charges ne peut pas être considéré comme abusif. De plus, ce montant s'applique à tous les soumissionnaires
- L'exigence du siège social à Genève est un problème qui sera étudié par la Commission de la concurrence en relation avec l'application de la loi sur le marché intérieur.
- La compétence de n'octroyer qu'un droit exclusif découle du monopole de l'affichage dont disposent les autorités genevoises. Pour la Ville de Genève, une répartition (géographique ou en fonction des supports) de la concession rendrait beaucoup plus difficile, voire impossible, la réalisation d'un nouveau concept de l'affichage public à Genève. Pour le Canton de Genève, l'octroi d'une concession à plusieurs entreprises est envisageable « dans la mesure où ce partage concerne les différentes catégories d'objets visés par la concession ». Le fait que les autorités genevoises aient finalement décidé de n'octroyer qu'un droit exclusif ne constitue pas un abus de leur position dominante puisque ce choix n'a pas pour effet d'écarter certaines entreprises de la procédure d'appel d'offres. Toutefois, le secrétariat de la Commission de la concurrence estime que la répartition de la concession d'affichage entre plusieurs concessionnaires ainsi que la limitation de sa durée auraient pour effet de stimuler la concurrence sur le marché de la location d'emplacements publicitaires.

29. Le cahier des charges ne constitue pas un abus de position dominante puisque ses dispositions n'entravent pas la participation de certaines entreprises à la procédure de soumission. Le secrétariat de la Commission de la concurrence est d'avis que:

- Le caractère non exhaustif du cahier des charges, même s'il n'est pas en soi constitutif d'un abus de position dominante, peut jouer un rôle lors de l'attribution de la concession. En l'espèce, l'envoi ultérieur de compléments d'information n'a pas ajouté de charges supplémentaires. Les soumissionnaires auraient pu demander une prorogation du délai de remise des offres. Ils n'ont donc pas été discriminés.
- Les prestations complémentaires, notamment en matière de mobilier urbain, posent le problème du contenu du monopole de l'affichage et de ses limites. Si l'Etat exigeait des soumissionnaires des prestations sans rapport avec l'affichage, il pourrait contrevenir à l'art. 7 al. 2 let. f LCart. En l'espèce, on peut se demander si les autorités genevoises n'auraient pas dû dissocier dans l'appel d'offres le marché de l'affichage et celui du mobilier urbain. Etant donné que la construction de mobiliers urbains sur le domaine public constitue un usage privatif du domaine public soumis lui aussi à concession, les autorités genevoises avaient la compétence d'octroyer cette concession en même temps que celle de l'affichage. Ce faisant, elles n'ont pas abusé de leur position dominante sur le marché pertinent.

30. En résumé, le secrétariat de la Commission de la concurrence est d'avis qu'il n'existe pas d'indices d'une restriction illicite de la concurrence de la part des autorités genevoises dans le cadre de la procédure d'octroi de la concession d'affichage.

Cependant, afin de favoriser un véritable régime de concurrence, le secrétariat les encourage à répartir à l'avenir la concession d'affichage entre plusieurs concessionnaires et à limiter sa durée au strict nécessaire.

II. Application de la loi sur le marché intérieur (LMI)

31. L'art. 8 LMI donne à la Commission de la concurrence la compétence de veiller à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la loi sur le marché intérieur. A cet effet, elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées.

32. En l'espèce, la procédure de soumission publique soulève des problèmes d'application de la LMI. Le secrétariat transmet le dossier à la Commission de la concurrence pour les aspects relatifs à l'application de cette loi.

C. Conclusions

Le secrétariat de la Commission de la concurrence:

33. est d'avis qu'il n'existe pas d'indices d'une restriction illicite de la concurrence au sens de l'art. 27 al. 1 LCart;

34. n'envisage pas, en l'état de ses connaissances, l'ouverture d'une enquête sur la base de l'art. 7 LCart et clôt son enquête préalable;

35. encourage les autorités genevoises à répartir à l'avenir la concession d'affichage entre plusieurs concessionnaires et à limiter sa durée au strict nécessaire;

36. transmet le dossier à la Commission de la concurrence pour les aspects relatifs à l'application de la LMI.

B 1.1 3. Post PTT - Adressaktualisierungen

Keine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens; Art. 7 Abs. 2 lit. a, Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1; Art. 26 KG.

Absence d'un comportement illicite d'une entreprise en position dominante; art. 7 al. 2 let. a, art. 3 al. 1, art. 2 al. 1 LCart; art. 26 LCart.

Assenza d'un comportamento illecito di un'impresa che domina il mercato; art 7 cpv. 2 let. a, art. 3 cpv. 1, art. 2 cpv. 1 LCart; art. 26 LCart.

Schlussbericht vom 23. Mai 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG im Zusammenhang mit Post PTT - Adressaktualisierungen

A. Sachverhalt

1. Die Firma Direct Center Luzern AG (im folgenden: DCL) ist eine 100%-Tochter der Post. Sie bietet Dienstleistungen im Bereich Direktmarketing an. Seit dem 1. Juli 1996 verfügt sie zudem über einen Bereich Adressdaten und -handel. Diesen Bereich hat sie von der Telepost AG, einer weiteren Tochtergesellschaft der Post, übernommen. Der Einstieg in den Adresshandel ist indessen noch nicht erfolgt. Die Telepost AG ihrerseits wird im Direktmarketing vorläufig nicht tätig sein.

2. Die DCL ist im einzelnen auf folgenden Gebieten tätig (Umsatz ca. CHF 10 Mio.):

- Verlagsservice; Abonnentenverwaltung für Zeitungen und Zeitschriften
- Data Base Marketing für Non-Profit-Organisationen
- Print- und Verpackungsleistungen im Direct Marketing-Bereich
- Software-Entwicklung
- Netzwerkdienstleistungen
- Adressaktualisierungen
- Datenpflege
- Lagerhaltung
- Mailing-House

3. Die Schober Direktmarketing AG (im folgenden: Schober) ist auf folgenden Teilmärkten des Direktmarketing tätig:

- Firmenadressen
- Privatadressen
- Listbroking (Handel mit Privatadressen)
- EDV-Dienstleistungen
- Druck
- Print-Out
- Lettershop
- Telefonmarketing

4. DCL bietet seit Frühjahr 1997 eine neue Dienstleistung im Bereich der Verarbeitung von Adressänderungsdaten in Zusammenarbeit mit der Post an. Dabei werden von den Poststellen sämtliche Post-Nachsendeaufträge erfasst und danach die entsprechenden Daten der DCL übermittelt. Diese aktualisiert monatlich ihre sogenannte „Match Move“-Datenbank (monatlicher Mutationsbestand ca. 80'000 Adressen). Als Datenträger für die Umzugsadressen und die integrierte Abgleichsoftware dient eine CD-ROM. Nach deren Zustellung nehmen die Kunden die Aktualisierung selbst vor. Die CD-ROM erlaubt ausschliesslich die Aktualisierung einer bestehenden Adressdatei und nicht deren Ergänzung.

5. Die Entwicklung des gesamten Dienstleistungspakets - vom Datenerfassungsfeld über die Implementierung der Software bis zur Datenbank - habe die DCL auf ihre Kosten vorangetrieben.

6. Möglichkeiten, Adressdateien zu aktualisieren, sind demnach:

- Die gesamten Adressbestände den Einwohnerkontrollen zur Aktualisierung zu übergeben (ablaufmässig schwierig zu realisieren und kaum bezahlbar);
- Aktualisierung mittels Mutationsfile GEFECO (Gebührenbezug der Fernmeldedienste mit Computer);
- Übergabe der Adressbestände an die Post zur Aktualisierung (A1 554a) für CHF -.10 pro Adresse;
- Bezug des verschlüsselten Komplettbestands der Mutationsadressen bei der Post und Aktualisierung der eigenen Daten mit Hilfe des Abgleichprogramms der DCL.

7. Die Aktualität einer Adressdatenbank ist ein zentraler Wettbewerbsparameter. Ihre Aktualisierung zu günstigen Bedingungen ist also von grosser Bedeutung.

8. Mit Schreiben vom 24.10.1996 gelangte Schober mit der Anfrage an das Sekretariat der Wettbewerbskommission, ob letzteres allenfalls im Zusammenhang mit dem Verhalten der Post auf dem fraglichen Markt bereits aktiv geworden sei. Schober beklagte gegenüber der Post (bzw. der Telepost AG) eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, da sie die dem neuen Produkt zugrunde liegenden Adressmutationen ausschliesslich einer Konkurrentin der Schober zu wesentlich besseren Konditionen zur Verfügung stellen würde, als sie dies der Schober angeboten hätte. Das beklagte Verhalten stelle eine unzulässige Geschäftsverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG dar, da es weder sachlich begründet noch aus betriebswirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt sei.

9. Am 27.11.1996 fand eine Besprechung zwischen einem Vertreter des Sekretariats und Vertreterinnen der Post sowie der DCL statt. Erörtert wurde der Bereich der Aktualisierung von Adressdateien und insbesondere die neue diesbezügliche Dienstleistung der Post beziehungsweise der DCL. Die ausschliessliche Lieferung der Adressmutationen an DCL wurde mit dem Hinweis auf Art. 169a Verordnung zum Postverkehrsgesetz (PVV (1); SR 783.01), wonach „PTT-Betriebe [...] Postadressen ihrer Kunden an private Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, bekanntgeben [können]...“, gerechtfertigt. Die Neukonzeption des Formulars „Auftrag für Nachsendung von Postsendungen“ sei im übrigen in enger Zusammenarbeit mit einer Mitarbeiterin des Eidg. Datenschutzbeauftragten erfolgt. Damit seien die neuen Dienstleistungen auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht abgestützt und abgesichert. Ausserdem wolle sich DCL auf den Markt der Adressberichtigungen beschränken und die Daten nicht für das Direktmarketing verwenden. Die DCL betreibe keinen Adresshandel, sondern lediglich Adressaktualisierung.

10. Am 20.12.1996 hat das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet. Die Parteien wurden zu Stellungnahmen zum Sachverhalt eingeladen.

B. Erwägungen

11. Sowohl die Post als öffentlich-rechtlich organisiertes Unternehmen als auch die DCL als privatrechtliches Unternehmen unterstehen grundsätzlich dem KG gemäss Art. 2 Abs. 1 KG.

12. Vorbehalten sind gemäss Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage dieses Vorbehalts im Zusammenhang mit Art. 169a PVV (1), wonach die PTT-Betriebe Postadressen ihrer Kunden an private Gesellschaften, an denen sie beteiligt sind, weitergeben können. Der Ursprung dieser Bestimmung ist datenschutzrechtlicher Natur. Gemäss Art. 19 DSG dürfen Bundesorgane Personendaten bekanntgeben, wenn dafür Rechtsgrundlagen (gemäss Art. 17 DSG) bestehen.

13. Die Post rechtfertigt also die exklusive Übermittlung der Adressmutationen an DCL mit Art. 169a PVV (1). Indessen ist auch nach Ansicht des Bundesamtes für Justiz mit dieser Bestimmung weder eine Abweichung vom Wettbewerbsprinzip beabsichtigt, noch soll eine staatliche Preis- und Marktordnung begründet werden, die dem KG vorgehen würde (vgl. Stellungnahme BJ vom 14.03.1997). Zudem ist die Einschränkung der Weitergabe der Daten an Gesellschaften, an denen die PTT-Betriebe beteiligt sind, im Entwurf des neuen Postgesetzes (Art. 14 E-PG) nicht mehr enthalten. Demnach gelten für das Bearbeiten von Personendaten durch die Post

dieselben Bestimmungen wie für das Bearbeiten durch private Personen. Unter diesen Gesichtspunkten wird also die Anwendung des KG durch Art. 169a PVV (1) nicht a priori ausgeschlossen.

14. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU). Um auf dem Markt des Direktmarketing konkurrenzfähig zu sein, sind aktuelle Adressdateien unabdingbar. Der Markt für die entsprechende Dienstleistung der Aktualisierung bestehender Dateien kann deshalb durchaus als selbständig, dem Markt des Direktmarketing vorgelagert, betrachtet werden.

15. Für das Beschaffen aktualisierter Adressdaten stehen vier Möglichkeiten offen (siehe oben Rz 6). Die interessanteste ist diejenige, welche die Post nun anbietet, da sie Änderungen am detailliertesten und mit der kleinsten Zeitverzögerung vermittelt. Unter Ausklammerung der Bestimmung in Art. 169a PVV (1) und unter Berücksichtigung der wahrscheinlichen qualitativen Überlegenheit des Angebots könnte die exklusive Belieferung der DCL durch die Post durchaus eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG darstellen.

16. Wie oben (vgl. Rz 13) festgestellt, wird die Anwendung des KG durch eine Bestimmung wie diejenige in Art. 169a PVV (1) nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sollte sich nämlich erweisen, dass damit ein Verhalten gerechtfertigt wird, welches beispielsweise den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfüllt, dann ist eingehend zu prüfen, inwieweit dieses Verhalten auf der Grundlage des Kartellgesetzes sanktioniert werden kann.

17. Im vorliegenden Fall ist indessen zu berücksichtigen, dass das Inkrafttreten des revPG bevorsteht (vgl. unten Rz 18). Ein Eingreifen des Sekretariats in Form der Eröffnung einer Untersuchung über das Verhalten der Post bzw. der DCL auf dem hier interessierenden Markt ist unter diesen Gesichtspunkten wenig empfehlenswert. Zudem dürften die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Bereich des Direktmarketing im allgemeinen wohl wenig spürbar sein, da sich DCL nach eigenen Aussagen einzig auf den Bereich der Adressaktualisierung konzentrieren will, und die eigene Verarbeitung der von den Poststellen gelieferten Grunddaten erhebliche Investitionen seitens der daran interessierten Konkurrenten bedingen würde.

18. Mit Inkrafttreten des revPG (voraussichtlich am 1. Januar 1998) wird Art. 169a PVV (1) gegenstandslos. Die Post wird die betreffenden Grunddaten fortan allen Interessenten zu denselben Konditionen anzubieten haben.

C. Schlussfolgerung

19. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt bestehen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, welche die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würden.

20. Die exklusive Belieferung personenbezogener Daten ist wohl problematisch, besteht doch die Gefahr, dass ein Markt zugunsten von Tochterunternehmen der Post verfälscht werden kann. Dem soll indessen das revidierte Postgesetz entgegenwirken, welches in der von der Bundesversammlung genehmigten Fassung vorsieht, dass für das Bearbeiten von Personendaten durch die Post das Datenschutzgesetz Anwendung findet.

21. Dies wird zur Folge haben, dass die Post die Daten über Adressmutationen allen Abnehmern zu gleichen Bedingungen anzubieten haben wird. Art. 169a PVV (1)

wird damit mit Inkrafttreten des revidierten Postgesetzes nach Ansicht des Sekretariats der Wettbewerbskommission gegenstandslos sein.

B 1.1 4. SWICO Recycling

Horizontale Wettbewerbsabrede, Preisabrede für die Entsorgung von EDV- und Büroelektronikgeräten; Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 lit. a KG; Art. 26 KG.

Accord horizontal en matière de concurrence, accord sur le prix pour l'évacuation d'ordinateurs et d'appareils électroniques de bureau, art. 4 al. 1, art. 5 al. 3 let. a LCart, art. 26 LCart.

Accordo orizzontale in materia di concorrenza, accordo sul prezzo per l'evacuazione di computers e di apparecchi elettronici per ufficio; art. 4 cpv. 1, art. 5 cpv. 3 let. a LCart, art. 26 LCart.

Schlussbericht vom 30. Juni 1997 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG im Zusammenhang mit SWICO Recycling-Konvention

A. Sachverhalt

1. Der Schweizerische Wirtschaftsverband der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO) organisiert seit dem 1. April 1994 die Entsorgung von EDV- und Büroelektronikgeräten im Rahmen der SWICO Recycling-Konvention. Kernstücke des Entsorgungskonzepts sind die landesweit garantierte Rücknahme von Geräten durch SWICO-Mitglieder, die Entsorgung durch spezialisierte Entsorgungsunternehmen (SWICO Recycling-Garantie) sowie eine Finanzierung mittels einer vorgezogenen Recycling-Gebühr (vRG).

2. Rund 65 Hersteller und Importeure sind bis heute der SWICO Recycling-Konvention beigetreten. Der SWICO-Recyclinganteil vom gesamten in der Schweiz anfallenden Recyclingvolumen für EDV- und Büroelektronikgeräte beträgt rund 50%. Gemäss Aussage des SWICO bestehen neben dem SWICO-Recycling verschiedene Entsorgungsmöglichkeiten, so etwa über kleinere und mittlere Altstoffverwertungsbetriebe, die Sperrgutabfuhr, Sammelstellen von Gemeinden und über den Siedlungsabfall.

3. Das Recycling des SWICO ist schematisch wie folgt organisiert:

Beim Kauf eines EDV- oder Büroelektronikgeräts bezahlt der Kunde die vRG in Abhängigkeit vom Wert der gekauften Anlage.

- Die vRG wird auf separaten Konten bei den Herstellern/Importeuren verwaltet. Die eingezogenen Gelder werden für die Triage, den Transport und die eigentliche Entsorgung der Geräte verwendet. Der SWICO fungiert dabei lediglich als Clearingstelle.
- Die Rückgabe der Geräte erfolgt direkt an das SWICO-Konventionsmitglied (Hersteller/Importeur), an den Fachhandel oder an spezielle Sammelstellen der Konventionsmitglieder bzw. an eine der Cargo-Domizil-Sammelstellen
- Die Aufträge für den Transport und die Entsorgung werden von den Herstellern/Importeuren periodisch ausgeschrieben.

4. Seit Einführung der SWICO Recycling-Garantie haben sich die Entsorgungskosten für ausgediente EDV- und Büroelektronikgeräte von ca. Fr. 2.-- auf ca. Fr. 0,80 pro Kilogramm kontinuierlich reduziert. Grund dafür ist gemäss Aussage des SWICO in erster Linie die steigende Rücklaufquote an Altgeräten.

5. Am 27. Februar 1997 fand ein Gespräch zwischen Vertretern der SWICO Kommission Umwelt und dem Sekretariat der Wettbewerbskommission über die Funktionsweise und bisherigen Erfahrungen mit der SWICO Recycling-Konvention statt.

6. Am 29. April 1997 hat das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet. Zur Abklärung des Sachverhalts wurde dem SWICO ein Fragebogen zur Beantwortung zugestellt. Der SWICO hat mit Schreiben vom 22. Mai 1997 zu den Fragen Stellung genommen. Auf eine Befragung der alternativ zum SWICO tätigen Entsorger und des BUWAL wurde verzichtet, weil im Moment eine Verordnung über die Entsorgung von Elektroschrott (VO Elektroschrott) in Vorbereitung ist, welche die Entsorgungspflichten und -finanzierung bzw. die Voraussetzungen auf dem Markt für die Entsorgung von Elektroschrott grundlegend ändern könnte.

B. Erwägungen

7. Der SWICO als privatrechtlicher Verein untersteht grundsätzlich dem Kartellgesetz gemäss Art. 2 Abs. 1 KG. Indem der Verein für seine Mitglieder die Koordination der Entsorgung von Altgeräten übernimmt, erfüllt er unternehmerische Funktionen. Unerheblich ist dabei, dass der Verein nicht gewinnorientiert ist. Entscheidend ist vielmehr sein Eingreifen in den Wirtschaftskreislauf von EDV- und Büroelektronikgeräten auf Stufe Entsorgung.

8. Vorliegend geht es um die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der vom SWICO eingeführten Entsorgungsorganisation für ausgediente EDV- und Büroelektronikgeräte, die Finanzierung der Entsorgung mittels vRG sowie die Höhe der vRG.

1. Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG

9. Die SWICO-Konvention stellt unzweifelhaft eine (horizontale) Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Die Vereinbarung regelt nämlich die einheitliche Rückführung und Entsorgung ausgedienter Geräte, die einheitliche Einführung von vorgezogenen Entsorgungsgebühren sowie deren Höhe.

2. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede?

a Relevanter Markt

10. Sachlich und örtlich relevanter Markt ist derjenige der Entsorgung von Elektroschrott in der Schweiz. Die Entsorgung kann grundsätzlich auf drei Arten erfolgen: über stoffliche Verwertung, über thermische Verwertung oder in Deponien. Angesichts des vorgeschlagenen Ausgangs des Verfahrens wird nicht näher überprüft, ob die Entsorgung nicht bloss einen Teil des gesamten Produkts, welches aus Herstellung, Vertrieb, Unterhalt und Entsorgung besteht, darstellt. Bei einer solchen Betrachtungsweise wäre die Entsorgung nämlich allenfalls unter die Qualitätseigenschaften des Produkts zu subsumieren. Der Markt für Neugeräte wäre dadurch insofern betroffen, als die vRG Teil des Neupreises des entsprechenden Geräts wären bzw. dem Verbraucher als solche erscheinen würden. Je nach relativer Höhe der vRG würde der Wettbewerb auf dem Markt für Neugeräte mehr oder weniger stark von der Abrede über die Entsorgungsgebühren beeinflusst. Das Sekretariat behält sich jedenfalls eine Überprüfung unter diesem Blickwinkel für ein allfälliges späteres Verfahren vor.

11. Um die Zulässigkeit der Abrede zu beurteilen, muss die Organisation der Entsorgung von deren Finanzierung unterschieden werden.

b Organisation der Elektroschrottentsorgung

12. Der Wettbewerb wird durch die Abrede auf Stufe Entsorgungsorganisation insofern erheblich beeinträchtigt, als die Konventionsmitglieder diese Aufgabe einzig dem SWICO übertragen haben. Klar ist, dass für eine effiziente Entsorgung ein gewisser Umsatz gewährleistet sein muss, welchen einzelne Mitglieder mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht erreichen können. Wie der SWICO dargelegt hat, werden ca. 50% der Altgeräte über die SWICO-Konvention entsorgt. Bestehende alternative Entsorgungswege wurden vom Sekretariat vorläufig nicht näher untersucht.

13. Auf dieser Basis könnte denn wohl auch das Kriterium der „wirtschaftlichen Effizienz“ als Rechtfertigung für die Abrede herangezogen werden. Bei grösseren Mengen an Elektroschrott fallen in der Regel die Transport- und Entsorgungskosten pro Mengeneinheit.

14. In diesem Sinne äusserte sich im übrigen auch die Kartellkommission im Untersuchungsbericht „Grundsätzliches zu den Wettbewerbsverhältnissen auf Altstoffmärkten“ (VKKP 2/1996, S. 28 ff., 57), wonach sich eine „einheitliche Rückführungsorganisation [...] nur dann ergeben [kann], wenn deren Kostenvorteile derart sind, dass letzten Endes nur eine einzige solche Organisation übrigbleiben kann [...]“. Allerdings sind bei branchenweiten Rückführungsorganisationen nur diejenigen Marktstufen in den organisierten Branchenverband aufzunehmen, die zu diesem Zweck zwingend dem Verband angehören müssen. Bei der Losung des SWICO ist diesem Umstand insofern Rechnung getragen, als weder Transporteure noch Entsorger der Konvention beigetreten sind.

15. Die Abrede könnte also in bezug auf die Entsorgungsorganisation als durch wirtschaftliche Effizienz rechtfertigbar angesehen werden, insbesondere weil sie auf den ersten Blick Wettbewerb auf den Stufen Transport und Entsorgung zulässt. Im übrigen scheint die Abrede keine Auswirkungen auf den Wettbewerb unter Konventionsmitgliedern auf Stufe Verkauf von Neugeräten zu haben.

c Finanzierung der Organisation

16. Aus kartellrechtlicher Sicht bedenklicher ist indessen die Deckung der Entsorgungskosten über einheitliche vorgezogene Entsorgungsgebühren. Der SWICO argumentiert, dass das auf dem Umlageverfahren beruhende Finanzierungsprinzip „transparent und entsprechend kontrollierbar“ sei (Tätigkeitsbericht 1995/96, S. 19). Das Ziel sei Kostendeckung, wobei die zweckgebundene Verwendung der entsprechenden Gelder von Treuhandfirmen geprüft und beglaubigt werde.

17. Die Abrede über die vRG ist als Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu qualifizieren, weil sie den Preis für die Entsorgung indirekt festlegt. Die Preisabrede bezweckt indessen nicht die Erzielung einer Kartellrente, sondern soll gemäss SWICO rein kostendeckend für die Entsorgung der zurückgenommenen Geräte verwendet werden.

18. Das Ziel der Kostendeckung birgt indessen im Zeitpunkt, da die Kosten nicht mehr gedeckt sind, die Gefahr, dass die Tarife allzu leicht angepasst werden. Der Anreiz, sich Gedanken über Möglichkeiten der Kostensenkung zu machen, fehlt. Ausserdem schliesst die Festlegung von Tarifen im Rahmen der Konvention jeglichen Wettbewerb auf Stufe Entsorgung aus. Sobald nämlich - wie in casu geschehen - das Bedürfnis bzw. die Nachfrage nach Entsorgung eines Altstoffes besteht, stellt der Preis der Entsorgung einen Wettbewerbsparameter dar, gleich wie z.B. der

Produktpreis, die Qualität oder der Service. In einem funktionierenden Wettbewerb wird jeder Importeur und/oder Händler darauf achten, dass die Entsorgungskosten möglichst tief gehalten werden. Es bleibt ihm dabei selbstverständlich überlassen, seinen Beitrag an die Konventionslösung über vorgezogene Gebühren zu finanzieren oder aber ihn beispielsweise über sein Werbebudget abzugelten

19. Als Preisabrede im Sinn von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG beseitigt die vRG vermuthungsweise wirksamen Wettbewerb. Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden. Im Verwaltungsverfahren bedeutet allerdings eine Vermutung nicht, dass es allein Sache der an einer Abrede beteiligten Parteien ist, den Beweis für das Weiterbestehen wirksamen Wettbewerbs zu erbringen (Botschaft, BBl. 1995 I 565). Es ist angesichts der herrschenden Untersuchungsmaxime auch Sache der Wettbewerbsbehörde, von sich aus und unter Berücksichtigung der Vorbringen der betroffenen Unternehmen zu prüfen, ob trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn den Unternehmen die zur Beweisführung notwendigen Angaben teilweise oder ganz fehlen.

20. Vorliegend ist davon auszugehen, dass angesichts der erst kürzlich eingeführten Recycling-Lösung noch zuwenig Informationen existieren, welche es erlauben würden, die Vermutung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu bestätigen oder zu widerlegen. Dies alleine könnte die Eröffnung einer Untersuchung aber nicht verhindern, denn das Sekretariat hat - im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums - eine Untersuchung zu eröffnen, falls Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen (Art. 27 KG) Solche Anhaltspunkte sind zweifellos vorhanden.

21. Zum jetzigen Zeitpunkt kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass mit Inkrafttreten der angekündigten Verordnung über die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte die gesetzlichen Rahmenbedingungen in diesem Bereich grundlegend ändern werden. Dann wird auch die Frage des Vorbehalts von Art. 3 KG zu prüfen sein.

22. Es rechtfertigt sich daher, zumindest die Entwicklungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen abzuwarten. Sobald diese feststehen und zudem mehr Erfahrungen mit der Entsorgungslosung des SWICO und allenfalls alternativer Entsorgungsmodelle vorliegen, wird erst eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung der SWICO Recycling-Konvention angezeigt sein. Das Sekretariat regt dennoch an, dass der SWICO seine Recycling-Organisation dahingehend überprüft, ob andere Finanzierungsarten nicht zu mindestens gleich guten Resultaten führen wie die vRG.

C. Schlussfolgerungen

23. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Abrede über die vRG im Rahmen der SWICO-Entsorgungskonvention wirksamen Wettbewerb beseitigt und allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigbar ist. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission erachtet es als sachgerecht, die abschliessende wettbewerbsrechtliche Prüfung der SWICO Recycling-Konvention erst nach Inkrafttreten der VO Elektroschrott vorzunehmen.

24. Im Moment wird deshalb auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet und die Vorabklärung eingestellt.

25. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission regt an, dass der SWICO alternative Finanzierungsmodelle zum jetzt praktizierten System der vRG prüft.

B 1.1 5. Schémas de calcul dans la branche de l'optique ("Kalkulationshandbuch")

Spezialisierungs- und Rationalisierungsabrede; Art. 5, Art. 6 Abs. 1 lit. b; Art. 26 KG.

Accord de spécialisation et de rationalisation; art. 5, art. 6 al. 1 let. b; art. 26 LCart.

Accordo di specializzazione e di razionalizzazione; art. 5, art. 6 cpv. 1 let. b; art. 26 LCart.

Résumé

En janvier 1995, la Commission des cartels avait ouvert une enquête générale sur les schémas de calcul. La Commission de la concurrence a donné mandat au Secrétariat de poursuivre cette enquête sous forme d'étude en vue de préparer une éventuelle communication au sens de l'art. 6 LCart.

En février 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête préalable pour étudier le schéma de calcul ("Kalkulationshandbuch") de l'Association suisse des opticiens (ci-après ASO) sur la base de l'article 5 LCart. La branche de l'optique a été analysée en tant qu'exemple pratique.

L'aide de calcul analysée est utilisée par une partie de la profession. Elle peut avoir pour effet de restreindre la concurrence car elle touche le mécanisme de la formation des prix. Cette aide donne des exemples chiffrés précis permettant de calculer le prix de vente final. Ceci présume que l'aide est susceptible d'entraîner la suppression d'une concurrence efficace. Toutefois, la concurrence interne et externe ne sont pas supprimées puisque le "Kalkulationshandbuch" n'est suivi que par une partie des opticiens.

Même si cette aide de calcul affecte la concurrence, celle-ci ne l'est pas de manière notable. En effet, la liberté de l'utilisateur, les grandes différences de prix sur le marché suisse, le niveau général des prix qui est comparable à celui de l'Allemagne ou de l'Autriche, montrent que la concurrence persiste. En outre, le risque d'uniformisation des prix est limité puisque l'ASO ne diffuse pas de listes générales de prix et encourage vivement une adaptation personnalisée de l'aide. C'est principalement parce que l'aide de calcul n'est que peu suivie que le Secrétariat conclut que le "Kalkulationshandbuch" n'entraîne pas une restriction notable de la concurrence.

Le Secrétariat a cependant émis une réserve concernant un exemple de prix forfaitaire. Celui-ci peut être considéré comme un élément indépendant du schéma de calcul. Il est dès lors présumé entraîner la suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 3 let. a LCart).

B 1.1 6. Importations parallèles et directes d'automobiles

Wettbewerbsabreden; Art. 4 Abs. 1 KG; Art. 26 KG.

Accords limitant la concurrence; art. 4 al. 1 LCart; art. 26 LCart.

Accordi di limitazione della concorrenza; art. 4 cpv. 1; art. 26 LCart.

Série d'enquêtes préalables sur les entraves aux importations parallèles et directes d'automobiles

Résumé

En octobre 1996, le secrétariat a ouvert une série d'enquêtes préalables visant à déceler l'existence d'indices de restrictions illicites à la concurrence touchant aux importations directes (importations pour usage personnel) et parallèles d'automobiles (importations à des fins de revente). Les pratiques des marques Volkswagen, Audi, Opel, BMW, Citroën, Peugeot, Renault, Ford et Volvo ont été examinées.

Dans le cadre de ces enquêtes préalables, le secrétariat a pu constater l'existence d'accords entre les constructeurs et leurs concessionnaires européens, au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart. Il a en effet obtenu des documents montrant qu'une partie substantielle des marques dont notamment Volkswagen, Audi, Seat, Opel et BMW ont pris des mesures au sein de leurs réseaux de distribution européens afin de limiter la concurrence en Suisse.

Par ailleurs, mis à part les concessionnaires européens qui voudraient pouvoir vendre des véhicules à des clients suisses, les intérêts de tous les acteurs du côté de l'offre se rejoignent (fermer le marché suisse et ainsi profiter de prix élevés). Un accord garantissant un comportement déterminé des entreprises n'est de ce fait pas nécessaire. Il est donc logique que des documents ne peuvent être trouvés qu'entre les constructeurs et leurs concessionnaires européens.

Les autres indices d'une limitation des importations parallèles et directes sont plus difficiles à trouver. C'est le cas pour les comportements parallèles entre constructeurs ainsi que pour l'entente entre les constructeurs et les importateurs suisses. On peut toutefois remarquer que les interdictions de ventes ont été prises immédiatement après l'entrée en vigueur, en octobre 1995, des ordonnances fédérales facilitant l'homologation des véhicules en Suisse.

Par ailleurs, l'Union européenne doit également faire face à des problèmes de boycott dans son marché intérieur. C'est pourquoi, les autorités européennes de la concurrence analysent les pratiques des marques Volkswagen, Audi, Mercedes et Opel. Le Secrétariat a rencontré ces autorités européennes afin de procéder à un échange de vues sur ce dossier.

B 1.1 7. Laboratoires d'analyses médicales

Weiterführung einer Vorabklärung; Art. 45 KG.

Suivi d'une enquête préalable; art. 45 LCart.

Proseguimento di un'inchiesta preliminare; art. 45 LCart.

Résumé

En novembre 1995, le Secrétariat de la Commission des cartels avait clos son enquête préalable sur les laboratoires d'analyses médicales. Un rapport du Surveillant des prix avait également été publié à ce propos. Depuis, le secrétariat de la Commission de la concurrence a réaffirmé à maintes reprises que le niveau du tarif des analyses était trop élevé et qu'il devait être adapté. En effet, il a pu être constaté que certains laboratoires accordaient aux fournisseurs de prestations médicales des rabais pouvant aller jusqu'à 80 pour cent sans que les assurés n'en bénéficient.

Le 29 mai 1997, le Département de l'intérieur a suivi en partie les recommandations qui lui ont été faites en décidant notamment de baisser les tarifs des analyses les plus fréquentes.

B 1 2. Empfehlungen
Recommendations
Raccomandazioni

B 1.2 1. Konvention IX der Bankiervereinigung

Nachkontrolle; Art. 45 KG.

Suivi de la recommandation; art. 45 LCart.

Controllo successivo; art. 45 LCart.

Zusammenfassung

(s. RPW 1997/1, S. 38)

Mit Brief vom 20. Mai 1997 hat die Schweizerische Bankiervereinigung dem Sekretariat mitgeteilt, dass ihr Vorstand die Konvention IX per 30.6.1997 aufgehoben habe. Das Sekretariat hat diesen Entscheid begrüsst und sich vorbehalten, dessen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu gegebener Zeit zu überprüfen.

B 1.2 2. Telecom PTT-Fachhändler-Verträge

Nachkontrolle von Empfehlungen; Art. 45 KG.

Suivi de la recommandation; art. 45 LCart.

Controllo successivo della raccomandazione; art. 45 LCart.

Schlussbericht vom 25. April 1997 betreffend Telecom PTT-Fachhändler-Verträge

A. Sachverhalt

1. Im Mai 1996 präsentierte die Telecom PTT Direktion Zürich (TD Zürich) den Elektro-Installationsfirmen neue Fachhändlerverträge („Vereinbarung zwischen der Telecom PTT Direktion Zürich und Telecom PTT-Fachhändler“, Ausgabe 2.2/Mai 1996; im folgenden: „Fachhändlervertrag“ oder „FHV“). Diese bestehen aus einer Vereinbarung sowie aus Anhängen (Anhang 1 und Konditionen-Matrix), welche einen integrierenden Bestandteil des Fachhändlervertrages bilden (Ziff. 12.1 FHV).

2. Mit Schreiben vom 5. September 1996 wirft die EG-Tel AG der TD Zürich wettbewerbswidriges Verhalten vor, indem sie bei der Klassifizierung im Hinblick auf die Jahresprämien-gewährung diejenigen Fachhändler benachteilige, die neben einem Fachhändlervertrag auch mit der EG-Tel AG einen sogenannten Partnerschaftsvertrag abgeschlossen hätten.

3. Aufgrund dieser Eingabe der EG-Tel AG hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen einer Nachkontrolle die Verwirklichung der von den PTT-Betrieben im Rahmen der Untersuchung über „Den Vertriebsmarkt von Teilnehmervermittlungsanlagen (Hauszentralen)“ (VKKP 2/1994, S. 105 ff.) angenommenen

Empfehlungen überprüft. Die in bezug auf die Fachhändlerverträge einschlägige Empfehlung lautet folgendermassen (Ziff. 9.2.1. des Untersuchungsberichtes):

„Die Kartellkommission empfiehlt die Aufhebung der Verbots- und Vorzugsklauseln in Ziffer 4 der Verträge zwischen den PTT-Betrieben und den als PTT-Fachhändler bzw. PTT-Vertragspartner bezeichneten Installateuren.“

4. Die Fachhändlerverträge wurden von der Generaldirektion PTT entworfen und anschliessend mit den Fachhändlerverbänden diskutiert und bereinigt. Die Ausgestaltung der Anhänge obliegt weitgehend den Telecomdirektionen (TD), während die Verträge unverändert zu übernehmen sind. Leitplanken würden einzig die Empfehlungen der Kartellkommission und das neue KG sowie betriebswirtschaftliche und marketingbezogene Überlegungen setzen. Für den Vertragsabschluss mit den Fachhändlern sind die TD zuständig.

5. Die Fachhändlerverträge teilen die Händler gemäss Konditionen-Matrix in drei Kategorien (Typen A, B und C) ein. Diese Einteilung der Fachhändler ist ein von der TD Zürich gewähltes Vorgehen. Sie ist indessen ausschliesslich für die Bestimmung der Höhe der Jahresprämie relevant. Sämtliche übrigen Konditionen (Provisionen und Nettopreise) sind für alle Händler identisch.

6. Beklagt werden insbesondere die erwähnte Einteilung bzw. die dafür relevanten Kriterien. Ausschlaggebend ist nach Angaben der Telecom PTT nicht einzig der getätigte Umsatz, sondern auch die Loyalität, die Qualität der Arbeit, die regionale Integration und das Verhalten gegenüber der Telecom PTT. Wiederholt ist denn auch der Fall aufgetreten, dass EG-Tel AG-Mitglieder wohl das Umsatzkriterium für die Einstufung als Typ A-Händler (Fr. 250'000.- p.a.) erfüllt haben, die entsprechende Prämie infolge „mangelnder Loyalität“ aber dennoch nicht ausbezahlt wurde.

B. Erwägungen

i Verstoss gegen rechtskräftige Empfehlungen

7. Angenommene Empfehlungen nach dem alten KG bleiben auch unter dem neuen KG rechtskräftig, unterstehen aber in bezug auf die Sanktionen dem alten KG (Art. 62 Abs. 3 KG).

8. Der in Frage stehenden Empfehlung wurde insofern Folge geleistet, als eine solche oder ähnliche Klausel in den neuen Fachhändlerverträgen nirgends ausdrücklich zu finden ist. Allerdings ist es ungenugend, Empfehlungen lediglich durch die Eliminierung beklagter Klauseln aus den Verträgen formell umzusetzen. Eine Geschäftspraxis, welche zum selben Resultat führt wie die Durchsetzung der untersagten Klauseln, verstösst indirekt gegen die Empfehlung. Eine Sanktionierung ist zu prüfen.

ii Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens

9. Sachlich relevanter Markt ist der Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen.

10. Räumlich relevant ist das Gebiet desjenigen Marktes, auf welchem die den sachlichen Markt umfassenden Waren angeboten und nachgefragt werden können. Das Gebiet der Schweiz ist aufgeteilt in 17 TD. Beklagt wird in erster Linie das Marktverhalten der TD Zürich. Räumlich relevant ist im vorliegenden Fall also deren Einzugsgebiet.

11. Gemäss Art. 32 Abs. 1 FMG (SR 784.10) können Teilnehmeranlagen sowohl von den PTT-Betrieben als auch von Dritten angeboten werden.

12. Ein Unternehmen ist dann marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, wenn es sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern weitgehend unabhängig verhalten kann. Da sich seit der letzten Untersuchung die Marktverhältnisse (vgl. Bericht S. 115 f.) offenbar nicht wesentlich verändert haben (gemäss mündlicher Auskunft des Rechtsdienstes der Telecom PTT), ist analog von einer marktbeherrschenden Position der TD Zürich auszugehen.

13. Unzulässig ist wettbewerblich relevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich dann, wenn andere Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund behindert werden, oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Eine allfällige Abstufung zwischen Abnehmern ist also einzig nach objektiven, betriebswirtschaftlichen Kriterien zulässig, so z.B. für die Gewährung von Mengenrabatten.

14. Bei der Jahresprämieinstufung durch die TD Zürich fällt auf, dass einige Installateure nicht in den Genuss der 5%-Prämie kommen, obschon sie den dazu nötigen Umsatz mit der TD Zürich erreicht haben. Begründet wird dies mit mangelnder Loyalität. Die Beurteilung eines Verhaltens in Bezug auf Loyalität ist aber in jedem Fall subjektiv und erweckt daher kartellrechtliche Bedenken.

15. Bei den Jahresprämien handelt es sich also um Treuerabatte, die darauf abzielen, den Installateuren die Wahl zwischen verschiedenen Bezugsquellen zumindest zu erschweren und sie vom Bezug der Ware bei einem konkurrierenden Unternehmen abzuhalten. Deshalb beurteilt der EuGH im übrigen solche Treuerabatte per se als missbrauchlich (vgl. auch M. Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/96, S. 843).

C. Schlussfolgerung

16. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die TD Zürich den Wettbewerb auf dem Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen in unzulässiger Weise einschränkt. Deshalb hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums beschlossen, eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen.

B 1 3. Stellungnahmen

Préavis

Preavvisi

B 1.3 1. Bundesgesetz über Meteorologie und Klimatologie (MetG)

Ämterkonsultation; Art. 46 KG.

Consultation des offices; art. 46 LCart.

Consultazione degli uffici; art. 46 LCart.

In seiner Stellungnahme hält das Sekretariat der Wettbewerbskommission einleitend fest, dass die SMA (MeteoSchweiz) den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts untersteht und als öffentliches Dienstleistungsunternehmen private Anbieterinnen und Anbieter nicht in wettbewerbsverzerrender Weise mit Quersubventionen konkurrenzieren darf. Zu den einzelnen Bestimmungen hat es folgende Bemerkungen gemacht:

Artikel 5 Absatz 3 MetG

- Der Gesetzesentwurf sieht in Art. 5 Abs. 3 MetG vor, dass das Bundesamt Medien mit landesweiter Verbreitung Preisabschläge gewahren kann, falls die Zusammenarbeit im „nationalen Interesse“ liegt. Der Botschaftsentwurf kommentiert dazu einzig, dass diese Bestimmung die gesetzliche Grundlage für Rabatte an die SRG schaffe (Botschaftsentwurf, S. 12). Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist der Meinung, dass Besserstellungen einzelner - auch wenn diese eine öffentlich-rechtliche Aufgabe erfüllen - einer besonderen Rechtfertigung benötigen. Im weiteren ist vorgängig zu prüfen, ob die vorzugsweise Behandlung nicht auch mittels einer betriebswirtschaftlich abgestützten Massnahme erreicht werden kann. Es ist zudem durchaus denkbar, dass auch andere Unternehmen Informationen von nationalem Interesse verbreiten. Aus diesen Gründen bedarf die Gewährung von Rabatten an die SRG und insbesondere der Ausdruck „nationales Interesse“ näherer Erläuterung, andernfalls ist die Bestimmung zu streichen.

Artikel 6

- Artikel 6 unterscheidet zwischen Grunddienstleistungen (Art. 6 Abs. 1 MetG) und erweiterten Dienstleistungen (Art. 6 Abs. 2 MetG). Gemäss dem wettbewerbspolitischen Verständnis sollten Grunddienstleistungen allen Interessierten diskriminierungsfrei, d. h. zu gleichen Bedingungen, zur Verfügung stehen. Dies gilt auch für die erweiterten Dienstleistungen. Des weiteren müssen diese nach kaufmännischen Grundsätzen berechnet werden, damit nicht Quersubventionierungen aus Erträgen der Grunddienstleistungen das Ergebnis und damit auch den Wettbewerb verfälschen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt, zur Berechnung der Preise der Grunddienstleistungen und der erweiterten Dienstleistungen getrennte Rechnungen zu erstellen. Ohne entsprechende Präzisierung im Gesetz ist die Wettbewerbsneutralität zwischen der Meteo Schweiz als kommerzieller Ableger der SMA und den privaten Anbietern nicht gewährleistet.

Anträge

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission beantragt daher:

1. Das Gesetz ist mit folgenden Bestimmungen zu ergänzen:
 - Für Grunddienste und erweiterte Dienste hat die SMA getrennte Rechnungen nach kaufmännischen Grundsätzen zu erstellen.
 - Die Grunddienste sind allen Interessierten zu gleichen Bedingungen (diskriminierungsfrei) anzubieten.
 - Die SMA darf die erweiterten Dienste der Meteo Schweiz nicht mit Erträgen aus den Grunddiensten verbilligen (Quersubventionen).
2. Art. 5 Abs. 3 zweiter Halbsatz MetG (Zusammenarbeit im nationalen Interesse) ist zu streichen. Eine bevorzugte Behandlung der SRG ist allenfalls explizit zu begründen.
3. Die Ergebnisse der Vorabklärung der Kartellkommission von 1996 sollen in der Botschaft aufgrund der grundsätzlichen wettbewerbspolitischen Bedeutung kurz aufgeführt werden.

B 1.3 2. Rindvieh- und Kleinviehzucht Verordnung

Verordnungsentwürfe; Art. 46 KG.

Projets d'ordonnance; art. 46 LCart.

Disegno d'ordinanza; art. 46 LCart.

Zusammenfassung

Im Rahmen der neuen Agrarpolitik ist eine umfassende Revision der Tierzuchtverordnung geplant. Eine neue Tierzuchtverordnung, die für alle Nutztierarten gelten wird, kann jedoch frühestens auf Anfang 1999 in Kraft gesetzt werden. In der Zwischenzeit drängt sich eine Änderung der Verordnung über die Rindvieh- und Kleinviehzucht auf. Das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) ist bestrebt, diese Verordnungsänderung den Zielen der Agrarpolitik 2002 anzupassen, soweit dies auf der Grundlage des geltenden Landwirtschaftsgesetzes möglich ist.

In diesem Sinne hebt die revidierte Verordnung die Monopole bei den Zuchtorganisationen auf. Zudem wird die künstliche Besamung neu geregelt. Tendenziell erfolgt ein Abbau staatlicher Vorschriften und eine Verantwortungsdelegation auf die Stufe von Zuchtorganisationen und Züchtern.

Das Sekretariat hat sich mit dieser Verordnungsänderung grundsätzlich einverstanden erklärt, verlangte aber eine klarere Trennung zwischen der Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher, subventionierter Aufgaben und privatwirtschaftlicher Tätigkeiten bei den anerkannten Zuchtorganisationen. Die Übertragung subventionierter Aufgaben an privatwirtschaftlich tätige Organisationen führt erfahrungsgemäss zu Wettbewerbsverzerrungen infolge von Quersubventionen.

**B 1 4. Beratungen
Conseils
Consulenze****B 1.4 1. Zusammenschluss BLS, BN, GBS und SEZ**

Verneinung der Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss, Art. 5 Abs. 1 lit. a und b Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 9 und Art. 23 KG.

Négation de la notification pour une opération de concentration; art. 5 al. 1 let. a et b de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises; art. 9 et 23 LCart.

Negazione dell'obbligo di annuncio d'una concentrazione di imprese; art. 5 cpv. 1 let. a e b dell'ordinanza concernente il controllo delle concentrazioni di imprese; art. 9 e 23 LCart.

Zusammenfassung

Die Berner Alpenbahn-Gesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon (BLS), die Bern-Neuenburg-Bahn (Direkte Linie) (BN), die Gürbetal-Bern-Schwarzenburg-Bahn (GBS) und die Simmentalbahn (SEZ) beabsichtigten, sich durch einen Aktientausch zur BLS Lötschbergbahn AG zusammenzuschliessen. Der bedeutendste Teilhaber

an der neuen Gesellschaft wurde der Kanton Bern mit einer Beteiligung von 64.5 % am Nennwert des Aktienkapitals. Zu einer Kontrolländerung kam es damit nur im Falle der GBS und der BN, bei denen zuvor der Bund die Mehrheit der Kontrollrechte innehatte. Bei der BLS und der SEZ verfügte der Kanton Bern schon zuvor über jeweils rund 70 % der Kontrollrechte.

Das Sekretariat befand, dass der Zusammenschluss aus folgenden Gründen nicht unter die Meldepflicht des Art. 9 KG fällt:

Nur eines der Unternehmen (BLS) erreichte die für die Meldepflicht massgebende Umsatzhürde von 100 Mio. Fr. aus eigener Geschäftstätigkeit. Die drei anderen Gesellschaften erreichten Umsätze von ca. 19,1 Mio. Fr. (BN), 18,5 Mio. Fr. (GBS) und 11,2 (SEZ) Mio. Fr. Es stellte sich deshalb die Frage, inwieweit der „Umsatz“ des Bundes bzw. des Kantons Bern als Mutterunternehmen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b VKU in die Umsatzberechnung der einzelnen Bahngesellschaften miteinbezogen werden muss. Im Falle der GBS und der BN wurde nicht auf den Umsatz des Bundes als Mutterunternehmen abgestellt, da der Bund zugleich veräusserndes Unternehmen war und deshalb nicht in der Umsatzberechnung berücksichtigt werden konnte. Die BLS und SEZ wiederum befanden sich bereits unter einheitlicher Kontrolle des Kantons Bern. Der Umsatz des Kantons konnte deshalb im besten Falle für diese beiden Gesellschaften zusammen, nicht aber für beide getrennt, angerechnet werden. Da auch bei Berücksichtigung der Umsätze der Gemeinwesen nur eines der beteiligten Unternehmen über die erforderliche Umsatzlimite hinaus kam, wurde der Zusammenschluss von der Meldepflicht befreit.

Die beteiligten Unternehmen wurden darauf hingewiesen, dass dieser Beschluss die Meinung des Sekretariats wiedergibt und nicht eine Entscheidung der Wettbewerbskommission sei.

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2 1. Vorsorgliche Massnahmen
Mesures provisionnelles
Misure cautelari

B 2.1 1. Recymet SA (Abweisung superprovisorischer Massnahmen)

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung; superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen; Art. 18, Art. 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG.

Restriction illicite de la concurrence; disposition superprovisoire de mesures provisionnelles; art. 18, art. 23 LCart en relation avec art. 56 PA.

Limitazione illecita della concorrenza; disposizione superprovvisoria delle misure cautelari; art. 18, art. 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA.

Verfügung des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 9. Juni 1997 in Sachen Untersuchung nach Art. 27 ff. KG (Markt für Entsorgung von Altbatterien) gegen Recymet S.A. [. .], (nachstehend „Recymet“); superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen

Gestützt darauf,

1. dass die Wettbewerbskommission am 30. Mai 1997 ein Gesuch der Recymet um superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gegen zwei Entsorgungsstellen und 14 Sammler von Altbatterien erhalten hat.
2. dass gemäss (noch nicht rechtskräftigem) Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 25. April 1997 grundsätzlich die Wettbewerbskommission für die Entscheide über vorsorgliche Massnahmen zuständig ist.
3. dass die nächste Kommissionssitzung erst am 16. Juni 1997 stattfindet, und ein Entscheid auf dem Zirkularweg keinen Zeitgewinn mit sich bringt.
4. dass der Präsident bei besonderer Dringlichkeit das Nötige anordnen kann und sofort die Kommission orientiert (Art. 7 Abs. 3 Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996).
5. dass in analoger Anwendung von Art. 28d Abs. 2 ZGB bei superprovisorischer Verhängung vorsorglicher Massnahmen die Gesuchstellerin ein besonders dringendes Rechtsschutzbedürfnis bzw. eine besonders dringende Gefahr nachweisen muss, damit vom verfassungsmässigen Anspruch der Antragsgegner auf vorgängiges rechtliches Gehör abgesehen werden kann (vgl. auch Urs Schenker, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zurich 1985, 139 f.).
6. dass Recymet vorliegend die besondere Dringlichkeit für das Absehen der Anhörung der Gegenparteien nicht nachzuweisen vermag. Sie macht geltend, eine Überschuldung drohe erst in den nächsten Monaten. Dies hätte es ohne weiteres zugelassen, die Gegenparteien vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission

über die zu treffenden vorsorglichen Massnahmen anzuhören, ohne dass Recymet in der Zwischenzeit in Konkurs gefallen wäre.

7. dass vorliegend genügend Zeit für eine kurzfristige Anhörung der Gegenparteien besteht.

und dass

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

9. die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG in der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) geregelt sind. Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung i.V.m. Art. 4 VwVG bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14 ff. für die Kanzleigebühren.

10. das Gesuch um provisorische Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen ist; dass dem Sekretariat ein erheblicher Arbeitsaufwand entstanden ist, und es sich deshalb rechtfertigt, der Recymet Verfahrenskosten aufzuerlegen.

verfügt der Präsident der Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch der Recymet S.A. auf superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Recymet S.A. wird den Gegenparteien zur kurzfristigen Anhörung zugestellt.

3. Die Kommission wird sofort schriftlich über diesen Entscheid orientiert.

4. Gestützt auf Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 4 VwVG und Art. 13 Abs. 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren werden der Recymet S.A. folgende Kosten auferlegt:

Verfahrenskosten	Fr. 300.-
Kanzleigebühren	<u>Fr. 50.-</u>
Total	<u>Fr. 350.-</u>

5. Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 10 Tagen Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, erhoben werden (Art. 44 KG). Die Beschwerde ist im Doppel unter Beilegung der angefochtenen Verfügung einzureichen.

6. Die vorliegende Verfügung ist zu eröffnen: Recymet SA, [...]

B 2.1 2. Recymet SA (Abweisung vorsorglicher Massnahmen)

Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung; vorsorgliche Massnahmen; Art. 18, Art. 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG.

Restriction illicite de la concurrence; mesures provisionnelles; art. 18, art. 23 LCart en relation avec art. 56 PA.

Limitazione illecita della concorrenza; misure cautelari; art. 18, art. 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 1997 in Sachen Untersuchung nach Art. 27 ff. KG (Markt für Entsorgung von Altbatterien) gegen Recymet S.A., wegen Anordnung von vorsorglichen Massnahmen.

A. Sachverhalt

1. Am 28. Mai 1997 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Stellungnahme der Recymet über den Markt für Altbatterien (nachstehend „Stellungnahme“) ein. Die Recymet beantragt, es sei eine Vorabklärung über den Markt für die Entsorgung von Altbatterien durchzuführen, und es seien Massnahmen zur Beseitigung der bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen anzuregen; gegebenenfalls sei eine Untersuchung zu eröffnen.
2. Am 30. Mai 1997 erhielt die Wettbewerbskommission ein Gesuch der Recymet um superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Dieses wurde mit Verfügung des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 9. Juni 1997 wegen der nicht gegebenen Dringlichkeit für die superprovisorische Anordnung der angebehrten Massnahmen abgewiesen.
3. Am 10. Juni 1997 reichte die Recymet ein neues Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ein (nachstehend „Gesuch“). Sie stellt folgende Rechtsbegehren:
 - „1. Es sei folgenden Entsorgungsstellen gemäss Anhang 2 der Vereinbarung zwischen der BESO Batterienentsorgungs-Selbsthilfeorganisation und der Recymet S.A. zu befehlen, die Hälfte aller bei ihnen gelagerten Altbatterien bzw. die Hälfte aller an die Batrec (Wimmis) zur Lieferung bestimmten Altbatterien zu den gleichen Geschäftsbedingungen wie in ihrer Vereinbarung bzw. Übung mit der Batrec an die Recymet zu liefern:
 - (i) Sovag AG, Bernstrasse 5, CH-3110 Munsingen
 - (ii) Thommen & Co. AG, Industriestrasse 10, 3295 Rüti b. Büren
 2. Es sei folgendem Sammler von Altbatterien zu befehlen, die Hälfte aller bei ihm gelagerten Altbatterien bzw. die Hälfte aller an die Batrec AG (Wimmis) zur Lieferung bestimmten Altbatterien zu den gleichen Geschäftsbedingungen wie in ihrer Vereinbarung bzw. Übung mit der Batrec an die Recymet zu liefern:
 - (i) Leclanché S.A., Av. de Grandson 48, CH-1401 Yverdon
 3. Es sei den Entsorgungsstellen und dem Sammler gemäss Ziff. 1 und 2 zu befehlen, die hälftige Lieferung von Altbatterien an die Recymet nach Menge und nach Batterietypus gemäss Kategorie 13 Code 3220 sowie 3222 bis 3225 des Anhangs 2 der Verordnung über den Verkehr mit Sonderabfällen (SR 814.014) vorzunehmen.“
4. Die Recymet macht im wesentlichen geltend, sie erhalte seit Januar 1997 keine Altbatterien mehr zur Entsorgung. Dies sei auf ein Netz von Exklusivverträgen zwischen Sammlern von Altbatterien und der Batrec AG (nachstehend „Batrec“) zurückzuführen. Es sei die Absicht der Batrec, Recymet vom Markt für die Entsorgung von Altbatterien zu verdrängen, um anschliessend die Preise für die Entsorgung erheblich anheben zu können. Trotz Anbieten tieferer Entsorgungspreise und höherer Preise für das Sammeln von Altbatterien erhalte Recymet keine Altbatterien mehr, was auf unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen schliessen lasse (Ziff. 8 ff. Gesuch).

5. Mit Schreiben vom 11. Juni 1997 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Gegenparteien, nämlich die Sovag AG, Munsingen, die Thommen & Co. AG, Büren bei Bern, die Leclanché S.A., Yverdon, und die Batrec AG, Wimmis, zur Stellungnahme bis zum 20. Juni 1997 eingeladen. Auf begründetes Gesuch der Thommen & Co. AG wurde dieser eine kurze Fristverlängerung bis zum 26. Juni 1997 eingeräumt.

6. Die Sovag AG (nachstehend „Sovag“) war die wichtigste Lieferantin der Recymet. Sie macht in ihrer Stellungnahme vom 20. Juni 1997 geltend, dass der Vertrag von 1991 zwischen ihr und der Recymet über die Lieferung von Altbatterien wegen substantieller Vertragsverletzungen durch Recymet mit Schreiben vom 11. März 1997 fristlos aufgelöst worden sei. Sofern Recymet die fristlose Vertragsauflösung als nicht gerechtfertigt ansehe, stehe ihr der Gang zum ordentlichen Zivilgericht offen. Im übrigen hält die Sovag fest, dass sie zwar eine Vereinbarung mit der Batrec über die Triage von Altbatterien, die von der Batrec selbst gesammelt werden, abgeschlossen habe. In der Lieferung der von ihr selbst gesammelten oder anderweitig bei ihr angelieferten Batterien an einen Entsorger sei sie indessen frei und keinesfalls an irgendwelche Exklusivlieferpflichten gebunden.

7. Die Thommen & Co. AG hat innert erstreckter Frist mit Schreiben vom 26. Juni 1997 Stellung genommen. Sie macht geltend, dass sie sowohl mit Recymet wie auch mit Batrec geschäftliche Kontakte unterhalten habe. Aufgrund einer Änderung im Sammelsystem ergab sich Ende 1995 ein Zusammenarbeitsvertrag mit der Batrec. Seit Vertragsabschluss habe die Thommen & Co. AG der Batrec ca. 69 Tonnen Altbatterien geliefert.

8. Die Leclanché S.A. macht in ihrer Stellungnahme vom 20. Juni 1997 geltend, sie sei bei der Lieferung der Altbatterien an keinen Liefervertrag mit einem der beiden Endentsorger gebunden. Die Lieferungen an Recymet hätten sich im Jahre 1997 wegen eines nun erledigten Streits verzögert; Recymet habe im 1997 bisher ca. 15,7 Tonnen Altbatterien erhalten.

9. Die Batrec hat mit Datum vom 20. Juni 1997 eine ausführliche Stellungnahme eingereicht. Sie widerspricht den Behauptungen von Recymet grosstenteils. Insbesondere macht sie geltend, sie hätte zwar Exklusivverträge mit fünf Sammelunternehmen abgeschlossen. Diese seien aber bereits langjährige Lieferanten von Batrec gewesen. Die Menge gelieferter Batterien unter diesen Verträgen habe sich im Jahr 1996 auf 250 Tonnen, mithin ca. 11 % der totalen Menge an Altbatterien belaufen. Weiter ist sie der Ansicht, dass die Entrichtung von Entschädigungen an private Sammler unter dem Vertrag mit der BESO zulässig sei. Dieser Vertrag sei im übrigen immer noch in Kraft. Es sei richtig, dass Sovag seit 1997 Altbatterien an Batrec liefere. Diese Lieferungen erfolgten keineswegs auf exklusiver Basis. Dass Batrec nach Verdrängung der Recymet die Preise erhöhen werde, sei eine falsche Behauptung. Ihr von der Recymet zitierter diesbezüglicher Vorschlag an die BESO sei lediglich einer von vielen Vorschlägen im Zusammenhang mit der Erhöhung der Rücklaufquote gewesen. Schliesslich seien die von Recymet angebehrten Massnahmen unverhältnismässig, weil der Wechsel von Altbatteriensammlern zur Batrec nicht wegen Vorkehren der Batrec, sondern vielmehr wegen dem Verhalten der Recymet erfolgt sei.

10. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 4. Juni 1997 eine Untersuchung nach Art. 27 ff. über den von Recymet geschilderten Sachverhalt eröffnet, insbesondere über das Verhalten der Batrec und deren Aktionäre sowie über die Rolle der BESO Batterienentsorgungs-Selbsthilfeorganisation (vgl. BBl. 1997 III 721 und SHAB Nr. 113, 4211).

11. Das Kommissionsmitglied Klaus Hug ist im vorliegenden Verfahren selbständig in den Ausstand getreten.

B. Erwägungen

a. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

12. Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig für den Erlass der notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Nach Ansicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Beschwerdeentscheid vom 25. April 1997) umfasst diese Kompetenz nicht die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Hinblick auf die Sicherung des Endentscheids. Diese Entscheide würden in die Kompetenz der Wettbewerbskommission fallen. Der Beschwerdeentscheid ist zur Zeit vor dem Bundesgericht hängig. Bis zum Entscheid des Bundesgerichts ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall die Wettbewerbskommission für den Entscheid über das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig ist.

13. Vorsorgliche Massnahmen haben den Zweck, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Voraussetzungen dazu sind, dass (a) einer Partei oder dem wirksamen Wettbewerb auf einem bestimmten Markt ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, dass (b) die Gesuchstellerin die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens glaubhaft macht, dass (c) die anzuordnenden Massnahmen verhältnismässig und (d) dringlich sind.

14. Ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht der Recymet insofern, als ihre wirtschaftliche Existenz ernsthaft in Frage gestellt ist (vgl. Urs Schenker, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Diss. Zürich 1985, 55 f.). Es ist offensichtlich, dass sie ohne Einkünfte aus ihrer Haupttätigkeit, der Entsorgung von Altbatterien, nicht weiterexistieren kann. Indessen hat zwischen dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil und der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang zu bestehen. Dieser ist vorliegend zwischen den behaupteten Wettbewerbsbeschränkungen durch Batrec und dem drohenden Konkurs der Recymet nicht offensichtlich. Aufgrund der Stellungnahmen der Sovag (vgl. Ziff. 6), der Leclanché S.A. (vgl. Ziff. 8) und der Batrec (vgl. Ziff. 9) ist vielmehr davon auszugehen, dass die Nichtbelieferung der Recymet seit anfangs 1997 nicht auf ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Batrec, sondern auf das Verhalten der Recymet selbst zurückzuführen ist.

b. Wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens

15. Die Recymet behauptet, das Verhalten der Batrec stelle eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar. Batrec verfolge mit dem Abschluss eines ganzen Systems von Exklusivverträgen, u.a. unter Verwendung von missbräuchlichen Preisunterbietungen bzw. missbräuchlich hohen Beschaffungspreisen, die Verdrängung der Recymet vom Markt (Ziff. 8 ff. Gesuch).

16. Die heutige Wettbewerbssituation ist nach summarischer Prüfung nicht Resultat eines unzulässigen Wettbewerbsverhaltens der Batrec, sondern der fristlosen Auflösung des Liefervertrages durch die Sovag, der wichtigsten Lieferantin der Recymet. Auch wenn dies faktisch einem „Wettbewerbsausschluss“ gleichkommt, ist es nicht Sache der Wettbewerbskommission zu prüfen, ob diese fristlose Vertragsauflösung aus vertragsrechtlicher Sicht gerechtfertigt war. Solange die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb gegeben sind, hat die Kommission keinen Anlass zum Eingreifen. Vorliegend ist wirksamer Wettbewerb aufgrund der Stellungnahmen der Sovag, der Leclanché S.A., der Thommen & Co. AG sowie der Batrec weiterhin mög-

lich, weil der Markt nicht - wie von Recymet behauptet - durch ein ganzes Netz von exklusiven Vertikalverträgen abgeschlossen ist. Die bestehenden Exklusivverträge betreffen maximal einen Zehntel des gesamten Marktes. Wenn Recymet nicht mehr beliefert wird, ist dies auf andere als wettbewerbsrechtlich unzulässige Verhaltensweisen zurückzuführen. Die Situation, dass auf dem Markt allenfalls nur ein Entsorgungsunternehmen übrigbleiben könnte, ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht in der laufenden Untersuchung zu prüfen.

17. Zudem haben Sovag und Leclanché S.A. dargelegt, dass sie ihre Altbatterien nicht aufgrund von Exklusivverträgen an Batrec liefern. Die Sovag hat ihren Liefervertrag mit Recymet wegen angeblichen Vertragsverletzungen fristlos aufgelöst und beliefert nun Batrec auf nicht exklusiver Basis. Leclanché S.A. unterhält mit keinem der beiden Entsorgungsunternehmen Lieferverträge und beliefert wie bis anhin sowohl Recymet wie auch Batrec. Die Lieferverzögerungen seit anfangs 1997 seien auf einen Streit zurückzuführen, der mittlerweile geregelt werden konnte. Thommen & Co. AG liefert ihre Altbatterien der Batrec, wobei die gelieferte Menge im Vergleich zum gesamten Marktvolumen unbedeutend ist.

18. Aus dem Vertrag zwischen Recymet und der BESO vom 6./8. Mai 1992 (Beilage 25 zur Stellungnahme) geht im übrigen nicht hervor, dass niemand ausser den offiziellen Entsorgungsstellen Batterien sammeln und den Recyclingwerken liefern könnte. Der Vertrag hält in Art. 2 lediglich fest, dass Recymet sich verpflichtet, alle von „der Beso sowie privaten und öffentlichen Sammel- und Annahmestellen angelieferten Batterien in der Schweiz fachgerecht zu entsorgen bzw. zu recyceln“.

19. Aus den genannten Gründen ergibt sich, dass die Recymet in ihrem Gesuch und in der Stellungnahme die wahrscheinliche Begründetheit des Hauptbegehrens nicht glaubhaft zu machen vermag

c. Verhältnismässigkeit der angebehrten Massnahme

20. Die Wettbewerbskommission erachtet auch diese Voraussetzung als nicht gegeben. Die Recymet verlangt mit ihrem Gesuch die Verpflichtung von zwei Entsorgungsstellen und einem Sammler von Altbatterien zur einstweiligen Lieferung an Recymet. Die Massnahme richtet sich mithin gegen Marktteilnehmer, von denen weder ein wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten behauptet noch nachgewiesen ist. Als Urheberin der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung wird vielmehr die Batrec bezeichnet. Im Sinne der Verhältnismässigkeit hätte sich unter den vorliegenden Umständen die angebehrte Massnahme gegen sie und nicht gegen Dritte zu richten.

21. Die Recymet macht zudem geltend, dass die Nichtbelieferung die Folge von Vertragsverletzungen sei (Ziff. 104 und 141 Stellungnahme). Zur Beseitigung dieser Vertragsverletzungen, deren wettbewerbsrechtliche Relevanz sie nicht zu erhellen vermochte, hätte der Recymet primär der zivilrechtliche Weg offengestanden. Dies betrifft insbesondere die Anfechtung der fristlosen Vertragsauflösung - welche offensichtlich nichts mit einer Wettbewerbsbeschränkung zu tun hat - durch die wichtigste Lieferantin, nämlich die Sovag. Für die Durchsetzung einer allenfalls noch bestehenden Lieferpflicht der Sovag wird die Recymet auf den Zivilweg verwiesen.

d. Dringlichkeit der Massnahme

22. Weil weder der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil noch die Begründetheit des Hauptbegehrens glaubhaft gemacht werden, und auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit missachtet wird, erübrigt sich eine Prüfung der Dringlichkeit der angebehrten Massnahme.

C. Kosten

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

24. Die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sind in der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) geregelt. Art. 13 Abs. 2 dieser Verordnung i.V.m. Art. 5 VwVG bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14 ff. für die Kanzleigebühren.

25. Weil das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen ist, und dem Sekretariat ein erheblicher Arbeitsaufwand entstanden ist, rechtfertigt es sich, der Recymet Verfahrenskosten aufzuerlegen.

26. Die Batrec und die Thommen & Co. AG verlangen eine Parteientschädigung. Eine solche kann gemäss Art. 13 der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren nicht zugesprochen werden; darüber hinaus sehen weder das Kartellgesetz selbst noch das grundsätzlich im Verfahren anwendbare VwVG im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Diese Möglichkeit besteht im Falle einer Beschwerde (Art. 64 Abs. 1 VwVG) oder bei der obligatorischen Vertretung (Art. 11a Abs. 3 VwVG).

D. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch der Recymet S.A. um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.

2. Gestützt auf Art. 13 Abs. 2 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren werden der Recymet S.A. folgende Kosten auferlegt:

Verfahrenskosten	Fr. 2'000.-
Kanzleigebühren	Fr. <u>150.-</u>
Total	Fr. <u>2'150.-</u>

3. Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 10 Tagen Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, erhoben werden (Art. 44 KG). Die Beschwerde ist im Doppel unter Beilegung der angefochtenen Verfügung einzureichen.

4. Die vorliegende Verfügung ist zu eröffnen:

- [...] Recymet S.A.
- Sovag AG, Bernstrasse 5, 3110 Münsingen
- [...] Thommen & Co. AG
- Leclanché S.A. 48, av. de Grandson, 1401 Yverdon
- [...] Batrec AG

Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission ist eine Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingereicht worden. Die Beschwerde ist z.Z. hängig.

B 2 2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

B 2.2 1. Telecom PTT/Blue Window

Untersuchung gemäss Art. 27ff. KG.

Enquête selon art. 27ss. LCart.

Inchiesta giusta l'art. 27ss. LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27ff. KG betreffend Telecom PTT/Blue Window wegen unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen Art. 4 Abs. 2, Art. 7 KG.

I. Sachverhalt

A. Blue Window

1. Die Telecom PTT bietet seit dem 16. September 1996 die Multimedia-Plattform „Blue Window“ als erweiterten Dienst im Sinne von Art. 6 Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10) bzw. Art. 12 Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) an. Erweiterte Dienste bietet die Telecom PTT in Konkurrenz zu Dritten an.
2. Benutzer von Blue Window benötigen neben einem Abonnement einen Personal Computer und ein Modem bzw. eine ISDN-Karte, um die Dienstleistungen in Anspruch nehmen zu können.
3. Blue Window bietet, teilweise mit regionalen Partnern (Verlegern), neben dem Zugang zum weltweiten Internet noch eigene Serviceleistungen (z.B. Nachrichten, Einkaufsmöglichkeiten, Inserate) an und bezeichnet sich deshalb auch als Multimedia-Plattform.
4. Blue Window besteht physisch aus mehreren Einwählknoten (Point of Presence, PoP), über welche die Benutzer Zugang zum Dienst und damit auch zum Internet haben. Die Verbindung zwischen den PoP's, das Backbone-Netz, erfolgt wie bei den meisten anderen Internet- und Service-Providern über Mietleitungen der Telecom PTT. Für die Feinverastelung wird zusätzlich die von Unisource (UBN), an der die Telecom PTT beteiligt ist, angebotene Frame-Relay-Technik benutzt.
5. Internet-Benutzer müssen neben dem fixen monatlichen Entgelt für ein Abonnement (inkl. Einschreibgebühr, nach Verweildauer abgestuft), das an den entsprechenden Provider geht, variable Telefongebühren an die Netzbetreiberin Telecom PTT entrichten. Die Telefongebühren bemessen sich aufgrund der Distanz des Benutzers bis zum nächsten Einwählknoten. Blue Window bietet als erster Provider seinen Abonnenten den Internet-Zugang in der ganzen Schweiz zum Ortstarif an, selbst wenn sich diese nicht innerhalb der Ortstarifzone, sondern in einer der anderen drei gemäss Art. 50 FDV bestehenden Zonen (Nachbarzone, Fernzone I und II) befinden. Den gesamtschweizerischen Ortstarif gewährleistet Blue Window über die Swissfirstline 0-842-Nummer der Telecom PTT (vgl. hinten Ziff. I., B.)
6. Hinsichtlich der Höhe der vom Benutzer dem Internet-Provider zu entrichtenden Abonnementsgebühren unterscheidet sich Blue Window nicht wesentlich vom Preisgefüge des Durchschnitts der Provider, im Gegensatz zu den Telefongebühren. Die

Telefongebühren machen in der Schweiz den Grossteil der für die Internet-Benutzer entstehenden Kosten aus (im Durchschnitt 75% gemäss einer Studie der OECD, Basis August 1996).

7. Die Marktstruktur bei den Internet- und Service-Providern war vor dem Auftreten von Blue Window durch eine grosse Zahl von kleinen lokal oder regional tätigen Anbietern geprägt. Marktleaderin ist die gesamtschweizerisch operierende Swiss Online AG, welche aus dem Videotex-Dienst der Telecom PTT hervorging. Heute besitzt die Telecom PTT nur noch eine Minderheitsbeteiligung an der Swiss Online AG (5%, die Post besitzt daneben noch eine von 10%). Inzwischen ist auch der weltweit tätige amerikanische Online-Dienst America Online auf den Markt getreten. Insgesamt gibt es in der Schweiz rund 60 Internet- und Service-Provider mit einem Umsatz von rund 353 Mio. Fr. (Basis 1996).

8. Die Telecom PTT begründet die Lancierung von Blue Window damit, dass sie einerseits elektronische Marktplätze, wie sie Internet- und Service-Provider anbieten, als Zukunftsmärkte betrachtet. Andererseits weist sie darauf hin, dass ihr durch die - technisch schon heute mögliche - Telefonie über das Internet ernstzunehmende Konkurrenz in ihrem angestammten Bereich der Sprachtelefonie entstehen konnte.

B. Swissfirstline 0-842-Nummer

9. Zur gleichen Zeit wie Blue Window, also am 16. September 1996, führte die Telecom PTT die zur Nummernfamilie Swissfirstline gehörende 0-842-Nummer ein. Die Nummernfamilie Swissfirstline bezeichnet Gebührenausscheidungsmodelle (Shared Cost Services). Diese Nummern charakterisieren sich dadurch, dass der Anrufer nur einen bestimmten Teil der Gesprächstaxen zu entrichten hat. Den Rest übernimmt das Unternehmen, welches bei der Telecom PTT eine Swissfirstline-Nummer abonniert hat.

10. Gesetzliche Grundlage für die Einführung und den Betrieb der 0-842-Nummer durch die Telecom PTT bildet Art. 14 Abs. 2 FMG. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat mittels Verfügungen vom 21. Juni 1996 und vom 25. Juli 1996, die sich auf Art. 85c FDV stützen, der Telecom PTT die Nummer zugeteilt. Die zweite Verfügung erklärt sich dadurch, dass die Telecom PTT nachtraglich beschlossen hat, die 0-842-Nummer nicht nur für den Internet-Zugang, sondern auch für andere Dienste zur Verfügung zu stellen.

11. Das Gebührenausscheidungsmodell bei der 0-842-Nummer besteht darin, dass die Differenz zwischen den Ortstarifgebühren, welche vom Benutzer zu bezahlen sind, und den effektiv entstehenden Gebühren von den Internet-Providern zu entrichten ist. Im Fall von Blue Window bezahlt dieser Dienst der Telecom PTT der Netzbetreiberin Telecom PTT die Differenz.

12. Die Netzbetreiberin Telecom PTT hat allerdings bei der Einführung der 0-842-Nummer Mitte September dargelegt, dass sie im Rahmen der Abrechnung nicht unterscheiden könne, ob ein Anruf aus der Ortszone oder der Nachbarzone herrührt. Sie wende daher eine Mischrechnung an und nehme an, dass je die Hälfte der Anrufe aus der Orts- und der Nachbarzone stammt.

13. Aus den neuesten Angaben der Telecom PTT vom 1. März 1997 geht nun hervor, dass es offensichtlich bei den 360 digitalen Telefonzentralen, welche mit Intelligent Network (IN) betrieben werden, seit dem Beginn des Betriebs der Swissfirstline 0-842-Nummer möglich ist, das Gebührensplitting nach dem reinen Modell der 0-842-Nummer (vgl. Ziffer 11) und nicht nach der Mischrechnung (vgl. Ziffer 12) vorzunehmen. Insgesamt gibt es im übrigen 750 Ortszonen.

14. Die Telecom PTT wollte ursprünglich die 0-842-Nummer den privaten Providern frühestens ab 1. November 1996 anbieten. Dem eigenen Dienst Blue Window sollte die Nummer in einer ersten Pilotphase ab 16. September 1996 exklusiv zur Verfügung gestellt werden.

C. PTT-Monopol

15. Die Telecom PTT besitzt bis zum Inkrafttreten des totalrevidierten FMG (wahrscheinlich am 1. Januar 1998) ein Monopol über das Telefonnetz und die Telefondienste. Dazu gehört auch die erwähnte Swissfirstline 0-842-Nummer.

16. Private Provider sind damit sowohl hinsichtlich des Zugangs zu ihren PoP's als auch für deren Verbindung (Backbone-Netz über Mietleitungen der Telecom PTT) zu einem grossen Teil abhängig von der Telecom PTT. Seit März 1997 kann die Swiss Online AG das Netz der Newtelco AG teilweise als Backbone-Netz verwenden.

17. Die PTT-Betriebe beabsichtigen, auf den 1. August 1997 die Zahl der Tarifstufen von vier auf zwei zu reduzieren. Der Bundesrat hat am 1. Mai 1997 auf Antrag des Verwaltungsrats der PTT-Betriebe über die Ausgestaltung der neuen Tarifzonen im Rahmen einer Verordnungsrevision darüber entschieden. Nach den vorliegenden Informationen werden einerseits die Orts- und die Nachbarzone, andererseits die Fernzonen I und II zusammengelegt. Die Zahl der Ortstarifzonen soll gleichzeitig von 750 auf 360 reduziert werden.

D. Verfahren

18. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat auf Klage eines privaten Internet-Providers am 4. September 1996 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG, SR 251) über das Verhalten der Telecom PTT im Zusammenhang mit dem Dienst Blue Window eröffnet.

19. Am 13. September 1996 hat das Sekretariat mit der Zustimmung eines Mitglieds des Präsidiums auf der Grundlage von Art. 23 KG i.V. mit Art. 56 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021) als vorsorgliche Massnahmen verfügt,

- „dass die Telecom PTT die 0-842-Nummer allen interessierten Internet-Anbietern gleichzeitig und zu gleichen Bedingungen (insbesondere bezüglich Information, allfälliger Haftungsverzichterklärung während einer Testphase) zur Verfügung stellt,
- dass die Telecom PTT für den Blue Window-Dienst eine getrennte Rechnung führt.“

20. Die vorsorglichen Massnahmen wurden von den Parteien nicht angefochten und sind daher formell in Rechtskraft getreten.

21. Gleichzeitig mit der Verfügung von vorsorglichen Massnahmen hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Präsidiumsmitglied eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG eröffnet, weil Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG) vorgelegen haben.

22. Die Wettbewerbskommission hat die Eröffnung einer Untersuchung am 24. September 1996 im Rahmen einer amtlichen Publikation (BBI 1996 III 1394) bekannt gemacht (Art. 28 KG). Dritte hatten anschliessend 30 Tage Zeit, ihre Beteiligung an der Untersuchung geltend zu machen. Entsprechende Anmeldungen erfolgten durch die Active Net AG und CompuServe, welche anschliessend in das Untersuchungsverfahren einbezogen wurden. Dem nach Ablauf der Frist von 30 Tagen erfolgten

Begehren von Bielstar Sàrl, sich auch noch am Verfahren beteiligen zu können, wurde stattgegeben, da diesem Unternehmen als privatem Provider Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zukommt.

23. Die Anträge von privaten Providern auf die Anordnung von zusätzlichen vorsorglichen Massnahmen lehnte die Wettbewerbskommission ab. Eine diesbezügliche Beschwerde der Swiss Online AG ist vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hängig.

24. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat im Rahmen des Verfahrens das BAKOM zu Fragen im Zusammenhang mit Art 8 Abs 1 FMG (vgl. hinten Ziffer 36 und 56) konsultiert.

25. Die Parteien hatten im Rahmen des Untersuchungsverfahrens Gelegenheit, sich mittels Schriftsätzen zu äussern und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Entwurf zur vorliegenden Verfügung wurde ihnen zur Stellungnahme vorgelegt (Art. 30 Abs. 2 KG).

E. Vorbringen der Parteien

26. Die privaten Provider erachten den Markteintritt von Blue Window als unzulässige Verhaltensweise der Telecom PTT. Blue Window könne mit dem Gebührensplitting der Swissfirstline 0-842-Nummer gar nie selbsttragend sein. Der Dienst könne sich nur durch Quersubventionierungen aus dem Monopolbereich der Telecom PTT finanzieren. Im übrigen würde die Telecom PTT ihren eigenen Dienst zu Lasten der privaten Provider bevorteilen und dadurch den Wettbewerb verfälschen. Namentlich erwähnten die privaten Provider:

- das nicht gleichzeitige Zurverfügungstellen der 0-842-Nummer,
- Ungleichbehandlung bei der Information im Zusammenhang mit der 0-842-Nummer (Insiderwissen),
- die Verwendung von Pauschalfrankaturen für den Versand der Post von Blue Window,
- die Werbung der Telecom PTT für Blue Window unter Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Stellung der Telecom PTT bzw. unter Anführung des Schweizer Kreuzes,
- die Koppelung mit Monopoldiensten, indem die Telecom PTT ihrem eigenen Dienst das elektronische Telefonverzeichnis zur Verfügung stellt,
- die Benützung der Fernmelderechnung für die Abonnementsgebühren von Blue Window.

Die privaten Provider erachten überdies die von der Telecom PTT für die Benutzung der Swissfirstline 0-842-Nummer bis 1. November 1996 verlangte Haftungsverzichtserklärung als ungesetzlich.

Im Laufe der Untersuchung beklagten sie sich schliesslich über eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Information über die Ausgestaltung der am 1. August 1997 in Kraft tretenden neuen Tarifzonenordnung (vgl. Ziffer 17).

27. Die Swiss Online AG hat beantragt, der Telecom PTT zu verbieten, Blue Window anzubieten, eventualiter Blue Window erst dann zu erlauben, wenn ein gesamtschweizerischer Einheitstarif von der Netzbetreiberin Telecom PTT angeboten wird. Die Telecom PTT, deren marktbeherrschende Stellung auf dem Telefonie- und dem Internet-Provider-Markt festzustellen sei, habe solche Verhaltensweisen zukünftig zu

unterlassen. Der Eventualantrag der Swiss Online AG entspricht im wesentlichen den Anträgen des Verbandes Inside Telecom und des SVIPA (Schweizerischer Telematik Verband), welche alternativ noch einen Rabatt von 70% auf den für die privaten Provider entstehenden Telefongebühren verlangen, wenn sie die Swissfirstline 0-842-Nummer benützen.

28 Die Swiss Online AG hat verschiedene Beweisanträge gestellt:

- Die Telecom PTT sei zu verpflichten, die Investitions- und Betriebsrechnungen von Videotex aus den Jahren 1980 - 1995 und die Beteiligungen an privaten Providern offenzulegen
- Im Zusammenhang mit dem Business-Plan der Telecom PTT solle aufgrund der fehlenden Detailkenntnisse der Wettbewerbskommission ein Sachverständigengutachten zur quantitativen prognostischen Entwicklung eingeholt werden.

29. Die Telecom PTT erachtet ihr Verhalten als zulässig im Sinne des Kartellgesetzes. Sie verweist auf den Vorbehalt der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes für staatliche Marktordnungen (Art. 3 Abs. 1 KG). Da ihr Verhalten im Sinne des FMG zulässig sei, könne kein kartellrechtlicher Missbrauch vorliegen. In den relevanten Markt der Internet-Provider steige die Telecom PTT mit Blue Window erst ein, nehme damit also gar keine marktbeherrschende Stellung ein. Der erweiterte Dienst Blue Window werde getrennt von den übrigen Diensten abgerechnet. Die Gemeinkosten würden dem Dienst über die Cost-Plus-Methode belastet.

30. Hinsichtlich der Eigenwirtschaftlichkeit von Blue Window verweist die Telecom PTT auf den von der Firma AMS erstellten Business-Plan (Economic Model vom 24. Mai 1996 und 20. Juni 1996), welcher Grundlage für den von der Generaldirektion PTT genehmigten Projektantrag bildete. Die Telecom PTT hat der Wettbewerbskommission am 17. Februar 1997 einen ersten Teil des neuen Business-Plan zuge stellt (Business-Plan vom 12. Dezember 1996 und 28. Februar 1997). Die Business-Pläne sowie der von der Generaldirektion PTT genehmigte Projektantrag sind Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 KG.

II. Rechtliche Erwägungen

A. Gegenstand der Untersuchung

31. Gegenstand der Untersuchung ist die Prüfung einer unzulässigen Verhaltensweise der Telecom PTT im Sinne von Art. 7 KG durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Im Vordergrund steht die angebliche Quersubventionierung des Dienstes Blue Window durch Monopoldienste der Telecom PTT sowie andere angeblich wettbewerbsverfälschende Vorkehren der Telecom PTT zugunsten von Blue Window und zu Lasten der privaten Provider.

32. Nicht Gegenstand der Untersuchung bilden die Verträge, die die Telecom PTT mit Verlegern abgeschlossen hat, welche innerhalb der Multimedia-Plattform regional eigene Dienste anbieten.

B. Zuständigkeit der Wettbewerbskommission

33. Die Wettbewerbskommission ist gemäss Art. 30 Abs. 1 KG zuständig für Entscheide über die zu treffenden Massnahmen gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

C. Unterstellung der Telecom PTT unter das Kartellgesetz

34. Auch öffentlich-rechtliche Unternehmen wie die PTT-Betriebe, wozu auch die Telecom PTT als wirtschaftlich eigenständig operierender Teil gehört, unterstehen

gemäss Art. 2 Abs. 1 KG dem Kartellgesetz, wenn sie Marktmacht ausüben. Die Marktmacht der Telecom PTT ergibt sich aufgrund ihres langjährigen Monopols über das Telefonnetz und die Telefondienste, ihres damit verbundenen Know Hows in der Übermittlung von Sprache und Daten, ihrer flächendeckenden Organisation und ihrer Kundenbindung. Das Monopol erlaubt der Telecom PTT, auch benachbarte bzw. nachgelagerte Märkte, welche von Monopoldiensten abhängig sind, massgeblich zu beeinflussen und Macht auszuüben. Die Telecom PTT untersteht damit dem KG.

35. Vom Wettbewerbsprinzip abweichende öffentlich-rechtliche Vorschriften begründen einen Vorbehalt hinsichtlich der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (Art. 3 Abs. 1 KG). Staatliche Markt- oder Preisordnungen, wie hoheitlich (auf der Basis des FMG) von der Telecom PTT angeordnete oder umgesetzte Tarifordnungen, wie die Swissfirstline 0-842-Nummern können damit von der Wettbewerbskommission nicht in Frage gestellt werden. Es ist ihr etwa verwehrt, die Telecom PTT zu verpflichten, Rabatte für private Provider hinsichtlich der ihnen beim Modell der 0-842-Nummer entstehenden Telefongebühren zu entrichten. Wenn die Telecom PTT aber bei ihrem Handeln einen unternehmerischen Spielraum besitzt, unterliegt sie dem KG, selbst wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die ihr vom FMG ausschliesslich vorbehalten ist. Das gilt insbesondere auch dann, wenn benachbarte oder nachgelagerte Märkte in Abhängigkeit von Monopoldiensten stehen. Das FMG sieht diesbezüglich keine vom KG abweichenden Vorschriften vor. Das FMG verlangt wie das KG vom Monopolisten in solchen Fällen ein wettbewerbsneutrales und nicht-diskriminierendes Verhalten.

36. Hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit von Quersubventionen schreibt Art. 8 Abs. 1 FMG vor, dass die Telecom PTT erweiterte Dienste wie Blue Window nicht durch Erträge von Monopoldiensten verbilligen dürfe. Art. 8 Abs. 1 FMG konkretisiert im Verhältnis zu Art. 7 KG und insbesondere zu Abs. 2 lit. b (Diskriminierung von Handelspartnern) die Frage der Zulässigkeit von Quersubventionen durch die PTT-Betriebe. Solange eine Quersubventionierung im Sinne des FMG zulässig ist, greift im Gegenzug der Vorbehalt abweichender öffentlich-rechtlicher Vorschriften von Art. 3 Abs. 1 KG. Das KG darf die Schwelle für die Zulässigkeit nicht höher ansetzen. Die Bestimmungen des FMG und des KG sind damit bezüglich des Quersubventionsverbots im Grundsatz deckungsgleich (vgl. dazu auch Verfügung des Instruktionsrichters der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 10. Februar 1997 i.S. Swiss Online AG/PTT-Betriebe betr. vorsorgliche Massnahmen, Erw 5c).

D. Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)

37. Relevanter Markt ist einerseits derjenige der Internet-Provider in der Schweiz (Anbieten des Internet-Zugangs). Andererseits bildet auch der diesem vorgelagerte Markt der Telefonie (Festnetz und Dienste) einen sachlich relevanten Markt, weil er die Grundlage für den Internet-Zugang und die Tätigkeit der Internet-Provider darstellt. Die Telefongebühren stellen für die schweizerischen Internetbenutzer heute den zentralen Kostenfaktor dar (vgl. Ziffer 6). Hinsichtlich des Backbone-Netzes sind die Internet-Provider zu einem beträchtlichen Teil abhängig von der Infrastruktur (Mietleitungen) der Telecom PTT. Der Internet-Provider-Markt ist damit abhängig vom vorgelagerten (wirtschaftlich wesentlich bedeutenderen) Telefoniemarkt bzw. von den Telefoniemärkten, welche die Grunddienste (Art. 4 FMG) darstellen. Diese heute von der Telecom PTT erbrachten Grunddienste stellen die unerlässliche Infrastruktur für die technische Verbindung zwischen Internet-Benutzer und Internet-Provider dar. Da die Telecom PTT die Grunddienste (Telefonie) landesweit zu gleichen Tarifen im Monopol anbietet, erübrigt sich eine stärkere Segmentierung der örtlich und sachlich relevanten Märkte. Die Interdependenz zwischen dem Telefonie-

und dem Internet-Provider-Markt wird mit der Liberalisierung der Fernmeldemärkte noch zunehmen. Internet-Provider sind mit der Internet-Telefonie potentielle Konkurrenten der Telecom PTT auf den Telefoniemärkten.

38. Die marktbeherrschende Stellung der Telecom PTT im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG ergibt sich auf den Telefoniemärkten durch das langjährige Monopol über die Grunddienste (Netz und Dienste). Die Monopolstellung hat der Telecom PTT eine flächendeckende Netzinfrastruktur, entsprechendes Know How, eine enge Kundenbindung, grosse wirtschaftliche Potenz und grosse Synergiepotentiale durch die umfassende Dienstleistungspalette eingebracht.

39. Wettbewerber in nachgelagerten Märkten wie demjenigen der Internet-Provider stehen in Abhängigkeit von der Telecom PTT. Die Internet-Provider können ihre wirtschaftliche Tätigkeit ohne die Grunddienste der Telecom PTT gar nicht ausüben. Das Monopol über die Telefonie verschafft der Telecom PTT das Potential, nachgelagerte Märkte in wettbewerbsverfälschender Weise zu beeinflussen, beispielsweise mittels Quersubventionierung auf dem Internet-Provider-Markt zugunsten des eigenen Dienstes Blue Window und zuungunsten der privaten Provider. Die dominierende Stellung erlaubt der Telecom PTT daher, sich auch auf mit den Telefoniemärkten verbundenen oder ihnen nachgelagerten Märkten wie demjenigen der Internet-Provider unabhängig zu verhalten.

E. Unzulässige Verhaltensweisen der Telecom PTT durch Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)

a. Diskriminierung der privaten Provider im Zusammenhang mit der 0-842-Nummer

40. Die Telecom PTT wollte die gleichzeitig mit Blue Window am 16. September 1996 eingeführte Swissfirstline 0-842-Nummer in einer Einführungsphase nur ihrem eigenen Dienst, nicht aber den privaten Providern anbieten.

41. Durch die anfängliche Verweigerung der Telecom PTT, den privaten Providern die Swissfirstline 0-842-Nummer gleichzeitig mit Blue Window zur Verfügung zu stellen, haben diese einen erheblichen Informationsrückstand erlitten. Der eigene Dienst Blue Window konnte sich demgegenüber bereits seit einiger Zeit auf den Internet-Zugang mittels einer Swissfirstline 0-842-Nummer vorbereiten.

42. Die kurzfristige Zurverfügungstellung, dank der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen durch die Wettbewerbskommission am 13. September 1996, hat diesen Mangel nicht geheilt. Entgegen den Behauptungen der Telecom PTT beansprucht das Verständnis hinsichtlich des wirtschaftlichen und technischen Funktionierens der 0-842-Nummer längere Zeit. Dies wird nicht zuletzt am Beispiel des eigenen Dienstes Blue Window ersichtlich, der mehrere Monate benötigte, um eine erst noch auf ihn, d.h. seine finanziellen Möglichkeiten zugeschnittene Nummer zu optimieren (vgl. dazu hinten Ziffern 58ff.).

43. Die Telecom PTT hat die privaten Provider hinsichtlich des tatsächlich gehandhabten Gebührenausscheidungsmodells bei der 0-842-Nummer (vgl. Ziffer 13) ungenügend orientiert. Diese mussten davon ausgehen, dass die Mischrechnung (vgl. Ziffer 12) und nicht das reine Modell (vgl. Ziffer 11) zur Anwendung kommen würde (vgl. dazu auch die Erwägungen 3b und 5e des Instruktionsrichters der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts i.S. Swiss Online AG/PTT betr. vorsorgliche Massnahmen vom 10. Februar 1997). Die ungenügende Orientierung der privaten Provider hat den Informations- und Wissensvorsprung, den Blue Window ohnehin schon hatte (vgl. Ziffer 41), noch vergrössert.

44. In einem jungen und dynamischen Markt wie demjenigen der Internet-Provider sind Reputationseffekte von Bedeutung. Derjenige Anbieter, der als erster eine Innovation erfolgreich lanciert, profitiert noch längere Zeit von einem Reputationsvorteil. Deshalb stellt ein Wissensvorsprung über grundsätzliche Rahmenbedingungen einen Wettbewerbsvorteil dar. Dank der bevorzugten Behandlung durch die Telecom PTT konnte Blue Window als erster die 0-842-Nummer, welche die Rahmenbedingungen auf dem relevanten Internet-Provider-Markt verändert hat, anbieten. Diese Verhaltensweise hat den Wettbewerb verfälscht und die privaten Provider in der Ausübung des Wettbewerbs behindert.

45. Dass bis heute kein privater Provider den Internet-Zugang über die Swissfirst-line 0-842-Nummer anbietet, heilt die Mängel der Informationspraxis bei der Einführung dieses Gebührenmodells nicht. Bei einer gleichzeitigen und genügenden Information hätten die privaten Provider nämlich rechtzeitig (d.h. gleichzeitig mit der Einführung von Blue Window) mit eigenen, auf ihre Mittel zugeschnittenen Strategien auf den Blue Window-Dienst der Telecom PTT antworten können, abgesehen davon, dass die privaten Provider die 0-842-Nummer aufgrund des kurzfristigen Zurverfügungstellens durch die Telecom PTT auf jeden Fall nur mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung zu Blue Window hätten anbieten können.

46. Die bevorzugte Behandlung des eigenen Dienstes Blue Window und die ungenügende Information der übrigen Provider stellen eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung der Telecom PTT dar, im Sinne einer Diskriminierung der privaten Provider gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG.

b. Quersubventionierung von Blue Window

47. Eine Quersubventionierung von Blue Window durch die Telecom PTT stellt kartellrechtlich eine Diskriminierung der privaten Provider dar. Wenn die Telecom PTT als marktbeherrschendes Unternehmen bzw. als Monopolistin auf dem Telefontiemarkt auf dem nachgelagerten Internet-Provider-Markt nur ihrem eigenen Dienst Blue Window durch Erträge aus dem Monopolbereich mitfinanziert, stellt dies eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern dar. Bei der Beurteilung des Verhaltens der Telecom PTT in bezug auf das Diskriminierungsverbot (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) hat die Wettbewerbskommission die von Art. 8 Abs. 1 FMG (Quersubventionsverbot) aufgestellten Schranken zu beachten (vgl. Ziffer 36). Die Bestimmung erfordert von erweiterten Diensten wie Blue Window nicht Rentabilität von Anfang an, sondern erlaubt auch vorübergehende Verluste für Investitionen in der Aufbauphase. Erweiterte Dienste wie Blue Window müssen aber auf Dauer zumindest selbsttragend sein, dürfen also keine strukturellen Defizite aufweisen (vgl. Verfügung des Instruktionsrichters der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 10. Februar 1997 i.S. Swiss Online AG/PTT-Betriebe betr. vorsorgliche Massnahmen, Erw. 5b).

48. Zur Beurteilung des Tatbestands der Quersubventionierung muss die Wettbewerbskommission hinsichtlich des unternehmerischen Handelns der Telecom PTT auf die einem Projekt zugrundeliegende Strategie bei der Einführung abstellen, die auf einer Vielzahl von Prognosen und Annahmen beruht. Ob ein neuer Dienst wie Blue Window auf Dauer tatsächlich selbsttragend ist, kann mit Sicherheit erst im nachhinein, d.h. nach einigen Jahren, gesagt werden. Da aber eine allfällige Quersubventionierung schon kurzfristig zu einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung von Konkurrenten auf dem Markt der Internet-Provider führen kann (Behinderungsmissbrauch), ist eine prospektive Beurteilung eines andauernden Verhaltens zum Schutz der Ausübung des Wettbewerbs notwendig. In dynamischen Märkten wie in

der Telekommunikation kommt dem Zeitfaktor im Wettbewerb eine entscheidende Rolle zu.

49. Die Beurteilung des Quersubventionierungsverbots beruht auf dem Business-Plan zu Blue Window und dem darauf basierenden Projektantrag, der von der Generaldirektion PTT genehmigt wurde. Ein Business-Plan stützt sich zwangsläufig auf eine Vielzahl von Prognosen und Annahmen mit den damit verbundenen Unsicherheiten. Er kann nicht auf Jahre hinaus jede Marktentwicklung berücksichtigen, was gewisse Vereinfachungen erfordert. Der Business-Plan sollte aber nach kaufmännischen Grundsätzen die längerfristige Wirtschaftlichkeit eines Unternehmens bzw. eines erweiterten Dienstes wie Blue Window belegen. Das Quersubventionierungsverbot und damit auch das Diskriminierungsverbot (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) würden dann verletzt, „wenn das Angebot des erweiterten Dienstes mit den projektgemässen Vorlagen nach allgemeinen Grundsätzen prospektiv nicht zu rechtfertigen ist.“ (Verfügung des Instruktionsrichters der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 22. Januar 1997 i.S. Active Net AG/PTT-Betriebe betr. vorsorgliche Massnahmen, Erw. 5c).

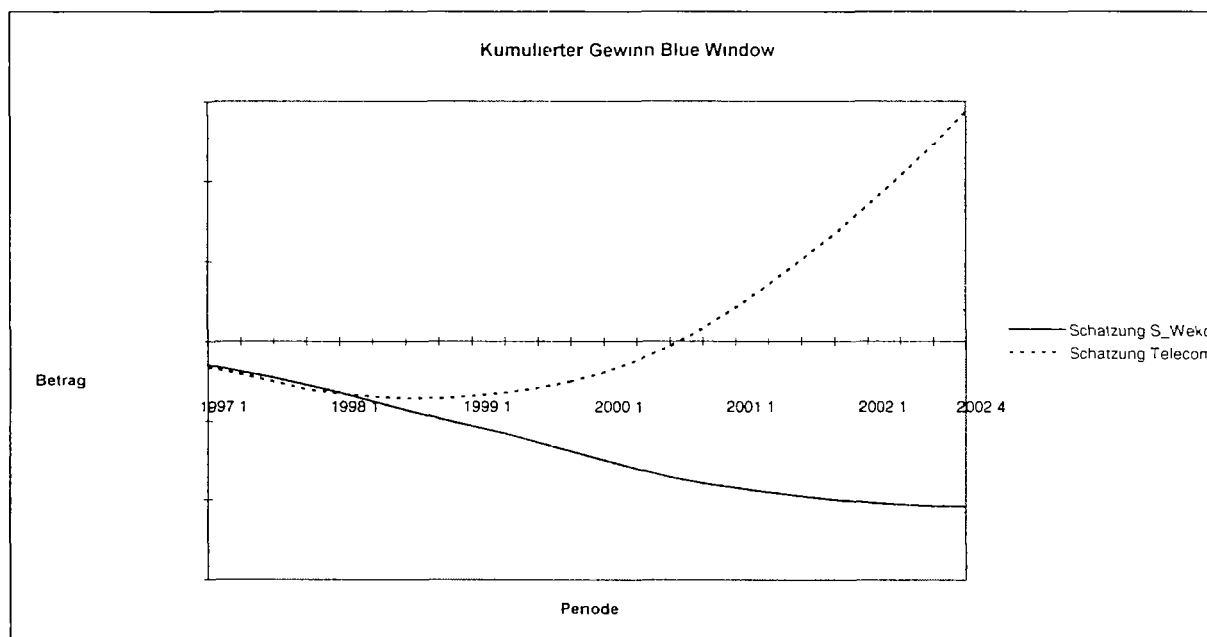
50. Der Business-Plan enthält insbesondere Prognosen und Annahmen hinsichtlich der Abonnentenzahl von Blue Window, der monatlichen Benützungsdauer von Blue Window durch die Abonnenten und der Erträge aus den eigenen Serviceleistungen. Diese Annahmen weichen teilweise stark von den hypothetischen Kalkulationen der privaten Internet-Provider ab.

51. Die erwähnten Annahmen spielen aber für die vorliegende Beurteilung des Business-Plans (Mai und Juni 1996) bzw. des Projektantrags keine Rolle. Die darin enthaltene Kalkulation der Kommunikationskosten, d.h. der Telefongebühren, die der erweiterte Dienst Blue Window der Netzbetreiberin Telecom PTT zu entrichten hat (siehe dazu die sogenannte „Subscription Redirection“ im Business-Plan), stimmt nicht mit dem Modell der 0-842-Nummer überein, das vorsieht, dass ein Benutzer unabhängig von seiner Distanz zum nächstgelegenen PoP in jedem Fall nur den Ortstarif entrichten muss (vgl. Ziffer 11). Die Kalkulation im Business-Plan entspricht aber dem Modell der Swissfirstline 0-842-Nummer, das darin besteht, dass der Benutzer maximal den Nachbarzonentarif zu bezahlen hat.

52. Die Kalkulation der Kommunikationskosten im Business-Plan von Blue Window berücksichtigt statt der Summe der Differenzen zwischen Fernzone II minus Ortstarif, Fernzone I minus Ortstarif, Nachbarzone minus Ortstarif (entspricht der Swissfirstline 0-842-Nummer) nur die Summe der Differenzen zwischen Fernzone II minus Nachbarzone und Fernzone I minus Nachbarzone (entspricht der Swissfirstline 0-842-Nummer). Zusätzlich wurde für die Berechnung nur auf den Niedertarif abgestellt.

53. Mit dem Einbezug der effektiv durch die 0-842-Nummer entstehenden Kommunikationskosten in den Business-Plan würden die Gesamtkosten für Blue Window nach Berechnungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission (vgl. nachfolgende Tabelle) in einem Mass steigen, die auch auf Dauer nicht durch die errechneten Erträge gedeckt werden können, womit sich ein strukturelles Defizit ergibt. Alleine für das Jahr 2002 würde der Verlust demnach 102 Mio. Fr. betragen.

54. Der Einwand der Telecom PTT, wonach es sich beim erwähnten Business-Plan um das ursprüngliche Projekt handelt, das noch auf der Swissfirstline 0-842-Nummer beruhte, mag vielleicht stimmen, ist aber für die vorliegende Beurteilung unerheblich. Tatsache ist, dass der von der Generaldirektion PTT am 20. August 1996 genehmigte Projektantrag vom 29. Juli 1996 die Kommunikationskosten des Business-Plans



(Economic Model vom 24. Mai 1996 und 20. Juni 1996) übernimmt. Gleichzeitig kündigt dieser Projektantrag zu Blue Window gesamtschweizerisch den Internet-Zugang zum Ortstarif an, der über die Swissfirstline 0-842-Nummer erreicht werden soll. Diese beiden Dokumente, der Business-Plan und der Projektantrag, wurden der Wettbewerbskommission später auch als Beleg für die angebliche Wirtschaftlichkeit von Blue Window vertraulich unterbreitet. Einen neuen Business-Plan stellte die Telecom PTT der Wettbewerbskommission erst in Aussicht, als sie von deren Bedenken zum ersten Business-Plan bzw. zum Projektantrag wusste.

55. Die privaten Provider wurden durch das Verhalten der Telecom PTT in der Ausübung des Wettbewerbs behindert. Die mit grossem Werbeaufwand lancierte Multimedia-Plattform Blue Window mit der gesamtschweizerischen Swissfirstline 0-842-Nummer und damit dem gesamtschweizerisch gewährleisteten Internet-Zugang zum Ortstarif verschaffte der Betreiberin Telecom PTT einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Der Wettbewerbskommission liegen zahlreiche Kündigungen von Internet-Benutzern bei privaten Providern aus den ersten Monaten nach dem Markteintritt von Blue Window vor.

56. Das BAKOM stellt im Schreiben vom 10. März 1997 zuhanden der Wettbewerbskommission aufgrund eigener Prüfung des Business-Plans bzw. des Projektantrags zu Blue Window fest, dass die Telecom PTT gegen Art. 8 Abs. 1 FMG (Quersubventionierungsverbot) verstösst („Damit hat die Telecom PTT bisher mit dem Produkt Blue Window Art. 8 Abs. 1 FMG verletzt.“).

57. Das Verhalten der Telecom PTT im Zusammenhang mit dem Projekt Blue Window, beruhend auf dem Business-Plan (Economic Model vom 24. Mai 1996 und 20. Juni 1996) bzw. dem von der Generaldirektion PTT genehmigten Projektantrag vom 29. Juli 1996 zu Blue Window, stellt eine Quersubventionierung und damit eine Diskriminierung der privaten Provider im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG dar.

58. Die Telecom PTT hat der Wettbewerbskommission bekanntlich (vgl. Ziffer 30) einen neuen Business-Plan (Economic Model vom 12. Dezember 1996 und 28. Februar 1997) zugestellt, der von den gleichen Annahmen ausgeht wie der erste, was die Ertragslage betrifft. Er beruht aber auf einer veränderten Unternehmensstrategie (Anderung der Schwergewichte bei der Einsetzung der Betriebsmittel) aufgrund von

neuen Erkenntnissen, insbesondere auch hinsichtlich des Funktionierens der 0-842-Nummer, und auf einer Änderung der Marktverhältnisse auf den Beschaffungsmärkten

59. Diese neue Unternehmensstrategie (vgl. dazu das vertrauliche interne Arbeitspapier vom 24. Januar 1997, das dem neuen Business-Plan beigelegt hat) erlaubt dem Dienst Blue Window, mit vergleichsweise geringen Investitionen die (effektiven) Kommunikationskosten im Zusammenhang mit der 0-842-Nummer erheblich zu senken. Der Grund liegt darin, dass ein signifikant höherer Anteil von Abonnenten als im ursprünglichen Business-Plan angenommen, in die Ortstarifzone fällt.

60. Der überarbeitete Business-Plan berücksichtigt nicht die Tatsache, dass noch nicht alle Telefonzentralen auf IN (vgl. Ziffer 13) umgestellt wurden. Bei diesen noch nicht umgestellten Telefonzentralen müsste eine Mischrechnung zwischen Orts- und Nachbarzonentarif erfolgen (vgl. Ziffer 12). Die daraus entstehende Differenz ist aber zu klein, weshalb dieser Umstand im Hinblick auf den Tatbestand der Quersubventionierung vernachlässigt werden kann.

61. Dieser neue Business-Plan zu Blue Window geht gemäss den Berechnungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission grundsätzlich von einem ökonomischen Modell und von einer Kalkulation aus, die plausibel erscheinen, so dass Blue Window bei einem entsprechenden Verhalten längerfristig selbsttragend sein und kein strukturelles Defizit aufweisen sollte. Eine die privaten Provider diskriminierende Quersubventionierung von Blue Window durch die Telecom PTT liegt damit nicht mehr vor. Selbst bei wesentlich pessimistischeren Annahmen bezüglich der Abonnentenzahl (tiefer) und durchschnittlicher Benutzungsdauer durch die Abonnenten (höher) stellt sich kein strukturelles Defizit ein. Der Eintritt von Blue Window in die Gewinnzone würde dadurch einzig um einige Monate verzögert. Durch die am 1. August 1997 in Kraft tretende neue Tarifzonenordnung sollte sich das wirtschaftliche Ergebnis von Blue Window tendenziell im übrigen noch verbessern. Ein Verbot von Blue Window drängt sich deshalb nicht auf.

62. Bei allfälligen Anhaltspunkten für eine erneute Quersubventionierung behält sich die Wettbewerbskommission vor, eine neue Untersuchung zu eröffnen. Es gilt darauf hinzuweisen, dass der Zurechnung der Gemeinkosten arbiträrer Charakter zukommt und diesbezüglich ein Missbrauchspotential besteht. Ob die zahlreichen Annahmen, welche dem Business-Plan zugrunde liegen, mit der Wirklichkeit übereinstimmen werden, wird sich erst in den nächsten Jahren weisen. Die Eigenwirtschaftlichkeit des Dienstes Blue Window, der auf einem sich rasch wandelnden und dynamischen Markt den Break-even-point erst für das Jahr 1998 vorsieht, kann nicht mit Bestimmtheit vorausgesagt werden. Die Wettbewerbskommission legt sich jedoch Zurückhaltung im Sinne der erwähnten Verfügungen des Instruktionsrichters der I. Zivilabteilung (vgl. Ziffer 47 und 49) auf, um den unternehmerischen Spielraum der Telecom PTT nicht unnötig einzuschränken.

63. Allfällige Ansprüche der privaten Provider, die durch das Verhalten der Telecom PTT im Zusammenhang mit dem ursprünglichen Projekt Blue Window Nachteile erlitten haben, richten sich nach den Bestimmungen des zivilrechtlichen Teil des Kartellgesetzes (Art. 12ff. KG).

64. Den Antrag der Swiss Online AG, ein Sachverständigengutachten hinsichtlich der „quantitativen prognostischen Entwicklung“ einzuholen, lehnt die Wettbewerbskommission ab. Es war ihr durchaus möglich, eine Beurteilung der vorgelegten Business-Pläne bzw. des Projektantrags vorzunehmen, welche den Vorgaben des Bun-

desgerichts entspricht (vgl. Verfügung des Instruktionsrichters der I. Zivilabteilung des Bundesgerichts i.S. Active Net AG/PTT vom 22. Januar 1997, Erw. 5b). Die Bedeutung der „quantitativen prognostischen Entwicklung“ kann vorliegend ohnehin relativiert werden (vgl. vorne Ziffer 54). Im übrigen hat die Wettbewerbskommission bezüglich der in diesem Zusammenhang relevanten Frage der Quersubventionierung (Art. 8 Abs. 1 FMG) das BAKOM konsultiert (vgl. Ziffer 56).

c. Weitere Verhaltensweisen der Telecom PTT im Zusammenhang mit Blue Window

65. Die privaten Provider erachten verschiedene, im folgenden zu erörternde Verhaltensweisen der Telecom PTT im Zusammenhang mit ihrem eigenen Dienst Blue Window als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG. Generell gilt es in diesem Zusammenhang zu betonen, dass das FMG der Telecom PTT erlaubt, Dienste auch in Konkurrenz zu Privaten anzubieten. Diese erweiterten Dienste sind buchhalterisch selbständig zu behandeln, um Quersubventionen zu vermeiden. Sie gehören aber trotzdem zur Telecom PTT, was ihnen aufgrund der grossen Marktmacht der Telecom PTT (vgl. Ziffern 34, 38 und 39) einen Wettbewerbsvorteil (z.B. durch Image, Werbung) einbringt. Kartellrechtlich ist dies solange unbedenklich, als die Telecom PTT die erweiterten Dienste nicht quersubventioniert (durch Erträge aus den Monopoldiensten verbilligt) oder private Konkurrenten ihrer erweiterten Dienste nicht auf andere Weise im Zusammenhang mit Monopoldiensten diskriminiert.

66. Die Verwendung von Pauschalfrankaturen für den Versand der Post von Blue Window ist kartellrechtlich unbedenklich, solange dem Dienst Blue Window die entstehenden Kosten im Rahmen eines anteilmässigen Gemeinkostenzuschlags belastet werden. Art. 40 Abs. 1 Postverkehrsgesetz (PVG; SR 783.0) erlaubt den PTT-Betrieben ausdrücklich die pauschale Entrichtung der Posttaxen für ihre Sendungen.

67. Die Zurverfügungstellung des elektronischen Telefonverzeichnisses (ETV) für Blue Window ist solange kartellrechtlich unbedenklich, als das ETV auch privaten Providern offensteht, und Blue Window das gleiche Entgelt wie den privaten Providern verrechnet wird. Im übrigen hat Blue Window genau wie die privaten Provider für den Zugriff zum ETV den Umweg über X.25 (Telepac) zu wählen, weshalb in diesem Punkt keine Diskriminierung vorliegt.

68. Die Werbung und die ausschliessliche Zurverfügungstellung der Fernmelde-rechnung, wie dies seit dem 1. Juli 1997 der Fall ist, ist solange unter dem Diskriminierungsverbot unbedenklich, als die Telecom PTT ihrem Dienst Blue Window die Werbeausgaben bzw. eine marktübliche Inkasso-Entschädigung verrechnet.

69. Die von der Swiss Online AG beantragte Heranziehung des Falles Videotex lehnt die Wettbewerbskommission ab. Es handelt sich um einen anderen Markt mit unterschiedlichen technischen Gegebenheiten und einer speziellen Entstehungsgeschichte. Im vorliegenden Fall ist einzig relevant, dass die Swiss Online AG wie auch andere private Provider analog zu Videotex einen gesamtschweizerischen distanz-unabhängigen Einheitstarif für den Internetzugang verlangen. Aufgrund des Vorbehalts von Art. 3 KG hat aber die Wettbewerbskommission gar nicht die Kompetenz, einen solchen Einheitstarif für den Internetzugang anzuordnen (vgl. Ziffer 35). Es mag zwar tatsächlich stossend erscheinen, dass die Telecom PTT als Monopolistin eine 0-842-Nummer kreiert, die weitgehend den Bedürfnissen des eigenen Dienstes Blue Window entspricht, nicht aber denjenigen des Grossteils der lokal und regional ausgerichteten privaten Provider. Wenn die Telecom PTT aber die 0-842-Nummer allen privaten Providern zu gleichen Bedingungen anbietet und den eigenen Dienst Blue Window nicht quersubventioniert, liegt keine Verletzung von Art. 7 KG vor. Die

Verweigerung der Zurverfügungstellung einer bzw. mehrerer spezieller auf die Bedürfnisse von privaten Providern ausgerichteten Nummern für den Internetzugang ohne sachliche Gründe könnte hingegen einen kartellrechtlich relevanten Missbrauch darstellen, wofür aber der Wettbewerbskommission keine Hinweise vorliegen.

70. Eine Offenlegung von allfälligen Beteiligungen der Telecom PTT im Bereich der Internet-Provider, wie von der Swiss Online AG beantragt, drängt sich vorliegend nicht auf. Neue Beteiligungen der Telecom PTT wären nur dann für die vorliegend zu beurteilende Sache relevant gewesen, wenn die günstige Übernahme von konkursiten Providern durch die Telecom PTT dazu geführt hätte, ein an sich unzulässiges Verhalten (Quersubventionierung) aufzuwiegen. Dies ist aber nicht der Fall. Beteiligungen sind im übrigen unter dem Gesichtswinkel der Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle (Art. 9ff. KG) und des Verhaltenskodexes Telecom PTT (vgl. VKKP Heft 1a/1996, S. 151ff.) zu prüfen.

71. Ob der von der Telecom PTT in der Einführungsphase zur 0-842-Nummer verlangte Revers haftpflichtrechtlich zulässig war, ist keine kartellrechtliche Frage. Das Gleichbehandlungsprinzip wurde gewahrt. Die privaten Provider wurden bei der Einführung der 0-842-Nummer nicht durch diesen Revers, sondern durch andere Vorgehen (vgl. Ziffer 56ff.) im Wettbewerb benachteiligt.

72. Zurzeit bereitet die Telecom PTT die Reduktion der Tarifstufen von vier auf zwei auf den 1. August 1997 vor. Dies ist im Hinblick auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Internet-Provider-Markt relevant, weil insbesondere die im Zusammenhang mit dem Gebuhrenausscheidungsmodell der 0-842-Nummer zentralen Ortstarifzonen (vgl. Ziffer 11) vergrössert werden. Mit einer optimalen Platzierung von PoP's kann ein Provider dafür sorgen, dass möglichst viele seiner Kunden im Einzugsgebiet des Ortstarifs sind. Um die Wettbewerbsneutralität zu wahren, hat die Telecom PTT dafür zu sorgen, dass alle Provider gleichzeitig und zum frühestmöglichen Zeitpunkt Einblick in die für sie relevanten Details der geplanten Tarifzonenordnung haben. Nachdem der Bundesrat die notwendige Ordnungsrevision am 1. Mai 1997 genehmigt hat, stehen einer umfassenden Orientierung auch keine Geheimhaltungspflichten mehr entgegen.

73. Für die von den privaten Providern vorgebrachten, angeblich bereits geschehenen Missbräuche im Zusammenhang mit der neuen Tarifzonenordnung, wonach die Telecom PTT ihren eigenen Dienst Blue Window dank Insiderwissen über Details (z.B. Grenzverlauf) informiert habe, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Insbesondere steht die von den privaten Providern erwähnte Bestellung der Telecom PTT von technischem Material für Blue Window in keinem Zusammenhang mit der Tarifzonenreduktion. Die Grundzüge dieser Revision, welche zu keiner physischen Änderung des Netzes führt, sind im übrigen seit anfangs dieses Jahres bekannt (vgl. Ziffer 17). Sollten sich bezüglich des Verhaltens der Telecom PTT gleichwohl noch Anhaltspunkte für eine Diskriminierung der privaten Provider ergeben, würde die Wettbewerbskommission eine neue Untersuchung gemäss Art. 27ff. KG über diesen Sachverhalt durchführen.

III. Kosten

74. Das Untersuchungsverfahren über unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

75. Die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 4 VwVG sind in der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR

172.041.0) geregelt. Art. 13 dieser Verordnung bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14ff. für die Kanzleigebühren.

76. Angesichts des von der Telecom PTT verursachten Verfahrens, des Ausgangs des Verfahrens, der Komplexität der Materie, des Aufwandes für die Abklärungen (z.B. Analyse der Business-Pläne) sowie der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung der Streitsache rechtfertigt es sich, bei der Auferlegung der Verfahrenskosten an die obere Grenze des Gebührenrahmens zu gehen. Eine Parteientschädigung kann die Wettbewerbskommission nicht auferlegen. Gemäss dem VwVG können Parteientschädigungen erst in einem Beschwerdeverfahren auferlegt werden.

Aus diesen Gründen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die Telecom PTT auf dem schweizerischen Telefonmarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.
2. Es wird festgestellt, dass die Telecom PTT durch das nicht gleichzeitige Anbieten der Swissfirstline 0-842-Nummer sowie durch die ungenügende Information über die tatsächliche Handhabung der Swissfirstline 0-842-Nummer die privaten Provider im Wettbewerb gegenüber ihrem eigenen Dienst Blue Window auf dem Internet-Provider-Markt diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG).
3. Es wird festgestellt, dass die Telecom PTT mit ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Dienst Blue Window die privaten Internet-Provider auf dem dem Telefonmarkt nachgelagerten Internet-Provider-Markt diskriminiert hat (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG), indem, beruhend auf dem genehmigten Projektantrag vom 29. Juli 1996, welcher seinerseits auf dem Business-Plan (Economic Model vom 24. Mai 1996 und 20. Juni 1996) basiert, sie den eigenen Dienst Blue Window quersubventioniert hat.
4. Es wird der Telecom PTT untersagt, Diskriminierungen im Sinne der vorstehenden Ziffern 2 (nicht gleichzeitiges Anbieten neuer Nummern, ungenügende Informationen über neue Nummern) und 3 (Quersubventionierung eigener Dienste zu Lasten privater Anbieter solcher Dienste) vorzunehmen.
5. Gestützt auf Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 4 VwVG und Art. 13 Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren werden der Telecom PTT folgende Kosten auferlegt.

Verfahrenskosten	Fr. 5'000.-
Kanzleigebühren	<u>Fr. 150.-</u>
Total	<u>Fr. 5'150.-</u>

6. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, erhoben werden (Art. 44 KG). Die Beschwerde ist im Doppel unter Beilegung der angefochtenen Verfügung einzureichen. Bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen können Beteiligte beim Bundesrat beantragen, diese ausnahmsweise aus überwiegenden öffentlichen Interessen zuzulassen (Art. 8, 31 KG).

7. Die vorliegende Verfügung wird eröffnet:

Generaldirektion PTT, [.]

Bielstar Sàrl, [..]

CompuServe, [..]

Active Net AG, [.]

SVIPA, Schweizerischer Telematik Verband, [..]

Swiss Online AG, [...]

Verband Inside Telecom, [...]

Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission ist eine Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingereicht worden. Die Beschwerde ist z.Z. hängig.

B 2.2 2. Nutztierfütterung

Fütterungsvorschriften von Coop und Migros; unzulässige Abrede und Missbrauch einer marktmächtigen Stellung; Art. 4 Abs. 1 und 2 KG sowie Art. 5 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 KG; Art. 27 KG.

Réglementation de Coop et Migros concernant l'alimentation des animaux de boucherie; accord illicite et abus de position dominante; art. 4 al. 1 et 2 LCart, art. 5 al. 2 et 7 LCart; art. 27 LCart.

Regolamentazione di Coop e Migros concernente il foraggiamento degli animali da macello; accordo illecito e abuso di una posizione dominante il mercato; art. 4 cpv. 1 e 2 nonché art. 5 cpv. 2 e 7 LCart; art. 27 LCart.

Am 16. Juni 1997 hat die Wettbewerbskommission verfügt, das Verfahren gegen Coop Schweiz und den Migros-Genossenschafts-Bund einzustellen. Nachfolgend ist die Verfügung an die Adresse von Coop Schweiz abgedruckt. Die Verfügung an die Adresse des Migros-Genossenschafts-Bundes ist inhaltsgleich.

Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 16. Juni 1997 in Sachen Untersuchung über die „Anforderungen an eine artgerechte Fütterung von Nutztieren“ gemäss Art. 27 ff. KG gegen Coop Schweiz(nachstehend Coop) [...].

A. Sachverhalt

1. Im Frühjahr 1996 organisierte das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement eine „nationale Fleischkonferenz“, an welcher Massnahmen gegen die Störungen im Fleischmarkt im Zusammenhang mit der BSE-Problematik diskutiert wurden. Noch vor dieser Konferenz hatten die Grossverteiler Coop und Migros dem Publikum gemeinsam ihre gleichlautenden „Anforderungen für die artgerechte Fütterung von Nutztieren“ vorgestellt; diese bezweckten die Förderung des Konsumentenvertrauens über die weitgehende Eliminierung von tierischen Eiweissen (Fleischmehl und Flüssigfutter aus tierischen Eiweissen) aus dem Futtermittelkreislauf.

2. In der Folge erreichten das Sekretariat der Wettbewerbskommission Klagen von Unternehmen und Organisationen der Futterherstellung und der Schlachtabfallentsorgung, welche auf mögliche wettbewerbsverzerrende Wirkungen des konzentrierten Vorgehens der Grossverteiler auf ihren Märkten hinwiesen.

3. Die Wettbewerbskommission eröffnete am 22. Juli 1996 eine Vorabklärung (Art. 26 KG). Diese ergab Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, weshalb der Präsident der Wettbewerbskommission am 7. August 1996 der Eröffnung einer Untersuchung zustimmte (Art. 27 KG).

4. Am 3. September 1996 erfolgte die amtliche Publikation der Eröffnung der Untersuchung (Art. 28 KG) im Bundesblatt (BBl. Nr. 35, Bd. III, vom 3. September 1996, S. 929) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHA vom 3. September 1996,

No. 170-5325). Innerhalb der gesetzlichen Frist meldeten sich Prometerre, die „Union des producteurs suisses“ und der „Schweizerische Bauernverband“ als beteiligte Dritte im Sinne von Art. 28 Abs. 2 KG. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat zudem die in die Vorabklärung einbezogenen Unternehmen und zusätzlich die Centravo AG als beteiligte Dritte bezeichnet.

5. Herr Prof. R. Zach und Frau H. Bravo-Baumann traten in den Ausstand. Frau H. Bravo-Baumann wurde in der Kammer Produktemärkte durch Frau P. Erbeia ersetzt.

6. Die Untersuchung wurde ursprünglich, aufgrund der damals bestehenden Anhaltspunkte, mit Hinweis auf Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen) eröffnet. Nach Wegfall der Übergangsfrist gemäss Art. 62 Abs. 2 KG für Wettbewerbsabreden am 1. Januar 1997 wurde die Untersuchung im Einverständnis mit dem Präsidenten auf den Tatbestand von Art. 5 KG ausgedehnt. Der Ausdehnungsbeschluss wurde den Beteiligten mit Schreiben vom 3. Februar 1997 mitgeteilt.

7. Coop versicherte, sie habe in den umstrittenen Fragen der Nutztierfütterung und der Schlachtabfallentsorgung schon ab Ende Juli 1996 einen eigenen Weg eingeschlagen. Trotzdem wurde auf den betroffenen Märkten eine Entspannung der Situation erst ab März 1997 feststellbar.

8. Das Sekretariat stellte anlässlich der Untersuchung fest, dass Coop und Migros im Vorfeld der „Nationalen Fleischkonferenz“ ihr Verhalten bezüglich der Fütterungsfrage koordiniert hatten. Es hatte trotz der Versicherung von Coop, sie gehe einen eigenen Weg, weiterhin Bedenken bezüglich der Transparenz des Verhaltens von Coop für die am Markt Beteiligten und bezüglich der Dauerhaftigkeit der Verhaltensänderung. Das Sekretariat bereite deshalb einen Verfügungsentwurf vor, mit dessen Dispositiv diesen Bedenken Rechnung getragen wurde.

9. Die Beteiligten erhielten mit Schreiben vom 19. März 1997 die Möglichkeit, gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu diesem Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen (rechtliches Gehör). Die Beteiligten wurden zudem gefragt, wie sie sich zu einer einvernehmlichen Regelung stellen.

10. Der Verband Sterilisations- und Wiederverwertungsanlagen im Dienste des Umweltschutzes (VSTA) erklärte sich in seiner Stellungnahme vom 12. April 1997 mit dem Verfügungsentwurf und dem Verfügungsdispositiv vollständig einverstanden. Er erachtete aber eine einvernehmliche Regelung als einfachste Lösung des ganzen Problems.

11. Coop beantragte in ihrer Stellungnahme vom 18. April 1997, es sei allenfalls mit den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung zur Beilegung des Verfahrens im Sinne von Art. 29 KG anzustreben. Coop hielt jedoch ausdrücklich fest, die Regelung könne nicht darin bestehen, dass sie den Inhalt des ursprünglichen Verfügungsentwurfes anerkenne. Die Regelung dürfe keinerlei Anerkennung für das Vorliegen einer Abrede noch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.

12. In der Folge führte das Sekretariat mit Coop Gespräche und Verhandlungen über den Inhalt der einvernehmlichen Regelung durch. Am 10. Juni 1997 wurde eine gemeinsame Formulierung gefunden.

13. Dieser Entwurf für eine einvernehmliche Regelung wurde den Beteiligten am gleichen Tag zur Stellungnahme zugestellt. Die darin enthaltene Erklärung von Coop entspricht im wesentlichen dem, was der VSTA in seinem Schreiben vom 15. Mai 1996 bezüglich Verhaltensweise der Grossverteiler verlangt hatte.

14. Der VSTA erklärte sich in seiner Stellungnahme vom 11. Juni 1997 mit dem raschen Abschluss der Untersuchung durch eine einvernehmliche Regelung einverstanden. Allerdings bedauerte er, dass die Sachverhaltsdarstellung in der Genehmigungsverfügung gegenüber dem ursprünglichen Entwurf für eine Verfügung sehr kurz ausgefallen sei, und dass mit der einvernehmlichen Regelung in der vorliegenden Form die Probleme des VSTA am Markt nicht gelöst werden könnten. Er äusserte zudem die Befürchtung, dass eine einvernehmliche Regelung in Zukunft zu einer harten Linie der Grossverteiler führen konnte. Insbesondere missfiel dem VSTA, dass Coop gegenüber den Untersuchungsergebnissen des Sekretariats Vorbehalte anbrachte. Schliesslich wies der Verband auf die Monopolisierungstendenz im Bereich der Schlachtabfallentsorgung hin. Dieses Problem werde mit der vorgelegten einvernehmlichen Regelung nicht gelöst.

15. Am 16. Juni 1997 konnte zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und Coop eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden.

B. Erwägungen

16. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Kommission über die zu treffenden Massnahmen.

17. Die Wettbewerbskommission lehnt die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung ab. Aus ihrer Sicht ist der von Coop gegenüber dem Untersuchungsergebnis angebrachte Vorbehalt mit dem Institut der einvernehmlichen Regelung nicht zu vereinbaren. Im weiteren rechtfertigen die möglicherweise noch verbleibenden Beeinträchtigungen des Wettbewerbes eine Weiterführung der Untersuchung nicht, weshalb die Kommission die sofortige Einstellung des Verfahrens beschliesst.

C. Kosten

18. Die Verordnung über Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041.0) regelt in Art. 13 die Verfahrenskosten für den Erlass von Verfügungen und in Art. 14 ff. die Kanzleigebühren. Gemäss dieser Bestimmung kann die verfügende Behörde, falls das anwendbare Bundesrecht keine abweichende Regelung enthält, von den Parteien eine Spruchgebühr sowie eine Schreibgebühr verlangen.

19. Das Kartellgesetz enthält keine Bestimmungen über Kosten und Gebühren im Kartellverfahren. Die Bestimmungen der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren sind demnach anwendbar.

20. Im vorliegenden Verfahren hat Coop durch ihr Verhalten die Ursache für die Untersuchung der Wettbewerbskommission gesetzt. Bis die Verhaltensänderung von Coop am Markt feststellbar wurde, hatte das Sekretariat die Untersuchungshandlungen weitgehend abgeschlossen. Die abschliessenden Hearings fanden im Januar 1997 statt, die Verhaltensänderung wurde auf dem Markt erst ab Februar/März 1997 feststellbar. Aus diesen Gründen sind der Verfügungsadressatin in Anwendung von Art. 13 der Verordnung über Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren die Verfahrenskosten für die Verfügung aufzuerlegen.

D. Verfügungsdispositiv

1. Die Untersuchung gegen die Coop wird eingestellt.

2. Gestützt auf Art. 13 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) werden der Coop folgende Kosten auferlegt:

Verfahrenskosten	Fr. 5'000.--
Schreibgebühren	Fr. 30.--
Total	Fr. 5'030.--

3. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen; sie muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

4. Mitteilung an:

- Migros-Genossenschafts-Bund
- VSTA
- Centravo
- Schweizerischer Bauernverband SBV
- Prometerre
- Union des producteurs suisses
- Hunziker Food Recycling

B 2.2 3. Contrats de distribution automobiles

Exklusivvertriebsverträge im Automobilgewerbe; Fortsetzung einer Praxis der Kartellkommission durch die Wettbewerbskommission.

Contrats de distribution exclusifs dans la branche automobile; reconduction par la Commission de la concurrence de la pratique de la Commission des cartels.

Contratti di distribuzione esclusivi nel settore automobilistico; continuazione da parte della Commissione della concorrenza di una pratica della Commissione dei cartelli.

Résumé

Suivi de l'enquête sur l'adaptation des contrats de distribution suisses dans la branche automobile (cf. RPW/1997/1, p. 55)

Le 20 janvier 1997, la Commission de la concurrence a décidé de poursuivre la pratique de la Commission des cartels. Il s'agit d'adapter tous les contrats de distribution de la branche automobile aux règles de la concurrence sur la base des conditions-cadres de la Commission des cartels ou du règlement d'exemption de l'Union européenne n° 1475/95. Le Secrétariat a été chargé de contrôler l'adaptation de tous les contrats de distribution sélective des réseaux officiels de marques.

Cette tâche s'achève puisque presque toutes les marques ont mis en place leurs nouveaux contrats qui offrent davantage de possibilités d'approvisionnement et de distribution aux concessionnaires suisses

B 2 3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

B 2.3 1. Publicitas - Gasser - Tschudi Druck

Prüfung; Art. 10 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 KG.

Examen; art. 10 al. 1 et 33 al. 1 LCart.

Esame; art. 10 cpv. 1 e 33 cpv. 1 LCart.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission nach Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Gasser AG (Bündner Zeitung) - Tschudi Druck und Verlag AG (Glarner Nachrichten).

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 6. Januar 1997 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach ist folgendes beabsichtigt: Das Unternehmen Gasser AG, Druck und Verlag, (Gasser) Chur, erwirbt die Kontrolle über das Unternehmen Tschudi Druck und Verlag AG (TDV), Glarus.

2. Die Gasser betreibt eine Druckerei sowie einen Bücher- und Zeitungsverlag. Sie gibt die Bündner Zeitung, La Quotidiana, die Lokalzeitungen Aroser Zeitung, Arena Alva, Novitats, das Pöschtl, die Gratiszeitung Bündner Woche, das Oberländer Tagblatt (Kopfblatt der Bündner Zeitung) und das Bündner Tagblatt heraus. Bei letzterer ist die von der Gasser unabhängige Bündner Tagblatt Verlags AG Inhaberin der Verlagsrechte. Die Gasser kontrolliert gemeinsam mit der Publicitas Holding AG (Publicitas), Lausanne, die GrischAnnoncen AG, eine regionale Anzeigenregie.

3. Die TDV betreibt eine Druckerei sowie einen Bücher- und Zeitungsverlag. Sie gibt die Glarner Nachrichten und die Gasterländer/SeePresse heraus.

2 Das Verfahren

4. Mit Schreiben vom 10. Januar an die Gasser erklärte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung vom 6. Januar für unvollständig und forderte die Gasser auf, die Meldung zu ergänzen.

5. Die ergänzte Meldung traf beim Sekretariat am 16. Januar ein.

6. Mit Schreiben vom 24. Januar bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.

7. Im Laufe der Vorprüfung versandte das Sekretariat Fragebogen an die Gasser, die Publicitas Holding AG (Publicitas), Lausanne, einige Zeitungsverlage und -verbände, Werbegesellschaften und den Schweizerischen Verband der Journalistinnen und Journalisten. Die Fragebogen wurden mit wenigen Ausnahmen fristgerecht beantwortet.

8. Auf Antrag der Gasser vom 15. Januar bewilligte die Wettbewerbskommission unter Bedingungen und Auflagen den vorzeitigen Vollzug des Zusammenschlussvorhabens mit Verfügung vom 20. Januar.

9. Am 14. Februar beschloss die Wettbewerbskommission auf dem Zirkulationsweg die Durchführung einer Prüfung.

10. Dieser Beschluss wurde der Gasser und der Publicitas gleichentags mitgeteilt.

11. Mit Verfügung vom 14. Februar und auf Antrag der Gasser vom 11. Februar bewilligte die Wettbewerbskommission den vorzeitigen Vollzug des Zusammenschlusses ohne Bedingungen und Auflagen.
12. Die Einleitung des Prüfungsverfahrens wurde im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 19. Februar und im Bundesblatt vom 25. Februar veröffentlicht. Während 15 Tagen stand es allen interessierten Unternehmen und Personen offen, beim Sekretariat zum Zusammenschluss Stellung zu nehmen. Es gingen keine Stellungnahmen ein.
13. Im Laufe der Prüfung wurden Fragebogen an die Gasser, die Publicitas, einige Werbeträger (Allgemeine Plakatgesellschaft, Publisuisse u.a.), Anzeigenregien, Zeitungsverlage und Werbetreibende sowie einen deutschen Verlagsberater gesandt. Die Fragebogen wurden mit wenigen Ausnahmen fristgerecht beantwortet.
14. Der Beschlussentwurf bzw. eine vorläufige Beurteilung des Zusammenschlusses wurde der Gasser am 23. April zur Stellungnahme zugesandt.
15. Dem Rechtsvertreter der Publicitas wurde am 6. Mai Akteneinsicht gewährt. Die Gasser nahm ihr Recht auf Akteneinsicht nicht wahr.
16. Die Gasser und die Publicitas reichten ihre Stellungnahmen am 16. Mai ein. Beide verlangten eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission. Die Publicitas beantragte zudem, es sei ihr in einem Verwaltungsschreiben zu bestätigen, dass sie nicht den Status eines beteiligten Unternehmens habe.
17. Die Gasser verzichtete auf die Anhörung durch die Wettbewerbskommission. Diese Mitteilung erfolgte telefonisch. Das Sekretariat bestätigte der Gasser den Inhalt dieses Telefongesprächs mit Telefax vom 22. Mai.
18. Am 26. Mai fand ein Gespräch mit dem Rechtsvertreter der Publicitas statt. Von Seiten der Kommission nahm der Präsident der 3. Kammer (Infrastruktur) und zwei Mitglieder des Sekretariats teil. Thema des Gesprächs war insbesondere der Inhalt des Nachtrags zu dem dem Zusammenschluss zugrundeliegenden Vertrag. Der Nachtrag ändert die Verteilung der Sitze im Verwaltungsrat der TDV. Eine Anhörung der Publicitas erwies sich nach diesem Gespräch als nicht notwendig.
19. Die Parteien und die Publicitas sandten am 30. Mai den erwähnten Nachtrag vorerst per Telefax. Ferner erhielt die Kommission am selben Tag eine schriftliche Zusicherung der Publicitas, wonach neben den der Kommission bekannten Bestimmungen keine Abmachungen existieren, welche die Kontrollrechte betreffend die TDV regeln.
20. Am 2. Juni stimmte die Wettbewerbskommission in Kenntnis der Stellungnahmen der Gasser und der Publicitas sowie des Nachtrags der vorliegenden Stellungnahme zu.

3 Anwendbarkeit der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle

3.1 Der Zusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

21. Laut Kaufvertrag vom 23. Dezember 1996 (Kaufvertrag) erwerben die Gasser 60% und die Publicitas 40% der Aktien und Stimmrechte an der TDV von den bisherigen Aktionären, Frau Bisig-Tschudi und Herrn Tschudi. Damit erwirbt die Gasser eine Beteiligung an der TDV, durch die sie unmittelbar die Kontrolle über das bisher von ihr unabhängige Unternehmen TDV erlangt.
22. Es liegt somit ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

23. Einer eingehenden Prüfung unterzogen wurde die Frage, ob allenfalls die Publicitas als im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen zu gelten hat. Die Publicitas besitzt 40% des Aktienkapitals der TDV und ist daher bedeutende Minderheitsaktionärin. In Art. 19 des Kaufvertrags war vorgesehen, dass sie und die Gasser je zwei Mitglieder des Verwaltungsrates, der aus höchstens fünf Mitglieder besteht, stellen wurden. Zudem [...] ¹ Die Publicitas ist ein branchenkundiges Unternehmen und hat eine überragende Stellung als Anzeigenregie im für Tageszeitungen sehr wichtigen Anzeigenvermittlungsmarkt.

24. Die Kumulation all dieser Elemente, d.h. alle gemeinsam, nicht eines alleine, hatten nach Ansicht der Wettbewerbskommission bewirkt, dass die Publicitas einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der TDV hätte ausüben können und damit mit der Gasser die gemeinsame Kontrolle über die TDV erlangt hatte.

25. Nach Gesprächen mit dem Sekretariat und dem Präsidenten der 3. Kammer (Infrastruktur) vereinbarten die Parteien und die Publicitas im Nachtrag vom 30. Mai 1997 zum Kaufvertrag, dass Art. 19 des Kaufvertrags neu wie folgt lautet: „Ab Übergang von Nutzen und Gefahr delegiert G [Gasser] drei Mitglieder und P [Publicitas] ein Mitglied in den Verwaltungsrat der TDV. Der Leiter der G übernimmt die Funktion des Delegierten des Verwaltungsrates.“. Die Publicitas gab gegenüber der Kommission mit Schreiben vom 29. Mai zudem die Erklärung ab, dass neben den der Wettbewerbskommission bekannten Bestimmungen, insbesondere dem Kaufvertrag, keine Abmachungen existieren, welche die Kontrollrechte betreffend die TDV regeln. Aufgrund dieses Nachtrags und der Erklärung der Publicitas wird die Gasser über eine Mehrheit im Verwaltungsrat der TDV verfügen.

26. Weder die Statuten der TDV, noch der Kaufvertrag, noch die Vereinbarung zwischen der Publicitas und der Gasser vom 23. Dezember 1996 sehen vor, dass an der Generalversammlung und/oder im Verwaltungsrat der TDV qualifizierte Mehrheiten für Beschlüsse notwendig sind, welche über das hinausgehen, was zum normalen Schutz von Minderheitsaktionären gehört. Es gibt auch keine Vereinbarungen, die der Publicitas in der gemeinsamen operativen Führungsorganisation der Gasser und der TDV, bestehend aus den Kadern der TDV und der Gasser sowie zwei Direktoren der Publicitas (Art. 17 Kaufvertrag), einen bestimmenden Einfluss ermöglichen könnten. Die Gasser bestimmt die Geschäftspolitik der TDV daher alleine und erwirbt somit die alleinige Kontrolle über die TDV im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 VKU.

27. Nachdem der Kaufvertrag durch den Nachtrag vom 30. Mai geändert wurde, gilt die Publicitas folglich nicht mehr als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU. Dies wird der Publicitas im Sinne ihres Antrags vom 16. Mai 1997 (vgl. Ziffer 16) durch Zustellung des integralen Textes dieser Stellungnahme mitgeteilt.

3.2 Die Meldepflicht (Art. 9 KG)

28. Gemäss Art. 9 Abs. 2 KG ist bei Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht oder die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen tätig sind, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze

¹ Als Geschäftsgeheimnis entfernt. Es handelt sich um eine Einflussmöglichkeit finanzieller Art.

massgebend. Sowohl die Gasser als auch die TDV sind in der Herstellung von Zeitungen tätig.

29. Die Gasser und die TDV reichten die Jahresrechnungen 1995 ein. Weil Art. 9 Abs. 1 KG von den Umsätzen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss spricht, und der Zusammenschluss erst 1997 erfolgt, müssten grundsätzlich die Zahlen für 1996 gemeldet werden. Weil die Umsätze 1995 nach Schätzungen der Parteien nicht erheblich (+/- 5%) von denjenigen des Jahres 1996 abwichen, genügen die Angaben für 1995 im vorliegenden Fall.

Beteiligtes Unternehmen	Effektive Umsätze im Medienbereich in der Schweiz	20faches der effektiven Umsätze im Medienbereich	Umsätze ausserhalb Medienbereich	Total Umsätze in der Schweiz
TDV	15'517'200.--	310'344'000.--	7'000.--	310'351'000.--
Gasser	39'844'456.-- ²	796'889'120.--	19'530'686.-- ³	816'419'806.--
Total				> 500'000'000.--

30. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von mehr als 500 Millionen Franken und erzielten je einen Umsatz in der Schweiz von mehr als 100 Millionen Franken. Damit werden die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher meldepflichtig.

4 Prüfung nach Art. 10 KG

31. Laut Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

32. Im vorliegenden Fall sind am Zusammenschluss zwei Zeitungsverlage beteiligt. Zeitungen bieten einerseits Berichte für ihre Leserschaft an, andererseits auch Raum für die Platzierung von Anzeigen bzw. Werbung.

33. Der Zusammenschluss könnte daher den wirksamen Wettbewerb allenfalls in folgenden Märkten beseitigen:

- Lesermärkte
- Anzeigenmärkte

² Beinhaltet gemäss Konzernrechnung der Gasser die Posten Verkauf Zeitungen und Verkauf Inserate abzüglich Erlösminderungen

³ Beinhaltet gemäss Konzernrechnung der Gasser die Posten Verkauf Drucksachen und Verkauf Diverses

34. Die Publicitas hält eine Minderheitsbeteiligung an der TDV. Da ihr keine Kontrollrechte an der TDV zukommen, bleibt ihre Anreizstruktur nach dem Zusammenschluss grundsätzlich unverändert. Als Anzeigenregie nimmt die Publicitas Einfluss auf das Layout und das allgemeine Erscheinungsbild einer Tageszeitung. Diesen Einfluss auf die TDV übte sie bereits vor dem Erwerb der (Minderheits-)Beteiligung an der TDV aus, da sie seit langem (1906) Pächterin der Titel der TDV ist. Auf die Märkte für Anzeigenvermittlung, in welchen die Publicitas hauptsächlich tätig ist, wird der Zusammenschluss daher keine Auswirkungen haben.

35. Anders würde es sich verhalten, wenn die TDV ein Gemeinschaftsunternehmen der Gasser und der Publicitas wäre. In diesem Fall wäre davon auszugehen, dass durch den Zusammenschluss eine neue Gruppe entstehen würde, die nicht „nur“ die Gasser und die TDV, sondern auch die Publicitas umfassen würde. Im Vergleich zu anderen Presseunternehmen, welche wie die TDV im Raum Glarus und der Linth tätig sind, ist die Publicitas als Unternehmen mit überragender Finanzkraft einzustufen. Diese Finanzkraft wäre der TDV mittelbar zur Verfügung gestanden, welche als Gemeinschaftsunternehmen der Gasser und der Publicitas auch als zum Publicitas-Konzern zugehörig zu betrachten gewesen wäre. Aus diesem Grund und weil die Publicitas mittels einer solchen Beteiligung am Zusammenschluss den Glarner Markt für Anzeigenvermittlung möglicherweise hätte schliessen können, wäre der Zusammenschluss im Falle der gemeinsamen Kontrolle der Gasser und der Publicitas über die TDV anders zu beurteilen gewesen.

36. Im Nachgang zu ihrer Untersuchung über die Pressekonzentration⁴ erarbeitete die Kartellkommission mit der Publicitas einen sogenannten Verhaltenskodex, in welchem die Publicitas sich unter anderem verpflichtete, die Kartellkommission über Beteiligungserwerbe an Medienunternehmen zu informieren, und in welchen sie bestätigte, keine neuen Mehrheitsbeteiligungen bei Verlagshäusern einzugehen. Bedeutende Minderheitsbeteiligungen konnte die Publicitas aber nicht ausschliessen.⁵ Diese Bestimmungen wurden in den Verhaltenskodex aufgenommen, weil die Kartellkommission Beteiligungen der Publicitas an Verlagshäusern als wettbewerblich problematisch einstufte. Die vorangehende Ziffer zeigte, dass die Wettbewerbskommission dies zumindest ähnlich beurteilt und - entsprechend den Bestimmungen in Art. 10 Abs. 1 KG - die Durchführung einer Prüfung beschloss. Die Wettbewerbskommission sah sich hierin zusätzlich bestärkt durch das klare Mandat des Gesetzgebers, der mit Art. 9 Abs. 2 KG eine speziell den Medienbereich betreffende Bestimmung geschaffen hat und damit das Ziel verfolgt, die Meinungsvielfalt zu erhalten.

37. Mit Nachtrag vom 30. Mai zum Kaufvertrag änderten die Parteien und die Publicitas die Modalitäten des Zusammenschlusses derart, dass die Publicitas nicht mehr als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen im Sinne des KG gelten kann (vgl. 3.1). Die Beurteilung des Zusammenschlusses änderte sich dadurch. Die Stellungnahmen der Parteien und der Publicitas, welche sich auf eine andere als die vorliegende Beurteilung des Zusammenschlusses beziehen, sind daher zum Teil überholt, zum Teil wurde ihnen Rechnung getragen (insbesondere wurde die Marktabgrenzung offen gelassen).

⁴ Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (VKKP) 4/1993 „Pressekonzentration“

⁵ vgl. VKKP 5/1994, „Verhaltenskodex für die Publicitas-Gruppe“, S. 149 ff., insbesondere Ziffern 18ff. Am 3. Februar 1997 beschloss die Wettbewerbskommission, die Verhaltenskodices nicht zu erneuern.

38. Die nachfolgenden Überlegungen sind recht ausführlich dargelegt. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission rechtfertigt sich dies wegen der Wichtigkeit dieses ersten meldepflichtigen Zusammenschlusses im Pressebereich. Einige Fragen, so diejenigen der exakten Marktabgrenzungen, konnten allerdings unbeantwortet bleiben; sie hatten letztendlich keinen Einfluss auf die Beurteilung des Zusammenschlusses.

4.1 Lesermärkte

4.1 1 Sachliche Marktabgrenzung

39. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachliche Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

40. Die TDV gibt nur Tageszeitungen, also keine Wochenzeitungen, Anzeiger u.ä., heraus. Deshalb ist bei der Abgrenzung der sachlichen Märkte zu fragen, welche Waren und Leistungen die Leserschaft von Tageszeitungen als mit Tageszeitungen austauschbar ansieht. Der Bericht der Kartellkommission zur Pressekonzentration erwähnt in diesem Zusammenhang einen Substitutionsaspekt bzw. den Einfluss von Radio und Fernsehen (vgl. VKKP 4/1993, 32), spricht aber dann von Pressemärkten und nennt bei der Besprechung der Strukturen der regionalen Pressemärkte nur die Pressetitel, aber keine Radio- und Fernsehsender.

41. In ihren Berichten zur Pressekonzentration von 1993 und 1983⁶ gelangte die Kartellkommission zu keiner abschliessenden Marktdefinition. Sie weist darauf hin, dass im Einzelfall unterschiedliche Kriterien entscheidend sein können. So das Zielpublikum, die Art der angebotenen Botschaft (Nachricht, Kommentar, Bildung, Unterhaltung) oder deren Gegenstand (Politik, Wirtschaft, Kultur, Technik o.ä.). Was die Gliederung nach solchen Sachthemen betrifft, so kann eine entsprechende Marktabgrenzung angezeigt sein, wenn Titel der am Zusammenschluss beteiligten Verlage solche Schwerpunkte aufweisen. Hier ist das nicht der Fall.

42. Die Lesermärkte könnten grundsätzlich auch in einen solchen für Tageszeitungen mit überregionaler Berichterstattung und einen anderen für Tageszeitungen mit regionaler und lokaler Berichterstattung eingeteilt werden. Die Leser von Tageszeitungen fragen in der Regel aber gleichzeitig den gesamten Zeitungsinhalt, d.h. sowohl überregionale als auch regionale und lokale Nachrichten und Berichte, nach. Zudem enthalten die wichtigsten Titel der TDV und der Gasser alle Arten von Berichten. Eine entsprechende Unterteilung drängt sich deshalb nicht auf.

43. Zwecks näherer Eingrenzung des sachlichen Marktes ist zu fragen, ob Berichte in Tageszeitungen mit entsprechenden Nachrichten in Radio, TV oder anderen Informationsträgern von der Marktgegenseite (Leser) als substituierbar angesehen werden. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission ergaben, dass Radio, TV oder informatisierte Informationsträger für die Mehrheit der Zeitungsleser keine Substitute der Tagespresse sind. Der typische Haushalt verfügt über Radio, TV und ein Zeitungsabonnement. Diese Medien ergänzen sich; sie konkurrenzieren sich kaum.

44. Weiter ist zu klären, ob Presseerzeugnisse im engeren Sinne, nämlich Tageszeitungen, Wochenzeitungen, Sonntagszeitungen und Zeitschriften, vom Leser als substituierbar erkannt werden. Es kann davon ausgegangen werden, dass die

⁶ Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (VKK) 2/3 1983 „Die Wettbewerbsentwicklung im Bereich der Medien und multimediale Konzentration“

Sonntagspresse kein Wettbewerber der Tageszeitungen ist, da Tageszeitungen nur an Wochentagen erscheinen und die Sonntagszeitungen nur am Sonntag. Analoges gilt für Wochenzeitungen und Zeitschriften, insbesondere Zeitschriften mit Themenschwerpunkten. Für Sonntags-, Wochenzeitungen und Zeitschriften gilt zudem, dass diese eher über überregionale Ereignisse, weniger über lokale und regionale Ereignisse berichten. Die befragten Zeitungsverlage und -verbände teilen die Meinung der Wettbewerbskommission weitestgehend. Sie gaben in jedem Fall an, dass Preissenkungen für Zeitungsabonnemente kaum zu entsprechenden Preissenkungen bei anderen Presseerzeugnissen und schon gar nicht bei Radio und TV führen würden.

45. Zum Teil enthalten Anzeiger einen redaktionellen Teil mit Informationen zum regionalen und lokalen Geschehen. So z.B. der „Fridolin“ im Kanton Glarus. Für die Leser sind Anzeigenblätter aber keine Substitute von Tageszeitungen, sondern sie ergänzen letztere. Das ergibt sich aus den unterschiedlichen Schwerpunkten (Tageszeitungen = Berichte, Kommentare; Anzeiger = Anzeigen), den unterschiedlichen Erscheinungshäufigkeiten (täglich bzw. wöchentlich) und den Preisunterschieden (Anzeiger sind in der Regel gratis). Ähnliches gilt für Zeitungen, die drei- bis viermal die Woche erscheinen und hauptsächlich über lokale Ereignisse berichten.

46. Die Abgrenzung der sachlichen Märkte kann jedoch offen gelassen werden, weil auch bei der engsten Marktdefinition (der sachliche Markt umfasst nur Tageszeitungen) keine marktbeherrschende Stellung verstärkt wird (vgl. 4.1.3).

4.1.2 Räumliche Marktabgrenzung

47. Gemäss Artikel 11 Abs. 3 lit. b VKU umfasst der räumliche Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

48. Tageszeitungen werden vom Leser (Marktgegenseite) im näheren Umkreis seines Wohnorts nachgefragt. Der Leser erhält Tageszeitungen mit Berichten über Ereignisse in seiner Region bzw. seinem Ort nur in der Region seines Wohnsitzes. Der Inhalt der Tageszeitung ist deshalb „von der Sache her“ regional unterschiedlich.⁷ Der räumliche Markt für Tageszeitungen ist daher regional zu definieren.

49. Diese Region lässt sich bei Tageszeitungen, die einen Kanton abdecken, auch kantonal eingrenzen, weil sich der Leser insbesondere für Berichte über das kulturelle, politische und wirtschaftliche Leben in seinem Kanton interessiert. Im vorliegenden Fall könnte daher den Tageszeitungen der Gasser (Bündner Zeitung, Bündner Tagblatt) der Kanton Graubünden und der Tageszeitung der TDV (Glerner Nachrichten) der Kanton Glarus zugeordnet werden. Mit der Tageszeitung Oberländer Tagblatt gibt die Gasser eine Zeitung mit Verbreitungsgebiet im St. Gallischen Sargans heraus. Der räumliche Markt könnte betreffend diese Zeitung auf das Sarganserland begrenzt werden. Analoges gilt für die Gasterländer und die SeePresse der TDV, wo der räumliche Markt den Bezirk Gaster bzw. den Bezirk See umfasst.

50. Die Abgrenzung der räumlichen Märkte kann für die Zwecke dieses Falls jedoch offen gelassen werden, weil auch bei der engsten Marktdefinition (der in Ziffer 44 genannten) keine marktbeherrschenden Stellungen verstärkt werden (vgl. 4.1.3).

⁷ Bereits bei der sachlichen Marktabgrenzung konnte deshalb unterteilt werden in Markt für Tageszeitungen mit Berichten über die Region X, Markt für Tageszeitungen mit Berichten über die Region Y etc.

4.1.3 Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss in den Lesermärkten

51. Weil sich die Tätigkeitsgebiete der Gasser und der TDV in keinem Fall überschneiden, kann auf die Prüfung der einzelnen Märkte für Tageszeitungen verzichtet werden. Die voraussichtlichen Wettbewerbsverhältnisse in den Glarner und Bündner Märkten für Tageszeitungen werden daher pauschal beurteilt. Eine separate Beurteilung erfolgt nur für die Märkte im Raum Sargans und im Gasterland.

4.1.3.1 Bündner und Glarner Märkte für Tageszeitungen

Marktstrukturen

52. Wie die Abgrenzung der räumlichen Märkte zeigte (vgl. 4.1.2), überschneiden sich die Tätigkeitsgebiete der beteiligten Unternehmen nicht. Daher kommt es auch nicht bzw. nur zu marginalen Additionen von Marktanteilen. Gemäss den Angaben der Gasser setzen sowohl die TDV als auch die Gasser weniger als 70 Exemplare ihrer Titel in Graubünden bzw. in Glarus ab.

53. Werden die Marktanteile der Zeitungsverlage auf der Grundlage der Dichte der Titel gemessen (je mehr Personen in einer bestimmten Region eine bestimmte Tageszeitung lesen, desto grösser die Dichte der Tageszeitung⁸), so erreichen die Titel der Gasser in Graubünden einen Marktanteil von schätzungsweise 85%. Diejenigen der TDV in Glarus einen Marktanteil von ca. 65%. Gemäss Aussagen der Parteien gab es in den letzten Jahren kaum Marktanteilsschwankungen.

54. Die Gasser in Graubünden und die TDV in Glarus sind die einzigen operativ tätigen Tageszeitungsverlage. Alle anderen Verlage geben ein- bis dreimal wöchentlich erscheinende Lokalzeitungen heraus. Entweder sind dies Zeitungen, die auf Teilgebiete des Kantons Graubünden ausgerichtet sind, oder es ist ein Anzeiger im Kanton Glarus (Fridolin). Bei der dieser Prüfung zugrundeliegenden engen sachlichen Marktabgrenzung sind Anzeiger und Lokalzeitungen nicht als Wettbewerber von regionalen Tageszeitungen zu betrachten. In Graubünden erreichen neben den Titeln der Gasser nur Lokalzeitungen nennenswerte, aber in jedem Fall unter 6,5% liegende, Dichten. Die Tageszeitungen der Gasser verfügen damit faktisch über eine Monopolstellung. In Glarus erreicht nur der Tages Anzeiger eine Dichte von über 10%. Da nur die Glarner Nachrichten über kantonale Ereignisse berichtet, kann auch hier davon ausgegangen werden, dass die Tageszeitung der TDV über ein faktisches Monopol verfügt.

Marktzutritte/potentielle Konkurrenz

55. Markteintritte sind bei den derzeitigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die alle Zeitungsverlage kennen, unattraktiv. Die Entwicklung zeigt vielmehr in Richtung Marktaustritte. So übernahm die Gasser-Gruppe 1996 die faktische Kontrolle über die Tageszeitung Bündner Tagblatt, nachdem diese Zeitung in den Vorjahren massive Verluste ausgewiesen hatte. Die Davoser Zeitung, ehemals eine regionale Tageszeitung, wurde zur dreimal wöchentlich erscheinenden Lokalzeitung. Auch die Übernahme der TDV durch die Gasser ist grossteils durch die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der TDV motiviert. Möglich bleibt natürlich die Beteiligung von grossen Verlagen an kleineren Verlagshäusern. So zeigte z.B. ein Verleger aus Deutschland Interesse an einer Beteiligung an der Gasser.

⁸ . Genauer: In welchem Zielgebiet und Poststellen (Anzahl Haushalte gemäss PTT-Verzeichnissen) streut Titel X wieviele Exemplare und wie gross ist demnach die Deckung bzw. Dichte? Eine entsprechende Statistik gibt der VSW (Verband Schweizerischer Werbegesellschaften) heraus.

56. Zutritte in die Märkte für Tageszeitungen müssten in recht grossem Ausmass („on a big scale“) erfolgen, um Aussicht auf Erfolg zu haben. So liegt laut den beteiligten Unternehmen und den Ermittlungen der Wettbewerbskommission heute die für ein längerfristiges Überleben notwendige kritische Grösse bei einer Auflage von ca. 100'000 Exemplaren. Durch den Zusammenschluss beabsichtigt die Gasser in die Nähe dieser Zielgrösse zu rücken (ca. 80'000 bis 85'000er Auflage) und entsprechende Kostensenkungen zu realisieren.

57. Bestehende Verlage erreichen zum Teil bereits die genannte Auflage; sie könnten daher theoretisch in die Glarner oder Bündner Lesermärkte zutreten. Dazu müssten sie aber regionale Redaktionen aufbauen und insbesondere grosse Werbekampagnen führen, um die Leser dazu zu bewegen, ihre Titel zu abonnieren. Wie die Ereignisse der Vergangenheit zeigen, ist die Aufnahme von neuen Titeln bei der Leserschaft mit Risiken verbunden (vgl. die erfolglose Lancierung der Zeitung am Sonntag; Auflagenstagnation des Nouveau Quotidien).

58. Zudem müsste die Neuzutretende aller Wahrscheinlichkeit nach mit Kampfmassnahmen des eingesessenen Verlags rechnen, da für letzteren ein Auflagenrückgang und der damit verbundene Verlust von Anzeigen finanziell kaum verkraftbar wären. Wie die Entwicklung in den Pressemärkten zeigt, scheint insbesondere in weniger dicht besiedelten Regionen nur eine Tageszeitung wirtschaftlich überleben zu können.

59. Die Auflagen der Tageszeitungen stagnieren im allgemeinen seit einigen Jahren. Für eine weitere Tageszeitung in Glarus wären daher die Erfolgsaussichten auch aufgrund der stagnierenden Nachfrage unattraktiv.

60. Mit Marktzutritten ist aus den dargelegten Gründen daher zumindest mittelfristig nicht zu rechnen.

Keine Verstärkung bestehender marktbeherrschender Stellungen

61. Als marktbeherrschend gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 KG einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Gasser und die TDV sind in diesem Sinne - und bei der zugrundeliegenden engen Marktabgrenzung - marktbeherrschende Unternehmen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus den Tatsachen, dass sie in den Bündner und Glarner Märkten für Tageszeitungen über faktische Monopolstellungen verfügen, und dass Marktzutritte nicht zu erwarten sind.

62. Weil die beiden Verlage in verschiedenen räumlichen Märkten tätig sind, und die Gasser zwar solide finanziert ist, aber nicht über überragende Finanzkraft verfügt, führt der Zusammenschluss der Gasser mit der TDV nicht zu einer Verstärkung der bereits bestehenden marktbeherrschenden Stellungen.

63. Für die Parteien steht fest, dass die TDV ohne diesen Zusammenschluss ihre Tore schliessen müsste. Aufgrund der schwierigen Finanzlage dieses Unternehmens musste die Gasser die operative und finanzielle Führung sofort, d.h. ab 1997, übernehmen. Entsprechend beantragte die Gasser auch den vorzeitigen Vollzug des Zusammenschlusses, den die Wettbewerbskommission am 20. Januar 1997 bewilligte.

64. Nicht alle von der Wettbewerbskommission befragten Zeitungsverlage sind der Meinung, dass sich dieser Zusammenschluss tatsächlich aus wirtschaftlichen Gründen aufdrängte. Einige sprechen von Expansionsdrang der Gasser, andere geben an, dass zur Rettung der Titel der TDV durchaus andere, d.h. glarnerische Lösungen möglich gewesen wären.

65. Es ist nicht Sache der Wettbewerbskommission zu untersuchen, aus welchen Gründen der Zusammenschluss stattfindet, oder welche anderen Zusammenschlüsse denkbar gewesen wären, sofern diese Umstände nicht für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss relevant sind. Sie hat zu prüfen, ob durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Wie oben gezeigt, ist dies beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht der Fall.

4.1.3.2 Sarganserländer Markt für Tageszeitungen

66. Im St. Gallischen Sargans erreichen die Titel der Gasser (Oberländer Tagblatt, zum Teil auch Bündner Zeitung) Marktanteile von ca. 33%. Das Oberländer Tagblatt hält einen Anteil von ca. 16%, die Bündner Zeitung einen solchen von ca. 17%. Grösster Konkurrent ist der Sarganserländer mit einem Marktanteil von ca. 60%, ebenfalls gelesen wird der Tages-Anzeiger (ca. 7%).

67. Aus den Verbreitungsdaten der Schweizer Presse 1996 des VSW lässt sich schliessen, dass der Zusammenschluss auch im Sarganserland zu keinen Marktanteilsadditionen führt.

68. Die Gasser wies darauf hin, dass in den Bezirken des Kantons St. Gallen der „politische Katholizismus“ und der „politische Liberalismus“ je eine Zeitung herausgeben würden. In St. Gallen sind dies die Ostschweiz und das St. Galler Tagblatt, im Raum Rorschach die Rorschacher Zeitung und das Ostschweizer Tagblatt, im Raum Rheintal der Rheintaler und die Rheintalische Volkszeitung, im Sarganserland der Sarganserländer und das Oberländer Tagblatt. Weil der „politische Katholizismus“ im Sarganserland die führende Kraft sei, und sich in diesem Jahrhundert keine wesentliche Verschiebung der Kräfte ergeben hätten, sei das Verhältnis zwischen Sarganserländer und Oberländer Tagblatt stets ungefähr im Verhältnis 4 : 1 oder 5 : 1 geblieben.

69. Der Sarganserländer gab an, die Gasser versuche seit längerer Zeit, ihn mittels gezielter Preisunterbietung aus dem Markt zu drängen. Auch wenn dieser Vorwurf zutreffen sollte, so ist der Sachverhalt keine Folge des Zusammenschlusses. Zudem sind die Präferenzen der Leser für die eine oder die andere Tageszeitung ausgeprägt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Leserschaft überhaupt dazu bewegt werden könnte, die andere Tageszeitung zu abonnieren (Frage der Abgrenzung des sachlichen Marktes). In jedem Fall verfügen die beiden Tageszeitungen über einen bestimmten Verhaltensspielraum. Durch den Zusammenschluss wird sich an diesen Spielräumen nichts ändern. Der Zusammenschluss führt weder zu Marktanteilsüberschneidungen, noch ist eine Gefährdung des Sarganserländers zu erkennen, welche sich direkt aus dem Zusammenschluss ergeben würde. Im Sarganserländer Markt wird der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen.

4.1.3.3 Gasterländer Markt für Tageszeitungen

Marktstrukturen

70. Auch im Gasterland ergeben sich durch den Zusammenschluss keine Marktanteilsüberschneidungen. Der Gasterländer der TDV erreicht im Bezirk Gasterland (Gebiet zwischen Zürichsee und Walensee) einen Marktanteil (Dichte) von ca. 67%. Gemäss Angaben der Gasser blieb der Marktanteil damit in etwa stabil. Mit 17% sind die Linth-Zeitung, ein Unternehmen der Zürichsee Medien, Stäfa, und mit 11% der Tages Anzeiger die grössten Konkurrenten. Faktisch verfügt der Gasterländer über eine stärkere Stellung, als es der angegebene Marktanteil auszudrücken vermag.

Der Gasterländer ist eine täglich erscheinende Lokalzeitung, welche insbesondere über lokale und regionale Ereignisse berichtet. Dies tut jedenfalls der Tages Anzeiger nicht.

Marktschranken/potentielle Konkurrenz

71. Marktzutritte sind in diesem eng begrenzten Markt unwahrscheinlich. Gemäss den Ermittlungen der Wettbewerbskommission wird im Gebiet der Linth, wozu das Gasterland und die Gebiete See, March, Höfe und Einsiedeln gehören, seit einiger Zeit ein intensiver Verdrängungswettbewerb geführt. So übernahm die TDV in diesen Regionen eine Reihe von Titeln, die sie zum Teil weiterführte (Gasterländer), einstellte (Ausserschwyzer, Neue Einsiedeln Zeitung) oder weiterveräusserte (March Anzeiger). Der Konkurrenzkampf soll gemäss Aussagen von Marktteilnehmern zu einer Bereinigung der Situation im Linth-Gebiet führen. Die nach dem Verdrängungskampf verbleibenden Unternehmen erhoffen sich eine stärkere Stellung im Anzeigenmarkt (vgl. 4.2.).

72. Auch hier gilt zudem, dass die stagnierenden Auflagenzahlen Marktzutritte unwahrscheinlich machen. Mit Marktzutritten ist deshalb zumindest mittelfristig nicht zu rechnen.

Keine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung

73. Der hohe Marktanteil des Gasterländers und die Abwesenheit von potentieller Konkurrenz deuten auf eine bestehende marktbeherrschende Stellung dieser Tageszeitung hin. Ob sie sich von ihrer Konkurrentin, der Linth Zeitung, in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten vermag, kann aber bezweifelt werden. Sollte der Gasterländer seine Abonnements- oder Einzelpreise erhöhen, könnte die Linth Zeitung die zusätzliche Nachfrage ohne weiteres abdecken. Ungeklärt kann bleiben, ob eine solche Abwanderung vom Gasterländer zur Linth Zeitung tatsächlich stattfinden würde. Möglicherweise bestehen auch im Gasterland starke Präferenzen für die eine oder die andere Tageszeitung.

74. Die Gasser bestreitet, dass es einen Verdrängungswettbewerb im Gasterland gibt. Sie ist der Meinung, dass Gründung und Einstellung von Zeitungen im Raum Linth stets gesellschafts- und parteipolitische Prozesse gewesen sind. Zudem seien die Zeitungsbetriebe im Linth nicht wettbewerbsfähig, da sie entweder den Betrieb eingestellt hätten, oder sich andere, grössere Verlage an ihnen beteiligt hätten. Gemäss Gasser besteht kein Interesse am „Markt für Lokalzeitungen, die drei- bis viermal die Woche erscheinen“. Die Gasser-TDV-Gruppe ziele darauf ab, eine Tageszeitung zu machen, die konkurrenzfähig zum Tages Anzeiger, NZZ, Blick und weiteren Tageszeitungen sei, welche in Glarus, im oberen Seebezirk, im Gasterland und in Graubünden ihre Abonnenten suchten.

75. Die Aussage der Gasser, wonach kein Interesse am „Markt für Lokalzeitungen, die drei- bis viermal die Woche erscheinen“ besteht, trifft sicherlich zu. Interesse besteht aber gemäss Aussagen von Marktteilnehmern an einer „Bereinigung der Situation im Linth-Gebiet“, damit der Konkurrenzkampf im Anzeigenmarkt entschieden wird. Eine hohe Dichte (hoher Marktanteil) im Lesemarkt ist entscheidend bzw. wichtigstes Verkaufsargument im Anzeigengeschäft. Andererseits hängt die Wirtschaftlichkeit und die Qualität einer Zeitung vom Erfolg auf dem Anzeigenmarkt ab. Erfolg auf dem einen Markt bedingt und ermöglicht erst Erfolg auf dem anderen Markt. Auch für die Gasser-TDV-Gruppe besteht deshalb Anlass, eine marktbeherrschende Stellung im Gasterland anzustreben.

76. Der Zusammenschluss wird es der TDV bzw. der entstehenden Gasser-TDV-Gruppe nun erlauben, den Verdrängungswettbewerb weiterzuführen. Dieser Wettbewerb wird durch die Übernahme der TDV durch die Gasser aber nicht entschieden werden. Wie weiter vorne erwähnt, kommt der Gasser keine überragende Finanzkraft zu, sie ist jedenfalls nicht als finanzkräftiger als die ihr im WEMF-Gebiet 27⁹ - und damit auch im Gasterland - als Wettbewerber gegenüberstehende ZOG-Gruppe (Inserate-Kombination Zürichsee - Obersee - Glarus mit den Titeln Linth Zeitung, Fridolin, March Höfe Zeitung und Einsiedler Anzeiger) einzuschätzen. Die Linth Zeitung gehört zur Gruppe der Zürichsee Medien, der Anzeiger Fridolin wird von der eingessenen Walter Feldmann AG, Glarus, herausgegeben, der Einsiedler Anzeiger gehört zur ea Druck und Verlag AG, Einsiedeln, und die March Höfe Zeitung ist ein gemeinsames Produkt der Linth Zeitung und des Fridolin. Aus diesem Grund wird der Zusammenschluss auch im Gasterland keine marktbeherrschende Stellung begründen oder eine solche verstärken, sollte der Gasterländer bzw. die TDV bereits ein marktbeherrschendes Unternehmen sein.

4.2 Anzeigenmärkte

4.2.1 Sachliche Marktabgrenzung

77. Weil Tageszeitungen nicht nur über (inter)nationale und regionale Ereignisse berichten, sondern ebenfalls Raum für Werbung und Kleinanzeigen anbieten, ist eine entsprechende Abgrenzung der sachlichen Märkte angezeigt. Gemäss Pressemitteilung der Gasser zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben wird es eine Anzeigenregie für nationale Angebote und eine Anzeigenregie für regionale Märkte geben. Die Trennung der Anzeigenregien spricht für zwei sachlich getrennte Anzeigenmärkte. Zu unterteilen gilt es deshalb den

- Markt für Raum für nationale Anzeigen und den
- Markt für Raum für regionale und lokale Anzeigen.

4.2.1.1. Markt für Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen

78. Unter dem Begriff "nationale Anzeigen" (oder nationale Werbung) ist die Werbetätigkeit von Unternehmen zu verstehen, welche gleichzeitig im gesamten Gebiet der Schweiz oder zumindest in den einzelnen Sprachregionen in der Presse werben.

79. Der Anleitung in Art. 11 Abs. 3 VKU folgend ist zu fragen, ob die Werbeauftraggeber nationale Werbung in Tageszeitungen mit ebensolcher Werbung in anderen Werbeträgern als austauschbar erachten.

80. Die Werbestrategie eines bestimmten Unternehmens indiziert meist ganz bestimmte Werbemittel und Werbeträger, welche innerhalb einer Strategie nicht substituierbar sind. Solche Strategien beschränken sich in der Regel nicht auf ein Werbemittel oder einen Werbeträger. Verschiedene Werbemittel und Werbeträger unterstützen sich gegenseitig¹⁰ (Mediamix). Die meisten der von der Wettbewerbskommission befragten Werbetreibenden gaben denn auch an, dass nationale Werbung im Werbeträger „Tageszeitung“ durch keinen anderen Werbeträger ersetzt werden könnte. Zuerst sei die Werbestrategie festzulegen, danach die richtigen

⁹ Die AG für Werbemedienforschung teilt die Schweiz in 24 sogenannte WEMF-Gebiete ein. Diese Gebiete folgen nur zum Teil den Kantons Grenzen. Glarus und das Gebiet der Linth gehören zum WEMF-Gebiet 27.

¹⁰ Vgl. hierzu die Untersuchung der Kartellkommission zum Inserateboykott durch das „Smash Swiss Tennis Magazine“ in: VKKP 4/1993, 143.

Werbeträger zu wählen. Je nach Produkt und Zielgruppe stehe eine andere Werbeträgerkategorie im Vordergrund. So würde in Tageszeitungen eher „Glaubwürdigkeit“ vermittelt, im Fernsehen dagegen mit „Emotionen“ geworben.

81. Beim Festlegen der Werbestrategie wird auch mit über die Wahl der zukünftigen Werbeträger und die Intensität entschieden, mit der die einzelnen Werbeträger zum Einsatz gelangen. Im allgemeinen werden ein Hauptmedium und einige Ergänzungswerbeträger bestimmt sowie die Gewichtung innerhalb des Mediamixes festgelegt. In dieser Phase besteht eine gewisse Konkurrenzsituation zwischen den Werbeträgern. Insbesondere bei der Gewichtung spielt auch der Preis der einzelnen Werbeträger eine Rolle.

82. Die verschiedenen Werbeträger dürften sich daher sowohl konkurrenzieren als auch ergänzen. Weil die Werbestrategie je nach Art des zu vermarktenden Produkts eine andere ist, wird die Intensität dieser Wettbewerbsbeziehung nach Produkt bzw. Produktgruppen variieren. Über die genaue Marktabgrenzung braucht hier aber nicht entschieden zu werden, denn auch bei engster Marktabgrenzung (Werbung in Tageszeitungen ist nicht mit nationaler Werbung im Fernsehen, Radio, auf Plakaten, im Kino, Teletext, Werbung im Internet u.a. austauschbar) wird der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen (vgl. 4.2.3.1).

83. Die Parteien wiesen darauf hin, dass durch die Kumulation der Anzeigenschaltungen in grossen Zürcher Tages- und Wochenzeitungen (Cash, Weltwoche, Facts) prozentuale regionale Marktanteile (Dichten) erreicht werden können, die es nationalen Anzeigekunden möglich machen, auf eine Belegung der einzelnen Titel in Graubünden und in Glarus zu verzichten. In diesem Sinne gaben auch die befragten Werbetreibenden an, dass sie nationale Werbekampagnen in der überregionalen Presse, d.h. neben Cash, Facts etc. auch im Blick, Tages Anzeiger, der NZZ, platzieren würden und auf eine Platzierung in den Titeln der Gasser und der TDV in der Regel verzichten würden. Regionale Tageszeitungen lassen sich daher durch überregionale Presseerzeugnisse, insbesondere Tageszeitungen wie Blick, NZZ und Tages Anzeiger, aber zum Teil auch durch Wochenzeitungen wie Cash, Facts, Weltwoche etc., ersetzen. Der sachliche Markt wird für die Zwecke dieses Falls daher als Markt für Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen abgegrenzt.

4.2.1.2 Markt für Raum für regionale und lokale Anzeigen in Tageszeitungen

84. Wer lokal und regional wirbt, tut dies in der Regel in regionalen Tageszeitungen, lokalen oder regionalen Anzeigern, Lokalradios, Lokalfernsehen, mittels Direktwerbung, Plakatwerbung und Platzierung von Anzeigen auf Anschlägen bei Grossverteilern. Diese diversen Werbekanäle ergänzen und konkurrenzieren sich gleichzeitig.

85. Da die Werbewirkung tendenziell verstärkt wird, je häufiger das Zielpublikum die Werbebotschaft wahrnimmt, wird ein Inserat (= Anzeige gleich welchen Inhalts) vielfach gleichzeitig in der Tageszeitung und im Anzeiger platziert. Die meisten der befragten Werbetreibenden gaben aber an, dass Anzeiger auf regionaler Ebene Tageszeitungen zum Teil substituieren können. Massgebend sei in jedem Fall die Konkurrenzfähigkeit ausgedrückt in Kosten pro 1000 Leser-Kontakten. Im Kanton Glarus scheint der Anzeiger Fridolin konkurrenzfähig zu sein, da fast alle Werbetreibenden angaben, dass sie bei einer Erhöhung der Anzeigentarife von 10% in den Titeln der TDV ihre regionalen Anzeigen teilweise, aber nicht gänzlich, in den Anzeiger umpla-

zieren würden. Es kann daher von einer beschränkten Wettbewerbsbeziehung zwischen Tageszeitungen und Anzeigern gesprochen werden¹¹.

86. Die meisten der Befragten gaben zudem an, dass sie die Anzeigen in Tageszeitungen allenfalls, d.h. bei einer 10%igen Erhöhung der Anzeigentarife der TDV, mittels Direktwerbung, Werbung in Lokalradios oder Plakatwerbung ersetzen würden. Auch zwischen Lokalradios, Plakatwerbung, Direktwerbung und regionalen Tageszeitungen bestehen daher (beschränkte) Wettbewerbsbeziehungen.

87. Die meisten der Befragten erklärten aber, dass sie bei einer massiven Senkung der Anzeigentarife (- 20%) der TDV nicht, oder nur minimal mehr Werbung in diesen Titeln plazieren würden. Insbesondere würde die Werbung im Anzeiger und in anderen Werbeträgern nicht durch Werbung in den Titeln der TDV ersetzt. Der Wettbewerb der einzelnen Werbeträger ist daher begrenzt.

88. Wie bereits bei der Abgrenzung des Markts für Raum für nationale Anzeigen erwähnt, besteht eine gewisse Wettbewerbsbeziehung aber zumindest in der Phase des Festlegens der Werbestrategie. Trotzdem wird hier vorerst von einer engen Marktabgrenzung ausgegangen, welche nur den Raum für regionale und lokale Anzeigen in Tageszeitungen erfasst. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse wird zu berücksichtigen sein, dass zwischen regionalen Tageszeitungen, Anzeigern, Lokalradios, Plakatwerbung und Direktwerbung zum Teil Wettbewerbsbeziehungen bestehen.

4.2.2 Räumliche Marktabgrenzung

4.2.2.1 Markt für Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen

89. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Werbeaufraggeber den Anzeigenraum für ihre nationale Werbung in Zeitungen nachfragen (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

90. Wie bei der Abgrenzung des sachlichen Markts festgestellt, kann der Werbeaufraggeber, der mit seinen nationalen Anzeigen auch die Gebiete Glarus und Graubünden bzw. die WEMF-Gebiete 27, 28 und 29 abdecken will, dies entweder in den dort erscheinenden regionalen Tageszeitungen oder - jedenfalls für das WEMF-Gebiet 27 - in überregionalen Zeitungen tun. Weil in beiden Fällen ein Telefonanruf und/oder die briefliche Zustellung der Vorlage für die Anzeige genügt, um die Werbung zu plazieren, kann davon ausgegangen werden, dass für die Werbeaufraggeber auch in beiden Fällen dieselben Kosten der Auftragserteilung entstehen. Für den Werbeaufraggeber ist daher unerheblich, an welchem Ort in der Schweiz sich die Annahmestelle für Anzeigen befindet. Der Ort der Annahmestelle wird somit nicht darüber entscheiden, in welcher Zeitung (der regionalen oder der überregionalen) die Werbung plaziert wird. Der räumliche Markt ist entsprechend weit zu definieren und umfasst mindestens das Gebiet der Schweiz.

4.2.2.2 Markt für Raum für regionale und lokale Anzeigen in Tageszeitungen

91. Das Zielpublikum des Werbeaufraggebers befindet sich in einer bestimmten Region oder sogar nur an einem bestimmten Ort. Der Werbeaufraggeber wird deshalb den Werberaum nur in denjenigen Tageszeitungen nachfragen, die in der Regi-

¹¹ In ihrer Untersuchung zur Anzeigensperre von Automobilimporteuren gegenüber dem Tages-Anzeiger von 1981 (VKK 1/1981, 41ff.) bezeichnete die Kartellkommission Werbung in Anzeigern als nicht mit Werbung in Tageszeitungen austauschbar, weil das Verbreitungsgebiet nicht dasselbe sei (a.a.O. 62ff.). Ist das Verbreitungsgebiet tatsächlich nicht dasselbe, trifft die Einschätzung der Kartellkommission natürlich zu, weil es sich um unterschiedliche räumliche Märkte handelt.

on oder am Ort erscheinen¹². Der räumliche Markt grenzt sich folglich regional, eventuell sogar lokal, ab.

4.2.3 Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss in den Anzeigenmärkten

4.2.3.1 Markt für Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen

Marktstrukturen

92. Wie die sachliche Marktabgrenzung zeigte, plazierte ein Werbeauftraggeber seine Anzeigen entweder in überregionalen Zeitungen, oder er benützte dazu eine Kombination von regionalen Tageszeitungen, welche in ihrer Gesamtheit das Gebiet der Schweiz abdecken. Im Wettbewerb stehen daher die überregionalen Zeitungen mit der Kombination der regionalen Tageszeitungen.

93. Der Wettbewerbskommission liegen keine exakten Daten zu den Marktanteilen vor. Die Ermittlungen der Kommission ergaben aber, dass national Werbetreibende die WEMF-Gebiete 27, 28 und 29 meist durch überregionale Presseerzeugnisse abdecken, weil diese gegenüber der regionalen Presse günstigere Kosten pro 1'000 Leser aufweisen würden. Die in Glarus und in Graubünden erreichten Dichten der Titel der TDV und der Gasser können deshalb nicht als Indikator für die Marktsituation der Parteien dienen. Aus den Aussagen der Werbetreibenden lässt sich schliessen, dass die überregionalen Zeitungen über die höheren Marktanteile als die Titel der Parteien verfügen.

94. Die nationale Anzeigenregie der Gasser und der TDV wird zudem bereits seit 1990 im Pool, der Anzeigenkombination Südostpresse¹³, durch die Publicitas wahrgenommen. Der Zusammenschluss ändert insofern nichts an den Wettbewerbsverhältnissen.

95. Gemäss Aussagen der Gasser wird der Zusammenschluss trotz bereits bestehendem Anzeigenpool bewirken, dass die Zeitungen attraktiver für nationale Werbeauftraggeber werden. Gegenüber der heutigen (Pool) Situation würden die Gasser und die TDV nicht mehr als Konglomerat verschiedener kleiner Titel auftreten, sondern im Sinne des gemeinsamen Erscheinungsbildes als ein Produkt. Zusätzlich könne der Anzeigentarif um ca. 30% gesenkt werden. Das Plazieren von Anzeigen in den Titeln der TDV und der Gasser wird daher entsprechend attraktiver. Die befragten Verlage, welche überregionale Presseerzeugnisse vertreiben, äusserten aber in keinem Fall die Sorge, der Zusammenschluss würde zu massiven Verlusten von Marktanteilen führen.

Marktzutritte/potentielle Konkurrenz

96. Die Parteien sind der Meinung, dass insbesondere der Wettbewerb um Werbe- bzw. Anzeigenraum (aber auch generell der Informationswettbewerb) bereits heute, aber sicherlich in Zukunft, nicht mehr (nur) zwischen den Tageszeitungen stattfindet,

¹² Für die Kartellkommission wurde der räumliche Markt durch das typische Verbreitungsgebiet einer Zeitung, in welchem ihr eine wichtige Stelle als Werbeträger zukommt, abgegrenzt (vgl. VKK 1/1982 „Die Grossauflage der Luzerner Neueste Nachrichten“, S. 63).

¹³ In diesem Pool ist auch die Firma Theiler Druck AG (Theiler), Wollerau, vertreten. Zwischen dieser Unternehmung und den beteiligten Unternehmen gibt es keine finanziellen Verflechtungen. Gasser, TDV und Theiler kaufen ebenfalls Zeitungspapier und -farbe gemeinsam ein, um durch Volumenkombination entsprechende Rabatte zu erhalten.

sondern zwischen einer Vielzahl von Informationsträgern (Fernsehen, vernetzte Informationskanäle wie Internet, Teletext u.ä.).

97. Wie bereits bei der Marktabgrenzung beschrieben, ist in den Werbemärkten festzustellen, dass sich die verschiedenen Medien nicht nur ergänzen, sondern zum Teil auch substituieren. Werbetreibende gaben zum Teil an, der Trend gehe in Richtung Ersatz der Anzeigen in Tageszeitungen durch Werbung in anderen Werbeträgern. So erwarten sowohl die Publisuisse als auch die Publicitas, dass das Fernsehen den Anteil an den gesamten Werbeumsätzen weiter erhöhen wird. Auch andere, neuere Werbemöglichkeiten wie Lokalradios, Sponsoring, Events, Internet u.ä. haben bereits zu Marktanteilsverlusten der Presse geführt.

Keine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung

98. Aufgrund der bestehenden starken Konkurrenz durch überregionale Zeitungen und der zu erwartenden zunehmenden Konkurrenz durch andere Werbeträger wird der Zusammenschluss nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen.

4.2.3.2 Bündner und Glarner Märkte für Raum für regionale und lokale Anzeigen in Tageszeitungen

Regionale Märkte

99. Die Bündner Zeitung, das Bündner Tagblatt und die Glarner Nachrichten sind die einzigen Tageszeitungen im Bündnerland bzw. in Glarus. Die Titel der Gasser und der TDV verfügen daher - und bei der gewählten engen Marktabgrenzung - über faktische Monopolstellungen als Anbieter von Raum für regionale Anzeigen in Tageszeitungen.

100. Da die Parteien in unterschiedlichen regionalen Märkten tätig sind, ergeben sich durch den Zusammenschluss keine Marktanteilsüberschneidungen.

101. In den Märkten für Raum für regionale Werbung bzw. Anzeigen kann zudem von einem Konkurrenzverhältnis zwischen Anzeigern und regionalen Tageszeitungen gesprochen werden. Substitutionsmöglichkeiten sind zumindest teilweise auch das Lokalradio, die Direkt- und die Plakatwerbung. Die Marktstellung der Parteien wird dadurch relativiert.

102. Weil der Zusammenschluss nicht zu Marktüberschneidungen führen wird, und zum Teil Substitutionsmöglichkeiten für Tageszeitungen existieren, werden die bestehenden marktbeherrschenden Stellungen nicht verstärkt.

Lokale Märkte

103. In den lokalen Märkten für Anzeigenraum sind die regionalen Titel der Gasser und der TDV weniger attraktiv, da der Streuverlust für lokale Inserenten gross ist. Diese Inserenten werden in der Regel die lokalen Anzeigenblätter und Zeitungen vorziehen. Ferner führt der Zusammenschluss auch hier zu keinen Marktanteilsüberschneidungen. Der Zusammenschluss wird die heutige Situation in den lokalen Märkten kaum verändern und somit keine marktbeherrschenden Stellungen begründen.

4.2.3.3 Markt der Linth für Raum für regionale und lokale Anzeigen in Tageszeitungen

Marktstrukturen

104. Im Gebiet der Linth, welches zusammen mit dem Kanton Glarus das WEMF-Gebiet 27 bildet, gibt es neben den Titeln der TDV, also des Gasterländers, der Seepresse und des nun an die Theiler Druck AG veräusserten March Anzeigers, die March Höfe Zeitung und die Linth Zeitung. Die March Höfe Zeitung entstand erst 1994 als „Kampfprodukt“ der Buckdruckerei Walter Feldmann AG (Herausgeberin des Anzeigers Fridolin) und der Linth Zeitung. Die Linth Zeitung, die March Höfe Zeitung, der Anzeiger Fridolin und der Einsiedler Anzeiger bilden zusammen die Inseratekombination ZOG (Zürichsee - Obersee - Glarus), welche das WEMF-Gebiet 27 abdeckt und daher die Titel der TDV im Anzeigenmarkt konkurrenziert (vgl. auch 4.1.3.3).

105. Der Kommission liegen keine Angaben über die Marktanteile der Titel der TDV und der Inseratekombination ZOG vor. Die Aussagen der Marktteilnehmer, welche zum Teil von „Verdrängungswettbewerb“ sprechen, lassen aber darauf schliessen, dass gegenwärtig keine der beiden Gruppen den Anzeigenmarkt der Linth beherrscht.

Marktschranken/potentielle Konkurrenz

106. Marktzutritte von neuen Tageszeitungen sind auch im Gebiet der Linth mittelfristig nicht zu erwarten. Es kann auf die Ausführungen in 4.1.3.3 verwiesen werden. Allenfalls könnte die Lancierung der March Höfe Zeitung 1994 als Marktzutritt gelten. Diese Zeitung ist allerdings ein Gemeinschaftsprodukt von im Markt bereits vertretenen Unternehmen.

107. Wie im Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen (vgl. 4.2.3.1) wird der Wettbewerb um Werbe- und Anzeigenraum auch in den regionalen Anzeigenmärkten zunehmend zwischen einer Mehrzahl von Informationsträgern stattfinden. So stehen bereits heute Lokalradios, Plakatwerbung und Direktwerbung zum Teil im Wettbewerb mit Tageszeitungen und Anzeigern um Werberaum. Die Kommission erachtet zudem als wahrscheinlich, dass in naher Zukunft Immobilien-, Kontakt-, Stellen- und andere Anzeigen im Internet erscheinen werden. Entsprechende, bereits konkretisierte Projekte bestehen (z.B. Gründung der PressWeb AG durch einige Verlags Häuser). Die Entwicklung zeigt, dass diese Informationsträger rasch grosse Beachtung finden. Insofern kann von zu erwartenden Marktzutritten gesprochen werden.

Keine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung

108. Die TDV beabsichtigte laut Aussagen von Marktteilnehmern, die Presselandschaft im WEMF-Gebiet 27 zu bereinigen, um eine stärkere Stellung im Anzeigenmarkt zu erringen. Die finanziellen Schwierigkeiten der TDV sind - wiederum gemäss den befragten Marktteilnehmern - nicht zuletzt Resultat dieser Strategie.

109. Es wird erwartet, dass der Zusammenschluss zu einer „Marktbereinigung“ führen wird. Für die Linth Zeitung werden die Verleger im Linth-Gebiet über kurz oder lang vor der Wahl stehen, sich entweder ganz in die lokalen Nischen zurückzuziehen oder sich ebenfalls in die sich abzeichnenden grösseren Pressesysteme zu integrieren. Für den Einsiedler Anzeiger hat der Zusammenschluss der Gasser mit der TDV nur dann positive Auswirkungen, wenn es dadurch zu einer Bereinigung der Situation im Linth-Gebiet kommt. Der Verleger des Anzeigers Fridolin befürchtet einen Eintritt der Linth Zeitung in den Inseratepool „Südostpresse“ (Gasser, TDV, Theiler

Druck AG) bzw. das neue Zeitungskonzept „Südostschweiz“¹⁴, was die Inseratekombination ZOG gefährden würde. Der Verlust dieses Kombinationspartners würde den Verlust der überregional werbenden Inserenten mit sich bringen. Das Erscheinen der March Höfe Zeitung und des Fridolin wäre damit gefährdet.

110. In den Anzeigenmärkten, auch in jenem des Linth-Gebiets, stehen aber nicht nur Tageszeitungen im Wettbewerb um Anzeigenraum, sondern zunehmend auch andere Werbeträger (Lokalradios, Plakatwerbung, Direktwerbung). Zudem ist kurz- bis mittelfristig mit Marktzutritten von informatisierten Informationsträgern zu rechnen. Wegen der bestehenden teilweisen Konkurrenzierung der Tageszeitungen durch andere Werbeträger und der zu erwartenden Marktzutritte wird der Zusammenschluss im Markt der Linth für Raum für regionale und lokale Anzeigen in Tageszeitungen keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

5 Ergebnis

111. Das Zusammenschlussvorhaben wird in den Lesermärkten keine bestehenden marktbeherrschenden Stellungen, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, verstärken und in den Anzeigenmärkten keine marktbeherrschenden Stellungen, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründen. Der Zusammenschluss ist daher wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

112. Das Kartellgesetz sagt nicht ausdrücklich, in welcher Form ein Prüfungsverfahren beendet wird, wenn keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen. Der Entwurf des Bundesrates („E“) war in dieser Frage klar. Art. 9 E trug das Marginale „Genehmigungspflicht“ und nach Art. 32/33 E hätte das Verfahren in jedem Fall mit einer Verfügung (Genehmigung, Genehmigung mit Auflagen oder Bedingungen, Untersagung) beendet werden müssen. In den Beratungen der WAK-Nationalrat wurde indessen geltend gemacht, die Genehmigungspflicht für Zusammenschlüsse stelle eine unnötige Bürokratie dar. Das EVD wurde eingeladen, einfachere Lösungen im Hinblick auf das Verfahren der Überprüfung von Zusammenschlüssen vorzuschlagen.

113. Das EVD schlug der WAK-Nationalrat vor, die Genehmigungspflicht in eine „Meldepflicht mit Widerspruchsverfahren“ abzuändern und den Gesetzestext entsprechend anzupassen.¹⁵ Die WAK-Nationalrat hat die Vorschläge des EVD ohne Gegenstimme gutgeheissen. Der entsprechend angepasste Gesetzestext wurde von National- und Ständerat ohne weitere Modifikationen gutgeheissen.

114. Die Änderung der Genehmigungspflicht in eine Meldepflicht mit Widerspruchsverfahren hat im wesentlichen folgende Konsequenz: Ausdrückliche Entscheide (Verfügungen) der Wettbewerbskommission ergehen nur, wenn ein Zusammenschluss unter dem Blickwinkel des wirksamen Wettbewerbs nicht zu tolerieren ist (Zulassung unter Auflagen und Bedingungen oder Untersagung). Aufgrund des Kartellgesetzes hat die Wettbewerbskommission bei wettbewerbsrechtlicher Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses keine Kompetenz zum Erlass von Genehmi-

¹⁴ Es handelt sich um einen Verbund von zehn Zeitungen, welche in ihrem Titel den Schriftzug „Die Südostschweiz“ tragen werden. Der Verbund besteht aus den Titeln der Gasser-TDV-Gruppe und affilierten Titeln, die im Besitz der bisherigen Verleger bleiben

¹⁵ Vgl. Vorschläge des EVD vom 20. März 1995, Beilage zum Protokoll der Sitzungen der WAK-NR vom 10./11. April 1995.

gungsverfügungen.¹⁶ In analoger Anwendung von Art. 16 Abs. 1 VKU kann die Kommission den beteiligten Unternehmen aber vor Ablauf der Viermonatsfrist des Prüfungsverfahrens mitteilen, dass der Zusammenschluss unbedenklich ist.

115. Der Gasser AG, Druck und Verlag, Chur, wird daher eine Unbedenklichkeitserklärung im Sinne von Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt.

116. Der Nachteil des Wechsels von der Genehmigungspflicht zur Meldepflicht mit Widerspruchsverfahren liegt in der Tatsache, dass die Wettbewerbskommission mangels begründeter Genehmigungsentscheide an sich keine „positive“ Genehmigungspraxis erarbeiten könnte. Damit für die Unternehmen trotzdem eine transparente Praxis entstehen kann, wird die Wettbewerbskommission sowohl in Vorprüfungs- als auch in Prüfungsverfahren ihre Erkenntnisse in wettbewerbsrechtlich unbedenklichen Fällen in sogenannten „Stellungnahmen“ selektiv veröffentlichen. Diese Stellungnahmen sind nicht beschwerdefähig. Fragen wie das Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses, der Meldepflicht sowie die materielle Beurteilung werden - ohne in eine Verfügung gekleidet zu sein - den beteiligten Unternehmen und interessierten Kreisen offengelegt.

117. Die Stellungnahme wird den Parteien [...] zugestellt.

118. Sie wird ebenfalls der Publicitas Holding AG [...] im Sinne ihres Antrags vom 16. Mai zugestellt.

119. Diese Stellungnahme wird nach Elimination der eventuellen Geschäftsgeheimnisse in der nächsten Publikation der Wettbewerbsbehörden (Recht und Politik des Wettbewerbs 1997/2) publiziert.

B 2.3 2. DiAx - SBCIS

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs 3, Art. 9 Abs. 1, Art. 10 und Art 32 Abs. 1 KG.

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 9 al. 1, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart.

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 9 cpv. 1, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. Juni 1997 nach vorläufiger Prüfung des Zusammenschlussvorhabens DiAx AG

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 28. Mai 1997 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigen die DiAx Holding AG, Zug („DiAx Holding“), und die SBC International - Switzerland L.L.C., Delaware, USA („SBCIS“), die gemeinsame Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen DiAx AG („DiAx“) auszuüben.

2. Mit der Gründung der DiAx verfolgen die Parteien das Ziel, die sich auf einem liberalisierten schweizerischen Telekommunikationsmarkt ergebenden wirtschaftlichen Chancen wahrzunehmen und Dienstleistungen im Bereich der Informati-

¹⁶ Vgl. dazu auch Ducrey/Drolshammer in Homburger et al. „Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz“, Zurich 1996, Art 10 Rz 56f.

onsübermittlung anzubieten. Es ist geplant, dass Diax inskünftig umfassende Telekommunikationsdienstleistungen anbieten wird.

3. Aktionäre der Diax Holding sind zur Zeit folgende Unternehmen (genaue Kapitalanteile in % bekannt):

- Aare-Tessin AG für Elektrizität Atel, Olten („Atel“);
- BKW FMB Energie AG, Bern („BKW“);
- Centralschweizerische Kraftwerke, Luzern („CKW“);
- Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Laufenburg („EGL“);
- SA l'Energie de l'Ouest-Suisse, Lausanne („EOS“);
- Nordostschweizerische Kraftwerke, Baden („NOK“);
- Schweizerische Rückversicherungs-Gesellschaft, Zürich („Schweizer Rück“).

4. Die sechs Elektrizitätswerke („EW“) Atel, BKW, CKW, EGL, EOS und NOK werden Diax zur Erstellung des sog. „Backbone“ die in die Erdleiter der Starkstromleitungen eingezogenen Glasfaserkabel als Telekommunikations-Leitungen zur Verfügung stellen. Hierzu werden sie auf der Basis von Backbone-Rahmenverträgen sog. Objektverträge über einzelne Telekommunikations-Leitungen mit Diax abschliessen. Zudem werden die EW der Diax bestimmte, in einem Management-Rahmenvertrag festgehaltene Dienstleistungen erbringen.

5. SBCIS verpflichtet sich im wesentlichen zur Einbringung von Kapital und zur Leistung von Know-how im Telekommunikationsbereich. Für letzteres wurde ein Management Services Agreement zwischen der Schwestergesellschaft SBC International-Management Services Inc., Delaware, USA und Diax abgeschlossen.

6. SBCIS ist eine Tochtergesellschaft der SBC Communications Inc., San Antonio, Texas, USA („SBC“). Diese ist eines der weltweit grössten Telekommunikationsunternehmen. Ihre Hauptaktivitäten liegen im Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen in Texas, Missouri, Oklahoma, Kansas und Arkansas sowie in den Agglomerationen von Chicago, Boston, Baltimore und Washington DC. Auf internationaler Ebene ist SBC beteiligt an Telekommunikationsunternehmen in Frankreich, Grossbritannien, Israel, Chile, Mexico, Südkorea, Südafrika, Australien und in der Schweiz. Sie beschäftigt rund 110'000 MitarbeiterInnen.

7. Atel ist ein national und international tätiges Elektrizitätsunternehmen. Die Haupttätigkeit liegt im europäischen und schweizerischen Verbundgeschäft. Sie verkauft Strom im In- und Ausland. Parallel dazu nimmt sie eine Versorgungsfunktion in der Nordwestschweiz wahr.

8. BKW ist ein national und international tätiges Elektrizitätsunternehmen. Die Haupttätigkeit liegt in der Energiebeschaffung sowie in der Stromversorgung, insbesondere in den Kantonen Bern, Jura, Neuenburg, Solothurn und Baselland. Daneben tritt die BKW in der Schweiz und in Europa in den Bereichen Handel, Transport und Verteilung elektrischer Energie auf.

9. Die Haupttätigkeit der CKW liegt in der Stromproduktion sowie in der Versorgung der Zentralschweiz mit Elektrizität. Daneben erbringt CKW mit dem Stromgeschäft zusammenhängende Dienstleistungen.

10. Die EGL ist national und international tätig. Ihre Haupttätigkeit liegt in Produktion, Transport, Austausch und Verteilung von Elektrizität. Die EGL bildet einen wichtigen Knotenpunkt im westeuropäischen Stromverbund. Daneben beliefert EGL Teile

der Kantone Wallis und Graubünden sowie andere schweizerische Verteilgesellschaften mit Strom.

11. EOS ist national und international tätig. Ihre Hauptaktivitäten liegen in der Stromproduktion und Stromversorgung in den Kantonen Genf, Waadt, Freiburg, Neuenburg und Wallis.

12. NOK ist ein national und international tätiges Unternehmen. Sie bildet ein Gemeinschaftsunternehmen der Kantone Zürich, Aargau, St. Gallen, beider Appenzell, Thurgau, Schaffhausen, Glarus und Zug. Ihre Hauptaktivitäten liegen in der Stromproduktion und in der -verteilung (v.a. in den genannten Kantonen sowie im Ausland).

2 Unterstellung unter das Kartellgesetz

2.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG

13. In den hier zu beurteilenden Märkten wird es mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte (Voraussichtlich auf 1. Januar 1998) keine Vorschriften geben, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

2.2 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

14. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) stellt einen Unternehmenszusammenschluss dar (Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, „VKU“), wenn (a) zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen gründen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, (b) das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktions-GU) und (c) in das GU Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen.

a. Gemeinsame Kontrolle

15. Die Neugründung von DiAx gemeinsam durch DiAx Holding und SBCIS erfolgt auf Grundlage des Joint Venture and Shareholders Agreement vom 14./15. Mai 1997 („JVA“). Die DiAx Holding hält derzeit 60% des Aktienkapitals der DiAx, SBCIS 40%. Aufgrund der im JVA, den Statuten und im Organisationsreglement der DiAx vorgesehenen Entscheidungsfindungsmechanismen in Generalversammlung und Verwaltungsrat kann keine Partei die andere in wichtigen Entscheiden überstimmen. Damit ist davon auszugehen, dass die Parteien DiAx auch in Zukunft gemeinsam kontrollieren wollen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

16. Aufgrund des JV-Agreements, der Statuten und des Organisationsreglements von DiAx ist unbestritten, dass DiAx Holding und SBCIS gemeinsame Kontrolle über DiAx gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU ausüben wollen. Auf die Frage, ob DiAx Holding oder ihre Aktionäre die Kontrolle zusammen mit SBCIS ausüben, wird unter 2.3. nachfolgend eingegangen.

b. Vollfunktions-GU

17. Um als Vollfunktions-GU gemäss Art 2. Abs. 1 VKU zu gelten, muss ein GU drei Voraussetzungen erfüllen, nämlich (i) als Vollfunktionsunternehmen auftreten, (ii) eine selbständige wirtschaftliche Einheit darstellen und (iii) auf Dauer angelegt sein.

18. (i) DiAx will im liberalisierten Telekommunikationsmarkt als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen auftreten und zur wichtigsten Konkurrentin der Telecom PTT avancieren (Recitals und Art. 2.1 JVA). Der Auftritt erfolgt unter dem Na-

men DiAx. Die Mutterunternehmen DiAx Holding bzw. die in ihr zusammengeschlossenen EW und Schweizer Rück sowie SBCIS sind auf diesem Markt nicht tätig. Die für den Markteintritt notwendigen Fernmeldelizenzen sollen direkt von DiAx erworben werden. Nach Art. 6.7 (a) JVA soll DiAx so rasch wie möglich technisch und finanziell unabhängig sein. Ein Going Public wird langfristig ins Auge gefasst. Diese Elemente lassen den Schluss zu, dass DiAx ein Vollfunktionsunternehmen ist.

19. (ii) DiAx ist eine selbständige wirtschaftliche Einheit, weil sie eine eigene Geschäftspolitik auf dem Telekommunikationsmarkt verfolgen wird. DiAx wird von den Mutterunternehmen DiAx Holding bzw. deren Aktionären und SBCIS als selbständiger Marktteilnehmer behandelt und auf dem Markt auch als solcher auftreten (vgl. Art. 6.7 (a) JVA). Dies äussert sich unter anderem auch darin, dass Leistungen der Mütter an DiAx nach ordentlichen Geschäftsgrundsätzen zu vergüten sind (Behandlung von DiAx „at arm's length“; vgl. dazu Komm. KG - Ducrey / Drolshammer, Art. 4 Rz 128).

20. (iii) Die Anlegung auf Dauer ergibt sich aus der Langfristigkeit des JVA und aus dem Umstand, dass die Statuten der DiAx eine unbestimmte Dauer vorsehen (Art. 1).

21. Gestützt auf diese Tatsachen ist davon auszugehen, dass DiAx gemäss Art. 2 Abs. 1 VKU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt bzw. ein Vollfunktions-GU darstellt.

c. Einbringen von Geschäftstätigkeiten

22. Gemäss Art. 2.8 JVA bringen DiAx Holding und SBCIS primär Kapital in das GU DiAx ein (Aktienkapital CHF 10 Millionen). Daneben haben die EW und die SBCIS bestimmte Dienstleistungsverträge zugunsten der DiAx abgeschlossen; die EW haben darüber hinaus Infrastrukturvereinbarungen mit der DiAx unterzeichnet. Diese Verträge ermöglichen DiAx die Geschäftsaufnahme. Anzuführen ist, dass zwar die EW ihre Netze nach wie vor überwiegend für eigene Zwecke nutzen. Der DiAx werden aber freie Kapazitäten im Rahmen von langfristigen Vereinbarungen für die Erbringung ihrer Telekommunikationsdienstleistungen zur Verfügung gestellt. Diese der DiAx eingeräumte, mit gewissen Ausschlussrechten versehene Rechtsposition, rechtfertigt die Infrastrukturverträge im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als Einbringung von Geschäftstätigkeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU zu qualifizieren.

23. [...]

24. Könnten Geschäftstätigkeiten nicht auch auf vertraglicher Basis eingebracht werden, müsste die Einbringung von Geschäftstätigkeiten verneint werden, wenn keine eigentliche Sacheinlage (Übernahme von Aktiven und Passiven) vorliegt. Dies würde vorliegend der tatsächlich gewollten und verwirklichten Situation in bezug auf die Telekommunikations-Leitungen nicht Rechnung tragen und einer wirtschaftlichen Betrachtung des Sachverhalts widersprechen. Weiteres Argument für die Einbringung der Geschäftstätigkeit ist, dass im jetzigen Zeitpunkt nur die EW die Telekommunikations-Leitungen zur Verfügung stellen können.

25. Daraus folgt, dass DiAx Holding bzw. die beteiligten EW Geschäftstätigkeiten im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VKU in DiAx einbringen. Die Einbringung durch eines der kontrollierenden Unternehmen genügt zur Erfüllung des Tatbestandes in Art. 2 Abs. 2 VKU. Die Frage, ob auch das Zurverfügungstellen von Know-how durch SBCIS bzw. SBCIMSI vorliegend als „Einbringung von Geschäftstätigkeiten“ anzusehen ist, kann damit offen bleiben.

26. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Gründung von Diax durch Diax Holding und SBCIS einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 VKU (Neugründung eines GU) darstellt.

2.3 Meldepflicht (Art. 9 KG)

27. Die Meldepflicht beurteilt sich vorliegend nach Art. 9 Abs. 1 KG. Sie ist gegeben, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss (a) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen erzielten; und (b) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielten.

28. Für die Berechnung der Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG ist zunächst zu fragen, wer als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen gemäss Art. 3 VKU gilt. Vorliegend sind es die „kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen“ (Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU). Kontrolliertes Unternehmen ist Diax, wobei das neu gegründete GU mangels bisheriger Tätigkeit nicht als beteiligtes Unternehmen im Sinn von Art. 3 VKU anzusehen ist (vgl. Komm.KG - Ducrey/Drolshammer, Art. 9 Rz 15, mit Verweis auf die entsprechende Praxis zur EU-Fusionskontrollverordnung). Kontrollierende Unternehmen sind die sechs EW, Schweizer Rück und SBCIS.

29. Dass nicht Diax Holding, sondern die an ihr beteiligten Aktionäre (EW und Schweizer Rück) als beteiligte Unternehmen zu gelten haben, drängt sich aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung des Sachverhalts auf. Insbesondere deswegen, weil sowohl der Aktionärsbindungsvertrag (Vorbemerkungen, Ziff. 1.1 und 1.2) wie auch die Statuten der Diax Holding (Art. 2) festlegen, dass sich die EW und die Schweizer Rück in der Diax Holding zum Zwecke zusammengeschlossen haben, Diax zusammen mit der SBCIS zu kontrollieren.

30. Gemäss Aktionärsbindungsvertrag werden die Interessen der Aktionäre der Diax Holding, unter welchen grundsätzlich wechselnde Koalitionen möglich sind, im Hinblick auf ein einheitliches Auftreten gegenüber der Diax zusammengefasst. Dies rechtfertigt es, nicht Diax Holding, sondern die an den ABV gebundenen dahinterstehenden Aktionäre neben SBCIS als beteiligte Unternehmen anzusehen.

31. Weil mehr als zwei der am Zusammenschluss beteiligten EW Umsätze von mehr als CHF 100 Millionen und alle beteiligten Unternehmen einen Umsatz von mehr als CHF 2 Milliarden weltweit erzielen (genaue Zahlen dem Sekretariat bekannt), untersteht der Zusammenschluss der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)

32. Vom Zusammenschluss betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU sind nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt, oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt.

33. Vorab sind die sachlichen und räumlichen Märkte abzugrenzen. Gemäss der Zweckbestimmung von Diax will das Unternehmen Dienstleistungen aller Art im Bereich der Telekommunikation erbringen.

34. Da die Telecom PTT aber noch bis zum Inkrafttreten des revidierten FMG ein staatliches Monopol über die Sprachübermittlung verfügt, sind die bei Diax beteiligten Unternehmen wie die Diax selber noch gar nicht bzw. nur punktuell auf den sachlich relevanten Märkten tätig. Diese sind vom Zusammenschluss nicht betroffen.

Die beteiligten Unternehmen besitzen keine bzw. sehr geringe Marktanteile und erreichen - unabhängig von der genauen Abgrenzung der relevanten Märkte - deshalb die eingangs erwähnten Mindestmarktanteile von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nicht. Daraus geht hervor, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 10 Abs. 1 KG).

35. Das Zusammenschlussvorhaben DiAx berührt in der Hauptsache Märkte, auf denen zurzeit aufgrund der noch bestehenden staatlichen Monopole kein oder allenfalls ein sehr begrenzter Wettbewerbsspielraum besteht. Wettbewerb auf diesen Märkten wird erst durch das wahrscheinlich auf den 1. Januar 1998 inkrafttretende totalrevidierte Fernmeldegesetz ermöglicht. Der Markteintritt von neuen Telekommunikationsanbietern wie DiAx trägt dazu bei, dass Wettbewerb auf den deregulierten Märkten überhaupt wird stattfinden können. Aus dieser Ausgangslage wird ersichtlich, dass keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG durch das Zusammenschlussvorhaben begründet wird.

4 Ergebnis

36. Das Zusammenschlussvorhaben wird in den Telekommunikationsmärkten keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Der Zusammenschluss ist daher wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Die Wettbewerbskommission verzichtet auf die Einleitung des Prüfungsverfahrens.

37. Der DiAx Holding AG und der SBCIS werden eine Unbedenklichkeitserklärung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt (was mit Schreiben vom 16. Juni 1997 bereits geschehen ist).

38. Die vorliegende Stellungnahme ist nicht beschwerdefähig. Fragen wie das Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses, der Meldepflicht sowie die materielle Beurteilung werden - ohne in eine Verfügung gekleidet zu sein - mittels der Form einer Stellungnahme den Parteien und interessierten Kreisen offengelegt.

39. Die Stellungnahme wird der DiAx Holding AG und SBCIS zugestellt.

40. Diese Stellungnahme wird nach Elimination allfälliger Geschäftsgeheimnisse in der nächsten Publikation der Wettbewerbsbehörden (Recht und Politik des Wettbewerbs 1997/2) veröffentlicht.

B 2.3 3. Batigroup Holding AG

Vorläufige Prüfung; Art. 32 Abs. 1 KG.

Examen préalable; art. 32 al. 1 LCart.

Esame preliminare; art. 32 cpv. 1 LCart.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Juni 1997 nach vorläufiger Prüfung in Sachen Zusammenschlussvorhaben der Batigroup Holding AG

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 21. Mai 1997 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigen die Preiswerk Holding AG (Preiswerk), Basel, die Schmalz Holding AG (Schmalz), Bern, und die Stuag Holding AG (Stuag), Zug, zu fusionieren. Zu diesem Zweck haben die drei Unternehmen die Batigroup Holding AG, Zug, (Batigroup) gemeinsam gegründet.

2. Die Preiswerk-Gruppe ist eine international orientierte, über 30 Firmen umfassende Bauunternehmung. Spezialisiert ist sie in den Bereichen Verfahrenstechnik, Gesamtplanung für Wirtschafts- und Industriebauten und Grossbrückenbau.
3. Die Schmalz-Gruppe umfasst 12 Tochterfirmen, welche im Kanton Bern, in der West- und in der Südschweiz angesiedelt sind. Die Gruppe ist in allen Sparten des Bauhauptgewerbes tätig, wobei sich das Schwergewicht der Aktivitäten auf den Strassen- und Tiefbau sowie verschiedene Spezialitäten im Hochbau konzentriert.
4. Die Stuag-Gruppe ist eines der führenden Bauunternehmen der Schweiz. Das Schwergewicht der Tätigkeit liegt im Infrastrukturbau, d.h. vor allem im Strassen- und Tiefbau sowie im Tunnel- und Spezialtiefbau. Im Grossraum Zürich ist die Stuag-Gruppe auch im Hochbau verankert.
5. Die Batigroup Holding AG bezweckt die direkte oder indirekte Beteiligung an Unternehmen aller Art in der Schweiz und im Ausland insbesondere auf dem Gebiet des Bauwesens und der damit in Zusammenhang stehenden Industrien. Die Batigroup wird nach dem Zusammenschluss zu ca. 85% im schweizerischen Baumarkt, schwerpunktmässig im Tiefbau, sowie in Südwestdeutschland tätig sein.

2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

2.1 Unternehmen (Art. 2 Abs. 1 KG)

6. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (BBl 1985 I 533). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

2.2 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

7. Die Preiswerk, Schmalz und Stuag werden in der durch sie gemeinsam gegründeten Batigroup fusionieren. Aktionäre der Batigroup sind die Preiswerk (60,8%), Schmalz (1,7%) und Stuag (37,5%). Die mit der Erhöhung des Aktienkapitals neu auszugebenden Aktien werden ausschliesslich zum Umtausch der bisherigen Aktien der Preiswerk, Schmalz und Stuag verwendet. Die Kapitalerhöhung wird durch die Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven von Preiswerk, Schmalz und Stuag auf dem Wege der Universalsukzession liberiert. Bei allen drei Unternehmen handelt es sich im Aktionariat weitgehend um Streubesitz. Es wird keine Einzelaktionäre oder Aktionärsgruppen geben, welche die Unternehmung beherrschen werden.

2.3 Meldepflicht (Art. 9 KG)

8. Preiswerk, Schmalz und Stuag sind am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. a VKU.
9. Sie überschreiten die Grenzwerte von Art. 9 Abs. 1 lit. a et b KG. Der auf die Schweiz entfallende Umsatz des letzten Geschäftsjahrs beträgt insgesamt mehr als 500 Mio. Franken, und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen erzielten 1996 in der Schweiz einen Umsatz von mehr als 100 Mio. Franken. (Preiswerk: Fr. 402 Mio., Schmalz Fr. 102 Mio., Stuag Fr. 398 Mio.).

3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)

3.1 Die relevanten Märkte

3.1.1 Sachlich relevante Märkte

10. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU).

11. Die Fusion wird insbesondere auf die Baubranche Auswirkungen haben. Nach Angaben der beteiligten Unternehmen und nach den Untersuchungsergebnissen des Sekretariats lassen sich im Baubereich folgende sachliche Märkte unterscheiden:

- Generalplanung/Generalunternehmung/Totalunternehmung: Unter Generalplanung versteht man die Gesamtheit der Tätigkeiten in der Planungsphase eines Bauobjekts. Der Begriff Generalunternehmung umfasst alle Tätigkeiten an einem Objekt während der Bauphase. Eine Totalunternehmung integriert die Planungs- und Bauphase.
- Verfahrenstechnik/Gebäudetechnik: Unter Verfahrenstechnik versteht man die Tätigkeiten im Industriebau rund um Fabrikationsanlagen im Zusammenhang mit Produktionsprozessen. Unter Gebäudetechnik versteht man die Tätigkeiten im Bereich der Haustechnik (Klimaanlagen, Heizungen)
- Hochbau (Häuserbau)
- Allgemeiner Tiefbau (Standplätze, Flussverbauungen, etc.)
- Strassen- und Belagsbau (Grenze zu allgemeinem Tiefbau fließend)
- Spezialtiefbau (Entwässerungsanlagen, Kanalisationen)
- Tunnel- und Felsbau

12. Zumindest die Märkte Generalunternehmung/Totalunternehmung/Generalplanung und Verfahrenstechnik/Gebäudetechnik könnten weiter unterteilt werden. Eine solche Unterteilung drängt sich im vorliegenden Fall aber nicht auf, weil die Fusion in diesen Bereichen keine Marktanteilsüberschneidungen bewirkt (vgl. Ziff. 18). Möglich wäre eine weitere Unterteilung des Bereichs Hochbau in Planung, Hochbau, Gebäudetechnik. Sie drängt sich hier nicht auf, weil gemäss Ermittlungen des Sekretariats die beteiligten Unternehmen auch bei dieser engen Marktabgrenzung keine gemeinsamen Marktanteile von 20% oder mehr erreichen.

3.1.2 Räumlich relevante Märkte

13. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).

14. Je nach Auftragsgrösse einer nachgefragten Bauleistung wird der Bausektor in regionale, nationale und internationale räumlich relevante Märkte aufgeteilt. Die Grenzen sind allerdings fließend und werden sich im Zuge des WTO-Abkommens und des Binnenmarktgesetzes (kantonale und kommunale Submissionsordnungen) vermehrt öffnen.

15. Nachfolgende Tabelle gibt einen Überblick über die heute übliche räumliche Abgrenzung oben definierter Märkte. Die Aufteilung basiert hauptsächlich auf der kleingewerblichen Angebotsstruktur, der Auftragsvolumina sowie der bisherigen

kommunalorientierten Auftragsvergabe und wurde mitunter für den hier zu untersuchenden Zweck der möglichen Marktbeherrschung gewählt.

Markt	räumliche Abgrenzung
General-/Totalunternehmung Generalplanung	regional bis national
Verfahrens-/ Gebäudetechnik	Schweiz und Südwest- Deutschland
Hochbau	regionaler Markt
allgemeiner Tiefbau	regionaler Markt
Strassen- und Belagsbau	regional bis national
Spezialtiefbau	(inter)nationaler Markt
Tunnel- und Felsbau	(inter)nationaler Markt

16. Eine detailliertere Abgrenzung der räumlichen Märkte ist nicht notwendig. Gemäss den Ermittlungen des Sekretariats werden die beteiligten Unternehmen selbst bei einer engeren Abgrenzung keinesfalls gemeinsame Marktanteile von über 20% erreichen (vgl. Ziff. 18 und 19).

3.2 Marktstellung

17. Vom Zusammenschluss betroffen werden gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt, oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, wird die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses vermutet.

18. Es gibt keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU, denn in keinem der oben definierten Märkte wird die Batigroup die Marktanteilsschwelle von 20% erreichen. Die Bereiche Generalunternehmung / Totalunternehmung / Generalplanung sowie Verfahrenstechnik / Gebäudetechnik werden nur von der Preiswerk angeboten. Der Markt für Spezialtiefbau wird nur von der Stuag bearbeitet. In diesen Bereichen ergeben sich keine Marktanteilsüberschneidungen. Die gesamtschweizerischen Marktanteile liegen weit unter 30%. Unter diesen Umständen ist eine weitergehende, dynamische Betrachtung nicht nötig.

19. Nachstehende Tabelle gibt einen Überblick der geschätzten kumulierten Marktanteile der Batigroup in den oben definierten sachlichen und räumlichen Märkten.

Märkte	Marktabgrenzung	Marktanteile (kumuliert)
General- /Totalunternehmung Generalplanung	regional-national	keine MA- Überschneidung <10%
Verfahrens-/ Gebäudetechnik	Schweiz und Süd- westdeutschland	keine MA- Überschneidung- <15%
Hochbau	regional	max. 15% (Zürich und Ba- sel)
allgemeiner Tiefbau	regional	max. 9% (West- und westl. Deutschschweiz)
Strassen- und Belagsbau	regional bis national	max. 18%
Spezialtiefbau	(inter)national	10%
Tunnel- und Felsbau	(inter)national	9.4%

20. Im europäischen Vergleich ist der schweizerische Baupmarkt relativ atomistisch (kleingewerblich) strukturiert.

21. Das gesamte Marktvolumen ist in den letzten Jahren geschrumpft (Rückgang seit 1990 um 32%). Dennoch haben sich hinsichtlich der Marktanteile und der Zahl der Anbieter keine bedeutenden Verschiebungen ergeben. Gemäss den befragten Wettbewerbern ist davon auszugehen, dass der vorliegende Zusammenschluss der Beginn einer sich abzeichnenden Entwicklung darstellt. In Fachkreisen wird diese Entwicklung als Chance beurteilt, sich auch auf den europäischen Märkten zu positionieren.

22. Nach dem Zusammenschluss wird die Batigroup, gemessen am Inlandumsatz, die grösste Bauunternehmung der Schweiz sein. Ihr konsolidierter Umsatz hätte 1996 902 Mio. Franken betragen. In den oben genannten sachlichen und räumlichen Märkten wird sie aber auf eine grosse Anzahl Wettbewerber treffen. Die wichtigsten sind die Marti AG mit einem Umsatz von ca. 500 Mio. im Jahre 1995, die Zschokke Holding SA mit einem Umsatz von 463 Mio. und die Walo Bertschinger AG mit einem Umsatz von 342 Mio. Franken. Es folgt die Losinger AG mit einem Inlandumsatz von 293 Mio. Franken. Sie gehört zur französischen Bouygues-Gruppe.

23. In den Märkten Hochbau, Strassen- und Belagsbau sowie im allgemeinen Tiefbau sind die Markteintrittsschranken aufgrund geringer Irreversibilitäten eher tief. So wurden im Jahre 1996 680 Neueintritte sowie 440 Marktaustritte beobachtet. Im Tunnel- und Felsbau sowie im Spezialtiefbau ist hohes Know-how und viel Kapital bzw. eine bestimmte Unternehmensgrösse erforderlich. Markteintritte sind erheblich

schwieriger. In diesen Bereichen spielt jedoch gemäss den Ermittlungen des Sekretariats die nationale und internationale Konkurrenz.

3.3 Ergebnis

24. Aus den vorangehenden Ziffern lässt sich zusammenfassen:

- Es gibt keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU.
- Zudem existiert eine Vielzahl namhafter Wettbewerber.

25. Die vorläufige Prüfung hat aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte ergeben, dass sich die beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Daher wird der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Somit ist er wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Die Wettbewerbskommission verzichtet auf die Einleitung des Prüfungsverfahrens.

26. Dem gemeinsamen Vertreter der Preiswerk Holding AG, Schmalz Holding AG und Stuag Holding AG [...] wird eine Unbedenklichkeitserklärung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU zugestellt (was mit Telefax vom 16. Juni 1997 bereits geschehen ist).

27. Die vorliegende Stellungnahme ist nicht beschwerdefähig. Fragen wie das Vorliegen eines Unternehmenszusammenschlusses, der Meldepflicht sowie die materielle Beurteilung werden - ohne in eine Verfügung gekleidet zu sein - mittels der Form einer Stellungnahme den Parteien und interessierten Kreisen offengelegt.

28. Die Stellungnahme wird dem gemeinsamen Vertreter der Preiswerk Holding AG, Schmalz Holding AG und Stuag Holding AG [...] zugestellt.

29. Diese Stellungnahme wird nach Elimination allfälliger Geschäftsgeheimnisse in der nächsten Publikation der Wettbewerbsbehörden (Recht und Politik des Wettbewerbs 1997/2) veröffentlicht.

B 2 4. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni

B 2.4 1. Versicherungsvertragsgesetz (VVG)

Teilbarkeit der Prämien, Ermöglichung des Versicherungsverwechsels bei Handänderung; Empfehlung Art. 45 KG an den Bundesrat.

Divisibilité des primes, faciliter le changement d'assureur lors du transfert de propriété d'une chose à assurer; recommandation art. 45 LCart au Conseil fédéral.

Divisibilità dei premi, facilitare il cambiamento di assicuratore nel caso di un trasferimento di proprietà della cosa da assicurare; raccomandazione art. 45 LCart al Consiglio federale.

Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 21. April 1997 zuhanden des Bundesrates betreffend Artikel 24 und 54 Versicherungsvertragsgesetz (VVG)

A. Empfehlungen

Die Wettbewerbskommission unterbreitet dem Bundesrat gestützt auf Art. 45 KG folgende Empfehlungen:

1. Die Art. 24 und 54 VVG sind dahingehend zu revidieren, dass die Restriktionen des Wechsels der Versicherungsunternehmen entfallen.
2. Die Revision der beiden Bestimmungen ist unabhängig von der Totalrevision des VVG prioritär und dringlich an die Hand zu nehmen.

B. Sachverhalt

1. Anlass zur Empfehlung

1. Die Kartellkommission führte 1993/1994 bezüglich des sogenannten Abwerbeverzichts in der Motorfahrzeug-Haftpflicht- und Kaskoversicherung eine Untersuchung durch (vgl. VKKP 3/1995). Gestützt auf Art. 25 des alten Kartellgesetzes empfahl sie dem Bundesrat die Revision von Art. 24 und 54 VVG (Verankerung des Grundsatzes der Teilbarkeit der Prämien, Ermöglichung des Versicherungswechsels bei Handänderungen ohne zweifache Entrichtung der Prämie).
2. Weder Art. 24 noch Art. 54 VVG sind seither geändert worden.
3. Nationalrat Vollmer reichte am 6. März 1996 eine Motion ein, welche die unverzügliche Revision der Artikel 24 und 54 VVG verlangte. Unter ausdrücklicher Berufung auf die Kartellkommission beantragte er die Verankerung des Grundsatzes der Teilbarkeit der Prämie und der Öffnung des Marktzutrittes.
4. Der Bundesrat erklärte sich bereit, die Motion entgegenzunehmen (Erklärung vom 15. Mai 1996). Der Nationalrat überwies die Motion am 21. Juni 1996 ohne Diskussion und ohne Opposition. Der Ständerat schloss sich am 11. Dezember 1996 nach einer kurzen Einführung von Berichterstatter Büttiker und einem Kurzstatement von Bundesrat Koller ("Es ist tatsächlich so, (...) dass diese beiden Bestimmungen nicht mehr in den liberalisierten Versicherungsmarkt passen") auf einstimmigen Antrag der WAK dem Nationalrat diskussions- und oppositionslos an.
5. Mit Schreiben vom 3. Dezember 1996 ersuchte der Autogewerbe-Verband der Schweiz (AGVS) die Wettbewerbskommission, sich für die Beschleunigung der VVG-Revision einzusetzen, damit dem freien Wettbewerb im Versicherungsmarkt ohne weitere Verzögerungen zum Durchbruch verholfen werden könne.
6. In einem weiteren Schreiben vom 15. Januar 1997 wies der AGVS auf den wettbewerbshindernden Charakter von Art. 24 VVG hin. Gerade in der Motorfahrzeugversicherung, bei der jährlich rund 900'000 Fahrzeugwechsel bzw. neue Inverkehrsetzungen stattfänden, halte der Verlust der "nichtverbrauchten" Prämie die Kundschaft von einem Versicherungswechsel ab. Neben Art. 24 und 54 VVG sei auch Art. 25 Abs. 3 VVG anzupassen (wobei der AGVS einräumt, eine Vorauszahlung für mehrere Perioden werde nur selten vereinbart).
7. Der AGVS und seine Mitglieder sehen sich durch die genannten Bestimmungen direkt betroffen, betreiben sie doch die gewerblich-berufsständische GARANTA (Schweiz) Versicherungs AG. Mit der Freigabe des Prämientarifes und mit den neuen Vertriebswegen hindere Art. 24 VVG die Automobilisten noch ausgeprägter als früher an der Möglichkeit, die optimalsten und preisgünstigsten Versicherungsprodukte berücksichtigen zu können. Eine Totalrevision des VVG sei notwendig, doch entstehe schon heute Schaden für Konsumenten und Newcomer auf dem Versicherungsmarkt, weshalb sich eine unabhängig von der Totalrevision vorzunehmende,

vorgezogene und sofortige Revision von Art. 24 und 54 VVG aufdränge. Damit liessen sich auch Verzögerungsmanöver verhindern.

8. Bundespräsident Koller hat unlängst den Revisionsauftrag erteilt (Woche 8/1997). Die Verwaltung rechnet damit, dass die Revision längere Zeit beanspruchen wird, da gegensätzliche Interessen aufeinanderprallen würden (tel. Auskünfte des Bundesamtes für Privatversicherungswesen).

9. Dem Revisionsauftrag zufolge sollen auch die Art. 24 und 54 VVG revidiert werden. Der Auftrag sieht keine prioritäre Revision dieser Bestimmungen vor. Die Gründe für die gleichzeitige Revision aller revisionsbedürftigen VVG-Bestimmungen ergeben sich aus einem Schreiben des BPV an den AGVS vom 31.1.1997.

2. Verfahren nach Art. 45 KG

10. Zum Erlass von Empfehlungen an Behörden gemäss Art. 45 KG existieren keine Verfahrensvorschriften. Die Wettbewerbskommission ist nicht verpflichtet, eine formelle Untersuchung nach Art. 27 KG durchzuführen.

11. Zufolge einer unlängst durchgeführten Untersuchung der Kartellkommission verfügt die Wettbewerbsbehörde über ausreichende Kenntnisse des hier in Frage stehenden Marktes. Die seitherigen Entwicklungen auf diesem Markt ändern an der zu beurteilenden Problematik grundsätzlich nichts. Die Kommission verfügt somit über alle nötigen Grundlagen für eine Empfehlung nach Art. 45 KG.

3. Überlegungen der Kartellkommission zur Sache

12. Bezüglich Artikel 24 VVG sah die Kartellkommission die Wettbewerbsfreiheit der Versicherungsnehmer beeinträchtigt, weil sie beim Versicherungswechsel anlässlich eines Fahrzeugwechsels einen Teil der Prämie verlieren. Bleiben sie hingegen beim bisherigen Versicherer, wird ihnen die bisherige Prämie angerechnet. Damit wird nicht nur der Versicherungswechsel erschwert, sondern es werden auch Newcomer beim Markteintritt erheblich behindert. Art. 24 VVG wirkt damit strukturerhaltend.

13. Bezüglich Artikel 54 VVG sah die Kartellkommission wettbewerbspolitische Bedenken darin, dass der Übergang des Versicherungsvertrages auf den neuen Eigentümer einer Sache im Falle der Handänderung neue Versicherer beim Marktzutritt behindere. Bei Fahrzeugen gilt eine andere Regelung (Halter als Versicherungsnehmer), welche die Möglichkeit des Versicherungswechsels jedoch ebenfalls beschränkt.

C. Würdigung

4. Grundsätzliche wettbewerbspolitische Beurteilung

14. Grundsätzlich ist die Lage im Falle einer Handänderung nach Art. 24 und 54 VVG so, dass der bisherige Versicherungsvertrag aufgelöst oder auf einen neuen Versicherungsnehmer übergegangen ist. Die beiden Bestimmungen stehen einer Rückerstattung der Restprämie an den bisherigen Versicherungsnehmer entgegen. Faktisch bezahlt der bisherige Versicherungsnehmer für ein nicht mehr zu seinen Gunsten versichertes Risiko. Dafür sind keine Gründe der Vertragsgerechtigkeit ersichtlich, zumal die Fälle verschuldeter Vertragsauflösung gesondert geregelt werden (Art. 25 VVG) und dem Versicherer unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsendes Auflösungs- bzw. Akquisitionskosten entstehen.

15. Die wettbewerbliche Wirkung der beiden Bestimmungen liegt vor allem im Einfluss auf das Verhalten des bisherigen Versicherungsnehmers und dessen Auswir-

kungen auf den Versicherungsmarkt. Zu unterscheiden sind folgende zwei Konstellationen:

- Kauf eines Ersatzgegenstandes / Beibehaltung der Deckung beim bisherigen Versicherer:

Will der Versicherungsnehmer nicht für ein nicht mehr versichertes Risiko bezahlen (fehlende Pflicht zur Rückerstattung der Restprämie), wird er faktisch gezwungen, für den Ersatzgegenstand (z.B. sein neues Motorfahrzeug) beim bisherigen Versicherer einen neuen oder modifizierten Vertrag einzugehen. Diese Abhängigkeit erschwert es allen andern Versicherern, diesen Versicherungsnehmer als Kunden zu gewinnen. Die Möglichkeit des bisherigen Versicherungsnehmers, vom Wettbewerb zu profitieren, wird ebenfalls eingeschränkt. Die bisherige Kundschaft bleibt dem Versicherer in diesen Fällen daher mit grosser Wahrscheinlichkeit erhalten, womit der von der Kartellkommission angesprochene Strukturschutz entsteht.

- Verkauf einer Sache / Übertragung der Versicherungsdeckung auf den Erwerber: In seinen Verkaufsverhandlungen wird der bisherige Eigentümer einer Sache bzw. der bisherige Versicherte zu erreichen versuchen, dass sich der Erwerber zur Übernahme des bisherigen Versicherungsvertrages verpflichtet. Auf diese Weise gelingt es ihm nämlich, die Restprämie indirekt zurückzuerhalten. Er wird damit wegen Art. 24 und 54 VVG ungewollt zum Versicherungsagenten des bisherigen Versicherers. Auch hier entsteht wirtschaftlicher Druck, der den bisherigen Versicherungsnehmer, aber auch den Erwerber einschränkt und wiederum zulasten anderer Wettbewerber wirkt. Auch hier zeigt sich eine strukturerhaltende Wirkung der genannten Bestimmungen.

16. Die Wettbewerbskommission teilt aufgrund dieser Analyse die wettbewerbspolitischen Erwägungen der Kartellkommission.

5. Beurteilung im Lichte der Aufhebung des Einheitstarifes

17. Als die Kartellkommission ihren eingangs erwähnten Bericht veröffentlichte, waren den Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherern ein Mindestdeckungsumfang und ein Einheitstarif vorgeschrieben. Deren Einhaltung wurde von der Versicherungsaufsicht kontrolliert (Vorlage- und Genehmigungspflicht von Tarifen und Versicherungsbedingungen). Seit 1. Januar 1996 beschränkt sich die gesetzliche Regelung auf das Obligatorium der Haftpflicht-Versicherung und die für alle Schadensversicherer übliche staatliche Aufsicht.

18. Die Kartellkommission erwartete, dass die Revision der Art. 24 und 54 VVG zu wirksamem Wettbewerb, insbesondere zu Preiswettbewerb führen werde. Inzwischen ist dieser Markt durch die Liberalisierung der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung in Bewegung geraten.

19. Die Art. 24 und 54 VVG gelten nicht nur für die Motorfahrzeugversicherung. Die Sicht ist also nicht auf diesen speziellen Markt einzuengen. Immerhin trifft zu, dass Art. 24 und 54 VVG einen Teil der erreichten Deregulierungswirkung im Bereich Motorfahrzeug-Haftpflicht zunichte machen. Insofern ist das Revisionspostulat sogar dringlicher geworden. Auch Bundespräsident Koller scheint dies so zu sehen ("...nicht mehr in den liberalisierten Versicherungsmarkt passen", vgl. Ziffer 4.)

6. Beurteilung im Lichte des neuen Kartellgesetzes

20. Das neue Kartellgesetz misst dem Wettbewerb ein beträchtlich verstärktes Gewicht bei. Zur Förderung wirksamen Wettbewerbs kann die Wettbewerbskommis-

sion Empfehlungen an die Adresse der Behörden aussprechen. Die gestützt auf den Massstab des alten Kartellgesetzes von der Kartellkommission empfohlene Revision der Art. 24 und 54 VVG muss unter neuem Recht als noch dringlicher eingestuft werden.

21. In materieller Hinsicht wird der Revision kaum mehr ernsthafter Widerstand erwachsen. Aus der Sicht der Wettbewerbskommission geht es nicht an, dass in dieser Sache länger "auf Zeit gespielt" wird. Die Wettbewerbskommission ersucht den Bundesrat daher, die eingangs empfohlene Revision der Art. 24 und 54 VVG unverzüglich zu verwirklichen.

B.2.4 2. Révision partielle de la loi bernoise sur le notariat

Empfehlungen, Stellungnahme; Art. 45 und Art. 46 KG.

Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart.

Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart.

Recommandations et préavis de la Commission de la concurrence du 30 avril 1997

1. Généralités

Les prescriptions étatiques qui excluent de la concurrence certains biens ou services ne sont pas soumises à l'application de la loi sur les cartels (art. 3 al. 1 LCart). Néanmoins, la Commission de la concurrence est habilitée à se prononcer sur les projets d'actes normatifs de droit cantonal qui influencent la concurrence. Elle le fait par des recommandations (art. 45 al. 2 et 46 al. 2 LCart).

Selon la révision partielle de la loi bernoise sur le notariat (pLN), les actes juridiques destinés à justifier ou modifier des droits réels pourront désormais être authentifiés par tous les notaires ayant leur étude dans l'arrondissement du registre foncier où sont situés les immeubles en question (art. 18 pLN). La Commission salue l'extension du champ d'activité des notaires bernois qui ne sera désormais plus restreint aux districts mais aux arrondissements des registres fonciers.

Cependant, la Commission souhaiterait que le législateur du canton de Berne profite de l'occasion pour faire un pas supplémentaire en direction d'un marché intérieur suisse, tout au moins cantonal, ouvert à davantage de concurrence. Il serait possible de concevoir une libre circulation intercantonale des actes notariés, même si la jurisprudence du Tribunal fédéral laisse les cantons libres d'exiger l'application de la *lex rei sitae* à la conclusion en la forme authentique de contrats concernant des immeubles sis sur leur territoire (ATF 113 II 501 ss.). En effet, la Commission estime que les cantons pourraient modifier cette pratique (pour une critique de cette jurisprudence en droit privé, cf. J. Schmid: die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, thèse, Fribourg 1988, p. 62ss.).

2. Répartition géographique du marché et droit de la concurrence

Sous l'angle de la loi fédérale sur les cartels, la Commission est d'avis que l'authentification des actes relatifs aux droits réels à l'échelle de l'arrondissement du registre foncier conduit à une répartition géographique du marché bernois du notariat. Or, les accords de répartition géographique des marchés sont présumés supprimer la concurrence efficace et sont en principe illicites (art. 5 al. 3 LCart). Ce genre de limitation de la concurrence est particulièrement néfaste puisqu'il diminue

la possibilité pour les particuliers de faire appel au notaire de leur choix, octroyant ainsi une sorte de rente de monopole aux notaires ayant leur étude dans l'arrondissement du registre foncier concerné.

Par son projet de loi (art. 18 pLN), le canton de Berne veut garantir l'existence de prestations notariales sur l'ensemble de son territoire. Pour ce faire, il entend limiter le champ d'activité des notaires bernois aux arrondissements du registre foncier. La Commission ne partage pas les craintes du Conseil-exécutif concernant le risque de disparition des études de notaires dans les régions rurales et leur regroupement dans les agglomérations. Le maintien des structures a toujours empêché les marchés d'évoluer. C'est pourquoi, seule une solution cantonale aurait pour effet de maintenir les rares éléments de concurrence qui subsistent encore sur ce marché déjà largement influencé par des normes étatiques. Dès lors, il est important d'ouvrir le marché à l'ensemble des notaires pratiquant dans le canton de Berne.

La Commission estime que l'extension de la compétence d'authentification à l'ensemble du territoire devrait constituer la règle et non l'exception. Cet élargissement ne doit cependant pas être empêché par l'adoption d'autres dispositions, comme celle qui interdirait aux notaires bernois d'ouvrir des études annexes dans un autre arrondissement du registre foncier que celui du siège de leur étude principale (art. 7 pLN).

3. Recommandations et préavis de la Commission

Par ces motifs et se basant sur les art. 45 al. 2 et 46 al. 2 LCart, la Commission de la concurrence demande au Conseil-exécutif du canton de Berne

- de modifier l'art. 18 du projet de manière à ce que les notaires bernois puissent authentifier tous les actes relatifs aux droits réels dans tous les bureaux d'arrondissement du registre foncier du canton de Berne, et cela indépendamment du siège de leur étude,
- de modifier les dispositions qui pourraient faire obstacle à l'extension du champ d'activité des notaires bernois à l'ensemble du territoire cantonal, notamment l'art. 7 du projet.

B 2.4 3. Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève (LMI)

Zuschlag der öffentlichen Plakatierung der Stadt und des Kantons Genf; BGBM.

Adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève; LMI.

Aggiudicazione dell'affissione su suolo pubblico della città e del Cantone di Ginevra; LMI.

(cf. aussi p. 132 ss.)

Détermination (LMI) de la Commission de la concurrence du 2 juin 1997 sur le cas de l'adjudication de l'affichage sur le domaine public de la Ville et du Canton de Genève

A. En fait

a) En général

1. Le 30 septembre 1996, la Ville et le Canton de Genève ont publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) un avis de soumission publique concernant l'affichage sur le domaine public genevois. Cet avis ouvrait une inscription pour la mise en soumission publique du droit exclusif a) d'apposer de la publicité par voie d'affichage sur le domaine public et sur le domaine patrimonial vu du domaine public de la Ville et du Canton de Genève et b) d'exploiter publicitairement les panneaux de chantiers placés sur les voies publiques. Le 7 octobre 1996, les autorités genevoises ont publié un rectificatif.
2. L'avis de soumission publique prévoyait que « le concessionnaire devra avoir son siège social en ville de Genève ». Les documents liés à la procédure de soumission ne mentionnaient aucun critère d'attribution du marché en cause.
3. Auparavant, le 17 septembre 1996, la Ville et le Canton de Genève avaient émis, dans le cadre de cette soumission, un cahier des charges non exhaustif. Il indiquait aux soumissionnaires les objectifs généraux de l'Etat et de la Ville de Genève ainsi que les prestations principales attendues. Il invitait les soumissionnaires à proposer à la Ville de Genève les prestations complémentaires qu'ils sont en mesure de fournir, notamment en matière de mobilier urbain.
4. Les 10, 16 et 17 octobre 1996, la Ville de Genève a fait parvenir à toutes les sociétés qui avaient demandé le cahier des charges des compléments d'information relatifs à la liste des emplacements, à la convention d'affichage, à l'affichage politique et culturel, aux abribus, ainsi qu'à la procédure d'ouverture des offres.
5. Le 30 octobre 1996, Orell Fussli Externa SA (Ofex) a formé un recours devant le Conseil d'Etat et le Tribunal administratif genevois et un recours de droit public devant le Tribunal fédéral. Toutes les procédures étaient dirigées contre l'avis de mise en soumission publique du 30 septembre 1996.
6. Le 6 novembre 1996 s'est tenue la séance publique d'ouverture des offres au siège du Conseil administratif de Genève. Quatre sociétés avaient déposé une offre: Société Générale d'Affichage (SGA), JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA (JC Decaux), Ofex et HP Media SA.
7. Le 18 décembre 1996, le Conseil administratif de la Ville de Genève a pris la décision de principe d'attribuer à la SGA un droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage.
8. Le 29 janvier 1997, le Conseil d'Etat du Canton de Genève a déclaré irrecevable le recours d'Ofex du 30 octobre 1996 car l'entreprise n'avait pas interjeté son recours contre l'avis de soumission publique dans les 10 jours après sa parution dans la FAO.
9. Le 25 février 1997, JC Decaux a formé deux recours contre la décision de principe du 18 décembre 1996 prise par le Conseil administratif de Genève: l'un devant le Conseil d'Etat et l'autre devant le Tribunal administratif du canton de Genève. A la même date, cette société a aussi porté plainte devant l'autorité de surveillance des communes genevoises sur l'ensemble de la procédure suivie par la Ville de Genève.
10. Le 3 mars 1997, Ofex a formé un recours de droit public devant le Tribunal fédéral contre l'arrêté du Conseil d'Etat du Canton de Genève du 29 janvier 1997. Les

deux procédures de droit public interjetées par Ofex ont été jointes par ordonnance du Tribunal fédéral du 11 mars 1997.

11. Le 10 mars 1997, Ofex a déposé un recours devant le Conseil d'Etat contre la délibération du Conseil administratif du 18 décembre 1996.

12. Toutes les procédures engagées par JC Decaux et Ofex sont encore pendantes. Le 14 mai 1997, le Tribunal fédéral a rejeté les requêtes d'effet suspensif assortissant les deux recours de droit public interjetés par Ofex.

b) Procédures devant les autorités de la concurrence

13. Le 26 février 1997, JC Decaux a fait parvenir à la Commission de la concurrence une dénonciation au sens de l'art. 26 LCart relative à la procédure d'adjudication du marché de l'affichage sur le domaine public de la Ville de Genève. Cette société demandait à l'autorité de la concurrence de prendre des mesures provisionnelles.

14. Le 21 mars 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête préalable concernant ce marché. A cette occasion, il a renoncé à rendre une ordonnance en mesures provisionnelles, les conditions cumulatives attachées à de telles mesures ne lui paraissant pas remplies en l'espèce. Afin de mieux définir le cadre de son enquête, le secrétariat a fait parvenir un questionnaire au Conseil administratif de la Ville de Genève et au Département des travaux publics et de l'énergie du Canton de Genève.

15. Le 21 mai 1997, le secrétariat de la Commission de la concurrence a rendu son rapport final sur cette enquête préalable (art. 26 LCart). Considérant qu'il n'y avait pas d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, il a décidé de ne pas ouvrir d'enquête. Il a néanmoins transmis le dossier à la Commission de la concurrence pour les aspects relatifs à l'application de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI).

B. En droit

16. Selon l'art. 8 al. 1 LMI, « la Commission de la concurrence veille à ce que la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent la présente loi ». A cet effet, elle peut effectuer des enquêtes et adresser aux autorités concernées des recommandations qui n'ont pas d'effets contraignants (art. 8 al. 3 LMI). Elle peut aussi établir des expertises sur l'application de cette loi à l'intention des autorités judiciaires (art. 10 al. 1 LMI). Par conséquent, la Commission peut d'une part émettre des recommandations dans le cadre d'un contrôle abstrait des actes législatifs envisagés ou existants et d'autre part établir des expertises sur demande des autorités.

17. Les violations de la LMI doivent être poursuivies selon les voies de droit cantonales. Selon l'art. 9 al. 2 LMI, le droit cantonal doit prévoir « au moins une voie de recours devant une instance cantonale indépendante de l'administration ». En matière de soumissions, cette disposition entrera en vigueur le 1er juillet 1998 (RO II 1996, p. 1742; K. WEBER: Das neue Binnenmarktgesetz, SZW/RSDA 4/96, p. 175). D'ici-là, les possibilités et les voies de recours sont celles qui sont prévues par le droit cantonal en vigueur.

18. Comme constaté, la Commission de la concurrence a pour tâche de veiller au respect de la LMI dans le cadre d'un contrôle abstrait. Dès lors, elle n'a pas la compétence d'intervenir dans des procédures en cours sans y avoir été invitée par les autorités. Ses recommandations ne sauraient se substituer aux voies de recours cantonales car la Commission n'est pas une autorité de recours en matière de mar-

chés publics cantonaux et communaux (Message du Conseil fédéral relatif à la LMI, FF 1995/I, p. 1252; K. WEBER: op. cit., p. 173).

19. En l'espèce, Ofex et JC Decaux ont formé plusieurs recours dans le cadre desquels l'autorité cantonale compétente devra se prononcer, notamment sur le respect des dispositions de la LMI par les pouvoirs adjudicateurs. Aucune demande d'expertise n'a été transmise à la Commission par les autorités judiciaires. Par conséquent, la Commission n'a pas, à ce stade de la procédure, à se substituer aux autorités de recours cantonales et fédérales compétentes.

20. Toutefois, en sa qualité d'organe de surveillance de la LMI et indépendamment des procédures en cours, la Commission entend rappeler deux principes importants de cette loi: les principes de non-discrimination (art. 5 al. 1 LMI) et de transparence (art. 5 al. 2 LMI):

a) L'art. 5 al. 1 LMI dispose que « les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3. » Ce principe concerne en particulier l'exigence d'avoir son siège dans la commune pour pouvoir participer à la procédure de soumission (Message du Conseil fédéral relatif à la LMI, FF 1995/I, p. 1248).

b) L'art. 5 al. 2 LMI dispose que « les cantons, les communes et les organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que [...] les critères de participation et d'attribution du marché soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération ». La mise en oeuvre et la concrétisation du principe de transparence laissent une certaine marge de manoeuvre aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, étant donné que la LMI ne dit pas expressément comment les critères de participation et d'attribution doivent être publiés, les pouvoirs adjudicateurs pourront s'inspirer des solutions prévues par les accords sur les marchés publics.

21. Pour ce qui est de la pratique liée à l'adjudication des marchés publics, les principes de base de la LMI sont applicables dès l'entrée en vigueur de cette loi. En ce qui concerne les dispositions cantonales et communales, celles-ci devront être adaptées aux prescriptions de la LMI au plus tard à la fin du délai transitoire (art. 11 al. 1 LMI).

C. CONCLUSIONS

La Commission de la concurrence:

22. n'est pas compétente pour faire des recommandations dans le cadre de la procédure ouverte par JC Decaux;

23. transmet cette détermination pour information aux autorités de la Ville et du Canton de Genève, ainsi qu'à JC Decaux.

B 2.4 4. Parallelimporte von Parfums und Kosmetika

Behinderung von Parallelimporten durch Vollzug der Gebrauchsverordnung (GebrV) Art. 23 Abs. 1 lit. f; Art. 45 Abs. 2 KG.

Entrave aux importations parallèles par l'application de l'art. 23 al. 1 let. f de l'Ordonnance du 1er mars 1995 sur les objets usuels (OUs); selon l'art. 45 al. 2 LCart.

Ostacolo di importazioni parallele mediante l'applicazione dell'art. 23 cpv. 1 let. f dell'ordinanza del 1° marzo 1995 sugli oggetti d'uso (OUso); raccomandazione giusta l'art. 45 cpv. 2 LCart.

Laut seinem Informationsschreiben vom 23. Juni 1997 hat das Bundesamt für Gesundheit im Sinne der Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 17. März 1997 reagiert (s. dazu auch RPW 1997/1, S.67 ff.). Es empfiehlt den kantonalen Vollzugsbehörden, Abänderungen der Warenlosnummer der Hersteller kosmetischer Mittel grundsätzlich zu tolerieren und verweist auf die folgenden Erwägungen:

Die Verordnung vom 1. März 1995 über Gebrauchsgegenstände führt nicht näher aus, was unter dem Warenlos nach Art. 23 Abs. 1 Bst. f GebrV zu verstehen ist. Die Frage nach dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist deshalb unter Beizug des übergeordneten Rechts zu beantworten. Aus der Zweckbestimmung von Art. 1 des Lebensmittelgesetzes vom 9. Oktober 1992 (LMG, SR 817.0) ergibt sich, dass das Lebensmittelrecht im Bereich der Gebrauchsgegenstände einzig und allein den Schutz der Gesundheit der Konsumentinnen und Konsumenten gewährleisten will. Damit erscheint offensichtlich, dass Interessen wie die Kontrolle des Vertriebswegs von kosmetischen Mitteln oder andere wirtschaftliche Interessen vom Schutzzweck von Art. 23 Abs. 1 Bst. e GebrV nicht erfasst werden. Die Pflicht zur Angabe des Warenloses dient einzig und allein dem Ziel, gegen kosmetische Mittel, von denen eine Gefahr für die menschliche Gesundheit ausgeht, gezielt vorgehen zu können. Die Warenlosnummer soll den Vollzugsbehörden erlauben, in einer Notsituation nur diejenigen Produkte aus dem Verkehr zu ziehen, von welchen auch wirklich eine Gefahr ausgeht. Die Pflicht zur Angabe eines Warenloses erweist sich somit als Konkretisierung des Gebotes der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns: Die staatlichen Vollzugsorgane sollen nur soweit in die Handels- und Gewerbefreiheit eingreifen, wie dies zum Schutze des angestrebten Ziels - hier dem Schutz der Gesundheit - erforderlich ist.

Bezüglich der Frage, ob ein Dritter, d.h. beispielsweise ein Parallelimporteur, das von einem Hersteller auf einem kosmetischen Mittel angebrachte Warenlos abändern oder entfernen darf, ergeben sich daraus folgende Schlussfolgerungen: Der Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten wird durch eine solche Abänderung nicht geschmälert. Aus lebensmittelrechtlicher Sicht ist somit nicht ersichtlich, weshalb einem Dritten verwehrt werden sollte, die von der Herstellerfirma angebrachte Warenlosnummer abzuändern oder zu ersetzen. Geht von einem bestimmten kosmetischen Mittel eine Gefahr für die menschliche Gesundheit aus, werden die Vollzugsbehörden mit der Herstellerfirma Rücksprachen nehmen und gestützt darauf einzelne Chargen oder die ganze Produktion aus dem Verkehr ziehen. Können die Massnahmen der Vollzugsbehörden nur deshalb nicht auf einzelne Chargen beschränkt werden, weil Dritte die Warenlosnummer abgeändert haben, und entsteht der Herstellerfirma oder ihren Vertragshändlern daraus ein Schaden, kann sich allerdings die Frage stellen, ob die betreffenden Dritten nicht zum Ersatz dieses Scha-

dens verpflichtet werden können. Diese Problematik ist jedoch auf privatrechtlichem Weg zu regeln und hat mit der verwaltungsrechtlichen Pflicht zur Angabe des Warenlos nichts zu tun.

Die unter Ziff. 2 Bst. a und b der Empfehlungen der Wettbewerbskommission¹⁷ aufgeführten Einschränkungen können im Lichte der vorangehenden Darlegung höchstens als Empfehlung an die Parallelimporteure interpretiert werden, den durch den Ersatz oder die Abänderung der Warenlosnummer allenfalls entstehende Schaden so gering wie möglich ausfallen zu lassen. Als Kriterien zur Beantwortung der Frage, in welchen Fällen das Warenlos abgeändert werden darf, können sie mangels gesetzlicher Abstützung jedoch nicht herangezogen werden.

B 2 **5. Stellungnahmen**

Préavis

Preavvisi

B 2.5 **1. Status der Kantonalbanken**

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 KG

Projets d'actes normatifs; art. 46 LCart.

Disegni di atti normativi, art. 46 LCart.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997 zum Bericht der Expertenkommission im Vernehmlassungsverfahren

Staatsgarantie als konstitutives Merkmal

1. Die Wettbewerbskommission ist mit der Stossrichtung der vorgeschlagenen Änderungen insofern einverstanden, als die Staatsgarantie nicht mehr als konstitutives Begriffsmerkmal der Kantonalbanken gelten soll. Der Handlungsspielraum der Kantone, den diese bei einer Reorganisation ihrer Banken allenfalls benötigen, wird dadurch vergrössert. Diese bankgesetzliche Änderung trägt einer Empfehlung der Kartellkommission Rechnung, welche im Rahmen des Berichts über die Stellung der Kantonalbanken im Bankgewerbe (VKKP Heft 3/1995) unlängst an den Bundesrat gerichtet worden ist.

Schutz der Steuerzahler

2. Die Kartellkommission hatte in ihrem Bericht unter anderem empfohlen, die bankgesetzlichen Privilegien der Kantonalbanken hinsichtlich der Bewilligungspflicht, der Aufsicht, der Reservebildungsvorschriften, der Eigenmittelvorschriften und der Verantwortlichkeitsbestimmungen aufzuheben. Diese Empfehlungen sollen nach Ansicht der Expertenkommission indes nicht umgesetzt werden. Vielmehr sollen die

¹⁷ Die Empfehlung von Ziff. 2 Bst. a und b der Wettbewerbskommission lautete folgendermassen;

2. Die Warenlosnummer des Herstellers kann jedoch vom Handler durch eine eigene Warenlosnummer ersetzt werden (Warenlos des Handlers), sofern dieser

a) bei einem Ruckruf von Waren eines Herstellers durch den Hersteller selbst oder durch die Behörden Gewähr dafür bietet, dass die von ihm vertriebenen Produkte der betroffenen (ursprünglichen) Warenlosnummer oder Warenlosgruppe des Herstellers ebenfalls unverzüglich zurückgerufen werden können und

b) dadurch weder den Vollzugsbehörden noch den Herstellern zusätzliche Kosten entstehen.

Kantonalbanken mit voller Staatsgarantie weiterhin von den Sondervorschriften profitieren können.

3. Wie die Kartellkommission erachtet es auch die Wettbewerbskommission als unabdingbar, den Schutz der Steuerzahler dem Gläubigerschutz gleichzustellen. Mit dem Bankengesetz sollen nicht nur die Gläubiger vor einer übertriebenen Risikonahme ihrer Bank geschützt werden, sondern auch die Steuerzahler vor übertriebener Risikonahme derjenigen Bank, der sie die Staatsgarantie gewähren. Die Wettbewerbskommission erinnert daran, dass es letztlich die Empörung der betroffenen Steuerzahler über die Vorfälle in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Bern und Solothurn gewesen ist, welche zur Revision des Bankengesetzes geführt hat. Dass ein Schutzbedürfnis existiert, haben Sie, Herr Bundesrat, selber betont: „Im Gegensatz zum Gläubiger kann nämlich der Steuerzahler das Risiko, das ihm aus der Kantonalbank erwächst, weder beeinflussen noch abschätzen - er ist der Zwangsbürgschaft ausgeliefert“¹⁸. Ebenso bestätigt der vorliegende Bericht an mehreren Stellen, dass die Experten im Grundsatz an sich auch dieser Ansicht sind: „Die geltenden Bestimmungen gewähren den Kantonen weder einen genügenden Handlungsspielraum, damit sie ihre Kantonalbanken unter Beachtung der öffentlichen Interessen auf die neuen Herausforderungen einstellen, noch bieten sie einen genügenden Schutz für alle Risikoträger. Dazu gehören namentlich auch die Steuerzahler“¹⁹.

4. Für die Wettbewerbskommission ist es unter diesen Umständen kaum nachvollziehbar, dass für Kantonalbanken mit voller Staatsgarantie - also die Banken jener Kantone, deren Steuerzahler den Schutz am ehesten benötigen - weiterhin sämtliche Sonderbestimmungen des Bankengesetzes und der Bankenverordnung zur Anwendung kommen sollen. Diese Sonderbestimmungen schränken die Schutzwirkung der ordentlichen Bestimmungen des Bankengesetzes erheblich ein. Als Begründung, weshalb die Sonderbestimmungen beibehalten werden sollen, wird lediglich aufgeführt, die Gläubiger würden durch die Staatsgarantie bereits genügend geschützt. Die Interessen der Steuerzahler werden dagegen ignoriert. Einzig beim Eigenmittelrabatt wird explizit erwähnt, er führe zu einer Verschiebung des Risikos zu Lasten der Steuerzahler und stehe im Widerspruch zum gleichfalls angestrebten Schutz der Steuerzahler. „Da dieser Schutz aber insgesamt durch die vorgeschlagene Rechtsänderung verbessert wird,²⁰ kann auf eine Änderung der Eigenmittelvorschriften verzichtet werden.“²¹ Bei der Suche nach den Möglichkeiten, welche der Bericht vorsieht, um den Schutz der Steuerzahler zu verbessern, findet sich in Ziff. 5.3.5. („Schutz der Steuerzahler“, S. 16) einzig folgende Textpassage: „Durch den Wegfall der Sonderbehandlung und insbesondere die obligatorische und vollumfängliche Unterstellung der Kantonalbanken mit beschränkter beziehungsweise ohne Staatsgarantie unter die Aufsicht der Bankenkommission wird das Risiko der Steuerzahler in bezug auf diese Banken bedeutend verringert“²². Im übrigen wird argumentiert, der Kanton könne die Steuerzahler selber am besten schützen, indem er die Staatsgarantie aufhebe.

¹⁸ Vgl. "Die Zukunft der Kantonalbanken", NZZ vom Freitag, 31. Mai 1996, Nr. 124, S. 27

¹⁹ Bericht, S. 14, Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁰ Vgl. Ziff. 5.3.5.

²¹ Bericht, S. 16.

²² Bericht, S. 23.

5. Diese Argumentation verkennt die grundlegende Idee des Schutzes der Steuerzahler: Die Steuerzahler sollen wie die Gläubiger der anderen Banken durch das Bankengesetz geschützt werden. Die Steuerzahler in jenen Kantonen, welche keine Staatsgarantie gewähren, brauchen durch das eidgenössische Bankengesetz gar nicht geschützt zu werden. Für sie besteht kein Risiko. Es ist daher falsch zu sagen, der Schutz der Steuerzahler werde durch das Bankengesetz verbessert, indem den Kantonalbanken ohne Staatsgarantie keine Privilegien zugestanden werden.

6. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang, dass gemäss Expertengruppe das Risiko für jene Steuerzahler, welche ihren Kantonalbanken nur eine teilweise Staatsgarantie gewähren - was lediglich in Genf und Waadt der Fall ist²³ - durch den Wegfall der Sonderbehandlung erheblich verringert wird. Logischerweise würde damit das Risiko für jene Steuerzahler, welche eine vollumfängliche Staatsgarantie gewähren, durch die Aufhebung der Sonderbestimmungen noch weit erheblicher verringert. Stattdessen wird die Aufrechterhaltung dieser Vorschriften - unter Vernachlässigung der Interessen der Steuerzahler - weiterhin mit dem Argument des Gläubigerschutzes gerechtfertigt. Es wird also noch immer nicht zur Kenntnis genommen, dass die Gleichstellung des Schutzes der Steuerzahler mit dem Gläubigerschutz nur durch die Entkoppelung von Staatsgarantie und Sonderbestimmungen erreicht werden kann.

Auch die bankgesetzliche Sonderbehandlung bei der Reservenbildung wird ungenügend begründet: „Indessen kann aufgrund der bestehenden Praxis bei der Reservenbildung durch die Kantonalbanken festgestellt werden, dass diese die bankgesetzlichen Reservebildungsvorschriften in der Regel erfüllen würden. Auf eine Aufhebung dieser Bestimmung kann demzufolge verzichtet werden“²⁴.

7. Da die Erfahrungen verschiedener Kantone (Appenzell Ausserrhoden, Bern, Solothurn, Jura) zeigen, dass der Schutz der Steuerzahler absolut unzureichend ist, bedauert die Wettbewerbskommission ausserordentlich, dass die Vorschläge des Expertenberichtes keine Gleichstellung von Schutz der Steuerzahler und Gläubigerschutz vorsehen. Die Anliegen der Steuerzahler werden in unangemessener Weise vernachlässigt.

Abgaberechtliche Behandlung von Umwandlungen und Fusionen

8. Die Expertenkommission vertritt die Ansicht, dass die Umwandlung und Fusion von Kantonalbanken nicht durch abgaberechtliche Vorschriften erschwert werden sollten. Es darf indes nicht vergessen werden, dass der entsprechende Vorschlag, die Kantonalbanken bei der Umwandlung von einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in eine Aktiengesellschaft nicht der Stempelsteuerverpflichtung zu unterstellen, insofern eine Privilegierung darstellt, als andere Geschäftsbanken im Falle einer Umwandlung ihrer Rechtsform nicht von einer Befreiung profitieren könnten.

Ergebnis

9. Nachdem für die Kantonalbanken bereits die Staatsgarantie als solche (erhöhte Bonität), die Beibehaltung des Firmennamens und die abgaberechtlichen Erleichterungen bei der Umwandlung der Rechtsform Wettbewerbsvorteile bringen, welche anderen Banken nicht zur Verfügung stehen, ist nicht einzusehen, weshalb zulasten

²³ Im Kanton Genf erstreckt sich die Staatsgarantie nur auf Spareinlagen und Pensionskassengelder. Für die von der Banque Cantonal Vaudoise geführte Caisse d'Epargne Cantonale Vaudoise gewährt der Kanton Waadt pro Einleger eine Garantie von maximal Fr. 40'000.- zuzüglich Zins für fünf Jahre

²⁴ Bericht, S. 25.

der Steuerzahler zusätzliche bankengesetzliche Privilegien (erhöhtes Risiko) aufrechterhalten werden sollen.

Unter dem Strich erweitert die von der Expertengruppe präsentierte Revision des Bankengesetzes die Wettbewerbsvorteile der Kantonalbanken, dies zulasten der übrigen Banken und ohne dem Schutz des Steuerzahlers Rechnung zu tragen.

Antrag

10. Die Wettbewerbskommission beantragt daher,

- die Kantonalbanken seien der Bewilligungspflicht zu unterstellen,
- die Kantonalbanken seien der obligatorischen Aufsicht der Bankenkommission zu unterstellen,
- die Kantonalbanken seien denselben Reservebildungsvorschriften wie die übrigen Banken zu unterstellen,
- auf die Kantonalbanken seien die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Bankengesetzes anzuwenden,
- der Eigenmittelrabatt zugunsten der Kantonalbanken sei aufzuheben.
- von der Befreiung der Stempelsteuerpflicht bei der Umwandlung der Kantonalbanken sei abzusehen.

B 2.5 2. Heilmittelgesetz

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 KG

Projets d'actes normatifs; art. 46 LCart.

Disegni di atti normativi, art. 46 LCart.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 23. Juni 1997 zum Entwurf des Heilmittelgesetzes (E HMG) im Vernehmlassungsverfahren

1. Allgemeines

1. Die Wettbewerbskommission begrüsst die Vereinheitlichung des Heilmittelrechts durch eine Bundesregelung, welche zum Abbau von nicht mehr zeitgemässen kantonal differenzierten Verhältnissen beitragen wird, sowie den Umstand, dass das Anliegen des Wettbewerbs in den allgemeinen Bestimmungen des Entwurfs (Art. 5 E HMG) genannt wird. Damit bekräftigt der Bundesrat die Politik, welche bei der Erarbeitung des Kartellgesetzes (KG), des Binnenmarktgesetzes (BGBM) und des Gesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) im Interesse der Revitalisierung der schweizerischen Wirtschaft eingeleitet worden ist.

2. Die Wettbewerbskommission legt Wert auf die Feststellung, dass es grundsätzlich in ihrer Zuständigkeit liegt zu beurteilen, ob eine Regelung oder eine Verhaltensweise den Wettbewerb beeinträchtigt. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung liegt sicher dann nicht vor, wenn einer "etablierten" Unternehmung neue Konkurrenz durch weitere Unternehmen erwächst. Soweit der Entwurf des HMG die Tendenz hat, bisherigen Alleinimporteuren ihre Stellung zu garantieren und möglichen Konkurrenten den Marktzutritt zu erschweren oder zu verunmöglichen, kann dies nach Überzeugung der Wettbewerbsbehörde nicht mit dem Anliegen der Bekämpfung des

"verfälschten oder verzerrten Wettbewerbs" (vgl. die Formulierung in Art. 5 lit. c E HMG) gerechtfertigt werden.

3. Der Arzneimittelmarkt, teilweise auch die Märkte für medizinische Geräte, sind in der Schweiz traditionell hochregulierte Märkte. Staatliche Vorschriften und private Restriktionen beschränken den Wettbewerb übermässig (kollektive Durchsetzung der Preisbindung der zweiten Hand, Regelung der Margen auf allen Stufen, Festlegung zulässiger bzw. verbotener Rabatte, Werberestriktionen, Festlegung der Absatzkanäle, ausdehnende Rezeptierungspflicht, Preisfestlegung im Bereich der Grundversicherung, Unterbindung von Parallelimporten, das Immaterialgüterrecht überschreitende Schutzbestimmungen, Sanktionierung einer kartellistischen Ordnung, die als "Referenzmarktordnung" akzeptiert wird u.a.m.). Schreibt sich das HMG in den Kontext der Revitalisierung der schweizerischen Wirtschaft ein, gilt es bei seiner Ausgestaltung darauf zu achten, dass die Verhältnisse in Bewegung geraten können, und dass das im Vergleich mit dem Ausland überhöhte Preisniveau eine Anpassung nach unten erfährt. Diese Anliegen erfüllt der Entwurf unseres Erachtens nicht in ausreichendem Masse.

4. Ebenfalls gilt es darauf zu achten, dass das neue Gesetz die Grundsätze der Verfassungskonformität und der Einheitlichkeit der Rechtsordnung wahrt. Namentlich sind die Anforderungen an Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit zu beachten, dem BGBM zuwiderlaufende kantonale Vorschriften zu bereinigen, dem THG widersprechende Regelungen zu streichen und nicht ohne Not neue Vorschriften zu schaffen, welche Verhältnisse begründen, die vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes in der Folge ausgenommen sind (vgl. Art. 3 KG). In grundsätzlicher Hinsicht kann man sich letztlich sogar fragen, ob die Zulassungspflicht für Medikamente angesichts der Produkthaftungspflicht, der ausgebauten Qualitätskontrollen der Hersteller und der Vertriebsfirmen sowie der Tatsache, dass Hersteller von Heilmitteln im Falle der Lieferung ungenügender Präparate einen Ruf zu verlieren haben, gesundheitspolizeilich überhaupt notwendig ist.

5. Der Entwurf fixiert - in Anlehnung an die heutigen Verhältnisse auf dem Arzneimittelmarkt - ein bestimmtes Modell der Distribution (Hersteller/Importeure, Grossisten, Apotheken/Drogerien, Ärzteschaft, grundsätzlicher Ausschluss alternativer Vertriebsmodelle), ohne sich mit den Veränderungen auseinanderzusetzen, die in den Märkten bereits eingetreten sind (z.B. kostensparende Versandmodelle), oder die sich zufolge der Anwendung des Kartellrechts (z.B. Beseitigung der Margen- und Preisordnungen sowie der Regelungen betreffend Rabattierung) in absehbarer Zeit ergeben werden. Inwiefern der Bundesrat solche Regelungen allenfalls im Rahmen von ausnahmsweisen Zulassungen von Wettbewerbsbeschränkungen für eine beschränkte Zeit bewilligen (vgl. Art. 8 KG) und die Verhältnisse für die Zeit nach Ablauf dieser beschränkten Zeit einer gesetzlichen Ordnung zuführen wird, ist im jetzigen Zeitpunkt offen. Bei der Vorbereitung des HMG muss diesen Aspekten jedoch bereits heute Rechnung getragen werden.

6. Das Hauptgewicht der Stellungnahme der Wettbewerbskommission zum Entwurf liegt auf diesen grundsätzlichen Bemerkungen, welche im folgenden konkretisiert werden.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

a) Zulassung von Arzneimitteln

7. Der Entwurf geht davon aus, dass Arzneimittel einer Zulassung bedürfen, um auf den schweizerischen Markt gebracht werden zu können (Art. 28 E HMG).

8. Das Fehlen von Vorschriften über eine "Anschlussregistrierung" sowie die Formulierungen in

- Art. 30 Abs. 1 E HMG ("das Gesuch um Zulassung ... ist von der für den Vertrieb verantwortlichen Person einzureichen"),
- Art. 30 Abs. 3 E HMG (das Gesuch kann sich auf die Ergebnisse ... Untersuchung stützen, welche ein/e früher/e Gesuchsteller/in für ein gleiches ... Arzneimittel ... durchführten", wenn eine schriftliche Zustimmung vorliegt oder das Arzneimittel in der Schweiz seit mehr als zehn Jahren zugelassen ist),

zeigen, dass dem Entwurf eine Konzeption zugrundeliegt, nach welcher für ein bestimmtes Produkt typischerweise eine einzige Vertriebsfirma zuständig ist.

9. Nach Ansicht der Wettbewerbsbehörde ist es nicht Aufgabe des Gemeinwezens, dafür zu sorgen, dass die Vertriebsfirma [schweizerischer Hersteller selber, unabhängige Vertriebsfirma (z.B. ein Grossist), Importgesellschaft] einen die patentrechtlichen Garantien überschreitenden Monopolstatus innehaben bzw. die mit der Registrierung angestrebten Gewinnerwartungen realisieren kann. Das Anliegen, die Registrierungskosten nicht ausschliesslich der erstregistrierenden Unternehmung anzulasten, sondern die anschlussregistrierende Firma diesen Aufwand mittragen zu lassen, kann im übrigen mittels einer geeigneten (nachträglichen) Verteilung dieser Kosten auf die erst- und die anschlussregistrierende Unternehmung gewahrt werden.

10. Es muss davon ausgegangen werden, dass die erstregistrierende Unternehmung dem Abstellen auf ihre Unterlagen kaum je zustimmen wird. Die damit regelmässig massgebliche zehnjährige Monopolstellung, die der erstregistrierenden Unternehmung eingeräumt wird, wird in den Erläuterungen zu Art. 30 Abs. 3 E HMG mit dem Schutz des "Zulassungs-Know-hows" gerechtfertigt, welcher im EG-Recht grundsätzlich während sechs Jahren, für „technologisch hochwertige“ Arzneimittel während zehn Jahren gewährt werde. Art. 39 Abs. 3 TRIPS verlangt den Schutz von „undisclosed test or data, the origination of which involves a considerable effort“, gegen „unfair commercial use“, und nennt im übrigen keinerlei Fristen. Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Aussenwirtschaft war in einem Entwurf von Art. 39 Abs. 3 TRIPS einmal eine fünfjährige Schutzfrist enthalten, die jedoch aus Gründen, die nicht bekannt sind, gestrichen wurde. Somit haben die einzelnen Mitgliedstaaten eine angemessene Schutzfrist gemäss Art. 39 Abs. 3 TRIPS zu bestimmen. Aus wettbewerblicher Sicht ist die Regelung in Art. 30 Abs. 3 E HMG grundsätzlich nicht wünschbar (Alternative: Anschlussregistrierungen entsprechend der Ausgestaltung des Homologierungssystems bei den Automobilen). Falls jedoch in Konkretisierung von Art. 39 Abs. 3 TRIPS dennoch eine entsprechende Schutzbestimmung zugunsten des erstregistrierenden Unternehmens im Gesetz figurieren soll, ist sie aus wettbewerblicher Sicht auf fünf Jahre zu beschränken. Allenfalls könnte eine Abstufung eingeführt werden, die dem höheren Aufwand bei „technologisch hochwertigen“ Arzneimitteln Rechnung tragen würde. In diesem Falle könnte ausnahmsweise eine Schutzfrist von z.B. acht Jahren gewährt werden.

11. Die Wettbewerbskommission beantragt, der Entwurf sei insofern abzuändern, als

- neben der Erst- eine Anschlussregistrierung vorzusehen ist, welche bei identischen bzw. wesentlich gleichen Präparaten ohne weiteres zu erteilen ist;
- im Falle von Anschlussregistrierungen keine Angaben zu verlangen sind, welche bei (im wesentlichen) gleichen Präparaten angesichts der bereits durchgeführten Prüfungen nicht mehr erforderlich sind und welche von Paral-

lelimporteurs bzw. anschlussregistrierenden Unternehmen oft nicht beigebracht werden können;

- die Schutzwirkung des Gesetzes sich in diesem Zusammenhang nur darauf bezieht, dass keine (gesundheitsgefährdenden) Fälschungen auf den Markt gelangen;
- die einschränkenden Voraussetzungen des Art. 30 Abs. 3 zu streichen ist;
- die Schutzfrist im Falle des Festhaltens an dieser Konzeption auf die Dauer von fünf Jahren zu beschränken ist.

b) Bewilligungen und Parallelimport

12. Wer (in der Schweiz) Arzneimittel herstellen will, bedarf laut dem Entwurf einer Herstellungsbewilligung des Instituts (Art. 36 Abs. 1). Diese wird aufgrund einer Betriebsinspektion erteilt, deren Kriterien im Gesetz nicht konkretisiert werden, es sei denn, mit den Hinweisen in Art. 37 [Herstellung nach den Regeln der Guten Herstellungspraxis (GMP), Verweis auf internationale Normen]. Ausserdem bedarf einer Herstellungsbewilligung (wohl nach Art. 36), wer Arzneimittel für den Vertrieb und die Abgabe einführt (Art. 43 Abs. 1).

13. Importgesellschaften bzw. Vertriebsfirmen sind typischerweise Handelsgesellschaften (vgl. auch die Definition des Vertriebs in Art. 4 Abs. 1 lit. f E HMG). Teilweise nehmen sie auch gewisse Funktionen wahr, die der Entwurf der Arzneimittelproduktion zuschreibt (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. e E HMG, namentlich Verpackung, Qualitätskontrolle und Freigabe). Der Entwurf macht nicht deutlich, ob eine Importgesellschaft bzw. Vertriebsfirma sämtliche Voraussetzungen erfüllen muss, die auch vom Hersteller verlangt werden, oder ob sich die Bewilligung in diesem Fall nur auf die genannten Teilfunktionen bezieht.

14. Im Unterschied zur Vertriebsfirma, die in der Schweiz (bzw. von schweizerischen Herstellern) produzierte Arzneimittel vertreibt, muss die Unternehmung, welche ausländische Produkte vertreibt, nicht nur Wohnsitz in der Schweiz haben (Art. 29 Abs. 1 lit. b E HMG), sondern auch über eine Herstellungsbewilligung verfügen. Die (bisher üblich gewesene) Vertriebsbewilligung wird im Entwurf demgegenüber nicht mehr vorgesehen. Es stellt sich die Frage, ob mit dieser Ungleichbehandlung nicht ein technisches Handelshemmnis begründet wird, das mit den Anliegen des THG an sich nicht vereinbar ist.

15. Soweit bei der Erteilung der Herstellungsbewilligung zum Nachteil der vertreibenden Importfirma Voraussetzungen statuiert werden, welche diese nicht erfüllen kann, steht die vorgesehene Regelung Parallelimporten - die vom Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid zum Markenschutzgesetz im Falle von Kosmetika ausdrücklich als zulässig qualifiziert worden sind - entgegen und ist aus wettbewerblicher Sicht daher keine taugliche Regelung.

16. Aus gesundheitspolizeilicher Sicht muss im Zusammenhang mit dem Vertrieb gewährleistet sein,

- dass nur sichere, qualitativ gute und wirksame Präparate auf den Markt gelangen,
- dass im Falle von Produktmängeln oder anderen gefährdenden Konstellationen der Rückruf sichergestellt werden kann,
- dass die Vertriebsfirma (bzw. der Hersteller) für ihre Produkte und die daraus entstandenen Schäden zur Verantwortung gezogen werden können.

17. Diese Anliegen lassen sich auch ohne Herstellungsbewilligungen für (parallel- oder re-) importierende Unternehmen sicherstellen (Sitzerfordernis, Bankgarantien, Sicherstellungen etc.), insbesondere auch ohne Ungleichbehandlungen von Unternehmen, die schweizerische oder ausländische Produkte vertreiben und mit dem THG kaum vereinbar sind. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen,

- dass eine Bundesbehörde zu begründen hat, ob und welche überwiegenden öffentlichen Interessen die genannten technischen Handelshemmnisse erfordern,
- dass die Behörden darauf achten müssen, dass diese Anliegen weder ein Mittel zur Diskriminierung gewisser Marktteilnehmer noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen (Art. 4 Abs. 3 THG).

18. Dies gilt im übrigen unabhängig davon, dass andere bundesgesetzliche Erlasse dem THG vorgehen, wenn sie Abweichungen zu diesem Gesetz vorsehen. Wesentliche Vorschriften werden im Heilmittelbereich auf Verordnungsstufe erlassen werden, und der Verordnungsgeber ist an das THG gebunden, soweit der Spezialerlass Abweichungen nicht bereits selber vorsieht.

19. Wesentlich ist schliesslich, dass die EU-Kommission eine Mitteilung über die Parallelimporte von Arzneyspezialitäten, deren Inverkehrbringen bereits genehmigt worden ist, erlassen hat. Parallelimporte sind im EU-Raum im Unterschied zur Schweiz zulässig.

20. Angesichts des gesamtschweizerischen Tätigkeitsfeldes der Grossisten sowie neuer Vertriebsformen mit Wirkung über die Kantonsgrenzen hinweg sind kantonal unterschiedliche Anforderungen an die Grossisten- und Apothekenbewilligungen nicht mehr zeitgemäss und auf dem Hintergrund des BGBM problematisch. Eine Gesetzgebung auf Stufe Bund muss auch hinsichtlich dieser Betriebsbewilligungen gewisse Konsequenzen ziehen bzw. für eine Vereinheitlichung der materiellen Voraussetzungen besorgt sein. Dies nicht zuletzt darum, um wettbewerbswidrigen Praktiken und Einflussnahmeversuchen der Verbände einen Riegel zu schieben. Die Kriterien der Erteilung dieser Bewilligungen sind auf Gesetzesstufe klar zu regeln; Massstab der Regelung muss die Betriebssicherheit sein. Wettbewerbsverzerrungen durch dezentrale kantonale Regelungen dürfen im neuen Regime nicht fortbestehen.

21. Aus diesen Gründen beantragt die Wettbewerbskommission, der Entwurf sei dahingehend abzuändern, dass

- eindeutig klargestellt wird, welche Unternehmen (Hersteller, Vertriebsfirmen) welche Bewilligungen benötigen, und welches die Kriterien der Erteilung dieser Bewilligungen sind (vgl. in diesem Zusammenhang im übrigen auch die in Art. 43 Abs. 2 E HMG genannte Betriebsbewilligung, die nirgends erläutert wird);
- "volle" Herstellungsbewilligungen (im Sinne der Definition des Herstellungsbegriffs in Art. 4) nur bei Unternehmen notwendig sind, welche tatsächlich in der Produktion im Sinne der Herstellung des Heilmittels als solchem tätig sind;
- Vertriebsbewilligungen vorgesehen werden, die im Falle von Importgesellschaften und anderen Vertriebsfirmen zum Tragen kommen. Diese dürfen nicht an Voraussetzungen geknüpft werden, die vom Parallel- oder Reimporteur nicht erfüllt werden können. Die Voraussetzungen sollen sich nur auf die Tätigkeiten der Vertriebsfirma (inkl. Verpackung und Qualitätskontrolle) beziehen.

- Rückruf und Produkthaftung des Importeurs, des Parallel- oder Reimporteurs sichergestellt sind (Sicherstellungen, Garantien oder ähnliches).
- mindestens die Kriterien der Grossistenbewilligung, wenn immer möglich auch diejenigen der Apotheker- und Drogistenbewilligungen, für das ganze Gebiet der Schweiz materiell einheitlich geregelt werden.

c) Versandhandel

22. Der Entwurf verbietet den Versandhandel dem Grundsatz nach (Art. 40 Abs. 1 E HMG). Zwar kann der Bundesrat Ausnahmen vorsehen, doch werden die Kriterien dermassen offen formuliert, dass kaum damit zu rechnen ist, dass sich neue Vertriebsformen - die im übrigen bereits heute praktiziert werden und zur Begrenzung der Kosten im Gesundheitswesen beitragen können - unter dem HMG werden entwickeln können.

23. Auf solchen alternativen Vertriebswegen werden insbesondere teure Medikamente für Chronischkranke vertrieben, welche diese oft über Jahre konsumieren. Da diese Patientinnen und Patienten mit der Einnahme ihrer Medikamente in der Regel vertraut sind, sind die Anforderungen an die Beratung nicht sehr gross. Die Beratung bei Problemen findet durch den behandelnden Arzt, allenfalls den Apotheker statt. Sicherheitsaspekte (z.B. Kinder, die Medikamentensendungen öffnen) bestehen wohl, können aber mit milderer Massnahmen (z.B. Aushändigung der Sendung nur an die befugte Person oder eine erwachsene Stellvertretung) als mit einem grundsätzlichen Versandhandelsverbot gewahrt werden (Verhältnismässigkeitsprinzip beim HGF-Eingriff!).

24. Soweit die grundsätzliche Untersagung des Versandhandels mit der Erhaltung einer flächendeckenden Versorgung mit Heilmitteln gerechtfertigt werden sollte, wäre zu vermerken, dass gerade alternative Vertriebsmodelle zur flächendeckenden Versorgung beitragen können, mögliche Lücken in der Versorgung also just schliessen würden. Diese Überlegung macht deutlich, dass mit diesem Argument eher Struktur- als Landesversorgungspolitik betrieben wird. Strukturpolitik des Bundes muss jedoch Strukturanpassungs-, und nicht Strukturerhaltungspolitik sein.

25. Auf Untersagung alternativer Vertriebswege drängt vor allem die Apothekerschaft. Da die teuren Medikamente die höchsten Margen bzw. wesentlichsten Einkünfte einer Apotheke ausmachen, ist diese Reaktion verständlich. Wie erwähnt ist es jedoch nicht Aufgabe des Staats, die heutige Apothekenstruktur aufrechtzuerhalten bzw. die Apothekeneinkommen zu garantieren. Lassen sich Vertriebswege denken, welche zu einer Verbilligung der Medikamente beitragen, dürfen diese nicht künstlich behindert werden.

26. Die Wettbewerbskommission beantragt eine dahingehende Änderung von Art. 40 des Entwurfs, als

- andere Vertriebskanäle, insbesondere der Versandhandel, grundsätzlich zuzulassen sind,
- alternative Vertriebsformen unter bestimmten, eng und unzweideutig zu fassenden Voraussetzungen ausnahmsweise eingeschränkt werden können (keine Strukturerhaltungspolitik!).

d) Diverses

27. Art. 30 Abs. 2 E HMG schafft die Grundlage für die Anerkennung ausländischer Registrierungen. Die Wettbewerbskommission begrüsst diese Bestimmung ausser-

ordentlich, trägt sie doch wesentlich zur Vereinfachung und Verbilligung des äusserst aufwendigen Zulassungsverfahrens bei.

28. Art. 38 E HMG statuiert, dass Arzneimittel in eine oder mehrere Kategorien mit Verschreibungspflicht und in eine oder mehrere Kategorien ohne Verschreibungspflicht eingeteilt werden (Abs. 1), und dass das Institut für diese Zuordnung verantwortlich ist (Abs. 2). Was fehlt, sind die Kriterien, welche das Institut bei der Zuordnung von Arzneimitteln zu den diversen Kategorien zu beachten haben wird. Aus wettbewerblicher Sicht sollte die strenge Rezeptpflicht (heutige Liste A) begrenzt werden. Im Bereich der heutigen Liste B sollte z.B. die Pflicht einer Arztkonsultation mit dem Zweck, ein neues Rezept zu erhalten, begrenzt werden (ineffiziente und teure Lösung). Konkret wären Möglichkeiten des direkten Bezugs bei den verschiedenen Lieferanten z.B. aufgrund eines früher ausgestellten ärztlichen Rezepts sowie des rezeptfreien Bezugs (d.h. Vergrösserung des OTC-Marktes unter Nutzung des Fachwissens der Apothekerschaft) zu prüfen.

29. Die Wettbewerbskommission beantragt die Nennung von Zuteilungskriterien im Gesetz sowie die Verankerung der in den genannten Beispielen antönenden liberaleren Politik im Gesetz oder in der Botschaft.

30. Art. 48 Abs. 1 lit. a E HMG verbietet das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von geldwerten Vorteilen an Personen, welche Arzneimittel verschreiben oder abgeben. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Margen und die zulässigen Rabattierungen künftig nicht mehr privatrechtlich fixiert sein werden, sondern je nach der Leistungsfähigkeit der Unternehmen variieren werden. Im übrigen sind die Leistungserbringer gemäss KVG verpflichtet, Vergünstigungen weiterzugeben. Dies relativiert die Bedeutung dieser Bestimmung beträchtlich.

31. Die deutsche Fassung des Entwurfs spricht von "geldwerten" Vorteilen und umfasst somit richtigerweise finanzielle und andere Vorteile. Der französische Text spricht dagegen von "avantages pécuniaires", was nach Ansicht der Kommission die "anderen als finanziellen" Vorteile nur ungenügend berücksichtigt.

32. Die Wettbewerbskommission beantragt, Art. 48 Abs. 1 lit. a E HMG sei im französischen Text zu ergänzen ("avantages pécuniaires et autres").

B 2.5 3. Fernmeldegesetzverordnungen

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 KG

Projets d'actes normatifs; art. 46 LCart.

Disegni di atti normativi, art. 46 LCart.

Vollzugsverordnungen zum Fernmeldegesetz (FMG); Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Juli 1997 im Vernehmlassungsverfahren

1. Allgemeine Bemerkungen

Wie üblich beschränkt sich die Wettbewerbskommission in ihrer Stellungnahme auf wettbewerbsspolitisch relevante Gesichtspunkte. Diese sind allerdings insbesondere in der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) von zentraler Bedeutung. Mit dem neuen FMG soll bekanntlich der Telekommunikationsmarkt weitgehend liberalisiert werden. Angesichts der völlig asymmetrischen Ausgangslage mit der bisherigen Monopolistin Telecom PTT, welche über jahrzehntelange Erfahrung und über eine flä-

chendeckende Infrastruktur in jede Haushaltung verfügt, und neuen Wettbewerbern, welche, falls sie sich nicht auf Marktnischen beschränken wollen, eine solche erst mit beträchtlichen Investitionen aufbauen müssen, ist eine gewisse Regulierung notwendig. Im Interesse der Herstellung eines wirksamen Wettbewerbs sollten die Marktzutrittsschranken für neue Wettbewerber so niedrig wie möglich sein. Die internationalen Erfahrungen haben aber gezeigt, dass eine noch so gut gemeinte Regulierung unter Umständen negative Auswirkungen in Form von starken Wettbewerbsverzerrungen und ineffizienten Markteintritten zur Folge haben kann. Wird dagegen zu wenig reguliert, nützt dies tendenziell dem Monopolisten, da neue Wettbewerber nur mit zeitlicher Verzögerung ihre Chancen wahrnehmen können. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn keine Interkonkktionsvereinbarung zustande kommt.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht sind die Verordnungsbestimmungen über die Interkonkktion, die Preisregulierung bei der Grundversorgung, die Nummernportabilität und die freie Wahl des Diensteanbieters von zentraler Bedeutung. Bedauerlich ist insbesondere im Hinblick auf die Interkonkktion, dass die FDV erst mit dem FMG auf den 1. Januar 1998 in Kraft treten wird (vorbehalten bleibt der Ausgang des angekündigten Referendums der Partei der Arbeit). Während in den meisten anderen europäischen Ländern, die auf den 1. Januar 1998 die Telekommunikationsmärkte liberalisieren, die Interkonkktionsbedingungen und -tarife bereits bekannt sind, ist dies in der Schweiz noch nicht der Fall. Dies erschwert den neuen Anbietern die Planung erheblich, sind diese doch allesamt auf das Netz der Telecom PTT auf der „letzten Meile“ angewiesen, um in die Haushaltungen zu gelangen. Die Wettbewerbskommission hat am 22. Januar 1997 eine Empfehlung im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG an den Bundesrat gerichtet, des Inhalts, dass die Telecom PTT verpflichtet wird, ihre Beteiligung an der Cablecom Holding AG zu verkaufen. Eine Umsetzung dieser Empfehlung, an der die Wettbewerbskommission vollumfänglich festhält, hätte wenigstens zu einem potentiellen Wettbewerb im Bereich der letzten Meile (local loop) geführt und die Interkonkktionsverhandlungen vereinfacht.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Verordnungsentwürfen

2.1 Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV)

2.1.1 Übersicht

Die FDV behandelt die für die zukünftigen Wettbewerbsverhältnisse zentralen Bestimmungen über die Preisregulierung bei der Grundversorgung und die Interkonkktion. Die Wettbewerbskommission hält sich bei ihrer Beurteilung der Verordnung an die Vorgaben des FMG. Um den Marktzutritt für neue Wettbewerber zu gewährleisten, ist insbesondere in einer Übergangsphase eine griffige Regulierung der Interkonkktion, die gegebenenfalls rasche Entscheide ermöglicht, unerlässlich. Dazu gehören auch transparente ex ante-Bestimmungen. Solche sind aufgrund der asymmetrischen Ausgangslage zwischen den zukünftigen Wettbewerbern notwendig, bis wirksamer Wettbewerb auf diesen Märkten herrscht. Danach ist jedoch ein Abbau der Vorschriften vorzunehmen und dem Verhandlungsprimat, das im Verordnungsentwurf bereits verankert ist, effektiv auch Vorrang einzuräumen. Das System der Preisregulierung bei der Grundversorgung ist im Entwurf bereits auf fünf Jahre befristet und soll gemäss den Erläuterungen (vgl. S. 7) offenbar in der Schweiz vorübergehender Natur sein, was zu begrüßen ist.

Aus wettbewerbspolitischer Sicht höchst bedauerlich ist, dass Interkonkktion bis zum 1. Januar 2000 nur im Vermittlungsbereich möglich ist, und eine Entbündelung (Unbundling) offenbar erst zu diesem Zeitpunkt realisiert wird. Leitungen, die direkt

zu den Haushalten führen, sind ausserhalb des Vermittlungsbereichs. Das bedeutet, dass die Telecom PTT bis zum 1. Januar 2000 eine überragende Stellung im local loop und damit im Bereich des Netzanschlusses besitzt, es sei denn, der Bundesrat würde die Empfehlung der Wettbewerbskommission hinsichtlich der Beteiligung der Telecom PTT an der Cablecom Holding AG umsetzen. Ein Kunde kann ansonsten nur über die Vermittlung der Telecom PTT überhaupt zu einer anderen Gesellschaft gelangen. Wettbewerb könnte damit nur ausserhalb der Ortszentralen im Fernzonenbereich spielen, wo Betreiber alternative Netze unterhalten. Im local loop würde aufgrund der gut ausgebauten Kabelnetze in der Schweiz eine potentielle Alternative bestehen. Drahtlose Alternativen (wireless local loop) dürften erst längerfristig flächendeckend konkurrenzfähig werden. Die an sich schon überragende Stellung der Telecom PTT im Bereich des local loop würde durch eine Übergangsfrist für das Unbundling noch einmal zementiert.

Im Rahmen des Netzanschlusses wird die Telecom PTT ohnehin aufgrund ihrer monopolähnlichen Stellung noch über ein beträchtliches Missbrauchspotential verfügen. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die Daten und Informationen, die sie bei der Bestellung eines Netzanschlusses erhält, und die sie theoretisch zur Bevorzugung von eigenen Diensten oder Produkten gebrauchen kann. Dieses Missbrauchspotential darf aber nicht dazu verleiten, jeden möglichen Sachverhalt im Gesetz zu regeln. Es wird ohnehin für die Regulierungsbehörde sehr schwierig sein, gewisse Tatbestände wie die Kostenorientierung bei den Interkonnectionsdiensten zu kontrollieren, da sie fast vollständig auf Informationen der Telecom PTT angewiesen ist.

Eine Überregulierung bei der Interkonnection wird dadurch verhindert, dass die Kommunikationskommission erst verfügen kann, nachdem sich die Beteiligten in Verhandlungen nicht einigen konnten und die Wettbewerbskommission die Marktherrschaft festgestellt hat. Die Kommunikationskommission hat nur einzugreifen und zu verfügen, falls tatsächlich ein Engpass besteht. Dies wird dadurch gewährleistet, dass die Wettbewerbskommission die Frage der Marktherrschaft gestützt auf das Kartellrecht beurteilt (vgl. Erläuterungen zur FDV, S. 16) und nicht noch eine zusätzliche spezialrechtliche Regelung aufgestellt wird. Die Wettbewerbskommission begrüsst dies.

2.1.2 Preisregulierung bei der Grundversorgung

Ein Regulierungsbedarf für Preise liegt nur dann vor, wenn der/die Anbieter weder durch aktuelle noch potentielle Konkurrenz diszipliniert wird/werden. Aufgrund der Erfahrungen aus dem Ausland und der Ankündigungen von Newtelco und DiAx kann man annehmen, dass die Telecom PTT ab dem 1. Januar 1998 auch bei den Diensten der Grundversorgung rasch Konkurrenz erhalten wird. Zusätzlich zu den Tarifen für Auslandsgespräche werden insbesondere auch die zur Grundversorgung gehörenden Ferngespräche rasch unter Wettbewerbsdruck geraten. In diesen Bereichen ist daher eine Preisregulierung nicht nötig. Der Preisregulierungsbedarf betrifft folglich in erster Linie den Anschluss, allenfalls noch die Ortsgespräche.

Die Wettbewerbskommission beantragt daher, mit spezifischen Preisobergrenzen die Gebühr für den Anschluss und allenfalls die Tarife für die Ortsgespräche zu regulieren.

Die Schaffung eines umfassenden Dienstekorbes, welcher auch dem Wettbewerb ausgesetzte Dienste enthält, ist zur Regulierung der Tarife einzelner, nicht dem Wettbewerb ausgesetzter Dienste wenig geeignet und dient in erster Linie der Kontrolle des allgemeinen Preisniveaus aller Dienste der Grundversorgung. Im übrigen

bleibt hinsichtlich der Grundversorgung zu klären, ob für Privat- und Geschäftskunden die gleichen Tarife gelten. Eine Differenzierung zwischen diesen Tarifen ist betriebswirtschaftlich gerechtfertigt und volkswirtschaftlich sinnvoll. Zudem widerspricht dies keineswegs der Verfassungsgrundlage gleicher Tarifgrundsätze. Zur Kontrolle der allgemeinen Preisentwicklung der Dienste der Grundversorgung plädiert die Wettbewerbskommission daher dafür, für Privat- und Geschäftskunden je einen eigenen Dienstekorb zu kreieren, wie dies etwa auch in den OECD-Tarifvergleichen verschiedener Länder gemacht wird.

Zusätzlich zu den obigen Ausführungen hat die Wettbewerbskommission zur vorliegenden Version der Preisregulierung folgende Bemerkungen zu machen:

- Die Formulierungen der Art. 16 und 17 sind so zu ändern, dass eindeutig daraus hervorgeht, dass der Dienstekorb nicht aus Preisen, sondern aus konkreten Leistungen und deren Gewichtung besteht.
- Dass der reale Durchschnittspreis des gewählten Dienstekorbes jährlich um mindestens fünf Prozent sinken muss, würde isoliert betrachtet gegenüber dem Entwurf eine Verbesserung darstellen, da dies kumuliert über die fünf Jahre, in denen diese Regelung gilt, immerhin eine minimale durchschnittliche Senkung der Preise von rund 22 % ergibt. Da aber gleichzeitig die sekundären Preisobergrenzen für den Anschluss und die Ortszone weggefallen sind bezweifelt die Wettbewerbskommission stark, ob die momentan vorliegende Preisregulierung die Konzessionärin in irgendeiner Form disziplinieren würde. Sie befürchtet vielmehr, dass der Tarif für den Anschluss in einem unerwünschten Ausmass steigen würde. Zudem bedauert sie, dass die im Entwurf vorgesehene Überprüfung der Preisobergrenzen nach drei Jahren in der jetzigen Vorlage nicht mehr enthalten ist.
- Art. 18 Abs. 3 soll gestrichen werden, da er der Konzessionärin strategisches Verhalten ermöglicht und dadurch Markteintritte Dritter behindert. Falls nämlich die Konzessionärin weiss, dass für das Jahr 2 Markteintritte Dritter geplant sind, kann sie im Jahr 1 Monopoltarife verlangen und die dadurch erzielten Renten dazu benützen, im Jahr 2 die Tarife so tief zu setzen, dass Dritte nicht mithalten können.
- Es fehlen im Entwurf Ausführungen dazu, ob die Konzessionärin für die Nichteinhaltung von Art. 17 Abs. 1 besondere Gründe geltend machen muss. Zudem wird nirgends ausgeführt, mit welchen Massnahmen ein Verstoß der Konzessionärin gegen Art. 17 Abs. 1 sanktioniert wird.

2.1.3 Interkonnektion

- Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung steht bei der Interkonnektionspflicht für marktbeherrschende Anbieterinnen im Vordergrund. Diese Bestimmung (Art. 34) sollte deshalb auch an erster Stelle des Kapitels, das sich damit beschäftigt, verankert werden. Abs. 2 ist dahingehend zu präzisieren, dass eine Bewerberin nicht nur gegenüber Tochterfirmen und Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin nicht schlechter gestellt werden dürfen, sondern auch gegenüber deren eigenen Diensten.

Das Basisangebot (Art. 33) der Interkonnektionsdienste ist sehr weit gefasst, indem es auch Mietleitungen umfasst. Es ist zumindest zu begründen, warum Mietleitungen auch unter die Interkonnektionsdienste fallen. Zudem ist der Bezug zu Art. 8f. zu klären.

Hinsichtlich der Rechnungsstellung von Interkonnectionsdiensten (Art. 36) bestehen verschiedene ökonomische Modelle (stand-alone-costs, inkrementale Kosten). Das Hauptproblem besteht allerdings nicht in der Wahl des richtigen ökonomischen Modells, sondern in der Überprüfung der abgerechneten Kosten. Die Telecom PTT verfügt aufgrund ihrer Daten und Informationen über eine breite Manöveriermasse, unabhängig vom gewählten Modell. Um sich nicht auf ein bestimmtes ökonomisches Modell zu versteifen, könnte in Art. 36 Abs. 2 ausgeführt werden, dass die der marktbeherrschenden Anbieterin wegen der Interkonnection zusätzlich entstehenden Kosten anrechenbar sind. Dies wäre vor allem auch deshalb von Vorteil, weil das im Entwurf gewählte Modell mit den langfristigen Grenzkosten erst ab 1. Januar 2000 faktisch zur Anwendung kommen sollte.

Der Verordnungsentwurf statuiert das aus wettbewerblicher Sicht vor allem langfristig sehr wichtige Verhandlungsprimat (Art. 40). Dieses ist noch zu unterstützen, indem die weitreichende ex-ante Regulierung der Interkonnection, welche allerdings für den raschen Marktzutritt von neuen Wettbewerbern unerlässlich ist, parallel mit der Preisregulierung bei der Grundversorgung einer grundsätzlichen Überprüfung zu unterziehen ist.

Hinsichtlich des Verfahrens bestehen noch etliche Unsicherheiten, welche einer Klarstellung bedürfen. Dies betrifft etwa die zuständige Behörde für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Art. 47) und das Verfahren im Zusammenhang mit dem Erlass einer Interkonnectionsverfügung nach gescheiterter Verhandlung. Die Kompetenzverteilung zwischen BAKOM und Kommunikationskommission ist zu regeln.

Bezüglich der markt- und branchenüblichen Grundsätze (Art. 51) sind Kriterien genannt, welche vorab die Frage der Marktbeherrschung betreffen und damit in den Kompetenzbereich der Wettbewerbskommission fallen. Es handelt sich dabei um lit. b (Entwicklung von Wettbewerb im In- und Ausland), lit. c (Marktstellung der Parteien), lit. e (Verfügbarkeit von technischen und wirtschaftlichen Alternativen), die zu streichen sind. Das wichtigste Element für die Festsetzung von markt- und branchenüblichen Grundsätzen sollte die Preisentwicklung auf in- und ausländischen Vergleichsmärkten sein. Die Grundsätze sollten weitestgehend mit den Beurteilungselementen des Preisüberwachers (vgl. Art. 13 Preisüberwachungsgesetz) abgestimmt werden. Es ist eine effiziente Zusammenarbeit zwischen der Kommunikationskommission und dem Preisüberwacher anzustreben, da letzterem die allgemeine Preismissbrauchsaufsicht auf Märkten mit fehlendem Wettbewerb zukommt.

Die eingangs schon kritisierte Übergangsfrist für die Interkonnectionspflicht außerhalb des Vermittlungsbereichs (Art. 71 Abs. 1 und 2) ist zu streichen, weil damit die Monopolstellung der Telecom PTT im local loop für zwei Jahre zementiert wird, und damit beim Netzanschluss und in der Lokalzone für Telefongespräche Wettbewerb faktisch verunmöglicht wird. Sollte eine detaillierte Abrechnung in einer Anfangsphase nicht möglich sein, ist diese provisorisch zu erstellen.

Bei der Interkonnection finden sich keine Vorschriften für den Fall, dass sich eine marktbeherrschende Anbieterin auf die nicht ausreichende Kapazität ihres Netzes beruft. Wenigstens in den Erläuterungen sollten Grundsätze für einen entsprechenden Fall aufgestellt werden. Eine gewisse Analogie zu den Bestimmungen über die Benutzung des Frequenzspektrums drängt sich auf.

2.1.4 Übrige Bestimmungen

Das fünfte Kapitel, welches sich mit der Ausschreibung von Fernmeldediensten im Zusammenhang mit Benutzung des Frequenzspektrums befasst, ist unklar. Aufgrund

des Gesetzestextes ist die Wettbewerbskommission davon ausgegangen, dass Frequenzen zur beliebigen Nutzung und nicht Frequenzen für einen bestimmten Dienst ausgeschrieben werden sollen. Offenbar sollen die Frequenzen für die einzelnen Dienste vorab von der Konzessionsbehörde aufgeteilt werden. Aus wettbewerblicher Sicht ist es vorzuziehen, dass sich die zuständige Behörde auf die Vergabe der knappen Frequenzen beschränkt. Diese Vergabe hat technologisch neutral zu erfolgen.

2.2 Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz (KFMV)

Die Gewährleistung der Nummernportabilität, insbesondere zwischen verschiedenen Fernmeldediensteanbietern, wie auch die freie Wahl des Diensteanbieters für nationale und internationale Verbindungen sind von zentraler Bedeutung, um wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten herbeizuführen. Im Rahmen des technisch möglichen ist den Konsumenten die Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Anbietern zu sichern, ohne dass sie sich bei einem Wechsel grössere Umstände zu vergegenwärtigen haben. Aufgrund der asymmetrischen Ausgangslage zwischen der Telecom PTT und den potentiellen Konkurrenten sind zusätzliche Marktzutrittschranken zu vermeiden.

Die Wettbewerbskommission begrüsst zwar den vorgelegten Entwurf, der dem Wettbewerbsprinzip im Rahmen des technisch möglichen Rechnung trägt, transparente Regeln (z.B. analoge Anwendung der Bestimmungen über die Interkonnektion) schafft und dabei ausländische Erfahrungen und Konzeptionen (freie Wahl des Diensteanbieters) berücksichtigt. Höchst bedauerlich sind dagegen die Übergangsfristen insbesondere für die Nummernportabilität bis zum 1. Januar 2000. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission ist die Nummernportabilität sofort zu gewährleisten, was einerseits zum Abbau von Marktzutrittschranken für neue Wettbewerber führt und andererseits den Konsumenten eine echte Wahl ermöglicht.

2.3 Verordnung über die Eidgenössische Kommunikationskommission (KOMV)

Die KOMV, welche die Organisation der neu zu gründenden unabhängigen Kommunikationskommission regelt, orientiert sich stark an den Regeln über die Wettbewerbsbehörden im neuen Kartellgesetz (insbesondere Art. 21ff.). Die Wettbewerbskommission ist der Ansicht, dass nach wie vor noch einige Fragezeichen bestehen, insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung der Tätigkeiten zwischen dem verwaltungsabhängigen BAKOM und der verwaltungsunabhängigen Kommunikationskommission. Gemäss dem vorgelegten Entwurf soll die Rolle der Kommunikationskommission offenbar darauf beschränkt werden, die Anträge des BAKOM zu genehmigen bzw. in rechtskräftige Verfügungen umzuwandeln oder zur Überarbeitung zurückzuweisen. Folgende offene Fragen bedürfen einer Klärung:

- Das Verfahren vor der Kommunikationskommission ist zu regeln. Kann die Kommunikationskommission auch eigene Untersuchungshandlungen vornehmen (beispielsweise Anhörungen durchführen), oder liegt das Untersuchungsverfahren ganz in den Händen des BAKOM? Auch in der FDV ist das anzuwendende Verfahren bei den sehr wichtigen Bestimmungen über die Interkonnektion nur sehr rudimentär geregelt (vgl. vorne Ziffer 2.1.).
- Hinsichtlich der Zusammensetzung der Kommunikationskommission stellen sich noch grundsätzliche Fragen. Während Art. 56 Abs. 1 FMG vorsieht, dass die fünf bis sieben Mitglieder unabhängige Sachverständige sein müssen, ist in den Ausstandsregeln (Art. 3 KOMV) von Mitgliedern die Rede, die einem übergeordneten

Verband angehören. In der Terminologie des Kartellgesetzes gelten Vertreter eines Verbandes, auch solche die keinem Branchenverband, sondern einem Dachverband wie dem Vorort oder dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund angehören, nicht als unabhängige Sachverständige.

- Aufgrund der wettbewerbspolitischen Relevanz der Interkonnektionsregeln, die eine eigentliche *lex specialis* zum Kartellgesetz darstellen, beansprucht die Wettbewerbskommission einen Sitz in der Kommunikationskommission.

2.4 Verordnung über die Fernmeldeanlagen (FAV)

Im Rahmen der Untersuchung über die Vertriebsmärkte von Teilnehmervermittlungsanlagen hatte die Kartellkommission 1994 auch Empfehlungen (Art. 25 KG 1985) an den Bundesrat und das BAKOM gerichtet, welche die technischen Normen und Zulassungsverfahren von Endgeräten betrafen (vgl. VKKP Heft 2/1994, 89ff.). Mit der Einführung von Konformitätserklärungen bei der Zulassung, der begrifflichen Anlehnung an das Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse, der Berücksichtigung von internationalen Vereinbarungen im Normenbereich und einer möglichst weitgehenden eurokompatiblen Regulierung wird diesen Empfehlungen weitestgehend Rechnung getragen.

2.5 Verordnung über Gebühren im Fernmeldebereich (GFV)

Die Wettbewerbskommission hat keine Bemerkungen. Die aus wettbewerbspolitischer Sicht wichtigste Frage in diesem Bereich, nämlich die Festlegung der Adressaten und der Kriterien für die Erhebung von Konzessionsgebühren für Fernmeldedienste, stellt sich noch nicht, weil die Telecom PTT in den ersten fünf Jahren die Grundversorgung unentgeltlich, d.h. ohne Anrecht auf Investitionsbeiträge, erbringt.

2.6 Verordnung über Frequenzmanagement und über Konzessionen ohne Anbieten von Fernmelde- oder Rundfunkdiensten (FKV)

Keine Bemerkungen (siehe auch Ziffer 2.4.).

2.7 Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV)

Keine Bemerkungen.

2.8 Radio- und Fernsehverordnung (RTVV)

Parallel zum FMG wurde bekanntlich auch das Radio- und Fernsehgesetz angepasst, ohne aber die bisherige medienpolitische Konzeption in Frage zu stellen. Zu begrüßen ist, dass der Verordnungsentwurf bestrebt ist, in diesem, allerdings sehr engen Rahmen möglichst flexibel und verwaltungsökonomisch zu legislieren. Mit der Umsetzung des europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen werden eurokompatible Regelungen verankert, welche für einzelne Sachverhalte Spezialbestimmungen (*lex specialis*) zum Kartellrecht darstellen (z.B. Bestimmungen über Exklusivverträge und Kurzberichterstattung, Art. 20).

Starke Bedenken hat die Wettbewerbskommission hinsichtlich Art. 58 Abs. 4 (i.V. mit Art. 48ff.), welcher der Telecom PTT bzw. der Swisscom während der ersten fünf Jahre das ausschliessliche Recht zubilligt, als Inkassostelle für die Erhebung von Empfangsgebühren zu fungieren. Die Trennung von hoheitlichen und betrieblichen Aufgaben, ein wichtiger Grundsatz der Revision, wird in diesem Punkt durchbrochen. Dies ist umso bedauerlicher, als die Telecom PTT nach der Liberalisierung auch Dienste in den Bereichen Radio und Fernsehen anbieten können wird, und im Zusammenhang mit der Inkassofunktion durch Informationen (Daten) und den Kundenkontakt Wettbewerbsvorteile erlangt. Das Parlament hat zwar in Art. 76 Abs. 6 ver-

ankert, dass der Bundesrat die Telecom PTT verpflichten kann, die Empfangsgebühren noch während fünf Jahren zu erheben. Von dieser Kann-Bestimmung sollte der Bundesrat aber aufgrund der damit verbundenen Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen nicht Gebrauch machen und deshalb die Inkassostelle einem unabhängigen Unternehmen übertragen, um Wettbewerbsvorteile zugunsten eines auf den relevanten Märkten tätigen Unternehmens zu verhindern.

3 Anträge der Wettbewerbskommission

Verordnung über die Fernmeldedienste

1. Die Preisregulierung in der Grundversorgung ist auf den Netzanschluss und allenfalls die Ortsgespräche zu beschränken (Art. 16ff.), eventualiter ist das System der Preisobergrenzen im Sinne der Erwägungen anzupassen (vgl. Ziffer 2.1.2.).
2. Im fünften Kapitel (Art. 26ff.) ist zu präzisieren, ob Frequenzen allgemein oder beschränkt auf bestimmte Dienste ausgeschrieben werden. Falls entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission letzteres der Fall sein sollte, ist zu erläutern, wer Frequenzen für bestimmte Dienste vergibt, und nach welchen Kriterien die Vergabe erfolgt (vgl. Ziffer 2.1.4).
3. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Art. 34) ist im Kapitel über die Interkonexion an erster Stelle zu nennen. Abs. 2 ist dahingehend zu ergänzen, dass eine marktbeherrschende Anbieterin andere Betreiberinnen nicht schlechter stellen darf als ihren eigenen Dienst (vgl. Ziffer 2.1.3).
4. Das Erbringen von Mietleitungen (Art. 33 Abs. 1 lit. d) ist aus dem Basisangebot der Interkonnexion zu streichen bzw. ein allfälliges Festhalten daran sachlich zu begründen (vgl. Ziffer 2.1.3).
5. Die Bestimmung über die anrechenbaren Kosten (Art. 36 Abs. 2) ist im Sinne der Erwägungen der Wettbewerbskommission zu überprüfen (vgl. Ziffer 2.1.3).
6. Das Verfahren im Zusammenhang mit einer Interkonnektionsverfügung (Art. 40ff.) ist zu präzisieren, so hinsichtlich der zuständigen Behörde für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen und der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen BAKOM und Kommunikationskommission (vgl. Ziffer 2.1.3).
7. Die markt- und branchenüblichen Grundsätze sind an die Beurteilungselemente des Preisüberwachungsgesetzes anzupassen. Art. 51 lit. b, c, und e sind zu streichen (vgl. Ziffer 2.1.3).
8. Übergangsfristen für die Interkonnexion: Art. 71 Abs. 1 und 2 sind zu streichen. Die Interkonnektionsbestimmungen sollten wie die Bestimmungen über die Preisregulierung für die Grundversorgung nach einer gewissen Zeit einer grundsätzlichen Prüfung unterzogen werden (vgl. Ziffern 2.1.1 und 2.1.3).
9. Die Beurteilung des Falls einer Verweigerung von Interkonnexion aufgrund von fehlenden Kapazitäten ist wenigstens in den Erläuterungen im Sinne der Erwägungen der Wettbewerbskommission darzulegen (vgl. Ziffer 2.1.3).

Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz

1. Art. 15 Abs. 1 (Übergangsfrist für die Nummernportabilität) ist zu streichen (vgl. Ziffer 2.2).

Verordnung über die Eidgenössische Kommunikationskommission

1. Das Verfahren vor der Kommunikationskommission ist zu regeln (vgl. Ziffer 2.3).

2. Hinsichtlich der Zusammensetzung der Kommunikationskommission ist der Widerspruch zwischen Art. 56 Abs. 1 FMG (nur unabhängige Sachverständige) und Art. 3 des vorliegenden Verordnungsentwurfs (Ausstandsregeln) zu klären (vgl. Ziffer 2.3).
3. Der Wettbewerbskommission ist ein Sitz in der Kommunikationskommission zuzugestehen. Die Verordnung ist entsprechend zu ergänzen (vgl. Ziffer 2.3).

Radio- und Fernsehverordnung

1. In Art. 48 ist die Unabhängigkeit der Inkassostelle für Radio- und Fernsehempfangsgebühren zu verankern. Die Unabhängigkeit bezieht sich nicht auf die Bundesverwaltung, welche schon im Entwurf geregelt ist, sondern auf eigene Marktinteressen, die eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben könnten (vgl. Ziffer 2.8).
2. Art. 58 Abs. 4 (Telecom PTT als Inkassostelle für die Empfangsgebühren während 5 Jahren) ist zu streichen (vgl. Ziffer 2.8).

B 2.5 4. Postgesetzverordnung

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 KG

Projets d'actes normatifs; art. 46 LCart.

Disegni di atti normativi, art. 46 LCart.

Verordnung zum Postgesetz; Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 1997 im Vernehmlassungsverfahren

1. Allgemeine Bemerkungen

Die Kartellkommission hat bekanntlich im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens ihre grundsätzlichen Bedenken gegen die Konzeption des Postgesetzes ausgedrückt. Diese betrafen einerseits den Umfang des Monopolbereichs (zu geringe Marktöffnung) und andererseits die Möglichkeit für die Post, die sogenannten nicht reservierten Dienste, also den Pflichtbereich, den sie in Konkurrenz zu privaten Wettbewerbern anbietet, durch Quersubventionen aus dem Monopolbereich (reservierte Dienste) finanzieren zu können. Letzteres erschwert auch die Aufgabe für die Wettbewerbskommission im Rahmen von Art. 7 Kartellgesetz (KG), indem sie zwischen zulässigen (Finanzierung des Universaldienstes) und unzulässigen (Diskriminierung von anderen Wettbewerbern) Quersubventionen zu unterscheiden hat. Den Bedenken der Kartellkommission wurde allerdings im weiteren Gesetzgebungsverfahren vor allem mit Verweis auf die Finanzierung eines flächendeckenden Universaldienstes durch die Post nicht Rechnung getragen.

Im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung ist es deshalb das dringende Anliegen der Wettbewerbskommission, im Rahmen der Vorgaben des Postgesetzes die betroffenen Märkte soweit wie möglich dem Wettbewerb zu öffnen und wettbewerbsneutrale Rahmenbedingungen durchzusetzen. Dies umso mehr, als wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte bei der Konzeption des Postgesetzes zu einem beträchtlichen Teil unberücksichtigt blieben.

2. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen des Verordnungsentwurfs

2.1. Ausnahmen von den reservierten Diensten: Schnellpostsendungen (Art. 2)

Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a des revidierten Postgesetzes sind Schnellpostsendungen von den reservierten Diensten (Monopol) ausgenommen. Gemäss dem vorliegenden Entwurf sollen solche Dienste nicht einmal mehr einen Pflichtdienst für die Post darstellen, sondern einen freiwilligen Wettbewerbsdienst. In der Verordnung geht es nun darum, Schnellpostsendungen von den übrigen Briefpost- und Paketsendungen abzugrenzen. Als Abgrenzungskriterium zwischen eiligen und nichteiligen Sendungen wählt der Verordnungsentwurf wie auch die entsprechende EU-Richtlinie einen Mindestpreis (mindestens neunfacher Preis einer nichteiligen Sendung bei der Briefpost bzw. mindestens doppelter Preis bei den Paketen). Eine solche Lösung setzt falsche Anreize, indem die Post nicht daran interessiert sein kann, im Monopolbereich Dienste preisgünstig anzubieten.

Aus wettbewerblicher Sicht hat die Abgrenzung nach Kriterien zu erfolgen, welche den effektiven Unterschieden der Dienstleistung Rechnung trägt, d.h. der Frist für die Zustellung, welche zu definieren ist. Da eine solche Abgrenzung heute durch die Post möglich ist, gibt es keine Hinderungsgründe, eine entsprechende Definition in die Verordnung zu verankern. Der Preis einer (zukünftigen) Wettbewerbsdienstleistung wie dem Schnellpostdienst soll sich demgegenüber grundsätzlich nach der Nachfrage richten. Falls der Gesetzgeber dieser sachlichen Argumentation nicht folgen sollte, ist immerhin der Multiplikationsfaktor zu überdenken. Im Verordnungsentwurf hat man sich dabei von den bisherigen Preisen der Post leiten lassen und fixiert diese nun als Mindestpreise. Gegenüber der EU-Richtlinie ist ein bedeutend höherer Faktor bei der Briefpost vorgesehen. Damit wird der an sich schon viel grössere Monopolbereich in der Schweiz gegenüber der EU-Richtlinie noch einmal vergrössert. Wenn schon zur Abgrenzung zwischen eiligen und nichteiligen Sendungen ein Multiplikator gewählt wird, ist dieser der EU-Richtlinie anzupassen (Postsendungen) bzw. entsprechend zu reduzieren (Paketsendungen).

Die Wettbewerbskommission beantragt jedoch, die Abgrenzung nicht durch einen Multiplikationsfaktor, sondern durch das sachlich gerechtfertigte Kriterium, nämlich die Frist für die Zustellung, vorzunehmen.

2.2 Nicht reservierte Dienste (Art. 4)

Gemäss den Erläuterungen zum Verordnungsentwurf (vgl. Ziffer 23, Absatz 3) kann die Post in einem bestimmten Bereich, der zu den nicht reservierten Diensten zählt, gleichzeitig Wettbewerbsdienste anbieten. Damit konkurrenzieren Wettbewerbsdienste der Post Pflichtdienste der Post, was deren Ertragslage schmälert. Folge wird sein, dass diese Pflichtdienste noch stärker quersubventioniert werden müssen, was zu zusätzlichen Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten von privaten Konkurrenten führt. Falls die Post in einem Bereich Wettbewerbsdienstleistungen anbietet, ist dies ein Indiz, dass es sich nicht mehr um einen Universaldienst handelt. Die Wettbewerbskommission fordert eine klare Abgrenzung zwischen Universal- und Wettbewerbsdiensten. Es ist der Post zu untersagen, auf einem relevanten Markt gleichzeitig Universal- und Wettbewerbsdienste anzubieten.

2.3 Zeitungstransport (Art. 9)

Die Festlegung der Kriterien für die Gewährung von Vorzugspreisen für die Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften durch den Bundesrat und nicht durch die Post ist sachgerecht, weil diese Subvention aus pressepolitischen Gründen (Erhaltung der

Pressevielfalt) erfolgt. Die Kriterien hat deshalb der Bundesrat als politische Behörde festzulegen.

2.4 Verzicht auf datenschutzrechtliche Bestimmungen

Die Wettbewerbskommission begrüsst, dass auf datenschutzrechtliche Bestimmungen verzichtet wurde. Art. 169a der zurzeit noch geltenden Verordnung, PVV (1), sieht bekanntlich vor, dass die Post personenbezogene Daten nur an Tochterunternehmen weitergeben kann. Dies kann zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen diesen Tochterunternehmen der Post und Konkurrenten führen, wie es das Sekretariat der Wettbewerbskommission innerhalb einer Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG über den Markt der Adressberichtigungen festgestellt hat.

3. Anträge der Wettbewerbskommission

3.1 Art. 2:

Die Abgrenzung zwischen eiligen und nichteiligen Sendungen ist nach sachlogischen Kriterien vorzunehmen, indem die Zustellungsfrist definiert wird. Sollte diesem Antrag der Wettbewerbskommission nicht stattgegeben werden, sollte wenigstens der Multiplikationsfaktor bei den Postsendungen der EU-Richtlinie angepasst bzw. bei Paketsendungen entsprechend reduziert werden (vgl. Ziffer 2.1).

3.2

In den Erläuterungen ist zu präzisieren, dass die Post auf einem relevanten Markt nicht gleichzeitig nicht reservierte Pflichtdienste und Wettbewerbsdienste anbieten darf (vgl. Ziffer 2.2).

B 2.5 5. Gift- und Stoffverordnung

Verordnungsentwürfe; Art. 46 KG.

Projets d'ordonnances; art. 46 LCart.

Progetti di ordinanze; art. 46 LCart.

Änderung der Gift- und der Stoffverordnung sowie Entwurf einer Sicherheitsdatenblatt-Verordnung

Zusammenfassung

Die Änderung der Gift- und der Stoffverordnung sowie die Sicherheitsdatenblatt-Verordnung vereinfachen die gegenseitige Anerkennung von Prüfungen und Zulassungen im Bereich giftiger Stoffe und Chemikalien zwischen der Schweiz und dem Ausland und bauen entsprechende Handelsschranken ab. Die Wettbewerbskommission stellte sich grundsätzlich positiv zu den Entwürfen, stellte aber zwei Änderungsanträge.

Der Verordnungsentwurf über umweltgefährdende Stoffe sah vor, dass Angaben des Herstellers auf Verpackung, Gebrauchsanweisung und Sicherheitsdatenblatt nicht verändert werden dürfen. Dieses generelle Verbot erachtete die Wettbewerbskommission als zu restriktiv. Sie beantragte, dass nur vorgeschriebene Angaben zur Vermeidung von Umweltgefährdungen nicht verändert werden dürfen. Andernfalls würde der Wettbewerb durch Parallelimporte unnötig behindert.

Der Verordnungsentwurf schreibt zudem vor, dass ab 31. Dezember 1998 auf kunststoffhaltigen Erzeugnissen und Gegenständen die Aufschrift „unschädlich vernichtbar“ durch „in Verbrennungsanlagen für Siedlungsabfälle unschädlich vernichtbar“ zu ersetzen ist. Die Wettbewerbskommission verwies auf das Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse (THG) und äusserte Bedenken, dass diese Bestimmung den Wettbewerb beeinträchtigen dürfte, falls sie nicht mit ausländischen Vorschriften übereinstimme.

B 2 6. Sanktionen
Sanctions
Sanzioni

B 2.6 1. BKW - AEK / Comtop

Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 51 KG.

Cas d'inobservation lié à une concentration d'entreprises; art. 51 LCart.

Infrazione in relazione con concentrazioni di imprese; art. 51 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Juni 1997 in Sachen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Comtop AG gegen 1. BKW FMB Energie AG (nachstehend „BKW“) und 2. AEK Energie AG (nachstehend „AEK“)

A. Sachverhalt

1. Am 20. März 1997 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung über einen Zusammenschluss: BKW und AEK haben mittels eines Beteiligungsvertrages vom 18. September 1996 das Gemeinschaftsunternehmen Comtop AG (Comtop) mit Sitz in Solothurn gegründet.
2. BKW bezweckt die Versorgung und den Handel mit Energie einschliesslich deren Erzeugung sowie die Erbringung von Energie-, Ingenieur- und weiteren damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Der Umsatz der BKW betrug im letzten Geschäftsjahr Fr. 1,105 Milliarden.
3. AEK bezweckt den Erwerb, die Erstellung und den Betrieb von Energieerzeugungs- und Verteilanlagen, den Handel mit Energie sowie die Ausführung dazugehöriger Dienstleistungen und die Projektierung, die Erstellung und den Unterhalt von Stark-, Schwachstrom- und Kommunikationsanlagen. Der Umsatz der AEK betrug im letzten Geschäftsjahr Fr. 167 Millionen.
4. Comtop ist ein Gemeinschaftsunternehmen der BKW und der AEK. Darin werden die Telematikbereiche - eine Kombination von Telekommunikation und Computertechnologie - der BKW und der AEK vereinigt. Die Comtop nimmt nicht nur einzelne Funktionen wie beispielsweise Einkauf, Verkauf sowie Forschung und Entwicklung wahr, sondern verfügt über finanzielle und personelle Ressourcen, um als selbständige wirtschaftliche Einheit auf dem Markt aufzutreten.
5. BKW und AEK sind je zur Hälfte am Aktienkapital der Comtop von Fr. 250'000.- beteiligt. Gemäss Art. 7 des Beteiligungsvertrages vom 18. September 1996 haben die beiden Gesellschafter das Recht, der Generalversammlung die gleiche Anzahl Verwaltungsratskandidaten vorzuschlagen.

6. Gemäss beglaubigtem Handelsregistrauszug vom 16. April 1997 wurde Comtop am 23. September 1996 ins Handelsregister der Stadt Solothurn eingetragen. Mit Schreiben vom 6. November 1996 wies das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Parteien auf die mögliche Meldepflicht des Zusammenschlusses (gemeinsame Gründung der Comtop) hin. Nach wiederholtem Bestreiten der Meldepflicht (Schreiben der BKW vom 28. November und 20. Dezember 1996) und einer Aussprache vom 15. Januar 1997 meldeten die Parteien den Zusammenschluss am 14. März 1997 der Wettbewerbskommission.

7. Die Wettbewerbskommission ist im Rahmen einer vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG zum Schluss gekommen,

- dass die Gründung der Comtop durch BKW und AEK einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG in Verbindung mit Art. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; VKU) (Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen) darstellt;
- dass BKW, AEK und Comtop beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU sind;
- dass der Zusammenschluss der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG untersteht;
- dass keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG begründet oder verstärkt. Der Marktanteil der Comtop im Bereich Telematik im Raum Aargau - Solothurn - Bern liegt bei ca. 2%.

8. In Erwägung dieser Ergebnisse verzichtete die Wettbewerbskommission am 17. April 1997 auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens. Die entsprechende Beschlussbegründung ist BKW und AEK mit Brief vom 23. April 1997 zugestellt worden.

9. Mit Schreiben vom 5. Mai 1997 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 53 Abs. 1 KG) die Parteien zur Stellungnahme zum Vorwurf des Verstosses gegen Art. 51 Abs. 1 KG aufgefordert.

10. BKW hat mit Schreiben vom 26. Mai 1997, auch namens und im Auftrag von AEK, zum Vorwurf wie folgt Stellung genommen:

a) Die Parteien bestreiten insbesondere, dass eine „formelle“ Meldung des Zusammenschlusses erfolgt sei. Dies, weil sie die Meldepflicht des Zusammenschlusses seit je bestritten hätten. Die Meldepflicht habe insbesondere nicht bestanden, weil gemäss Art. 3 Abs. 2 VKU nur die Umsätze der in Comtop eingebrachten Teilbereiche der Mutterunternehmen für die Umsatzberechnung in Art. 9 Abs. 1 KG massgebend seien. Der Gesamtumsatz der Teilbereiche Telematik von BKW und AEK erreiche lediglich rund Fr. 8 Millionen, womit keine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG bestanden habe.

b) Selbst wenn eine Meldepflicht bestanden habe, könne die Rechtsauffassung des Sekretariats hinsichtlich der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 VKU nicht entgegengehalten werden. Dies vor allem, weil der Bundesrat gemäss Botschaft nur die wirklich bedeutenden Unternehmenszusammenschlüsse erfassen wolle.

c) Zudem habe keine schuldhafte Missachtung des KG bestanden, und die Wettbewerbskommission habe die wettbewerbsrechtliche Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses bereits festgehalten.

d) Schliesslich knüpfe das KG die vorgesehenen Sanktionen nur an Sachverhalte an, die von den Behörden rechtsverbindlich festgestellt worden seien.

11. Mit der Möglichkeit zur Stellungnahme durch die Parteien ist den Anforderungen des rechtlichen Gehörs in Art. 29 f. Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 171.021; VwVG) Genüge getan.

B. Erwägungen

12. Gegenstand des Verwaltungssanktionsverfahrens ist die Verletzung der Meldepflicht eines meldepflichtigen Zusammenschlusses, mithin ein Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 51 Abs. 1 KG.

13. Die Wettbewerbskommission ist gemäss Art. 18 ff. und Art. 53 KG zuständig für das Aussprechen von Verwaltungssanktionen.

14. Auf das Verfahren ist das VwVG anwendbar. Dies ergibt sich aus der Botschaft (BBl. 1995 I 622) und aus der Systematik des Gesetzes. Die Verwaltungssanktionen bilden den sechsten Abschnitt des 4. Kapitels (verwaltungsrechtliches Verfahren) des Gesetzes. Auf die Verfahren des KG sind nach Art. 39 KG die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Gesetz nicht davon abweicht. Art. 53 KG enthält keine abweichende Bestimmung, so dass das VwVG anwendbar ist. Das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0) ist vorliegend nicht anwendbar, weil sich die Verwaltungssanktion gegen juristische und nicht gegen natürliche Personen richtet.

15. Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 1 KG dem Kartellgesetz, sofern sie sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Diese Voraussetzung ist bei BKW und AEK erfüllt, sind sie doch beide als Aktiengesellschaften privatrechtlich organisiert.

16. Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG gilt „jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen“. Gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU liegt ein Unternehmenszusammenschluss auch dann vor, wenn zwei Unternehmen ein Unternehmen gründen, welches sie gemeinsam kontrollieren wollen. Bedingung ist allerdings, dass das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und die Geschäftstätigkeit von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen (im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU) einfließt.

17. BKW und AEK haben am 18. September 1996 einen Beteiligungsvertrag betreffend Comtop abgeschlossen. Zweck dieses Beteiligungsvertrages ist die gemeinsame Gründung, Leitung und der Betrieb der Comtop. Laut Art. 4 Beteiligungsvertrag haben BKW und AEK das Aktienkapital der Comtop je zur Hälfte gezeichnet. BKW und AEK haben zudem das Recht, jeweils die gleiche Anzahl Verwaltungsräte der Generalversammlung zur Wahl vorzuschlagen (Art. 7 Beteiligungsvertrag). Comtop wird daher von BKW und AEK gemeinsam kontrolliert.

18. BKW und AEK haben ihre jeweiligen Telematikbereiche in Comtop eingebracht. Comtop nimmt als Unternehmen nicht nur einzelne Funktionen wie z.B. Einkauf, Verkauf, Forschung & Entwicklung wahr, sondern verfügt über genügende finanzielle und personelle Ressourcen. Die neu gegründete Comtop erfüllt damit alle Voraussetzungen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit und stellt demnach einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU dar.

19. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von mindestens Fr. 500 Millionen erzielten, wobei mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz von je mindestens Fr. 100 Millionen übertreffen müssen.

20. Für die Berechnung der Grenzbeträge in Art. 9 Abs. 1 KG sind nach Art. 3 Abs. 1 VKU „die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend“. Als beteiligte Unternehmen gelten bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen. Demgemäss sind vorliegend BKW und AEK als kontrollierende Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt. Die Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 VKU ist vorliegend nicht anwendbar (vgl. Ziff. 10 a). Sie bezieht sich nur auf jene Fälle, bei denen ein Unternehmen einen Teil seiner Geschäftstätigkeiten veräussert bzw. die Kontrolle darüber verliert. Vorliegend verbleibt aber die Kontrolle über Comtop bei BKW und AEK, so dass sie nicht als „Veräusserer“ ihrer Telematikbereiche anzusehen sind (vgl. Komm. KG - Ducrey/Drolshammer, Art. 9 Rz 13).

21. Gemäss Meldung vom 14. März 1997 erzielte BKW 1995 einen konsolidierten Umsatz von Fr. 1,105 Milliarden, welcher vorwiegend auf das inländische Kerngeschäft entfällt. AEK erzielte 1995 Fr. 167 Millionen Umsatz, überwiegend im schweizerischen Kerngeschäft. Damit sind die Bedingungen von Art. 9 Abs. 1 lit. a (gemeinsamer Umsatz in der Schweiz mehr als Fr. 500 Millionen) und lit. b KG (je mehr als Fr. 100 Millionen Umsatz in der Schweiz) erfüllt. Der Zusammenschluss bzw. die Gründung der Comtop unterlag folglich der Meldepflicht des Art. 9 Abs. 1 KG.

22. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind meldepflichtige Zusammenschlüsse der Wettbewerbskommission vor ihrem Vollzug zu melden. BKW und AEK meldeten die Gründung der Comtop indessen erst am 20. März 1997, also nachdem der Beteiligungsvertrag vom 18. September 1996 bereits vollzogen war. Der Zusammenschluss wurde mit dem Eintrag der Comtop ins Handelsregister der Stadt Solothurn am 23. September 1996 vollzogen. Als Vollzug wird nämlich diejenige Handlung angesehen, welche zur Veränderung der Marktstrukturen führt, mithin der Eintrag ins Handelsregister (vgl. Ducrey, Besondere Fragen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten KG, AJP 1996, 922; Komm.KG - Ducrey, Art. 32 Rz 22 f.).

23. Art. 51 KG regelt Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen. Demnach wird ein Unternehmen, welches einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einem Betrag von bis zu Fr. 1 Mio. belastet. Auch wenn ein individuelles Verschulden von Organen bei der Bemessung der Sanktion allenfalls zu berücksichtigen ist, sehen weder das Gesetz noch die Botschaft (BBl. 1995 I 619 ff.) eine schuldhafte Verletzung des KG als Voraussetzung für eine Verwaltungssanktion vor. Aus den Materialien geht klar hervor, dass Verwaltungssanktionen ohne Vorliegen eines Verschuldens (vgl. Ziff. 10 c) angeordnet werden können (Protokoll WAK NR vom 10. April 1995, 50 f. - Antwort des Vertreters des Bundesamtes für Justiz Odermatt auf die entsprechende Frage des Vorsitzenden). Die Verwaltungssanktionen wurden denn auch ins Gesetz aufgenommen, um die direkte Sanktionierung von Unternehmen zu ermöglichen. Gemäss herrschender Lehre sind juristische Personen nämlich nicht deliktstfähig im Sinne des Strafrechts, weil ihnen keine Schuld bzw. kein Verschulden zugewiesen werden kann (BBl. 1995 I 619 f.).

24. Eine Sanktion kann bei Verletzung der Meldepflicht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG unabhängig vom Resultat der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ausgesprochen werden (vgl. Ziff. 10 c). Schutznorm der Bestimmung ist nicht der wirksame Wettbewerb an sich, sondern die Sicherung der präventiven Funktion der Zusammenschlusskontrolle des KG.

25. Zu beachten ist, dass bei Verletzung der Meldepflicht nicht an einen von den Behörden rechtsverbindlich festgestellten Sachverhalt (vgl. Ziff. 10 d) angeknüpft wird (vgl. Botschaft, BBl. 1995 I 620), sondern dass im vorliegenden Fall in Ausnahme der Regelsachverhalte in Art. 50 KG eine direkte Sanktionierung für einen Verstoss gegen eine materiellrechtliche Gebotsnorm (nämlich Art. 9 KG) möglich ist (vgl. Drolshammer, Wettbewerbsrecht - Competition Law - Droit de la Concurrence, Bern 1997, 227, 240).

26. BKW und AEK haben als beteiligte Unternehmen einen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss in Form der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vor Einreichung der Meldung vollzogen. Eine Verwaltungssanktion ist deshalb auszusprechen.

27. Gemäss Botschaft zur Revision des Kartellgesetzes (BBl. 1995 I 621) ist die Höhe der Verwaltungssanktion nach den konkreten Umständen zu bemessen. Bei der vorliegend vorzunehmenden Bemessung des Sanktionsbetrages sind folgende Umstände zu berücksichtigen:

28. (a) Das revidierte KG ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. In den Medien wurde die damit verbundene Einführung einer neuen und präventiven Zusammenschlusskontrolle verschiedentlich dargestellt. Die Parteien können sich folglich nicht auf die Neuheit bzw. Unkenntnis über das Bestehen der Zusammenschlusskontrolle berufen.

29. (b) Die Parteien wurden vom Sekretariat mit Schreiben vom 6. November 1996 aufgrund von Pressemeldungen über die Gründung der Comtop darauf aufmerksam gemacht, dass dieser Vorgang allenfalls einen meldepflichtigen Zusammenschluss darstellen könnte. Nach wiederholtem Bestreiten der Meldepflicht haben die Parteien dennoch - unpräjudiziell für den Fall eines Sanktionsverfahrens - den Zusammenschluss am 14. März 1997, also ca. sechs Monate nach dessen Vollzug (Eintrag ins Handelsregister am 23. September 1996) der Wettbewerbskommission gemeldet (vgl. Ziff. 6). Diese relativ lange Zeitspanne zwischen Vollzug und Meldung wirkt sich in bezug auf die Bemessung der Verwaltungssanktion erschwerend aus.

30. (c) Die Wettbewerbskommission hat im Rahmen der vorläufigen Prüfung festgestellt, dass der Vollzug des Zusammenschlusses keine marktbeherrschende Stellung begründet, welche wirksamen Wettbewerb beseitigen könnte (Art. 10 KG). Konkrete Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation liegen nicht vor. Dieser Umstand wirkt sich bei der Bemessung der Sanktion mildernd aus.

31. (d) Die Höhe der Verwaltungssanktion sollte für gleiche oder ähnliche Fälle einen abschreckenden Charakter haben, ohne dass im konkreten Fall das Gebot der Verhältnismässigkeit missachtet wird.

32. (e) Bei Beteiligung mehrerer Unternehmen ist die Sanktion grundsätzlich für jedes von ihnen individuell festzulegen nach Massgabe der Anzahl und Bedeutung der Handlungen, durch die das Unternehmen am Verstoss mitgewirkt hat, nach den Marktanteilen sowie nach den wirtschaftlichen Stärken. Im vorliegenden Fall lässt sich der Verstoss gegen Art. 51 Abs. 1 KG nicht einem der beiden beteiligten Unternehmen BKW und AEK allein zurechnen. Die unterschiedliche wirtschaftliche Stärke

der Unternehmen (BKW erzielte 1995 Fr. 1,105 Milliarden, AEK 1995 Fr. 167 Millionen Umsatz) rechtfertigt jedoch eine gewisse, wenn auch nicht verhältnismässige Differenzierung bei der Höhe der den einzelnen Unternehmen aufzuerlegenden Sanktionen.

33. Unter Berücksichtigung aller Umstände wird BKW eine Verwaltungssanktion von Fr. 10'000.-- und AEK eine Verwaltungssanktion von Fr. 5'000.-- auferlegt.

C. Kosten

34. Auf die Verfahren gemäss Kartellgesetz sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Gesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Das VwVG ist auch auf das Verfahren zur Verhängung von Verwaltungssanktionen anwendbar (Art. 53 KG, BBl. 1995 I 622).

35. Die Kosten im Zusammenhang mit Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG sind in der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0) geregelt. Art. 13 dieser Verordnung i.V.m. Art. 4 VwVG bildet die Grundlage für die Auferlegung von Verfahrenskosten, Art. 14 ff. für die Kanzleigebühren.

36. Angesichts der Tatsache, dass BKW und AEK den Zusammenschluss zwar zu spät, aber wenigstens selbst gemeldet haben, rechtfertigt es sich, bei der Auferlegung der Verfahrenskosten an der unteren Grenze des Gebührenrahmens zu bleiben.

D. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Comtop durch die BKW FMB Energie AG und die AEK Energie AG war meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG.

2. In Verletzung von Art. 51 Abs. 1 KG haben die BKW FMB Energie AG und die AEK Energie AG den Zusammenschluss erst nach dem Vollzug gemeldet. Sie haben deshalb in Anwendung von Art. 51 KG folgende Beträge zu entrichten:

BKW FMB Energie AG	Fr. 10'000.-
AEK Energie AG	Fr. 5'000.-

3. Gestützt auf Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 4 VwVG und Art. 13 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren werden der BKW FMB Energie AG und der AEK Energie AG je folgende Kosten auferlegt:

Verfahrenskosten	Fr. 1'000.-
Kanzleigebühren	Fr. 100.-
Total	Fr. 1'100.-

4. Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, 3202 Frauenkappelen, erhoben werden (Art. 44 KG). Die Beschwerde ist im Doppel unter Beilegung der angefochtenen Verfügung einzureichen.

5. Die vorliegende Verfügung ist zu eröffnen:

BKW FMB Energie AG, Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25

AEK Energie AG, Westbahnhofstrasse 3, 4502 Solothurn

Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission ist eine Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eingereicht worden. Die Beschwerde ist z.Z. hängig.

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Commission de recours pour les questions de concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3 1. Künstliche Besamung (Vorsorgliche Massnahmen)

Vorsorgliche Massnahmen; Art. 18 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG; Beschwerde an die Rekurskommission; Art. 44 KG.

Mesures provisionnelles; art.18 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA; recours à la Commission de recours; art. 44 LCart.

Misure cautelari; art. 18 e 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA; ricorso alla Commissione di ricorso; art. 44 LCart.

Beschwerdeentscheid vom 25. April 1997

In Sachen S. (Beschwerden vom 16. und 23. September 1996) gegen A. betreffend vorsorgliche Massnahmen hat sich ergeben:

A.

Vom 4. März bis 28. Juni 1996 führte das Sekretariat der Kartellkommission aufgrund einer Meldung der Einzelfirma "..." (A.) gegen S. eine Vorabklärung durch.

Am 5. September 1996 ersuchte die X SA per Fax das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), gegen S. sofort vorsorgliche Massnahmen zu treffen, weil dieser sie auf unzulässige Weise an der Aufnahme beziehungsweise Ausübung des Wettbewerbes hindere.

Am 9. September 1996 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission S. mit, dass es mit Zustimmung des Präsidenten eine Untersuchung bezüglich der Verhaltensweisen des S. im Bereich (...) eröffnet habe. Gleichzeitig räumte das Sekretariat S. in bezug auf beabsichtigte vorsorgliche Massnahmen eine Frist zur Vernehmlassung ein. Ein Gesuch des S. um Fristverlängerung lehnte das Sekretariat am 10. September 1996 mit der Begründung ab, die "Gegenpartei" habe ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gestellt und darin einen nicht leicht wiedergutzumachenden Schaden glaubhaft gemacht. Zudem würden die zur Verfügung stehenden Unterlagen auf eine zeitliche Dringlichkeit der Angelegenheit hinweisen.

Mit Verfügung vom 11. September 1996 ordnete das Sekretariat gegen S. folgende vorsorglichen Massnahmen an:

"1)...il est fait interdiction à la (...) avec lesquels elle passe des contrats une quelconque clause d'exclusivité;

2)...il est fait obligation à la (...) de communiquer aux (...) avec lesquels elle a récemment passé des contrats de ce type que la clause d'exclusivité ne peut pas être appliquée;

3)... ces deux mesures sont immédiatement applicables et en vigueur jusqu'à l'achèvement de l'enquête."

Gleichentags teilte das Sekretariat mit, dass es die Eröffnung einer Untersuchung publizieren werde und gab den Inhalt der Publikation bekannt.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob S. (Beschwerdeführer), vertreten durch K., am 16. September 1996 bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine "Beschwerde gegen die Zwischenverfügung bzw. Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung" mit dem Antrag:

"Das Entscheiddispositiv der Zwischenverfügung der Eidg. Wettbewerbskommission vom 11. September 1996 sei unverzüglich dahingehend abzuändern, dass einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird,

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -."

Zur Begründung macht der Beschwerdeführer in formeller Hinsicht geltend, dass er die Dispositiv-Ziffer 3 aufgrund der gewählten Formulierung als Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde auffasse. In materieller Hinsicht führt der Beschwerdeführer aus, dass die Wettbewerbskommission sachlich nicht zuständig sei, vorsorgliche Massnahmen zivilrechtlichen Inhalts zu erlassen. Da die Wettbewerbskommission kein Zivilgericht sei, erweise sich die angefochtene Verfügung als nichtig. Des weiteren kündigte der Beschwerdeführer die fristgemässe Einreichung einer Rechtsschrift zur materiellen Rechtslage an.

Mit Eingabe vom 23. September 1996 reichte der Beschwerdeführer die angekündigte "Beschwerde gegen die Zwischenverfügung" nach mit den Anträgen:

"1. Die Zwischenverfügung der Eidg. Wettbewerbskommission vom 11. September 1996 sei aufzuheben.

2. Es sei festzustellen, dass das Untersuchungsverfahren, das die Eidg. Wettbewerbskommission am 11. September 1996 gegen S. wegen angeblicher Wettbewerbsverletzung angehoben hat, gegenstandslos ist.

3. Die Eidg. Wettbewerbskommission sei verbindlich anzuweisen, die angehobene Untersuchung gegen S. unverzüglich zu schliessen

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -."

Zur Begründung führt der Beschwerdeführer im wesentlichen an, dass der Wettbewerbskommission die sachliche Kompetenz zum Erlass zivilrechtlicher vorsorglicher Massnahmen fehle. Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, die Wettbewerbskonformität des Marktauftritts hänge davon ab, auf welche Weise die Vertragsbeziehungen ausgestaltet seien. Er offeriere seinen Vertragspartnern ein ganzes Bündel von Dienstleistungen, weshalb die Verträge mit den (...) als Innominatkontrakte mit kaufrechtlichen, werkvertragsrechtlichen und auftragsrechtlichen Bestandteilen aufzufassen seien. Wegen des Vorteils der permanenten Weiterbildung und der Tragung des wirtschaftlichen Risikos der Vermarktung des Produktes durch ihn diene die Exklusivitätsklausel seinem legitimen Interesse, dass die von ihm angebotenen Dienstleistungen nicht voraussetzungslos erbracht werden. Selbst wenn dieser Aspekt ausgeblendet würde, läge kein wettbewerbsverletzender Tatbestand vor. Denn mit einem Marktanteil zwischen 25 und 33 Prozent sei er kein marktbeherrschendes Unternehmen. Ferner sei die Exklusivitätsklausel zivilrechtlich zulässig, weshalb auch kein Missbrauch vorliegen könne. Des weiteren habe er mit Schreiben vom 18. September 1996 den betroffenen (...) ein ausserordentliches Kündigungsrecht gewährt und damit die Möglichkeit eingeräumt, den bisherigen Innominatkon-

trakt mit gemischt vertraglichen Bestandteilen in einen reinen Kaufvertrag umzuwandeln. Mit dieser Massnahme sei der Markt für (...) ab 18. September 1996 völlig dereguliert und für Anbieter und Nachfrager völlig transparent. Dank Einräumung des ausserordentlichen Kündigungsrechts erscheine die Exklusivitäts-klausel in neuem Licht und das Untersuchungsverfahren sei gegenstandslos geworden. Daher bestehe auch keine Veranlassung, es weiterzuführen.

C.

Mit Schreiben vom 30. September 1996 nahm das Sekretariat zur Frage der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in französischer Sprache Stellung. Auf Anordnung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hin reichte das Sekretariat seine Eingabe am 7. Oktober 1996 in deutscher Sprache nach. Es beantragt, das Begehren des Beschwerdeführers um Wiederherstellung der entzogenen aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Zur Begründung führt das Sekretariat an, die wirtschaftliche Existenz der X SA hänge von der Möglichkeit ab, ein eigenes Verteilnetz aufzubauen. Die X SA stelle angesichts ihres Angebotes keine angemessene Alternative zum S. dar. Die (...) könnten in gewissen Fällen nicht auf andere Anbieter ausweichen. Nicht entscheidend sei, dass bis heute nur ein Teil der (...) "Exklusivbelieferungsverträge" abgeschlossen hätten. Die durch den Bundesratsbeschluss vom 23. November 1994 eingeleitete Öffnung des Marktes wäre in Frage gestellt, wenn es S. gelingen würde, ein System von Verträgen mit Exklusivitätsklauseln durchzusetzen.

Mit Brief vom 2. Oktober 1996 teilte Rechtsanwalt F. namens der A. der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit, dass seine Mandantin in diesem Verfahren wegen ihrer Eigenschaft als Konkurrentin des S. als Partei anzusehen sei. Ferner verlangte er Akteneinsicht und Fristansetzung zur Stellungnahme.

Am 10. Oktober 1996 bestätigte der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Eingang dieses Schreibens und stellte in Aussicht, nach Klärung einiger Grundsatzfragen darauf zurückzukommen.

Mit Zwischenverfügung vom 11. Oktober 1996 stellte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von Amtes wegen fest, dass der Beschwerde vom 16./23. September 1996 aufschiebende Wirkung zukomme.

Am 5. November 1996 übermittelte Rechtsanwalt F. der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission, in der dieses von der Beteiligung der A. am laufenden Verfahren betreffend S. Kenntnis nimmt. Gleichzeitig bat er darum, dass inskünftig auf französisch mit ihm zu korrespondieren sei.

Mit Schreiben vom 15. November 1996 antwortete der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der A., dass die von ihr aufgeworfenen Fragen nicht im Rahmen des Schriftenwechsels beantwortet werden könnten, sondern einer Grundsatzentscheidung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bedürften.

Am 6. Dezember 1996 liess sich das Sekretariat mit Antrag auf Abweisung zur Beschwerde vernehmen. Es vertritt in seiner Eingabe zur materiellrechtlichen Seite die Auffassung, dass es die Kompetenz habe, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, "wenn die Opfer unerlaubter Handlungen im Sinne des Kartellgesetzes in ihrer wirtschaftlichen Existenz (Konkursgefahr, schwere finanzielle Verluste, Gefahr die Investitionen für den Marktzutritt zu verlieren) gefährdet werden". Der Abschluss von Exklusivverträgen mit den (...) durch den Beschwerdeführer ziele darauf ab, den Wettbewerb zu begrenzen und neu auftretenden Konkurrenten den Marktzutritt zu

erschweren. Diese Massnahme habe gravierende Auswirkungen auf die Marköffnung und die X SA sowie die A. seien dadurch in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet. Mit weiteren gezielten Vorkehren (wie Boykottandrohung, Anschwärmungen, Verdreifachung des importierten (...), Aufforderung an ausländische Vertreiber und (...), Exklusivverträge abzuschliessen) versuche der Beschwerdeführer, den wirksamen Wettbewerb auszuschalten. Die angeordnete vorsorgliche Massnahme sei notwendig und angemessen, weil sie einstweilen einzig den gegenwärtigen Zustand aufrecht erhalte und weil sie die höher bewerteten Interessen der A. und der X SA, die bisher in den Marktzutritt investierten Gelder nicht zu verlieren beziehungsweise nicht wieder vom Markt zu verschwinden, schütze.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, hat die entscheidende Instanz von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73 mit Hinweisen).

Betreffend die Verfahrenssprache ist vorweg darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer in Zollikofen domiziliert ist und seine Rechtsschriften in deutscher Sprache eingereicht hat. Nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 37 erster Satz) eröffnen Bundesbehörden Verfügungen in der Amtssprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden. Insofern hätte die Vorinstanz die angefochtene Verfügung nicht in der Sprache der Anzeigerin (X SA) treffen sollen. Massgebliche Verfahrenssprache ist hier somit Deutsch.

- 1.1. Unterschiedliche Auffassungen scheinen vorab über die Frage zu bestehen, von wem die angefochtene Verfügung überhaupt stammt.
 - 1.1.1. Der Beschwerdeführer geht in seinen Eingaben davon aus, dass die Wettbewerbskommission die angefochtene Verfügung erlassen habe. Demgegenüber erklärt das Sekretariat in der angefochtenen Verfügung vom 11. September 1996 (Ziffer 2, erster Absatz) sowie in seinen Stellungnahmen vom 7. Oktober 1996 und 6. Dezember 1996, dass es selber mit Zustimmung des Präsidenten die vorsorglichen Massnahmen angeordnet habe.
 - 1.1.2. Dazu ist festzuhalten, dass in der angefochtenen Verfügung das Sekretariat als verfügende Instanz bezeichnet wird ("Le secrétariat de la Commission de la concurrence...par ces motifs décide..."). Ferner ist die Verfügung einzig vom Direktor des Sekretariats unterschrieben. Damit steht in Übereinstimmung mit den Vernehmlassungen des Sekretariats fest, dass es als Urheberin der zu beurteilenden Verfügung anzusehen ist (vgl. auch Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Art. 16 Abs. 1 des Geschäftsreglementes der Wettbewerbskommission [zitiert in Erw. 2], wonach Verfügungen der Wettbewerbskommission die Unterschrift des zuständigen Präsidiumsmitgliedes und des Direktors tragen).
- 1.2. Die vom Sekretariat angeordneten vorsorglichen Massnahmen sind in Form einer Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG ergangen. Diese Verfügung

kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in Erw. 2) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31, AS 1996 1799) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

- 1.3. Was die Beschwerdebefugnis angeht, so stellt sich vorab die Frage, wie die angefochtene Verfügung zu qualifizieren ist. Wird sie als Endverfügung aufgefasst beziehungsweise einer solchen gleichgestellt, so richtet sich die Legitimation nach Artikel 48 VwVG. Wird sie demgegenüber als Zwischenverfügung betrachtet, ist sie nur dann selbständig anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann; sonst ist sie nur durch Beschwerde gegen die Endverfügung anfechtbar (Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 45 Abs. 1 und 3 VwVG).

- 1.3.1. Sowohl der Beschwerdeführer als auch das Sekretariat fassen die hier angefochtene Verfügung als Zwischenverfügung auf; die Vorinstanz bezieht sich explizit auf Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe g VwVG. Ob dieser Auffassung gefolgt werden kann, ist nachfolgend zu prüfen.

- 1.3.2. Als Zwischenverfügungen gelten behördliche Anordnungen im Rahmen eines Verfahrens, die nicht auf die endgültige materielle Regelung der Streitfrage gerichtet sind, sondern nur einen Schritt auf dem Weg zur Verfahrenserledigung darstellen, wie beispielsweise Anordnungen über den Ausstand, Beweismassnahmen, vorsorgliche Massnahmen, unentgeltliche Rechtspflege, Akteneinsicht. Sie stehen im Gegensatz zu den Endverfügungen, die das Verfahren abschliessen (Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, S. 189, Rz. 981 und Gygi, a. a. O., S. 140 f.). In diesem Sinne wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass vorsorgliche Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren als Zwischenverfügungen ergehen (so Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 96, Rz. 146; vgl. die nachfolgende Erw. 3 zur Frage der Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren). Mit der beschränkten Anfechtbarkeit soll vermieden werden, dass das Verfahren ungebührlich verlängert oder verschleppt wird (BGE 104 Ib 129 E. 2; vgl. auch Rhinow/ Koller/Kiss, a. a. O., S. 189, Rz. 981).

Soweit vorsorgliche Massnahmen nur einen Schritt auf dem Weg zur Erledigung des Untersuchungsverfahrens darstellen, steht nichts entgegen, sie mit der herrschenden Lehre als Zwischenverfügungen aufzufassen.

- 1.3.3. Demnach ist die Beschwerdebefugnis nur gegeben, wenn die angefochtene Zwischenverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 45 Abs. 1 VwVG).

In seiner jüngsten Rechtsprechung kam das Bundesgericht zum Schluss, dass auch ein bloss wirtschaftliches Interesse ausreicht, sofern es dem Beschwerdeführer nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der

Nachteil muss jedoch in jedem Fall nicht wiedergutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung ein schutzwürdiges ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in 120 Ib 97 E. 1c). Im vorliegenden Fall erleidet der Beschwerdeführer, welcher sich auf geschäftliche Interessen beruft, bei Aufrechterhaltung der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen einen wirtschaftlichen Nachteil. Zudem kann er, auch wenn der Entscheid für ihn günstig lauten sollte, für den während des Verfahrens erlittenen wirtschaftlichen Nachteil nur unter den Voraussetzungen des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG, SR 170.32) Schadenersatz verlangen. Insofern entsteht ein nicht wiedergutzumachender Nachteil, welcher über das Interesse eines raschen und billigen Verfahrens hinausgeht (vgl. auch BGE 116 Ib 344 E. 1c). Ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung ist hier zweifellos gegeben (Art. 45 Abs. 1 VwVG).

- 1.4. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird, ist nach dem Gesagten auf die Beschwerde einzutreten.

- 1.5. Das Begehren des Beschwerdeführers nach Schliessung der Untersuchung geht jedoch über den Gegenstand der angefochtenen Verfügung hinaus. Nach Artikel 44 VwVG kann nur eine Verfügung durch Beschwerde angefochten werden. Die Eröffnung der Untersuchung stellt indessen keine Verfügung dar, denn sie begründet kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis, was nach Artikel 5 VwVG Kennzeichen der Verfügung ist. Individuell-konkrete Verpflichtungen können sich erst im Verlauf der Untersuchung aus Verfügungen beispielsweise über Beweiserhebungen oder wie im vorliegenden Fall durch vorsorgliche Massnahmen und am Ende des Verfahrens durch die Feststellung oder Festlegung von Rechtsverhältnissen ergeben (Paul Richli, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39-44 KG, in Roger Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 168). Auf das Begehren, die Untersuchung der Eidgenössischen Wettbewerbskommission zu schliessen, ist deshalb nicht einzutreten.
- 1.6. Soweit die Untersuchung mangels Anfechtungsobjekt als solche nicht angefochten werden kann - sondern gegebenenfalls nur die Verhältnismässigkeit einzelner verfügter Massnahmen im Rahmen einer Untersuchung - kann auch kein schutzwürdiges Feststellungsinteresse betreffend der beantragten Gegenstandslosigkeit der Untersuchung bestehen. Nach Artikel 25 VwVG könnte sich das schutzwürdige Interesse nur auf die Feststellung hinsichtlich Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten beziehen. Das Untersuchungsverfahren bildet jedoch wie bereits erwähnt kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, weshalb auf die beantragte Feststellung der Gegenstandslosigkeit des Untersuchungsverfahrens nicht eingetreten werden kann.
- 1.7. Betreffend die A. stellt sich die Frage, ob sie ihrem Antrag entsprechend in diesem Verfahren als Partei und damit als Beschwerdegegnerin zu behandeln ist.

In ihrer Eingabe vom 2. Oktober 1996 vertritt die A. die Auffassung, wegen ihres direkten Konkurrenzverhältnisses zur Beschwerdeführerin komme ihr hier Parteistellung zu.

- 1.7.1. Das Kartellgesetz (zitiert in Erw. 2) regelt zwar in Artikel 43 die Beteiligung Dritter an Untersuchungen von Wettbewerbsbeschränkungen. Zu deren Stellung im Untersuchungs- oder Beschwerdeverfahren sagt es jedoch nichts. Der Wortlaut von Artikel 43 und 44 des Kartellgesetzes erlaubt den Schluss nicht, dass Dritte, welche sich gemäss Artikel 43 an der Untersuchung beteiligen (bzw. beteiligt haben), deswegen beschwerdeberechtigt seien. Mit anderen Worten umschreibt Artikel 43 des Kartellgesetzes nicht spezialgesetzlich einen erweiterten Kreis beschwerdeberechtigter Dritter (a. M. wenn auch ohne nähere Begründung: Walter A. Stoffel, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in SZW Sondernummer, Zürich 1996, S. 48; Ralph Malacrida, Das verwaltungsrechtliche Verfahren im neuen Kartellgesetz, AJP 7/1996, S. 904; Paul Richli, a. a. O., S. 165). Die Entstehungsgeschichte des Kartellgesetzes (vgl. Art. 51 des Vorentwurfs vom 3. September 1993 zum Kartellgesetz und die parlamentarischen Materialien) wie auch die Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (BBl 1995 I 468, 617, Ziff. 256.6) weisen vielmehr darauf hin, dass der Gesetzgeber keine über das VwVG hinausgehende Ausdehnung des Parteibegriffes statuieren wollte. So verweist die eingangs zitierte Botschaft (a. a. O., S. 617, Ziff. 256.6) ausdrücklich auf Artikel 48 VwVG, wobei allerdings der daraus gezogene Schluss in unterschiedlichem Sinne verstanden werden kann. Dass Artikel 43 des Kartellgesetzes keine *lex specialis* darstellt, drängt sich jedoch deshalb auf, weil Absatz 2 das Sekretariat ermächtigt, in jedem Fall die Beteiligung Dritter auf eine Anhörung zu beschränken, soweit diesem Vorgehen keine Parteirechte nach VwVG entgegenstehen. Wären alle nach Artikel 43 des Kartellgesetzes an der Untersuchung Beteiligten zur Beschwerde legitimiert, käme ihnen nach Artikel 6 VwVG Parteirechte zu, und der Vorbehalt der Parteirechte in Artikel 43 Absatz 2 (letzter Satz) des Kartellgesetzes wäre gegenstandslos.

Nach dem Gesagten beurteilt sich die Parteistellung der A. nicht nach Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a des Kartellgesetzes, sondern es ist im Sinne von Artikel 39 des Kartellgesetzes auf den Parteibegriff nach VwVG abzustellen (vgl. Art. 6 und 48 VwVG).

- 1.7.2. Artikel 6 VwVG bezeichnet als Parteien einerseits Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andererseits Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Die Parteistellung bestimmt sich mit anderen Worten nach der Beschwerdebefugnis.

Nach Artikel 48 Buchstabe a VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer durch die Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Nach Lehre und Rechtsprechung setzt die Beschwerdelegitimation voraus, dass der Beschwerdeführer stärker als jedermann vom Entscheid betroffen ist und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur

Streitsache steht (Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., S. 242, Rz. 1268; Kölz/Häner, a. a. O., S. 147, Rz. 239). Bei Konkurrenzverhältnissen genügt es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht, dass der an der Beschwerde Interessierte und der materielle Verfügungsadressat miteinander im Wettbewerb stehen und die Verfügung dieses Wettbewerbsverhältnis berührt. Vielmehr muss beispielsweise durch die Unterstellung unter eine besondere wirtschaftsrechtliche Ordnung ein engeres Verhältnis gegeben sein (Kölz/Häner, a. a. O., S. 147, Rz. 241 mit weiteren Hinweisen). Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass auch im Wettbewerbsrecht die Konkurrenzsituation allein nicht genügt, um die Beschwerdelegitimation zu begründen. In Konstellationen, in welchen die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen zur Diskussion stehen, kann eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache und damit die Beschwerdebefugnis nur dann angenommen werden, wenn zur Konkurrenzsituation zusätzlich eine erhebliche Behinderung der wirtschaftlichen Position durch wettbewerbsbeschränkende Massnahmen hinzutritt (vgl. VPB 60.46). Dieses zusätzliche Element der erheblichen Wettbewerbsbehinderung neben der Konkurrenteneigenschaft muss in hinreichendem Masse konkretisiert sein.

- 1.7.3. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ist die Frage, ob ein beteiligter Dritter von einer Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbes erheblich betroffen ist, nur *prima facie* und nicht in aller Gründlichkeit zu beurteilen (vgl. auch BGE 117 V 191 E. 2b; 110 V 45 E. 5b; 99 Ib 220 E. 5), denn eine gründliche Beurteilung kann erst gestützt auf die Untersuchungsergebnisse vorgenommen werden.

Zudem ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass im gegenwärtigen Verfahrensstadium, wie nachstehend zu zeigen sein wird (vgl. nachfolgende Erw. 1.8. ff. und 3.3.), sich die zum Entscheid anstehende Frage auf die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen beschränkt. Der Entscheid in dieser Frage berührt die wettbewerbsrechtliche Stellung der A. nicht oder jedenfalls nicht in erheblicher Weise.

Auf ihr Begehren vom 2. Oktober 1996 um Einräumung der Parteistellung ist deshalb nicht einzutreten. Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob der A. im weiteren Verlauf der Untersuchung Parteistellung zuzuerkennen sei beziehungsweise, ob ihr in allfälligen künftigen Verfahren - kraft konkretisierter erheblicher Behinderung in ihrer Wettbewerbsstellung - Parteistellung zuzuerkennen sein wird.

- 1.8. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob das Sekretariat seinerseits die Verfahrensvoraussetzungen im Hinblick auf die von ihm erlassenen vorsorglichen Massnahmen richtig beurteilt hat. Hat die Vorinstanz übersehen, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, und hat sie materiell entschieden, ist dies im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen. Unabhängig davon, von wem das (zulässige) Rechtsmittel stammt, ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich aufzuheben und unter Beachtung des Prozessmangels neu zu befinden oder nur aufzuheben (vgl. Gygi, a. a. O., S. 73 mit

weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung). Zu den Sachurteilsvoraussetzungen, welche durch eine Vorinstanz zu beachten sind, gehört unter anderem, dass diese sachlich zuständig ist, die angefochtene Verfügung zu erlassen (vgl. zu allem BGE 119 V 317 E. 3; 119 V 11 E. 1b; 115 V 129 E. 1; Rhinow/ Koller/Kiss, a. a. O., S. 182, Rz. 950 ff., S. 213, Rz. 1096 ff. und S. 234, Rz. 1217 f.).

Nach Darstellung der Rechtslage ist somit die Frage zu klären, ob das Sekretariat zum Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen überhaupt sachlich zuständig war (vgl. Erw. 3).

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1). Als mit dem Vollzug des KG betraute Wettbewerbsbehörde bestellt der Bundesrat die Wettbewerbskommission und bestimmt die Mitglieder des Präsidiums (Art. 18 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig. Sie kann sich in Kammern mit selbständiger Entscheidbefugnis gliedern. Sie kann ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen (Art. 19 Abs. 1 KG). Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt (Art. 23 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission erlässt ein Geschäftsreglement; darin regelt sie insbesondere die Einzelheiten der Organisation, namentlich die Zuständigkeiten des Präsidiums, der einzelnen Kammern und der Gesamtkommission (Art. 20 Abs. 1 KG).

Gemäss Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (Geschäftsreglement, SR 251.1, AS 1996 2870; in Kraft ab 1. November 1996) treffen Entscheidungen im Namen der Wettbewerbskommission: (a) die Kommission, (b) die drei Kammern, (c) das Präsidium und (d) die einzelnen Präsidiumsmitglieder (Art. 1 Abs. 1). Die Kommission trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einem andern Organ zugewiesen sind (Art. 4 Abs. 1 Geschäftsreglement). Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Kommission vor, stellt ihr Anträge und vollzieht ihre Entscheide. Es führt diese Aufgaben unter Vorbehalt der Kompetenzen der Kommission selbständig durch. Insbesondere leitet es die Untersuchungshandlungen (vgl. Art. 12 Abs. 1 Bst. b Geschäftsreglement). Bis zum 31. Dezember 1997 sind nicht nur grundsätzliche Rechtsfragen nach Artikel 6, sondern alle Geschäfte der Kommission zum Entscheid vorzulegen. Die Kommission kann im Einzelfall den Entscheid der Kammer überlassen (Art. 26 Satz 1 und 2 Geschäftsreglement).

3. Im vorliegenden Verfahren ist Streitgegenstand die Zulässigkeit beziehungsweise der Bestand der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen, das heisst der ange-

ordneten Unterlassung (der Exklusivitätsklausel in den Vertragsbeziehungen zu den betroffenen (...)) und der entsprechenden Mitteilungspflicht.

Grundsätzlich umstritten ist die Frage, ob vorsorgliche Massnahmen in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren überhaupt angeordnet werden dürfen.

- 3.1. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Wettbewerbskommission ermächtigt sei, im vorliegenden Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zivilrechtlichen Inhalts zu treffen. Unter Bezugnahme auf Artikel 17 KG (i. V. m. Art. 14 KG) sei als "Gericht" lediglich ein ordentliches Zivilgericht gemeint. Da die Wettbewerbskommission kein Zivilgericht sei und somit die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen von der sachlich unzuständigen Behörde erlassen wurden, sei von einer nichtigen Verfügung, einer "Nicht-Verfügung" der Wettbewerbskommission auszugehen.

Demgegenüber vertritt das Sekretariat den Standpunkt, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren sei zulässig. Gestützt auf Artikel 23 Absatz 1 KG dürfe das Sekretariat (mit Zustimmung eines Mitgliedes des Präsidiums) die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen erlassen. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts sei das Sekretariat berechtigt, vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, wenn die Opfer unerlaubter Handlungen im Sinne des KG in ihrer wirtschaftlichen Existenz gefährdet werden. Dabei sei der wirtschaftliche Schaden, den die Opfer wettbewerbswidrigen Praktiken zu tragen haben, gegenüber demjenigen Schaden abzuwägen, der dem Verursacher der wettbewerbswidrigen Praktiken aus der allenfalls gegen ihn zu ergreifenden vorsorglichen Massnahme erwachsen wird. Die Behörde könne so die Interessen von Parteien wahren, die Schäden aus wettbewerbsrechtswidriger Praktiken zu tragen haben. Schütze man die Opfer nicht vor unerlaubten Praktiken, so negiere man die Zielsetzung des KG, dessen Schutzobjekt der wirksame Wettbewerb sei. Mit der vorsorglichen Massnahme dürfe der Ausgang des Verfahrens nicht präjudiziert werden. Die Behörde habe einstweilen einen Zustand unverändert zu erhalten. Eine summarische Prüfung genüge; eine unzulässige Handlung im Sinne des KG brauche nur glaubhaft gemacht zu werden.

Nachfolgend ist vorab die Frage zu untersuchen, ob vorsorgliche Massnahmen in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren überhaupt zulässig sind.

- 3.2. Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass mitunter sofort nach Einleitung eines Verfahrens die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nötig sein kann. Es stellt sich dabei die Frage, welchem Zweck diese Massnahmen dienen und unter welchen Voraussetzungen diese, sofern überhaupt zulässig, allenfalls angeordnet werden können.

- 3.2.1. Vorsorgliche Massnahmen haben zum Zweck, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen. Sie zielen darauf ab, den Gegenstand einer Anordnung zu sichern, einen gefährlichen Zustand zu beseitigen oder den Vollzug einer Verfügung zu gewährleisten (Kolz/Häner, a. a. O., S. 95, Rz. 146). Als sichernde Massnahmen dienen sie dazu, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten, oder als gestaltende (regelnde) Massnahmen, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in bestimmter Weise zu gestalten (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., S. 212, Rz. 1089,).

- 3.2.2. Im Unterschied zum Beschwerdeverfahren (Art. 55 und 56 VwVG) enthält das VwVG keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung provisorischer Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren. Lehre und Rechtsprechung nehmen hier eine Lücke an und bejahen die Zulässigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes, weil dies das Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts erheische. Verschiedentlich wird die Grundlage des vorläufigen Rechtsschutzes unmittelbar in jener materiellrechtlichen Norm erblickt, deren Durchsetzung vorläufig geschützt werden soll (Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., S. 212, Rz. 1090; Kölz/Häner, a. a. O., S. 95, Rz. 146; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 377; Christoph Schaub, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1990, S. 41 ff. u. 61 ff.; vgl. auch BGE 121 V 112).

Nachdem der vorläufige Rechtsschutz im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren in Lehre und Rechtsprechung aus überzeugenden Gründen anerkannt wird, besteht für die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kein Anlass, die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahren grundsätzlich in Frage zu stellen (vgl. Paul Richli, a. a. O., S. 172).

- 3.2.3. Die Tatsache, dass vorsorgliche Massnahmen nur im zivilrechtlichen Teil des KG geregelt sind, im verwaltungsrechtlichen Teil dagegen nicht ausdrücklich erwähnt werden, ist nicht als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu werten. Artikel 39 KG verweist für die Regelung des verwaltungsrechtlichen Verfahrens der Wettbewerbsbehörden auf die Bestimmungen des VwVG, soweit das KG nicht davon abweicht. Dieser Verweis schliesst auch die nach der Lehre im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens zulässigen vorsorglichen Massnahmen ein (Paul Richli, a. a. O., S. 172; vgl. Erw. 3.2.2.). Das Verwaltungsverfahren dient nach Artikel 1 KG der Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und damit der Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung unabhängig davon, ob und auf welche Weise die von Wettbewerbeschränkungen Betroffenen ihre Rechte wahrnehmen. Zur Verwirklichung dieser Ziele kann auch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch die Wettbewerbsbehörden erforderlich sein. Dass vorsorgliche Massnahmen gleichen Inhalts auch in einem zivilrechtlichen Verfahren auf Begehren der im Wettbewerb Behinderten erreichbar sind, kann die Handlungsmöglichkeiten der Wettbewerbsbehörden nicht einschränken. Diese Doppelspurigkeit entspricht der Konzeption des KG, das gleiche materielle Regeln sowohl in einem zivil- als auch in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren zur Anwendung bringen lässt.

- 3.3. Als nächstes ist die Frage zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung von der zuständigen Behörde erlassen worden ist. Das Sekretariat beruft sich darauf, dass es nach Artikel 23 Absatz 1 KG "zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen" zu erlassen habe. Es nimmt offenbar an, dass die Anordnung vorsorglicher Massnahmen der vorliegenden Art unter den Begriff der verfahrensleitenden Verfügung falle.

- 3.3.1. Das KG definiert den Begriff der verfahrensleitenden Verfügung nicht. Das VwVG spricht in Artikel 45 Absatz 1 von "verfahrensleitenden und anderen Zwischenverfügungen". Es enthält jedoch keine Anhaltspunkte, wie die verfahrensleitenden von anderen Zwischenverfügungen zu unterscheiden sind. Für das VwVG ist die Unterscheidung unerheblich, da sämtliche Arten von Zwischenverfügungen in allen geregelten Belangen gleichgestellt werden. Dementsprechend haben sich Lehre und Rechtsprechung auch nicht um eine Differenzierung der Begriffe bemüht.
- 3.3.2. Wenn das KG den Begriff der "verfahrensleitenden Verfügungen" verwendet, stellt sich aber die Frage, ob damit alle Zwischenverfügungen im Verlaufe einer Untersuchung oder nur, wie die Terminologie des VwVG nahelegt, eine bestimmte Art gemeint sind. Im Gegensatz zum VwVG ist die Frage für das KG insofern von Belang, als Artikel 23 Absatz 1 KG dem Sekretariat die Zuständigkeit für verfahrensleitende Verfügungen zuweist, während nach Artikel 18 Absatz 3 KG die Wettbewerbskommission die Entscheide trifft und die Verfügungen erlässt, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Die nach Artikel 23 Absatz 1 KG dem Sekretariat übertragene Untersuchung hat namentlich die Erhebung und Sicherung von Beweisen sowie die Anhörung der Parteien zum Inhalt. Verfahrensleitende Verfügungen beziehen sich dementsprechend in erster Linie auf die Verfahren zur Feststellung des Sachverhalts und zur Gewährung oder Verweigerung der Akteneinsicht und der Anhörung.
- 3.3.3. Vorsorgliche Massnahmen der angefochtenen Art sind dagegen anderer Natur. Sie dienen nicht dazu, die Grundlagen für den Endentscheid zu beschaffen und diesen vorzubereiten. Sie haben vielmehr zum Zweck, die Wirksamkeit des Endentscheides zu sichern. Sie erhalten oder, wie im vorliegenden Fall, schaffen eine Sachlage, wie sie voraussichtlich ganz oder teilweise durch den Endentscheid hergestellt werden soll. Sie stehen daher in einem viel engeren Verhältnis zum Endentscheid als die Untersuchungsmassnahmen und der Parteienverkehr, indem sie eine Abschätzung des möglichen Inhalts des Endentscheides voraussetzen. Zudem haben sie häufig für die Parteien bedeutendere Auswirkungen als Verfügungen über Ermittlungen und Anhörungen, indem sie ihre Handlungsmöglichkeiten in gleicher oder ähnlicher Weise wie der Endentscheid einschränken oder erweitern. All das spricht dafür, dass der Begriff der verfahrensleitenden Verfügungen in Artikel 23 Absatz 1 KG nicht für die Gesamtheit der möglichen Zwischenverfügungen im Verlauf einer Untersuchung steht und namentlich vorsorgliche Massnahmen zur Sicherung der Wirksamkeit des Endentscheides nicht einschliesst.
- 3.3.4. Zu prüfen bleibt allerdings die Frage, ob das KG der Nähe vorsorglicher Massnahmen zum Endentscheid nicht dadurch hinreichend Rechnung trägt, dass das Sekretariat nach Artikel 23 Absatz 1 KG verfahrensleitende Verfügungen nur zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums treffen kann, und ob insbesondere das Bedürfnis, rasch handeln zu können, für eine derartige Zuständigkeitsordnung spricht. Dem ist indessen entgegenzuhalten, dass vorsorgliche

Massnahmen meist Sachverhalte betreffen, die nicht über Nacht entstanden sind und deshalb, um grössere Schäden zu vermeiden, unverzüglich zu beseitigen wären. Angesichts ihrer für die Parteien gleichen oder ähnlichen Auswirkungen wie der Endentscheid bedürfen sie im Gegenteil einer möglichst sorgfältigen Prüfung des Sachverhalts - auch wenn diese nur vorläufig und annäherungsweise erfolgen kann - und der Erwägung der zu verfügenden Rechtsfolgen. Im Gegensatz zu verfahrensleitenden Verfügungen hängt der Gang der Untersuchung auch nicht von ihnen ab, so dass ein Kammerentscheid der Wettbewerbskommission nicht zu einer Verlängerung des Untersuchungsverfahrens führt, selbst wenn dieser etwas mehr Zeit benötigen sollte als eine Verfügung des Sekretariats. Vorsorgliche Massnahmen, die der Sicherung der Wirksamkeit des Endentscheides und nicht etwa der Beweissicherung dienen, fallen deshalb nicht unter die verfahrensleitenden Verfügungen im Sinne von Artikel 23 Absatz 1 KG. Zuständig für ihre Anordnung ist vielmehr nach Artikel 18 Absatz 3 KG die Wettbewerbskommission oder nach Artikel 19 Absatz 1 KG eine ihrer Kammern (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b Geschäftsreglement).

- 3.3.5. Im übrigen kann offenbleiben, ob das Sekretariat der Wettbewerbskommission angesichts von Artikel 62 Absatz 2 KG überhaupt berechtigt war, am 9. September 1996 (d. h. vor Ablauf der sechsmonatigen Übergangsfrist) eine Untersuchung zu eröffnen.
4. Nach dem bisher Gesagten kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann, gutzuheissen ist, und die angefochtene Verfügung wegen fehlender sachlicher Entscheidzuständigkeit des Sekretariats aufzuheben ist.
5. Bei diesem Prozessausgang sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Beschwerdeführer hat sich durch einen berufsmässigen Anwalt vertreten lassen und ist als hauptsächlich obsiegende Partei zu betrachten. Es ist ihm zu Lasten der Wettbewerbskommission eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 2 VwVG i. V. m. Art. 8 Abs. 6 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0). Der Vertreter des Beschwerdeführers hat eine Festlegung der Parteientschädigung nach Ermessen beantragt. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren). Der vom Beschwerdeführer am 1. Oktober 1996 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- ist ihm zurückzuerstatten.

Angesichts der besonderen Sachlage ist von einer Auferlegung von Verfahrenskosten zu Lasten der A. abzusehen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 4a Bst. b der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Auf die Rechtsschrift der A. vom 2. Oktober 1996 wird, ohne Ausscheidung von Kosten, nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen.
3. Die Verfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 11. September 1996 wird aufgehoben.

4. Dem Beschwerdeführer werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Ihm ist der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- aus der Bundeskasse zurückzuerstatten.
5. Die Wettbewerbskommission hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- auszurichten.
6. Gegen den vorliegenden Beschwerdeentscheid kann innert zehn Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Eingabe hat dreifach zu erfolgen und die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder dessen Vertreters zu enthalten. Der angefochtene Beschwerdeentscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit der Beschwerdeführer sie in Händen hat.
7. Dieser Entscheid wird eröffnet[.]

Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission ist beim Schweizerischen Bundesgericht eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht worden. Die Beschwerde ist z.Z. hängig.

C Zivilrechtliche Praxis
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte
Tribunaux cantonaux
Tribunali cantonali

C 1 1. Film-Serienkopien (Handelsgericht des Kt. Zürich)

Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, Art. 7 KG; vorsorgliche Massnahmen, Art. 17 KG.

Pratiques illicites d'une entreprise ayant une position dominante, art. 7 LCart; mesures provisionnelles, art. 17 LCart.

Pratiche illecite d'un impresa che domina il mercato, art. 7 LCart; misure cautelari, art. 17 LCart.

Verfügung vom 9. April 1997 in Sachen X, Klägerin, vertreten durch [...] gegen 1. Y, 2. Z, Beklagte, beide vertreten durch [...] betreffend Kartellgesetz / UWG

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

I. Die Klägerin betreibt ein Atelier für Filmbearbeitung. Sie steht in Konkurrenz zur Beklagten 2, welche ein filmtechnisches Labor führt. Die Beklagte 1 ist Monopolistin. Das Monopol bezieht sich auf die Vermittlung der Vorführung von Werbefilmen in den schweizerischen Kinos. Die Klägerin und die Beklagte 2 sind die einzigen schweizerischen Laborbetriebe, welche Kinofilme entwickeln, bearbeiten und kopieren. Der Streit geht um die Herstellung von (Serien-) Kopien für Kinowerbespots, welchen (Schweizer) Markt die Klägerin 1 und die Beklagte 2 bis vor kurzem zu einem Grossteil beherrscht hatten, d.h. viele Werbekunden wandten sich, nachdem die Beklagte 1 ihnen mitgeteilt hatte, wieviel Kopien zur Auftragserfüllung nötig seien, an eines der beiden Labors. Einen gewissen Marktanteil für die Herstellung dieser Kopien hielten auch ausländische Betriebe (1996 rund 1/3). Zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 bestanden Preisabsprachen. Daneben gab es Verhandlungen über ein Zusammenlegen ihrer Tätigkeiten, die aber zu keinem positiven Ergebnis führten. Nach Darstellung der Klägerin versuchte die Beklagte 2, sie zu übernehmen. Da dies nicht gelungen sei, habe sich die Beklagte 2 Ende 1996 mit der Beklagten 1 zusammengetan, und die beiden trachteten nun danach, die Klägerin aus dem Markt zu drängen, wobei das Hauptmittel die Anpreisung der Erstellung von "Gratiskopien" durch die Beklagte 1 sei. Die Beklagte 1 trat für das vorliegende Jahr mit dem Angebot auf den Markt, die Kopien in eigener Regie und "gratis" zu erstellen. Kunden, welche die Kopien mitliefern, wird eine Vergütung bzw. Gutschrift in Aussicht gestellt.

II. Die Klägerin stellte am 28. Januar 1997 folgendes Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen:

"1. Es sei den Beklagten 1 und 2 mit superprovisorischem Befehl zu verbieten, einzeln oder in gemeinsamer Absprache die Herstellung von Serienkopien von Werbefilmen 'gratis' oder 'unentgeltlich' anzubieten oder auszuführen.

2. Es sei den Beklagten 1 und 2 mit superprovisorischem Befehl zu verbieten, einzeln oder in gemeinsamer Absprache die Herstellung von Serienkopien von Werbefilmen zu Preisen anzubieten oder auszuführen, die mehr als 1/3 unter der Tarifskaala der Beklagten 2 vom 1. März 1995 liegen;

3. Es sei der Beklagten 1 mit superprovisorischem Befehl zu verbieten, die Vermittlung der Herstellung und/oder Herstellung von Serienkopien von Werbefilmen anzubieten oder auszuführen;

Eventualiter: Es sei die Beklagte 1 mit superprovisorischem Befehl anzuweisen, bei ihr eingehende Bestellungen für Serienkopien nicht exklusiv an die Beklagte 2 zu vergeben, sondern mit der Klägerin einen marktgerechten oder branchenüblichen Vertrag über die Herstellung von Serienkopien abzuschliessen.

Alle Verbote gemäss Ziff. 1-3 unter Androhung von Ordnungsbussen im Betrage von Fr. 1'000.--/Tag im Widerhandlungsfall."

Das Dringlichkeitsbegehren wurde am 29. Januar 1997 abgewiesen, ebenso - am 24. Februar 1997 - ein Begehren der Beklagten betreffend Fristansetzung zulasten der Klägerin zur Präzisierung der Rechtsbegehren 1 und 2. Die Massnahmeantwort datiert vom 26. Februar 1997. Am 11. März 1997 ging die freiwillig schriftlich erstattete Replik und am 24. März 1997 die Duplik ein.

III. Gemäss Art. 17 KG kann das Gericht zum Schutz von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, nach Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnen. Im übrigen verweist das Kartellgesetz auf die Regelung gemäss Art. 28c-f ZGB.

Wichtigste Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen sind das Glaubhaftmachen einer Rechtsverletzung (Sachverhalt und Tatbestand) und eines drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils. Glaubhaftmachen ist mehr als Behaupten, weniger als Beweisen; es muss der sogenannte Wahrscheinlichkeitsbeweis erbracht werden. Das Glaubhaftmachen einer Rechtsverletzung bereitet gerade im Bereich des Kartellrechts oft grosse Schwierigkeiten, weil in der Regel das Vorliegen bestimmter Verhaltensweisen alleine die Rechtsverletzung nicht aufzeigt, sondern darüber hinaus ein - verpöntes - Motiv wahrscheinlich erscheinen muss (Schluep, Neues Markenrechtsgesetz und Kartellgesetz, in: SIC! 1/1997, S. 17/18).

IV. Gemäss Art. 15 KG ist in Kartellrechtsprozessen die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen, sofern die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Das Gesetz gibt keine Auskunft darüber, ob dies auch für das Massnahmeverfahren gilt. Nach Stoffel (in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 21) gilt die Vorlegungspflicht nur für das ordentliche Verfahren. Angesichts der Beweismittelbeschränkungen, welche dem summarischen Verfahren wegen des besonderen Beschleunigungsgebotes immanent sind, ist diese Auffassung naheliegend, zumal man nicht weiss, in welchem Zeitraum jeweils mit der (nicht bindenden) Stellungnahme der Wettbewerbskommission zu rechnen ist. Allerdings sind wohl Fälle denkbar, in welchen die Begrüssung der Wettbewerbskommission auch im Massnahmeverfahren sinnvoll sein könnte, etwa bei diesbezüglich gleichlautenden Parteianträgen oder wenn die Kommission schon mit der Angelegenheit befasst ist (Art. 26 ff. KG). Möglich wäre wohl auch in sehr komplexen Fällen die Einholung eines Kurzberichtes analog dem Kurzgutachten bei Patentstreitigkeiten. Da die skizzierten Voraussetzungen vorliegend nicht bestehen, ist kein Bericht einzuholen.

V. Bei jeder Kartellrechtsauseinandersetzung ist nach dem relevanten Markt zu fragen (Meier-Schatz in: Roger Zäch (Hrsg.), a.a.O., S. 21). Eine Legaldefinition existiert nicht. In Frage kommen vorliegend der Markt für die Herstellung von Kopien bei Kinowerbespots (Ansicht Klägerin) oder derjenige der Filmbearbeitung und des Videogeschäfts generell (Ansicht der Beklagte). Die Beklagten wollen zudem noch das benachbarte Ausland miteinbeziehen. Es gibt verschiedene Definitionen, wie der massgebende Markt umschrieben werden kann (vgl. u.a. Meier-Schatz, a.a.O., S. 22 f.; Schürmann/Schlupe, KG + PüG, S. 209 ff.; Komm. KG-Schmidhauser, Art. 4 Rz 56 ff.) Im Vordergrund steht dabei (speziell beim Angebotsmarkt) der Abgrenzungsbegriff der "Austauschbarkeit" aus Sicht des durchschnittlichen Verbrauchers. Der klägerische Vorwurf zielt allerdings auf den Missbrauch von Nachfragemacht durch die Beklagte 1, welche sich dabei die Dienste der Beklagten 2 zunutze gemacht habe. Hier sind (auch) die Umstellungsmöglichkeiten und die Absatzflexibilität der Anbieter massgebend (Schürmann/Schlupe, a.a.O., S. 211). Bei den Kopien für Kinowerbefilmspots handelt es sich auch nach Angabe der Beklagten um ein Spezialprodukt. Es ist nicht ersichtlich, wie Umsatzverluste in diesem Sektor durch Bemühungen in einem anderen, insbesondere im Bereich "sonstige Filmkopien", ohne weiteres aufgefangen werden könnten. Von Austauschbarkeit der Produkte kann auch nicht gesprochen werden. Damit beschränkt sich (glaubhafterweise) der relevante Markt auf die besagten Kopien für die Kinowerbung. Was den Auslandsbezug anbelangt, so spielt das Exportgeschäft für dieses Produkt offenbar weder für die Klägerin noch die Beklagte 2 eine besondere Rolle. Deshalb ist das Gebiet der Schweiz in räumlicher Hinsicht als relevanter Markt zu betrachten. Aus der Marktpresenz ausländischer Filmkopierer in der Schweiz kann jedenfalls nicht der Umkehrschluss gezogen werden, damit gehöre auch das (benachbarte) Ausland zum relevanten Markt für die Schweizer Anbieter der Herstellung von Kopien.

VI. Den Kern der klägerischen Vorwürfe bildet das Verhalten der Beklagten 1. Diese versuche durch Ausnutzung ihrer Marktmacht (Rechtsbegehren 3) die Klägerin aus dem Markt für die Erstellung der Werbespotkopien zu drängen. Die Mittel dazu seien thematisch "Irreführende Preisangabe" (Rechtsbegehren 1) und "Gezielte Kampfpreisunterbietung" (Rechtsbegehren 2). Alles, was als Rechtfertigung vorgebracht werde (Unterstützung der Kinowerbung, Vorteile für die Werbekunden), vermöge nicht zu erklären,

- warum die Beklagte 1 irreführend von "Gratiskopien" spreche,
- warum die Beklagte 1 eine Zusammenarbeit mit der Klägerin zu gleichen Konditionen wie mit der Beklagten 2 ablehne,
- warum die Beklagte 1 im Rahmen ihres Rückvergütungssystems für anderweitig erstellte Kopien nicht den angeblich mit der Beklagten 2 vereinbarten Einheitspreis von Fr. 21.--/Kopie, sondern einen weit darunter liegenden Durchschnittspreis von Fr. 16.65/Kopie zur Anwendung bringe,
- warum die Beklagte 1 ganz allgemein die Kopienpreise und die Wahl des Kopienlabors nicht den Kunden überlasse und diesen hernach einen fixen Betrag pro Kopie erstatte.

VII. Von den Parteivorbringen sind nur die wesentlichen zu berücksichtigen. Im Massnahmeverfahren gilt zudem, dass ausser denjenigen, welche unbestrittene und notorische Tatsachen betreffen, alle Behauptungen einer Materialisierung - in der Regel durch Unterlagen - bedürfen, die aber ihrerseits kritisch zu prüfen sind. Zeugenaussagen sind dem Massnahmeverfahren grundsätzlich fremd (§ 209 ZPO); sie können deshalb auch nicht durch schriftliche Zeugnisse ("Affidavits") ersetzt werden.

VIII. Die Beklagte 1 wies schon zu Beginn des Verfahrens darauf hin, dass sie sich im Werbemarkt in einem harten Wettbewerb befinde. Diese Behauptung kann als notorisch richtig angesehen werden. Insbesondere die Schwierigkeiten der Werbeträger im Bereich der Printmedien sind allgemein bekannt. Sie rühren von der Wirtschaftsflaute einerseits und der stetigen Zunahme möglicher Werbeträger (TV, Internet) andererseits her. Es kann als glaubhaft gelten, dass diese Gründe, trotz positiver Entwicklung im Jahre 1996, auch die Kinowerbung - zumindest potentiell - belasten, was Bemühungen der Beklagten 1 um die Steigerung der Attraktivität ihres Angebotes als legitim erscheinen lassen. Die in diesem Zusammenhang möglichen Massnahmen sind naturgemäss von der verschiedensten Art. Trotzdem dürften - wie auf den meisten Märkten - Kosten und Preise zu den wichtigsten Parametern gehören. Die Beklagte 1 erblickte - so ihre Darstellung - in den Kosten für die besagten Kopien einen Faktor, der Einsparmöglichkeiten enthalten habe. Ihre zunächst gewählte Strategie bestand darin, selber den Werbekunden das Kopieren anzubieten, und zwar eben "gratis", wobei sie die Klägerin und die Beklagte 2 als ihre "Schweizer Kopier-Partner" bezeichnete und für Kopien, welche doch noch von den Kunden mitgeliefert wurden, die Beklagte 1 ging dabei von ausländischen Kopien aus, eine Vergütung versprach (Fr. 20.-- bis Fr. 30.-- pro Kopie je nach Länge). Dass es der Beklagten 1 dabei um Preissenkungen des Faktors "Kopien" ging, darf füglich angenommen werden (in einer Besprechung der Beteiligten vom 8. Oktober 1996 sprach der Vertreter der Beklagten 1 vom Druck einer ausländischen Anteilseignerin, welche auf die Kopierpreise in ihrem Land von Fr. 14.-- für 30-Sekunden-Spots verweise). Ein Kosten- bzw. Preissenkungsdruck, der auf Anbieter (wie die Klägerin und die Beklagte 2) ausgeübt wird, gehört zum freien Markt, und kann deshalb nicht automatisch mit dem Etikett "missbräuchlich" versehen werden. Ebenso wenig indiziert die Absicht und ihre Durchsetzung, das eigene Angebot umfassender zu gestalten, schon ein missbräuchliches Verhalten. Man kann wohl im Bereich der Nachfragemacht drei Varianten von Einflussverhalten des Nachfragers ausmachen. Zunächst das fehlende. Vorliegend wäre das der Zeitraum in den vergangenen Jahren, als Klägerin und Beklagte 2 den definierten Markt auf der Angebotsseite bezüglich inländischer Kopien unter sich aufteilten und den Preis schufen. Die Beklagte 1 wurde davon höchstens indirekt berührt, als der Preis ja durch die Werbekunden zu zahlen war. Wird Einfluss ausgeübt, so ist die Nachfragemacht dadurch gekennzeichnet, dass ein Nachfrager aufgrund seiner Marktstellung von einem Anbieter Bedingungen zugestanden erhalten kann, die er ohne diese Macht nicht durchsetzen könnte (VKK 1976, S. 79). Nachfragemacht wurde mit Marktbeherrschung gleichgesetzt (VKK 1976, S. 79). Heute wird aber unterschieden zwischen Marktmacht und Marktbeherrschung (Komm. KG - Schmidhauser, Art. 4 Rz 65). Nur bei Bejahung letzterer kann der Tatbestand von Art. 7 KG ("Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen") überhaupt erfüllt werden. Marktbeherrschung ist qualifizierte Marktmacht (Komm. KG - Schmidhauser, Art. 4 Rz 65). Sie wird gemäss Legaldefinition (Art. 4 Abs. 2 KG) erreicht, wenn man auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, "sich von anderen Marktteilnehmern im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten". Eine gewisse Verdeutlichung dieser doch recht allgemeinen Definition kann durch spezifische Fragestellungen erreicht werden (Komm. KG - Schmidhauser, Art. 4 Rz 67): "So zum Beispiel die Frage, welche Wettbewerber am Markte vorhanden sind und welche Bedeutung sie haben. Oder die Frage, ob es einem Unternehmen gelingt, eine unabhängige Preispolitik zu betreiben, auf das Produkteangebot einseitig Einfluss zu nehmen oder die Produktequalität ohne Rücksicht auf einen funktionierenden Markt zu gestalten. Ebenso wird zu prüfen sein, ob sich ein Unternehmen erlauben kann, Geschäftsverweigerungen vorzunehmen bzw. Lie-

feranten und Abnehmern die Geschäftsbedingungen zu diktieren." Im EU-Recht wird daneben mit Marktanteilszahlen operiert, wobei die Praxis etwas unbestimmt und nicht einheitlich ist: Marktanteile von 45%-80% werden als Indiz für das Vorliegen von Marktbeherrschung betrachtet, allerdings könne auch schon ein Marktanteil von 25% wirksamen Wettbewerb verhindern (Komm. KG - Schmidhauser, Rz 71 zu Art. 4 KG). Die Klägerin lieferte keine Zahlen über die Marktanteile, weshalb von denjenigen der Beklagten auszugehen ist. Danach hatte(n) die Klägerin im Jahre 1996 (36'000 Kopien) einen Marktanteil (jeweils gerundet) von 50%, die Beklagte 2 von 18% und ausländische Unternehmen von 32%. Am 25. Februar 1997 (16'000 Kopien) resultieren bezüglich des laufenden Jahres für die Klägerin 37%, die Beklagte 1 mit Sublieferantin Beklagte 2 ein solcher von 53% und ausländische Unternehmen 10%. Am 18. März 1997 lagen die Werte in der gleichen Reihenfolge bei 45%, 46%, 9%. Der Marktanteil der Beklagten bewegte sich also stets an der unteren Grenze des Indikationsbereiches. Gegen eine marktbeherrschende Rolle der Beklagten 1 spricht der teilweise Rückzieher. Ihrem Vorgehen erwuchs nicht nur Widerstand seitens der Klägerin, es wurde auch vom Produzentenverband SFVP kritisch aufgenommen. Die Beklagte 1 dehnte in der Folge noch vor Ende 1996 ihr Angebot der Vergütung von eingelieferten Kopien auch auf die in der Schweiz hergestellten aus. Da die Filmproduzenten mit den Werbekunden vermutungsweise engen Kontakt pflegen, dürfte auch von Seiten der Auftraggeber ein kritischer Blick auf das Gebaren der Beklagten 1 erhalten bleiben und für das Marktverhalten jener, insbesondere dafür, wem die Herstellung der Kopien überlassen wird, wesentlich sein (dass die Auftraggeber von der Beklagten 1 auf einem bestimmten Markt, wohl der gesamte Werbebereich, beherrscht würden, ist weder behauptet noch ersichtlich). Was den Einfluss auf die Preisbildung angeht, dürfen höhere "offizielle" Preise früherer Jahre nicht als Indiz für einen "gerechtfertigten" Marktpreis herangezogen werden. Die Klägerin selber ist - von der Beklagten 1 zur Offertstellung aufgefordert - in ihrer Offerte vom 26. November 1996 massiv unter den früheren Preisen geblieben. Selbst wenn beim Vergleichen berücksichtigt werden muss, dass die Offerte pauschal für bestimmte Gesamtzahlen von Kopien ausgestellt wurde (z.B. ab 20'000 Kopien pro Jahr Fr. 28.00 pro Kopie), währenddem sich die alte Preisliste nur auf einzelne Filme bezog und dabei Abstufungen nach der Anzahl der Kopien für den einzelnen Film machte (z.B. Spots bis 30 Sekunden bei 500 Kopien Fr. 44.00 pro Kopie), und zudem reichlich Rabatte gewährt wurden, so ist die Preisreduktion dennoch gross. Der niedrigste der alten Preise (Spots bis 20 Sekunden bei 701-800 Kopien Fr. 31.00 pro Kopie) liegt immer noch 1 Franken höher als der höchste gemäss Offerte (ab 15'000 Kopien pro Jahr - bis 30 Sek. - Fr. 30.00 pro Kopie). Der Preis, den die Beklagte 1 der Beklagten 2 heute konkret bei einer Mindestabnahmemenge von 20'000 Kopien (jährlich) bezahlt (Fr. 21.00), liegt 1 Franken höher als die Offerte der Klägerin (allerdings ab 35'000 Kopien und nur bei Spots bis 30 Sekunden). Die Klägerin behauptet nicht, sie habe unter dem Einstandspreis angeboten. Damit erscheint aber auch glaubhaft, dass bei Preisen in dieser Grössenordnung, d.h. um Fr. 20.00/Kopie, nicht mit Verlust gearbeitet werden muss, was auch durch die anerkanntermassen deutlich tieferen Angebote ausländischer Unternehmen unterstrichen wird. Die dem entgegenstehende klägerische Berechnung, welche bei 20'000 Kopien einen Durchschnittspreis von Fr. 45.00 pro Kopie nennt, überzeugt nicht. Ihre "Auswertung" unterscheidet nicht zwischen fixen und variablen Kosten und ist auch viel zu pauschal, so dass daraus keine relevanten, glaubhaft gemachten Tatsachen geschlossen werden können. Aus dem zwischen den Beklagten vereinbarten Preis lässt sich also kein positiver Schluss hinsichtlich der Marktbeherrschung durch die Beklagte 1 ziehen. Die Tatsache alleine, dass wesentlich billiger als früher angeboten wurde, ist

nicht indizierend, zumal - wie erwähnt - damals der Markt nicht besonders gut spielte, waren die Klägerin und die Beklagte 2 doch in der Lage, Preisabsprachen zu treffen. Gesamthaft ist eine marktbeherrschende Rolle der Beklagten 1 also nicht glaubhaft gemacht, weshalb Art. 7 KG schon von dieser Voraussetzung her nicht zur Anwendung gelangt. Es kann deshalb offen bleiben, ob das Tatbestandsmerkmal des "Missbrauchs" erfüllt wäre (vgl. in diesem Zusammenhang Meier-Schatz, a.a.O., S. 53 ff.)

IX. Es verbleibt im Rahmen des Kartellgesetzes der Vorwurf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG).

Unter den Begriff der Wettbewerbsabrede fallen "Vereinbarungen (...), die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken" (Art. 4 KG). Auch vertikale Abreden, als was die Vereinbarung zwischen den Beklagten anzusehen ist, können betroffen sein (Komm. KG-Schmidhauser, Rz 48 zu Art. 4 KG; Baldi, in: Roger Zäch (Hrsg.), a.a.O., S. 9; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, Bern 1997, S. 48).

Unzulässig - und damit rechtlich verfolgbar (Art. 5 KG) - ist eine Abrede allerdings nur, wenn dadurch der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird.

Wie geschildert, ergibt sich aus der Aktenlage das Bild, wonach die Beklagte 1 zunächst den Entschluss fasste, selber ins "Geschäft" mit den Kopien einzusteigen, mit der Klägerin und der Beklagten 2 als Unterlieferantinnen. Sie holte in der Folge von diesen Offerten ein, welche zunächst höher lagen als die schlussendlich mit der Beklagten 2 vereinbarte Pauschalabgeltung von Fr. 21.--/Kopie. Die Klägerin erklärte sich noch vor dem Vertragsabschluss zwischen den Beklagten bereit, zu den gleichen Bedingungen zu liefern wie die Beklagte 2, wenn auch unter Protest. Der Vertrag der Beklagten hat eine Laufdauer von einem Jahr. Der erwähnte Preis beruht auf einer Mindestmenge von 20'000 Kopien. Wird sie unterschritten, erhöht er sich um Fr. 1.00. Vom Vertragswortlaut her liegt mithin keine Exklusivvereinbarung vor. Faktisch dürfte es aber jedenfalls bezüglich des laufenden Jahres darauf hinauslaufen. Die Beklagte 1 brachte jedenfalls nicht vor, sie sei zur Zeit bereit, Offerten von anderer Seite, insbesondere der Klägerin, ernsthaft zu prüfen.

Vertikale Abreden können zwar - wie erwähnt - ebenfalls unter Art. 5 KG fallen. Bei ihrer Überprüfung darf aber nicht verkannt werden, dass es einem Unternehmen grundsätzlich frei stehen muss, zu entscheiden, mit wem es zu welchen Bedingungen Verträge über die Belieferung abschliessen will. Durch ihr Angebot an die Werbetreibenden betrat die Beklagte 1 den relevanten Markt. Das war ihr selbstverständlich erlaubt. Da sie die Kopien nicht selber herstellt, war sie auf einen Zulieferer angewiesen. Indem die Beklagte 1 Offerten einholte und sich für eine Sub-Lieferantin entschied, übte sie Wettbewerb aus. Eine Wettbewerbsausübung in diesem Sinn kann per se keine Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Es gibt kein wettbewerbsrechtlich geschütztes Anrecht auf Berücksichtigung durch einen Grossabnehmer. Das, was die Klägerin meint, die persönliche Spitze, das Beseitigungsmotiv, was allenfalls kartellrechtlich relevant sein könnte, lässt sich aus den Akten nicht mit genügender Klarheit schliessen, speziell nicht aus der befristeten Vereinbarung mit der Beklagten 2. Die Beklagte 1 offeriert auch nicht weit unter dem (Teil)-Einstandspreis (letzterer verstanden als die Vergütung/Gutschrift für die von den Auftraggebern gelieferten Kopien). Der entsprechenden Aufstellung in der Massnahmeantwort lag offensichtlich ein Rechnungsfehler zugrunde. Nach zutreffender Berechnung vergütet die Beklagte im Durchschnitt Fr. 19.80. Warum die Beklagte 1 im weiteren Rechnungen der Klägerin akzeptieren sollte, ist nicht dargetan. Fehl gehen auch die Ausführungen über Logistik, Timing und Zahlungsabwicklung. Diese Aufgaben gehören zu

jeder Auftragserfüllung. Gesamthaft fällt also eine Tatbestandserfüllung im Sinne von Art. 5 KG ausser Betracht.

X. Zu den einzelnen Rechtsbegehren sei ergänzend das Folgende beigefügt:

1. Zu Rechtsbegehren 1: Gerade die Branche, mit der die Parteien in casu zu tun haben, also die Werbebranche, ist bestens in der Lage, die reklamehafte Übertreibung, welche in der Verwendung des Wortes "Gratis" liegt, zu erkennen. Die Auftraggeber bzw. Werbetreibenden sehen ohne weiteres, dass alleine der Gesamtpreis, den sie der Beklagten 1 bezahlen müssen, wesentlich ist. "Gratis" bedeutet erkennbarerweise "inklusive". Lauterkeitsrechtlich ist das im gegebenen Zusammenhang nicht zu beanstanden. Auch kartellrechtlich kann nicht gesagt werden, damit werde missbräuchlich gehandelt (Art. 7 KG). Wer seine Angebotspalette erweitert, der darf dies seinen Kunden mitteilen, selbst in dieser Form.
2. Zu Rechtsbegehren 2: Solche Preisvorschriften kämen überhaupt nur in Frage, wenn jeder darüber liegende Wert als unangemessen, einer vernünftigen Kostanalyse nicht standhaltend angesehen werden müsste, man also von einem unlauteren Kampfpfeis sprechen könnte (zum Begriff Meier-Schatz, a.a.O., S. 60). Aufgrund der Akten ist nicht glaubhaft gemacht, dass dem vorliegend so ist. Der Vergleich ist insofern erschwert, als die Tarifskaala der Beklagten 2 eine ausge dehnte Differenzierung nach den Faktoren Anzahl Kopien und Dauer des Spots vornimmt, während zwischen den Beklagten eine Pauschalpreis von Fr. 21.00 besteht und die Beklagte 1 von ihren Kunden keinen spezifischen Betrag verlangt, allenfalls aber Rückschlüsse aus dem Vergütungsbetrag auf ihre Kalkulationsbasis geschlossen werden können. Geht man davon aus, dass mit der erwähnten Tarifskaala im Jahre 1996 ein Durchschnittspreis von Fr. 45.00 / Kopie erzielt wurde, so bedeutete das klägerische Begehren, gerichtlich einen Mindestpreis von Fr. 30.00 festzusetzen. Warum dieser unter Berücksichtigung der anfallenden Kosten bei der Herstellung von Kopien als nach unten einzig noch vertretbar anzuschauen wäre, ist nicht dargetan. Die Klägerin selber unterbot ihn mit ihrer Offerte vom 26. November 1996 klar. Das Begehren wäre also selbst bei grundsätzlicher Bejahung eines Wettbewerbsverstosses nicht gutheissbar.
3. Zu Rechtsbegehren 3:
 - a) Hauptbegehren: Es ist kaum eine Situation denkbar, mit welcher einer Partei die Aufnahme des Wettbewerbes per se untersagt werden könnte. Ziel des Kartellgesetzes ist ja gerade die Förderung des Wettbewerbes. Das Begehren kann so oder so nicht gutgeheissen werden.
 - b) Eventualbegehren: Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es bei Klagegutheissung zum richterlichen Urteil (Dispositiv) erhoben werden kann (Vogel, Zivilprozessrecht, 4. Auflage, S. 179). Bei Begriffen wie "marktgerecht" oder "branchenüblich" ist das soeben umschriebene Bestimmtheiterfordernis nur in ganz speziellen Konstellationen erfüllt, wenn eben ganz klar ist, wie der Preis zu einem bestimmten Zeitpunkt konkret gebildet wird (z.B. an der Börse). Davon kann vorliegend aber nicht gesprochen werden. Wie erwähnt, wurde früher der Preis für die in der Schweiz hergestellten Kopien zwischen der Klägerin und der Beklagten 2 abgesprochen, auch wenn jede der beiden noch individuelle (Rabatt)-Lösungen wählen konnte. Diese Preisabsprache kann ernsthaft nicht als üblicher oder Marktpreis herhalten, würde dadurch doch gerade kartellistischem Verhalten Vorschub geleistet. Andere Wege zur Berechnung eines bestimmten Marktpreises sind nicht ersichtlich. Auf das Eventualbegehren ist deshalb mangels Bestimmtheit nicht einzutreten.

XI. Die von der Klägerin eingereichten Geheimakten waren gerichtsseitig versehentlich den Beklagten zugänglich gemacht worden. Mit Verfügung vom 6. März 1997 wurden die betreffenden Urkunden aus den Akten genommen und - ohne weitere Zugänglichkeit für die Beklagten - separat aufbewahrt. Ferner wurden die Beklagten und ihr Rechtsvertreter angewiesen, allfällige Kopien der Unterlagen zu vernichten und die erhaltenen Kenntnisse nicht weiter zu verwenden. Mit Eingabe vom 10. März 1997 beantragten die Beklagten die Aufhebung der Verfügung vom 6. März 1997. Die Klägerin erklärt sich in der Folge damit einverstanden, dass die Äusserungen der Beklagten zu diesen Unterlagen im vorliegenden Verfahren zugelassen seien. Damit ist den Interessen der Beklagten und ihres Rechtsvertreters genügend Rechnung getragen. Ein darüber hinaus gehendes Interesse der Beklagten an der weiteren Verwendung der offensichtlich betriebsinternen Unterlagen der Klägerin besteht nicht. Das Wiedererwägungsgesuch der Beklagten vom 10. März 1997 ist deshalb - mit dem entsprechenden Vorbehalt - abzuweisen (§ 145 ZPO).

XII. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig. Der Streitwert ist auf Fr. 350'000.-- zu schätzen, entsprechend der von der Klägerin behaupteten Gewinneinbusse.

Demgemäss verfügt der Einzelrichter:

1. Auf das Eventualbegehren zu Massnahmebegehren 3 wird nicht eingetretet.
2. Die Massnahmebegehren 1 - 3 werden abgewiesen.
3. Das Wiedererwägungsgesuch der Beklagten betreffend die Verfügung vom 6. März 1997 wird - unter Vorbehalt des Umstandes, dass die Vorbringen der Beklagten, welche die fraglichen act. 3/17,18 und 20 betreffen, vollumfänglich zugelassen sind - abgewiesen.
4. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf
Fr. 8'600.--; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 663.-- Schreibgebühren
Fr. 361.-- Zustellungen und Porti.
5. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
6. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten eine Prozessentschädigung von je Fr. 7'000.-- zuzüglich 6,5% MWST zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsbestätigung.
8. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden.

C 1 2. Arzneimittelmarkt (Handelsgericht des Kt. Aargau)

Medikamentenhandel, Apotheken, Krankenkassen; vorsorgliche Massnahmen; Art. 17 KG.

Commerce de médicaments, pharmacies, caisses maladies, mesures provisionnelles; art. 17 LCart.

Commercio di medicamenti, farmacie, casse malati; misura cautelari; art. 17 Lcart.

(vgl. auch S. 285)

Zusammenfassung

1. Obschon die Apotheker im Segment der rezeptpflichtigen Roborantien keiner Konkurrenz durch die Drogisten ausgesetzt sind, haben sie keine marktbeherrschende Position inne, da es nicht in ihrem Einflussbereich liegt, welches der Roborantien in welcher Zahl durch die Ärzte verschrieben wird (KG 4 II; E II 4 d. bb.).
2. Die Zusatzvereinbarung hat zur Folge, dass sämtliche Roborantien von der Leistungspflicht der teilnehmenden Versicherer ausgeschlossen werden. Der Wettbewerbsnachteil, der Bio-Logos dadurch erwächst, dass es das einzige Roborans ist, für das die Rezeptpflicht besteht, beruht jedoch nicht auf einer Diskriminierung durch die Gesuchsgegner, sondern ist Ausfluss einer staatlichen Marktordnung (IKS-Arzneimittelkategorien) (KG 3 I, 7 I und II b.; E II 5 d.).
3. Das Vorgehen der Gesuchsgegner stellt ein abgestimmtes Verhalten im Sinne von KG 4 I dar (E II 6 b.).
4. Die Aktivlegitimation nach KG 12 I wird auch bloss mittelbar Betroffenen (hier: Medikamenten-Grosshändler), die nicht auf dem durch die angegriffene Wettbewerbsabrede geregelten Markt (hier: Krankenzusatzversicherungen) tätig sind, zuerkannt, soweit sie tatsächlich im Wettbewerb behindert sind (E II 6 c.).
5. Die LPPV ist eine aus Gründen der Kostenreduktion eingeführte und im Sinne von KG 5 II gerechtfertigte Wettbewerbsabrede. Ein anderer Beweggrund als die Kostenreduktion ist nicht ersichtlich, zumal es sich bei den Gesuchsgegnern um Krankenversicherer im Sinne des KVG handelt, welche auch im Bereich der Zusatzversicherung keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen (E II 8 b. und c.).

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 22. April 1997

Im vorsorglichen Massnahmeverfahren der S.-T. AG, vertreten durch [...] gegen V, Gesuchsgegner 1, vertreten durch [...], C Versicherung, Gesuchsgegnerin 2, [...] vertreten durch [...] und H Versicherungen AG, Gesuchsgegnerin 3, [...],

wird den Akten entnommen:

A.

1. Die Gesuchstellerin vertreibt in der Schweiz das rezeptpflichtige Arzneimittel Bio-Logos, ein Stärkungsmittel oder sog. Roborantium, welches u.a. in der Rekonvaleszenz nach Operationen und Krankheiten indiziert ist. Die Gesuchstellerin erzielte mit diesem Produkt bisher einen Jahresumsatz von Fr. 5 - 6 Mio., was einem Anteil zwischen 70% (Dezember 1995) und 85% (September 1996) des Gesamtumsatzes entspricht.

Die Schweizerischen Krankenversicherer führen unter Koordination durch das Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (im folgenden KSK) eine sog. "Negative Liste" von Arzneimitteln, welche von den Krankenversicherern nicht übernommen werden und demgemäss von Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten den Versicherten direkt belastet werden müssen. Das Arzneimittel Bio-Logos wurde erstmals in die "Negative Liste" vom 15. September 1994 aufgenommen, auf Intervention der Gesuchstellerin aber in der Ausgabe der Liste vom 15. März 1995 wieder gestrichen.

2. Mit Grundvertrag zwischen dem V und dem KSK vom 13. Februar 1995 wurden die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien neu geregelt. Gestützt auf diesen Grundvertrag wurde der Entwurf eines Zusatzvertrages zwischen dem V und den sog. "Vertragsversicherern" (Krankenversicherer, welche Mitglieder des KSK sind und keine Erklärung abgegeben haben, dem Vertrag nicht beizutreten; vgl. Ziff. 6 Abs. 2 Grundvertrag i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Alinea 3 Zusatzvertrag) ausgearbeitet, der sich auf Leistungen erstreckt, die aufgrund eines ärztlichen Rezeptes erbracht werden, und die nicht zu den aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gemäss KVG und zu den gemäss Krankenpflege-Leistungsverordnung (LKV) gedeckten Leistungen gehören (Art. 3 Abs. 1 des Zusatzvertrages).

In Art. 14 Abs. 1 des Entwurfes ist vorgesehen, dass der Zusatzvertrag auf den 1. Januar 1997 in Kraft tritt. Art. 3 Abs. 2 Zusatzvertrag enthält eine "Option LPPV", mit welcher die dem Vertrag angeschlossenen Krankenversicherer jene Produkte ausschliessen können, welche in der "Liste der pharmazeutischen Präparate zulasten der Versicherten" (LPPV) enthalten sind. In dieser Liste, welche integrierender Bestandteil des Zusatzvertrages bildet, sind gemäss Mitteilung der "Fachgruppe LPPV" der Krankenversicherer vom 26. November 1996 an die Gesuchstellerin auch die sog. Roborantien enthalten. Das Arzneimittel Bio-Logos soll daher gemäss Schreiben der "Fachgruppe LPPV" vom 26. November 1996 ab 1. Januar 1997 von den Krankenversicherern, "welche das neue Konzept LPPV mitgestaltet haben (70 Krankenversicherer inkl. alle grossen KV), auch über eine Zusatzversicherung nicht mehr vergütet" werden und der Beschluss der Fachgruppe vom 2. März 1995, "das Präparat Bio-Logos als Ausnahmefall zu behandeln", dahinfallen. Mit je einem Fax-Schreiben vom 23. Dezember 1996 an den SAV teilten die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 mit, dass es ihnen zur Zeit nicht möglich sei, den Zusatzvertrag zu unterzeichnen, dass sie jedoch beabsichtigen, dies nach Klärung der rechtlichen Situation bezüglich der LPPV nachzuholen.

B.

1. Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. Dezember 1996 lässt die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren stellen:

- „1. Den Gesuchsgegnerinnen sei je einzeln - unter Androhung der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB - zu verbieten, die "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zu Lasten der Versicherten" (LPPV) oder eine denselben Inhalt aufweisende Publikation zu versenden oder versenden zu lassen, wenn und solange darin die von der Gesuchstellerin vertriebene pharmazeutische Spezialität Bio-Logos enthalten ist.
2. Der Befehl gemäss Ziff. 1 sei schon vor Anhörung der Gesuchsgegnerinnen (sogenannt superprovisorisch) zu erlassen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Zugehörigkeit eines Produktes zur LPPV stelle eine einschneidende und schwere Beeinträchtigung dar. In der heutigen Zeit würden von den Ärzten praktisch keine Medikamente mehr verschrieben, die von den Krankenversicherungen nicht übernommen würden. Dabei sei ein rezeptpflichtiges Medikament, wie es Bio-Logos darstelle, von einer solchen Massnahme wesentlich schwerer betroffen als die freiverkäuflichen Medikamente. Dies, weil für die rezeptpflichtigen Heilmittel Publikumswerbung untersagt und diese nur für die Produkte der Listen C, D und E zulässig sei. Für die rezeptpflichtigen Medikamente sei daher jegliche Marketingmassnahme verunmöglicht, die erlauben würde, zu versuchen, das Handicap des Figurierens auf der LPPV auszugleichen. Für die nicht rezeptpflichtigen Präparate könnten demgegenüber solche Massnahmen beliebig getroffen werden. Da Bio-Logos das einzige in der Schweiz registrierte Roborans sei, das unter Rezeptpflicht stehe, sei es durch den Einschluss in die LPPV schwer benachteiligt. Der Einschluss stelle unter diesem Aspekt gegenüber den rezeptfreien Produkten eine eigentliche Diskriminierung dar. Die Auswirkungen der Aufnahme in die bisherige "Negative Liste" hätten sich drastisch gezeigt, als Bio-Logos in der Zeit vom 15. September 1994 bis zum 15. März 1995 darin figuriert habe. Nachdem der Absatz vorher praktisch stetig angestiegen sei, hätten sich nach September 1994 bis März 1995 Umsatzrückgänge zwischen 41% und 54% ergeben. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass ein von den Krankenkassen nicht mehr übernommenes Medikament Verkaufseinbussen um 50% und mehr erleide.

Die Passivlegitimation des Gesuchsgegners 1 ergebe sich aus seiner Eigenschaft als Vertragspartner des Grundvertrages und der Zusatzverträge.

Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 seien Mitglieder des KSK. Dieses sei Vertragspartner des Grundvertrages, gestützt auf welchen die Zusatzverträge und die LPPV entworfen worden seien. Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 hätten an der Ausarbeitung der LPPV an entscheidender Stelle mitgewirkt. Aufgrund der Verquickung der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 mit der Ausarbeitung der LPPV müsse davon ausgegangen werden, dass beide auch bereits den Zusatzvertrag mit dem Gesuchsgegner 1 abgeschlossen hatten. Sie gehörten zu den Grossen in der Branche und hatten es daher in der Hand, den Versand der LPPV zu verhindern.

Die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV sei in kartellrechtlicher Hinsicht unzulässig, da es sich dabei um eine missbräuchliche Verhaltensweise einer marktmächtigen Organisation handle und zugleich eine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliege. Überdies verstosse die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV gegen das UWG.

Mit Bezug auf den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung sei davon auszugehen, dass die Ärzte ein in der LPPV aufgeführtes Medikament nicht mehr verschreiben würden. Der V habe daher zusammen mit dem KSK bzw. dessen Mitgliedern durch die Herausgabe der LPPV einen gewaltigen Einfluss auf die Nachfrage nach Arzneimitteln. Mit der LPPV werde das "Rezeptausstellen" der Ärzte und damit die Nachfrage nach rezeptpflichtigen Arzneimitteln gesteuert. Durch diesen Mechanismus werde der V und das KSK bzw. dessen Mitglieder auf dem schweizerischen Arzneimittelmarkt zu einem marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Der V als Zusammenschluss der meisten Apotheken bilde schon für sich alleine ein die Nachfrage beherrschendes Unternehmen. Die Apotheken seien die wichtigsten Abnehmer von Arzneimitteln. Im Falle der rezeptpflichtigen Arzneimittel seien die Apotheken neben den selbstdispensierenden Ärzten sogar die einzigen

Abnehmer. Aus der Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 2 KG ergebe sich, dass ein vertraglicher Zusammenschluss, wie er hier zwischen dem V und dem KSK bzw. dessen Mitgliedern vorliege, ebenfalls ein marktbeherrschendes Unternehmen darstellen könne. Weiter ergebe sich aus dem Gesetzestext, dass es nicht nur auf der Angebots-, sondern auch auf der Nachfrageseite marktbeherrschende Unternehmen geben könne. Die marktbeherrschende Stellung des V und des KSK bzw. dessen Mitglieder zeige sich auch in den fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Gesuchstellerin. Da Bio-Logos rezeptpflichtig sei, gebe es keine anderen Möglichkeiten, als dieses Medikament über Ärzte zu vertreiben. Wenn aber die Ärzte wegen der Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV nicht mehr bereit seien, dieses zu verschreiben, so habe die Gesuchstellerin keine Möglichkeiten, auf andere Absatzkanäle auszuweichen. Art. 7 KG verbiete marktbeherrschenden Unternehmen, ihre Position zu missbrauchen. Als solche missbräuchliche Verhaltensweise zähle Art. 7 Abs. 2 lit. a KG die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen auf. Dieser Tatbestand werde durch das Herausgeben der LPPV erfüllt. Die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV bewirke, dass dieses Arzneimittel kaum noch abgesetzt werden könne. Die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV führe überdies zu einer regelrechten Diskriminierung dieses Produktes gegenüber vergleichbaren, rezeptfrei erhältlichen Arzneimitteln, welche beworben werden könnten. Es sei demgemäss auch der Tatbestand der diskriminierenden Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG erfüllt.

Die LPPV stelle zusätzlich eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG dar. Durch die geschlossenen Verträge werde der Wettbewerb zwischen den Versicherern in Bezug auf die Anzahl der nicht vergüteten Arzneimittel ausgeschaltet. Damit liege das entscheidende Tatbestandsmerkmal einer Wettbewerbsabrede, das bewusste und gewollte Zusammenwirken von Unternehmen, die als Marktteilnehmer am Wettbewerb beteiligt seien, vor. Ein solches Zusammenwirken verstosse gegen das Kartellgesetz. Ein Versicherungsnehmer könne seinen Versicherer nicht mehr nach Massgabe der vergüteten Arzneimittel auswählen. Der Umfang der Deckung sei aber bei der Wahl eines Versicherers ein entscheidendes Argument.

Da dies wegen der LPPV nicht mehr möglich sei, falle ein wichtiges Element des Wettbewerbs weg. Es liege daher eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vor. Der Wettbewerb werde aber nicht nur unter den Versicherern erheblich beeinträchtigt, sondern auch unter den Anbietern von Arzneimitteln. Diese würden durch die LPPV gezwungen, ihre Anstrengungen darauf zu konzentrieren, nicht auf die LPPV gesetzt zu werden. Der eigentliche Wettbewerb, jener über die Qualität und den Preis des Arzneimittels, werde in den Hintergrund gedrängt. Dadurch beeinträchtige die LPPV auch den Wettbewerb auf dem Arzneimittelmarkt erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Die Wettbewerbsabrede zwischen dem V und dem KSK könne nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG gerechtfertigt werden. Sie diene einzig dem Gewinnmaximierungsinteresse der Versicherer. Die Steigerung des Gewinns von Kartellmitgliedern stelle aber regelmässig keine Effizienzsteigerung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG dar.

Ein unlauteres Verhalten im Sinne von Art. 3 lit. a UWG liege schliesslich deshalb vor, weil gemäss Ziff. 2 der "Allgemeinen Bestimmungen" zur LPPV eines der zwei Ziele dieser Liste sei, "eine zuverlässige und zweckmässige Therapie zu gewährleisten". Mit der Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV werde diesem Medikament die Eignung für eine zuverlässige und zweckmässige Therapie abgesprochen. Dies sei eindeutig unzutreffend.

Durch die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV erleide die Gesuchstellerin nicht wiedergutzumachende finanzielle Nachteile, wie der rasche Umsatzrückgang anlässlich der früheren Aufnahme von Bio-Logos in die Negativliste gezeigt habe. Da die LPPV auf den 1. Januar 1997 in Kraft treten soll, sei auch Gefahr in Verzug.

2. Mit superprovisorischer Verfügung vom 18. Dezember 1996 erliess der Vizepräsident des Handelsgerichts folgende superprovisorische Anordnung:

"1. ...

2. a) Dem Gesuchsgegner 1 und den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 wird mit sofortiger Wirkung superprovisorisch verboten, die "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zulasten der Versicherten" (LPPV) oder eine denselben Inhalt aufweisende Publikation zu versenden oder versenden zu lassen, wenn und solange darin die von der Gesuchstellerin vertriebene pharmazeutische Spezialität Bio-Logos enthalten ist.

b) Den geschäftsführenden Organen des Gesuchsgegners 1 und der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 wird für den Fall einer Widerhandlung gegen die vorstehende Verfügung Ziff. 2 lit. a Bestrafung mit Haft oder Busse gemäss Art. 292 StGB angedroht, welche Bestimmung lautet:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Haft oder Busse bestraft."

3. ...

4. ...

5. ...".

3. Mit Gesuchsantwort vom 28. Januar 1997 liessen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 folgende Rechtsbegehren stellen:

"1. Das Massnahmegesuch vom 16. Dezember 1996 sei vollumfänglich abzuweisen.

2. Die superprovisorische Verfügung vom 18. Dezember 1996 sei sofort aufzuheben.

3. Eventualiter sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, innert einer vom Gericht anzusetzenden kurzen Frist zugunsten der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 eine Sicherheit von SFr. 1'500'000.-- zu leisten und es sei für den Fall der Nichtleistung dieser Sicherheit das sofortige Dahinfallen der verfügten Massnahme anzuordnen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin".

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, für das Unterlassungsbegehren der Gesuchstellerin bestehe kein rechtlich schützbare Interesse, da seitens der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 weder eine Begehungs- noch eine Wiederholungsgefahr vorliege. Für den Versand der LPPV seien nicht die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3, sondern das Konkordat der Schweizerischen Krankenkassen (KSK) sowie die Druckerei OFAC zuständig. Im übrigen führe das Verbot, die LPPV zu versenden oder versenden zu lassen, nicht zu einer Vergütung von Bio-Logos durch die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3. Sie würden Bio-Logos auch ohne LPPV seit dem 1. Januar 1997 nicht mehr vergüten.

Sowohl die Mitglieder des V als auch die einzelnen Krankenversicherer erhofften sich mit einer einheitlichen LPPV und der damit gewonnenen Transparenz Kosteneinsparungen, weil damit unnötige zeitraubende Abklärungen über die Vergütung von Medikamenten weitestgehend vermieden werden könnten. Sowohl die Gesuchsgegnerin 2 als auch die Gesuchsgegnerin 3 seien Non-Profit-Organisationen. Die Gesuchsgegnerin 3 bezwecke im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR die Förderung des Gesundheitswesens. Aus der Zweckbestimmung in den Statuten der Gesuchsgegnerin 2 ergebe sich, dass diese einen wohltätigen Zweck verfolge. Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 dürften von Gesetzes wegen keinen Erwerbszweck verfolgen.

Gemäss der Richtlinie der IKS über die Heilmittelwerbung sei für Bio-Logos Fachwerbung in vielfältiger Form zulässig. Zudem stehe es der Gesuchstellerin offen, einen Antrag an die Eidgenössische Arzneimittelkommission zur Aufnahme von Bio-Logos in die Liste der durch die Kassen zu vergütenden Medikamente aus der Grundversicherung zu stellen. Es treffe sodann nicht zu, dass Ärzte praktisch keine Medikamente verschrieben, welche von den Krankenversicherern nicht übernommen würden. Sofern ein Arzneimittel bei einem kranken Patienten in einer bestimmten Situation indiziert und sinnvoll sei, sei der Arzt sicher bereit, dieses Medikament zu verschreiben, egal wer die Kosten dieses Arzneimittels trage. Die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV stelle keine Diskriminierung, sondern ein Wegfall eines bisherigen Privilegs dar.

Die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 seien nicht in der Fachgruppe LPPV vertreten. Es dürfe deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass sie federführend bei der Erstellung des Entwurfes der LPPV mitgewirkt hätten. Frau Hiestand und Herr Züllig seien lediglich seitens der Gesuchsgegnerinnen befugt gewesen, an dieser Arbeitsgruppe als Fachpersonen teilzunehmen. Die Fachgruppe werde von sämtlichen Versicherern eingesetzt. Weder die Gesuchsgegnerin 2 noch die Gesuchsgegnerin 3 hätten ein Mandat zur Erstellung der LPPV.

Der Beschluss des KSK und seiner Mitglieder, zusammen mit dem V die LPPV zu erstellen, sei nichts anderes als eine noch nicht unterzeichnete Abrede und damit im kartellrechtlichen Sinne eine abgestimmte Verhaltensweise. Die abgestimmten Verhaltensweisen fielen jedoch nach neuem Kartellgesetz nur noch unter Art. 4 Abs. 1 und könnten nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung mehrerer Unternehmen führen.

Die Wettbewerbsabrede zwischen den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 und dem Gesuchsgegner 1 hätten im übrigen nur einen geringfügigen Einfluss auf den Arzneimittelmarkt. Die Gesuchstellerin mache den Hauptumsatz mit Bio-Logos nicht im Arzneimittelmarkt über die Zusatzversicherung, sondern im freien Arzneimittelmarkt. Auch für den Zusatzversicherungsmarkt sei die Wettbewerbsbeschränkung unerheblich. Einerseits würden niemals alle Versicherer die Option LPPV im Zusatzvertrag wählen und andererseits sei die LPPV nicht abschliessend. Im übrigen wäre eine den Wettbewerb erheblich beschränkende Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt.

4. Mit Eingabe vom 29. Januar 1997 erstattete der Gesuchsgegner 1 Antwort und liess folgende Rechtsbegehren stellen:

- "1. Die superprovisorische Verfügung vom 18. Dezember 1996 sei sofort aufzuheben und auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten.

2. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Ziff. 1 des Rechtsbegehrens vom 16. Dezember 1996 sei - soweit die Gesuchsgegnerin 1 (V) dadurch betroffen ist - unter gleichzeitiger Aufhebung der superprovisorischen Verfügung vom 18. Dezember 1996 vollumfänglich abzuweisen, soweit auf dieses überhaupt einzutreten ist.
3. Eventuell, d.h. bei Bestätigung des vorläufig superprovisorisch gutgeheissenen Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen, sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, für den durch die vorsorglichen Massnahmen dem Gesuchsgegner 1 (V) entstehenden Schaden eine angemessene Sicherheit von Fr. 200'000.— - richterliches Ermessen und Nachforderung je nach Dauer des Hauptprozesses ausdrücklich vorbehalten - zu leisten, verbunden mit der Androhung, dass die angeordnete vorsorgliche Massnahme dahinfällt, falls die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht erfüllt wird.

Eventuell sei weiter der Gesuchstellerin eine nicht erstreckbare Frist von höchstens 30 Tagen ab Zustellung der Verfügung im vorliegenden Verfahren anzusetzen, um im ordentlichen Verfahren Klage in der Hauptsache zu erheben, verbunden mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, dass bei Nichteinhaltung dieser Frist die angeordnete vorsorgliche Massnahme hinfällig wird.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, die superprovisorische Verfügung vom 18. Dezember 1996 falle dahin, da es die Gesuchstellerin unterlassen habe, innert 30 Tagen nach Erlass der Verfügung die Klage in der Hauptsache anhängig zu machen.

Es treffe nicht zu, dass der V anfänglich in der Fachgruppe LPPV mitgewirkt habe. Der V sei an einer möglichst klaren und allenfalls abschliessenden Regelung mit den Zusatzversicherern deshalb interessiert, damit seine Mitglieder beim Verkauf von Medikamenten verbindlich feststellen könnten, ob der Versicherer das verkaufte Medikament ihnen direkt vergüten werde oder nicht. Eine uneinheitliche oder unklare Situation sei geeignet, zwischen Ärzten und Patienten sowie dem Apotheker unnötige Umtriebe zu schaffen. Die Ausarbeitung der LPPV sei allein Sache der Krankenversicherer, welche die Option LPPV wählten. Die Zugehörigkeit eines Medikamentes zur Liste bedeute nur, dass dieses vom Apotheker dem Kunden direkt verrechnet werden müsse. Es werde lediglich das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Apotheker geregelt. Von einem eigentlichen Vergütungsverbot könne nicht die Rede sein.

Durch die beabsichtigte Regelung der Abrechnungsart im Zusatzvertrag mit einzelnen Versicherern über die Medikamentenabgabe im Zusatzversicherungsbereich übe der Gesuchsgegner 1 keinen bzw. insbesondere keinen missbräuchlichen Einfluss auf den Markt für Arzneimittel aus. Der V bzw. dessen Mitglieder seien nicht Herausgeber der LPPV und würden insbesondere auch keine Arzneimittel verschreiben. Sie hätten demnach auch keinen Einfluss auf die Nachfrage nach Arzneimitteln im rezeptpflichtigen Bereich. Die Rezeptpflicht für ein Medikament werde zudem im öffentlichen Interesse statuiert.

Eine Gruppe von "mehreren Unternehmen" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG liege schon deshalb nicht vor, weil der V mit den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 und auch

den übrigen Versicherern in keiner Art und Weise zu einer Einheit zusammengeschlossen sei. Auch liege kein gleichförmiges Verhalten mehrerer Unternehmen vor. Es treffe nicht zu, dass der V bzw. dessen Mitglieder auf dem hier zur Diskussion stehenden und allein relevanten Markt als Anbieter in der Lage wären, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Nachfragemacht komme bei rezeptpflichtigen Medikamenten allein den rezeptausstellenden Ärzten zu.

Sämtliche allenfalls an der LPPV beteiligten Versicherer unterständen dem KVG, dürften von Gesetzes wegen keinen Erwerbszweck verfolgen und müssten hauptsächlich die soziale Krankenversicherung betreiben. Die allenfalls mit der LPPV eingesparten Kosten könnten deshalb gar nicht zur Gewinnmaximierung eingesetzt werden. Sie führten jedoch zu tragbaren und noch attraktiven Prämien für die Konsumenten auch im Zusatzversicherungsbereich.

Eine allfällige horizontale Wettbewerbsabrede bestehe nicht im beabsichtigten Abschluss der Zusatzverträge mit dem V unter Wahl der Option LPPV. Eine solche Abrede könne lediglich in der Absicht der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 sowie weiterer Versicherer bestehen, erstens die Zusatzverträge mit der Option LPPV abzuschliessen und zweitens Bio-Logos auf die LPPV zu setzen sowie drittens Bio-Logos grundsätzlich wenigstens im Regelfall durch die Aufnahme in die LPPV von der Vergütung auszuschliessen. Auf sämtliche der drei erwähnten Vorgänge habe der Gesuchsgegner 1 keinerlei Entscheidungsmacht. Eine vertikale Wettbewerbsabrede liege somit nicht vor. Überdies diene die allfällige Wettbewerbsabrede der Steigerung der Effizienz der Verwaltung und der Betriebsabläufe sowohl der Versicherer als auch des Gesuchsgegners 1.

5. Mit Stellungnahme vom 7. Februar 1997 beantragte die Gesuchstellerin die Abweisung des Gesuchs der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 um Auferlegung einer Kautions zugunsten der Beschwerdegegnerinnen.

6. Am 18. Februar 1997 erliess der Vizepräsident des Handelsgerichts folgende Verfügung:

"1.a) Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, innert 30 Tagen seit Zustellung dieser Verfügung Sicherheit im Umfang von Fr. 1'000'000.— zugunsten der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 zu leisten durch Hinterlegung von Geld, Wertpapieren oder einer unwiderruflichen, unbedingten und unbefristeten Bankgarantie einer in der Schweiz domizilierten, erstklassigen Bank bei der Kasse des Obergerichts des Kantons Aargau.

b) Im Falle der Säumnis fällt das mit superprovisorischer Verfügung vom 18. Dezember 1996 angeordnete Verbot dahin. Für die angesetzte Frist von 30 Tagen gelten die Gerichtsferien nicht".

Die Gesuchstellerin hat die verlangte Sicherheit fristgemäss in Form einer Bankgarantie der Schweizerischen Bankgesellschaft vom 18. März 1997 geleistet.

7. Die Parteien erklärten sich mit der schriftlichen Fortsetzung des Behauptungsverfahrens einverstanden, worauf die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 27. Februar 1997 ihre Replik erstattete. Sie hielt an den im Gesuch vom 16. Dezember 1996 gestellten Rechtsbegehren fest. Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

8. Mit Eingabe vom 21. März 1997 erstatteten die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ihre Duplik und stellten folgende Rechtsbegehren:

- "1. Das Massnahmegesuch vom 16. Dezember 1996 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Die superprovisorische Verfügung vom 18. Dezember 1996 sei sofort aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchstellerin."

Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

9. Mit Eingabe vom 18. März 1997 erstattete der Gesuchsgegner 1 seine Duplik und hielt an seinen in der Gesuchsantwort vom 29. Januar 1997 gestellten Rechtsbegehren fest. Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

10. Am 25. März 1997 reichte die Gesuchstellerin eine Noveneingabe ein.

11. Mit Eingaben vom 4. bzw. 7. April 1997 nahmen die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 bzw. der Gesuchsgegner 1 Stellung zur Noveneingabe der Gesuchstellerin.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

I.

1. Der Gesuchsgegner 1 macht in formeller Hinsicht geltend, die mit Verfügung des Vizepräsidenten vom 18. Dezember 1996 superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahme falle dahin, da es die Gesuchstellerin unterlassen habe, innert 30 Tagen nach Erlass der Verfügung in der Hauptsache anhängig zu machen. Auf das Massnahmegesuch sei daher nicht einzutreten.

2. Durch die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei (sog. superprovisorische Verfügung) soll die Funktion der vorsorglichen Massnahmen - Abwendung drohender Nachteile - geschützt werden. Eine superprovisorische Verfügung wird dann erlassen, wenn eine vorherige Anhörung der Gegenpartei die Abwendung der drohenden Nachteile zum vornherein illusorisch machen würde (Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 153). Die Verfügung soll den Zeitraum von der Anhängigmachung des vorsorglichen Massnahmebegehrens bis zum Entscheid über das Begehren nach Anhörung der Gegenpartei regeln. Die superprovisorische Verfügung stellt somit nicht einen Ersatz für den Erlass vorsorglicher Massnahmen dar, sondern eine Ergänzung dieses Rechtsbehelfs zum Zwecke der Sicherung seiner Funktion. Aufgrund dieses Zwecks der superprovisorischen Verfügung ist nicht ersichtlich, weshalb die Frist zur Einleitung der Klage in der Hauptsache bereits mit Erlass der superprovisorischen Anordnung ausgelöst werden soll. Eine solche Frist ist vielmehr nach der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 28e Abs. 2 ZGB, welche hier anwendbar ist (Art. 17 Abs. 2 KG/Art. 14 UWG), erst mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme anzusetzen. Der formelle Einwand des Gesuchsgegners 1 ist deshalb unbegründet.

II.

1. Die Gesuchstellerin macht einen vorsorglich zu schützenden kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend. Die sachliche Zuständigkeit des Instruktionsrichters des Handelsgerichts ergibt sich hiefür aus § 404 Abs. 1 lit. b Ziff. 2. Und 4. i.V.m. § 416 ZPO. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts als Gericht am Sitz der Gesuchstellerin ergibt sich einerseits aus Art. 14 Abs. 2 KG und anderseits aus Art. 12 Abs. 2 UWG.

2. a) Sowohl auf vorsorgliche Massnahmen zum Schutze von kartellrechtlichen Ansprüchen gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen als auch auf

solche zum Schutze des lauterer und unverfälschten Wettbewerbs sind die Bestimmungen von Art. 28c - f ZGB sinngemäss anwendbar (Art. 17 Abs. 2 KG/Art. 14 UWG). Gemäss Art. 28c Abs. 1 ZGB kann, wer glaubhaft macht, dass er in seinen Rechten verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen. Der Richter kann insbesondere die Verletzung vorsorglich verbieten oder beseitigen (Art. 28c Abs. 2 Ziff. 1. ZGB). Gemäss Art. 28d Abs. 1 OR gibt der Richter dem Gesuchsgegner Gelegenheit, sich zu äussern. Ist es jedoch wegen dringender Gefahr nicht mehr möglich, den Gesuchsgegner vorgängig anzuhören, so kann der Richter schon auf Einreichung des Gesuchs hin Massnahmen vorläufig anordnen, es sei denn, der Gesuchsteller habe sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert (Art. 28d Abs. 2 ZGB).

b) Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ist demgemäss an die folgenden Voraussetzungen geknüpft:

1. Glaubhaftmachung des vorsorglich zu schützenden Rechts (Hauptsachenprognose). Bei der diesbezüglichen rechtlichen Vorprüfung ist mit Bezug auf vorsorgliche Vollstreckungsmassnahmen (sog. Leistungsmassnahmen) wegen der damit für den Gesuchsgegner in der Regel verbundenen einschneidenden Konsequenzen erforderlich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint (BGE 104 Ia 414, 100 Ia 22, 97 I 486 f.; O. Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980 S. 97; Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N 7 zu § 110; Eichenberger, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, N 9 zu § 302).

Im weiteren ist unter diesem Titel zu prüfen, ob es als glaubhaft erscheint, dass eine Verletzung des zu schützenden Rechts ernstlich zu befürchten ist, also die ernsthafte Gefahr einer Rechtsverletzung vorhanden ist (BGE 109 II 346 Erw. 3; Alder, a.a.O., S. 99). Ist bereits eine Verletzungshandlung vorgekommen, so impliziert dies in der Regel ihre erneute Begehung (BGE 116 II 359 f. Erw. 2b). Diese Vermutung der Wiederholungsgefahr kann durch den Gesuchsgegner widerlegt werden, wenn er Umstände dartut, die eine Wiederholung im konkreten Fall ausschliessen oder als unwahrscheinlich erscheinen lassen (Alder, a.a.O., S. 98).

2. Glaubhaftmachung, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (Nachteilsprognose). Gleich wie bei der Hauptsachenprognose sind an die nicht leichte Ersetzbarkeit des drohenden Nachteils strengere Anforderungen zu stellen, wenn die vorsorgliche Vollstreckung eines Anspruches und nicht bloss die Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes (sog. Sicherungsmassnahmen) verlangt wird. In solchen Fällen müssen die Interessen der Parteien sorgfältig gegen einander abgewogen werden. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vor, wenn dieser nicht oder nur schwer mit Geld ausgeglichen werden kann. Die Gefährdung einer Schadenersatzforderung stellt einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, wenn entweder die Solvenz der Gegenpartei als zweifelhaft erscheinen lässt, ob Schadensausgleich überhaupt zu erreichen ist, oder aber der Schadensnach-

weis mit besonderen Beweisschwierigkeiten verbunden ist (BGE 108 II 230 f. Erw. 2b und c; 94 I 11 Erw. 8; Vogel, a.a.O., S. 96; Eichenberger, a.a.O., N 8 zu § 302).

3. Glaubhaftmachung einer relativen Dringlichkeit in dem Sinne, dass der drohende Schaden nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann (Alder, a.a.O., S. 83).
3. Zu prüfen ist vorab die Glaubhaftmachung des zu schützenden Unterlassungsanspruchs (Hauptsachenprognose).
 - a) Was zunächst die lauterkeitsrechtliche Anspruchsgrundlage betrifft, behauptet die Gesuchstellerin eine Verletzung von Art. 3 lit. a UWG. Sie stützt sich hiezu auf eine unter dem Titel "Zur Beachtung" in der LPPV enthaltene Äusserung. In Ziff. 2. jener Feststellung wird folgendes ausgeführt:

"2. In der Liste der pharmazeutischen Präparate zulasten der Versicherten (LPPV) werden Medikamente aufgeführt, die von den Krankenversicherern auch über Zusatzversicherungen nicht vergütet werden mit dem Ziel:

 - den Grundsatz des medizinischen Bedürfnisses zu beachten,
 - eine zuverlässige und zweckmässige Therapie zu gewährleisten."
 - b) In dieser Erklärung werden die mit der Nichtvergütung der in der LPPV aufgeführten Medikamente verfolgten grundsätzlichen Ziele deklariert. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin kann aber dieser Deklaration weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn die Bedeutung beigemessen werden, alle in der LPPV aufgeführten Medikamente vermöchten weder eine zuverlässige noch eine zweckmässige Therapie zu gewährleisten. Insbesondere ist eine solche Behauptung für Bio-Logos in dieser Deklaration nicht enthalten. Vielmehr kann für dieses Medikament ebenso gut die andere der beiden genannten Zielsetzungen - Nichtvergütung nach dem Grundsatz des medizinischen Bedürfnisses - zutreffen.

Zusätzlich gilt es zu beachten, dass die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 nach den Akten den Zusatzvertrag mit dem V bisher nicht unterzeichnet haben. Jedenfalls ist eine Unterzeichnung in keiner Weise glaubhaft gemacht. Die zitierte Erklärung kann deshalb nicht als Äusserung der Gesuchstellerinnen 2 und 3 bezeichnet werden. Mit Bezug auf den geltend gemachten Unlauterkeitstatbestand - Herabsetzung durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG - kann daher eine positive Hauptsachenprognose nicht bejaht werden.
4. Die Gesuchstellerin beruft sich sodann auf den Tatbestand von Art. 7 KG: unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen:
 - a) Die Bestimmung des Markteinflusses eines Unternehmens setzt die Begrenzung des relevanten Marktes voraus. Hiezu steht nach bisheriger Praxis der Kartellkommission das Kriterium im Vordergrund, ob ein Produkt gegenüber einem anderen austauschbar sei (Schmidhauser e.a., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, N 58 zu Art. 4 KG). In gleicher Weise wird der sachlich relevante Markt auch im Recht der Europäischen Union bestimmt, an welches sich das neue KG im Bereich der marktbeherrschenden Unternehmen anlehnt (Meier-Schatz, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz,

Zürich 1996, S. 56). Der relevante Markt für ein bestimmtes Produkt wird nach Gemeinschaftsrecht ebenfalls durch die Ausweichgüter (Substitutionsgüter) bestimmt (Zäch, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, Zürich 1996, S. 269).

- b) Die Gesuchstellerin stellt für die Bestimmung des relevanten Marktes auf die Sicht des Anbieters ab. Da für Bio-Logos infolge der Rezeptpflicht lediglich der Absatzkanal über die Ärzte offenstehe, sei vorliegend der Markt rezeptpflichtiger Arzneimittel massgebend. Nach Auffassung der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ist der hier relevante Markt einerseits der schweizerische Arzneimittelmarkt und andererseits der schweizerische Zusatzversicherungsmarkt. Der Gesuchsgegner 1 erachtet den Markt für rezeptpflichtige Roborantien, eventuell für Roborantien schlechthin, als relevant.
- c) Letzteres ist zutreffend. Entscheidend für die Bestimmung des relevanten Marktes aus Sicht des Anbieters ist nicht die Frage nach alternativen Absatzkanälen für das eigene Produkt, sondern ob andere Anbieter das entsprechende oder ein substituierbares, d.h. ein aufgrund seiner Eigenschaften, seiner Preislage und seines Verwendungszweckes als gleichartig anzusehendes Produkt anbieten können (Zäch, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, München 1994, S. 236). Eine Beschränkung des relevanten Marktes auf rezeptpflichtige Roborantien lässt sich aufgrund dieser Kriterien im vorliegenden Fall nicht rechtfertigen. Vielmehr ist auf den Markt der Roborantien schlechthin abzustellen, handelt es sich doch dabei um durchaus substituierbare Produkte. Eine Ausweitung des relevanten Marktes auf sämtliche (rezeptpflichtige) Arzneimittel ist andererseits ebenfalls nicht gerechtfertigt.

Zusätzlich ist zu beachten, dass die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 als Anbieter von Krankenzusatzversicherungen mittelbar Einfluss auf den Heilmittelmarkt im allgemeinen und den Markt von Roborantien im besonderen haben können. Der Zusatzversicherungsmarkt ist daher vorliegend nur mittelbar relevant.

- d) Es ist im weiteren zu prüfen, ob den Gesuchsgegnern auf dem eben umgrenzten unmittelbar bzw. mittelbar relevanten Markt eine beherrschende Stellung im Sinne des Kartellgesetzes zukommt.
 - aa) Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf dem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Wie das Kartellgesetz im allgemeinen, so knüpft auch Art. 7 KG beim sachlichen Geltungsbereich an den Unternehmensbegriff an und visiert diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - als Anbieter oder Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung ist im Gesetz offen definiert und kann nur anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles bestimmt werden (Botschaft des Bundesrates zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 81).
 - bb) Die Apotheker als Mitglieder des Gesuchsgegners 1 sind Abnehmer im Arzneimittelmarkt im allgemeinen und im Markt für Roborantien im besonderen. Soweit Roborantien keiner Rezeptpflicht unterstehen, sehen

sich die Apotheker der Konkurrenz der Drogisten ausgesetzt. Ob diesbezüglich von einer marktbeherrschenden Stellung des Gesuchsgegners 1 gesprochen werden kann, ist fraglich. Im Segment rezeptpflichtiger Roborantien dürfen die Drogisten nicht als Abnehmer auftreten. Gleichzeitig dürfen die Apotheker diese Roborantien jedoch nicht ohne Vorlage eines ärztlichen Rezepts durch den Endverbraucher an diesen abgeben bzw. verkaufen. Obwohl sie also Abnehmer der rezeptpflichtigen Roborantien sind, liegt es nicht in ihrem Einflussbereich, welches dieser Produkte in welcher Zahl durch die Ärzte verschrieben wird. Es dürfte ihnen deshalb bezüglich rezeptpflichtiger Roborantien ebenfalls keine marktbeherrschende Stellung zukommen. Jedenfalls kann eine marktbeherrschende Stellung der im V verbundenen Apotheker im Bereich der Roborantien nicht als glaubhaft gemacht bezeichnet werden.

- cc) Aus den Schreiben der "Fachgruppe LPPV" vom 19. bzw. 26. November 1996 geht hervor, dass sich an der Ausarbeitung der LPPV 70 Krankenversicherer (inkl. sämtlicher "grossen") beteiligt haben und die LPPV vom Konsens dieser Versicherer getragen wird. Wieviele dieser Versicherer den Zusatzvertrag mit dem V unter Wahl der Option LPPV bereits geschlossen haben, geht weder aus diesen Schreiben noch sonstwie schlüssig aus den Akten hervor. Insbesondere muss aufgrund der Fax-Schreiben der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 an den V vom 23. Dezember 1996 geschlossen werden, dass mit Bezug auf den Zusatzvertrag (inkl. Option LPPV) bisher, zumindest was diese beiden Versicherer angeht, weder ein mündlicher noch ein schriftlicher Vertragsabschluss zustande gekommen ist. Jedenfalls ist ein solcher Vertragsabschluss nicht glaubhaft gemacht. Allerdings stellen die Absichtserklärungen der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 sowie des Gesuchsgegners 1, den Zusatzvertrag zu unterzeichnen - im Falle der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 überdies unter Wahl der Option LPPV -, eine im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG aufeinander abgestimmte Verhaltensweise sowohl der Versicherer untereinander (horizontal) als auch zwischen diesen und dem V (vertikal) dar. Im übrigen ist ein derart abgestimmtes Verhalten auch in bezug auf die übrigen erwähnten 70 Krankenversicherer glaubhaft gemacht.
- dd) Es stellt sich daher die Frage, ob ein in diesem Sinne abgestimmtes Verhalten der 70 Versicherer unter sich und mit dem V überhaupt unter den Begriff "mehrere Unternehmen" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG subsumiert werden kann. Im neuen Kartellgesetz wird der Begriff "aufeinander abgestimmtes Verhalten" im Zusammenhang mit der Definition der Wettbewerbsabrede verwendet. Entsprechend der von Schmidhauser vertretenen Auffassung (a.a.O., N 44 u. 51 zu Art. 4 KG) dürfte daher davon auszugehen sein, dass jedes abgestimmte Verhalten wettbewerbsbeschränkender Art unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden muss und eine Unterstellung unter den Begriff "mehrere Unternehmen" (Art. 4 Abs. 2 KG) ausgeschlossen ist, womit sich auch eine Prüfung der marktbeherrschenden Stellung der beteiligten Unternehmen erübrigen würde. Jedoch kann die Frage offen gelassen werden, da, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, selbst bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Gesuchsgegner durch abgestimmtes Verhalten ein Missbrauch dieser Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG zu verneinen wäre. Denn, unzulässig ist nicht das Vorhandensein einer

marktbeherrschenden Stellung an sich, sondern lediglich deren missbräuchliche Ausnutzung (BGE vom 20. Dezember 1996, publiziert in Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 1997 S. 38 ff., S. 40 Erw. 5; Meier-Schatz, a.a.O., S. 53).

5. a) Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht, die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a und b KG). Bei der Prüfung des Vorliegens eines behaupteten missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens gilt es den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes im Auge zu behalten. Insbesondere anerkennt das KG in Art. 3 Abs. 1, dass staatliche Marktordnungen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschliessen bzw. einschränken können. Besteht in einem bestimmten wirtschaftlichen Bereich eine staatliche Marktordnung, so ist das KG nur soweit anwendbar, als die staatliche Ordnung für wettbewerbles Verhalten und damit für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt (Botschaft des Bundesrates zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 72 f.; Baldi, Überblick und allgemeine Bestimmungen, in: Zäch [Hrsg.], a.a.O., S. 8). Absicht des Kartellgesetzgebers ist nicht, mit dem Erlass von Wettbewerbsvorschriften staatliche Marktordnungen in Frage zu stellen, sondern gegen private Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen (Botschaft des Bundesrates zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 72).
- b) Die Gesuchstellerin ist als Anbieterin von Bio-Logos im Roborantienmarkt tätig, welcher Teil des Arzneimittelmektes bildet. Der Arzneimittelmeket untersteht einer dicht regulierten staatlichen Marktordnung. Um ein Arzneimittel auf dem Markt anbieten zu dürfen, ist eine Genehmigung der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) Voraussetzung. Weiter werden die Heilmittel im Zuge dieses Genehmigungsverfahrens Kategorien (A - E) zugeteilt, für welche je unterschiedliche Bestimmungen, beispielsweise für Vertrieb oder Werbung, gelten. Bio-Logos wurde anlässlich seiner Zulassung durch die IKS in die Kategorie B eingeteilt, womit das Arzneimittel nur gegen ärztliches Rezept an die Patienten abgegeben werden darf. Zudem verbietet diese Zuteilung Publikumswerbung (Art. 2 Abs. 1 der Richtlinien der IKS über die Heilmittelwerbung vom 23. November 1995). In gleicher Weise gilt ein Werbeverbot für pharmazeutische Spezialitäten, welche in die Spezialitätenliste aufgenommen werden (Art. 65 Abs. 6 KVV).
- c) Die Gesuchstellerin macht geltend, der Ausschluss eines Medikamentes aus dem Leistungsbereich (Deckung) der Zusatzversicherungen durch die Krankenversicherer habe zur Folge, dass die Ärzte dieses Medikament kaum noch verschreiben würden. Die Gesuchstellerin habe keine Möglichkeit, das Medikament Bio-Logos über andere Absatzkanäle zu vertreiben. Die Herausgabe der LPPV komme einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, genauer einer Bezugssperre gleich. Im übrigen werde Bio-Logos gegenüber vergleichbaren, rezeptfrei erhältlichen Produkten diskriminiert.

Die beabsichtigte Zusatzvereinbarung zwischen einer Grosszahl von Krankenversicherern und dem V unter Wahl der Option LPPV hat zur Folge, dass sämtliche Roborantien von der Leistungspflicht (Deckung) der Versicherer ausgeschlossen werden. Die LPPV erstreckt sich auf Leistungen, welche aufgrund eines ärztlichen Rezeptes erbracht werden. Da in Zukunft sämtliche dem Patienten mittels Rezept verschriebenen Roborantien aus dem Deckungsumfang der Zusatzversicherungen jener Krankenversicherer, welche den Zusatzvertrag mit dem V unter Wahl der Option LPPV abgeschlossen haben, ausgeschlossen werden, ist es dem Arzt in der Regel nicht mehr möglich, seinem Patienten ein Roborantium zu verschreiben, ohne dass dieser trotz Abschluss einer Zusatzversicherung für nicht in den Arzneimittellisten (Art. 29/30 KLV) aufgeführte und damit durch die obligatorische Grundversicherung nicht gedeckte Arzneimittel kostenpflichtig wird. Indessen ist nicht ersichtlich, weshalb diese Rechts- und Sachlage in wirtschaftlicher Hinsicht einer Bezugssperre von Bio-Logos durch die Apotheker im Verbund mit den Krankenversicherern gleichkommen soll. Hat ein Arzt seinem Patienten bis heute Bio-Logos aufgrund der therapeutischen Wirksamkeit des Arzneimittels verschrieben, so wird er dies auch in Zukunft tun, sofern kein gleichwertiges Medikament vorhanden ist, welches von den Krankenversicherern vergütet wird. Dass letzteres zutrifft, ist aber weder behauptet noch glaubhaft gemacht. Zwar ist mit der Gesuchstellerin davon auszugehen, dass der Umsatz aus dem Verkauf von Bio-Logos zurückgehen dürfte. Jedoch ist dieser Rückgang nicht auf eine Bezugssperre durch die Krankenversicherer und den V zurückzuführen, sondern auf den Verlust des bisherigen Vorteils von Bio-Logos, als fast einziges Roborantium durch die Krankenversicherer vergütet worden zu sein.

- d) Im Gegensatz zu den meisten vergleichbaren Roborantien untersteht Bio-Logos der Rezeptpflicht und damit restriktiven Werbebestimmungen. Dieser Wettbewerbsnachteil gegenüber vergleichbaren Produkten basiert auf einer staatlichen Marktordnung, in deren Bereich der Wettbewerb ausgeschaltet ist. Er wurde bisher dadurch gemildert, dass die Krankenzusatzversicherer Bio-Logos vergüteten, weshalb viele Ärzte anstelle eines anderen Roborans ihren Patienten Bio-Logos verschrieben haben dürften. Aufgrund der beabsichtigten Gleichbehandlung sämtlicher Roborantien durch eine Grosszahl von Krankenzusatzversicherern im Verbund mit dem V akzentuiert sich der aus der Rezeptpflicht von Bio-Logos fließende Wettbewerbsnachteil der Gesuchstellerin. Eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder Diskriminierung durch die Gesuchsgegner im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a und b KG liegt darin nicht. Denn Schutzobjekt des Kartellgesetzes ist der "wirksame Wettbewerb". Kartellrechtlicher Schutz kann daher nur dort Platz greifen, wo tatsächlich Wettbewerb besteht. Die Ungleichbehandlung der verschiedenen Roborantien beruht aber im vorliegenden Fall nicht auf einer Diskriminierung durch die Gesuchsgegner, sondern auf einer staatlichen Marktordnung, welche dem Wettbewerb vorgeht. Zwar vertritt die Gesuchstellerin den Standpunkt, dass Ungleiches nicht gleich behandelt werden dürfe. Doch kann es nicht Sinn und Zweck des Kartellgesetzes sein, auf einer staatlichen Marktordnung basierende Wettbewerbsbeschränkungen zu korrigieren bzw. daraus sich ergebende Nachteile einzelner Marktteilnehmer zu kompensieren.
- e) Zusammenfassend ist sowohl das Bestehen einer Bezugssperre als auch einer Diskriminierung von Produkten der Gesuchstellerin durch die Ge-

suchsgegner nicht glaubhaft gemacht. Mit Bezug auf den geltend gemachten kartellrechtlichen Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG kann daher eine positive Hauptsachenprognose ebenfalls nicht bejaht werden.

6. Die Gesuchstellerin behauptet sodann, der Zusatzvertrag des V mit den einzelnen Krankenversicherern stelle eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar, weil dadurch der Wettbewerb unter den Krankenversicherern mit Bezug auf die aus den Zusatzversicherungen zu vergütenden Arzneimittel ausgeschaltet werde.

- a) Von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werden einmal alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe. Der Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KG umfasst aber auch die vertikalen Vereinbarungen (und abgestimmten Verhaltensweisen) zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen. Entscheidendes Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen einer kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsabrede ist somit das bewusste oder gewollte Zusammenwirken von Unternehmen, welche als Marktteilnehmer am Wirtschaftsgeschehen beteiligt sind (Botschaft des Bundesrates zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 77 ff.).
- b) In tatsächlicher Hinsicht erscheint gestützt auf die beiden Schreiben der "Fachgruppe LPPV" vom 19. und 26. November 1996) sowie die Fax-Schreiben der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 vom 23. Dezember 1996 und das Protokoll "Fachgruppe LPPV" vom 26. August 1996 als glaubhaft, dass die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 bei der Ausarbeitung des neuen Konzeptes der LPPV federführend mitgewirkt haben und sowohl die Gesuchsgegnerin 2 als auch die Gesuchsgegnerin 3 beabsichtigen, den Zusatzvertrag unter Wahl der Option LPPV zu unterzeichnen und damit die in der LPPV aufgeführten Präparate aus dem Deckungsumfang der von ihnen angebotenen Zusatzversicherungen auszuschliessen. Nicht glaubhaft gemacht ist dagegen, dass die Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 diesen Vertrag bereits geschlossen haben.

Der Gesuchsgegner 1 dürfte an der Ausarbeitung der LPPV nicht beteiligt sein, was aus Absatz 2 von Anhang 2 zum Zusatzvertrag sowie dem Protokoll der Sitzung der "Fachgruppe LPPV" vom 26. August 1996 hervorgeht. Dagegen ist vorgesehen, dass er als Bindeglied zwischen den Krankenversicherern fungieren soll. Das heisst, jeder interessierte Krankenversicherer soll den Zusatzvertrag mit dem V separat schliessen. Die Krankenversicherer und Vertragspartner des V erarbeiten alsdann die LPPV. Das auf den Abschluss eines solchen Vertragsverhältnisses abzielende Vorgehen des Gesuchsgegners 1 und der Krankenversicherer stellt jedenfalls ein abgestimmtes Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und damit eine kartellrechtlich relevante Wettbewerbsabrede dar. Von einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gesuchsgegner 1 und den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 kann hingegen mangels Glaubhaftmachung des Vertragsabschlusses nicht ausgegangen werden, was für die Würdigung der kartellrechtlichen Verhältnisse zwischen den Gesuchsgegnern unter dem Blickwinkel von Art. 5 KG jedoch ohne Belang ist.

- c) Die Gesuchstellerin ist nicht auf dem Versicherungs- sondern im Heilmittelmarkt tätig. Als solche ist sie von einer Wettbewerbsabrede der Krankenversicherer untereinander und mit dem V über die Vergütung des von ihr angebotenen Medikamentes Bio-Logos nur mittelbar betroffen. Es stellt sich daher die Frage, ob auch eine solche mittelbare Betroffenheit eines nicht auf dem von einer Wettbewerbsabrede erfassten Markt tätigen Marktteilnehmers die Aktivlegitimation für kartellrechtliche Ansprüche zu begründen vermag. Gemäss Art. 12 Abs. 1 KG stehen die Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung demjenigen zu, der "in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird". Dieses Erfordernis der Wettbewerbsbehinderung wird in der bisher publizierten Lehre so verstanden, dass jeder Marktteilnehmer, der durch eine unzulässige Wettbewerbsabrede "tatsächlich im Wettbewerb behindert ist", als aktivlegitimiert zu gelten hat. Eine Beschränkung auf Dritte im Sinne der Terminologie zum alten KG - aus einem Vertriebssystem Ausgeschlossene oder von einer Liefersperre Betroffene - wird als nicht mehr gerechtfertigt erachtet (R. Walter, Zivilrechtliches Verfahren nach dem revidierten KG - unauffällige Revision mit Knacknüssen, AJP 1996, S. 896). Nach dieser Auslegung von Art. 12 Abs. 1 KG erscheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass der erforderliche Zusammenhang zwischen einer Wettbewerbsbeschränkung und der Marktposition des Zivilklägers auch für bloss mittelbar Betroffene zu bejahen ist und demgemäss die Aktivlegitimation auch Unternehmen, die wie die Gesuchstellerin nicht auf dem durch die angegriffene Wettbewerbsabrede geregelten Markt tätig sind, zuerkannt wird.
7. a) Abreden unter Wettbewerbsteilnehmern sind nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb für bestimmte Waren und Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen oder wenn sie den wirksamen Wettbewerb gänzlich beseitigen (Art. 5 Abs. 1 KG). Nach der Praxis zum alten KG ist bei der Prüfung der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung darauf abzustellen, ob eine Behinderung wettbewerbspolitisch relevante Gesichtspunkte des geschäftlichen Handelns berührt und fühlbare Auswirkungen auf die wirtschaftliche Gesamtsituation des betroffenen Unternehmens hat oder nicht (Meier-Schatz, a.a.O., S. 23).
- b) Die im vorliegenden Fall zu beurteilende Wettbewerbsabrede des Gesuchsgegners 1 mit den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 sowie - was aufgrund des Schreibens der "Fachgruppe LPPV" vom 19. November 1996 glaubhaft erscheint - mit ca. 70 weiteren Krankenversicherern, insbesondere mit allen "grossen" Krankenversicherern, führt dazu, dass die in der LPPV aufgeführten Medikamente über die Zusatzversicherungen der Krankenversicherer nicht mehr vergütet werden. Dabei handelt es sich um Arzneimittel, die nicht zu den Pflichtleistungen gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. b KVG gehören und daher nur nach privatversicherungsrechtlichen Grundsätzen versicherbar sind (Art. 12 Abs. 2 und 3 KVG; A. Maurer, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel a.e. 1996, S. 131 f.). Da sämtliche sog. "grossen" Krankenversicherer die in der LPPV aufgeführten Medikamente aus den von ihnen angebotenen Zusatzversicherungen nicht mehr vergüten werden, dürfte eine kartellrechtlich relevante, vereinheitlichte Zusatzversicherungspraxis mit Bezug auf diese Arzneimittel resultieren. Insofern führt die Abrede zu einer erheblichen Beschränkung des Zusatzversicherungsmarktes, was wiederum mittelbare Auswirkungen auf den Arzneimittelmarkt haben kann.

- c) Zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, wie die Gesuchstellerin geltend macht, dürfte die im vorliegenden Fall zu beurteilende Wettbewerbsabrede jedoch nicht führen. Die LPPV umfasst lediglich rund 650 Arzneimittel. Gemäss übereinstimmender Angaben der Gesuchstellerin sowie der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 sind in der Schweiz rund 4'800 Medikamente auf dem Markt, welche nicht in der sog. Spezialitätenliste enthalten sind und bezüglich welcher die Krankenzusatzversicherer die Wahl haben, diese zu vergüten oder nicht. Demzufolge ist der Wettbewerb unter den Krankenversicherern im Bereich der Zusatzversicherungen trotz Vereinbarung der LPPV im Umfang von über 4'000 Arzneimitteln gewahrt.

Überdies wird der Wettbewerb unter den Zusatzversicherern auch bezüglich der in der LPPV aufgeführten Arzneimitteln nicht beseitigt. Denn es ist davon auszugehen, dass den Versicherten durchaus Ausweichmöglichkeiten auf Krankenversicherer verbleiben, welche ihr Leistungsangebot im Zusatzversicherungsbereich nicht nach der LPPV richten. Dass den Versicherten diese Möglichkeit verbleibt, ist umso wahrscheinlicher, weil sie nicht verpflichtet sind, eine Zusatzversicherung bei demselben Krankenversicherer abzuschliessen wie die obligatorische Grundversicherung.

- d) Der Wettbewerb unter den Zusatzversicherern wird durch die Wettbewerbsabrede zwischen dem V und einer Vielzahl von Krankenversicherern demnach im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt. Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs erscheint hingegen nicht glaubhaft gemacht.

8. Wettbewerbsabreden sind aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz unter anderem dann gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG). Es stellt sich die Frage, ob für die hier streitige, den Zusatzversicherungsmarkt erheblich beschränkende Wettbewerbsabrede ein solcher Rechtfertigungsgrund gegeben ist oder nicht.

- a) Die Gesuchsgegner behaupten als Rechtfertigungsgrund für die Vereinbarung des Zusatzvertrages mit Option LPPV, es werde damit eine Effizienzsteigerung erzielt. Durch die einheitliche LPPV und der damit gewonnenen Transparenz des Zusatzversicherungsmarktes würden Kosten eingespart, weil unnötige, zeitraubende Abklärungen über die Vergütung von Medikamenten weitestgehend vermieden werden könnten. Diese Kostenersparnisse könnten nur dann erreicht werden, wenn möglichst alle Zusatzversicherer den Zusatzvertrag inklusive Option LPPV unterzeichneten. Die Kooperation der Versicherer im Bereich der LPPV sei auch deshalb zur Kostensenkung sinnvoll, weil bei den meisten Versicherern die technische Infrastruktur für die Abwicklung kasseneigener Listen fehle und nur beschränkte Ressourcen für die Verwaltungskosten zur Verfügung stünden. Ganz allgemein werde die Abrechnung zwischen Apothekern und Versicherern erheblich vereinfacht. Für die Apotheker entstehe zudem eine Vereinfachung in den Verkaufsabläufen. Ohne LPPV müssten die Apotheker bei jedem einzelnen Kunden unter erheblichem Aufwand abklären, ob eine Versicherungsdeckung bestehe oder nicht, was zu einem gesteigerten Personalaufwand führe.

Die Gesuchstellerin bestreitet die Möglichkeit der Erzielung einer Kosteneinsparung durch Vereinheitlichung der LPPV unter den Zusatzversicherern. Von den rund 4'800 "Hors-liste"-Arzneimitteln (Arzneimittel, welche nicht in

den Listen gemäss Art. 52 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 und lit. b KVG aufgeführt sind) seien von den Krankenversicherern lediglich 650 unter willkürlichen Kriterien ausgewählt worden, welche mittels Aufnahme in die LPPV nicht mehr vergütet werden sollen. Damit bestehe für über 4'000 Produkte weiterhin eine uneinheitliche Vergütungspraxis. Es sei nicht einzusehen, weshalb ein spürbarer Mehraufwand entstehen solle, wenn nun zusätzlich die 650 Medikamente der LPPV ebenfalls individuell vergütet würden. Zudem habe die bis vor kurzem geltende Negativliste 1'500 Arzneimittel umfasst. Es hätten nun rund 850 Arzneimittel ohne Schwierigkeiten gestrichen werden können, was die Bedeutung und Eignung der LPPV für die Kosteneinsparung ebenfalls in Frage stelle.

- b) Art. 13 Abs. 2 lit. a KVG statuiert, dass die Krankenversicherer die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zu deren Zweck verwenden dürfen. Diese Norm beinhaltet für den Bereich der obligatorischen Krankenversicherung ein eigentliches Gewinnausschüttungsverbot. Das Verbot gilt somit im Bereich der Zusatzversicherungen grundsätzlich nicht. Allerdings sind vom Verbot nur jene Zusatzversicherer befreit, welche private Versicherungseinrichtungen sind. Für die anerkannten Krankenkassen gilt das Gewinnausschüttungsverbot auch im Bereich der Zusatzversicherungen. Nach Art. 12 Abs. 1 KVG dürfen nämlich die anerkannten Krankenkassen keinen Erwerbszweck verfolgen, was auch das Gewinnausschüttungsverbot einschliesst (Maurer, a.a.O., S. 16). Als anerkannte Krankenkassen im Sinne des KVG gelten juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbszweck verfolgen, hauptsächlich soziale Krankenversicherung betreiben und vom Eidgenössischen Departement des Innern anerkannt sind (Art. 12 Abs. 1 KVG). Krankenkassen können auch in der Rechtsform der Aktiengesellschaft bestehen, sofern der Zweck im Sinne von Art. 620 Abs. 3 OR umschrieben wird (Maurer, a.a.O., S. 7).

Sowohl bei der Gesuchsgegnerin 2 als auch der Gesuchsgegnerin 3 handelt es sich um anerkannte Krankenkassen im Sinne des KVG. Beide Versicherer sind demnach auch im Bereich der Zusatzversicherungen einem Erwerbszweckverbot und somit einem Gewinnausschüttungsverbot unterstellt. Dies hat zur Folge, dass angefallener Gewinn in erster Linie zur Senkung der Versicherungsprämien verwendet werden muss. Jedenfalls erscheint nicht als glaubhaft, dass mit der vorliegend relevanten Wettbewerbsabrede die Gewinnausschüttung maximiert werden soll. Ginge es den Krankenversicherern lediglich darum, für die in der LPPV aufgeführten Arzneimittel im Bereich der Zusatzversicherungen den Wettbewerb zu beschränken, so wäre hierfür kein Vertrag mit den Apothekern notwendig. Die Zusatzversicherer könnten eine solche Vereinbarung ebensogut untereinander treffen. Mithin macht die Vereinbarung mit den Apothekern nur dann Sinn, wenn sie zum Zwecke hat, die administrativen Abläufe im Zusammenhang mit der Vergütung von Arzneimitteln zu vereinfachen. Die Liste gewährleistet, dass der Apotheker die darin enthaltenen Arzneimittel dem Endverbraucher direkt in Rechnung stellen kann. Zu diesem Zweck können die besagten Medikamente im EDV-System des jeweiligen Apothekers in diesem Sinne speditiv bearbeitet werden. Eine Abrechnung zwischen den Apothekern und den Versicherern entfällt ebenso wie ein aufwendiges Abklärungsverfahren. Ein Spareffekt und damit eine Effizienzsteigerung erscheint daher glaubhaft. Ob dieser Spareffekt erheblich ist oder eher gering ausfällt, ist vorliegend nicht zu

beurteilen. Das Gesetz verlangt lediglich eine Senkung, nicht aber eine erhebliche Senkung der Kosten (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG).

- c) Zusammenfassend ist glaubhaft gemacht, dass die LPPV aus Gründen der Kostenreduktion eingeführt werden soll. Ein anderer Beweggrund ist nicht ersichtlich, zumal es sich bei den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 um anerkannte Krankenversicherer im Sinne des KVG handelt, welche auch im Bereich der Zusatzversicherungen keine Gewinnausschüttungen vornehmen und überhaupt keinen Erwerbszweck verfolgen dürfen.

Die Wettbewerbsabrede zwischen den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 sowie dem Gesuchsgegner 1 kann demnach jedenfalls im Rahmen der im vorliegenden Verfahren massgebenden summarischen Prüfung als gerechtfertigte Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. a KG qualifiziert werden, weshalb eine positive Hauptsachenprognose mit Bezug auf den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) zu verneinen ist.

9. Da die von der Gesuchstellerin behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nicht glaubhaft gemacht ist, kann sie den beantragten vorsorglichen Schutz des von ihr geltend gemachten kartellrechtlichen Unterlassungsanspruchs nicht beanspruchen. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erübrigt sich. Das Gesuch ist abzuweisen.

10. Aus der Abweisung des Gesuches folgt, dass die mit superprovisorischer Verfügung vom 18. Dezember 1996 angeordnete vorsorgliche Massnahme aufzuheben ist.

11. Die Gesuchstellerin hat im Anschluss an den Erlass der mit Verfügung vom 18. Dezember 1996 angeordneten superprovisorischen Massnahme zugunsten der Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 eine Sicherheit in Form einer Bankgarantie geleistet. Diese Sicherheit fällt dahin, wenn feststeht, dass eine Schadenersatzklage nicht erhoben wird (§ 308 Abs. 2 ZPO). Den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 ist daher Frist anzusetzen zum Nachweis der Einleitung des Schadenersatzprozesses zwecks Aufrechterhaltung der Sicherheit.

12. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 112 Abs. 1 ZPO).

Demgemäss wird erkannt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die mit Verfügung vom 18. Dezember 1996 superprovisorisch angeordnete vorsorgliche Massnahme wird aufgehoben.
3. Den Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 wird Frist bis 30. Juli 1997 angesetzt, um durch entsprechende gerichtliche Bestätigung nachzuweisen, dass sie gegenüber der Gesuchstellerin eine Schadenersatzklage rechtshängig gemacht haben. Wird dieser Nachweis geleistet, bleibt die Bankgarantie der Schweizerischen Bankgesellschaft vom 18. März 1997 bestehen; andernfalls fällt sie dahin.
4. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.--, den Kanzleigebühren und Auslagen von Fr. 788.--, insgesamt Fr. 6'788.--, werden der Gesuchstellerin auferlegt.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner 1 dessen Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 56'390.70 (inkl. MwSt.) sowie den

Gesuchsgegnerinnen 2 und 3 deren Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 65'400.30 (inkl. MwSt.) zu bezahlen.

6. (Zustellung)

C 1 3. Arzneimittelmarkt (Handelsgericht des Kt. Aargau)

Medikamentenhandel, Apotheken, Krankenkassen; vorsorgliche Massnahmen; Art. 17 KG, Art. 14. UWG.

Commerce de médicaments, pharmacies, caisses maladies, mesures provisionnelles; art. 17 LCart.

Commercio di medicinali, farmacie, casse malati; misura cautelari; art. 17 LCart.

(vgl. auch S. 265 ff.)

Zusammenfassung

1. Es kann nicht von einer Teilnahme an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von KG 4 I gesprochen werden, wenn der Gesuchsgegner 1 (ein Verein gemäss ZGB 60 ff.) zwar das Sekretariat der Fachgruppe LPPV führt und für Auskünfte sowie Druck und Versand der LPPV besorgt ist, jedoch weder an der inhaltlichen Ausarbeitung der Vereinbarung beteiligt war, noch selbst Vertragspartei ist (E 3 b., c. und e.).
2. Eine Verbandsempfehlung stellt erst dann eine Wettbewerbsabrede im Sinne eines abgestimmten Verhaltens (KG 4 I) dar, wenn sie durch die Marktteilnehmer tatsächlich befolgt wird (E 4 a.).
3. Aus der Übernahme von Sekretariatsarbeiten für die Fachgruppe LPPV sowie der Verantwortung für Versand und Druck der LPPV allein kann keine Verbandsempfehlung seitens des Gesuchsgegners 1 abgeleitet werden (E 4 c.).

Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 9. Mai 1997

Im vorsorglichen Massnahmeverfahren der S, Gesuchstellerin, vertreten durch [...] gegen K, Gesuchsgegner 1, vertreten durch [...] und O, Gesuchsgegnerin 2,

wird den Akten entnommen:

A.

1. Die Gesuchstellerin vertreibt in der Schweiz das rezeptpflichtige Arzneimittel Bio-Logos, ein Stärkungsmittel oder sog. Roborantium, welches u.a. in der Rekonvaleszenz nach Operationen und Krankheiten indiziert ist. Die Gesuchstellerin erzielte mit diesem Produkt bisher einen Jahresumsatz von Fr. 5 - 6 Mio.

Die Schweizerischen Krankenversicherer führen unter Koordination durch den Gesuchsgegner 1 eine sog. "Negative Liste" von Arzneimitteln, welche von den Krankenversicherern nicht übernommen werden und demgemäss von Apotheken und selbstdispensierenden Ärzten den Versicherten direkt belastet werden müssen. Das Arzneimittel Bio-Logos wurde erstmals in die "Negative Liste" vom 15. September 1994 aufgenommen, auf Intervention der Gesuchstellerin aber in der Ausgabe der Liste vom 15. März 1995 wieder gestrichen.

2. Mit Grundvertrag zwischen dem S und dem Gesuchsgegner 1 vom 13. Februar 1996 wurden die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien neu geregelt. Gestützt auf diesen Grundvertrag wurde der Entwurf eines Zusatzvertrages zwischen dem S und den sog. "Vertragsversicherern" (Krankenversicherer, welche Mitglieder des Gesuchsgegners 1 sind und keine Erklärung abgegeben haben, dem Vertrag nicht beizutreten; vgl. Art. 6 Abs. 2 Grundvertrag i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Alinea 3 Zusatzvertrag) ausgearbeitet, der sich auf Leistungen erstreckt, die aufgrund eines ärztlichen Rezeptes erbracht werden, und die nicht zu den aus der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gemäss KVG und zu den gemäss Krankenpflege-Leistungsverordnung (LKV) gedeckten Leistungen gehören (Art. 3 Abs. 1 des Zusatzvertrages). In Art. 14 Abs. 1 des Entwurfes ist vorgesehen, dass der Zusatzvertrag auf den 1. Januar 1997 in Kraft tritt. Art. 3 Abs. 2 Zusatzvertrag enthält eine "Option LPPV", mit welcher die dem Vertrag angeschlossenen Krankenversicherer jene Produkte ausschliessen können, welche in der "Liste der pharmazeutischen Präparate zulasten der Versicherten" (LPPV) enthalten sind. In dieser Liste, welche integrierender Bestandteil des Zusatzvertrages bildet, sind gemäss Mitteilung der "Fachgruppe LPPV" der Krankenversicherer vom 26. November 1996 an die Gesuchstellerin auch die sog. Roborantien enthalten. Das Arzneimittel Bio-Logos soll daher gemäss Schreiben der "Fachgruppe LPPV" vom 26. November 1996 ab 1. Januar 1997 von den Krankenversicherern, "welche das neue Konzept LPPV mitgestaltet haben (70 Krankenversicherer inkl. alle grossen KV), auch über eine Zusatzversicherung nicht mehr vergütet" werden und der Beschluss der Fachgruppe vom 2. März 1995, "das Präparat Bio-Logos als Ausnahmefall zu behandeln", dahinfallen.

B.

1. Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 5. Dezember 1996 liess die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren stellen:

- "1. Den Gesuchsgegnerinnen sei - unter Androhung der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung - zu verbieten, die "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zu Lasten der Versicherten" (LPPV) oder eine denselben Inhalt aufweisende Publikation herauszugeben und/oder zu verteilen, wenn und solange darin die von der Gesuchstellerin vertriebene pharmazeutische Spezialität Bio-Logos enthalten ist;
2. Der Befehl gemäss Ziff. 1 sei schon vor Anhören der Gegenpartei (sogenannt superprovisorisch) zu erlassen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Zugehörigkeit eines Produktes zur LPPV stelle eine einschneidende und schwere Beeinträchtigung dar. In der heutigen Zeit würden von den Ärzten praktisch keine Medikamente mehr verschrieben, die von den Krankenversicherungen nicht übernommen würden. Dabei sei ein rezeptpflichtiges Medikament, wie es Bio-Logos darstelle, von einer solchen Massnahme wesentlich schwerer betroffen als die freiverkäuflichen Medikamente. Dies, weil für die rezeptpflichtigen Heilmittel Publikumswerbung untersagt und diese nur für die Produkte der Listen C, D und E zulässig sei. Für die rezeptpflichtigen Medikamente sei daher jegliche Marketingmassnahme verunmöglicht, die erlauben würde, zu versuchen, das Handicap des Figurierens auf der LPPV auszugleichen. Für die nicht rezeptpflichtigen Präparate könnten demgegenüber solche Massnahmen

beliebig getroffen werden. Da Bio-Logos das einzige in der Schweiz registrierte Roborans sei, das unter Rezeptpflicht stehe, sei es durch den Einschluss in die LPPV schwer benachteiligt. Der Einschluss stelle unter diesem Aspekt gegenüber den rezeptfreien Produkten eine eigentliche Diskriminierung dar. Die Auswirkungen der Aufnahme in die bisherige "Negative Liste" hätten sich drastisch gezeigt, als Bio-Logos in der Zeit vom 15. September 1994 bis zum 15. März 1995 darin figuriert habe. Nachdem der Absatz vorher praktisch stetig angestiegen sei, hätten sich nach September 1994 bis März 1995 Umsatzrückgänge zwischen 41% und 54% ergeben. Es könne daher davon ausgegangen werden, dass ein von den Krankenkassen nicht mehr übernommenes Medikament Verkaufseinbussen um 50% und mehr erleide.

Unter dem Gesichtspunkt des Kartellrechts stelle die LPPV im Sinne von Art. 4 KG eine Wettbewerbsabrede dar, die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirke. Die Wettbewerbsbeschränkung, welche die Gesuchstellerin durch den Einfluss von Bio-Logos in die LPPV erleide, sei äusserst einschneidend. Sie hätte die weittragende Folge, dass die Gesuchstellerin auf ihrem Hauptprodukt, das ca. 70% ihres Gesamtumsatzes ausmache, mindestens 50% des Umsatzes verlieren würde. Die Wettbewerbsbeschränkung, welche der Einschluss von Bio-Logos in die LPPV zur Folge hätte, sei demgemäss im Sinne von Art. 5 KG erheblich. Dies ergebe sich einerseits aus den zu erwartenden Umsatz- und Gewinneinbussen. Andererseits stelle der Einschluss eines Medikamentes in eine ein Vergütungsverbot beinhaltende Liste eine eigentliche Bezugssperre zulasten der Patienten dar. Durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz lasse sich diese Wettbewerbsbeschränkung nicht rechtfertigen.

Da die LPPV auf den 1. Januar 1997 in Kraft treten solle, sei für die Gesuchstellerin Gefahr in Verzug.

Die Gesuchstellerin 1 werde ins Recht gefasst, weil sie als Verlag der Liste fungiere und deren Vertrieb besorge. Die Gesuchsgegnerin 2 werde ins Recht gefasst, weil sie den Druck der Liste besorge und auch den Versand teilweise vornehmen würde. Dem Vernehmen nach solle der Versand der Liste in der französischsprachigen Schweiz durch die Gesuchsgegnerin 2 erfolgen.

2. Mit Verfügung vom 9. Dezember 1996 wies der Vizepräsident des Handelsgerichts das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab.

3. Mit Gesuchsantwort vom 18. Dezember 1996 stellte der Gesuchsgegner 1 das Rechtsbegehren, auf das Gesuch sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

Zur Begründung wurde im wesentlichen ausgeführt, der Gesuchsgegner 1 sei nicht passiv legitimiert. Als ... der Schweizerischen Krankenversicherer habe er den Grundvertrag mit dem Schweizerischen Apothekerverein vom 1. Januar 1996 geschlossen. Der sachliche Geltungsbereich des Grundvertrages umfasse lediglich die im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung von der Versicherern zu tragenden Leistungen und schliesse den Zusatzversicherungsbereich aus. Die Option LPPV im Zusatzvertrag beziehe sich dagegen auf den Bereich der Zusatzversicherungen, welcher dem Versicherungsvertragsgesetz unterstehe. Die LPPV werde von denjenigen Versicherern erstellt, welche diese Option im Zusatzvertrag gewählt hätten. Aus Gründen der Branchennähe sei der Gesuchsgegner 1 lediglich von der durch die am Zusatzvertrag beteiligten Versicherer konstituierten "Fachgruppe LPPV" für die Besorgung des Sekretariats angefragt worden. Der Gesuchsgegner 1 werde hiefür gesondert entschädigt.

4. Mit Eingabe vom 20. Dezember 1996 nahm die Gesuchsgegnerin 2 Stellung zum Gesuch vom 5. Dezember 1996 und bestritt darin sinngemäss ihre Passivlegitimation. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Gesuchsgegnerin 2 keinerlei Verantwortung für den Inhalt der LPPV trage und dass ihr die Liste durch die "Fachgruppe LPPV" übermittelt worden sei.

5. Die Parteien erklärten sich mit der schriftlichen Fortsetzung des Behauptungsverfahrens einverstanden, worauf die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 1. April 1997 ihre Replik erstattete und folgende Rechtsbegehren stellte:

- "1. Den Gesuchsgegnerinnen sei je einzeln - unter Androhung der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung - zu verbieten, die "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zu Lasten der Versicherten" (LPPV) oder eine denselben Inhalt aufweisende Publikation zu versenden oder versenden zu lassen, wenn und solange darin die von der Gesuchstellerin vertriebene pharmazeutische Spezialität Bio-Logos enthalten sei;
2. Den Gesuchsgegnerinnen sei je einzeln - unter Androhung der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung - zu verbieten, gegenüber irgendwelchen Dritten in irgendeiner Form bekannt zu geben, dass die von der Gesuchstellerin vertriebene pharmazeutische Spezialität Bio-Logos in der gegenwärtigen Fassung der "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zu Lasten der Versicherten" (LPPV) enthalten sei;
3. Die Gesuchsgegnerinnen seien je einzeln - unter Androhung der Überweisung ihrer Organe an den Strafrichter zur Bestrafung mit Haft oder Busse wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB im Falle der Zuwiderhandlung - zu verpflichten, all jenen natürlichen und juristischen Personen, denen die "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zu Lasten der Versicherten" (LPPV) bereits zugestellt oder abgegeben worden ist, innert 10 Tagen mitzuteilen, dass die von der Gesuchstellerin vertriebene Spezialität Bio-Logos bis auf weiteres von der "Liste der pharmazeutischen Spezialitäten zu Lasten der Versicherten" (LPPV) zu streichen sei;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen."

Zur Begründung wurde ergänzend zum Gesuch vom 5. Dezember 1996 im wesentlichen ausgeführt, die Versicherer hätten nach nicht nachvollziehbaren Kriterien aus den rund 4'800 Hors-liste-Arzneimitteln rund 650 herausgenommen und von der Vergütung ausgeschlossen. Damit beschränkten sie den Wettbewerb in unzulässiger Weise ein. Im Bereich der Zusatzversicherung bestünden jedoch keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche einen generellen Ausschluss der Vergütungsmöglichkeit bestimmter Produkte verlangten. In bezug auf Bio-Logos gebe es auch keine medizinischen Kriterien, die ein solches Vorgehen rechtfertigten. Die Auswirkungen des Figurierens von Bio-Logos auf der LPPV hätten sich in den Monaten Januar bis März 1997 erneut gezeigt. In den Monaten Februar und März 1997 hätten sich Umsatzrückgänge von 28,8% bzw. 44% gegenüber den jeweiligen Monaten des Vorjahres ergeben.

Der Gesuchsgegner 1 sei für die Verbreitung der LPPV verantwortlich, was aus dem Titelblatt und der Seite 1 der LPPV hervorgehe. Die Passivlegitimation der Gesuchsgegnerin 2 sei deshalb gegeben, weil die Zugänglichmachung und Verbreitung der LPPV, welche eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle, der Gesuchstellerin einen Schaden zufügen würde. Es spiele daher keine Rolle, ob die Gesuchsgegnerin 2 am Zusatzvertrag beteiligt sei.

Dem Gesuchsgegner 1 komme auf dem Nachfragemarkt für rezeptpflichtige Arzneimittel beherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG zu. Die Aufnahme von Bio-Logos in die LPPV stelle eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a und e KG dar, da sie eine Bezugssperre sowie eine Einschränkung des Absatzes bewirke. Der Gesuchsgegner 1 habe die Ausarbeitung und das Erscheinen der LPPV koordiniert und sei für deren Herstellung und Vertrieb verantwortlich. Er werde auch von Dritten als für die LPPV verantwortliche Stelle angesehen. Der Gesuchsgegner 1 habe seinen Mitgliedern bereits im Grund- und Zusatzvertrag vom 18. Mai 1994 den Abschluss des die damalige negative Liste einschliessenden Zusatzvertrages empfohlen. Dass der Gesuchsgegner 1 den Inhalt der LPPV massgeblich beeinflussen könne, zeige sich daran, dass Angestellte des Gesuchsgegners 1 im Namen des K Vorschläge unterbreitet hätten, die LPPV durch ein Korrigendum betreffend Bio-Logos zu ändern.

Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

6. Mit Eingabe vom 24. April 1997 erstattete der Gesuchsgegner 1 seine Duplik und liess folgende Rechtsbegehren stellen:

- "1. Das Gesuch sei in bezug auf den Gesuchsgegner 1 vollumfänglich abzuweisen;
2. Eventualiter, d.h. im Falle einer Gutheissung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen, sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, für den dem Gesuchsgegner 1 durch die vorsorglichen Massnahmen entstehenden Schaden eine angemessene Sicherheit von CHF 200'000.-- zu leisten, verbunden mit der Androhung, dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen dahinfallen, falls die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht erfüllt wird. Ebenfalls eventualiter sei der Gesuchstellerin eine nicht erstreckbare Frist von höchstens 20 Tagen anzusetzen, um im ordentlichen Verfahren Klage in der Hauptsache gegen die passivlegitimierten Parteien, jedenfalls nicht gegen den Gesuchsgegner 1, zu erheben, verbunden mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, dass bei Nichteinhaltung dieser Frist die angeordneten vorsorglichen Massnahmen hinfällig werden.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin."

Zur Begründung wurde in Ergänzung der Gesuchsantwort vom 18. Dezember 1996 im wesentlichen ausgeführt, die LPPV habe mit dem zwischen dem S und dem Gesuchsgegner 1 geschlossenen Grundvertrag nichts zu tun. Der Grundvertrag regle die Zusammenarbeit zwischen den dem Vertrag unterstehenden Apothekern und Krankenversicherern im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung. Der Zusatzvertrag werde zwischen dem S und den einzelnen vertragswilligen Krankenversicherern abgeschlossen und bezwecke, die gesteigerte Effizienz in der Zusammenarbeit zwischen Apothekern und Krankenversicherern auf den Bereich der Zusatz-

versicherung auszudehnen. Die Auflistung eines pharmazeutischen Produkts in der LPPV habe die Bedeutung, dass das betreffende Produkt vom Versicherten primär selber zu bezahlen sei und - sofern eine entsprechende Versicherungsdeckung gegeben sei - vom Krankenversicherer rückvergütet werde.

Die Rezeptpflicht eines Arzneimittels sei rein gesundheitspolizeilich begründet und werde nur für Produkte verfügt, die bestimmte Substanzen enthielten, die unter Umständen eine Gefährdung der Gesundheit des Konsumenten zur Folge haben könnten und daher eine ärztliche Kontrolle erforderten. Bei der LPPV gehe es dagegen um krankenversicherungsrechtliche Anliegen, genauer um die Art und Weise der Abrechnung im Verhältnis Versicherter-Apotheker-Versicherer. Bei der Überprüfung der Kartellrechts-Konformität der LPPV seien allfällige gesundheitspolizeilich begründete Wettbewerbsbeschränkungen aufgrund der Rezeptpflicht von Bio-Logos unbeachtlich.

Der sachliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes knüpfe an den Unternehmensbegriff an. Folglich fielen lediglich Marktteilnehmer unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes, die sich als Anbieter oder Nachfrager selbständig als Produzenten von Gütern und/oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligten. Gerade diese Eigenschaft fehle dem Gesuchsgegner 1. Weder sei er ein Marktteilnehmer im Markt der rezeptpflichtigen Roborantien noch auf dem Markt der Krankenzusatzversicherungen. Der Gesuchsgegner 1 übe lediglich typische Verbandsfunktionen aus. Er führe das Sekretariat der an der LPPV beteiligten Krankenversicherer und sei deren unselbständige Hilfsperson. Er unterstehe insbesondere dem Weisungsrecht des Auftraggebers.

Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Der Vizepräsident zieht in Erwägung:

1. Die Gesuchstellerin macht einen vorsorglich zu schützenden kartellrechtlichen und lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch geltend. Die sachliche Zuständigkeit des Instruktionsrichters des Handelsgerichts ergibt sich hiefür aus § 404 Abs. 1 lit. b Ziff. 2. und 4. i.V.m. § 416 ZPO. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts als Gericht am Sitz der Gesuchstellerin ergibt sich einerseits aus Art. 14 Abs. 2 KG und andererseits aus Art. 12 Abs. 2 UWG.
2. a) Sowohl auf vorsorgliche Massnahmen zum Schutze von kartellrechtlichen Ansprüchen gegen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen als auch auf solche zum Schutze des lauten und unverfälschten Wettbewerbs sind die Bestimmungen von Art. 28c - f ZGB sinngemäss anwendbar (Art. 17 Abs. 2 KG/ Art. 14 UWG). Gemäss Art. 28 c Abs. 1 ZGB kann, wer glaubhaft macht, dass er in seinen Rechten verletzt ist oder eine solche Verletzung befürchten muss und dass ihm aus der Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, die Anordnung vorsorglicher Massnahmen verlangen. Der Richter kann insbesondere die Verletzung vorsorglich verbieten oder beseitigen (Art. 28c Abs. 2 Ziff. 1. ZGB). Gemäss Art. 28d Abs. 1 ZGB gibt der Richter dem Gesuchsgegner Gelegenheit, sich zu äussern. Ist es jedoch wegen dringender Gefahr nicht mehr möglich, den Gesuchsgegner vorgängig anzuhören, so kann der Richter schon auf Einreichung des Gesuchs hin Massnahmen vorläufig anordnen, es sei denn, der Gesuchsteller habe sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert (Art. 28d Abs. 2 ZGB).

- b) Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ist demgemäss an die folgenden Voraussetzungen geknüpft:
1. Glaubhaftmachung des vorsorglich zu schützenden Rechts (Hauptsachenprognose). Bei der diesbezüglichen rechtlichen Vorprüfung ist mit Bezug auf vorsorgliche Vollstreckungsmassnahmen (sog. Leistungsmassnahmen) wegen der damit für den Gesuchsgegner von der Regel verbundenen einschneidenden Konsequenzen erforderlich, dass der geltend gemachte Anspruch nicht nur nicht aussichtslos, sondern unter den behaupteten tatsächlichen Voraussetzungen und bei summarischer Prüfung als rechtlich begründet erscheint (BGE 104 Ia 414, 100 Ia 22, 97 I 486 f.; O. Vogel, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980 S. 97; Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N 7 zu § 110; Eichenberger, Zivilrechtspflegegesetz des Kantons Aargau, N 9 zu § 302).
 2. Glaubhaftmachung, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (Nachteilsprognose). Gleich wie bei der Hauptsachenprognose sind an die nicht leichte Ersetzbarkeit des drohenden Nachteils strengere Anforderungen zu stellen, wenn die vorsorgliche Vollstreckung eines Anspruches und nicht bloss die Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes (sog. Sicherungsmassnahmen) verlangt wird. In solchen Fällen müssen die Interessen der Parteien sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vor, wenn dieser nicht oder nur schwer mit Geld ausgeglichen werden kann. Die Gefährdung einer Schadenersatzforderung stellt einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, wenn entweder die Solvenz der Gegenpartei als zweifelhaft erscheinen lässt, ob Schadenausgleich überhaupt zu erreichen ist, oder aber der Schadensnachweis mit besonderen Beweisschwierigkeiten verbunden ist (BGE 108 II 230 f. Erw. 2b und c; 94 I 11 Erw. 8; Vogel, a.a.O., S. 96, Eichenberger, a.a.O., N 8 zu § 302.).
 3. Glaubhaftmachung einer relativen Dringlichkeit in dem Sinne, dass der drohende Schaden nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann (Alder, a.a.O., S. 83).
3. Zu prüfen ist vorab die Glaubhaftmachung des zu schützenden Unterlassungsanspruchs (Hauptsachenprognose).
- a) Was die kartellrechtliche Anspruchsgrundlage betrifft, behauptet die Gesuchstellerin eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 bzw. Art. 7 Abs. 2 lit. a, b und e KG.

Wie das Kartellgesetz im allgemeinen, so knüpfen auch Art. 5 und 7 beim sachlichen Geltungsbereich an den Unternehmensbegriff an und visieren diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - als Anbieter oder Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und/oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen (Botschaft des Bundesrates zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 66).

Von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werden einmal alle Formen privatwirtschaftlich veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von horizontalen Wett-

bewerbsabreden zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe. Der Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 KG umfasst aber auch die vertikalen Vereinbarungen (und abgestimmten Verhaltensweisen) zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen. Entscheidendes Tatbestandsmerkmal für das Vorliegen einer kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsabrede ist somit das bewusste oder gewollte Zusammenwirken von Unternehmen, welche als Marktteilnehmer am Wirtschaftsgeschehen beteiligt sind (Botschaft des Bundesrates zu einem BG über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 77 ff.).

- b) Beim Gesuchsgegner 1 handelt es sich um einen Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, welcher die Wahrung und Vertretung der gemeinsamen Interessen der schweizerischen Krankenversicherer zum Zwecke hat (Art. 1 und 4 der Statuten des K). Als solchem kommt ihm unter anderem die Aufgabe zu, durch seine operativen Organe Verhandlungen mit den Leistungserbringern und ihren Organisationen (Berufsverbände) zu führen und auf nationaler Ebene Tarif- und Vertragsverhandlungen zu koordinieren (Statuten Art. 5 Abs. 2 und 8). In Ausübung dieser Funktion schloss der Gesuchsgegner 1 den Grundvertrag mit dem S vom 13. Februar 1996, der für sämtliche seiner Mitglieder Verbindlichkeit erlangt, welche nicht innert bestimmter Frist ihren Verzicht auf den Vertragsbeitritt erklärt haben (Grundvertrag Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Art. 7). Alle Krankenversicherer, welche diesen Verzicht nicht erklärt haben, sind auch Vertragspartner des Zusatzvertrages (Zusatzvertrag Art. 2 Abs. 1 Alinea 3). Nicht bestimmt wird damit jedoch, dass die jeweiligen Krankenversicherer den Zusatzvertrag unter der Wahl der Option LPPV geschlossen haben. Vielmehr ist in Art. 3 Abs. 2 des Zusatzvertrages vorgesehen, dass jeder Vertragsversicherer individuell über die Wahl der Option entscheiden kann. Mithin ist der Gesuchsgegner 1 nicht Partei des Zusatzvertrages und hat sich insbesondere nicht im Namen seiner Mitglieder zum Ausschluss der Vergütung der in der LPPV aufgeführten Arzneimittel verpflichtet.
- c) Die Gesuchstellerin räumt selber ein, dass der Gesuchsgegner 1 nicht Partei des Zusatzvertrages ist. Sie macht jedoch geltend, der Gesuchsgegner 1 sei massgeblich an der Erstellung und der Verbreitung der LPPV beteiligt und unterstütze diese, was einer Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG gleichkomme. Hierbei beruft sich die Gesuchstellerin auf die Seite 1 der LPPV, wo der Gesuchsgegner 1 als die für den Vertrieb der Liste verantwortliche Stelle angegeben wird, zwei Fax-Schreiben des Gesuchsgegners 1 an Rechtsanwalt Dr. Lucas David vom 24. Dezember 1996 und 8. Januar 1997, ein Orientierungsschreiben der Galenica AG an deren Kunden vom 16. Dezember 1996, ein Fax-Schreiben des Rechtskonsulenten des Gesuchsgegners 1 an die Galenica AG vom 21. Januar 1997, ein Fax-Schreiben der Fachgruppe LPPV an die Galenica AG vom 14. Februar 1997 sowie ein Schreiben des Gesuchsgegners 1 an den Rechtsvertreter der Gesuchstellerin vom 25. Februar 1997.

Der Gesuchsgegner bestreitet demgegenüber seine Passivlegitimation. Er habe für die Fachgruppe LPPV lediglich auf auftragsrechtlicher Basis das Sekretariat geführt und den Versand der LPPV übernommen. Die Fachgruppe sei von den Krankenversicherern konstituiert worden, welche den Zusatzvertrag mit dem S unter Wahl der Option LPPV abgeschlossen hätten.

Für die Erarbeitung und damit den Inhalt der LPPV sei die Fachgruppe allein verantwortlich.

- d) Abs. 1 von Anhang 2 zum Zusatzvertrag lässt sich entnehmen, dass die Versicherer, die einen Zusatzvertrag abgeschlossen und sich für die Option LPPV entschieden haben, eine Liste der Medikamente erarbeiten, die dem Versicherten vom Apotheker direkt in Rechnung gestellt werden müssen. Abs. 2 des Anhangs statuiert, dass Ausarbeitung und Mutation dieser Liste einer Fachgruppe der Versicherer obliegt. Zudem haben die an der LPPV beteiligten Versicherer gemäss Abs. 4 des Anhangs eine Stelle zu bezeichnen, welche das Sekretariat führt und für Druck, Versand und Auskünfte zuständig ist sowie als Kontaktadresse auf der LPPV figuriert. Der Zusatzvertrag inkl. LPPV sollte auf den 1. Januar 1997 in Kraft treten und den ehemals geltenden Vertrag und die sog. „Negative Liste“ ersetzen. Aus dem Schreiben des Gesuchsgegners 1 vom 9. September 1996 an die damalige Fachgruppe „Negative Liste“ geht hervor, dass der Gesuchsgegner 1 im Jahre 1996 für eine Entschädigung von Fr. 45'000.-- die Sekretariatsführung für die Fachgruppe "Negative Liste" übernommen hat, welche nebst den Sekretariatsarbeiten Beratung und Expertenarbeiten sowie Versand der Liste umfasste. Zwar bezieht sich das Schreiben auf Sekretariatsarbeiten für die Fachgruppe "Negative Liste", doch stellt es einen erheblichen Hinweis dafür dar, dass der Gesuchsgegner 1 auch im Zusammenhang mit der LPPV vornehmlich administrative Aufgaben wahrzunehmen hat. Mithin stellen die aufgeführten Absätze 2 - 4 von Anhang 2 zum aktuellen Zusatzvertrag ein Abbild der bisherigen Rollenverteilung zwischen der Fachgruppe und dem Gesuchsgegner 1 dar. Die von der Gesuchstellerin angerufenen Korrespondenzdokumente sind denn auch nicht geeignet, eine Beteiligung des Gesuchsgegners 1 an der inhaltlichen Ausarbeitung der LPPV glaubhaft zu machen. Sie untermauern lediglich, dass der Gesuchsgegner 1 für die Fachgruppe LPPV als Informationsstelle fungiert und für den Vertrieb der LPPV verantwortlich ist. Bezeichnend ist überdies, dass sämtliche dieser Korrespondenzstücke aus der Zeit nach Einreichung des Massnahmegesuches durch die Gesuchstellerin vom 5. Dezember 1996 stammen. Inhaltlich handeln die Dokumente denn auch von Versuchen des Gesuchsgegners 1, der Fachgruppe LPPV sowie Dritter, Unklarheiten im Zusammenhang mit dem teilweise erfolgten Versand der LPPV auszuräumen. Auch aus Seite 1 der LPPV lässt sich nichts zugunsten der Gesuchstellerin ableiten. Der Gesuchsgegner 1 wird darin lediglich als Vertriebsstelle der LPPV angegeben.
- e) Zusammenfassend ist lediglich glaubhaft gemacht, dass der Gesuchsgegner 1 für die Fachgruppe LPPV das Sekretariat führte, als Informations- und Auskunftsstelle waltete und für Druck und Versand der LPPV verantwortlich zeichnete. Die Gesuchsgegnerin 2 führt gar nur den Druck des LPPV durch. In diesen Aktivitäten der Gesuchsgegner kann keine Teilnahme an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erblickt werden. Dass die Gesuchsgegner an der inhaltlichen Ausarbeitung der LPPV beteiligt waren, ist nicht glaubhaft gemacht. Ebenfalls sind sie nicht Partei des Zusatzvertrages mit dem S. Die Gesuchsgegner werden durch ihre Tätigkeiten auch nicht zu am Heilmittel- oder Krankenzusatzversicherungsmarkt beteiligten Unternehmen. In bezug auf den geltend gemachten kartellrechtlichen Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG kann deshalb eine positive Hauptsachenprognose mangels Glaubhaftmachung der Passivlegitimation der Gesuchsgegner nicht bejaht werden.

4. Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, der Gesuchsgegner 1 habe seinen Mitgliedern empfohlen, den Zusatzvertrag mit der Option LPPV abzuschliessen.

- a) Verbandsempfehlungen stellen nicht schlechthin Wettbewerbsabreden im Sinne des KG dar. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob sie lediglich eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder aber tatsächlich eine solche bewirken. Verbandsempfehlungen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, aber nicht befolgt werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 1 KG. Mithin liegt erst durch die Befolgung einer Empfehlung ein abgestimmtes Verhalten unter Marktteilnehmern und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, welche unzulässig im Sinne von Art. 5 KG sein kann (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 78; Schmidhauser e.a., Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, N 40 ff. zu Art. 4 KG; Meier-Schatz, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, AJP 1996 S. 812).
- b) Die Gesuchstellerin führt aus, der Gesuchsgegner 1 habe im früher geltenden Zusatzvertrag vom 18. Mai 1994, dessen integrierender Bestandteil die damalige "Negative Liste" gewesen sei, seinen Mitgliedern den Abschluss des Zusatzvertrages empfohlen. Auch damals habe er als Bezugsquelle für die "Negative Liste" figuriert. Selbst wenn sich im neuen Zusatzvertrag keine derartige Empfehlung finde, bestehe eine solche immer noch, was sich aus dem Umstand ergebe, dass der Gesuchsgegner 1 Druck und Versand der LPPV besorge, das Sekretariat der Fachgruppe LPPV führe und ganz allgemein die LPPV unterstütze.
- c) Die Gesuchstellerin übersieht, dass der Verzicht auf die behauptete Empfehlung im neuen Zusatzvertrag gerade ein Hinweis dafür ist, dass der Gesuchsgegner 1 von der Abgabe einer Verbandsempfehlung Abstand nehmen wollte. Im übrigen wird die behauptete Empfehlung im alten Zusatzvertrag durch die Gesuchstellerin in keiner Weise mit Urkunden belegt. Jedenfalls ist eine Empfehlung des Gesuchsgegners 1 an seine Mitglieder, den Zusatzvertrag unter Wahl der Option LPPV abzuschliessen, nicht glaubhaft gemacht. Aus der Übernahme von Sekretariatsarbeiten für die Fachgruppe LPPV sowie der Verantwortung für Versand und Druck der LPPV allein kann jedenfalls keine Empfehlung im behaupteten Sinn seitens des Gesuchsgegners 1 an seine Mitglieder abgeleitet werden, weshalb auch unter diesem Blickwinkel eine positive Hauptsachenprognose zu verneinen ist.

5. Aus dem in Erw. 3. und 4. Dargelegten erhellt, dass seitens der Gesuchsgegner gegenüber der Gesuchstellerin kein markt- bzw. wettbewerbswirksames Verhalten vorliegt. Da auch Art. 7 KG ein solches Verhalten voraussetzt, ist die Passivlegitimation der Gesuchsgegner auch bezüglich dieses kartellrechtlichen Tatbestandes nicht glaubhaft gemacht. Dem von der Gesuchstellerin geltend gemachten kartellrechtlichen Unterlassungsanspruch kann daher auch unter diesem Titel keine positive Prognose gestellt werden.

6. Zu prüfen ist sodann die Glaubhaftmachung des zu schützenden lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs.

- a) Die Gesuchstellerin behauptet eine Verletzung von Art. 3 lit. a UWG. Sie stützt sich hiezu auf eine unter dem Titel "Zur Beachtung" in der LPPV enthaltene Äusserung. In Ziff. 2 jener Feststellung wird folgendes ausgeführt:

"2. In der Liste der pharmazeutischen Präparate zulasten der Versicherten (LPPV) werden Medikamente aufgeführt, die von den Krankenversicherern auch über Zusatzversicherungen nicht vergütet werden mit dem Ziel:

- den Grundsatz des medizinischen Bedürfnisses zu beachten,
- eine zuverlässige und zweckmässige Therapie zu gewährleisten."

b) In dieser Erklärung werden die mit der Nichtvergütung der in der LPPV aufgeführten Medikamente verfolgten grundsätzlichen Ziele deklariert. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin kann aber dieser Deklaration weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn die Bedeutung beigemessen werden, alle in der LPPV aufgeführten Medikamente vermöchten weder eine zuverlässige noch eine zweckmässige Therapie zu gewährleisten. Insbesondere ist eine solche Behauptung für Bio-Logos in dieser Deklaration nicht enthalten. Vielmehr kann für dieses Medikament ebenso gut die andere der beiden genannten Zielsetzungen - Nichtvergütung nach dem Grundsatz des medizinischen Bedürfnisses - zutreffen.

Im übrigen geht aus den Ausführungen in Erw. 3. und 4. hervor, dass die Gesuchsgegner an der Erstellung der LPPV nicht beteiligt waren und auch nicht Partei des Zusatzvertrages sind, weshalb die zitierte Erklärung nicht als Äusserung der Gesuchsgegner bezeichnet werden kann. Mit Bezug auf den geltend gemachten Unlauterkeitstatbestand - Herabsetzung durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserung im Sinne von Art. 3 lit. a UWG - kann daher eine positive Hauptsachenprognose ebenfalls nicht bejaht werden.

7. Da die von der Gesuchstellerin behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sowie das behauptete unlautere Verhalten nicht glaubhaft gemacht sind, kann diese den beantragten vorsorglichen Schutz des von ihr geltend gemachten kartell- bzw. lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruchs nicht beanspruchen. Die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erübrigt sich. Das Gesuch ist abzuweisen.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Gesuchstellerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 112 Abs. 1 ZPO).

Demgemäss wird erkannt:

1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von Fr. 6'000.--, den Kanzleigebühen und Auslagen von Fr 504.--, insgesamt Fr. 6'504.--, werden der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner 1 dessen Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 34'010.90 (inkl. MwSt.) sowie dem Gesuchsgegner 2 dessen Parteikosten in der richterlich festgesetzten Höhe von Fr. 300.-- zu bezahlen.
4. (Zustellung)

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 2 Bibliographie Bibliographie Bibliografia

1. Aufsätze / Articles / Articoli

BALDI MARINO, „Wirksamer Wettbewerb“ als Schutzobjekt des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, in: KNAPP/OBERSON (Ed.), Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, 49 ff.

BÄR ROLF, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: VON BÜREN/COTTIER (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, 87 ff.

BRECHBÜHL BEAT/DJALALI JASMIN, Die zivilrechtliche Folge einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: SZW 1997, 102 ff.

COTTIER THOMAS/MERKT BENOIT, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: VON BÜREN/COTTIER (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, 35 ff.

DELAMURAZ JEAN-PASCAL, Le défi de la globalisation des marchés pour l'économie suisse, in: VON BÜREN/COTTIER (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, 1 ff.

DROLSHAMMER JENS/DUCREY PATRIK, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in: SJZ 1997, 176 ff.

MARBACH EUGEN, Die Fusionskontrolle im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: VON BÜREN/COTTIER (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, 115 ff.

SCHIPS BERND, La nouvelle loi fédérale sur les cartels du point de vue de la théorie économique de la concurrence, in: KNAPP/OBERSON (Ed.), Problèmes actuels de droit économique, Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, 389 ff.

STAEHELIN ALESCH, Wettbewerbs- und Kartellrecht im TRIP's-Abkommen der WTO, in: SZW 1997, 97 ff.

VON BÜREN ROLAND, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Recht, in: VON BÜREN/COTTIER (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, 11 ff.

ZURKINDEN PHILIPPE, Wettbewerbsrecht: Vergleich Schweiz-EG, in: Schweizer Aussenwirtschaft, Nr. 22, Mai 1997, 17 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
 aKG altes Kartellgesetz
 aLCD ancienne LF sur la concurrence déloyale

Amtl.Bull.

AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts

ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
 BAG Bundesamt für Gesundheit
 BB Bundesbeschluss
 BBl Bundesblatt
 BEW Bundesamt für Energiewirtschaft
 BG Bundesgesetz
 BGBM BG über den Binnenmarkt
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung

BGer Bundesgericht

BIGA Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit

BLW Bundesamt für Landwirtschaft

BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats

BOCN Bulletin officiel du Conseil national

BoeB BG über das öffentliche Beschaffungswesen

BR Bundesrat

BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction

BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale

BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati

BV Bundesverfassung

BZP BG über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
 CE Communauté Européenne

CE Conseil des Etats

CEDIDAC Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne

CF Conseil fédéral

CHF Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri

CO Code des obligations

CPC Code (cantonal) de procédure civile

CPS

Cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)

DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)

DFEP Département fédéral de l'économie publique
 DG Direction Générale (UE)

E

EBK Eidg. Bankenkommission

EntG BG über die Enteignung

EU Europäische Union

EVD Eidg. Volkswirtschaftsdepartement

F

FF Feuille fédérale

FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs and Trade

GDA Groupement de l'armement
 GebrV Verordnung über Gebrauchsgegenstände

GR Gruppe Rüstung
 GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

GU Gemeinschaftsunternehmen

GVO Gruppenfreistellungsverordnung

H

HGer Handelsgericht

HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG BG über das internationale Privatrecht

IVoB Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J
 JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération

JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit

KVG BG über die Krankenversicherung

L

LAA LF sur l'assurance-accidents

LAMal LF sur l'assurance-maladie

LCA LF sur le contrat d'assurance

LCart LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence

LCD LF contre la concurrence déloyale

LCsl	LF contro la concorrenza sleale	PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
LDA	LF sur le droit d'auteur	Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
LDIP	LF sur le droit international privé	PrHG	Produkthaftungsgesetz
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce	PTT-OG	PTT-Organisationsgesetz
LF	Loi fédérale / Legge federale	Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände	PuG	Preisüberwachungsgesetz
LMI	LF sur le marché intérieur	Q	
LMP	LF sur les marchés publics	R	
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio	RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
LP	LF sur la poursuite pour dettes et la faillite	RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
LPE	LF sur la protection de l'environnement	RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
LPM	LF sur la protection des marques	REKO	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
LPN	LF sur la protection de la nature et du paysage	Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier (=ZBGR)
M		RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
MWSTV	Verordnung über die Mehrwertsteuer	RPG	BG über die Raumplanung
N		RPV	Verordnung über die Raumplanung
NZZ	Neue Zürcher Zeitung	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
O		RR	Regierungsrat
O	Ordonnance	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	RTVG	BG über Radio und Fernsehen
OFAS	Office fédéral des assurances sociales	S	
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OGer	Obergericht	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	SJ	La semaine judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OMP	O sur les marchés publics	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OR	Obligationenrecht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
ORC	O sur le registre du commerce	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
ORF	O sur le registre foncier	StoV	Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung)
OSubst	O sur les substances	StR	Standerat
OTC	O sur le traitement de déchets	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	T	
OUs	O sur les objets usuels		
OUsO	Ordinanza sugli oggetti d'uso		
P			
PA	LF sur la procédure administrative		
PCF	LF sur la procédure civile fédérale		

TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	BG über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
TVA	Technische Verordnung über Abfälle
U	
UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	BG über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
USG	BG über den Umweltschutz
UVG	BG über die Unfallversicherung
UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
V	
VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammen- schlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VVG	BG über den Versicherungsvertrag
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
W	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
X	
Y	
Z	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbu- chrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHVG	Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht