

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission
CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Commission de la con-
currence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Commissione della con-
correnza
CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:
BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

Vente:
OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

Vendita:
UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:
Fr. 25.--

Prix au numéro:
Fr. 25.--

Prezzo per esemplare:
Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:
Fr. 80.--

Prix de l'abonnement annuel:
Fr. 80.--

Prezzo dell'abbonamento:
Fr. 80.--

(Form: 701.000.00/3)

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2000 / 3

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.

Oktober/octobre/ottobre 2000

Systematik	<p>A Tätigkeitsberichte A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher</p> <p>B Verwaltungsrechtliche Praxis B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission 1 Vorabklärungen 2 Empfehlungen 3 Stellungnahmen 4 Beratungen B 2 Wettbewerbskommission 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 Diverses B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher</p> <p>C Zivilrechtliche Praxis C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht</p> <p>D Entwicklungen D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliographie</p> <p>E Diverses</p>
Systematique	<p>A Rapports d'activité A 1 Commission de la concurrence A 2 Surveillance des prix</p> <p>B Pratique administrative B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence 1 Enquêtes préalables 2 Recommandations 3 Préavis 4 Conseils B 2 Commission de la concurrence 1 Mesures provisionnelles 2 Enquêtes 3 Concentrations d'entreprises 4 Sanctions 5 Autres décisions 6 Recommandations 7 Préavis 8 Divers B 3 Commission de recours pour les questions de concurrence B 4 Tribunal fédéral B 5 Conseil fédéral B 6 Surveillant des prix</p> <p>C Pratique des tribunaux civils C 1 Tribunaux cantonaux C 2 Tribunal fédéral</p> <p>D Développements D 1 Actes législatifs, communications D 2 Bibliographie</p> <p>E Divers</p>

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
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni
	5	Altre decisioni
6	Raccomandazioni	
7	Preavvisi	
8	Diversi	
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, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

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. Prix des abonnements de ski en Valais 319

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar 320

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Usego Hofer Curti AG – Groupe Magro SA 396
2. TA Media AG – Verlag Finanz und Wirtschaft AG 398
3. TUI/KUONI 399
4. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der Vodafone
AirTouch PLC, der Vivendi S. A. und von Canal + S. A. 411
5. Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner
Oberland AG mit der Berner Zeitung AG 414
6. Nordic Capital/Hiag/Nybron 443
7. Airrange AG 445
8. Göhner Merkur AG 448
9. Bosch/Siemens, GU Demag Krauss-Maffei 448
10. HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France 450
-

11.	Dai-Ichi Kangyo Ltd., Tokyo, Fuji Bank Ltd., Tokyo, und The Industrial Bank of Japan Ltd., Tokyo	453
6.	Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni	
1.	Treueprämien der Post bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften	457
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1.	Schweizerische Meteorologische Anstalt	461
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Handelsgericht des Kantons Aargau	478
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliographie Bibliographie Bibliografia	
		495
E	Diverses Divers Diversi	
E 1	OECD OCDE OECD	
1.	OECD Mini-Roundtable on Mergers in Financial Services (CLP – June 5-6, 2000) Contribution of Switzerland	497
E 2	Gutachten Avis Expert advise	

1.	Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Wettbewerbskommission	510
2.	Rechtsgutachten zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission	532
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	556
	Index (deutsch, français e italiano)	559

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. Prix des abonnements de ski en Valais
--------------	--

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Enquête préalable selon l'article 26 LCart; résumé des résultats

Le secrétariat de la Commission de la concurrence a été informé du fait que certaines mesures auraient été prises aux fins d'uniformiser les prix des abonnements de ski dans les stations valaisannes. Ainsi, à Crans-Montana, les rabais des abonnements de ski des seniors ont passé de 40% lors de la saison 1997/98 à 15% lors de la saison 1998/99. Cette réduction n'aurait pas été motivée par un défaut de rentabilité; elle serait intervenue à la suite d'une recommandation de l'Association des Remontées Mécaniques du Valais (RMV). Puisque cet état de fait pourrait constituer une restriction à la concurrence illicite au sens de l'article 5 de la LCart, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart.

Les documents soumis au secrétariat par la RMV et des recherches supplémentaires ont permis de conclure que la RMV a proposé à ses membres une uniformisation générale des rabais applicables aux indigènes. Les documents ont toutefois également montré que les sociétés participantes devraient continuer de fixer leurs tarifs de façon indépendante par rapport aux RMV. Pour cette raison et du fait des modifications structurelles auxquelles on peut bientôt s'attendre dans la branche (p. ex. coopération au sein d'une société holding, participation d'un grand groupe étranger dans la société Téléverbier) ainsi que de la pression concurrentielle provenant de régions adjacentes, le secrétariat de la Commission de la concurrence a décidé de ne pas poursuivre ses investigations. L'enquête préalable a ainsi été close.

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2 **2. Untersuchungen**
Enquêtes
Inchieste

B 2.2 1. Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Juni 2000 gemäss Artikel 27 KG betreffend Vertrieb von Arzneimitteln wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Gegen den Entscheid ist Beschwerde eingelegt worden.

ABKÜRZUNGEN

AEP	Ärzteeinstandspreis
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung, Bern
FEP	Fachhandelseinstandspreis
FMH	Foederatio medicorum helveticorum: Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
FSAL	Vereinigung Freier spezialisierter Ärztelieferanten, Muri b. Bern
GP	Grossisten-Einstandspreis
HAP	Herstellerabgabepreis
IKS	Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel, Bern
IKV	Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle von Heilmitteln vom 25. Mai 1972
KG	Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KLV	Krankenpflege-Leistungsverordnung vom 29. September 1995 (SR 832.112.31)
KSK	Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer, Solothurn
KVG	Krankenversicherungsgesetz vom 18. März 1994 (SR 832.10)
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (SR 832.102)
OTC	Over the counter (Medikamente der IKS-Kategorien C und D)
PP	Publikumspreis
SAV	Schweizerischer Apothekerverein, Liebefeld b. Bern
SAZ	Schweizerische Apothekerzeitung
SDV	Schweizerischer Drogistenverband, Biel

SL	Spezialitätenliste (Art. 30 ff. KLV)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VIPS	Vereinigung der Importeure Pharmazeutischer Spezialitäten, Zug
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VSSG	Verband Schweizerischer Spezialitäten-Grossisten, Biel
ZGB	Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

A. Sachverhalt

1. Zahlreiche gesetzliche Bestimmungen prägen den Vertrieb von Arzneimitteln. Die von der gesetzlichen Regelung belassenen Freiräume werden überdies durch eine Marktordnung der Sanphar reglementiert. Diese private Marktordnung bildet Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

A.1 Begriffe

2. Einleitend sind einige Begriffe zu erläutern, wie sie in der vorliegenden Verfügung gebraucht werden:

A.1.1 Im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand

- **Arzneimittel:** Ausschliesslich Humanarzneimittel.
- **Flors-Liste-Arzneimittel:** Arzneimittel, die nicht auf der Spezialitätenliste (SL) aufgeführt sind. In der Regel werden diese im Rahmen der Zusatzversicherung bezahlt.
- **Konfektionierte Arzneimittel:** Vom Hersteller in einer Verpackung produzierte Medikamente.
- **Nicht konfektionierte Arzneimittel (Pharmazeutische Spezialitäten):** Vom Fachhandel selbst oder in dessen Auftrag hergestellte und abgepackte Medikamente, versehen mit ihrem eigenen Logo.
- **Nicht rezeptpflichtige Arzneimittel (OTC-Arzneimittel):** Arzneimittel der IKS-Kategorien C und D. Arzneimittel der IKS-Kategorie E sind im Detailhandel frei verkäuflich.
- **Rezeptpflichtige Arzneimittel (Rx-Medikamente):** Arzneimittel der IKS-Kategorien A und B.
- **§L-Arzneimittel:** Arzneimittel, die auf der Spezialitätenliste (SL) stehen und, soweit ärztlich verschrieben, durch die Krankenversicherer im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften des KVG durch die Grundversicherung vergütet werden.

A.1.2 Im Zusammenhang mit Unternehmen der Untersuchung

- **Apotheken:** Offizinapotheken (zu unterscheiden von Privatapotheken der selbstdispensierenden Ärzte, Spitalapotheken, etc.). Apotheken können auch als Hersteller beziehungsweise Ärztelieferan-

ten tätig sein und somit je nach Funktion auch Grossisten, Fachhändler und Ärzte beliefern.

- **Ärztelieferanten:** Spezialisierte Aussenseiter-Grossisten, die hauptsächlich Ärzte beliefern.
- **Aussenseiter-Grossisten:** Grosshändler, die die Funktion von Grossisten haben und eine kantonale Grossistenbewilligung, jedoch nicht den Grossistenstatus der Sanphar besitzen, wie zum Beispiel Ärztelieferanten und einige Apotheken.
- **Drogerien:** Verkaufsstellen, die Medikamente der IKS-Kategorie D und in den Kantonen Solothurn und beider Appenzell auch Arzneimittel der IKS-Kategorie C abgeben. In einigen Kantonen bestehen beschränkte Ausnahmelisten für gewisse Produkte der IKS-Kategorie C.
- **Fachhandel:** Apotheken und Drogerien. Sie sind (im Gegensatz zu den Herstellern und den Grossisten) berechtigt, Arzneimittel an Patienten abzugeben.
- **Grossisten:** Sanphar-Grossisten und Aussenseiter-Grossisten.
- **Hersteller:** Produzent von Arzneimitteln. Er legt den Herstellerabgabepreis und - mit Ausnahme der SL-Produkte - den Publikumspreis fest. Der Hersteller kann auch den Import und den Vertrieb eines Medikamentes übernehmen.
- **Sanphar-Grossisten:** Grossisten, die die Grossistenbedingungen von Sanphar erfüllen (vgl. Kapitel A.4). Das von der Sanphar herausgegebene Reglement über die Selbstkontrolle spricht von Pharma-Grossisten.
- **Selbstdispensierende Ärzte (SD-Ärzte):** Ärzte, die aufgrund einer kantonalen Bewilligung berechtigt sind, eine Privatapotheke zu führen und Arzneimittel selbst abzugeben. Die Arzneimittelabgabe bei Erst- und Notfallversorgung durch Nicht-SD-Ärzte wird hier ebenfalls unter den Fall der SD-Ärzte subsumiert.

A.1.3 Andere Begriffe

- **Marge:** Differenz zwischen Einstandspreis und Verkaufspreis. Der Begriff ist somit streng vom Begriff der "Gewinnmarge" zu unterscheiden.
 - **Margenordnung:** Die generell gültige Margenordnung gemäss Anhang 1a zum Reglement und diejenige für Generika nach Anhang 1b zum Reglement.
 - **Patienten:** Konsumenten von Arzneimitteln, unabhängig davon, ob sie das Medikament über einen Arzt beziehungsweise eine Apotheke mit Rezept oder ohne Rezept (Selbstmedikation) beziehen und unabhängig davon, ob das Medikament durch die Krankenversicherer vergütet wird oder nicht.
-

- **Publikumshöchstpreis bei SL-Produkten:** Der vom BSV festgelegte Preis, der gemäss Artikel 44 KVG von den Leistungserbringern nicht überschritten werden darf und von den Krankenversicherern vergütet wird.
- **Publikumspreis bei Nicht-SL-Produkten:** Der Preis, der vom Hersteller bei der Registrierung der IKS gemeldet und von ihm auf der Verpackung aufgedruckt werden muss.
- **Reglement:** Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel der Sanphar.
- **Verpflichtungsschein:** Verkaufskonditionen, welche ein Wiederverkäufer (Detailist) einhalten musste, um mit reglementierten Spezialitäten beliefert zu werden. Der Verpflichtungsschein wurde am 22. August 1997 von der Sanphar aufgehoben.

A.2 Die Margen- und Rabattordnung der Sanphar

A.2.1 Allgemeines

3. Der Arzneimittelvertrieb in der Schweiz wird - soweit er nicht staatlich reglementiert ist (vgl. Kapitel C.1.3) - weitgehend privatrechtlich durch die Bestimmungen der Sanphar geregelt.

a) Sanphar ist ein im Handelsregister eingetragener Verein im Sinne von Artikel 60 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Mitglieder der Sanphar sind gemäss Artikel 3 der Statuten schweizerische und liechtensteinische Hersteller, Importeure und Vertreiber pharmazeutischer Produkte als Einzelmitglieder und die Verbände des Gross- und des Fachhandels als Kollektivmitglieder (SAV, Pharma Forum, FSAL, H+ Die Spitäler der Schweiz, SDV, VIPS und VSSG). Eine detaillierte Liste der Einzel- und Kollektivmitglieder befindet sich auf den Schlussseiten der jährlich herausgegebenen Publikation der Sanphar (genannt "Informationen über Sanphar", heutiger Stand: September 1998; vgl. Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Beilage 1, act. 11).

b) Gemäss Artikel 2 der Statuten bezweckt Sanphar "einen effizienten, kostengünstigen und sicheren Vertrieb von Arzneimitteln in der Schweiz zu fördern. Zu diesem Zweck setzt sie sich für das gegenseitige Verständnis und die Zusammenarbeit unter den Marktpartnern und den Behörden ein und erbringt diesen auch Dienstleistungen. Sanphar vertritt im Rahmen dieses Zweckes die Interessen ihrer Mitglieder".

4. Der Verein Sanphar erlässt verschiedene Reglemente, die in "Informationen über Sanphar" publiziert werden (vgl. Ziff. 3a in fine). Darin enthalten ist namentlich das "Reglement über die Vignettierung" und das "Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel" (vgl. nachstehend A.2.2). Das "Reglement über die Vignettierung" enthält - "gestützt auf die Weisungen der IKS" (Vorspann zum Reglement) betreffend die Vignettierung der Arzneimittel vom 30.

November 1984 - Bestimmungen zur Verwendung von Verbandsvignetten, die zur Kennzeichnung von Arzneimitteln dienen.

A.2.2 Das Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel

5. Das "Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel" (nachfolgend Reglement) wurde von der Generalversammlung der Sanphar erlassen und enthält Bestimmungen zum Arzneimittelvertrieb. Im Einzelnen:

a) Das Reglement ist gemäss Ziffer 1.2.1. sachlich anwendbar "a) auf alle Humanarzneimittel der Listen A und B der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) mit allen Arzneiformen und Packungsgrössen; b) auf alle Packungsgrössen derjenigen Humanarzneimittel der IKS-Listen C und D mit gleicher Applikationsart und gleicher Dosierung, von denen eine Packungsgrösse in der Spezialitätenliste (SL) des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) aufgeführt ist".

b) Das Reglement ist gemäss Ziffer 1.2.2. räumlich und persönlich anwendbar "auf die Verteilung der oben genannten Humanarzneimittel durch alle in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein niedergelassenen a) Pharma-Hersteller und -Importeure, b) Pharma-Grossisten (Anhang 2), c) öffentlichen Apotheken, d) Drogerien, e) Ärzte mit einer kantonalen Bewilligung zur Selbstdispensation (SD-Ärzte), und f) Ärzte in freier Praxis ohne kantonale Bewilligung zur Selbstdispensation".

c) Ziffer 2.1. Reglement enthält eine Margen- und Ziffer 2.2. eine Rabattordnung. Die Margenordnung regelt die zulässigen Höchstmargen und dazugehörenden Bedingungen für die einzelnen Vertriebsstufen. Die Rabattordnung regelt die Zulässigkeit von Rabatten und Vergünstigungen für die einzelnen Vertriebsstufen.

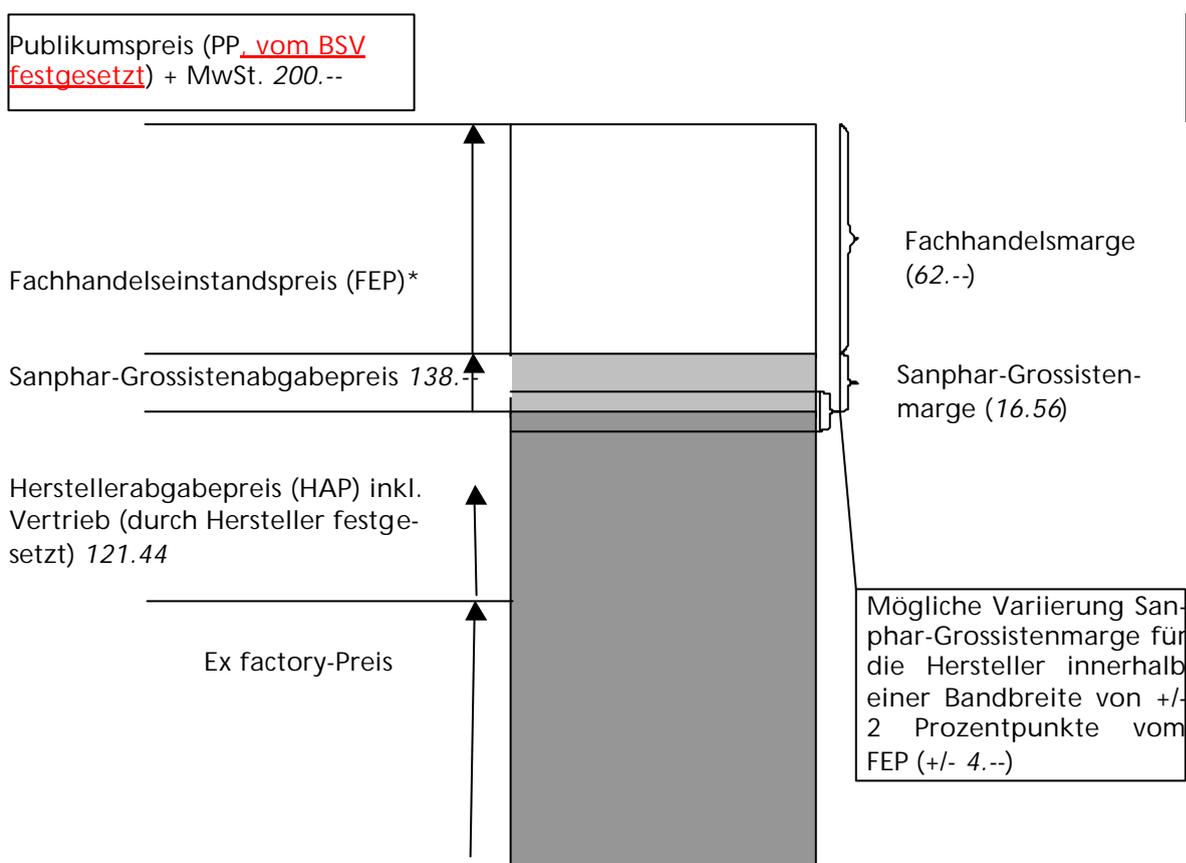
6. Die Margen- und Rabattordnung wirkt sich auf allen drei im Arzneimittelmarkt integrierten Stufen aus: a) Hersteller, b) Sanphar-Grossisten sowie c) Fachhandel/SD-Ärzte (vgl. Abb. 2, Ziff. 132). Gegenstand der kartellrechtlichen Prüfung sind folgende drei Bereiche aus der Margen- und Rabattordnung des Reglements:

a) Die Hersteller gewähren gemäss Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement den Sanphar-Grossisten gegenüber Rabatte ausschliesslich in einer Bandbreite von +/- 2 Prozentpunkten vom Fachhandelseinstandspreis (FEP).

b) Für die Sanphar-Grossisten gelten gemäss Ziffer 2.1.1. Buchstabe a Reglement die in Anhang 1a des Reglements festgelegten Margen. Die Sanphar-Grossisten können bei Lieferungen an nachgelagerte Stufen zwar Rabatte gewähren, die jedoch die Sanphar-Grossistenmarge nicht überschreiten dürfen (Anhang 2, Ziff. 2.3).

c) Für den Fachhandel und die SD-Ärzte gelten ebenfalls die in Anhang 1 des Reglements festgelegten Margen (vgl. auch Ziff. 2.1.1. Bst. a Reglement). Zur Kostendämpfung dürfen Apotheken und SD-Ärzte an Krankenkassen und Patienten Rabatte gewähren (Ziff. 2.2.1. Reglement).

Abbildung 1: Graphische Darstellung der maximalen Margen für ein Produkt der Pufferzone 3 mit Publikumshöchstpreis CHF 200.-- (in kursiver Schrift) gemäss der Margenordnung in Ziffer 2.1. des Reglements (Vertrieb über Fachhandel).



* Rabatte der Sanphar-Grossisten bis zum Sanphar-Grossisten-Einstandspreis möglich

7. Die vom BSV festgelegten Publikumshöchstpreise und die Fachhandelseinstandspreise der der Marktordnung unterstellten Arzneimittel sind im Katalog der reglementierten pharmazeutischen Produkte und in seinen periodischen Nachträgen aufgeführt (Medwin-Katalog). Dieser Katalog wird von der Sanphar zweimal jährlich herausgegeben und den Verbandsmitgliedern kostenlos abgegeben.

A.3 Die SAV-Normen

8. Die Normen des Schweizerischen Apothekervereins (SAV-Normen) können in zwei Bereichen des Vertriebs von Medikamenten Anwendung finden, nämlich bei konfektionierten (Ziff. 9) sowie bei nicht konfektionierten (Ziff. 10) Medikamenten.

9. Gemäss den Erläuterungen zum Anhang 1 des Reglements gilt: "Für die Produkte der IKS-Listen C/D, die der Selbstkontrolle nicht unterstehen, gilt weiterhin die alte Margenordnung (SAV-Normen). Siehe auch Erläuterungen zur Margenordnung". Dies bestätigt auch der SDV in seiner Eingabe vom 28. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 78, S. 3): "[...] gelten für Medikamente, deren Margen nicht gemäss der Margenordnung berechnet werden [...] die Normen des SAV als unverbindliche Richtwerte". Die SAV-Normen können deshalb zur Berechnung derjenigen Arzneimittel angewendet werden, die nicht nach der Margenordnung der Sanphar berechnet werden.

10. Im Anschluss zum "Reglement über die Vignettierung" publiziert Sanphar die folgende Tabelle der SAV-Normen, die seit der Änderung der Bestimmungen der Sanphar von September 1998 neu als "Kalkulationshilfe gelten und daher nicht verbindlich sind".

Kategorien	Apothekermarge	Verkaufspreise
Rezepturspezialitäten ¹	<ul style="list-style-type: none"> - 45% v. Verkaufspreis - 40% v. Verkaufspreis - 37,5% v. Verkaufspreis - 33,3% v. Verkaufspreis - 30% v. Verkaufspreis - 28% v. Verkaufspreis 	<ul style="list-style-type: none"> - Bei einem Verkaufspreis bis und mit CHF 2.-- - Bei einem Verkaufspreis von CHF 2.05 bis und mit 3.50 - Bei einem Verkaufspreis von CHF 3.55 bis und mit CHF 20.-- - Bei einem Verkaufspreis von CHF 20.05 bis und mit Fr. 100.-- - Bei einem Verkaufspreis von CHF 100.05 bis und mit Fr. 200.-- - Bei einem Verkaufspreis von CHF 200.05 und mehr
Rein pharmazeutische Spezialitäten, deren Verkauf auf die Apotheken beschränkt ist ²	<ul style="list-style-type: none"> - 35% v. Verkaufspreis - 33,3% v. Verkaufspreis 	<ul style="list-style-type: none"> - Bis zu einem Verkaufspreis von CHF 20.-- - Bei einem Verkaufspreis von über CHF 20.--
Spezialitäten, welche nicht nur in Apotheken verkauft werden dürfen ³	33,3% v. Verkaufspreis	
Diätetische Spezialitäten	30% v. Verkaufspreis	
Kindermehle	25% v. Verkaufspreis	

¹ Medikamente, die in der Apotheke auf Rezept eines Arztes zusammengestellt werden (Wirkstoffe der IKS-Kategorien A-C).

² Medikamente, die in der Apotheke zusammengestellt werden (Wirkstoffe der IKS-Kategorie C).

³ Medikamente, die in der Apotheke oder Drogerie zusammengestellt werden (Wirkstoffe der IKS-Kategorie D).

11. Daraus ergibt sich, dass die SAV-Normen ebenfalls zur Berechnung der Margen und Preise von pharmazeutischen Spezialitäten (Eigenherstellung der Apotheken mit Wirkstoffen der Kategorien A, B, C, D oder E) verwendet werden können.

A.4 Die Grossistenbedingungen der Sanphar

12. Nach Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement dürfen Hersteller ausschliesslich jenen Grossisten die Sanphar-Grossistenmarge gewähren, welche die in Anhang 2 zum Reglement enthaltenen Bedingungen für Sanphar-Grossisten erfüllen. Die Erlangung des Sanphar-Grossistenstatus setzt unter anderem voraus:

- **Sortiment:** Der Grossist ist verpflichtet, ein Mindestsortiment zu halten.
- **Kundenkreis:** Der Grossist ist verpflichtet, eine grössere Anzahl von Abnehmern (Apotheker, Ärzte, Drogisten, Spitäler mit pharmazeutischer Betreuung, Heime mit pharmazeutischer Betreuung und gegebenenfalls andere zur Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit berechnigte Personen) in einer oder mehreren Gegenden in der Schweiz zu beliefern.
- **Verkaufskonditionen:** Die Lieferkonditionen sollen eine rationale Verteilung fördern und müssen wirtschaftlich vertretbar sein. Insbesondere wird dem Grossisten verboten, seine Produkte unter dem GP zu verkaufen.

13. Die Hersteller sind verpflichtet, nur den Sanphar-Grossisten die Sanphar-Grossistenmarge zu gewähren (vgl. Schreiben der Sanphar an ihre Mitglieder betreffend Grossistenstatus der Apotheke "Zur Rose" AG vom 22. April 1999, Ordner VII, act. 3). Daraus ergibt sich, dass Aussenseiter-Grossisten die vorteilhafteren Sanphar-Grossistenmargen nicht erhalten. Sie werden wie Fachhändler behandelt und erhalten die gleichen Margen wie diese, oder sie werden überhaupt nicht beliefert (vgl. auch die Eingabe Disposan vom 26. Juni 1998, Ordner III, act. 130, Frage 4). In ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 9) rügt Sanphar, dass die Aussage von Disposan nicht belegt sei. Dieser Einwand überzeugt nicht: Einmal hat Sanphar Einsicht in die Akten genommen und gleichwohl keinerlei Hinweise für eine gegenteilige Sachlage vorgebracht. Im Übrigen zeigt die Praxis, dass dem Reglement nachgelebt wird. Mit Schreiben vom 22. April 1999 betreffend Grossistenstatus der Apotheke "Zur Rose" AG (vgl. Ordner VII, act. 3) teilte Sanphar ihren Mitgliedern mit, dass der Apotheke "Zur Rose" AG von Sanphar kein Grossistenstatus zuerkannt worden sei. Dies kann vor dem Hintergrund von Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement nur so verstanden werden, dass die Hersteller der Apotheke "Zur Rose" AG die Sanphar-Grossistenmarge nicht gewähren dürfen. Andernfalls wäre eine solche Information der Mitglieder unnötig gewesen. Zudem bestätigt Sanphar auf Seite 30 der zitierten

Eingabe, dass "Aussenseiter-Grossisten nicht zu denselben Preiskonditionen beliefert werden wie Sanphar-Grossisten". Da vorliegend letzteres - und nicht die Nichtbelieferung - entscheidend ist, besteht für die Wettbewerbskommission kein Grund, an der Richtigkeit der Aussage von Disposan zu zweifeln.

B. Verfahren

14. Die Kartellkommission hat im Januar 1995 eine Untersuchung über die öffentlich-rechtlichen und privaten Wettbewerbsbeschränkungen im Arzneimittelmarkt eröffnet. Mit dem Übergang zum neuen Kartellgesetz wurde die Untersuchung im Herbst 1997 sistiert und am 7. September 1998 per Verfügung eingestellt. Am 20. April 1998 wurde eine neue Untersuchung über den Vertrieb von Arzneimitteln eröffnet. Die Eröffnung dieser Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 23. April 1998 und im Bundesblatt vom 28. April 1998 (BBl 1998 III 2354) publiziert.

15. Zur Abklärung des Sachverhalts wurden Hersteller, Grossisten, Apotheken, Drogerien, Ärzte und deren Verbände sowie das Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) und die Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) schriftlich befragt (vgl. Ordner V, act. 13).

16. Mit der Zustellung des ersten Verfügungsentwurfes am 30. September 1998 wurde den Parteien erstmals rechtliches Gehör gewährt (vgl. Ordner VI, act. 16). Zudem machten die Parteien während des Verfahrens wiederholt von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch (vgl. Ordner VII, act. 13).

17. Am 14. März 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Parteien den zweiten Verfügungsentwurf durch amtliche Publikation (BBl 2000, Nr. 10, S. 1360 f.) zur Stellungnahme zugestellt (vgl. Ordner VII, act. 65). Das Sekretariat hat zudem den ihm bekannten Parteien den ganzen Verfügungsentwurf samt Aktenverzeichnis am 3. März 2000 vorab zur Kenntnisnahme zugestellt. Den Parteien, die sich bereits zum ersten Verfügungsentwurf geäussert hatten, wurde die Möglichkeit eingeräumt, dem Sekretariat mitzuteilen, welche Beweisanträge der ersten Stellungnahme trotz der gewichtigen Änderungen gegenüber dem ersten Entwurf aufrechterhalten werden. Zugleich wurden die Parteien erneut auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht (vgl. Ordner VII, act. 67 - 70 f.)

18. Die Apotheke "Zur Rose" AG, Steckborn, hat auf eine Vernehmlassung zum Verfügungsentwurf verzichtet (vgl. Ordner VIII, act. 3). Zum Verfügungsantrag des Sekretariats haben sich innert erstreckter Frist folgende Parteien vernehmen lassen: Das Pharma Forum, der SDV, Sanphar und der VSSG (vgl. Ordner VIII, act. 26, 34, 37, 41). Auch der SAV reichte unter Verzicht auf eine Anfechtung der Zwischenverfü-

gung vom 15. Mai 2000, mit welcher eine weitere Fristverlängerung abgelehnt wurde (Ordner VIII, act. 29), seine Stellungnahme am 22. Mai 2000 fristgerecht ein (vgl. Ordner VIII, act. 38).

19. Folgende Stellungnahmen sind nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist beim Sekretariat eingegangen:

- Interpharma reichte die Stellungnahme, nachdem die Frist am 15. Mai 2000 abgelaufen war und das verspätet eingereichte Fristverlängerungsgesuch abgewiesen wurde (vgl. Ordner VIII, act. 33), am 22. Mai 2000 ein (Ordner VIII, act. 36).
- Die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) hat ihre Stellungnahme nach Ablauf der erstreckten Frist (Fristablauf: 15. Mai 2000) am 19. Mai 2000 ebenfalls verspätet eingereicht (Ordner VIII, act. 35).

20. Es wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

- SAV (vgl. Ordner VIII, act. 38, S. 1) beantragt die Einstellung der Untersuchung, ohne Kostenfolgen, eventualiter die Abnahme von Beweisen sowie Zeugeneinvernahmen.
- FMH (vgl. Ordner VIII, act. 35) beantragt die Einstellung der Untersuchung ohne Kostenfolge.
- Pharma Forum (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 14) beantragt die Einstellung des Verfahrens.
- Interpharma (vgl. Ordner VIII, act. 36, Ziff. 3b) beantragt die definitive Einstellung der Untersuchung, eventualiter eine Sistierung bis 21. Juni 2000.
- SDV (vgl. Ordner VIII, act. 34, S. 3) beantragt die Einstellung des Verfahrens, eventualiter eine Wiederholung der Untersuchung.
- Sanphar (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 45) beantragt die Einstellung des Verfahrens.
- VSSG (vgl. Ordner VIII, act. 41, S. 3) schliesst sich den Rechtsbegehren von Sanphar an.

C. Erwägungen

C.0.1 Einstellung oder Sistierung des Verfahrens

21. In ihren Stellungnahmen beantragen die Parteien, das Untersuchungsverfahren sei zu sistieren beziehungsweise einzustellen.

a) Ein Sistierungsentscheid (vorläufige Einstellung) eines hängigen Verwaltungsverfahrens vor der Wettbewerbskommission kommt namentlich dann in Betracht, wenn ihr Entscheid von einem anderen Entscheid oder Urteil abhängt oder wesentlich beeinflusst wird (BGE 123 II 3). Eine Sistierung kommt ferner in Frage, wenn eine Rechtsänderung bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist (vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz

des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, Vorbem. zu § 4-31, N 29). Die Wettbewerbskommission verfügt beim Entscheid über die Sistierung über ein erhebliches Ermessen.

Ein Abschreibungsbeschluss (definitive Einstellung) eines hängigen Verwaltungsverfahrens vor der Wettbewerbskommission kommt infolge Gegenstandslosigkeit in Betracht. Ein Verfahren wird namentlich dann gegenstandslos, wenn das Objekt wegfällt, um das sich das kartellrechtliche Untersuchungsverfahren dreht (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 887; ferner MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 2 zu Art. 39 VRPG).

b) Im Folgenden ist zu prüfen, ob Gründe für eine Sistierung oder Abschreibung vorliegen:

aa) Die Parteien begründen ihre Anträge zunächst damit, die Generalversammlung des Vereins "Sanphar" werde am 21. Juni 2000 den Entscheid "über die allfällige Aufhebung der Sanphar-Reglemente sowie über die allfällige Auflösung des Verbandes" fällen, mithin der kartellrechtlich relevante Sachverhalt geändert, möglicherweise dahinfallen würde.

Die beabsichtigte, aber in ihrem Umfang noch nicht absehbare Verhaltensänderung der beteiligten Parteien rechtfertigt keine (vorläufige oder definitive) Einstellung des Verfahrens. Zunächst räumt der SAV selbst ein, dass "zurzeit noch keineswegs sicher ist, ob und wie weit die Generalversammlung von Sanphar am 21. Juni 2000 den Anträgen des Vorstandes" folgen wird (vgl. Ordner VIII, act. 22). Alsdann ist der Umstand, dass eine wie auch immer geartete Änderung des kartellrechtlichen Untersuchungsgegenstandes nach Zustellung des Verfügungsentwurfes zur Stellungnahme (Art. 30 Abs. 2 KG) von den Parteien ins Auge gefasst wird, grundsätzlich kein zureichender Grund für eine Sistierung oder Einstellung des Verfahrens. Das gleiche gilt für das allgemein zugängliche Kommuniqué von Sanphar, wonach "der Verband zwar in der Versenkung verschwinden wird, dessen Aufgaben zum Teil aber weiter wahrgenommen werden" und "die bisherigen Dienstleistungen von einer selbstständigen, unternehmerisch geführten Organisation erbracht werden sollen" (Ordner VIII, act. 4). Selbst die beabsichtigte Auflösung des Vereins "Sanphar" ändert möglicherweise nichts am kartellrechtlich relevanten Sachverhalt. Gründe für eine Sistierung oder Abschreibung sind daher nicht gegeben.

bb) Schliesslich machen die Parteien geltend, ab 1. Januar 2001 werde die bestehende Margen- und Rabattordnung durch ein staatliches Abgeltungsmodell ersetzt.

Die Parteien verkennen zunächst, dass das neue Abgeltungsmodell ausschliesslich SL-Medikamente der IKS-Listen A und B betrifft.

Dies hat denn auch der SAV in seiner Vernehmlassung zur Änderung der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV) zum Ausdruck gebracht (Ordner VIII, act. 44, S. 79). Für alle anderen Arzneimittel solle "wie bisher das alte Margensystem" (Ordner VIII, act. 44, S. 80) gelten. Bezeichnenderweise hat der SAV gerade diese Ausführungen im Verfahren vor der Wettbewerbskommission nicht ins Recht gelegt (Ordner VIII, act. 38, Beilage 2). Den Parteien ist zudem entgegenzuhalten, dass die Wettbewerbskommission ihre Entscheide "de lege lata" zu treffen hat. Sie darf nicht darauf abstellen, ob "de lege ferenda" ein bis anhin dem Wettbewerb überlassener Markt - wie zum Beispiel derjenige des Vertriebs von Arzneimitteln - neu einer staatlichen Regulierung unterstellt wird. Es besteht schliesslich ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass marktumfassende Abreden - wie sie die Margen- und Rabattordnung der Sanphar darstellt - von der Wettbewerbskommission untersucht werden, soweit und solange der Vorbehalt in Artikel 3 KG nicht greift (vgl. dazu C.1.3).

c) Die Sistierungs- und Abschreibungsanträge sind somit abzuweisen.

C.0.2 Rechtzeitigkeit, Inhalt und Form der Stellungnahmen (Art. 30 Abs. 2 KG)

22. a) Nach Artikel 30 Absatz 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Hierfür setzt das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine - nach Massgabe von Artikel 22 Absatz 2 VwVG erstreckbare - 30tägige Frist ab Zustellung des Verfügungsentwurfes. Stellungnahmen müssen nach Artikel 21 Absatz 1 VwVG spätestens am letzten Tage der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der Schweizerischen Post übergeben werden. Gemäss Artikel 32 Absatz 2 VwVG kann die Wettbewerbskommission verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz der Verspätung berücksichtigen. Es versteht sich dabei von selbst, dass Eingaben, die nach dem Entscheid der Wettbewerbskommission beim Sekretariat eintreffen, nicht mehr berücksichtigt werden können.

b) Vor dem Entscheid der Wettbewerbskommission sind folgende Stellungnahmen verspätet dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eingereicht worden: Die Stellungnahme von Interpharma ist am 23. Mai 2000 (Ordner VIII, act. 36) und diejenige vom FMH am 22. Mai 2000 eingegangen (Ordner VIII, act. 35). Beide Eingaben werden nur insoweit berücksichtigt, als sie ausschlaggebende Parteivorbringen enthalten.

23. In zahlreichen Stellungnahmen wird - nebst eigenen Vorbringen - vollumfänglich auf frühere eigene (a) oder fremde (b) Stellungnahmen verwiesen.

a/aa) Nach Artikel 30 Absatz 2 KG können die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Das Kartellgesetz äussert sich zwar nicht ausdrücklich zu Inhalt und Form der Stellungnahmen. Aufgrund der ratio legis von Artikel 30 Absatz 2 KG liegt es aber auf der Hand, dass sich die Stellungnahmen der Parteien auf den in die Vernehmlassung geschickten Verfügungsentwurf beziehen muss und nicht auf frühere Entwürfe. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die Integration früherer Stellungnahmen mittels einer globalen Verweisung nicht ausreicht. Vielmehr haben die Parteien ihre Eingaben derart zu substantiieren, dass die entscheidende Behörde in zumutbarer Weise namentlich Behauptungen und Beweisanträge behandeln kann. Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn die Verweisungen genügend spezifiziert werden.

bb) Im Lichte dieser Ausführungen können Stellungnahmen, die zum alten Verfügungsentwurf ins Recht gelegt wurden, nicht durch eine globale Verweisung (vgl. VSSG, Ordner VIII, act. 41, S. 3; SAV, Ordner VIII, act. 38, S. 1; FMH, Ordner VIII, act. 35, Ziff. 1) zum Bestandteil der Stellungnahme zum neuen, in sachlicher und rechtlicher Hinsicht erheblich überarbeiteten Verfügungsentwurf erklärt werden. Soweit die Parteien in ihren Stellungnahmen aber spezifische und nachvollziehbare Verweisungen vornehmen, werden diese berücksichtigt.

b) Der SAV (Ordner VIII, act. 38, S. 4) und der VSSG (Ordner VIII, act. 41, S. 3) schliessen sich vollumfänglich der Stellungnahme von Sanphar an. Die Wettbewerbskommission nimmt Stellungnahmen, soweit sie derartige Verweisungen enthalten, nicht als eigenständige Vernehmlassung der (verweisenden) Partei entgegen. Dieser Grundsatz ändert indes nichts am Umstand, dass die Wettbewerbskommission derartige Stellungnahmen im Ergebnis materiell, nämlich bei der Behandlung der Stellungnahme, auf die verwiesen wird, berücksichtigt.

C.0.3 Rechtliches Gehör

24. Die Stellungnahmen der Parteien enthalten streckenweise identische und wiederholte Rügen betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Soweit Parteien (vgl. VSSG, Ordner VIII, act. 41, S. 3 f.) allerdings im Rahmen ihrer Stellungnahmen pauschal eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen, ohne diese Vorbringen aber in irgendeiner Form zu substantiieren, kann deren Begründetheit nicht überprüft werden. Im Folgenden geht es zunächst um eine allfällige unterlassene Abnahme von Beweisanträgen.

a) Nach Artikel 33 Absatz 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Bei der Erhebung und Abnahme von Beweisen, namentlich bei der Beurteilung der Tauglichkeit, stehen der Wettbewerbskommission und ihrem Sekretariat ein weiter Ermessensspielraum zu (BGE 113 Ia 429; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 319). Auf

weitere Beweisvorkehren kann auch dann verzichtet werden, wenn der Sachverhalt, den eine Partei beweisen will, nicht rechtserheblich ist, wenn bereits Feststehendes bewiesen werden soll, wenn von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine Abklärungen herbeizuführen vermag, oder wenn die Behörde den Sachverhalt gestützt auf ihre eigene Sachkenntnis beziehungsweise jene ihrer fachkundigen Beamten zu würdigen vermag (BGE 122 II 469). Erachtet die Wettbewerbskommission die rechtserheblichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen als schlüssig, darf sie das Verfahren ohne Weiterungen abschliessen.

b) Im Lichte dieser Grundsätze können Beweisanträge, die im Zusammenhang mit dem ersten Verfügungsentwurf stehen und keinen Bezug mehr zum vorliegenden Sachverhalt aufweisen, abgewiesen werden. Dies trifft namentlich auf folgende Beweisanträge zu:

- Beweisanträge betreffend die Bindung der Kollektivmitglieder und der Apotheker an die Bestimmungen der Sanphar (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 24, 26 f., 33, 46, 48 und 53; Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 45, 72 und 75 f.): In der nun vorliegenden Verfügung finden sich keine diesbezüglichen Erwägungen mehr.
- Die Befragung der IMS Health GmbH, Hergiswil, erübrigt sich (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 69): In der nun vorliegenden Verfügung steht die Preisfestsetzung durch den Hersteller nicht mehr zur Beurteilung.
- Eine Befragung der Abbott AG, Baar, der Roche Pharma (Schweiz) AG, Reinach, und der MSD Merck Sharp Dohme-Chibret AG, Glattbrugg (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 35), erübrigt sich: Gegenstand der untersuchten Abrede auf Herstellerstufe ist nicht, ob die Hersteller möglicherweise von der Sanphar-Marge abweichen, sondern vielmehr, dass sie dies nur in einem Umfang von +/- 2% tun. Dasselbe gilt für den Beweisantrag der Sanphar betreffend Befragung des BSV in Sachen Moduretic (vgl. Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 75).
- Eine Befragung der Medirect AG (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 31) erübrigt sich, weil diese zum heutigen Zeitpunkt nicht mehr auf dem Markt tätig ist.

c) Alsdann werden Beweisanträge, die für den vorliegenden Entscheid nicht erheblich sind, weil sie etwa nicht geeignet sind, das Beweisergebnis oder den Entscheid zu beeinflussen, abgewiesen. Dies trifft namentlich auf folgende Beweisanträge zu:

- Die Einholung des Amtsberichtes des BSV (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 77) ist nicht notwendig: Die
-

Aussage zum Preisniveau innerhalb von Therapiegruppen ist in der vorliegenden Verfügung nicht mehr rechtserheblich.

- Von einer Befragung der Geschäftsleitung des Konkordates der Krankenkassen (Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 105) kann abgesehen werden. Die Abrede auf Stufe des Fachhandels beseitigt den Wettbewerb, womit keine Rechtfertigungsgründe bezüglich der Effizienz geltend gemacht werden können.
 - Eine Befragung von Dr. Chr. Robert, Kantonsapotheker Genf, betreffend Käufe im Ausland (Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 120) ist nicht erforderlich. Allfällige Erkenntnisse über gewisse Käufe im Ausland würden nichts daran ändern, dass auch dem Fachhandel durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen verboten ist, direkt im Ausland einzukaufen.
- d) Schliesslich werden Beweisanträge gegenstandslos, weil sich die Wettbewerbskommission den Vorbringen der Parteien angeschlossen hat. Dies trifft namentlich auf folgende Beweisanträge zu:
- Befragung P. Blanquet, Mitglied SAV, Eigentümer Groupe Capitol, betreffend Rabattgewährung (Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 44).
 - Befragung verantwortlicher Spartenleiter EPA Apotheke betreffend Rabattgewährung (Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 127).
 - Befragung bestimmter Apotheken (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 30).
 - Befragung der MediService AG (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 31, und Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 13).

25. Im Übrigen wird auch eine Verletzung von Mitwirkungsrechten bei der Einvernahme von Drittpersonen geltend gemacht.

a) Nach Artikel 39 KG sind auf das Untersuchungsverfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Nach Massgabe von Artikel 12 VwVG stellt die Wettbewerbsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls namentlich folgender Beweismittel: Auskünfte der Parteien sowie Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen. Holt die Wettbewerbsbehörde Auskünfte von Parteien oder Dritten (mit oder ohne Auskunftspflicht) ein, besteht kein Anspruch auf Parteiöffentlichkeit. Ein Teilnahmerecht der Parteien besteht bei Auskunftspersonen - im Unterschied zur Zeugeneinvernahme und zum Sachverständigen-gutachten - nicht. Bei Auskunftspersonen ist den aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch fliessenden minimalen Verfahrensgarantien Genüge getan, wenn sich Einfluss- und Mitwirkungsmöglichkeit

auch auf eine nachträgliche Stellungnahme beschränken (BGE 117 V 285). Im Verfahren vor der Wettbewerbskommission kann das rechtliche Gehör im Rahmen der Vernehmlassung nach Artikel 30 Absatz 2 KG wahrgenommen werden.

Bei Auskünften von Drittpersonen verweist das VwVG ergänzend auf das Beweisrecht des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (Art. 19 VwVG). Danach können als Auskünfte von Privat- beziehungsweise Drittpersonen grundsätzlich nur schriftliche Auskünfte gelten. Das Bundesgericht hat darüber hinaus entschieden, dass eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche beziehungsweise telefonische Auskunft ein zulässiges und taugliches Beweismittel darstellt, soweit damit bloss Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt werden (BGE 117 V 285).

b) Sanphar macht zunächst geltend (Ordner VIII, act. 37, S. 3), ihr rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass die Wettbewerbsbehörde die Befragung der SWICA Gesundheitszentren ohne ihre Mitwirkung vorgenommen habe. Die SWICA Gesundheitszentren sind Akteure (mit Parteistellung) im relevanten Markt. Ihnen kommt damit keine Zeugenstellung zu, so dass die von Artikel 18 und 19 VwVG in Verbindung mit Artikel 38 BZP vorgesehenen Verfahrensgrundsätze von vornherein nicht zur Anwendung kommen. Zudem waren die Fragen und Antworten seit langer Zeit in den Akten zugänglich. Sanphar hätte bei Bedarf die entsprechenden Ergänzungsfragen spätestens in der Stellungnahme vom 22. Mai 2000 formulieren können.

Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit unbegründet.

c) Der Verein Sanphar rügt schliesslich (Ordner VIII, act. 37, S. 3), dass bei der Einholung der Auskunft von Herrn Dr. Widmer vom 28. Februar 2000 (Ordner VII, act. 60) seine Mitwirkungsrechte verletzt wurden. Dies trifft angesichts der oben erwähnten höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht zu. Die Zulässigkeit und Tauglichkeit des fraglichen Beweismittels steht nicht in Frage. Auch gelten vorliegend, da Herr Dr. Widmer als Auskunftsperson und nicht als Zeuge befragt wurde, nicht die in Artikel 18 VwVG enthaltenen Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör ist mit der Stellungnahme nach Artikel 30 Absatz 2 KG hinreichend gewährt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbsbehörde Untersuchungen kaum mehr durchführen könnte, wenn sie bei beziehungsweise vor jeder Auskunftseinholung nach Massgabe von Artikel 40 KG den beteiligten Parteien Mitwirkungsrechte, insbesondere das Recht auf Teilnahme, einräumen müsste. Schliesslich ist anzumerken, dass die Auskunft von Herrn Dr. Widmer Anhaltspunkte für eine Marktabgrenzung, wonach die Spitalapotheken nicht zum relevanten Markt auf Fachhandelsstufe gehören, enthält, die auch andere Beweismittel hergeben - wie etwa der Umstand,

dass die Margen- und Rabattordnung von Sanphar nicht für die Spitalapotheken gilt.

Die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit unbegründet.

C.1 Geltungsbereich

26. Das Kartellgesetz (KG) gilt unter anderem für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 KG).

C.1.1 Unternehmen

27. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager von Produkten oder Dienstleistungen auftreten (vgl. RPW 1999/2, S. 226, Ziff. 28). Die Hersteller, die Grossisten (mit oder ohne Grossistenstatus der Sanphar), die Apotheken, die Drogerien und die Ärzte sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

C.1.2 Wettbewerbsabreden

28. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

C.1.2.1 Die Margen- und Rabattordnung der Sanphar als Wettbewerbsabrede

29. Alle Stufen des Arzneimittelvertriebs sind entgegen der Auffassungen von Sanphar, des SAV und des Pharma Forums (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S.10; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 41 f.; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4) in die Margen- und Rabattordnung der Sanphar eingebunden: Hersteller, Sanphar-Grossisten, Fachhandel und SD-Ärzte.

C.1.2.1.a Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe

30. Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement sieht vor: "Hersteller und Importeure sind bei der Belieferung von Pharma-Grossisten berechtigt, die Pharma-Grossistenmarge in einer Bandbreite von +/- 2 Prozentpunkten (vom FEP) nach wirtschaftlichen Kriterien zu variieren". Im Falle von Zuwiderhandlungen gegen diese Bestimmung können die Hersteller vom Vorstand der Sanphar beziehungsweise des von ihm eingesetzten Aufsichtsorgan sanktioniert werden (Ziff. 4 und 5 des Reglements über die Vignettierung sowie Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 10). Gemäss Ziffer 4.2 dieses Reglements überwacht eine Treuhandgesellschaft das Verhalten der Einzel-

mitglieder der Sanphar, im vorliegenden Fall das der Hersteller. Für den Fall des Verstosses gegen das Reglement sind Verwarnungen sowie Bussen von bis zu CHF 100'000.-- vorgesehen.

31. Bei der in Frage stehenden Vereinbarung geht es nicht um gemeinsame Preisabreden betreffend konkurrierender Produkte, sondern um die Margenordnung für den Vertrieb von Medikamenten. Für die vorliegende Untersuchung kann deshalb offengelassen werden, ob alle Hersteller die Herstellerabgabepreise unter Wettbewerbsbedingungen festlegen oder ob ein - zumindest stillschweigendes - Parallelverhalten vorliegt (vgl. sinngemäss Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11, 22, 24 ff.). Es werden nämlich ausschliesslich Abreden untersucht, die sich auf den Vertrieb von Medikamenten beziehen. Insofern sind die Vorbringen und Beweisanträge des SAV in der Stellungnahme vom 22. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 38, S. 15 [Ziff. 7], 17 f. [Ziff. 1-3], 45, 57) unbehelflich, denn sie beziehen sich auf die Preisbildung für Medikamente als Produkt und nicht auf die Margenordnung für den Vertrieb der Medikamente. Dasselbe gilt auch für die Einwände von Sanphar in der Stellungnahme vom 22. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 11): Der Einwand, wonach ein Parallelverhalten der Hersteller gar nicht möglich sei, da der Publikumshöchstpreis seitens des BSV festgelegt wird, ist unbehelflich. Denn es geht um die Margenordnung für den Vertrieb und nicht um den vom BSV tatsächlich festgelegten Preis für das Medikament. Von dieser unzutreffenden Prämisse geht die Stellungnahme von Sanphar an mehreren Stellen aus (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 22, 24 ff., 34). Es wird daher darauf verzichtet, an jeder entsprechenden Stelle der Verfügung auf diesen Einwand von Neuem einzugehen. Dasselbe gilt auch für die Stellungnahme des Pharma Forums (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 7 f.).

32. Das Vorbringen von Sanphar (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 75), wonach es kartellrechtlich unbedenklich sei, wenn ein Lieferant gegenüber sämtlichen Grossisten den genau gleichen Preis zur Anwendung bringt, stösst ins Leere: Gegenstand der Untersuchung ist die Absprache zwischen den Herstellern, wonach diese auf den von ihnen selbst festgelegten Herstellerabgabepreisen maximal +/- 2% Rabatt an die Grossisten gewähren (Ziff. 2.1.1. Bst. b Reglement), und nicht das Verhalten eines Herstellers bei der Festsetzung des Fabrikabgabepreises (Ziff. 31 sowie die Antworten der Hersteller auf Frage 8 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Diese horizontale Abrede der Hersteller schliesst individuelles, jederzeit veränderbares Verhalten eines einzelnen Herstellers aus und bewirkt damit eine Wettbewerbsbeschränkung, weshalb sie eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG ist. Auf die Vorbringen von Sanphar und des SAV sowie den entsprechenden Beweisanträgen, die Grossisten beziehungsweise Hersteller und Lieferanten zu befragen (vgl. Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 80; Eingabe San-

phar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 17 f. [Ziff. 1-2], 45), ist deshalb nicht einzutreten.

33. Die Abrede der Hersteller wird durch die Abrede über die Sanphar-Grossistenbedingungen noch verstärkt. So schreibt Ziffer 2.1.1. Reglement vor, dass die Sanphar-Grossistenmarge nur gewährt wird, wenn die Sanphar-Grossisten bestimmte Kriterien erfüllen. Der Grossist wird überdies durch eine mögliche Variierung der Grossistenmarge um +/- 2% veranlasst, das vollständige Sortiment eines Herstellers beziehungsweise Importeurs zu führen, auch wenn er sich nur für ein einziges bestimmtes Medikament interessiert. Hinzu kommt, dass die meisten Hersteller und Importeure Mitglieder der Sanphar sind und somit die meisten der in der Schweiz hergestellten beziehungsweise vertriebenen Medikamente der Marktordnung der Sanphar unterstellt sind (vgl. Antworten der Hersteller auf Frage 2 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Die Sanphar-Grossistenbedingungen führen somit entgegen der gegenteiligen Behauptung von Sanphar und des Pharma Forums (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4) dazu, dass die Sanphar-Grossisten keine Möglichkeit haben, ihr Sortiment nach eigenem Gutdünken zusammenzustellen (vgl. Ziff. 12 f. und Ziff. 119). Ohne Grossistenbedingungen wäre es sehr wohl möglich, dass ein Grossist gewisse Medikamente nicht an Lager halten müsste. Diese Tatsache ist hinlänglich belegt, so dass sich eine erneute Befragung, wie sie Sanphar wiederholt beantragt, erübrigt.

C.1.2.1.b Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe

34. Ziffer 2.3. des Anhangs 2 zum Reglement sieht vor: "Insbesondere dürfen die gewährten Rabatte die Pharma-Grossistenmargen - auch im Einzelfalle - nicht übersteigen". Die Gewährung von Rabatten ist zwar möglich (vgl. auch Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 9). Sie wird aber eingeschränkt. Durch diese Einschränkung wird entgegen der Behauptung von Sanphar in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2000, welche im Übrigen selbst einräumen muss, dass die Grossistenmarge "sehr gering" ist (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 12), ein Preisgestaltungselement als Wettbewerbsparameter über weite Strecken ausgeschaltet. Dies bewirkt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung unter den Sanphar-Grossisten: Die Grossisten sind Unternehmen auf derselben Marktstufe und stehen miteinander im Wettbewerb.

35. Die Grossisten können von der Sanphar zwar nicht direkt angehalten werden, diese Bestimmung einzuhalten. Das System "Sanphar" bewirkt indes, dass sich die Sanphar-Grossisten an Ziffer 2.3. des Anhangs 2 zum Reglement halten:

a) Die Hersteller gewähren den Sanphar-Grossisten gemäss Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement die Sanphar-Grossistenmarge nur, wenn

diese [d.h. die Sanphar-Grossisten] unter anderem die Bestimmung über die Rabattgewährung erfüllen.

b) Die Einhaltung der Bestimmungen über die Maximalrabatte ist ferner Voraussetzung für den Sanphar-Grossistenstatus (2.1.1. Bst. b Reglement in Verbindung mit Anhang 2, Ziff. 2.3. und 2.8.).

c) Schliesslich wird auch in den Grossistenbedingungen der Sanphar (Reglement, Anhang 2) unter der Ziffer 2.3. "Verkaufskonditionen" darauf hingewiesen, dass es dem Sanphar-Grossisten verboten ist, seine Produkte unter dem Sanphar-Grossisten-Einstandspreis zu verkaufen.

36. Dieses System hat zur Folge, dass sich die Sanphar-Grossisten an die Abrede halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22). Die Eingabe von Sanphar anerkennt, dass die Abrede eingehalten wird und Rabatte lediglich innerhalb der Grossistenmarge gewährt werden. Sanphar behauptet jedoch, die Akteure würden sich aufgrund eines natürlichen Parallelverhaltens gleich verhalten, wie sie dies aufgrund der fraglichen Abrede tun (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 12). Dies ist nicht überzeugend und auch in keiner Weise belegt: Wenn die Behauptung den Tatsachen entsprechen würde, wäre es kaum notwendig gewesen, eine Margen- und Rabattordnung schriftlich zu verfassen und die Durchsetzung der Abreden mittels Sanktionen sicherzustellen. Die von Sanphar in diesem Zusammenhang gestellten Beweisanträge sind deshalb abzuweisen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 12; Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 28; Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 83). Deren Gutheissung würde lediglich zu Hypothesen führen, denen ohnehin keine Beweiskraft zukommen könnte.

37. Dieses Zusammenwirken, welches eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Sanphar-Grossisten bezweckt, weil Preisgestaltungselemente als Wettbewerbsparameter weitgehend ausgeschaltet werden, stellt eine Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG dar.

C.1.2.1.c Das Vorliegen von Wettbewerbsabreden auf Stufe des Fachhandels und der SD-Ärzte

38. Ziffer 2.1.1. Buchstabe a Reglement sieht vor: "Für die Pharma-Grossisten, den Fachhandel (Apotheken und Drogerien) und für die SD-Ärzte gelten die im Anhang 1 festgelegten Margen. Die nach diesen Margen berechneten Arzt- und Fachhandelseinstandspreise werden in der Medwin-Datenbank aufgeführt".

39. Die Bestimmungen, welche die Fachhändler und die SD-Ärzte betreffen, sind horizontale Abreden in der Form von nicht erzwingbaren Vereinbarungen im Sinne von Artikel 4 KG: Die Fachhändler und die SD-Ärzte befinden sich auf der gleichen Marktstufe. Ob sie untereinander im Wettbewerb stehen, kann aus den in Ziffer 136 ff. genannten Gründen offenbleiben (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 13; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 8, 43, 59 f., 62). Daher ist zu prüfen, ob der Tatbestand von Artikel 4 Absatz 1 KG sowohl in Bezug auf den "Fachhandel" wie auch in Bezug auf die "SD-Ärzte" erfüllt ist.

40. Die Untersuchung hat gezeigt, dass entsprechende Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegen, da sich Fachhändler und SD-Ärzte an die Preisvorgabe, wie sie von der Sanphar vorgesehen wird, halten (vgl. statt vieler Eingabe Dr. med. Monika Maritz Mosimann vom 19. Juni 1998, Ordner III, act. 104; Eingabe Dr. med. Anselm Benz vom 25. Juni 1998, Ordner III, act. 107; Eingabe Dr. med. Werner Häfeli vom 10. Juni 1998, Ordner II, act. 83). Daran vermögen die nachfolgenden Einwände (vgl. Ziff. 41 bis 45) nichts zu ändern:

41. Der SAV macht wiederholt geltend, dass die eingeholten Stellungnahmen zwei Jahre alt und damit nicht mehr relevant seien; überdies sei die Repräsentanz der Stichprobe zweifelhaft. Infolgedessen müssten neue Befragungen durchgeführt werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 3, 10, 41, 43). Gleichzeitig bleibt der SAV aber jeglichen Hinweis schuldig, dass eine erneute Befragung des Fachhandels unter Verwendung einer anderen Stichprobe ein abweichendes Bild ergeben würde. Vielmehr bestätigt er indirekt die Einhaltung der Preisvorgabe von Sanphar, indem er verschiedentlich darauf hinweist, dass der Fachhandel sich allenfalls parallel verhält (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 12, 43 f., 56, 61 f.). Der mehrmalige Bezug auf ein - wenn auch nur allfälliges - Parallelverhalten lässt den Schluss zu, dass selbst dem SAV die Gleichförmigkeit der Preise im Fachhandel aufgefallen ist. Dass es sich dabei nicht um ein unbeabsichtigtes Parallelverhalten handelt, wird unter Ziffer 45 dargelegt.

42. Sanphar bringt in ihrer Eingabe vom 30. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 80, S. 28, 92) vor, den Ärzten könne kein wettbewerbswidriges Verhalten vorgeworfen werden, weil diese von der Abrede zur Berechnung der Margen und Preise nichts gewusst hätten beziehungsweise die Sanphar nicht kennen würden. Dieses Vorbringen ist unbehelflich: Auch ein Verhalten, das eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich bewirkt (auch wenn dies nicht gewollt war), erfüllt die Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (vgl. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, Nr. 993): Die Ärzte verrechnen die von ihnen abgegebenen Medikamente nach dem vom BSV festgelegten

und auf den Packungen aufgedruckten Preis (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 14) und sie bezahlen für die eingekauften Medikamente den Publikumspreis abzüglich der gemäss Margenordnung für alle gültigen gleiche Marge (Anhang 1 zum Reglement). Damit wird der Preiswettbewerb beim Einkauf von Medikamenten - abgesehen von gewissen Rabatten - beseitigt. Ob die Ärzte realisieren, dass sie damit eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken, ist unerheblich. Insofern ist auf den Beweisantrag von Sanphar, wonach die Ärzte erneut nach dem Bekanntheitsgrad der Sanphar-Bestimmungen und deren Inhalten zu befragen sind, nicht einzutreten (Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 13, 37). Unerheblich ist auch das entsprechende Vorbringen des Pharma Forums (Stellungnahme vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4, 10 f.).

43. Sanphar gibt in ihren Eingaben vom 30. November 1998 (Ordner VI, act. 80, S. 88 f.) und vom 22. Mai 2000 (Ordner VIII, act. 37, S. 14) weiter zu bedenken, dass seit der Aufhebung des Verpflichtungsscheines am 22. August 1997 (Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, act. 2, Beilage 22; Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, act. 11, Beilage 15; Eingabe SAV vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, Beilage 9) die auf den Packungen vermerkten Preise Höchstpreise darstellen, die durch Rabatte beliebig unterschritten werden können (Ziff. 2.2.1. Bst. c Reglement). Die Margenordnung wird von Sanphar wie auch vom SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 102, und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11 f., 30, 41 f., 44 f.) deshalb als unverbindliche Empfehlung bezeichnet. Gemäss dem SAV bestätigte auch der Präsident der Wettbewerbskommission, dass die Margenordnung von Sanphar heute nicht mehr verbindlich sei (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11 f., 41 f. und Beilage 38). In seinem Beitrag "Wettbewerbspolitik 1999" (in: Die Volkswirtschaft - Magazin für WirtschaftsPolitik, 10/99) führt der Präsident der Wettbewerbskommission jedoch auf Seite 23 sogleich weiter aus, dass für die kartellrechtliche Beurteilung nun untersucht werden müsse, ob die Margenordnung von Sanphar heute überwiegend eingehaltene Preisempfehlungen darstellt, welche gleich wie Preisabreden zu beurteilen sind. Entgegen der Auffassung des SAV bewirkt die Aufhebung der Verbindlichkeit somit nicht, dass die Sanphar-Reglemente heute eine "weitaus geringere Bedeutung für das Marktgeschehen besitzen" (Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11). Preisempfehlungen - und dazu gehören auch Höchstpreisempfehlungen - fallen vielmehr wie rechtlich erzwingbare Preisabreden ebenfalls unter den Abrededebegriff von Artikel 4 Absatz 1 KG, sofern sie befolgt werden (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 213; VON BÜREN, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 24 [vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 38]). Dazu genügt, dass die Empfehlung nur von einer kleinen Anzahl der Verbandsmitglieder befolgt wird. Wird die Preisempfehlung vom

grössten Teil der auf dem betroffenen Markt tätigen Unternehmen befolgt, so fällt sie unter den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG (vgl. auch Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen, RPW 1998/3, S. 382 ff.). Eine erzwingbare Vereinbarung zwischen den Fachhändlern und zwischen den SD-Ärzten, die Margenordnung nicht zu verletzen, ist somit auch nicht notwendig.

44. Vom SAV (Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 51, 57 ff.; Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 16 f., 62) wie auch von anderen Parteivertretern (vgl. z.B. Eingabe Interpharma, Ordner VIII, act. 36, S. 4 f.) wird wiederholt behauptet, dass der Preis auf dem Arzneimittelmarkt nicht der einzig relevante Wettbewerbsparameter sei. So könnten sich zum Beispiel die Fachhändler und SD-Ärzte vermehrt mit Serviceparametern wie fachkundiger Beratung, kundengerechter Sortimente, effizientem Bestellwesen sowie Schaffung von attraktiven Verkaufsstellen einen Qualitäts- und Leistungswettbewerb liefern. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass ein gewisser Qualitäts- und Leistungswettbewerb zwischen den Fachhändlern existiert. Entgegen den Ausführungen des Pharma Forums (Ordner VIII, act. 26, S. 5), des SAV (Ordner VIII, act. 38, S. 45) und von Sanphar (Ordner VIII, act. 37, S. 14) in deren Stellungnahmen vom 12. Mai 2000 beziehungsweise 22. Mai 2000, wonach das Reglement über die Selbstkontrolle die Rabattgewährung von Apotheken und Ärzten an Krankenversicherer und Patienten ausdrücklich zulasse und sich aus der Aufhebung des Verpflichtungsscheins die Freiheit der Fachhändler, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen, ergebe, ist es den Fachhändlern nach wie vor verwehrt, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen: Die äusserst beschränkten Freiheiten im Rahmen der Rabattordnung sind nicht geeignet, im Fachhandel Preiswettbewerb zu bewirken. Die Möglichkeit der Rabattgewährung kann nicht gleichgesetzt werden mit der Freiheit, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen. Damit ist es den Fachhändlern nicht nur unmöglich, Sonderaktionen und andere preisliche (Marketing-) Massnahmen durchzuführen, sondern auch, die oben erwähnten Serviceleistungen einzelbetrieblich mit einem entsprechenden Verkaufspreis abgelten zu lassen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Serviceleistungen nicht in optimaler Weise angeboten werden beziehungsweise dass der Leistungs- und Qualitätswettbewerb aufgrund des ausgeschalteten Preiswettbewerbs ebenfalls verzerrt ist. Aus Sicht des Patienten führt der fehlende Preiswettbewerb dazu, dass dieser keine Wahlentscheidung bezüglich Preis-/Leistungsmix eines Fachhändlers treffen kann.

45. Sanphar und der SAV machen in ihren Eingaben vom 22. Mai 2000 zusätzlich geltend, die bei der Abgabe von Medikamenten gleichförmigen Preise beim Fachhandel resultierten aus einem allfälligen Parallelverhalten, das wiederum rein auf gesetzliche und wirtschaftliche

Gründe zurückzuführen sei (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 12, 14 f., 33 und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 12, 43 f., 56, 61 ff.). Die Behauptung der Parteien, es handle sich um Parallelverhalten, ist aus folgenden Gründen nicht überzeugend:

a) Es ist zwar richtig, dass im Bereich der SL-Medikamente die Höchstpreise durch das BSV festgelegt und auf der Packung aufgedruckt werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 7, 22, 48 f.). Aus dieser Festsetzung des Publikumshöchstpreises durch das BSV lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Margen- und Rabattordnung von Sanphar unter den Vorbehalt von Artikel 3 KG fällt (vgl. Ziff. 54 f.).

b) Im Weiteren steht fest, dass weder das IKV-Regulativ noch der vorgeschriebene Preisaufdruck eine staatliche Preisordnung begründen (vgl. Ziff. 52).

c) Überdies wird pauschal behauptet, die Sanphar-Höchstmargen stellten denjenigen Betrag dar, der zur Deckung der Kosten für die Vertriebs- und Beratungsleistungen notwendig sei (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 30 ff.). Deshalb orientiere sich auch das BSV bei der Höchstpreisfestlegung daran. Dem ist einmal entgegenzuhalten, dass sowohl die Erläuterungen im Vernehmlassungsbericht des BSV zum Entwurf der Änderung der KVV (vgl. Ordner VIII, act. 44, S. 8) wie auch die Vernehmlassung des BSV zu den vorgeschlagenen Änderungen betreffend Arzneimittel vom 24. März 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 14, S. 3) feststellen, dass die heutige Margenordnung der Sanphar unerwünschte Anreize schafft, weil sie die Apotheker und Apothekerinnen sowie Ärztinnen und Ärzte für die Abgabe grosser Mengen und teurer Arzneimittel belohnt (vgl. Ziff. 54). Infolgedessen kann wohl kaum von betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Höchstmargen gesprochen werden. Zudem wäre es kaum notwendig, eine Margen- und Rabattordnung zu verfassen, herauszugeben und deren Durchsetzung mittels Sanktionen sicherzustellen, wenn die Behauptung des SAV den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen würde.

d) Der SAV behauptet, den Apothekern würde eine überdurchschnittliche Umsatz- beziehungsweise Eigenkapitalrendite unterstellt (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 31, 33 f., 54). Zu beachten ist, dass das Vorliegen einer Kartellrendite nicht tatbestandsmässige Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ist. Demzufolge ist auch ein entsprechender Nachweis nicht notwendig.

e) Die Parteien machen zudem geltend, der Fachhandel und die SD-Ärzte hätten kein Interesse an der Rabattgewährung (vgl. z.B. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 14, 23, 55). Der Preis eines Medikamentes habe keinen Einfluss auf die Wahl des Patienten,

einen bestimmten Arzt aufzusuchen. Der Patient suche den kompetentesten Arzt aus (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4). Diesen Behauptungen ist entgegenzuhalten, der Umstand, dass der von einem Arzt berechnete Preis eines Medikamentes nicht das zentrale Argument bei der Arztwahl darstellt, bedeute keineswegs, der Medikamentenpreis habe keinen Einfluss auf die Arztwahl. Das Argument, wonach kein Interesse an einer Rabattgewährung bestehe, da die Rabatte letztlich den Krankenversicherern zugute kommen und der Patient nicht davon profitieren könne, weshalb mit Rabatten kein Wettbewerbsvorteil zu erreichen sei, steht zudem im Widerspruch zu den Ausführungen der Parteien zur Stellung der Krankenkassen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 20 f., 33; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 12). Die Krankenkassen können damit werben, wenn der Fachhandel ihnen Rabatte gewährt. Mittelfristig ist zudem damit zu rechnen, dass eine gegenüber dem vom BSV festgelegten Publikumshöchstpreis verbilligte Abgabe eines Medikamentes durch Ärzte zu einer Verbilligung der Krankenkassenprämien führt.

f) Die vom SAV auf Seite 31 seiner Eingabe vom 22. Mai 2000 angeführten gesetzlichen Vorschriften sind ebenfalls nicht geeignet, ein Parallelverhalten des Fachhandels zu begründen (vgl. Ordner VIII, act. 38). Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus diesen Bestimmungen zum Beispiel eine Marge von 35,25% in Stufe 2 für alle Apotheken in der Schweiz, unabhängig von der Grösse der Apotheke, der Apothekendichte in einem bestimmten Gebiet oder andern Faktoren ergeben sollte.

g) Der SAV wie auch Interpharma verweisen schliesslich auf die 1. Trendstudie "Gesundheitsmonitor 99" des GfS-Forschungsinstituts (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 13 f., Beilage 5 sowie Eingabe Interpharma vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 36, S. 2), wonach 80% der Stimmberechtigten für dasselbe Medikament überall in der Schweiz den gleichen Preis bezahlen wollen. Der SAV hat jedoch darauf verzichtet, die Studie vollständig, insbesondere inkl. Fragestellung, einzureichen, so dass die Aussagekraft dieser Studie in diesem Punkt nicht überprüft werden kann. Überdies beweist dieses Ergebnis nicht, dass 80% der Stimmberechtigten die von Sanphar festgelegten Margen bezahlen wollen. Demzufolge ist auch dieses Vorbringen unbehelflich.

46. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Publikation der Arzt- und Fachhandelseinstandspreise im Medwin-Katalog im Übrigen typisch ist für die Bemühung um Transparenz der Preise, was den meisten Kartellen eigen ist (vgl. OECD, Mini-Roundtable on Oligopoly, DAFPE/CLP(99)11, Paris, S. 12, Rz. 57).

C.1.2.2 Die SAV-Normen als Wettbewerbsabrede

47. Die Hersteller, Grossisten und Fachhändler berechnen mittels der SAV-Normen die Publikumspreise derjenigen Medikamente, die nicht nach der Margenordnung der Sanphar berechnet werden (vgl. Ziff. 9). Die SAV-Normen gründen auf einer rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarung.

48. Da sich Hersteller, Grossisten, Apotheken und Drogerien an die empfohlene Berechnung der Preise mittels der SAV-Normen halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 15 und Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 15) und das Verhalten eine Beschränkung des Wettbewerbs unter den Marktteilnehmern bewirkt, weil der Preis beziehungsweise einzelne Preisgestaltungselemente als Wettbewerbsparameter ausgeschaltet werden, sind die Voraussetzungen von Artikel 4 Absatz 1 KG für die Annahme einer Wettbewerbsabrede erfüllt (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 213).

C.1.2.3 Die Grossistenbedingungen der Sanphar als Wettbewerbsabrede

49. Ziffer 2 des Anhangs 2 zum Reglement sieht vor:

a) Ziffer 2.1.: "Das Lager-Sortiment des Pharma-Grossisten umfasst alle in der Schweiz im Handel befindlichen pharmazeutischen Spezialitäten, zu deren Abgabe sein Kundenkreis berechtigt ist. Das Minimal-sortiment besteht aus 10'000 Medikamenten der IKS-Listen A-D und der BAG-registrierten Medikamente wie Sera, Impfstoffe [...]".

b) Ziffer 2.2.: "Die Pharma-Grossisten liefern das [...] Sortiment ab Eigenlager einer grösseren Anzahl von Abnehmern (Apotheker, Ärzte, Drogisten, Spitäler mit pharmazeutischer Betreuung, Heime mit pharmazeutischer Betreuung und gegebenenfalls andere zur Abgabe von Arzneimitteln an die Öffentlichkeit berechnete Personen) in einer oder mehreren Regionen der Schweiz [...]".

c) Ziffer 2.3.: "Die Lieferkonditionen sollen eine rationelle Verteilung fördern und müssen wirtschaftlich vertretbar sein. Insbesondere dürfen die gewährten Rabatte die Pharma-Grossistenmarge - auch im Einzelfall - nicht übersteigen".

50. Diese Bestimmungen führen im Ergebnis dazu, dass sich die Sanphar-Grossisten verpflichten, gewisse Bedingungen bezüglich der Sortimentsbreite (Anhang 2, Ziff. 2.1.) und des Kundenkreises (Anhang 2, Ziff. 2.2.) zu erfüllen.

a) Die Abklärungen haben gezeigt, dass sich die Sanphar-Grossisten an Ziffer 2 des Anhangs 2 zum Reglement halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli

1998, Ordner V, act. 2; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22). Das Erfordernis der Abrede ist somit erfüllt.

b) Mit der Abrede werden gewisse Marketinginstrumente der an der Abrede beteiligten Grossisten als Wettbewerbsparameter ausgeschaltet. Die Abrede bezweckt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung der Sanphar-Grossisten. Diese Abrede, gekoppelt mit der Verpflichtung der Hersteller, Grossisten, die sich nicht an diese Abrede halten, nicht oder zu schlechteren Konditionen zu beliefern, bewirkt im Ergebnis zudem, dass Konkurrenten (sog. "Aussenseiter-Grossisten") vom Markt ferngehalten werden. Damit sind die Voraussetzungen von Artikel 4 Absatz 1 KG für die Annahme einer Wettbewerbsabrede erfüllt.

C.1.3 Vorbehaltene Vorschriften

51. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

C.1.3.1 Vorbehaltene Vorschriften im Bereich der Margen- und Rabattordnung der Sanphar und der SAV-Normen

C.1.3.1.a Preisvorschriften

52. Der SAV vertritt die Meinung (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 26, und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 7, 26 f., 47 f.), dass das IKV-Regulativ einen wesentlichen Einfluss auf die Preise der Nicht-SL-Medikamente hat. Die gesetzliche Pflicht des Herstellers, der IKS bei der Registrierung den Publikumspreis zu nennen und den Preis auf die Packung aufzudrucken, führe de facto zu einer Höchstpreisregel. Dem SAV ist nur insofern Recht zu geben, als in der Tat von Gesetzes wegen eine Preisan-schreibepflicht besteht (vgl. Eingabe der IKS vom 13. September 1999, Ordner V, act. 13): Artikel 10 ff. des IKV-Regulativ sehen bei der Registrierung vor, dass der Hersteller den Publikumspreis nennen muss. Überdies wird er verpflichtet, diesen Preis auf die Verpackung des Medikamentes aufzudrucken. Demgegenüber enthält das IKV-Regulativ keinerlei Bestimmungen über die Höhe oder die Zusammensetzung des Publikumspreises und legt somit weder einen Höchstpreis noch eine Marge fest. Dies bedeutet, dass der Hersteller den Preis für die Hors-Liste-Präparate - im Gegensatz zu den SL-Medikamenten - selbst festlegen kann. Auch der gesetzlich vorgesehene Preis aufdruck führt nicht zu einem gesetzlich festgelegten Preis. Der SAV bestätigt, dass der aufgedruckte Preis den Fachhändler nicht daran hindert, vom aufgedruckten Preis gegen unten abzuweichen, insbesondere durch Gewährung von Rabatten oder sonstigen Vorteilen (vgl. Eingabe vom 22.

Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 30). Was die Überschreitung des aufgedruckten Preises angeht, so führt der SAV selbst aus, dass der Apotheker die Medikamente - trotz vorgedrucktem Preis - grundsätzlich selbst "auszeichnen" kann (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 26, 48). Der Preisaufdruck und die behauptete faktische Unmöglichkeit der Apotheker, den aufgedruckten Preis zu überschreiten (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 15; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 5; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 26, 48) begründen demzufolge nicht einmal eine staatliche Höchstpreisordnung.

53. Sanphar (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 57) und der SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 18 ff., 92 ff., und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 49) vertreten die Meinung, dass in den vom BSV festgesetzten Preisen für Medikamente der SL eine Abgeltung für den Medikamentenvertrieb durch Grossisten und Apotheken beziehungsweise SD-Ärzten enthalten sei. Sie verweisen dabei auf Artikel 67 KVV und Artikel 30 ff. KLV. Gemäss Artikel 41 ff. KVG hätten zudem die Apotheken und SD-Ärzte als Leistungserbringer Anrecht auf eine Entschädigung ihrer Tätigkeit im Rahmen des Publikumspreises. Dieser Einwand wird im Folgenden geprüft.

54. Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe b KVG sieht vor, dass das BSV eine Spezialitätenliste mit Preisen erstellt. Absatz 3 dieses Artikels bestimmt, dass Arzneimittel den Krankenkassen höchstens nach den festgesetzten Preisen verrechnet werden dürfen. Es handelt sich also bei diesen Preisen um Publikumshöchstpreise (Art. 67 Abs. 1 KVV). In keiner der genannten gesetzlichen Bestimmungen wird den Grossisten, Apotheken und SD-Ärzten eine Abgeltung ihrer Leistungen im Vertrieb oder in der Abgabe von Arzneimitteln gewährleistet. KVG und KVV bestimmen diesbezüglich, dass bei der Preisfestlegung "eine qualitativ hochstehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten" angestrebt werden soll und dass dabei "die Preisgestaltung im Ausland" zu berücksichtigen sei (Art. 67 Abs. 1 KVV). Der Hinweis des SAV, dass in der geplanten KVV-KLV-Revision eine entsprechende Abgeltung geplant sei, die zum Teil auf der bisherigen Margenordnung von Sanphar basiere (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 22, 49), ist unbehelflich. Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass die Änderungen der KVV und der KLV noch nicht in Kraft sind und deshalb nicht berücksichtigt werden können. Zum Anderen halten sowohl die Erläuterungen im Vernehmlassungsbericht des BSV zum Entwurf der Änderung der KVV (vgl. Ordner VIII, act. 44, S. 8) wie auch die Vernehmlassung des BSV zu den vorgeschlagenen Änderungen betreffend Arzneimittel vom 24. März 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 14, S. 3) fest, dass die heutige Margenordnung der Sanphar unerwünschte Anreize schafft, weil sie die Apotheker und Apothekerinnen

sowie Ärztinnen und Ärzte für die Abgabe grosser Mengen und teurer Arzneimittel belohnt. Demzufolge kann wohl kaum behauptet werden, dass die Marktordnung von Sanphar nach dem Willen des Gesetzgebers die Leistungen der Grossisten, Apotheker und SD-Ärzte entschädigen soll.

55. Entgegen den Auffassungen von Sanphar und des Pharma Forums ergibt sich aus den oben erwähnten Bestimmungen, dass das BSV bei der Festlegung der Preise keine Margenordnung, sondern lediglich den Publikumshöchstpreis festlegt. Dass sich das BSV dabei auf die Margen- und Rabattordnung der Sanphar stützt (Eingabe BSV vom 17. Juli 1998, Ordner V; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 6; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 4, 16 f.), ändert nichts daran, dass weder das KVG noch die KVV hinsichtlich der Margenordnung Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG enthalten.

56. Der SAV behauptet (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 27 ff., und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 28 f., 50 f.), dass durch die gesetzlichen Regelungen betreffend die Margen im Bereich der SL-Medikamente Auswirkungen (sog. spill overs) auf die Preis- und Margenberechnung des Hors-Liste-Bereichs bestehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass, wie in Ziffer 54 ff. dargelegt, keine gesetzlichen Bestimmungen zur Margen- und Preisfixierung für SL-Medikamente bestehen. Demzufolge können allenfalls vorhandene Auswirkungen auch keine gesetzlichen Bestimmungen für den Hors-Liste-Bereich begründen, weshalb sie für die Beurteilung der Marktordnung unerheblich sind.

57. Weder das übrige Bundes- noch das kantonale Recht sieht eine Margenfixierung im Arzneimittelmarkt vor. Diese Rechtslage wird von der IKS in ihrer Eingabe vom 10. Juli 1998 (vgl. Ordner V, act. 13) bestätigt, wonach keine Vorschriften bestehen, die eine Margenfixierung begründen.

58. Der SAV (Eingabe vom 13. Mai 1998, act. 10, S. 22 ff.) und Sanphar (Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 57 ff.) vertreten ferner die Meinung, es entspreche dem Gewohnheitsrecht, dass das BSV die Margenordnung der Sanphar zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit sowie zur Feststellung der SL-Publikumshöchstpreise heranzieht.

59. Damit indessen Gewohnheitsrecht bestehen kann, bedarf es einer Lücke des geschriebenen Rechts (BGE 94 I 308 E. 2; 96 V 51 E. 4; 104 Ia 313; GRISEL, Droit administratif suisse, S. 37, mit weiteren Hinweisen). Nach BGE 122 I 255 liegt eine Lücke dann vor, wenn das Gesetz auf eine sich stellende Frage überhaupt jede Antwort schuldig bleibt (echte Lücke) oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss (unechte Lücke; vgl. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, N 271 zu Art. 1 ZGB).

60. Im vorliegenden Fall fehlen die zur Annahme einer Lücke erforderlichen Voraussetzungen, unabhängig davon, welcher Begriff der Lücke zugrunde gelegt wird (echte oder auch unechte Lücke sowie planwidrige Unvollständigkeit; vgl. hierzu GRISEL, Droit administratif, S. 37 f.; BGE 94 I 308 E. 2). Die Parteien zeigen ein Bedürfnis, die vermeintliche Lücke zu füllen, auch nicht auf. Es liegt entgegen den Ausführungen der in Ziffer 58 genannten Parteien auf der Hand, dass der Gesetzgeber - unter Berücksichtigung der Artikel 52 KVG und 67 KVV - die Frage der Margenordnung (bis heute jedenfalls) keiner Regelung zuführen wollte. Es liegt mithin ein qualifiziertes Schweigen vor.

61. Im schweizerischen Recht ist überdies aufgrund der Wirtschaftsfreiheit die Preisfreiheit gewährleistet. Objektivrechtliche Margenordnungen können daher nicht gewohnheitsrechtlich, sondern nur gesetzlich entstehen. Entsprechende gesetzliche Regelungen bestehen keine.

C.1.3.1.b Rabattvorschriften

62. Soweit Bestimmungen zur Rabattgewährung in Frage stehen, muss zwischen Rabatten an den Fachhandel und Rabatten an die Patienten unterschieden werden.

C.1.3.1.b.1 Rabattgewährung an den Fachhandel und an die SD-Ärzte

63. Sanphar wendet bezüglich der Rabattgewährung an den Fachhandel und an die SD-Ärzte unter anderem ein, Rabatte an Apotheken und SD-Ärzte seien aufgrund von Artikel 19 Absatz 2 IKS-Werbeberichtlinien verboten, weshalb auch Rabatte von Herstellern an Grossisten nicht zulässig seien (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 54, 79).

64. Artikel 56 Absatz 3 KVG schreibt vor, dass der Leistungserbringer dem Schuldner der Vergütung die direkten oder indirekten Vergünstigungen weitergeben muss, die ihm ein anderer in seinem Auftrag tätiger Leistungserbringer gewährt oder die Personen oder Einrichtungen gewähren, welche Arzneimittel oder der Untersuchung oder Behandlung dienende Mittel oder Gegenstände liefern. Aus der Bestimmung ist ersichtlich, dass Rabatte an Fachhändler zulässig sind (vgl. auch Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 5). Sanphar, Pharma Forum und der SAV leiten aus dieser Norm ab, dass die vorgesehene Weitergabe von Vergünstigungen dem normalen Wettbewerbsverhalten widerspreche und der Leistungserbringer infolge dieser Vorschrift keinen Anreiz habe, Rabatte zu gewähren, da sein Kunde davon nicht profitiere und damit der Kaufentscheid nicht beeinflusst werde (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 9, 18 f.; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 4 ff.; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 23, 55). Diese Schlussfolgerung ist unzutreffend: Artikel 81

Absatz 3 EGV sieht mit der Verbraucherbeteiligung dasselbe vor wie Artikel 56 Absatz 3 KVG. Es entspricht somit dem üblichen Verhalten bei wirksamem Wettbewerb, dass Vergünstigungen an die nachgelagerte Marktstufe weitergegeben werden. Die Behauptung von Sanphar auf Seite 19 der erwähnten Eingabe, wonach sich der Leistungserbringer lieber über andere Wettbewerbsparameter wie insbesondere die Leistung (von seinen Mitbewerbern) abhebt, ist nicht belegt und dürfte auch nicht der Realität entsprechen. Die Vergünstigungen im Bereich der Medikamentenabgabe sind ein einfach zu kommunizierendes und damit ein wirksames Mittel, sich abzuheben. Zudem entspricht es dem üblichen Wettbewerbsverhalten, sich bei möglichst vielen Parametern von der Konkurrenz abzuheben.

65. Entgegen der Auffassung von Sanphar ändert Artikel 19 Absatz 2 der IKS-Werberichtlinien, wonach "den medizinischen Fachpersonen [...] keine finanziellen oder materiellen Vorteile gewährt, angeboten oder versprochen werden [dürfen], es sei denn, sie seien von bescheidenem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang", nichts daran. In der Botschaft zum Entwurf zu einem Heilmittelgesetz vom 1. März 1999 (Botschaft HMG, BBl 1999 [Ordner III], S. 3453) erfahren die Vorschriften zur Rabattgewährung auf Fachhandelsstufe eine kartellrechtskonforme Auslegung: "Artikel 33 EHMG verbietet die Beeinflussung von Fachpersonen [...], welche Arzneimittel anwenden oder abgeben, durch geldwerte Vorteile, wie zum Beispiel Superboni, Reisen, Einladungen, Geschenke, Gratismuster etc. Das Verbot ist beidseitig; solche Vorteile dürfen also weder gewährt noch gefordert werden. Es schliesst jedoch handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken, nicht aus. Preisvorteile müssen im wettbewerblichen Umfeld möglich sein. Im Arzneimittelmarkt sollen sie entweder dem selbstzahlenden Patienten direkt zugute kommen, oder aber sich indirekt (vgl. Art. 56 Abs. 3 KVG) - via Rabatte an die Krankenversicherer - in der Prämienhöhe niederschlagen". Die von Sanphar in ihrer Eingabe vom 30. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 80, S. 14, 96) beantragte Einvernahme des Direktors und Vizedirektors der IKS erübrigt sich deshalb.

C.1.3.1.b.2 Rabattgewährung an Patienten

66. Auf Bundesebene bestehen keine Vorschriften, die die Rabattgewährung an Patienten verbieten würden. Auf interkantonaler Ebene war bisher Artikel 7 Absatz 2 des Regulativs über die Ausführung der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972 (IKV-Regulativ, Stand: November 1995) für die Rabattgewährung ausschlaggebend. Darin wurde das Gewähren, Anbieten oder Versprechen von finanziellen oder materiellen Vorteilen als unzulässig erklärt (diese Bestimmung war auf die Publikumswerbung für Arzneimittel der Kategorie E nicht anwendbar). Artikel 8 Absatz 1

Buchstabe b der Richtlinien der IKS über die Heilmittelwerbung vom 23. November 1995 (IKS-Werberichtlinien) wiederholte den Wortlaut von Artikel 7 Absatz 2 IKV-Regulativ.

67. Aufgrund eines Entscheides des Bundesgerichts (BGE 123 I 207 f.) führt die IKS aus, die Umsetzung der obgenannten interkantonalen Vorschriften im kantonalen Recht stelle einen unverhältnismässigen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit dar (vgl. Eingabe IKS vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 13). Im Nachgang zum höchstrichterlichen Urteil hat die IKS deshalb per 1. Januar 1998 die Werbebestimmungen geändert: Artikel 7 Absatz 2 IKV-Regulativ wurde ersatzlos gestrichen und Artikel 8 IKS-Werberichtlinien wurde insofern geändert, als nur noch aufdringliche und marktschreierische Werbung als unzulässig gilt. Daraus schliesst die IKS (Eingabe vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 13), dass die heute geltenden Vorschriften des IKV-Regulativs und der IKS-Werberichtlinien kein Rabattverbot zu begründen vermögen.

68. Artikel 17 Absatz 1 der Interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (IKV) schreibt vor, dass die Kantone ihre Erlasse an die Vereinbarung und die Vollzugsbestimmungen anzupassen haben. Somit müssen die noch in einigen Kantonen bestehenden Rabattierungsverbote (Luzern, Neuenburg, Schaffhausen, Schwyz und Zug) beziehungsweise Verbote der Rabattierung als Werbemittel (Aargau und Appenzell) den Bestimmungen der IKS angepasst werden (vgl. auch Eingabe IKS vom 9. November 1999, Ordner VII, act. 24). Der SAV macht geltend, dass fünf Kantone ihre Gesetzgebung nach wie vor nicht geändert hätten. Zudem könne dem erwähnten Bundesgerichtsurteil im Fall "Ghaliounghi" (BGE 123 I 201f.; Pra 1998 Nr. 18) gemäss den Angaben der IKS entnommen werden, dass das Bundesgericht die Frage offen liess, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Verbot der Abgabe rabattierter Heilmittel vor der HGF standhalten könne. Demzufolge müssten die fünf Kantone mit Rabattverbot aus der Untersuchung ausgeschlossen werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 3, 8 f., 28, 52 ff., 56, 60 f.). Entgegen den Ausführungen des SAV kann jedoch dem Bundesgerichtsurteil bereits im Titel entnommen werden, dass sich das Bundesgericht sehr wohl mit der Frage beschäftigt hat, ob die Regelung des Kantons Genf gegen Artikel 31 der alten Bundesverfassung verstösst. Dabei kam das Bundesgericht zum Schluss, dass das Rabattverbot des Kantons Genf, das mit Artikel 7 Absatz 2 IKV-Regulativ identisch war, zwar einem öffentlichen Interesse entspricht, jedoch unverhältnismässig ist. Infolgedessen hob das Bundesgericht die entsprechende kantonale Bestimmung auf. Da die noch bestehenden kantonalen Rabattverbote alle auf Artikel 7 Absatz 2 IKV-Regulativ basieren, steht somit fest, dass sie gegen die Bundesverfassung verstossen und somit nicht mehr durchsetzbar sind. Die Rabattgewährung ist deshalb ungeachtet der einzelnen, heute noch bestehenden kantonalen Regelungen zulässig. Die Behauptung des SAV (Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassie-

zung, act. 9, S. 51, 65 ff.), wonach der von den Fachhändlern praktizierte Verzicht auf die Gewährung von Rabatten mit kantonalen Gesetzesbestimmungen im Einklang steht, ist gegenstandslos geworden, umso mehr als ohnehin nur noch wenige Kantone solche Rabattierungsverbote kennen. Eine Zeugenbefragung von Herrn M. Nyffeler, IKS, erübrigt sich somit (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 66, 116).

69. Der SAV behauptet (Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 65), dass Werbeverbote für gewisse Medikamente eine negative Auswirkung auf die Attraktivität der Rabattgewährung haben. Es ist zwar richtig, dass für SL-Produkte aufgrund von Artikel 65 KVV sowie für rezeptpflichtige Medikamente, gestützt auf das IKV-Regulativ, ein Werbeverbot besteht (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 27, 53). Hingegen kann der Aussage, wonach die Rabattierung nur dann attraktiv sein kann, wenn die betreffenden Arzneimittel in der Publikumswerbung namentlich genannt werden können, nicht zugestimmt werden. Vielmehr hat der Apotheker auch die Möglichkeit, global auf Preisabschläge zu verweisen, ohne dabei einzelne Arzneimittel zu nennen. Das Argument des SAV ist somit widerlegt. Eine Zeugenbefragung von Frau Vetter, Rechtsdienst IKS, erübrigt sich deshalb ebenfalls (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 64).

70. Der SAV führt verschiedene Gesetzesbestimmungen auf (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 54 ff.), welche die Apotheker angeblich daran hindern, Rabatte auf Medikamenten zu gewähren (z.B. Lagerhaltung zur Krisen- und Kriegsvorsorge, Mindestgrösse des Verkaufslokals, Tresor- oder Alarmsicherung bei Betäubungsmitteln, u.ä.). Dabei handelt es sich durchwegs um gesundheitspolizeiliche Bestimmungen. Ähnliche Vorschriften gelten auch für zahlreiche andere Bereiche, ohne dass diese den Preiswettbewerb oder die Rabattgewährung beeinträchtigen würden. Die diesbezüglichen Ausführungen des SAV sind deshalb unbehelflich.

71. Der SAV behauptet im Weiteren (vgl. Eingabe vom 30. November 1999, ohne Klassierung, act. 9, S. 96), dass aufgrund von Artikel 56 Absatz 3 KVG sowie des Grundvertrages zwischen dem SAV und dem KSK ein Apotheker nicht dem Patienten direkt, sondern nur seinem Krankenversicherer Rabatte gewähren darf.

a) Dies ist zunächst hinsichtlich aller Medikamente, die nicht auf der SL figurieren, unzutreffend (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 19).

b) Soweit es um ärztlich verschriebene SL-Medikamente geht, wurde bereits (Ziff. 64 ff.) gezeigt, dass aufgrund der Bestimmungen im KVG Rabatte sehr wohl zulässig sind. Im Weiteren setzt der per 1999 gekündigte Grundvertrag zwischen dem SAV und dem KSK (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, Beilage 1), welcher

mittels Übergangsvertrag vom 14. Januar 2000 mit Anpassungen bis 31. Dezember 2000 verlängert wurde (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11, 14 f., 55, 65), lediglich die gesetzlichen Vorgaben um. Es wäre tatsächlich schwer nachvollziehbar, weshalb den Patienten und nicht den Krankenversicherern Rabatte gewährt werden, wenn die Rechnung durch die Krankenversicherer bezahlt wird.

72. Sanphar widerspricht dem in Ziffer 65 erwähnten Einwand im Übrigen selbst, wenn ausgeführt wird, dass jeder Sanphar-Grossist gegenüber dem Fachhandel seine eigenen Rabattabstufungen und Bedingungen zur Anwendung bringt (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 76). Hinzu kommt, dass es auch gemäss den Bestimmungen der Sanphar den Sanphar-Grossisten gestattet ist, gegenüber dem Fachhandel Rabatte bis zur Höhe des eigenen Einstandspreises zu gewähren (vgl. Ziff. 6 Bst. b).

73. Aus diesen Überlegungen ist ersichtlich, dass keine geltenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu Rabattvorschriften auf dem Arzneimittelmarkt mehr bestehen, die im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der im Sachverhalt geschilderten Rabattordnung der Sanphar oder des SAV im Wege stehen würden.

C.1.3.2 Vorbehaltene Vorschriften im Bereich der Grossistenbedingungen der Sanphar

74. Der VSSG trägt in seinen Eingaben (vgl. Eingabe vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 6, und Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 6) vor, es seien "nur wenige kartellrechtlich relevante Bestimmungen nicht durch öffentlich-rechtliche Erlasse abgedeckt". Im Folgenden ist der Einwand vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG im Bereich der hier untersuchten Sanphar-Grossistenbedingungen zu prüfen.

75. Auf Bundesebene bestehen zurzeit keine Regelungen, die den Status der Grossisten betreffen (vgl. Eingabe IKS vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 13; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 7; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 21).

76. Auf kantonaler Ebene sind in allen Kantonen die Bestimmungen der IKS betreffend Grosshandel umgesetzt worden. Wer in einem Kanton mit Arzneimitteln Grosshandel treiben will, bedarf einer kantonalen Grosshandelsbewilligung, die auf Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie der IKS betreffend den Grosshandel mit Arzneimitteln vom 20. Mai 1976 (IKS-Grosshandelsrichtlinie) beruht. Diese beinhaltet gesundheitspolizeilich motivierte Anforderungen an das Personal, an Räume und Einrichtungen, an Eingangs- und Lagerkontrollen, an die Abgabe von Medikamenten (IKS-Nummer und Vignette auf der Packung) und

an den Kundenkreis (Abgabe nur an berechtigte Personen oder Firmen). Diesbezüglich werden von den Kantonen die "EG-Richtlinie 92/25 vom 31. März 1992 über den Grosshandelsvertrieb von Humanarzneimitteln" und die darauf abgestützten "Leitlinien für eine gute Vertriebspraxis von Arzneimitteln (94/C 63/03)" als Interpretationshilfen eingesetzt (vgl. Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 5, und Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7). Auf den Beweisantrag von Sanphar, wonach sämtliche kantonalen Gesundheitsdirektionen zur Kontrolle der Einhaltung der Grosshandelsbestimmungen zu befragen sind, ist deshalb nicht einzutreten (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 21 f.) Die IKS-Grosshandelsrichtlinie als auch die EG-Richtlinie 92/25 beinhalten wie erwähnt gesundheitspolizeiliche Bestimmungen, und - entgegen der Auffassung von Sanphar (S. 42 f. der erwähnten Eingabe) - nicht Grossistenbedingungen der Art, wie sie die Sanphar erlassen hat.

77. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich aus der IKS-Grosshandelsrichtlinie für die in den Grossistenbedingungen der Sanphar enthaltenen Regelungen hinsichtlich Sortimentsgrösse (Anhang 2, Ziff. 2.1.) und Kundenkreis (Anhang 2 Ziff. 2.2.) Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG ableiten lassen. So wird mit der Definition des Kundenkreises nicht ein regionaler oder mengenmässiger Kundenkreis festgelegt. Vielmehr wird damit aus gesundheitspolizeilichen Motiven eine Eingrenzung der abgabeberechtigten Personen verfolgt (d.h. abhängig von der IKS-Kategorie eines Medikamentes: Ärzte, Apotheken und Drogerien). Der diesbezügliche Beweisantrag des VSSG erübrigt sich somit (vgl. Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 6).

C.2 Beurteilung der Wettbewerbsabreden über die Margen- und Rabattordnung der Sanphar

78. Laut Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche beziehungsweise beseitigende Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

C.2.1 Die Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe

79. Die Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe besteht darin, dass die Hersteller und Importeure untereinander vereinbart haben, dass von der in der Margenordnung gemäss Anhang 1 (zum Reglement) festgelegten Pharma-Grossistenmarge nur in einer Bandbreite von +/- 2% (vom FEP) abgewichen werden darf (vgl. Ziff. 2.1.1. Bst. b Reglement).

C.2.1.1 Der relevante Markt

C.2.1.1.a Der sachlich relevante Markt

80. Der sachlich relevante Markt im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden umfasst - in sinngemässer Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) - alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 45 ff.).

81. Die Grossisten stellen grundsätzlich die Marktgegenseite der Hersteller dar (Ziff. 2.2.1. Bst. a Reglement). Diese bestimmen ihre Nachfrage allerdings in Abhängigkeit der Bestellungen der Fachhändler und SD-Ärzte, die ihrerseits auf die Nachfrage und die Bedürfnisse der Patienten abstellen. Dass die Grossisten ihre Nachfrage in Abhängigkeit der Bestellungen von Akteuren nachgelagerter Marktstufen bestimmen, ändert - entgegen den Behauptungen von Sanphar, des Pharma Forums und des SAV - nichts an deren Eigenschaft als Marktgegenseite der Hersteller (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11, 15, 23, 26, 28, 42; Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 2, 7, 12; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 18). Um die Substituierbarkeit im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU zu ermitteln, muss die Austauschbarkeit auf Stufe der Patienten analysiert werden.

82. Es ist zwar möglich, dass sich Medikamente aus Sicht der Patienten teilweise nicht substituieren lassen: Für den Endnachfrager mag im konkreten Einzelfall ein Medikament aufgrund seiner spezifischen Eigenschaften (Indikation, Dosierung, Nebenwirkungen etc.) nicht oder nur schwer mit einem anderen austauschbar sein. Mit einem solchen Ansatz liesse sich aus Sicht der Patienten und davon abgeleitet auch aus Sicht der Fachhändler, SD-Ärzte und Grossisten der Markt in eine fast beliebig grosse Anzahl von Märkten und Teilmärkten aufteilen (Therapiegruppen, Therapieuntergruppen, einzelne Medikamente).

83. Auf eine dermassen disaggregierte Analyse kann aber verzichtet werden, weil die relevanten wettbewerblichen Auswirkungen der Margenordnung der Sanphar in jedem Teilmarkt gleich und branchenumfassend sind. Die Margenordnung bezieht sich auf den Vertrieb der von ihr erfassten Medikamente und macht - wie ein Blick auf die Tabellen in Anhang 1 (zum Reglement) zeigt - keine Unterschiede zwischen einzelnen Produkten, Therapiegruppen oder Therapieuntergruppen (vgl. Ziff. 31 und dazu auch Verfügung i.S. Sammelrevers für Musiknoten, RPW 3/97, S. 339, Ziff. 36 ff.).

84. Aus diesen Gründen umfasst der sachlich relevante Markt den Vertrieb der von der Margenordnung erfassten Medikamente (vgl. Ziff. 5).

C.2.1.1.b Der räumlich relevante Markt

85. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU sowie ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 338).

86. Die Grossisten als Marktgegenseite der Hersteller dürfen aufgrund der Bestimmungen der IKS (ausschliesslicher Verkauf von Medikamenten, die in der Schweiz durch die IKS registriert sind [Art. 12 Abs. 3 der IKS-Grosshandelsrichtlinie], Sitzterfordernis für Herstellerbeziehungsweise Vertriebsfirmen in der Schweiz [Art. 10 Abs. 1 IKV-Regulativ]) nur innerhalb der Schweiz Medikamente kaufen. Parallel- oder Reimporte sind zurzeit somit unzulässig. Tatsächlich ist der Anteil der Medikamente, die von den Grossisten aus dem Ausland bezogen werden dürfen, praktisch bedeutungslos (vgl. Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7, Frage 5; Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 5; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 5; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2, Frage 5; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 5). Der räumlich relevante Markt geht daher nicht über das Gebiet der Schweiz hinaus.

87. Es bleibt die Frage, ob der räumlich relevante Markt weiter (d.h. regional oder lokal) einzuschränken sei. Hierbei ist jedoch anzumerken, dass eine Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auf regionale oder lokale Märkte keinen Einfluss auf die Beurteilung haben wird: Da die meisten Hersteller Mitglieder der Sanphar sind, ist ein bedeutender Teil der in der Schweiz hergestellten beziehungsweise vertriebenen Medikamente der Margenordnung unterstellt (vgl. Antworten auf Frage 2 des Fragebogens an Hersteller, Ordner VII, act. 59). Des Weiteren hat die Margenordnung ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer die gleichen Auswirkungen. Aus diesem Grund kann im vorliegenden Fall auf eine lokale Marktabgrenzung verzichtet werden (vgl. den Entscheid der REKO, RPW 1998/4, S. 673 ff., Ziff. 4).

88. Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz eingegrenzt werden.

C.2.1.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

C.2.1.2.a Vorliegen einer Preisabrede

89. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Unter den Vermutungstatbestand fallen auch Abreden über Rabatte (Botschaft

zum KG, Separatdruck, S. 100; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 311).

90. Im vorliegenden Fall ist vereinbart, dass die Hersteller und Importeure von der Pharma-Grossistenmarge nur in Form von Rabatten von +/- 2% (vom Fachhandelseinstandspreis) abweichen. Diese Abrede führt zu einer Preisfestsetzung zwischen Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Durch die Festsetzung des Publikumshöchstpreises durch das BSV bei den Produkten der Spezialitätenliste ist der Preiswettbewerb insofern eingeschränkt, als nur eine Unterschreitung des Preises möglich ist. Der einmal vom BSV festgelegte Preis hat für eine gewisse Dauer Bestand. Gerade bei - für eine bestimmte Zeit - festgelegtem Publikumshöchstpreis und ebenfalls festgelegten Margen (vgl. Anhang 1 zum Reglement) können Preiskorrekturen in der Folge vor allem über Rabatte gewährt werden. Der Wettbewerb spielt in solchen Fällen über die Möglichkeit, Rabatte zu gewähren beziehungsweise zu erzielen. Hersteller und Importeure können bei festgesetztem Publikumshöchstpreis und fester Marge nur noch über Rabatte zu Preiswettbewerb durch die Nachfrager gezwungen werden. Dieser Preiswettbewerb beziehungsweise der Preisdruck auf die Hersteller wird durch die Rabattordnung horizontal ausgeschaltet.

C.2.1.2.b Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

91. Ist der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt, besteht die Rechtsfolge darin, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede zu vermuten ist. Die Vermutung kann indes durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 1999/3, S. 455, Ziff. 61).

92. Soweit der aktuelle und potenzielle Aussenwettbewerb für die hier untersuchten Bereiche (vgl. Ziff. 6) in Frage steht, ist zwischen ausländischen (a) und inländischen (b) Aussenwettbewerbern zu unterscheiden.

a) Ein aktueller Aussenwettbewerb durch ausländische Wettbewerber ist zunächst aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen sind Direktimporte von Arzneimitteln durch Grossisten - von wenigen Ausnahmen abgesehen - verboten. Die vorliegende Untersuchung hat ferner gezeigt, dass auch in tatsächlicher Hinsicht Direktimporte kaum getätigt werden (vgl. Ziff. 86). Es besteht somit kein Aussenwettbewerb durch Unternehmen aus dem Ausland auf dem relevanten Markt. Diese Tatsache vermag durch die Behauptung von Sanphar und des Pharma Forums, wonach ausländische Hersteller mit inländischen dauernd im Wettbewerb um neue Produkte stehen, nicht entkräftet zu werden (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 25; Eingabe Pharma Fo-

rum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 8). Diese Argumentation geht einmal mehr von der falschen Prämisse aus, dass es um gemeinsame Preisabreden betreffend Produkte, anstatt um die Gewährleistung der durch Abrede festgelegten Margen aller Marktpartner (Hersteller, Grossisten, Fachhändler und SD-Ärzte) geht (vgl. vorn, Ziff. 31) und ist daher unerheblich. Da nicht zu erwarten ist, dass das gesetzliche Verbot von Direktimporten in absehbarer Zukunft gelockert wird, ist ein potenzieller Aussenwettbewerb durch ausländische Hersteller nicht in Betracht zu ziehen.

b) Es gibt in der Schweiz Hersteller, die nicht Mitglieder von Sanphar sind. Gemäss Angaben der Sanphar-Grossisten beträgt der Anteil der bei solchen Herstellern nachgefragten Produkte jedoch nur ca. 10% des Gesamtumsatzes (vgl. Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7, Frage 6 [ca. 10%, Arzneimittel von Merck Sharp & Dohme]; Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 6 [Arzneimittel von Merck Sharp & Dohme]; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 6 [keine genauen Angaben] und Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 6 [ca. 9%]). Trotz ihrer Nichtmitgliedschaft halten sich die wichtigeren Hersteller dennoch an die Margenordnung (vgl. z.B. Eingabe Medika AG vom 23. Juni 1998, Ordner III, act. 131, und Eingabe Helvepharm AG vom 29. Juni 1998, Ordner III, act. 85). Der entsprechende Prozentsatz beträgt also weniger als die oben erwähnten 10%. Es besteht somit im Inland kein ins Gewicht fallender aktueller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt. Der von Sanphar zu dieser Ziffer vorgebrachte Einwand, die genannten Hersteller würden die Margenordnung nicht anwenden, weil sie hauptsächlich Generika herstellten, ist unbehelflich (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 25). Sanphar erkennt, dass es neben der generell gültigen Margenordnung eine besondere Margenordnung für Generika von Sanphar gibt, an welche sich die genannten Akteure halten (vgl. Anhang 1 Bst. b zum Reglement).

In Bezug auf den inländischen potenziellen Aussenwettbewerb ist festzuhalten, dass alle grossen und weltweit tätigen Pharma-Hersteller auf dem Schweizer Markt bereits anwesend sind und sich an der Abrede über die Margenordnung der Sanphar beteiligen. Die Frage, ob mit Marktzutritten durch neue, marktkräftige Anbieter, die sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar halten würden, in den nächsten zwei bis drei Jahren zu rechnen ist, ist daher zu verneinen.

c) Zusammenfassend kann gesagt werden, dass auf dem relevanten Markt somit weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb besteht.

93. Bezüglich des Innenwettbewerbs ist festzustellen, dass fast jeder an der Abrede beteiligte Hersteller ein Medikament an jeden Grossisten zum jeweils gleichen Preis, das heisst unter Einhaltung der Margenordnung, verkauft (vgl. Antworten auf Frage 8 des Fragebogens an

Hersteller, Ordner VII, act. 59). Diese Feststellung wird von Sanphar denn auch ausdrücklich bestätigt (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 79, und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 25, wonach "die einzelnen Lieferanten den verschiedenen Grossisten in etwa gleiche Preise gewähren"). Sanphar präzisiert in der letzten Stellungnahme, dass "sich die Preise innerhalb einer Marge von +/- 2% auf dem Fachhandelseinstandspreis bewegen" (Ordner VIII, act. 37, S. 26). Dies entspricht der Feststellung, wonach die Margenordnung strikte eingehalten wird. Die Ausschaltung eines Innenwettbewerbs wird von Sanphar zudem aktiv verfolgt: Aufgrund von Artikel 4 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 5 des Reglements über die Vignettierung werden Verstösse gegen die Bestimmungen der Sanphar geahndet (vgl. Ziff. 30). So sind in den vergangenen zwei Jahren Verwarnungen und Bussen bis zu CHF 25'000.-- gegen Mitglieder ausgesprochen worden (vgl. Eingabe Sanphar vom 19. November 1999, Ordner VII, act. 34, S. 2). Damit ist hinreichend dargelegt, dass die Hersteller die in Frage stehende Abrede über die Rabattgewährung einhalten. Ein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt besteht somit nicht.

94. An dieser Einschätzung vermögen folgende Vorbringen nichts zu ändern:

a) Der Einwand von Sanphar, wonach Innenwettbewerb in Form von Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt spiele, ist unbehelflich (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 26), da die vorliegende Untersuchung den Vertrieb von Medikamenten und nicht die Produkte selber zum Gegenstand hat (vgl. Ziff. 31).

b) Im Weiteren erhebt der SAV den Vorwurf, bei der Beurteilung des aktuellen und potenziellen Aussen- und Innenwettbewerbs unter den Herstellern und Importeuren sei nicht berücksichtigt worden, dass "zahlreiche" Hersteller in der Zwischenzeit fusioniert hätten (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 10). Dabei handelt es sich um die folgenden drei Zusammenschlüsse: Hoechst Marion Roussel mit Rhône-Poulenc Rorer, Pfizer mit Warner Lambert und Glaxo Wellcome mit SmithKline Beecham. Den Ausführungen des SAV kann jedoch nicht entnommen werden, auf welche Wettbewerbssituation sich diese Fusionen allenfalls auswirken sollten (aktueller oder potenzieller Aussenwettbewerb, aktueller oder potenzieller Innenwettbewerb). Da alle sechs beteiligten Hersteller Mitglieder der Sanphar sind, dürften sich die Ausführungen des SAV auf den Innenwettbewerb beziehen. Welche Konsequenzen die Zusammenschlüsse jedoch auf den (aktuellen oder potenziellen) Innenwettbewerb haben sollten, legt der SAV nicht dar. Demzufolge ist seitens des SAV nicht belegt, dass die genannten Fusionen zur Folge haben oder allenfalls haben werden, dass sich die beteiligten Hersteller (in Zukunft) nicht mehr an die Abrede über die Rabattgewährung halten werden. Zu

erwarten ist vielmehr, dass sich diesbezüglich nichts ändern wird. Denn die sechs Zusammenschlussparteien sind - wie oben erwähnt - bereits Mitglieder von Sanphar.

c) Schliesslich macht der SAV geltend, dass selbst "Sanphar-Nichtmitglieder" die Nichteinhaltung der Margenordnung durch die Hersteller bestätigten (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 31). Dem ins Recht gelegten Schreiben der Drossapharm AG vom 27. August 1999 (Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 36) lässt sich jedoch nicht entnehmen, in welchem Zusammenhang die Drossapharm AG ihre Aussage machte; überdies werden die darin enthaltenen Ausführungen durch nichts belegt. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine einzige Mitteilung eines Aussenseiter-Grossisten die Einhaltung der Abrede betreffend Gewährung von Rabatten nicht zu widerlegen vermag.

95. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das gemeinsame Verhalten der Hersteller, einheitliche Regeln über die Rabattgewährung im Vertrieb anzuwenden, angesichts der verbindlichen Margenordnung eine Wettbewerbsbeseitigung bewirkt, die unter den Tatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG zu subsumieren ist.

C.2.1.3 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

96. Selbst wenn davon ausgegangen werden müsste, dass es sich bei der geprüften Abrede nicht um einen Fall von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG handelte oder sich die Vermutung umstossen liesse, zeigen die nachfolgenden Ausführungen, dass die Abrede mindestens zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt. Die Beurteilung der Erheblichkeit erfolgt gestützt auf quantitative sowie qualitative Kriterien (vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 8. Mai 2000 i.S. "AFEC", RPW 2000/2, S. 177, Rz. 50; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 282 ff.).

C.2.1.3.a Qualitative Kriterien

97. Bezüglich des qualitativen Elementes ist festzuhalten, dass Ziffer 2.1.1. Buchstabe b des Reglements die Festsetzung einer Preiskomponente darstellt. Die Hersteller können gegenüber den Sanphar-Grossisten vom Herstellerabgabepreis nur in einem Umfang von +/- 2 Prozentpunkten (vom FEP) abweichen. Dies führt dazu, dass die Sanphar-Grossisten keinen Druck auf den Sanphar-Grossisten-Einstandspreis ausüben können; eine Preisveränderung in Abhängigkeit der Nachfrage ist kaum möglich und eine allfällige Nachfragemacht von einzelnen Sanphar-Grossisten wird von Beginn an beschränkt. Die Ausführungen des Pharma Forums in seiner Eingabe vom 12. Mai 2000, wonach der Preis beim Medikament im Gegensatz zu dessen Wirkungsweise nicht das entscheidende Kriterium darstelle, sind angesichts des Gegenstands der Untersuchung (vgl. Ziff. 31) und der Ausführungen in Ziffer 44 unbehelflich (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 7 f.).

Sanphar macht einmal mehr natürliches Parallelverhalten geltend. Wie bereits in Ziffer 36 ausgeführt, wäre es nicht notwendig gewesen, eine Margen- und Rabattordnung zu verfassen, herauszugeben und deren Durchsetzung mittels Sanktionen sicherzustellen, wenn das praktizierte Verhalten auf natürliches Parallelverhalten zurückzuführen wäre. Sanphar wie auch der VSSG (vgl. Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 7) machen geltend, es fehle der Anreiz, den Grossisten Rabatte zu gewähren, weil sie in Abhängigkeit des Fachhandels und der Patienten Medikamente nachfragten. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Ohne die Abreden, die Gegenstand dieser Untersuchung sind, wären die Grossisten, wie in andern Märkten, in der Lage, sich preislich zu profilieren und damit sehr wohl fähig, beim Hersteller den Anreiz zur Gewährung von Rabatten zu schaffen. Der Preis stellt einen Wettbewerbsparameter dar, der auf dem Markt eine wichtige Rolle spielt. Horizontale Preisabsprachen haben grundsätzlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW 1999/3, S. 441 ff.). Die Preisabrede auf Herstellerstufe erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ohne weiteres.

C.2.1.3.b Quantitative Kriterien

98. Im Folgenden soll die Frage geprüft werden, ob die Abrede auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich ist, wird namentlich auf die Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen und deren Marktanteile abgestellt. Die in Ziffer 91 ff. gemachten Ausführungen belegen, dass die Abrede mangels aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs als branchenumfassend zu qualifizieren ist und damit auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

99. Ein weiteres Kriterium bei der Prüfung der Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung ist die Stellung der Marktgegenseite (RPW 1999/2, S. 231, Ziff. 58 ff.). In Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite ist festzuhalten, dass die Sanphar-Grossisten aufgrund der Sortimentsbestimmungen der Grossistenbedingungen der Sanphar und der durch den Fachhandel und die SD-Ärzteschaft bestimmten Nachfrage keine Möglichkeit haben, bestimmte Medikamente aufgrund eigener Entscheide nicht am Lager zu halten. Sie haben daher keine Ausweichmöglichkeiten auf andere Hersteller. Somit besteht für sie de facto kaum Raum, die produktespezifischen Bestellmengen aktiv und gestaltend zu bestimmen und damit die Hersteller unter Druck zu setzen. Jedoch hätten auch Änderungen der Bestellmengen der Grossisten - mit Ausnahme der geringen Rabattmöglichkeit von +/- 2% - keine Auswirkungen auf die Einstandspreise. Die Auffassung, dass der

Grossist gegenüber dem Hersteller kaum Verhandlungsmacht besitzt, wird durch den SAV bestätigt (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 19).

100. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das gemeinsame Verhalten der Hersteller, einheitlich Regeln über die Rabattgewährung im Vertrieb anzuwenden, angesichts der verbindlichen Margenordnung eine Wettbewerbsbeschränkung gegenüber den Grossisten bewirkt, die gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG als erheblich zu qualifizieren ist.

C.2.1.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

101. Abreden, die den Wettbewerb erheblich beschränken, sind nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn diese unter anderem notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und gleichzeitig den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

102. Die Befragung (vgl. auch Beweisantrag der Sanphar in der Eingabe vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 41) der Hersteller hat ergeben, dass folgende Effizienzgründe vorgebracht wurden (Frage 13 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59):

- Erhöhung der Sicherheit für die Bevölkerung und Sicherung einer langfristigen Versorgung mit Basismedikamenten zu akzeptablen Preisen auch in randständigen Gebieten (vgl. z.B. Eingabe UPSA vom 16. Juli 1998, Ordner V, act. 30);
 - Förderung der Forschung (vgl. z.B. Eingabe Orion Pharma vom 10. Juli 1998, Ordner V, act. 12);
 - Optimierung der Vertriebskosten, des Distributionsprozesses und der Nutzung der Ressourcen (vgl. z.B. Eingabe Mepha Pharma vom 8. Juli 1998, Ordner IV, act. 91);
 - Erhöhung der Transparenz (vgl. z.B. Eingabe Lundbeck vom 8. Juli 1998, Ordner IV, act. 90);
 - Verhinderung von Preismissbrauch mit kostendämpfender Wirkung (vgl. Eingabe Janssen-Cilag vom 25. Juni 1998, Ordner IV, act. 20);
 - Deckung der hohen Kosten und Risiken bei der Erforschung und Entwicklung neuer Arzneimittel (vgl. z.B. Eingabe Janssen-Cilag vom 25. Juni 1998, Ordner IV, act. 20);
 - Sicherheit für die Pharmaindustrie (vgl. Eingabe Fresenius vom 24. Juni 1998, Ordner III, act. 116).
-

- Senkung der Vertriebskosten, da auf über die Höchstmarge hinausgehende Zahlungen oder andere geldwerte Leistungen an die verschreibenden Ärzte verzichtet wird (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 27).
- Senkung der Vertriebskosten dadurch, dass sich Fachhandel und Ärzte bei Beachtung der Margenordnung bei ihrer Tätigkeit nicht durch unsachliche Elemente wie besondere Vorteile und Margenüberlegungen leiten lassen, sondern ihre Auswahl auf die Elemente des therapeutischen Nutzens und der Nebenwirkungen stützen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 27).

103. Keiner der behaupteten Effizienzgründe genügt indes der gesetzlichen Bestimmung von Artikel 5 Absatz 2 KG. Im Einzelnen:

a) Zunächst geht es bei zahlreichen vermeintlichen Effizienzgründen um struktur- oder versorgungspolitische Argumente, die von Artikel 5 Absatz 2 KG nicht gedeckt werden. Dies trifft etwa auf die "Erhöhung der Sicherheit für die Bevölkerung und Sicherung einer langfristigen Versorgung mit Basismedikamenten zu akzeptablen Preisen auch in randständigen Gebieten" sowie auf die "Sicherheit für die Pharmaindustrie" zu. Die "Verhinderung von Preissmissbrauch mit kostendämpfender Wirkung" sowie die beabsichtigte "Deckung der hohen Kosten und Risiken bei der Erforschung und Entwicklung neuer Arzneimittel" kommen von vornherein als Effizienzgründe nicht in Betracht.

b) Bei den weiteren behaupteten Effizienzgründen wird von den Parteien nicht rechtsgenügend dargelegt, und es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, inwieweit die fragliche Abrede notwendig ist (Botschaft, S. 93), um die Ziele "Förderung der Forschung", "Optimierung der Vertriebskosten, des Distributionsprozesses und der Nutzung der Ressourcen", "Erhöhung der Transparenz" sowie "Deckung der hohen Kosten und Risiken bei der Erforschung und Entwicklung neuer Arzneimittel" zu erreichen. Zur Zielverwirklichung ist die Abrede über die Rabattgewährung teilweise ungeeignet (z.B. "Erhöhung der Transparenz"). In den anderen Fällen kann das Ziel auch durch weniger wettbewerbsbeschränkende Mittel erreicht werden (z.B. angebliche "Förderung der Forschung").

c) Der von Sanphar geltend gemachte Einwand, wonach die Vertriebskosten durch die Abrede gesenkt werden, da auf über die Höchstmarge hinausgehende Zahlungen oder andere geldwerte Leistungen an die verschreibenden Ärzte verzichtet wird, ist kein Effizienzgrund, sondern entspricht dem in Artikel 19 Absatz 2 IKS-Werberichtlinien geforderten und in der Botschaft zum Entwurf zu einem Heilmittelgesetz konkretisierten Verhalten, wonach Fachpersonen nicht durch finanzielle oder materielle Vorteile beeinflusst werden dürfen, wobei handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken, selbstverständlich nicht betroffen sind. Der zweite von Sanphar vorgebrachte Ein-

wand, wonach dank der Margen- und Rabattordnung unsachliche Motive nicht in die medizinische Dienstleistung einfließen, ist ebenfalls nicht als Effizienzgrund zu qualifizieren, sondern entspricht der pflichtgemässen Ausübung eines jeden Dienstleistungsberufes. Dass der SD-Arzt auch unter Berücksichtigung des Gewinns zwischen den Medikamenten auswählt, ist verständlich. Ohne Margenordnung würde er versuchen, seine Marge für das therapeutisch indizierte Medikament zu erhöhen. Diesen möglichen Druck auf die Erhöhung der Margen wollen die Hersteller mit der Margenordnung verhindern.

104. Es liegen im vorliegenden Fall somit keine Effizienzgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG vor. Bezeichnenderweise führen einige Hersteller denn auch ausdrücklich aus, dass Rechtfertigungsgründe für die Margenordnung der Sanphar auf Herstellerstufe nicht bestehen (vgl. Eingabe Streuli vom 24. Juni 1998, Ordner III, act. 129; Eingabe Pharmacie & Upjohn vom 25. Juni 1998, Ordner IV, act. 19, sowie Eingabe Schering vom 2. Juli 1998, Ordner III, act. 126). Soweit solche in Betracht gezogen werden könnten (Ziff. 102), sind sie nicht notwendig im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG. Eine Befragung einer Auswahl von Produzenten und Importeuren zum Effizienzkriterium "Senkung der Vertriebskosten"- wie von Sanphar beantragt (vgl. Eingabe Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 41) - erübrigt sich somit.

C.2.1.5 Ergebnis

105. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Hersteller, wonach auf die festgelegte Pharma-Grossistenmarge nur Rabatte in einem Rahmen von +/- 2% des Fachhandelseinstandspreises erlaubt sind, beseitigt den wirksamen Wettbewerb (Art. 5 Abs. 1 KG). Selbst wenn eventualiter keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs angenommen wird, stellt die Abrede eine erhebliche Beseitigung des Wettbewerbs dar, welche sich nicht rechtfertigen lässt. Diese Wettbewerbsabrede auf Stufe der Hersteller ist daher unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

C.2.2 Die Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe

106. Die Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe besteht darin, dass die Sanphar-Grossisten nur Rabatte gewähren dürfen, die nicht grösser sind als ihre Grossistenmarge (vgl. Ziff. 2.2.2. Reglement, Ziff. 2.3. Anhang 2 zum Reglement).

C.2.2.1 Der relevante Markt

C.2.2.1.a Der sachlich relevante Markt

107. Die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem sachlich relevanten Markt auf Herstellerstufe angestellt wurden (Kapitel C.2.1.1.a), gelten sinngemäss auch für die Stufe der Grossisten. Die Marktgegenseite der Grossisten sind die Fachhändler und SD-Ärzte.

Deren Nachfrage wird letztlich von den Bedürfnissen des Patienten bestimmt. Aus Sicht des Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Eine mögliche Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Teilmärkte (Therapiegruppen etc.) ist jedoch auch vorliegend nicht notwendig, weil die Auswirkungen der Abrede für den gesamten Markt dieselben und branchenumfassend sind.

108. Der sachlich relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der durch die Grossisten verkauften Medikamente.

C.2.2.1.b Der räumlich relevante Markt

109. Bezüglich des räumlich relevanten Marktes gelten die gleichen Überlegungen, wie sie im Zusammenhang mit der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes auf Herstellerstufe angestellt wurden (vgl. Kapitel C.2.1.1.b). Insbesondere erstreckt sich die regionale Ausbreitung der Sanphar-Grossisten auf die ganze Schweiz. Nur Voigt AG beliefert ausschliesslich die Deutschschweiz (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 7; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 7; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7, Frage 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2, Frage 7; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 7). Der räumlich relevante Markt kann somit auch auf Grossistenstufe auf die Schweiz eingegrenzt werden.

110. Der relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der in der Schweiz durch Grossisten verkauften Medikamente.

C.2.2.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

C.2.2.2.a Qualitative Kriterien

111. Bezüglich des qualitativen Elementes ist festzuhalten, dass auch die Abrede auf Grossistenstufe die Festsetzung einer Preiskomponente darstellt. Aufgrund der Abrede können beispielsweise keine Aktionen durchgeführt werden, bei denen mittels Tiefpreispolitik die Nachfrage von anderen Grossisten auf sich selbst gelenkt werden könnte. Die Möglichkeit, ein Produkt zu einem Preis, der sich unter dem Einstandspreis befindet, verkaufen zu können, ist ein wichtiger Bestandteil bei Verkaufsaktionen eines jeden Unternehmens. So ist es zum Beispiel bei der Lancierung eines neuen Produktes oder bei Lagerräumungen üblich, zu Preisen unter dem Einstandspreis anzubieten. Gerade bei Medikamenten, die strenge Vorschriften bezüglich der Verfalldaten haben, kann es angebracht sein, mittels Preisvorteilen den Verkauf einzelner Medikamente zu fördern, ohne natürlich die gesetzlichen Vorschriften zu verletzen. Dabei sind insbesondere die Bestimmungen zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG), insbesondere Artikel 3 Buchstabe f zu beachten. Der Verkauf von Produkten unter ihrem Einstandspreis kann somit

sehr wohl effizient sein. Der Preis stellt, wie bereits unter Ziffer 97 hier vor bei der Prüfung der Abrede auf Herstellerstufe erläutert, einen Wettbewerbsparameter dar, der auf dem Markt eine zentrale Rolle spielt (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 301). Horizontale Preisabsprachen haben grundsätzlich negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW 1999/3, S. 441 ff.). Die Abrede auf Grossistenstufe erfüllt somit ohne weiteres die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

C.2.2.2.b Quantitative Kriterien

112. Im Folgenden soll die Frage geprüft werden, ob die Abrede auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich ist, wird analog der Prüfung auf Herstellerstufe auf die Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen und deren Marktanteile abgestellt. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob auch auf Grossistenstufe eine branchenumfassende Abrede vorliegt. Zu diesem Zwecke werden nachfolgend das Bestehen von aktuellem und potenziellem Aussen- sowie Innenwettbewerb geprüft.

113. Soweit der aktuelle und potenzielle Aussenwettbewerb in Frage stehen, ist zwischen ausländischen und inländischen Aussenwettbewerbern zu unterscheiden.

114. In Bezug auf den aktuellen Aussenwettbewerb aus dem Ausland ist festzuhalten, dass aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften der Fachhandel und die SD-Ärzte als Marktgegenseite keine Arzneimittel direkt bei ausländischen Grossisten oder Herstellern beziehen dürfen (vgl. Ziff. 86). Wie in der gleichen Ziffer dargelegt wird, finden solche so genannten "Besorgungen" tatsächlich nur sehr selten statt. Da nicht zu erwarten ist, dass das gesetzliche Verbot von Direktimporten in absehbarer Zukunft gelockert wird, ist ein potenzieller Aussenwettbewerb durch ausländische Hersteller und Grossisten nicht in Betracht zu ziehen. Diese Auffassung wird vom Pharma Forum in dessen Eingabe vom 12. Mai 2000 (vgl. Ordner VIII, act. 26, S. 9) bestätigt. Sanphar macht hingegen geltend, dass der Eintritt eines ausländischen Grossisten durchaus möglich sei und sich mit dem Übernahmekampf um Amedis angebahnt habe (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 29). Auch der SAV weist in seiner Stellungnahme vom 22. Mai 2000 auf die Übernahme von Amedis durch Phoenix sowie auf die Allianz zwischen Galenica und Allied UniChem hin (vgl. Ordner VIII, act. 38, S. 10, 19). Hierzu ist anzumerken, dass durch das Zusammengehen eines ausländischen Grossisten mit einem inländischen Grossisten kein potenzieller Aussenwettbewerb aus dem Ausland entsteht. Vielmehr fassen die genannten europäischen Grossisten direkt Fuss in der Schweiz und werden somit über ihre schweizerischen

Partner selbst zu Anbietern in der Schweiz. Die genannten Allianzen beziehungsweise Übernahmen sind somit beim inländischen Wettbewerb näher zu prüfen (Ziff. 116, Bst. c).

115. Es besteht somit kein aktueller und potenzieller Aussenwettbewerb aus dem Ausland auf dem relevanten Markt.

116. Fachhändler und SD-Ärzte können ihre Medikamente auch direkt bei inländischen (schweizerischen) Herstellern oder Grossisten, die nicht Mitglied der Sanphar sind, beziehen.

a) Der VSSG beziffert in seiner Eingabe vom 27. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 76, S. 9) - allerdings ohne rechtsgenügenden Beweis - den Anteil der Medikamente, die durch den Fachhandel direkt beim Hersteller bezogen werden, ohne weitere Differenzierung (betr. Umsatz, Anzahl Packungen etc.) auf 20%. Die Auswertung der Fragebogen an die Hersteller (Antworten der Hersteller auf die Frage 11 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59) hat ergeben, dass der Anteil Direktlieferungen bedeutend kleiner ist als 20%. Während zwar kleinere Hersteller Direktlieferungen im Umfang von 15% bis 35% ihres Umsatzes tätigen, liegt der Anteil bei den grossen Pharma-Herstellern zwischen 0% und 3% ihres Umsatzes (vgl. Antworten der Hersteller auf Frage 11 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Daraus ergibt sich, dass die Direktbezüge beim Hersteller keinen wirksamen aktuellen Aussenwettbewerb im Inland zu begründen vermögen. Der FSAL bestätigt dies in seiner Eingabe vom 26. November 1999 (vgl. Ordner VII, act. 38): Fachhändler, SD-Ärzte und Grosshändler, die nicht Mitglieder der Sanphar sind, würden von den Herstellern und Importeuren in der Regel nicht beliefert. Wo dies ausnahmsweise vorkomme, seien entweder die Preiskonditionen bedeutend schlechter (Fachhandelspreis anstatt Grossistenpreis, vgl. auch Ziff. 2.2.1. Bst. a Reglement) oder es würden die Regeln der Sanphar verletzt. Auch Letzteres komme vor, werde aber von der Sanphar sanktioniert, wenn ihr Meldung erstattet würde. Es gibt zudem keine Anhaltspunkte dafür, dass sich in den nächsten zwei bis drei Jahren der Anteil der von den Herstellern getätigten Direktlieferungen derart verändern wird, dass von einem potenziellen Aussenwettbewerb gesprochen werden könnte. Im Gegenteil: Einige Hersteller haben geantwortet, dass die Tendenz der Direktlieferungen sinkend sei (vgl. Antworten der Hersteller auf Frage 11 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59).

b) Die Fachhändler und SD-Ärzte können ihre Medikamente auch bei den Aussenseitergrossisten beziehen. Diese sind zwar als Kartellaussenseiter zu qualifizieren, können jedoch aufgrund der schlechten Konditionen (vgl. Ziff. 2.1.1. Bst. b Reglement und oben Bst. a), zu denen sie beliefert werden, keinen Druck auf die von der Sanphar anerkannten Grossisten ausüben. Sie haben somit kaum destabilisierende Wirkung auf die Abrede und können ebenfalls keinen wirksamen aktuellen Aussenwettbewerb begründen. Diese Würdigung vermag

durch die pauschale und unbelegt gebliebene Behauptung des Pharma Forums und von Sanphar, wonach in letzter Zeit die Zahl der Aussenseiter-Grossisten bedeutend zugenommen habe, nicht widerlegt zu werden (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 9, und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 31 f.). Im Weiteren wird der von Sanphar gestellte Beweisantrag, wonach der Generalsekretär der Vereinigung FSAL in diesem Zusammenhang einzuvernehmen sei, weil unbehelflich, abgewiesen. Es bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass der Generalsekretär der Vereinigung FSAL in einer mündlichen Befragung von seinen, dem Sekretariat bekannten, schriftlichen Ausführungen - etwa in den Schreiben vom 28. Oktober 1999 (Ordner VII, act. 18) sowie vom 17. April 2000 (Ordner VIII, act. 14) - abweichen wird. Bezüglich potenziellen Aussenwettbewerbs kann die Frage, ob mit Marktzutritten durch neue, marktkräftige Aussenseiter-Grossisten innert der nächsten zwei bis drei Jahre zu rechnen ist, verneint werden.

c) Wie unter Ziffer 114 ausgeführt wurde, machen Sanphar und der SAV im Zusammenhang mit dem Wettbewerb unter den Grossisten überdies die Übernahme von Amedis durch Phoenix sowie die Allianz zwischen Galenica und Allied UniChem geltend (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 29, und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 10, 19). Da jedoch sowohl Amedis wie auch Galenica Mitglieder der Sanphar sind, ergibt sich daraus keine Zunahme des aktuellen Aussenwettbewerbs; es ist vielmehr zu erwarten, dass sich der Einfluss der Marktordnung der Sanphar dadurch noch vergrössert. Der von Sanphar gestellte Beweisantrag auf Befragung von Grossisten zu dieser Thematik ist daher unbehelflich.

117. Auf dem relevanten Markt besteht somit weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb (im Inland).

118. Bezüglich aktuellen Innenwettbewerbs ist festzuhalten, dass sich alle Sanphar-Grossisten an die Abrede halten (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, act. 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22). Dies zeigt sich insbesondere bei hochpreisigen Produkten: Hier können die Rabatte schnell die Beträge der Grossistenmargen übersteigen. Um dies zu verhindern, erhalten zum Beispiel die Kunden der Galenica auf den Produkten der Preisklasse über CHF 500.-- (Publikumspreis) keine Rationalisierungsrabatte (vgl. Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, act. 7, "Rationalisierungsrabatte übersteigen in keinem Fall die Grossistenmarge"). In diesem Zusammenhang macht Sanphar – entgegen ihren sonstigen Ausführungen, wonach Rabatte tatsächlich nur innerhalb der Grossistenmarge gewährt werden (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, z.B. S. 11 f., 22) – geltend, dass die Margenord-

nung bereits heute von den Sanphar-Grossisten "nicht immer" eingehalten werde. Überdies seien die eingeholten Stellungnahmen zwei Jahre alt und damit nicht mehr relevant (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 31). Allerdings bleibt Sanphar jeglichen Hinweis schuldig, dass eine erneute Befragung der Grossisten tatsächlich ein abweichendes Bild ergeben würde. Selbst wenn jedoch der Behauptung von Sanphar Glauben geschenkt würde, so ist festzuhalten, dass ein gelegentliches Abweichen von der Margenordnung noch lange keinen aktuellen Innenwettbewerb bewirkt.

119. In Bezug auf den potenziellen Innenwettbewerb ist Folgendes festzustellen:

a) Es ist nicht zu erwarten, dass sich in absehbarer Zeit ein Grossist in der Schweiz etablieren wird, der den Status eines Sanphar-Grossisten beibehält beziehungsweise erhält, sich aber nicht an die Rabattbestimmungen der Sanphar hält. Ein solches Verhalten würde von den Herstellern mit schlechteren Einkaufskonditionen sanktioniert werden. Es ist jedoch wirtschaftlich gesehen für einen Grossisten notwendig, dass er von den Herstellern mindestens zu den gleichen Konditionen beliefert wird wie seine Mitkonkurrenten. Das in sich geschlossene System der Margenordnung in Verbindung mit den Sanphar-Grossistenbedingungen weiss gerade zu verhindern, dass Konkurrenz entsteht, die sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar hält. Ein potenzieller Wettbewerber, der sich nicht an die Bestimmungen der Margenordnung hält, müsste somit immer mit der Gefahr leben, dass er aus der Sanphar ausgeschlossen wird beziehungsweise nicht zu den gleichen Konditionen beliefert wird wie die übrigen Sanphar-Grossisten (Ziff. 2.1.1. Bst. b Reglement über die Selbstkontrolle).

b) Gerade der langwierige Kampf der Apotheke "Zur Rose" AG um Aufnahme als Sanphar-Grossist belegt - entgegen den Ausführungen von Sanphar (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32) - hinreichend, dass das System der Margenordnung in Verbindung mit den Sanphar-Grossistenbedingungen strikte durchgesetzt wird. Die Apotheke "Zur Rose" AG wurde nämlich erst zugelassen, nachdem der Audit-Bericht der ATAG Ernst & Young Consulting vom 12. August 1999 (vgl. Schreiben der Apotheke "Zur Rose" AG vom 1. November 1999, Ordner VII, act. 20, Beilage 7 zu diesem Schreiben) bestätigte, dass die Apotheke "Zur Rose" AG sämtliche Sanphar-Rahmenbedingungen einhält, die Voraussetzung für die Gewährung der Grossistenmarge sind. Hierauf teilte Sanphar ihren Mitgliedern am 16. September 1999 den Sanphar-Grossistenstatus der Apotheke "Zur Rose" AG mit und bestätigte, dass diese somit zu den "üblichen" Grossisten-Konditionen beliefert werden könne (vgl. Schreiben der Apotheke "Zur Rose" AG vom 1. November 1999, Ordner VII, act. 20, beinhaltend in Beilage 9 besagtes Schreiben von Sanphar).

c) An dieser Beurteilung vermögen weder die von Sanphar und dem SAV geltend gemachte Übernahme von Amedis durch Phoenix noch die vom SAV vorgebrachte Allianz zwischen Galenica und Allied Uni-Chem etwas zu ändern (vgl. Ziff. 114 und 116 Bst. c; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 29, und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 10, 19). In beiden Fällen bleibt nämlich unbewiesen, dass sich die beteiligten Sanphar-Mitglieder Galenica und Amedis in Zukunft nicht mehr an die Margenordnung halten werden.

120. Es besteht somit auch kein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

121. Die Fachhändler und SD-Ärzte als Marktgegenseite kaufen bei den Grossisten einzeln ein. Einkaufskooperationen bestehen zum heutigen Zeitpunkt nur wenige. Dies bestätigt auch der FSAL in seiner Eingabe vom 26. November 1999 (vgl. Ordner VII, act. 34, S. 3). Die Marktgegenseite, das heisst der einzelne Fachhändler, hat keine Möglichkeit, im Alleingang Druck auf die Sanphar-Grossisten auszuüben, um zusätzlich zu den kartellistisch vereinbarten Margenmaxima weitere Rabatte zu erwirken. Daran vermag der Einwand des Pharma Forums und von Sanphar, wonach heute "verschiedenste" Einkaufskooperationen bestünden, nichts zu ändern (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 10, und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32). Die von Sanphar genannten 11 Apothekengruppen lösen bereits erhebliche Zweifel an der Formulierung "verschiedenste" aus. Im Weiteren unterlässt es Sanphar darzulegen, wie sich diese Einkaufskooperationen zusammensetzen, wie viele Verkaufsstellen sie umfassen und dgl. mehr. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die genannten Apothekengruppen in Anbetracht der Gesamtzahl von ca. 2'520 Verkaufsstellen (vgl. Ziff. 161) nicht ins Gewicht fallen. Schliesslich vermag Sanphar auch die Behauptung nicht zu belegen, dass in nächster Zeit mit der Bildung weiterer Einkaufskooperationen zu rechnen sei. Der Hinweis auf die Kooperation zwischen Galenica und Coop, welche die Eröffnung von 50 Apotheken vorsieht (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32, und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 19, 64), stellt lediglich ein Beispiel dar und verkennt, dass diese neue Einkaufskooperation erst geplant ist und überdies mit Galenica als Sanphar-Mitglied keine Gewähr dafür bietet, dass sie in Zukunft Druck auf die Grossisten ausüben wird (vgl. Ziff. 119 Bst. c und 156).

122. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Wettbewerbsabrede unter den Sanphar-Grossisten über die Gewährung von Rabatten (Ziff. 2.3. des Anhangs 2 zur Margenordnung) den Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich beeinträchtigt.

C.2.2.3 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

123. Es sind im vorliegenden Fall keine Gründe ersichtlich, die auf eine Effizienzerhöhung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG durch die in Frage stehende Abrede schliessen lassen.

124. Die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien sind nicht überzeugend:

125. Unbestrittenermassen kann die Existenz eines Grossisten zur Erhöhung der Effizienz beitragen (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 18). Damit ist jedoch nicht gesagt, dass eine Abrede zwischen den Grossisten über die Gewährung von Rabatten effizienzsteigernd wirkt.

126. Galenica rechtfertigt ihre Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG damit, dass die Kunden der Sanphar-Grossisten nicht durch einzelne "Lockvogel"-Angebote gewonnen werden sollen (vgl. Eingabe vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7). Entscheidend seien die Konditionen über das ganze Einkaufsvolumen.

127. Hierbei handelt es sich um einen Teil der Geschäftspolitik der Galenica. Durch die Abrede wird jedoch diese Verkaufspolitik horizontal zwischen allen Sanphar-Grossisten festgelegt. Es ist nicht ersichtlich, dass dies eine effizienzfördernde Wirkung haben könnte.

128. Sanphar macht geltend, dass durch die Gewährung von Rabatten gar keine Kunden zu gewinnen seien. Deshalb werde ein Grossist auch ohne entsprechende Abrede keine Rabatte gewähren, die grösser seien als seine Bruttomarge (Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32). Diese Behauptung widerspricht zum einen der in Ziffer 126 zitierten Auffassung von Galenica. Zum anderen handelt es sich dabei um eine Hypothese, die gerade durch die bestehende Abrede und damit mangels wirksamen Wettbewerbs unbewiesen bleibt.

129. Uhlmann-Eyraud und Sanphar weisen auf die Frage nach Effizienzgründen der Abrede darauf hin, dass es angesichts der mangelnden gesetzlichen Regelung im Arzneimittelmarkt notwendig sei, dass eine private Organisation sich um die entsprechenden Rahmenbedingungen kümmert, damit eine hohe Dienstleistungsqualität und die Sicherheit gewährleistet sei (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 23, und Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32 f.). Auch das Argument des VSSG (vgl. Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 8) stösst in die gleiche Richtung: Erst die Grossistenbedingungen hätten eine Sicherstellung der Belieferung, eine schnelle Versorgung und eine hohe Lieferbereitschaft möglich gemacht. Für die Voigt AG und Sanphar garantiert die Grossistenmarge den Sanphar-Grossisten eine minimale Rendite, die notwendig ist, um die Aufgaben im Rahmen der lückenlosen Versorgung der Bevölkerung mit Medikamenten sicherzustellen (vgl. Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 23, und Ein-

gabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 32 f.). Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass solche gesundheitspolitischen beziehungsweise –polizeilichen Überlegungen keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG darstellen. Diesbezügliche Beweisanträge der Parteien (vgl. z.B. Eingabe VSSG vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 8) erübrigen sich somit. Überdies ist es Sache des Gesetzgebers und nicht einer privaten Organisation, solche Aspekte des Arzneimittelmarktes entsprechend gesetzlich zu regeln.

130. Keiner der von den Parteien genannten Gründe genügt der gesetzlichen Bestimmung von Artikel 5 Absatz 2 KG. Die erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Ziff. 122) ist daher nicht gerechtfertigt.

C.2.2.4 Ergebnis

131. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Grossisten, wonach Rabatte nicht grösser sein dürfen als die Sanphar-Grossistenmarge, beeinträchtigt den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz liegt nicht vor. Die Abrede ist deshalb unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

C.2.3 Die Wettbewerbsabrede auf Stufe des Fachhandels und der SD-Ärzte

132. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Fachhändler und der SD-Ärzte besteht darin, dass ihre Höchstmargen durch die zwischen allen Marktpartnern vereinbarte Margenordnung in Prozenten des Publikumspreises oder in festen Frankenbeträgen fixiert sind (vgl. Abbildung 2). Eine Margenordnung gilt ebenfalls hinsichtlich der Generika (vgl. Abbildung 3). Vgl. dazu Ziffern 1a und b des Anhangs zum Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelmarkt:

Abbildung 2: Generell gültige Margenordnung gemäss Ziffer 1a des Anhangs zum Reglement

Stufe	Preisklasse in Fr.	Anteil Hersteller in % vom PP	Margen			
			Grosshandel in %		Fach- handel in % vom PP	SD-Arzt in % vom PP
			vom FEP	vom PP		
1	0.00-19.95	53,125%	15%	9,375%	37,5%	33%
PZ 1	20.00-21.25	Fr. 10.63-11.88	Fr. 1.87		Fr. 7.50	Fr. 6.60
2	21.30-99.95	55,847%	13,75%	8,903%	35,25%	30,5%
PZ 2	100.00-113.70	Fr. 55.85-69.55	Fr. 8.90		Fr. 35.25	Fr. 30.50
3	113.75-199.95	60,720%	12%	8,28%	31%	26,5%
PZ 3	200.00-229.60	Fr. 121.44-151.04	Fr. 16.56		Fr. 62.00	Fr. 53.00
4	229.65-299.95	64,97%	11%	8,03%	27%	23,5%
PZ 4	300.00-352.15	Fr. 194.91-247.06	Fr. 24.09		Fr. 81.00	Fr. 70.50
5	352.20-399.95	68,915%	10,5%	8,085%	23%	19,5%
PZ 5	400.00-484.20	Fr. 275.66-359.86	Fr. 32.34		Fr. 92.00	Fr. 78.00
6	484.25-499.95	72,9%	10%	8,1%	19%	15,5%
PZ 6	500.00-633.35	Fr. 364.50-497.85	Fr. 40.50		Fr. 95.00	Fr. 77.50
7	633.40 und mehr	> 76,925%	Fr. 51.00		Fr. 95.00	Fr. 77.50

Innerhalb der Pufferzone (PZ) werden für Grosshandel, Fachhandel und SD-Ärzte Fixbeträge anstelle der sonst üblichen prozentualen Margensätze eingesetzt.

Abbildung 3: Besondere Margenordnung für Generika gemäss Ziffer 1b des Anhangs zum Reglement

Stufe	Preisklasse in Fr.	Anteil Hersteller in % vom PP	Margen			
			Grosshandel in %		Fach- handel in % vom PP	SD-Arzt in % vom PP
			vom FEP	vom PP		
1	0.00-19.95	46,325%	15%	8,175%	45,5%	41%
PZ 1	20.00-21.55	Fr. 9.26-10.81	Fr. 1.64		Fr. 9.10	Fr. 8.20
2	21.60-99.95	49,809%	13,75%	7,941%	42,25%	37,5%
PZ 2	100.00-114.20	Fr. 49.81-64.01	Fr. 7.94		Fr. 42.25	Fr. 37.50
3	114.25-199.95	55,44%	12%	7,56%	37%	32,5%
4	200.00 und mehr	60,52%	11%	7,48%	32%	28,50%

Innerhalb der Pufferzone (PZ) werden für Grosshandel, Fachhandel und SD-Ärzte Fixbeträge anstelle der sonst üblichen prozentualen Margensätze eingesetzt.

Auf keinen Fall darf die Grossistenmarge höher als Fr. 51.00, die Fachhandelsmarge höher als Fr. 95.00 und die SD-Arztmarge höher als Fr. 77.50 sein.

133. Im Anschluss an die beiden Margenordnungen von Anhang 1 wird unter dem Titel "Begriffsbeschreibungen" erwähnt, dass für alle Generika, die der besonderen Margenordnung für Generika nicht unterstellt sind, "selbstverständlich die generell gültige Margenordnung" gilt.

C.2.3.1 Der relevante Markt

C.2.3.1.a Der sachlich relevante Markt

134. Die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem sachlich relevanten Markt auf Herstellerstufe hinsichtlich der Produkteigenschaften angestellt wurden (Kapitel C.2.1.1.a), gelten sinngemäss auch für die Stufe der Fachhändler und SD-Ärzte. Die Patienten bilden die Marktgegenseite. Diese beziehen beim SD-Arzt aufgrund seiner Diagnose beziehungsweise bei der Apotheke Medikamente. Aus Sicht des Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Eine mögliche Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Teilmärkte (Therapiegruppen etc.) ist jedoch vorliegend nicht notwendig, weil die Auswirkungen der den Vertrieb und nicht die Produkte betreffenden Abrede für den gesamten Markt dieselben und branchenumfassend sind (vgl. Ziff. 31 und 82 f.).

135. Weil es für einen Patienten nicht möglich ist, Medikamente in einer Spital-Apotheke zu beziehen, wenn er nicht gleichzeitig dort als Patient stationiert ist, gehören die Spitalapotheken nicht zum gleichen sachlich relevanten Markt wie die ambulante Medikamentenabgabe

bei SD-Ärzten beziehungsweise bei Apotheken und Drogerien (vgl. Aussage von Herrn Dr. Widmer vom 28. Februar 2000, Ordner VII, act. 60). Sowohl Sanphar wie auch der SAV behaupten, dass die Spitalapotheken beziehungsweise die Spitäler trotzdem als Konkurrenten zu den Apotheken im ambulanten Bereich auftreten (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 34 f., und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 57 f.). Sanphar stellt deshalb den Antrag auf Befragung der Spitalapotheker verschiedener Spitäler (vgl. Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 14, 96; Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 11). Überdies verletze die telefonische Befragung von Herrn Dr. Widmer, Chefapotheker am Inselspital Bern, "in flagranter Weise" das rechtliche Gehör von Sanphar (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 34 f.). All diesen Vorbringen ist Folgendes entgegenzuhalten:

a) Bezüglich der Frage, inwiefern die Parteien berechtigt sind, bei einer telefonischen Auskunft Parteirechte wahrzunehmen, wird auf Ziffer 25 Buchstabe c verwiesen.

b) Selbst wenn jedoch die Auskunft von Herrn Dr. Widmer unter Verletzung der Parteirechte eingeholt worden wäre, so ist zu berücksichtigen, dass dessen Angaben durch andere Aktenstücke und vor allem auch durch die Beweismittel der Parteien bestätigt werden (vgl. nachfolgend Buchstabe c bis e). Demzufolge ist die telefonische Auskunft von Herrn Dr. Widmer für die Beurteilung der Frage, ob Spitalapotheken den Fachhandel konkurrieren, nicht ausschlaggebend und die entsprechende Telefonnotiz könnte somit auch aus den Akten verwiesen werden.

c) Gemäss der fraglichen telefonischen Auskunft von Herrn Dr. Widmer können Passanten mit Rezept die entsprechenden Medikamente nicht in Spitalapotheken beziehen. Dem widersprechen grundsätzlich weder Sanphar noch der SAV. Insbesondere Sanphar macht jedoch geltend, dass die Spitalapotheken Medikamente an Patienten in ambulanter Behandlung abgeben. Demzufolge seien sie den SD-Ärzten gleichzusetzen und wie diese dem relevanten Markt zuzurechnen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 35). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Frage, ob die SD-Ärzte dem relevanten Markt zugerechnet werden können, in der vorliegenden Verfügung offen gelassen wird (vgl. Ziff. 136 ff.). Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Patienten als Marktgegenseite die Spitalapotheken nicht als Konkurrenten zum Fachhandel wahrnehmen. In der vom SAV ins Recht gelegten 1. Trendstudie "Gesundheitsmonitor 99" des GfS-Forschungsinstituts (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 5, S. 85) wird festgehalten, dass Arzt und Apotheker nach wie vor die Stellen sind, die am ehesten in Frage kommen, wenn es um den Bezug von Medikamenten geht. Diese Einschätzung

ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass bei den Spitälern - im Gegensatz zum Arzt - das Schwergewicht auf der stationären Behandlung liegt. Demzufolge erfolgt auch die Abgabe von Medikamenten an ambulante Patienten nur ausnahmsweise und stellt in der Regel die Folge einer vorangegangenen stationären Behandlung dar. Dies bestätigt einmal die Vernehmlassung des BSV zu den vorgeschlagenen Änderungen betreffend Arzneimittel vom 24. März 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 14). Darin wird ausdrücklich festgehalten, dass die Spitäler die Arzneimittel vor allem stationär und nur gelegentlich ambulant abgeben. Im Weiteren führt auch das Inselspital Bern in seinem Schreiben an die Pharmacie Internationale Interlaken vom 23. November 1999 aus, dass den Patienten beim Austritt grundsätzlich nur Medikamente für die ersten ein bis zwei Tage nach Hause mitgegeben werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 42). Auch aus der Stellungnahme des Kantons St. Gallen an das Eidgenössische Departement des Innern geht hervor, dass vor allem individuelle Spezialzubereitungen (wie gebrauchsfertige Zytostatikazubereitungen oder totale parenterale Ernährung von Spitalapotheken) für ambulante Patientinnen und Patienten abgegeben werden (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 43). Schliesslich lässt auch der Briefwechsel zwischen der Pharmacie Internationale Interlaken und dem Inselspital Bern denselben Schluss zu (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 41 f.). Zum einen kann diesen Schreiben nicht entnommen werden, ob es sich dabei um eine rein ambulante Behandlung handelt, der keine stationäre vorangegangen ist. Zum anderen stellt diese Behandlung mit Wachstumshormonen eine Spezialbehandlung dar, die nicht ohne weiteres Rückschlüsse für sonstige ambulante Behandlungen zulässt.

d) Im Schreiben der "H+ Die Spitäler der Schweiz" vom 10. November 1998 wird festgehalten, dass den Spitalapotheken die Erteilung einer Konkordatsnummer durch das KSK verweigert wird, womit die Spitalapotheken von einem aktiven Wettbewerb im Medikamentenmarkt ausgeschlossen werden (vgl. Ordner VI, act. 60, S. 5). Sanphar und der SAV machen nun unter Verweis auf den Jahresbericht 1999 der Gesellschaft schweizerischer Amts- und Spitalapotheker vom April 2000 (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 40) geltend, dass diese Aussage relativiert worden sei (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 34, und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 58). Wie jedoch dem erwähnten Jahresbericht entnommen werden kann, werden auch hier im Zusammenhang mit der ambulanten Behandlung nur die Spezialfälle wie die parenterale Ernährung zu Hause erwähnt. Für diese Fälle erhalten die Spitalapotheken die Konkordatsnummer zudem nur auf Anfrage, was ebenfalls belegt, dass die ambulante Behandlung den Ausnahmefall darstellt. Unter solchen Umständen kann nicht gesagt werden,

dass die Spitalapotheker aktiv am Wettbewerb im Medikamentenmarkt teilnehmen.

e) Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass das Reglement über die Selbstkontrolle die Spitalapotheken nicht in den Anwendungsbereich der Margen- und Rabattordnung einbezieht. Dies stellt ebenfalls ein Indiz dafür dar, dass die Spitalapotheken nicht zum sachlich relevanten Markt gehören.

f) Damit ist hinreichend erstellt, dass die Spitalapotheken keine Konkurrenz zum Fachhandel darstellen und deshalb nicht dem relevanten Markt zuzuordnen sind. Auf die Befragung sämtlicher Spitalapotheker kann somit verzichtet werden.

136. Anschliessend stellt sich die Frage, ob ein Markt für Fachhändler und einer für die SD-Ärzte abgegrenzt werden muss.

- **Selbstdispensation:**

Der Patient erhält das Medikament direkt von einem Arzt aus dessen Privatapotheke (z.B. SD-Arzt, Erst- oder Notfallversorgung bei Nicht-SD-Ärzten).

- **Medikamentenabgabe in der Apotheke beziehungsweise der Drogerie:**

Der Patient erhält das Medikament entweder auf Verordnung des Arztes in der Apotheke oder bei der Selbstmedikation im Fall der Liste C in der Apotheke, bei Liste-D-Produkten in der Apotheke oder in der Drogerie.

137. Folgende Argumente sprechen dafür, beide Akteure auf der letzten Handelsstufe in einem Markt zusammenzufassen: Bei einem SD-Arzt kann eine Person nur Medikamente beziehen, wenn sie dessen Patient ist. Jede Person trägt latent Patienteneigenschaft in sich, das heisst kann jederzeit krank werden, so dass sie gezwungen ist, einen Arzt aufzusuchen. Die Charakteristik der Marktgegenseite kann somit als recht dynamisch bezeichnet und es kann deshalb auf einen einzigen Markt geschlossen werden. Diese Ansicht wird auch durch ein weiteres Argument untermauert: Die Margen der Fachhändler und diejenige der SD-Ärzte sind in den Abreden so gestaltet, dass ein Patient beziehungsweise Kunde denselben Publikumspreis für ein bestimmtes Medikament zu bezahlen hat, unabhängig davon, ob er es in der Apotheke, Drogerie oder beim SD-Arzt bezogen hat.

138. Die Frage kann letztlich jedoch offengelassen werden. Falls nämlich der Wettbewerb auf beiden Teilmärkten beseitigt wird, so gilt dies auch für den Fall der Gesamtmarkt Betrachtung.

C.2.3.1.b Der räumlich relevante Markt

139. Für die Definition des räumlich relevanten Marktes ist davon auszugehen, dass der Patient in der Regel ein Medikament bei einem

nahegelegenen Fachhändler oder Arzt nachfragt, um hohe Transaktionskosten zu vermeiden. Es bliebe daher zu prüfen, ob der räumlich relevante Markt lokal abzugrenzen sei. Tatsächlich hat aber die Margenordnung ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer die gleichen Auswirkungen. Entgegen den Ausführungen des SAV (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 9 f., 16, 60) kann deshalb für die Zwecke des vorliegenden Falles auf eine lokale Marktabgrenzung verzichtet werden (vgl. auch Beschwerdeentscheid der REKO, RPW 1998/4, S. 673 ff., Ziff. 4).

140. Der sachlich und räumlich relevante Markt auf Stufe des Fachhandels und der SD-Ärzte umfasst somit den Vertrieb der in der Schweiz verkauften Medikamente.

C.2.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

C.2.3.2.a. Vorliegen einer Preisabrede

141. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird insbesondere bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

142. Durch die zur Beurteilung stehende Abrede werden die Verkaufspreise der Fachhändler und SD-Ärzte direkt fixiert: Der Preis als Wettbewerbsparameter wird ausgeschaltet. Die Margenordnung der Sanphar führt unter den Fachhändlern und SD-Ärzten zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs. Die Margenordnung bewirkt, dass die grosse Mehrzahl aller Medikamente

- in einer definierten Mengeneinheit (z.B. ein Medikament oder ein ganzes Bündel),
- in einer festgelegten Qualität (eines bestimmten Herstellers, in einer bestimmten Darreichung) und
- zu einem gegebenen Zeitpunkt

von den SD-Ärzten und Fachhändlern in der Schweiz den Konsumenten (Patienten) zum selben Preis angeboten werden. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung gilt sowohl für die generell gültige Margenordnung als auch für die besondere Margenordnung für Generika, weil die Preis- und Margenberechnung bei beiden Margenordnungen gleich aufgebaut ist.

143. Die Fachhändler und die SD-Ärzte befinden sich im jeweiligen Teilmarkt auf der gleichen Stufe des Vertriebs eines Medikamentes und stehen im jeweiligen Teilmarkt untereinander im Wettbewerb.

144. Die Festlegung der Margen für den gesamten Fachhandel und für die SD-Ärzte ist eine horizontale Preisabrede im Sinne von Artikel 5

Absatz 3 Buchstabe a KG. Der Vermutungstatbestand im Sinne dieser Bestimmung ist somit erfüllt.

a) Der Umstand, dass etwa zwischen den SD-Ärzten und der Sanphar keine schriftlichen Vereinbarungen oder Vereinszugehörigkeiten bestehen, die direkt auf eine Beteiligung an den Abreden schliessen lassen, ändert am Gesagten nichts (vgl. Ziff. 42).

b) Auch das Vorbringen der Parteien (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, und Eingabe Sanphar vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 24 f.), wonach keine Verpflichtungen seitens der Fachhändler und keine Sanktionsmöglichkeiten seitens der Sanphar bestehen, vermag die obigen Ausführungen nicht zu entkräften (vgl. Ziff. 43).

C.2.3.2.b Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

145. Ist der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt, besteht die Rechtsfolge darin, dass eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede zu vermuten ist. Die Vermutung kann indes durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 1999/3, S. 455, Ziff. 61).

146. Wie oben ausgeführt, wird die Beurteilung für Fachhändler und für die SD-Ärzte gesondert durchgeführt (vgl. Ziff. 136).

C.2.3.2.b.1 Im Bereich der Selbstdispensation

147. Der zu beurteilende Aussenwettbewerb besteht aus denjenigen Akteuren, die mit den SD-Ärzten, welche sich an die von Sanphar herausgegebene Margenordnung halten, in Konkurrenz stehen. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist zu prüfen, ob trotz des fehlenden Preiswettbewerbs unter den SD-Ärzten, welche die Margenordnung der Sanphar einhalten, ein genügender Wettbewerb verbleibt.

148. In Bezug auf den aktuellen und potenziellen Aussenwettbewerb ist Folgendes festzuhalten:

a) Sanphar gibt vor (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 95), Spitäler und HMO-Zentren seien mögliche Aussenwettbewerber. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Wie unter Ziffer 135 aufgeführt, sind die Spitalapotheken auf einem anderen relevanten Markt tätig. Bezüglich der HMO-Zentren, die zwar Konkurrenten der SD-Ärzte sein können, ergab die auch von Sanphar beantragte Auskunft der SWICA Gesundheitszentren (vgl. Eingabe vom 28. September 1998, Ordner VI, act. 14; Eingabe vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 31), dass in den HMO-Zentren die Medikamente zu den vorgeschriebenen Preisen abgegeben werden. Preisreduktionen auf Medikamente an Patienten gibt es gemäss Auskunft der SWICA nicht.

b) Die Untersuchung hat gezeigt, dass nur wenige SD-Ärzte, welche das Recht zur Abgabe von Medikamenten haben, sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar halten und (im Ergebnis) vom Publikums-höchstpreis abweichen (vgl. Antworten der SD-Ärzte auf Frage 10 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Genügender Aussenwettbewerb seitens von SD-Ärzten, die ein nicht preisgebundenes Medikamentensortiment anbieten, existiert nicht. Bezüglich potenziellen Aussenwettbewerbs bestehen auch keine Anzeichen, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird.

149. Somit ist belegt, dass weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt besteht.

150. Im Folgenden ist der Innenwettbewerb zu prüfen.

a) Die Untersuchung hat gezeigt, dass alle SD-Ärzte, welche das Recht zur Abgabe von Medikamenten haben und sich an der Sanphar-Margenordnung beteiligen, diese tatsächlich beachten (vgl. Antworten der SD-Ärzte auf Frage 10 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59; ferner Eingabe Apotheke "Zur Rose" AG vom 22. Oktober 1998, Ordner VI, act. 41). Die Ausschaltung des Preiswettbewerbs, welche sich bisher als stabil erwiesen hat, verhindert einen wirksamen Wettbewerb unter den SD-Ärzten. Nicht ersichtlich ist, ob und inwieweit die Ausschaltung des entscheidenden Wettbewerbsparameters "Preiswettbewerb" (vgl. RPW 1999/3, S. 459, Ziff. 81) auch durch andere Wettbewerbsparameter neutralisiert werden kann. Selbst die grundsätzlich wichtige Beratungstätigkeit des SD-Arztes wird in der Regel nicht über den Medikamentenpreis abgegolten.

b) Es bestehen überdies keine Anzeichen dafür, dass sich in absehbarer Zeit etwas an der Preisabrede ändern wird. Ein potenzieller Innenwettbewerb kann somit verneint werden. Zudem gibt es für marktzu-tretende SD-Ärzte heute, das heisst so lange die Abrede besteht, keinen Anreiz, sich nicht an der Abrede zu beteiligen.

151. Es besteht somit kein aktueller oder potenzieller Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

152. In Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite ist festzuhalten, dass der Patient aufgrund seiner beschränkten Kenntnisse über Preis, Qualität, Wirkung und mögliche Substitute eines Medikamentes kaum die Möglichkeit hat, seine Nachfrage zu bestimmen. Der Arzt übt somit einen erheblichen Einfluss auf die Wahl eines Medikamentes aus. Es ist hier von einer sogenannten angebotsbestimmten Nachfrage zu sprechen (BREYER/ZWEIFEL, Gesundheitsökonomie, Berlin 1997, 2. Aufl., S. 246). Im gegenwärtigen System der Krankenversicherung hat der Patient zudem wenig Anreiz, sich um ein billigeres Medikament zu bemühen. Die bei den Krankenkassen übliche Kostenbeteiligung des Patienten mittels eines zehnpromzentigen Selbstbehaltes und der Franchise ändert am Verhalten des Patienten nur wenig. Der Stellung der

Marktgegenseite kommt demnach kein Gewicht zu. Dies wäre wohl anders, wenn die Patienten bei der Wahl billiger Medikamente entsprechende Rückvergütungen von den Krankenversicherungen erhielten.

C.2.3.2.b.2 Im Bereich der Medikamentenabgabe durch Apotheken und Drogerien

153. Das Pharma Forum, Sanphar und der SAV machen geltend, die Verbandszugehörigkeit der Fachhändler zu den kantonalen Verbänden beziehungsweise zum SAV oder SDV hätten nichts mit der Margenordnung zu tun (vgl. Eingabe Pharma Forum vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 11; vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 39; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 63). Aufgrund ihrer Verbandszugehörigkeit zu kantonalen Apotheker- beziehungsweise Drogistenverbänden oder zum SAV beziehungsweise SDV und der Zugehörigkeit der meisten kantonalen Verbände zum SAV beziehungsweise SDV besteht jedoch bei den meisten Fachhändlern eine indirekte Verbindung der einzelnen Fachhändler zur Sanphar. Diese Fachhändler bilden somit den Innenwettbewerb. Die Fachhändler, die keinem Verband zugehörig sind, bilden allenfalls den Aussenwettbewerb.

154. In Bezug auf den aktuellen Aussenwettbewerb sind folgende Fachhändler nicht Mitglied eines kantonalen Vereines beziehungsweise des jeweiligen schweizerischen Vereines und gewähren gleichzeitig Rabatte beziehungsweise bei MediService Reduktion auf dem Selbstbehalt (vgl. Eingaben Sanphar vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 29, und vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 12f.):

- Parfumerie-Pharmacie Victoria [7 Verkaufsstellen in den Kantonen Genf und Waadt],
- Versandapotheke MediService AG [praktisch in der gesamten Schweiz tätig].

155. Auch wenn der selbstgeschätzte Umsatzanteil der MediService AG von 1% (vgl. Eingabe MediService AG vom 1. Juli 1998, Ordner IV, act. 60) am Gesamtumsatz in der Schweiz ohne weiteres übernommen würde, kann vorliegend nicht von einem wirksamen Aussenwettbewerb gesprochen werden.

156. In Bezug auf den potenziellen Aussenwettbewerb ist festzuhalten, dass sich die Abrede auf Stufe Fachhändler bisher als stabil erwiesen hat. Es bestehen keine Anzeichen, dass in nächster Zeit Marktzutritte in einer Grössenordnung oder einem Ausmass erfolgen, welche für eine Disziplinierung der Fachhändler sorgen. Demgegenüber sind Sanphar und der SAV der Ansicht, dass aufgrund des Urteils des Bundesgerichts in Sachen MediService AG (BGE 125 I 474 ff.) mit einer Zunahme der Versandhandelsapotheken gerechnet werden müsse. So habe die Apotheke Münchwilen unter dem Namen Medicaline ihre

Versandhandelstätigkeit aufgenommen, und aus der Kooperation zwischen Galenica und Coop sollen 50 neue Verkaufsstellen entstehen. Dem Vernehmen nach plane zudem auch die Apotheke "Zur Rose" AG den Einstieg in den Versandhandel (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 39, und Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 3, 11, 19 f., 32 f., 63 f.). Es ist zwar richtig, dass unter dem Namen Medicaline ein neuer Anbieter als Versandhandelsapotheke auftritt. Selbst wenn dieser neue Anbieter jedoch einen Marktanteil in der Grössenordnung der MediService AG erreichen sollte, so würde deren gemeinsamer Marktanteil lediglich 2% erreichen. Dasselbe lässt sich auch bezüglich der behaupteten Versandhandelstätigkeit der Apotheke "Zur Rose" AG sagen. Bezüglich der Kooperation zwischen Coop und Galenica ist festzuhalten, dass nicht klar ist, ob die 50 Verkaufsstellen zusätzliche oder allenfalls übernommene Apotheken darstellen. Selbst wenn es sich dabei um neue Verkaufsstellen handeln sollte, ist damit nicht bewiesen, dass diese nicht Mitglied eines kantonalen Apothekervereins oder des SAV werden. Schliesslich ist aufgrund der Mitgliedschaft von Galenica bei Sanphar eher zweifelhaft, dass sich die neuen Verkaufsstellen nicht an die Rabattordnung von Sanphar halten werden. Demzufolge kann nicht davon ausgegangen werden, dass in naher Zukunft mit einem Aussenwettbewerb zu rechnen ist, der die Marktordnung von Sanphar ernsthaft gefährdet.

157. Es besteht somit weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

158. In Bezug auf den aktuellen Innenwettbewerb ist festzuhalten, dass sich fast alle Fachhändler an die Bestimmungen der Sanphar halten (vgl. Antworten der Apotheken auf Frage 11 und 12 des Fragebogens und Antworten der Drogerien auf Frage 9 und 10 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Nur wenige Apotheken oder Drogerien weichen davon ab: Es sind dies gemäss den Antworten auf die Fragebogen und gemäss Angaben des SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, act. 9, S. 47 f., 126 f.) und Sanphar (vgl. Eingaben vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 2, S. 29 ff., und vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 11):

- Parfumerie-ParaSanté-Pharmacie Sun Store [35 Verkaufsstellen in den Kantonen Genf, Waadt, Neuenburg, Wallis, Freiburg, Bern, Aargau],
 - Geschäftsgeheimnis: Eine Apotheke [9 Verkaufsstellen in der Westschweiz; Rabatte nur auf Listen C und D],
 - Sanovit/Manor-Drogerien-Gruppe [8 Verkaufsstellen in den Kantonen Basel, Waadt, Zürich, Schaffhausen, Wallis, Solothurn; Rabatte nur auf Liste D],
 - EPA-Apotheke [1 Verkaufsstelle in Basel],
-

- Estorel-Drogerien-Gruppe [9 Verkaufsstellen in den Kantonen Bern, Solothurn, Zürich, Graubünden, St. Gallen].

159. Die in Ziffer 158 genannten Fachhändler ergeben zusammen ein Total von 62 Verkaufsstellen. Sanphar, der SDV sowie der SAV machen geltend, die Zahl der Verkaufsstellen, die sich nicht an die Bestimmungen der Sanphar halten, habe erheblich zugenommen (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 39 f.; Eingabe SDV vom 19. Mai 2000, Ordner VIII, act. 34, S. 2; Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 20, 32 f., 63 ff.). Der SAV spricht von 16 unterschiedlichen Apothekenketten mit mindestens 4 Filialbetrieben, belegt jedoch nur deren 2 (Les Pharmacies Populaires Lausanne mit fünf Verkaufsstellen in Lausanne und die Parfumerie-ParaSanté-Pharmacie Sun Store vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, Beilage 23), wovon die Sun Store bereits in Ziffer 158 enthalten ist. Die restlichen Apothekenketten werden nicht einmal namentlich aufgeführt, weshalb sie nicht berücksichtigt werden können. Sanphar legt eine Liste von 14 Apothekenketten vor (vgl. Eingabe Sanphar vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, Beilage 16); 4 dieser Ketten sind bereits in Ziffer 158 (z.T. mit einer tieferen Anzahl Verkaufsstellen) enthalten und deren 2 werden in Ziffer 154 aufgeführt. Bei den anderen Apothekenketten fehlt jeglicher Beweis für ihre Existenz sowie dafür, dass sie die fragliche Marktordnung nicht einhalten. Sie bleiben demzufolge unberücksichtigt.

160. Obwohl die Zunahme der Verkaufsstellen bei den bekannten Apothekenketten weder durch Sanphar noch den SDV belegt wird, kann zu Gunsten von Sanphar, dem SDV und dem SAV somit von folgenden Apothekenketten ausgegangen werden, die von der Marktordnung Sanphar abweichen:

- Parfumerie-ParaSanté-Pharmacie Sun Store [36 Verkaufsstellen in den Kantonen Genf, Waadt, Neuenburg, Wallis, Freiburg, Bern, Aargau];
 - Geschäftsgeheimnis: Eine Apotheke [9 Verkaufsstellen in der Westschweiz; Rabatte nur auf Listen C und D];
 - Sanovit/Manor-Drogerien-Gruppe [12 Verkaufsstellen in den Kantonen Basel, Waadt, Zürich, Schaffhausen, Wallis, Solothurn; Rabatte nur auf Liste D];
 - EPA-Apotheke [3 Verkaufsstelle in Basel, St. Gallen und Baden];
 - Estorel-Drogerien-Gruppe [15 Verkaufsstellen in den Kantonen Aargau, Bern, Solothurn, Zürich, Graubünden, St. Gallen, Thurgau, Wallis, Zug];
 - Les Pharmacies Populaires Lausanne [5 Verkaufsstellen in Lausanne].
-

161. Zu Gunsten von Sanphar, dem SDV und dem SAV wird überdies angenommen, dass es sich bei den zusätzlichen Verkaufsstellen nicht um Neueröffnungen handelt, womit die Gesamtanzahl von ca. 2'520 Verkaufsstellen in der Schweiz (ca. 1'650 Apotheken und ca. 870 Drogerien) unverändert bleibt. Damit ergibt sich eine Zahl von 80 Verkaufsstellen, die Rabatte gewähren. Dies entspricht einem Prozentsatz von (gerundet) 3,2% des Fachhandels.

162. Werden die Lage dieser Verkaufsstellen (oft an umsatzstarken Orten wie Bahnhöfen und Einkaufszentren) und die Rabattaktionen von Drogerieverbänden (Aktion "Stärneföifi" des SDV auf 8 BAG-registrierten Produkten und weitere Aktionen von drei kantonalen Drogerieverbänden auf Medikamenten der Liste D) sowie Treuebons von Apotheken und Drogerien (wie z.B. Pro-Bons oder Luba-Bons; vgl. Eingabe SDV vom 19. Mai 2000, Ordner VIII, act. 34, S. 2) berücksichtigt, könnte der Prozentsatz - im besten Fall - verdoppelt werden. Jedoch kann auch bei einem noch höheren Anteil von beispielsweise 10% rabattgewährender Verkaufsstellen nicht von einem funktionierenden Innenwettbewerb gesprochen werden, der das Verhalten der an der Abrede beteiligten Fachhändler disziplinieren kann. Dies belegt auch das Beispiel der westschweizer Apothekerinnen und Apotheker, das vom SAV im Zusammenhang mit dem aktuellen Innenwettbewerb geltend gemacht wird (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 20). So führt die Preis- beziehungsweise Rabattpolitik der Apothekenketten gerade nicht dazu, dass die übrigen Apotheken von der Margen- und Rabattordnung abweichen. Vielmehr versuchen sie, über vermehrte Kundenberatung zu reagieren.

163. Das Begehren des SAV, Frau A.-M. Bollier, Mitglied der EAK, als Zeugin einzuvernehmen (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 22), ist unbehelflich. Ihre Angaben zum Medikament Invirase[®] von Roche würde einzig belegen, dass die Apotheker bei einem Medikament auf ihre Marge verzichten. Von einer massgebenden Auswirkung auf den Wettbewerb kann jedoch keinesfalls ausgegangen werden.

164. Andere Fachhändler gewähren Rabatte an Familienmitglieder, Freunde, Angestellte und deren Angehörige, Medizinalpersonen, sehr treue Stammkunden und Grosskunden auf Anfrage (vgl. Antworten der Apotheken auf Frage 11 und 14 des Fragebogens und Antworten der Drogerien auf Frage 9 des Fragebogens, Ordner VII, act. 59). Hier kann jedoch nicht von einer generellen, wettbewerbsorientierten Abweichung von der Margenordnung (und damit einhergehend vom Publikumshöchstpreis) gesprochen werden, weshalb diese Art von Rabattgewährung nicht berücksichtigt werden kann.

165. Es bestehen auch hier keine Anzeichen, dass sich dies in nächster Zeit ändern wird, so dass auch nicht von einem Vorhandensein potenziellen Innenwettbewerbs ausgegangen werden kann.

166. Es besteht somit kein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

167. In Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite ist festzuhalten, dass die Patienten erstens aufgrund der mangelnden Information über den Markt und zweitens aufgrund der atomistischen Struktur ihrer Marktseite kaum Druck auf die an der Abrede beteiligten Fachhändler ausüben und somit deren Verhalten ändern können. Der SAV (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 11, und Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 14 f., 65) sowie Sanphar (vgl. Eingabe vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 37, S. 20 f.) und Pharma Forum (vgl. Eingabe vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act. 26, S. 12) sind jedoch der Ansicht, dass die Krankenkassen gegenwärtig erstarren und deshalb genügend grossen Druck auf die Fachhändler ausüben könnten.

a) Diese Argumentation steht einmal im Widerspruch zur Argumentation von Sanphar betreffend des fehlenden Anreizes, Rabatte zu gewähren, da diese aufgrund der Weitergabepflicht von Artikel 56 KVG ohnehin nur den Krankenkassen zugute kämen (vgl. Ziff. 45e und 64). Wäre es tatsächlich so, dass die Krankenkassen Nachfragemacht ausüben könnten (vgl. unten d/bb), beständen für den Fachhandel nicht nur "Anreize", Rabatte zu gewähren; er wäre aufgrund der Stärke der Krankenkassen vielmehr gezwungen, den Krankenkassen grössere Rabatte einzuräumen.

b) Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen als starke Marktgegenseite ohnehin nur im Bereich der SL-Medikamente eine Rolle spielen können, da nur diese Medikamente - sofern sie ärztlich verschrieben sind - von den Krankenkassen vergütet werden.

c) Auch der zwischen dem SAV und dem KSK am 14. Januar 2000 abgeschlossene Übergangsvertrag, mit welchem der per 1999 gekündigte Grundvertrag (vgl. Eingabe vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, Beilage 1) mit Anpassungen bis 31. Dezember 2000 verlängert wird (vgl. Eingabe SAV vom 22. Mai 2000, Ordner VIII, act. 38, S. 11, 14 f., 55, 65), vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern. Zwar haben die Krankenkassen darin gegenüber den Apothekern einen 3%-igen "Kostenstabilisierungsbeitrag" durchsetzen können, was eine Verringerung der Bruttomarge eines Apothekers um 9% bis 10% bewirken soll. Diese Verringerung wirkt sich indessen lediglich horizontal, gleichermassen für alle Apotheken aus, womit keine Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den Fachhändlern bewirkt wird.

d) Schliesslich zeigt die Marktanalyse, dass die Abrede auf Fachhandelsstufe sich als derart stabil erwiesen hat, dass die Krankenkassen selbst zur Kartellbildung haben greifen müssen, um die Wirkungen des Preiskartells zu dämpfen (vgl. oben Bst. c). Von einer Aufbrechung des Kartells und der Beseitigung der Wettbewerbsbehinderung kann al-

lerdings - infolge fehlender Nachfragemacht (unten bb) - keine Rede sein. Diesbezüglich ist ein Zweifaches anzumerken:

aa) Zunächst ist als grundsätzliche Bemerkung vorzubringen, dass eine derartige Marktsituation zwischen dem untereinander organisierten Fachhandel auf der einen Seite und den ebenfalls untereinander verbundenen Krankenversicherern auf der anderen Seite - ähnlich wie beim Vorliegen eines bilateralen Monopols - in aller Regel volkswirtschaftlich schädlich ist (vgl. DOBSON Paul/WATERSON Michael/CHU Alex, The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power, in: Research paper 16, September 1998, hrsg. vom Office of Fair Trading, London, Ziff. 5.13., S. 21).

bb) Alsdann zeigen die Ergebnisse der Vereinbarungen zwischen dem SAV und dem KSK für den vorliegenden Fall, dass offenbar die einzelnen Krankenversicherer nicht genügend Nachfragemacht besitzen, um zusätzlich zu dem linear vereinbarten Kostenstabilisierungsbeitrag weitere Rabatte zu erwirken. Dass diese daran indes ein Interesse hätten, und zwar unabhängig davon, ob allfällige Rabatte an die Versicherten (Patienten) weitergegeben werden (müssten), liegt auf der Hand: Die Krankenversicherer könnten entweder ihre Gewinnmarge erhöhen oder - falls die Rabatte weitergegeben würden - sich etwa durch tiefere Prämien profilieren und sich dadurch auf dem Krankenversicherungsmarkt potenziellen Versicherten empfehlen.

C.2.3.3 Ergebnis

168. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist in beiden Fällen nicht widerlegt. Die Wettbewerbsabreden betreffend SD-Ärzte sowie hinsichtlich Fachhandel (Apotheken und Drogerien), womit die Margen und die Verkaufspreise der Medikamente festgelegt werden, beseitigt den wirksamen Wettbewerb. Sie sind nach Artikel 5 Absatz 1 und Absatz 3 Buchstabe a KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden.

169. Unter diesen Umständen braucht eine allfällige Rechtfertigung nach Artikel 5 Absatz 2 KG nicht geprüft werden, denn Abreden, die wirksamen Wettbewerb beseitigen, können nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 260).

C.3 Beurteilung der Wettbewerbsabrede über die SAV-Normen

170. Die Normen des SAV werden in der "Information über Sanphar" (Ausgabe 1998, S. 15) als unverbindliche Kalkulationshilfen bezeichnet. Die Wettbewerbskommission hat mit Beschluss vom 4. Mai 1998 in ihrer Bekanntmachung die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen definiert (BBI 1998 IV 3936, RPW 1998/2, S. 351 ff.).

[...] Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen lassen sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn

- a) sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge oder andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten vorgeben oder vorschlagen oder*
- b) sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen oder*
- c) sie den Beteiligten in anderer Form Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben können.
[...]*

171. Die Normen des SAV erfüllen die Voraussetzungen der oben erwähnten Bekanntmachung (Bst. a und b) nicht und lassen sich deshalb auch nicht rechtfertigen.

172. Wie die Marktbeobachtungen jedoch ergeben haben und die Parteien in ihren Eingaben zutreffend erwähnen (vgl. Eingabe SAV vom 30. November 1998, ohne Klassierung, act. 9, S. 36 f., 130 f.), haben die Normen des SAV heute an Bedeutung verloren. Aufgrund verbesserter betriebswirtschaftlicher Kenntnisse der Fachhändler werden die in den 30er Jahren entwickelten Berechnungshilfen zurzeit kaum mehr angewendet. Vorliegend erübrigt sich deshalb trotz Vorliegen einer formellen Abrede (vgl. Kapitel C.3) eine vertiefte kartellrechtliche Überprüfung.

173. Die Untersuchung über die Normen des Schweizerischen Apotheker-Vereins (SAV-Normen) wird deshalb eingestellt.

C.4 Beurteilung der Wettbewerbsabrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar

174. Die Wettbewerbsabrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar besteht darin, dass ein Händler das Recht auf Medikamentenbezug zu Grossistenkonditionen nur erhält, wenn er die von Sanphar festgelegten Rahmenbedingungen für Grossisten erfüllt. Aus kartellrechtlicher Sicht werden bezüglich der Rahmenbedingungen die Bestimmungen über Sortimentsbreite und Grösse des Kundenkreises überprüft (vgl. Ziff. 2.1.1. Bst. b. Reglement, Anhang 2 und Ziff. 34 f.). Nur wenn die Grossisten diese Rahmenbedingungen erfüllen, kommen sie in den Genuss von günstigen Einkaufskonditionen. Es handelt sich damit nicht um eine mit Bussen sanktionierbare Bestimmung der Sanphar (wie von der Sanphar in ihrer Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 56, betont wurde), sondern vielmehr um

eine Verpflichtung, deren Einhaltung die an der Abrede beteiligten Hersteller und Importeure überwachen und gegebenenfalls mit schlechteren Konditionen sanktionieren. Diese schlechteren Konditionen entsprechen denjenigen der übrigen Grosshändler, welche die erwähnten Rahmenbedingungen nicht erfüllen und die zu den gleichen Konditionen wie Fachhändler oder überhaupt nicht beliefert werden (vgl. Eingabe Apotheke "Zur Rose" AG vom 1. November 1999, Ordner VII, act. 20 [im Besonderen: Beilage 9, Schreiben der Sanphar vom 16. September 1999 an die Mitglieder von Sanphar]; vgl. Ziff. 13). Der Beweisantrag von Sanphar, wonach Hersteller zu befragen seien, ob sie die Aussenseiter-Grossisten zu schlechteren Konditionen beliefern, erübrigt sich gestützt auf die Ausführungen in Ziffer 13, umso mehr als Sanphar dies auf Seite 30 ihrer Eingabe selbst einräumt (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 41 f.).

175. Die Abrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar dient unter anderem auch dazu, die Stabilität der Abreden über die Margenordnung zu erhöhen: Die Abreden bilden zusammen ein Netzwerk von Bestimmungen, die sich gegenseitig bedingen und stabilisieren (vgl. auch Ziff. 2.1.2. Reglement über Massnahmen zur "Verhinderung der Margenerosion").

C.4.1 Der relevante Markt

C.4.1.1 Der sachlich relevante Markt

176. Die Überlegungen, die im Zusammenhang mit dem sachlich relevanten Markt der Wettbewerbsabrede auf Grossistenstufe bei der Margenordnung angestellt wurden (Kapitel C.2.2.1.a), gelten sinngemäss auch für die Abrede über die Grossistenbedingungen. Die Marktgegenseite der Grossisten sind die Fachhändler und SD-Ärzte. Deren Nachfrage wird letztlich von den Bedürfnissen des Patienten bestimmt. Aus Sicht des Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Eine mögliche Eingrenzung des sachlich relevanten Marktes auf Teilmärkte (Therapiegruppen etc.) ist jedoch vorliegend nicht notwendig, weil die Auswirkungen der Abrede für den gesamten Markt dieselben und branchenumfassend sind.

177. Der sachlich relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der durch Grossisten verkauften Medikamente.

C.4.1.2 Der räumlich relevante Markt

178. Die regionale Ausbreitung der Sanphar-Grossisten erstreckt sich auf die ganze Schweiz. Nur Voigt AG beliefert ausschliesslich die Deutschschweiz (vgl. Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 105, Frage 7; Eingabe Voigt vom 9. Juli 1998, Ordner IV, act. 104, Frage 7; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, act. 7, Frage 7; Eingabe Unione Farmaceutica SA vom 9. Juli 1998, Ordner V, act. 2, Frage 7; Eingabe Amedis vom 13. Juli 1998, Ordner V, act. 22, Frage 7). Es bliebe eventuell zu prüfen, ob der räumlich relevante Markt lokal

abzugrenzen sei. Tatsächlich hat aber die Margenordnung ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer die gleichen Auswirkungen. Aus diesem Grund kann für die Zwecke des vorliegenden Falles auf eine lokale Marktabgrenzung verzichtet werden (vgl. auch Beschwerdeentscheid der REKO, RPW 1998/4, S. 673 ff., Ziff. 4). Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz abgegrenzt werden.

179. Der relevante Markt umfasst somit den Vertrieb der in der Schweiz durch Grossisten verkauften Medikamente.

C.4.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

C.4.2.1 Qualitative Kriterien

180. In Bezug auf die qualitativen Elemente ist festzuhalten, dass innerhalb der Grossistenbedingungen folgende Wettbewerbsparameter von der Sanphar bestimmt werden: Minimale Sortimentsgrösse und minimaler Kundenkreis.

181. Neben der Sortimentsbreite spielt die regionale Ausdehnung eines Grossisten für die Sanphar eine entscheidende Rolle. Der FSAL hat seiner Eingabe vom 11. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 66, Beilage 5) ein Schreiben beigelegt, in dem die damalige Réglementation (heute Sanphar) die geographische Verteilung der Kundschaft eines Antragstellers als zu eng bezeichnet, weshalb ihm der Grossistenstatus der Sanphar nicht zuerkannt wurde. Die Bestimmung zur regionalen Ausdehnung eines Grossisten bewirkt eine hohe, wettbewerbsfeindliche Marktzutrittsschranke: Für Neueintretende auf dem Markt ist es fast unmöglich, schon von Beginn an eine grosse regionale Ausdehnung des Kundenkreises aufzuweisen.

182. Die Sanphar bestätigt die hier gemachten Ausführungen in ihrer Eingabe vom 30. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 80, S. 69): "Es entspricht einem bewussten und gewollten Verhalten, dass die Grossisten durch Sanphar [...] verpflichtet werden, gewisse Bedingungen rund um ihre Dienstleistungen zu erfüllen (Sortimentsgrösse, Lieferbereitschaft etc.). Dies führt für die Grossisten zu bestimmten Kosten, die ohne die entsprechende Wettbewerbsabrede nicht entstehen würden".

183. Wie die Apotheke "Zur Rose" AG in ihrer Eingabe vom 22. Oktober 1998 (vgl. Ordner VI, act. 41, S. 3) geltend macht, verunmöglichen die Grossistenbedingungen eine Fokussierung des Grossisten auf eine der drei Kundengruppen Apotheken, Drogerien, Ärzte. Die Bedingungen seien so angelegt, dass fast das gesamte Apotheken- und Drogeriesortiment an Lager gehalten werden müsse, was eine aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvolle Beschränkung auf ein Kundensortiment und damit eine Verbilligung der Logistik im Bereich der Lagerhaltung unmöglich mache. Im Bereich des Kundensegmentes der SD-Ärzte würden zum Beispiel die Sortimentsbreite der regelmässig

verwendeten Medikamente bei einer Menge von 4'000 Produkten (Liste A und B) liegen, wogegen das Minimalsortiment gemäss den Anforderungen der Sanphar bei 10'000 Produkten liege. Dies verhindere eine Senkung der Vertriebskosten, aber auch die Bildung schlanker, rationeller und spezialisierter Vertriebskanäle, obwohl die Aufgabe der Aussenseitergrossisten die gleiche sei wie diejenige der Sanphar-Grossisten. Mit den Anforderungen an das Minimalsortiment würden die Schranken für einen Marktzutritt sehr hoch gesetzt. Die Grossistenbedingungen wirken sich somit gesamthaft innovationshemmend aus.

184. Das Marketing einer Unternehmung umfasst alle Massnahmen einer ziel- und wettbewerbsorientierten Ausrichtung der marktrelevanten Aktivitäten. Dazu gehören die Definition der zu verkaufenden Produkte und der damit verbundenen Dienstleistungen, die Kommunikationspolitik (Werbung, Verkaufsförderung, Public Relations) und die Kontrahierungspolitik (Preise, Rabatte, Lieferkonditionen). Mit den Grossistenbedingungen der Sanphar wird ein Teil dieser Marketinginstrumente zwingend vorgeschrieben. Entgegen der Meinung des VSSG (Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 7) sind die Grossisten in ihrer Marketingpolitik somit nicht vollkommen frei: Die Möglichkeit für den einzelnen Grossisten, sich gegenüber seinen Mitkonkurrenten abzugrenzen, ist limitiert. Die Abrede führt deshalb in qualitativer Hinsicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs. Eine Befragung der VSSG-Mitglieder, wie vom VSSG beantragt, erübrigt sich deshalb.

C.4.2.2 Quantitative Kriterien

185. Hinsichtlich des quantitativen Elementes bleibt zu prüfen, ob aktueller oder potenzieller Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt besteht. Diesbezüglich gelten die gleichen Ausführungen, wie sie im Zusammenhang mit der Abrede über die Margenordnung der Sanphar auf Grossistenstufe gemacht wurden (vgl. Ziff. 114 ff.). Es besteht deshalb weder aktueller noch potenzieller Aussenwettbewerb.

186. Bezüglich aktuellen und potenziellen Innenwettbewerbs kann auf Ziffer 118 ff. verwiesen werden. Weitere Abklärungen erübrigen sich, weil die Abreden über die Margenordnung und diejenige über die Grossistenbedingungen sich gegenseitig bedingen. Jene Grossisten, die die Abrede über die Margenordnung befolgen, tun dies auch bezüglich der Abrede über die Grossistenbedingungen.

187. Es besteht somit kein Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt.

188. Die Marktgegenseite kann keinen Druck auf die Grossisten ausüben. Diesbezüglich gelten ebenfalls die Ausführungen, wie sie im Zusammenhang mit der Abrede über die Margenordnung der Sanphar auf Grossistenstufe gemacht wurden (vgl. Ziff. 121).

189. Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Grossistenbedingungen der Sanphar den Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich beeinträchtigen.

C.4.3 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

190. Die Parteien machen verschiedene Rechtfertigungsgründe geltend (Eingabe VSSG vom 27. November 1998, Ordner VI, act. 76, S. 10; Eingabe Galenica vom 10. Juli 1998, ohne Klassierung, act. 7; Eingabe Uhlmann-Eyraud vom 1. Juli 1998, Ordner IV, act. 105; Eingabe Voigt vom 13. Juli 1998, Ordner IV, act. 5).

191. Als erstes wurde von den erwähnten Parteien die Sicherstellung der Versorgung der Schweiz mit Medikamenten genannt. Die Mindestbreite des Sortimentes würde dabei die Lieferung selten benötigter Medikamente ohne längere Wartezeiten und Schwierigkeiten sichern. Bei der Sicherstellung der Versorgung handelt es sich somit um ein gesundheitspolizeiliches Argument. Mit dem Begriff der "wirtschaftlichen Effizienz" wird jedoch für die Auslegung der Rechtfertigungsgründe eine klare Grenze gezogen: Eine Berufung auf ausserhalb des ökonomischen Prozesses liegende öffentliche Interessen wird ausgeschlossen. Dass die Wahrung versorgungspolitischer oder gesundheitspolizeilicher Interessen zugleich einen volkswirtschaftlich positiven Nebeneffekt entfaltet, führt entgegen der Ansicht von Sanphar (vgl. Ordner VIII, act. 37, S. 43) nicht dazu, dass damit Effizienzgründe im Sinne des Kartellgesetzes vorliegen. Die von Sanphar beantragte Expertise erübrigt sich. Falls eine solche gesundheitspolizeiliche Massnahme notwendig wäre, müssten die Bestimmungen in der kantonalen beziehungsweise der eidgenössischen Gesetzgebung festgehalten sein. Dazu kommt, dass weder die Notwendigkeit besteht, noch es verhältnismässig ist, betreffend der Sortimentsbreite und des Kundenkreises eine derartige privatrechtliche Abrede zu begründen.

192. Wie der FSAL in seiner Eingabe vom 11. November 1998 (vgl. Ordner VI, act. 66, S. 20) schreibt, ist das Erfordernis zur Bereithaltung von Notfallsortimenten kein Grund zur Haltung von überdimensionierten Sortimenten. Notfallsortimente sind zudem gebräuchlich und wirken nicht wettbewerbshemmend. Ein Vollsortiment für die Belieferung von Ärzten dürfte sinnvollerweise höchstens 4'000 Einheiten umfassen.

193. Die Sicherstellung der Qualität, die als weiteres Argument aufgeführt wurde, ist bereits durch die kantonalen Bestimmungen für den Grosshandel gewährleistet (vgl. Ziff. 76). Weiterführende privatrechtliche Bestimmungen dazu sind weder verhältnismässig noch notwendig.

194. Sanphar (Eingabe vom 30. November 1998, Ordner VI, act. 80, S. 74) und der VSSG (Eingabe vom 24. Mai 2000, Ordner VIII, act. 41, S. 6) sowie das Pharma Forum (Eingabe vom 12. Mai 2000, Ordner VIII, act.

26, S. 2, 8) vertreten die Ansicht, dass es eine Folge der durch Produkteigenschaften und Produktpreise gesteuerten Endnachfrage sei, dass die Grossisten letztlich alle vom Fachhandel nachgefragten Medikamente an Lager halten müssen. Diese Ansicht ist falsch, weil die Grossisten ohne die Grossistenbedingungen vielmehr nur einen Teil der Medikamente an Lager halten müssten. So könnten zum Beispiel Drogerien-Grossisten, Ärzte-Grossisten, Discount-Grossisten etc. auf dem Markt bestehen, wobei der Fachhandel seine Nachfrage dann über den jeweils geeigneten Grossisten abdecken würde.

195. Die Grossistenbedingungen der Sanphar haben keinen Rationalisierungseffekt im Sinne einer Senkung der Vertriebskosten. Durch die Verpflichtung zum Vollsortiment werden im Gegenteil Vertriebskooperationen (z.B. Austausch von Teilsortimenten unter den Grossisten) ausgeschlossen oder eine Spezialisierung auf einzelne Kundensegmente verhindert und damit die Vertriebskosten wahrscheinlich noch erhöht. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, inwiefern die Grossistenbedingungen für die Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren oder für die rationelle Nutzung von Ressourcen notwendig sein könnten.

196. Im Übrigen existieren keine Gründe, die eine derartige Beschränkung der Marketingpolitik der Grossisten aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten rechtfertigen könnten.

C.4.4 Ergebnis

197. Die Wettbewerbsabrede über die Grossistenbedingungen der Sanphar, worin Kriterien zur Sortimentsbreite und zum Kundenkreis festgelegt werden, ist gestützt auf die oben stehenden Erwägungen unzulässig im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG und darf nicht mehr praktiziert werden.

D. Kosten

198. Gemäss der am 1. April 1998 in Kraft getretenen Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall:

- der Verein Sanphar,
 - dessen Einzel- und Kollektivmitglieder, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung und der Grossistenbedingungen selber anwenden oder deren Anwendung fördern, sowie
 - alle Unternehmen, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung und der Grossistenbedingungen anwenden.
-

199. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.--. Diese Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

a) Unter wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes ist die volkswirtschaftliche Bedeutung zu verstehen. Diese ergibt sich einerseits aus der (volkswirtschaftlichen) Bedeutung des Marktes, der durch den in Frage stehenden Sachverhalt betroffen ist, und andererseits aus den Auswirkungen, die der untersuchte Sachverhalt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt zeitigt (vgl. RPW 1998/2, S. 319, Rz. 175). Bezüglich der Bedeutung des Marktes wird auf das Gesamtmarktvolumen abgestellt. Bezüglich der Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse ist massgebend, ob der wirksame Wettbewerb beseitigt beziehungsweise erheblich beeinträchtigt wird oder nicht. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission wird die Gebühr bei besonders grossem Marktvolumen und einer erheblichen Beeinträchtigung beziehungsweise Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs um 50% erhöht.

b) Im vorliegenden Fall ist die Beseitigung beziehungsweise erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs durch vier zusammenwirkende Abreden, wovon drei den wichtigen Preiswettbewerb betreffen und eine den Zugang zum Markt beschränkt, nachgewiesen worden. Der Umsatz auf dem von den untersuchten Abreden betroffenen Pharmamarkt Schweiz betrug im Jahre 1998 CHF 4'446'000'000.-- (vgl. www.interpharma.ch; vgl. Ordner VIII, act. 43). Die ausgewiesene Zeit des Sekretariats und der Wettbewerbskommission von [...] Stunden führt zu einer Grundgebühr von CHF [...], die auf CHF [...] gerundet wird. Diese Grundgebühr wird alsdann um [...] % auf CHF [...] erhöht.

200. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...].

201. Die angefallenen Kosten von insgesamt CHF [...] werden dem Verein Sanphar, dessen Einzel- und Kollektivmitgliedern sowie den Unternehmen, die auf einer der Vertriebsstufen im Arzneimittelmarkt die für unzulässig erklärten Bestimmungen der Rabatt- und Margenordnung oder der Grossistenbedingungen anwenden, je zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt. Die solidarische Haftung der Parteien wird damit begründet, dass im vorliegenden Verfahren die kostenpflichtigen Parteien in einer Rechtsgemeinschaft stehen beziehungsweise sich aus den gleichen - kartellrechtlich für unzulässig erklärten - Rechtsgeschäften verpflichtet haben, so dass für sie nur im gleichen Sinne entschieden werden kann (BGE 121 III 491; vgl. ferner

MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N 1 ff. zu Art. 13 VRPG). Diese (notwendige) Streitgenossenschaft wird denn auch von den Parteien dokumentiert, indem sie ihre Stellungnahmen durch zahlreiche Verweise aufeinander abstimmen, etwa in Bezug auf Rechtsbegehren, auf tatsächliche und rechtliche Ausführungen (vgl. Ordner VIII, act. 41, S. 3). Im Übrigen ergibt sich die solidarische Haftung von Kartellmitgliedern auch aus einer analogen Anwendung von Artikel 7 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041), wonach mehrere Parteien ihre gemeinsamen Verfahrenskosten zu gleichen Teilen tragen und dafür solidarisch haften, soweit nichts anderes verfügt wird.

E. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und auf die Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Folgende in der Margen- und Rabattordnung des Vereins "Sanphar" enthaltenen Bestimmungen sind nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden:
 - a) Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel, wonach die Hersteller von Arzneimitteln den Grossisten gegenüber Rabatte ausschliesslich in einer Bandbreite von +/- 2 Prozentpunkten vom Fachhandels-einstandspreis gewähren.
 - b) Ziffer 2.3. von Anhang 2 zum Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel, wonach die Grossisten bei Lieferungen von Arzneimitteln nachgelagerten Stufen keine Rabatte gewähren dürfen, die grösser als die Sanphar-Grossistenmarge sind.
 - c) Ziffer 2.1.1. Buchstabe a Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel, wonach für die Fachhändler und für die SD-Ärzte die in Anhang 1 des Reglements festgelegten Margen gelten.
 2. Folgende Grossistenbedingungen des Vereins "Sanphar" gemäss Ziffer 2.1.1. Buchstabe b Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel in Verbindung mit Anhang 2 sowie den Erläuterungen zum Reglement sind nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden:
 - a) Ziffer 2.1. von Anhang 2 betreffend das Halten des Lagersortiments.
 - b) Ziffer 2.2. von Anhang 2 betreffend das Beliefern des Kundenkreises.
-

3. Es wird dem Verein "Sanphar" und seinen Mitgliedern untersagt, Unterlagen über die Margen- und Rabattordnungen im Sinne von Ziffer 1 sowie über die Grossistenbedingungen im Sinne von Ziffer 2 des Dispositivs an ihre Mitglieder oder an Dritte abzugeben.
4. Der Verein "Sanphar" wird verpflichtet, seinen Vereinsmitgliedern sowie deren Mitgliedern innerhalb eines Monats nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung das vorliegende Dispositiv zuzustellen. Er hat dem Sekretariat der Wettbewerbskommission den Vollzug dieser Anordnung umgehend zu belegen.
5. Die Untersuchung über die Normen des Schweizerischen Apotheker-Vereins (SAV-Normen) wird eingestellt.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG geahndet werden.
7. [Kosten]
8. [Rechtsmittelbelehrung]
9. [Eröffnung]

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. Usego Hofer Curti AG – Groupe Magro SA

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

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

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

Die Usego Hofer Curti AG (nachfolgend UHC), eine Tochtergesellschaft der börsenkotierten Bon appétit Group AG, erwarb in der Vergangenheit von der Groupe Magro SA vinkulierte Namenaktien und wurde - in Übereinstimmung mit den statutarischen Bestimmungen der Groupe Magro SA - für diese Aktien als Aktionärin im Aktienregister eingetragen. Damit hielt die UHC 5% der Stimmen und 10,04% des Aktienkapitals. In der Folge erwarb die UHC kontinuierlich weitere vinkulierte Namenaktien von der Groupe Magro SA, welche insgesamt 73,65% der Stimmrechte und 43,66% des Kapitals der Groupe Magro SA entsprachen. Wegen der statutarischen Eintragungsbeschränkung von 5% (Prozentklausel) wurde die UHC für diese weiteren Aktien jedoch zunächst nicht als Aktionärin im Aktienregister eingetragen.

Durch den Beschluss der Generalversammlung der Groupe Magro SA wurde im Juni 2000 die statutarische 5%-Beschränkung aufgehoben. Vorbehältlich der Zustimmung des Verwaltungsrates wird sich die UHC

somit als stimmberechtigte Aktionärin von insgesamt 78,65% der Stimmen und 53,70% des Aktienkapitals im Aktienregister eintragen lassen.

Die UHC hatte dem Sekretariat der Wettbewerbskommission bereits im Frühjahr 2000 mitgeteilt, dass sie Aktienkäufe der Groupe Magro SA tätige und - im Falle der Aufhebung der statutarischen Prozentklausel - die Kontrolle über die Groupe Magro SA erlangen werde. Das Sekretariat hat der UHC im Rahmen dieser Informationen bekanntgegeben, dass im Falle der Aufhebung der Eintragungsbeschränkung ein meldepflichtiger Tatbestand im Sinne der kartellgesetzlichen Fusionskontrolle entstehen würde. Die entsprechende Meldung ist per 12. Juli 2000 beim Sekretariat eingegangen und war Gegenstand einer vorläufigen Prüfung.

Die UHC und ihre Tochtergesellschaften sind in den Bereichen Detailhandel und Logistik tätig und erbringen zudem gewisse Serviceleistungen für andere Gruppengesellschaften (für weitergehende Ausführungen zur Geschäftstätigkeit der Bon appétit Group AG und der UHC vgl. die Berichte über weitere Zusammenschlussvorhaben in RPW 1998/2, S. 247, SSG/Curti; RPW 1999/3, S. 478, Bon appétit Holding AG/UHC und RPW 2000/2, Bon appétit Gastronomie AG/Bell Gastro).

Die Groupe Magro SA bezweckt in den Kantonen Waadt, Wallis, Jura und Neuenburg den Kauf, Verkauf, Import, Export und die Herstellung von Produkten für den Gross- und Detailhandel.

Der Kontrollerwerb betrifft den Detail- und Belieferungsgrosshandel, dies insbesondere in der Westschweiz. Das Zusammenschlussvorhaben führt indessen zu keiner wesentlichen Kumulation von Marktanteilen. Im konkreten Fall bestehen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, die vom Zusammenschluss berührt werden.

Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	2. TA Media AG - Verlag Finanz und Wirtschaft AG
-------	---

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

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

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

L'opération, dont la notification est parvenue au secrétariat de la Commission de la concurrence le 27 janvier 2000, vise le rachat de 70% du capital-actions de la société Verlag Finanz und Wirtschaft AG (ci-après Finanz und Wirtschaft), à Zurich, par la société TA Media AG (ci-après TA Media), à Zurich. A la suite de l'opération, TA Media, qui détient déjà une part de 30% de Finanz und Wirtschaft, deviendra ainsi son unique actionnaire.

La société TA Media est active dans le domaine des médias en tout genre (journaux quotidiens, magazines, radio et télévision privées etc.) et exerce diverses activités liées à ces médias. Dans le domaine de la presse écrite, elle est notamment éditrice de plusieurs journaux ou magazines correspondant à un large spectre de lecteurs (Tages-Anzeiger, Das Magazin, SonntagsZeitung, ZürichExpress, Facts, Spick, Schweizer Familie, du, annabelle/création, TV-Täglich). Elle détient par ailleurs 30% du capital de Finanz und Wirtschaft.

La société Finanz und Wirtschaft est éditrice du journal bihebdomadaire du même nom. Elle exerce par ailleurs, de manière marginale, d'autres activités, notamment en tant qu'éditrice du "Schweizer Aktienführer" et des magazines "Invest". Ses activités sont concentrées sur le domaine de l'information économique et financière.

En reprenant le contrôle de Finanz und Wirtschaft, TA Media souhaite se positionner à moyen et long terme sur le marché, très porteur, des informations économiques et financières, dont elle est actuellement absente.

Le marché de référence peut être défini comme étant celui de la presse écrite à contenu économique et financier publiée en Suisse alémanique. En définissant ce marché de manière étroite (voir Axel Springer Verlag AG/Handelszeitung und Finanzrundschau AG; DPC 1999/1, p. 177 ss.), Finanz und Wirtschaft fait face à deux concurrents majeurs: la "Handelszeitung" et "Cash". Sur le marché ainsi défini, le journal atteint des parts de marché qui excèdent légèrement les 30%. Il est toutefois utile de noter que les publications "Neue Zürcher Zeitung" et "Bilanz" pourraient également être considérées comme des concurrents de Finanz und Wirtschaft. Une définition du marché incluant ces deux publications réduirait encore les parts de marché de Finanz und Wirtschaft.

La question d'une délimitation définitive du marché de référence peut cependant rester ouverte. En effet, l'opération de concentration ne

conduit à aucune addition de parts de marché, puisque TA Media est totalement absente du marché de référence, quelle que soit la définition de ce dernier. L'opération de concentration n'est par conséquent pas en mesure de créer ou de renforcer une position dominante de TA Media.

Sur la base de ces considérations, la Commission de la concurrence a estimé, le 7 février 2000, que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi de l'opération de concentration TA Media/Finanz und Wirtschaft n'étaient pas remplies.

B 2.3	3. TUI/KUONI
-------	---------------------

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

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

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

A. Sachverhalt

1. Am 8. Mai 2000 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben TUI/KUONI ein. Demnach ist geplant, dass sich Kuoni Reisen Holding AG, Zürich ("Kuoni"), mit 49% am Aktienkapital von TUI (Suisse) AG, Zürich ("TS"), beteiligt.

2. **TS** wird heute zu 100% durch TUI Group GmbH, Hannover, Deutschland ("TUI"), kontrolliert. TS hält als reine Holdinggesellschaft 98,4% der ausstehenden Aktien an der ITV (Imholz-TUI-Vögele) Reisen AG, Zürich ("ITV").

3. **TUI** ist eine GmbH nach deutschem Recht. Bis vor kurzem war sie unter dem Namen HAPAG Touristik Union GmbH bekannt. Sie wird zu 100% von der Hapag-Lloyd AG, Hamburg/Bremen, kontrolliert, an der die Preussag AG 99,58% der Aktien besitzt. TUI ist ein führendes europäisches Reiseunternehmen mit Gesellschaften in 26 Ländern. TUI besitzt eine eigene Flugzeugflotte und verschiedene Hotelketten.

4. **ITV** ist wie TUI und Kuoni im Touristikgeschäft tätig. Im Hinblick auf die vorliegende Transaktion wurde die Imholz Vertriebs AG, Zürich ("IVG"), mit der ITV durch Absorption fusioniert. ITV ist somit als Reiseveranstalter tätig und betreibt auch eigene Reisebüros (Vertrieb).

5. **Kuoni**, eine schweizerische Publikumsgesellschaft mit zahlreichen Tochtergesellschaften, ist im In- und Ausland im Bereich Reiseveranstaltung und Vertrieb von Reisearrangements tätig. Neben den unter der Marke Kuoni vertriebenen Reiseangeboten stehen auch weitere Marken wie Manta Reisen, Popularis, Privat Safaris oder Railtour unter Mehrheitskontrolle von Kuoni. Kuoni verfügt zudem über eine Mehrheitsbeteiligung an der Charterfluggesellschaft Edelweiss Air.

6. TUI und Kuoni behinderten sich seit November 1997 auf dem Schweizer Reisemarkt gegenseitig und gaben die in der Reisebranche sonst übliche gegenseitige vertikale Kooperation von Reiseveranstaltern und Vertrieb vollständig auf (Vertriebsboykott). Insbesondere ITV und IVG aber auch Kuoni verzeichneten durch diesen Boykott erhebliche Umsatz- und Ertragsrückgänge. Mittels einer Grundsatzvereinbarung vom 4. Juni 1999 kamen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen überein, fortan auf diesen Boykott zu verzichten. Zudem wurde optional vorgesehen, dass sich Kuoni mit 49% an ITV beteiligen kann. Diese Beteiligung wurde schliesslich mit dem Beteiligungsvertrag vom 13. März 2000 zwischen den Parteien vereinbart und ist Gegenstand der vorliegenden vorläufigen Prüfung.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 1 KG).

B.1.1.a Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.1.b Unternehmenszusammenschluss

9. Die Zusammenarbeit zwischen den TS-Aktionären TUI und Kuoni wird in einem Aktionärbindungsvertrag geregelt. Dieser sieht vor, dass wichtige Verwaltungsratsbeschlüsse (Strategie, grössere Investitionen, Aufgabe bisheriger bzw. Aufnahme neuer Tätigkeiten, personelle Besetzung der Geschäftsleitung und Abschluss strategisch bedeutender Verträge) Einstimmigkeit der von TUI und Kuoni ernannten Verwaltungsräte erfordern. Aus diesen Gründen kann von einer gemeinsamen Kontrolle gemäss Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("VKU") ausgegangen werden.

10. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bringen in der Meldung vor, dass die Mitwirkungsrechte von Kuoni beschränkt seien. So besagt der Aktionärbindungsvertrag, dass Kuoni - bei dauerhafter Unstimmigkeit im Verwaltungsrat der TS - nur die Möglichkeit hat, TUI zuzustimmen oder den eigenen Anteil an TS zu einem ebenfalls im Vertrag festgelegten Preis an TUI zu verkaufen.

11. Gemäss den Ausführungen in der Meldung und den Bestimmungen im Aktionärbindungsvertrag wird die zukünftige Tätigkeit von TS gemeinsam von TUI und Kuoni bestimmt werden. Davon wird nur ab-

gewichen, wenn TUI und Kuoni dauerhaft keine Einigung finden können. Ein Abweichen ist zudem nur nach einem mehrstufigen Streitschlichtungsverfahren möglich und ist somit nur als ultima ratio anzusehen. In diesem Fall bestehen bestimmte Ausstiegsklauseln für Kuoni, und das Gemeinschaftsunternehmen würde de facto aufgelöst. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass die Kontrolle über TS gemeinsam von TUI und Kuoni ausgeübt wird und das Vorhaben eine dauerhafte Strukturveränderung nach sich ziehen wird. Es handelt sich daher um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG und Artikel 1 und 2 VKU.

B.1.2 Meldepflicht

12. Die gemeldeten Umsätze aller beteiligten Unternehmen überschreiten die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung

B.2.1 Relevante Märkte

B.2.1.a Sachlich relevante Märkte

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

14. Die beteiligten Unternehmen sind im Reisemarkt tätig, welcher in der Regel in einen Veranstaltermarkt (Tour Operating) und einen Vertriebsmarkt unterteilt wird. Dabei werden Reisen innerhalb der Schweiz und Reisen von der Schweiz ins Ausland berücksichtigt.

Veranstaltermarkt

15. Aus der Sicht der Marktgegenseite - den Konsumenten beziehungsweise den Reisevertriebsunternehmen (Reisebüros) - sind alle Leistungen substituierbar, welche ein dem gewünschten Reiseziel entsprechendes Angebot von Transportmittel (insbesondere Zug, Flugzeug, Schiff, Mietauto), Unterkunft (insbesondere Hotel, Ferienwohnung) und Leistungen vor Ort (insbesondere Reiseleitung, Ausflüge, Eintritte) beinhalten. Häufig werden die Leistungen im Paket (Pauschalarrangement) nachgefragt und von den Veranstaltern auch angeboten.

16. Die Bedürfnisse und die Nachfrage der Konsumenten variieren dabei stark, so dass der Veranstaltermarkt in verschiedene Teilmärkte (z.B. Städtereisen, Badeferien oder Safari) unterteilt werden könnte. Ebenso bieten die Reiseveranstalter verschiedene Produkte an, welche häufig auch unter verschiedenen Markennamen bekannt sind. Allerdings wird vorliegend die Marktgegenseite in ihrer Gesamtheit be-

trachtet, und es ist deshalb sinnvoll, den Veranstaltermarkt als Ganzes der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zu Grunde zu legen.

17. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bringen in der Meldung vor, dass auch so genannte Direktgeschäfte (vgl. nachstehende Erläuterungen) dem relevanten Markt zuzuordnen sind. Die Konsumenten sind demnach nicht zwingend auf Pauschalarrangements oder andere Leistungen von Reiseveranstaltern angewiesen. Sie können ihre Ferienreisen auch selber organisieren. Dank der immer grös-

seren Verbreitung des Internets wird es zunehmend einfacher, sich selber über Transportmittel (Fahr- und Flugpläne, Preise) und Angebote im gewünschten Ferienzeil (Unterkünfte, Veranstaltungen) zu informieren und entsprechende Leistungen auch gleich zu bestellen. Gemäss einer Studie der Elvia Versicherung ("Reiseversicherungen", jährlich durchgeführt im Auftrag der Elvia durch LINK Institut für Markt- und Sozialforschung, Luzern, März 1999) werden rund 45% der Ferienreisen selber organisiert (Direktgeschäfte). Für diese Reisen werden keine Leistungen der Reiseveranstalter in Anspruch genommen. Nur gerade 30% der befragten Personen geben an, dass sie ihre Ferienreisen im Reisebüro buchen. Weiter genannt wurden "mal da, mal dort" (17%), Bahnschalter (5%), "anderswo" (2%) und Telefondirektverkauf (1%).

18. Der in der Meldung vorgeschlagenen Marktabgrenzung kann nicht gefolgt werden. Das Direktgeschäft unterscheidet sich bezüglich Eigenschaften von den Leistungen der Reiseveranstalter, stellt kein (perfektes) Substitut dar und ist insofern nicht demselben relevanten Markt zuzuordnen.

19. Direktgeschäfte können aber durchaus einen Einfluss auf das Verhalten der Reiseveranstalter haben. Die Auswirkungen des Direktgeschäfts auf das Verhalten von Reiseveranstaltern wird weiter unten in Kapitel B.2.2.a "Veranstaltermarkt" dargestellt.

20. Für die Zwecke dieser vorläufigen Prüfung wird somit von einem sachlich relevanten Markt ausgegangen, welcher die Veranstaltung von Reisen beinhaltet.

Vertriebsmarkt

21. Der Vertriebs- oder Retailmarkt setzt sich aus dem Verkauf von Reisepaketen der Reiseveranstalter, sowie dem Verkauf von Flugtickets und Fahrkarten weiterer Leistungsträger zusammen. Der Verkauf der Leistungen der Veranstalter erfolgt traditionell über eigene Vertriebsstätten, die Verkaufsstellen anderer Touroperators sowie unabhängige Reisebüros.

22. Neben der traditionellen Vertriebsmethode kommt dem so genannten Direktverkauf via Internet, Teletext und Telefon eine steigende Bedeutung zu.

23. Diese Leistungen sind aus der Sicht der Marktgegenseite substituierbar und damit demselben relevanten Markt zuzuordnen.

B.2.1.b Räumlich relevante Märkte

24. 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 Bst. b VKU).

25. Bei beiden oben definierten sachlich relevanten Märkten besteht kein Grund zur Annahme, dass eine Aufteilung der Schweiz in engere, regionale Märkte sachlich gerechtfertigt wäre. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Wettbewerbsbedingungen in der Schweiz überall ungefähr gleich sind.

26. Festzuhalten ist jedoch, dass die wachsende Bedeutung des Internets dazu führen könnte, dass zukünftig sogar über die Schweiz hinausgehende räumlich relevante Märkte abgegrenzt werden müssten.

27. Für diese vorläufige Prüfung wird von räumlich relevanten Märkten (Veranstalter- und Vertriebsmarkt) ausgegangen, welche die Schweiz umfassen.

B.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

28. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, 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 (diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

29. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben folgende Angaben zu Marktvolumen und Marktanteilen¹ gemacht:

Veranstaltermarkt in CHF Mio.

30. [Tabelle mit Umsatzzahlen]

31. Aufgrund dieser Zahlen hätte der gemeinsame Marktanteil von TUI und Kuoni im Jahr 1997 rund [48-58%], im Jahr 1998 rund [42-52%] und im Jahr 1999 gut [39-49%] betragen.

¹ Die Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zu den Umsätzen der Konkurrenten stützen sich unter anderem auf die im Travel Inside vom 9. März 2000 publizierten Zahlen und Schätzungen. Die Angaben wurden von den befragten Konkurrenten (Hotelplan, FTI, SSR) in ihrer Grössenordnung bestätigt.

32. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass der Veranstaltermarkt in der Schweiz vom Zusammenschluss betroffen ist.

Vertriebsmarkt in CHF² Mio.

33. [Tabelle mit Umsatzzahlen]

34. Aufgrund dieser Angaben hätte der gemeinsame Marktanteil von TUI und Kuoni im Jahr 1998 rund [36-46%] und im Jahr 1999 rund [35-45%] betragen.

35. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass der Vertriebsmarkt in der Schweiz vom Zusammenschluss betroffen ist.

36. In der Folge werden die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die beiden relevanten Märkte einzeln beurteilt.

B.2.2.a Veranstaltermarkt

I. Aktueller Wettbewerb

37. Die Nummern 1 und 3 des Marktes planen mit dem Zusammenschluss eine engere Zusammenarbeit, wodurch die Konzentration im Veranstaltermarkt weiter steigen wird. Die gemeinsamen Marktanteile von TUI beziehungsweise ITV und Kuoni werden nach dem Zusammenschluss gut [39-49%] betragen. Die nächstgrössten Konkurrenten bezüglich Marktanteilen sind Hotelplan mit [20-30%], Reisebaumeister mit [4-14%], FTI mit [1-8%] und SSR mit [1-7%]. Die unter der Kategorie "Übrige" zusammengefassten kleineren Reiseveranstalter, welche häufig auf eine bestimmte Reisedestination oder auf bestimmte Angebote (z.B. Safaris oder Veloferien) spezialisiert sind, weisen einen addierten Marktanteil von ca. [10-20%] auf.

38. Das Volumen des Reisemarktes weist in den letzten Jahren eine steigende Tendenz auf. Dieser Trend dürfte sich nicht zuletzt aufgrund der weiter verbesserten allgemeinen Wirtschaftslage noch verstärken.

39. Die Konsumenten, welche zusammen mit den Reisevertriebsgeschäften die Marktgegenseite darstellen, sind sich beim Buchen von Reisen gewohnt, Angebote zu vergleichen. Dies ist vor allem auf die weitgehende Homogenität der Angebote verschiedener Veranstalter für eine bestimmte Reisedestination oder einen bestimmten Reisezweck (Städtereise, Badeferien, usw.) und auch auf die Preispolitik der Reiseveranstalter - Frühbucherrabatte, Last-Minute-Angebote und Aktionen/Sonderangebote sind weit verbreitet - zurückzuführen. Preiserhöhungen eines Veranstalters wird die Marktgegenseite mit einem

² Quelle: Travel Inside vom 9. März 2000 (Annahme: 70% der Eigenvertriebe); die Angaben betreffen nur Umsätze in Reisebüros. Alternative Vertriebskanäle, welche ebenfalls dem relevanten Markt zugeordnet werden, konnten mangels entsprechender Angaben nicht berücksichtigt werden.

Ausweichen auf Angebote anderer Veranstalter beantworten oder aber in Betracht ziehen, die Reise selber zu veranstalten. Obwohl mit Ausnahme von Hotelplan die im Markt verbleibenden Veranstalter wie FTI, Reisebaumeister oder SSR gegenüber TUI/Kuoni als eher klein bezeichnet werden können, bieten diese ein breites und bezüglich Destinationen und Reisezwecken mit den grossen Veranstaltern vergleichbares Angebot an.

40. Durch den Zusammenschluss wird insbesondere die Stellung von Kuoni stärker. Neben den eigenen Angeboten wird Kuoni künftig auch über die Produkte von TS (bzw. ITV) mitbestimmen können. TUI hat demgegenüber keinen Einfluss auf die Angebote von Kuoni.

41. Kuoni könnte diese Situation - falls es die Marktstellung und die Substitutionsbeziehungen der verschiedenen Angebote erlauben - in kartellrechtlich problematischer Art ausnutzen. Dies könnte dann der Fall sein, wenn eine gezielte Preiserhöhung bei einem Angebot (z.B. Kuoni Badeferien) dazu führen würde, dass eine bestimmte Anzahl Kunden aufgrund ihrer Zahlungsbereitschaft nicht mehr das Kuoni Angebot nachfragt, aber mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auf die anderen Angebote, welche Kuoni zusammen mit TUI kontrolliert, umsteigt (so genannte unilaterale Effekte). In der Folge soll geklärt werden, ob entsprechende Gefahren aufgrund der aktuellen Konkurrenzsituation bestehen.

42. Der Veranstaltermarkt besteht aus verschiedenen Produkten, Reisedestinationen und Angeboten. Eine Unterteilung in verschiedene sachlich relevante Märkte hat sich vorliegend nicht aufgedrängt (vgl. Kapitel Marktabgrenzung). Für die Beurteilung der Marktstellung von Kuoni erweist es sich jedoch als sinnvoll, trotzdem auf einige Teilmärkte einzugehen.

43. Im Bereich der Städtereisen bestehen Angebote von verschiedenen Veranstaltern, welche substituierbar sind. Es wäre rein zufällig, wenn die Produkte von Kuoni und TUI beziehungsweise ITV besonders nahe Substitute darstellen würden. Ausserdem haben die Reisenden die Möglichkeit, Städtereisen auch selber zu organisieren.

44. Im Bereich von Badeferien (Massentourismus) bieten alle grösseren Veranstalter ein breites Sortiment an. Auch hier ist davon auszugehen, dass die Produkte von Kuoni und TUI beziehungsweise ITV keine besonders nahen Substitute darstellen. Bei Badeferien im Mittelmeerraum besteht zudem die Möglichkeit, dass Reisende ihre Ferien selber organisieren.

45. Im Bereich speziellerer Angebote (z.B. Safaris, Veloferien) oder weniger bereisten Destinationen ist die Konkurrenz zwischen den grösseren Veranstaltern eingeschränkt, weil nicht sichergestellt ist, dass jeder Veranstalter jede denkbare Destination im Angebot hat. Allerdings ist davon auszugehen, dass in diesem Bereich eine starke

Konkurrenz zwischen den grossen Veranstaltern und den kleineren, spezialisierten Veranstaltern herrscht.

46. Aufgrund dieser Erwägungen können so genannte unilaterale Effekte weitgehend ausgeschlossen werden. Die durch eine Preiserhöhung bei einzelnen durch Kuoni kontrollierten Angeboten provozierten Nachfragerückgänge würden sich positiv auf Angebote verschiedener Reiseveranstalter - also nicht ausschliesslich auf durch Kuoni kontrollierte Veranstalter - auswirken.

47. Bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz im Veranstaltermarkt ist der Grad der vertikalen Integration der verschiedenen Unternehmen von grosser Bedeutung. Veranstalter, welche über eigene Flugzeugflotten oder Hotelketten (vorgelagerter Markt) verfügen, haben gegenüber weniger stark integrierten Veranstaltern unter anderem den Vorteil, dass sie eine grössere Flexibilität bei der Planung der Auslastung verfügen. Da das Gut "Ferienreise beziehungsweise Pauschalarrangement" seinen Wert vollständig verliert, sobald der festgelegte Abreisezeitpunkt vorbei ist, spielt die Planung der Menge der angebotenen Kapazitäten eine wichtige Rolle.

48. Im Unterschied zu Reiseveranstaltern im Ausland (vgl. Entscheid EU Kommission vom 22. September 1999 im Zusammenschlussfall Airtours/First Choice, Case IV/M.1524) weisen die inländischen Veranstalter eine vergleichsweise geringe vertikale Integration auf. Die EU hat den Zusammenschluss Airtours/First Choice vor allem deshalb untersagt, weil die Gefahr der Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Airtours/First Choice und den zwei anderen grossen Reiseveranstaltern zu gross gewesen wäre. Die drei Reiseveranstalter hätten insbesondere im englischen Markt starke Symmetrien (beispielsweise fast gleich grosse Marktanteile) aufgewiesen, welche zu Anreizen für kollusives Verhalten geführt hätten. Die Symmetrien wurden auch mit dem bei den drei Veranstaltern jeweils ähnlichen Grad der vertikalen Integration der Wertschöpfungskette (Transportmittel, Unterkünfte, Arrangements, Vertrieb) begründet. Insbesondere im Bereich der Flugzeugkapazitäten hätten sich für Konkurrenten Probleme ergeben können. Da alle wichtigen Chartergesellschaften, welche ab England operieren, mit einem der drei grossen Reiseveranstalter verbunden gewesen wären, hätten die kleineren Konkurrenten kaum noch auf alternative Flugzeugkapazitäten zurückgreifen können und wären ihren grossen Konkurrenten ausgeliefert gewesen.

49. Solche Symmetrien sind in der Schweiz nur in geringem Ausmass vorhanden. Die Flugzeugflotte von TUI wird bislang nicht für Flüge ab der Schweiz eingesetzt. Auch mit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge mit der EU wird es nicht möglich sein, Charterflüge ab Deutschland mit einem Zwischenhalt in der Schweiz zu betreiben. Kuoni verfügt über ihre Tochter Edelweiss über eigene Flugzeugkapa-

zitäten. Die anderen Veranstalter greifen auf die verschiedenen Charterfluggesellschaften Balair/CTA, Crossair, LTU, Condor (Chartergesellschaft der Lufthansa) usw. zurück. Auch ein allfälliges exklusives Angebot der verschiedenen Hotelketten von TUI über die Veranstalter TUI und Kuoni hätte keine negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb, da genügend andere Hotels und Hotelketten über die anderen Veranstalter gebucht werden können.

50. Die von einem der befragten Konkurrenten beschriebene Gefahr, dass der Zusammenschluss vor allem im Bereich der Hotels zu wettbewerblich problematischen Marktstellungen von TUI/Kuoni führen werde, kann als gering bezeichnet werden. Es kann davon ausgegangen werden, dass in allen für Veranstalter und Kunden wichtigen Destinationen alternative Hotels/Hotelketten zur Verfügung stehen.

51. Die vertikale Integration kann auch den Vertriebsmarkt umfassen, indem Veranstalter auch eigene Reisebüroketten betreiben. Die Entwicklung der Marktanteile in den letzten Jahren war unter anderem geprägt durch den weiter vorne beschriebenen, gegenseitigen Vertriebsboykott. Insbesondere ITV und in geringerem Mass auch Kuoni haben unter diesem Boykott gelitten und nicht nur im Vertriebsmarkt, sondern auch im Veranstaltermarkt Anteile eingebüsst. Diese Auswirkungen des Vertriebsboykotts zeigen, dass der Veranstaltermarkt nicht unabhängig vom Vertriebsmarkt betrachtet werden kann. Die Veranstalter sind in hohem Mass abhängig von den Vertriebsorganisationen. Die im Unterschied zum Ausland grosse Anzahl an unabhängigen Reisebüros hat zur Folge, dass der Verhaltensspielraum für Veranstalter eingeschränkt wird.

52. Insgesamt sind im Unterschied zu anderen Reiseveranstaltermärkten in Europa allgemein und in England im Speziellen die Voraussetzungen für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von zwei oder mehreren Unternehmen in der Schweiz aufgrund der weniger starken vertikalen Integration und der weniger grossen Symmetrien zwischen den Veranstaltern nicht gegeben.

53. Indiz für wirksamen Wettbewerb im Veranstaltermarkt sind die in der Vergangenheit stark gesunkenen Preise für Reisen. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass der aktuelle Wettbewerb auch nach dem Zusammenschluss dazu geeignet ist, unabhängiges Verhalten von TUI/Kuoni zu verhindern. Da auch die Gefahr einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung mehrerer Veranstalter gering ist, kann davon ausgegangen werden, dass die Preise nach dem Zusammenschluss zumindest nicht erheblich steigen werden. Dafür sprechen auch die nachstehenden Ausführungen zum potenziellen Wettbewerb und zur Stellung der Marktgegenseite.

II. Potenzieller Wettbewerb

54. Der Veranstaltermarkt zeichnet sich durch geringe Marktzutrittschranken aus. So kann ein Veranstalter seine Tätigkeit ohne grössere Investitionen und administrative Hindernisse aufnehmen. Vereinfachend kommt für einen Marktzutritt in der Schweiz hinzu, dass sich die nachgelagerte Vertriebsstufe durch eine grosse Anzahl unabhängiger Reisebüros auszeichnet. Der Vertrieb von Leistungen neuer Veranstalter kann einfach sichergestellt werden. Insbesondere für den Aufbau einer spezialisierten Marktstellung sind die Kosten klein. Ebenso ist es für ausländische Veranstalter verhältnismässig einfach, den Marktzutritt in die Schweiz auch auf breiter Basis zu schaffen. Demgegenüber dürfte es schwierig sein, ohne bestehende Veranstaltertätigkeit einen Marktzutritt auf breiter Basis neben den bestehenden grossen Reiseveranstaltern zu schaffen.

55. Die vorgenannten Erwägungen lassen sich durch die effektiven Entwicklungen im Markt belegen. Es werden laufend kleinere und mittlere Reiseveranstalter gegründet oder solche kommen aus dem Ausland in die Schweiz. Sie können sich mit spezialisierten Produkten innerhalb kurzer Zeit eine nennenswerte Marktstellung aufbauen.

56. Als grösserer neuer Veranstalter mit umfassender Produktpalette hat sich innerhalb der letzten fünf Jahre die Frosch Touristik GmbH (FTi), eine Tochtergesellschaft der Frosch Touristik, welche von der britischen Airtours kontrolliert wird, mit einem Umsatz von rund CHF [...] Mio. im schweizerischen Reiseveranstaltermarkt etablieren können.

57. Der Schweizer Markt ist im europäischen Vergleich durch hohe Kaufkraft und Reiseintensität gekennzeichnet. Dies wird auch in Zukunft Möglichkeiten zu neuen Marktzutritten eröffnen. Als Beispiele sind alle in der Schweiz noch nicht tätigen, im Ausland aber umsatzstarken Reiseveranstalter wie Neckermann/Condor oder auch die LTU (an welcher SAir Group mit 49,9% beteiligt ist) zu nennen.

58. Die Dienstleistungen im Reisemarkt lassen sich zudem sehr einfach elektronisch (z.B. via Internet) vermarkten. Als aktuelles Beispiel kann der Marktzutritt des Online-Reisebüros Ebookers genannt werden. Ebookers bietet über eine Schweizer Website Reiseleistungen an. Vorerst können zwar nur Billigflüge gebucht werden. Es ist aber geplant, in Zukunft auch Hotels, Mietwagen und auch Reisearrangements anzubieten (vgl. Cash, 5. Mai 2000, und www.ebookers.com/ch).

59. Insgesamt ist davon auszugehen, dass die potenzielle Konkurrenz geeignet ist, den Verhaltensspielraum von etablierten Unternehmen zu beschränken.

III. Stellung der Marktgegenseite

60. Die Marktgegenseite hat im Reisemarkt eine verhältnismässig starke Stellung. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass

die Reisenden sehr häufig Reisen selber organisieren³. Dies trifft nicht nur für Reisen innerhalb der Schweiz oder ins angrenzende Ausland, sondern aufgrund neuer Kommunikations- und Buchungsmöglichkeiten zum Beispiel auch für Badeferien oder Reisen nach Übersee zu. Der Verhaltensspielraum der Veranstalter wird durch die Direktgeschäfte eingeschränkt. Preiserhöhungen bei Reisearrangements würden einen Teil der Reisenden dazu bewegen, Reisen selber zu organisieren.

61. Bereits erwähnt wurde (vgl. Rz. 39), dass es für die Marktgegenseite im Reisemarkt üblich ist, die Preise von Angeboten verschiedener Veranstalter zu vergleichen. Da auch nach dem Zusammenschluss verschiedene Veranstalter zur Verfügung stehen werden, haben die Reisenden auch weiterhin Auswahlmöglichkeiten.

IV. Ergebnis

62. Im Veranstaltermarkt wird TUI/Kuoni eine starke Stellung einnehmen. Neben TUI/Kuoni existiert aber ein starker Konkurrent (Hotelplan) und verschiedene weitere Konkurrenten, welche ein vergleichbares Angebot aufweisen. Da zudem die potenzielle Konkurrenz aufgrund tiefer Marktzutrittsschranken stark ist und die Marktgegenseite nicht zwingend auf die Angebote von Reiseveranstaltern angewiesen ist, kann davon ausgegangen werden, dass sich TUI/Kuoni nicht unabhängig wird verhalten können.

B.2.2.b Vertriebsmarkt

I. Aktueller Wettbewerb

63. TUI/Kuoni wird nach dem Zusammenschluss einen gemeinsamen Marktanteil von rund [35-45%] aufweisen. Die nächst grösseren Reisebüros sind Hotelplan ([15-25%]) und die TTS-Gruppe (39 unabhängige Reisebüros, [10-20%]). Die unabhängigen Reisebüros weisen zusammen einen Marktanteil von [20-30%] auf.

64. Die Marktanteilsdaten müssen insofern (nach unten) korrigiert werden, als die alternativen Vertriebskanäle, welche ebenfalls dem relevanten Markt zugeordnet werden, nicht berücksichtigt sind.

65. Die Marktstruktur ist im Vergleich zum Ausland geprägt durch eine grosse Anzahl Reisebüros, welche von den grossen Reiseveranstaltern unabhängig sind. Sie vertreiben in aller Regel die Angebote einer Vielzahl von Reiseveranstaltern.

66. Der Vertriebsmarkt weist die Eigenschaft auf, dass einerseits Vertriebsstellen darauf angewiesen sind, ein möglichst umfassendes Sortiment an Reiseangeboten zu haben und andererseits auch die Veranstalter ein Interesse daran haben, in möglichst vielen Vertriebsstellen

³ Gemäss der erwähnten Elvia-Studie machen die so genannten Direktgeschäfte 45% aller Reisen aus.

ihre Angebote verkaufen zu lassen. Diese Eigenschaft lässt sich zum Beispiel am Vertriebsboykott in der Reisebranche in den letzten Jahren illustrieren. Unter dem Vertriebsboykott haben letztlich alle daran beteiligten Unternehmen gelitten (vgl. Kap. Sachverhalt).

67. Da sich das Produkt "Reisearrangement" sehr gut über elektronische Medien verkaufen lässt, stehen Reisebüros in direkter Konkurrenz zu anderen Vertriebswegen wie dem Telefonverkauf oder dem Verkauf via Internet. Dazu sind aber keine genaueren, quantitativen Angaben verfügbar. Immerhin ist davon auszugehen, dass gerade der Verkauf via Internet zu einer sowohl für die Kunden wie auch die Verkäufer zunehmend attraktiven Alternative zum traditionellen Reisebüro werden wird.

68. Obwohl die Marktstellung von TUI/Kuoni nach dem Zusammenschluss stark sein wird, würde sogar ein Vertriebsboykott – welcher aufgrund oben genannter Eigenschaften des Marktes wenig wahrscheinlich ist - für einzelne oder alle Produkte anderer Veranstalter in Reisebüros von TUI/Kuoni nicht dazu führen, dass diese Produkte den Kunden nicht mehr zugänglich sein würden. Für die anderen Reiseveranstalter existieren neben den Reisebüros von TUI/Kuoni genügend alternative Vertriebskanäle.

69. Somit werden beide Marktgegenseiten - die vorgelagerten Reiseveranstalter und die Kunden (Reisende) - auch nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlusses valable Wahlmöglichkeiten haben.

II. Potenzieller Wettbewerb

70. Für den Vertriebsmarkt gilt Ähnliches wie für den Veranstaltermarkt. Die Marktzutrittsschranken sind im Vertriebsmarkt grundsätzlich noch tiefer. Der Markt ist denn auch geprägt durch stetige Marktzu- und austritte.

71. Im Unterschied zum Veranstaltermarkt ist jedoch nicht zu erwarten, dass ausländische Reisebüroketten in den Schweizer Markt eintreten werden.

72. Die grösste potenzielle Konkurrenz geht von den alternativen Vertriebswegen und insbesondere dem Internet aus. Die Marktzutrittskosten sind mit diesem Vertriebsweg ausserordentlich tief.

73. Der potenzielle Wettbewerb ist geeignet, die Verhaltensspielräume der aktuell tätigen Reisevertriebsunternehmen zu beschränken.

B.2.3 Ergebnis

74. Der Zusammenschluss wird zu einer starken Marktstellung von TUI/Kuoni führen. Allerdings wird aufgrund der aktuellen und potenziellen Konkurrenz ein unabhängiges Verhalten von TUI/Kuoni im Veranstalter- wie auch im Vertriebsmarkt verunmöglicht.

75. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

4. Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens der Vodafone AirTouch PLC, der Vivendi S. A. und von Canal + S. A.

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

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

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

Am 3. August 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Das Unternehmen Vodafone AirTouch Plc. (Vodafone), mit Sitz in Newbury, sowie die Unternehmen Vivendi S. A. (Vivendi) und Canal + S. A. (Canal +), beide mit Sitz in Paris, beabsichtigen, ein neues Gemeinschaftsunternehmen mit Namen VIZZAVI Ltd., eine Gesellschaft englischen Rechts, zu gründen. Die Joint-Venture-Gesellschaft wird je zur Hälfte von Vodafone einerseits und Vivendi und Canal + andererseits kontrolliert werden.

Die Beteiligung am neuen Gemeinschaftsunternehmen wird Vodafone über die neu gegründete "Vodafone AirTouch European Portal Ltd. (VEP)" halten. Die Unternehmen Vivendi und Canal + gründeten zum gleichen Zweck ebenfalls eine neue Tochtergesellschaft, Vivendi Net S. A. (Vivendi Net), an der Vivendi und Canal + je 50% halten.

Das Gemeinschaftsunternehmen soll ein so genanntes horizontales Multi-Access Internet Portal entwickeln, betreiben und unterhalten. Eine Aufschaltung auf das Portal ist von zahlreichen Plattformen aus - wie zum Beispiel Personal Computers, Telefon (mobil und Festnetz), Personal Digital Assistants (z.B. Palm pilots) und Fernsehen - vorgesehen. Über das Portal werden Dienstleistungen wie E-Mail, Internet-Chat, Suchmaschine, E-Commerce-Gelegenheiten, Zugang zu Inhalten (content) etc. angeboten. Diese werden von den beteiligten Unternehmen und deren Tochtergesellschaften, aber auch von Dritten zur Verfügung gestellt. Das Gemeinschaftsunternehmen kann solche Inhalte ebenfalls selber entwickeln.

Einkünfte des Gemeinschaftsunternehmens sollen aus dem Verkauf von Werbeflächen sowie von Inhalten und der Vermittlung von E-Commerce-Geschäften erwirtschaftet werden.

Meldepflicht

Das Vorhaben ist als Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und somit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU und deren Umsatz nach Artikel 5 Absatz 1 VKU. Auf Seiten der kontrollierenden Unternehmen sind somit die Geschäftstätigkeiten in der Schweiz und die Umsätze aller Mutter-, Tochter- und Schwesterunternehmen einzubeziehen.

Vodafone und ihre Gruppen-Gesellschaften sind vorwiegend als Betreiber von Netzwerken für die mobile Fernmeldekommunikation sowie als Anbieter von diesbezüglichen Fernmeldediensten tätig. Ihre Tochtergesellschaften sind Anbieter von Mobiltelefondiensten und in verschiedenen europäischen Ländern aktiv. Von Seiten der EU-Kommission wurde am 12. April 2000 der Kauf der deutschen Mannesmann AG, welche zum Teil ebenfalls in der Telekommunikation tätig ist, bewilligt.

Der Vivendi-Konzern ist in den Bereichen Infrastruktur (Wasser, Energie etc.) sowie Kommunikation (Fernmeldedienste, Verlagswesen und Bildmedien - Television und Film) tätig. Die Aktivitäten in den Bereichen TV und Film werden über Canal + wahrgenommen. Vivendi verfügt mit einer Beteiligung von 49% am Unternehmen Canal + über dessen volle Kontrolle.

Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen überschreiten mit über CHF [...] Mia. den in Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG statuierten Schwellenwert.

Vor der Übernahme der Mannesmann AG war Vodafone in der Schweiz nicht tätig. Eine 50%-Beteiligung an der Comfone AG in Gümligen (Umsatz ca. CHF [...]) hatte Vodafone im Geschäftsjahr 1999 verkauft. Die Umsätze des zu Mannesmann gehörenden Mobiltelefon-Anbieters Orange, der gemäss Auflage der EU-Kommission zwischenzeitlich veräussert wurde, finden bei der Meldung keine Berücksichtigung. Die Schweizer Töchter des Mannesmann-Konzerns mit ihren überwiegenden Tätigkeiten in den Bereichen der Uhren- und Maschinenindustrie weisen in der Schweiz Umsätze auf, die zusammen über dem in Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG statuierten Schwellenwert liegen.

Die Umsätze der Schweizer Tochtergesellschaften des Vivendi-Konzerns mit ihren Aktivitäten in den Sektoren Energie, Strassenbau, Recycling usw. und von Canal + sowie Direktverkäufe dieser Konzerne überschreiten ebenfalls den Schwellenwert von CHF 100 Mio.

Damit überschreiten auch die in der Schweiz erzielten Umsätze der beteiligten Unternehmen den in Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG statuierten Schwellenwert. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Beurteilung des Zusammenschlusses

Eine Umschreibung der relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht ist angesichts der Dynamik der Entwicklung im Internet-Bereich derzeit schwierig. Dies resultiert zum Teil daraus, dass Marktdaten schlicht nicht erhältlich sind.

In sachlicher Hinsicht lassen sich in Übereinstimmung mit der Praxis der EU-Kommission die Märkte für Internet-Access, Internet-Werbung sowie Märkte für den Abruf von Waren/Dienstleistungen gegen Bezahlung (sog. "Paid-for Content Provision") unterscheiden.

Im Vordergrund der Aktivität der Gemeinschaftsunternehmung steht das Multi-Access-Portal. Sofern man Portal-Aktivitäten nicht als eigenen Markt definiert, sind vor allem die Märkte Internet-Werbung und Paid-for Content als relevante Märkte für das Gemeinschaftsunternehmen zu betrachten.

Als benachbarte Märkte können zudem Network Distribution Services, Web Site Production, Mobiltelefondienste und Festnetzdienste, Fernsehen, digitale, internetaktive Televisions-Dienstleistungen sowie Aktivitäten im Bereich der traditionellen Medien bestimmt werden.

In räumlicher Hinsicht können für die Zwecke dieser vorläufigen Prüfung sowohl angebots- als auch nachfrageseitige Märkte im Bereich des Internets nicht als national gebunden angesehen werden. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen soll in Europa seine Tätigkeit aufnehmen. Massgebende internationale Konkurrenten werden Portale wie zum Beispiel Yahoo, AOL, Lykos, Altavista etc. sein. Unter diesem Gesichtspunkt ist von einem internationalen Markt mit internationalem Wettbewerb auszugehen.

Im bereits vorliegenden Entscheid der EU-Wettbewerbskommission vom 20. Juli 2000 zieht die Kommission EU-Internet-Portale als relevanten Markt in Betracht.

Zurzeit werden in den vom Gemeinschaftsunternehmen zukünftig wahrzunehmenden Geschäftsbereichen keine Aktivitäten von Seiten der beteiligten Unternehmen unterhalten. Insbesondere werden weder von der Schweiz aus Portale betrieben, noch werden spezifisch auf Schweizer Kunden ausgerichtete Portale unterhalten.

Insofern führt der Betrieb des Gemeinschaftsunternehmens unabhängig von der Marktdefinition nicht zu einer Marktanteilsaddition. Ebenso werden unabhängig von der Bestimmung des relevanten Marktes die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU definierten Marktanteile, aufgrund derer die Märkte zu betroffenen werden, nicht erreicht. Eine

durch das Vorhaben begründete marktbeherrschende Stellung ist demnach auszuschliessen.

Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind somit nicht gegeben.

B 2.3	5. Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG
-------	--

Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 33 KG

Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et 33 LCart

Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 33 LCart

A. Sachverhalt

1. Am 10. Mai 2000 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Berner Oberland Medien AG/Kooperation mit der Berner Zeitung AG (nachstehend "BZ") erhalten. Am 9. Juni 2000 hat die Wettbewerbskommission die Durchführung einer Prüfung beschlossen.

2. Die G. Maurer AG, Druck und Verlag, mit Sitz in Spiez (nachstehend "Maurer AG"), ist als Berner Oberländer Familienunternehmen in der Verlags- und Druckbranche tätig. Sie ist Herausgeberin des Berner Oberländers (nachstehend "BO") und seit 1999 des Oberhaslers. Zudem betreibt sie in Spiez eine Buchhandlung/Papeterie. Die Maurer AG ist zu 100% an der Schlaefli AG in Interlaken beteiligt, welche das Oberländische Volksblatt herausgibt. Die Schlaefli AG hält ihrerseits eine Beteiligung von 25% an der Echo von Grindelwald AG und beteiligt sich an der Herausgabe des Kopfblattes Echo von Grindelwald, einer Lokalzeitung, die mit dem Oberländischen Volksblatt verbunden ist. Schliesslich besorgt die Schlaefli AG den Druck und den Vertrieb des Anzeigers von Interlaken. Die Akzidenzdruckerei (Erstellen von Drucksachen für Gemeinwesen, Tourismus, Gewerbe und Private) ist in der Kooperation Schlaefli & Maurer grafische Betriebe zusammengefasst.

3. Die Schaer AG mit Sitz in Thun (nachstehend "Schaer AG") ist ebenfalls in der Verlags- und Druckbranche tätig und gibt das Thuner Tagblatt (nachstehend "TT") heraus. In Zusammenarbeit mit der Vetter Druck AG ist die Schaer AG für den Druck und den Vertrieb des Thuner Amtsanzeigers zuständig, wobei der entsprechende Vertrag nächstens ausläuft. Im Druckbetrieb der Schaer AG in Uetendorf werden zurzeit das TT sowie andere BOZ-Titel gedruckt. Ferner ist die Schaer AG auch in der Akzidenzdruckerei aktiv. Unabhängig vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben soll der Zeitungsdruck aus wirtschaftlichen Erwägungen nach Bern in die Anlagen der BZ verlagert werden.

4. Das Zusammenschlussvorhaben gliedert sich in zwei Teile: In einem ersten Schritt beabsichtigen die Berner Oberländer Verlagshäuser Maurer AG und Schaer AG, gemeinsam die Berner Oberland Medien AG (nachstehend "BOM") als Gemeinschaftsunternehmen mit einem Aktienkapital von CHF 500'000.-- zu gründen. An der BOM sollen die beiden Gründerunternehmen zu je 50% beteiligt sein. Nach erfolgter Gründung der BOM beabsichtigen die Schaer AG und die Maurer AG, ihre Verlagsrechte an den von ihnen herausgegebenen Titeln in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen, mithin je ihre Verlagstätigkeiten auszugliedern und auf die BOM zu übertragen. Bei den in die BOM einzubringenden Titeln handelt es sich um das TT, den BO (inklusive Berner Oberländer Nachrichten), das Oberländische Volksblatt und die Woche im Berner Oberland, deren Erscheinen jedoch bereits eingestellt wurde.

5. In einem zweiten Schritt soll die BOM nach ihrer Gründung mit der BZ eine Kooperation eingehen. Hierzu haben die BOM in Gründung und die BZ am 28. Februar 2000 einen Kooperationsvertrag abgeschlossen, dessen Inkrafttreten unter der Suspensivbedingung seiner kartellrechtlichen Zulässigkeit steht. Laut diesem Vertrag verpflichtet sich die BOM, in Zusammenarbeit mit der BZ fortan das Thuner Tagblatt und den Berner Oberländer als regionale Splittausgaben einer neuen Berner Oberländer Zeitung herauszubringen. Zu den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien vgl. unten, B.1.1.b.

6. Zwischen der Maurer AG (unter Einbezug der Schlaefli AG) und der Schaer AG besteht seit dem Jahre 1994 eine Zusammenarbeit im Rahmen der Verlagsgemeinschaft Berner Oberland Zeitung (BOZ). Diese Verlagsgemeinschaft bezweckt die gemeinsame Herstellung des TT, des BO beziehungsweise der Berner Oberländer Nachrichten, des Oberländischen Volksblattes sowie des Echos von Grindelwald oder von Teilen dieser Titel. Diese Kooperation wurde auf zehn Jahre abgeschlossen und ist per Ende Dezember 2003 erstmals kündbar.

7. Die BOM in Gründung bezweckt laut Artikel 2 des Statutenentwurfs den Betrieb eines Medienunternehmens im Raum Berner Oberland und soll eine neue Berner Oberland Zeitung herausgeben. Diese soll in zwei Regionalausgaben erscheinen, nämlich als TT und BO (inklusive Oberländisches Volksblatt). Nach Abschluss des Kooperationsvertrags zwischen der BOM und der BZ wird die BZ den Mantelteil der neuen Berner Oberland Zeitung liefern, während die BOM diese Zeitung redaktionell anreichert in der Form der regionalen/lokalen Splittausgaben TT und BO herausgegeben wird.

8. Die BZ mit Sitz in Bern ist eine Tochtergesellschaft der Berner Tagblatt Medien AG (BTM), welche eine Beteiligung von 51% an der BZ hält. Die BZ ist Herausgeberin der Tageszeitung Berner Zeitung. Die BTM ist als Medienunternehmen im Wesentlichen in den Bereichen Tagespresse und Druckmedien, Druckerei, Verlagswesen, Radio, Fern-

sehen und Internet tätig. BTM beabsichtigt eine stärkere Stellung gegenüber den grossen Schweizer Verlagen zu erlangen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 1 KG).

B.1.1.a Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.1.b Unternehmenszusammenschluss

11. Gründung der BOM: Die Maurer AG und die Schaer AG beabsichtigen, das Gemeinschaftsunternehmen BOM zu gründen, an welchem sie je zu 50% beteiligt sein werden und welches sie paritätisch kontrollieren wollen. Die Gründerunternehmen werden ihre Verlags- und Titelrechte in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Dies bedeutet, dass sie je ihre Verlagstätigkeit ausgliedern und in das neue Unternehmen übertragen werden; die Geschäftstätigkeiten beider kontrollierender Unternehmen fliessen demnach in die BOM ein. Indem das Gemeinschaftsunternehmen BOM die Verlagstätigkeit der Gründerunternehmen übernimmt, erfüllt es als neues Verlagsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit (Art. 2 Abs. 1 VKU). Die Gründung der BOM ist mithin als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 VKU und folglich als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG zu qualifizieren.

12. Kooperation mit der BZ: Wie erwähnt, verpflichtet sich die BOM in Gründung laut suspensiv bedingtem Vertrag mit der BZ vom 28. Februar 2000, im Rahmen einer Kooperation mit der BZ fortan das TT und den BO herauszubringen. Dabei ist die BOM in den Bereichen lokale Redaktion, Produktion (Vorstufe) des Lokalteils, lokale Inserate und lokales Marketing/Sponsoring dem Wortlaut des Kooperationsvertrags zufolge autonom. Sie hat das Recht, weitere Lokaltitel und Anzeiger herauszugeben und ihre Redaktionsleitung selber zu bestimmen. Dagegen übernimmt die BOM für das TT und den BO von der BZ den Mantelteil mit nationaler und internationaler Berichterstattung in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur, Sport etc. Die BZ betreut ferner die Produktion (Vorstufe) des Mantelteils und der nationalen Inserate, die nationale Anzeigeakquisition und -verwaltung, die Abonnentenverwaltung, Marketing und Marketingsupport, den Postvertrieb

und die Transporte, Informatikleistungen, Managementservice, Druck und Spedition der BOM-Titel und leistet schliesslich einen Ertragsbeitrag durch Rationalisierung und/oder Outsourcing. Für die Lieferung des Mantelteils entrichtet die BOM der BZ eine Entschädigung, die anderen Leistungen werden nach einem speziellen Verteilschlüssel abgegolten.

13. Die vereinbarte Kooperation zwischen BOM und BZ stellt auf den ersten Blick weder eine Fusion zweier bislang unabhängiger Unternehmen noch einen Kontrollerwerb oder ein Gemeinschaftsunternehmen im eigentlichen Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG dar. In Anbetracht der Intensität der Bindung der BOM an die BZ und angesichts des Einflusses der vereinbarten Zusammenarbeit auf das wirtschaftliche Geschick der BOM (resp. die unternehmerische Tätigkeit der Maurer AG und der Schaer AG im Bereich des Verlagswesens) ist jedoch zu prüfen, ob es sich bei diesem Tatbestand um einen Anwendungsfall eines sogenannten faktischen Kontrollerwerbs handelt, der von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG erfasst würde.

14. Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes gilt laut Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Mit dem Begriff der "Erlangung der Kontrolle" werden alle möglichen Arten des Kontrollerwerbs mit sämtlichen denkbaren Mitteln erfasst, wobei die Aufzählung im Gesetz (Erwerb einer Beteiligung, Abschluss eines Vertrags) nicht abschliessend ist. Als Kontrolle gilt die unter Berücksichtigung aller Umstände festzustellende Möglichkeit, die Tätigkeit eines Unternehmens im Bereich der Produktion, der Preise, der Investitionen, der Versorgung, des Absatzes und der Gewinnverwendung zu bestimmen. Das kontrollierende Unternehmen muss mit anderen Worten die Möglichkeit erhalten, die wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und die allgemeine Geschäftspolitik zu bestimmen. Dabei ist irrelevant, inwieweit es von der Möglichkeit der Ausübung der Kontrolle tatsächlichen Gebrauch macht - massgebend ist die blossе Möglichkeit der Ausübung eines bestimmenden Einflusses (vgl. hierzu sinngemäss BOTSCHAFT 1994, S. 550; P. DUCREY/J.I. DROLSHAMMER, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 95 ff. zu Art. 4 KG; R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 408 ff.).

15. Dies bedeutet, dass der Begriff des Kontrollerwerbs nicht konzernrechtlich, sondern wettbewerbsrechtlich zu verstehen ist: Wesentlich ist deshalb nicht, ob ein im Sinne des Gesellschaftsrechts institutionalisiertes Beherrschungsverhältnis vorliegt, sondern allein, ob ein (kontrollierendes) Unternehmen die Möglichkeit hat, die Tätigkeit ei-

nes anderen (kontrollierten) Unternehmens bestimmend zu beeinflussen (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 409).

16. Die hierzu beispielhaft in Artikel 1 Buchstaben a und b VKU aufgeführten Mittel können dem betreffenden Unternehmen einzeln oder in Kombination die Möglichkeit eines bestimmenden Einflusses über ein anderes Unternehmen verschaffen. Mit den in Artikel 1 Buchstabe b VKU genannten "Verträgen" sind unter anderem auch allgemein rechtliche Mittel gemeint, mit welchen die Willensbildung und damit die strategischen Entscheidungen in einem Unternehmen beeinflusst werden können (vgl. sinngemäss DUCREY/DROLSHAMMER, a.a.O., Rz. 98 zu Art. 4 KG). Mit welchen rechtlichen Mitteln diese Kontrolle erlangt wird, spielt indessen keine Rolle; sie können sowohl schuldvertraglicher als auch gesellschaftsvertraglicher Natur sein. Wesentlich ist einzig das faktische Ergebnis der möglichen Kontrollausübung beziehungsweise der Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auszuüben (vgl. sinngemäss etwa E. MARBACH, Die Fusionskontrolle im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: von BÜREN/COTTIER (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis 1996, Bern 1997, S. 119 f.). Kontrolle kann folglich nicht nur auf rechtlichem Weg, sondern auch aufgrund tatsächlicher Einflussmöglichkeiten erlangt werden: Diese können etwa in der finanziellen Abhängigkeit des kontrollierten Unternehmens und/oder der überragenden Stellung sowie der Branchenkunde des kontrollierenden Unternehmens begründet sein (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 414; Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 181, Rz. 23 f.).

17. Im vorliegenden Fall beschreiben die meldenden Unternehmen die wirtschaftliche und publizistische Lage der Maurer AG sowie der Schaer AG als problematisch: Angesichts der sich wandelnden Marktbedürfnisse und des Strukturwandels in der Medienlandschaft habe das Angebot vom TT und BO in der heutigen Form keine Zukunft. TT sowie BO und das Oberländische Volksblatt erfüllten mit ihrem publizistischen Angebot die Anforderungen an eine Komplettzeitung in informations- und kulturpolitischer Hinsicht nicht. Auch die Inserateerträge und die Auflagezahlen seien rückläufig. Die BOZ-Titel der Maurer AG und der Schaer AG müssten daher grundlegend neu positioniert werden. Hierzu fehlten der Maurer AG und der Schaer AG jedoch die nötigen Mittel; die für ein autonomes Weiterbestehen der BOZ-Titel nötigen Investitionen könnten von den Gründungsunternehmen der BOM nicht finanziert werden (so würde z.B. laut den Angaben der meldenden Unternehmen der leserseitig geforderte und dringend nötige Ausbau des Mantelteils des BO jährliche Mehrkosten von mindestens CHF 10 Mio. verursachen.) Dies bedeute, dass jener Schritt nur zusammen mit einem dritten Partner möglich sei, wobei einzig der Verbund mit einem regionalen Partner – das heisst der BZ - sinnvoll erscheine. Schliesslich werde die im Jahre 2003 wahrscheinlich ausblei-

bende Verlängerung der Vertragsgemeinschaft Berner Oberland Zeitung (BOZ) zwischen der Maurer AG/Schlaefli AG und der Schaer AG nach Ansicht der meldenden Unternehmen das Ende der Maurer AG und ihrer Titel bedeuten.

18. Die von den meldenden Unternehmen skizzierte Situation der Maurer AG und der Schaer AG beziehungsweise der von ihnen herausgegebenen Titel führt zum Schluss, dass sich diese beiden Verlags Häuser hinsichtlich der Herausgabe ihrer Zeitungen in Zukunft als von einer Zusammenarbeit mit der BZ abhängig betrachten. Nicht zuletzt die Sichtweise der BZ gibt die zu erwartenden Machtverhältnisse im Zusammenhang mit der Kooperation BOM-BZ klar wieder: So teilte die BZ mit, die Kooperation mit der BOM werde die Gesamtauflage der BZ von heute 134'649 auf rund 172'000 Exemplare erhöhen, womit die BZ zur drittgrössten Tageszeitung der Schweiz werde (vgl. BZ vom 30. März 2000) - die BOM wird mit anderen Worten in Zukunft als Teil der BZ verstanden. Schon vor diesem kommunizierten Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass die BOM jemals in der Lage sein wird, eigenständig zu wirtschaften.

19. Indem die BZ im Rahmen des Kooperationsvertrags vom 28. Februar 2000 der zu gründenden BOM Leistungen wie die Lieferung und Produktion des benötigten, modernen Mantelteils, die Unterstützung im nationalen Inserate- und Marketingbereich, Abonnementsverwaltung sowie Druck und Spedition der BOM-Regionalausgaben erbringt, übernimmt sie diejenigen Aufgaben, welche für die nach Ansicht der BOM in Gründung dringend angezeigte Entwicklung zentral sind. Die Gründerunternehmen der BOM sind nach eigenen Angaben weder finanziell noch hinsichtlich der erforderlichen betrieblichen Ressourcen in der Lage, diese Leistungen aus eigener Kraft zu erbringen, können jedoch nicht darauf verzichten. Namentlich der Anschluss der BOM in Gründung an einen Werbepool, der ihr den Zugang zu nationalen Anzeigekampagnen ermöglicht, ist nur über eine Zusammenarbeit mit der BZ möglich. Die für die angestrebte Entwicklung der Oberländer Titel benötigten finanziellen Mittel vermag die BOM in Gründung kaum über die Einnahmen aus dem lokalen Werbemarkt zu akquirieren. Ohne die Unterstützung der BZ im Sinne des Kooperationsvertrags ist eine Existenz der BOM wirtschaftlich kurz- bis mittelfristig undenkbar. Entsprechend hoch wird der Einfluss der BZ auf die BOM sein.

20. Entsprechend dem Gewicht der Zusammenarbeit wurde der einschlägige Kooperationsvertrag auf eine lange Laufzeit von zehn Jahren abgeschlossen. Dessen Kündigung ist unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Frist erstmals per 31. Dezember 2010 möglich. Ohne Kündigung verlängert sich der Vertrag automatisch um weitere 10 Jahre. Die BOM wird kaum in der Lage sein, das Zusammenarbeitsverhältnis mit der BZ aufzulösen, zumal im Falle einer Kündigung eine

Entschädigung in der Höhe des Umsatzes der BOM im Kündigungsvorjahr vereinbart wurde. Der Kooperationsvertrag mit der BZ ist für die BOM damit faktisch unkündbar.

21. Da die Maurer AG und die Schaer AG ihre Titel- und Verlagsrechte am TT und dem BO der BOM übertragen haben, werden jene Verlage einerseits schon aus rechtlichen Gründen nicht mehr in der Lage sein, diese Titel wie bis anhin selber herauszubringen. Andererseits liegt es auch nicht im Interesse der Maurer AG und der Schaer AG, die Splittausgaben der neuen Berner Oberland Zeitung - und damit sich selber - mit der Herausgabe eigener Titel zu konkurrieren. Die Integration des TT und des BO in die BOM sowie deren Kooperation mit der BZ sind demnach praktisch irreversibel.

22. Angesichts der Wichtigkeit der Leistungen, welche die BOM von der BZ zu beziehen gedenkt, sowie der langen Laufzeit des erwähnten Kooperationsvertrags erscheint es als unwahrscheinlich, dass die BOM nach einer zehnjährigen Vertragsdauer und dem ebenso langen Bezug der Vertragsleistungen der BZ jemals ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit wiedererlangen wird. Die Gründungsunternehmen der BOM sind heute zur Erkenntnis gelangt, dass ihre Finanzkraft, ihre publizistische Leistung, ihr Vertriebsnetz und ihre infrastrukturellen Mittel allgemein nicht ausreichen, um sich auf dem angestammten, sich jedoch verändernden Markt zu behaupten oder das gewünschte Wachstum zu realisieren. Hierzu muss sich die BOM in Gründung in der von ihr geschilderten Lage an einen Partner anlehnen, der ihr die für die angezeigte Entwicklung fehlenden Elemente verschaffen kann. Dabei nimmt sie den Verlust ihrer wirtschaftlichen Selbstständigkeit in Kauf (vgl. hierzu illustrierend R. WATTER, Unternehmensübernahmen, Zürich 1990, S. 43 f.).

23. Hinzu kommt, dass die Berner Tagblatt AG (BTM) als Muttergesellschaft der BZ eine Beteiligung von 49% an der Schaer AG hält und auf diese Weise mittelbar an der Gründung der BOM beteiligt ist.

24. Aufgrund dieser Erwägungen gelangt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die BZ mittels des interessierenden Kooperationsvertrags und aufgrund der Abhängigkeit der BOM von den Leistungen der BZ die Möglichkeit erhält, einen massgeblichen Einfluss auf die zu gründende BOM auszuüben. Die Gründung der BOM ist ohne die angestrebte Zusammenarbeit mit der BZ hinfällig, da die BOM gemäss Darstellung der meldenden Unternehmen nur dank der Zusammenarbeit mit der BZ existieren kann. Beide Vorgänge bilden nach Ansicht der Wettbewerbskommission eine Einheit, wovon auch die meldenden Unternehmen ausgehen; sie werden daher in ihrer Gesamtheit betrachtet.

25. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass aufgrund der zehnjährigen Vertragsdauer, der faktischen Unkündbarkeit der Kooperation (Entschädigung in der Höhe eines Jahresumsatzes der BOM)

und der infrastrukturellen Abhängigkeit der BOM von der BZ (Mantelteil, Zugang zu nationalen Werbemärkten etc.) wirtschaftlich irreversible und nachhaltige Veränderungen geschaffen werden. Im Lichte der für die Beurteilung von Kontrollerwerb massgeblichen materiellen Betrachtungsweise erlangt die BZ die Möglichkeit, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der BOM auszuüben (Art. 1 VKU). Daher ist vorliegend von einem faktischen Kontrollerwerb, das heisst von einem Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG auszugehen.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

26. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die einen Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 KG begründen.

B.1.3 Meldepflicht

27. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für die Kontrolle von Zusammenschlüssen von Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend.

28. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind zunächst die Schaer AG und die Maurer AG als Gründungsunternehmen der BOM als kontrolliertes Unternehmen sowie die BZ als kontrollierendes Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Hinzu kommen die Tochterunternehmen der Schaer AG und der Maurer AG (Art. 5 Abs. 1 Bst. a VKU; vgl. hierzu oben, Rz. 4 f.). Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind auch die Tochterunternehmen der BZ gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a VKU (im Wesentlichen die conRadio/TV AG, die Verlag Murtenbieter AG, die Radio ExtraBERN AG, die TeleBärn AG und die Burgdorfer Tagblatt AG) und insbesondere ihr Mutterunternehmen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VKU), die Berner Tagblatt Medien AG (BTM). Folglich sind auch die Schwesterunternehmen der BZ gemäss Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe c VKU (die Benteli Verlags AG, die Böhler Grafino Verlags AG, die Henzi AG, die Benteli Hallwag Druck AG und die bereits genannte Schaer AG) beteiligt. Für die Ermittlung der Umsätze der BZ im Medienbereich ist demnach die konsolidierte Jahresrechnung der BTM massgebend.

29. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 1998/1999 folgende Umsätze:

Beteiligtes Unternehmen	Umsätze im Medienbereich 1999 in CHF	Zwanzigfache Umsätze im Medienbereich 1999 in CHF
Schaer AG	11'590'166.--	231'803'320.--
Maurer AG	14'587'277.--	291'745'540.--
Zwischentotal	26'177'443.--	523'548'860.--
BZ (BTM)	125'806'000.--	2'516'120'000.--
Total	151'983'443.--	3'039'668'860.--

30. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG werden somit überschritten, was auch die meldenden Unternehmen nicht bestreiten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.2 Die relevanten Märkte

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

32. 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 Bst. b VKU).

33. Die beteiligten Unternehmen sind in den Bereichen Herausgabe und Vertrieb von Druckmedien tätig. Ein Verleger tritt mit einer Zeitung gleichzeitig als Anbieter von Werberaum und als Anbieter von Informationen auf. Für die Beurteilung des Zusammenschlusses sind daher neben den Leser- und Druckmärkten auch die Werbe- und Anzeigenmärkte zu berücksichtigen (vgl. etwa Société Neuchâteloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 135, Rz. 14).

B.2.1 Werbe- und Druckereimärkte

B.2.1.1 Sachlich relevante Märkte

34. Zeitungsverlage verkaufen Raum für unterschiedliche Arten von Anzeigen (z.B. Produktwerbung, Stelleninserate, Immobilienanzeigen). Diese Einnahmen machen je nach Titel rund 70% des Gesamterlöses aus.

35. Für die Abgrenzung der relevanten Anzeigen- respektive Werbemärkte ist zu fragen, welche Waren oder Dienstleistungen die Inserenten hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar ansehen.

36. Für nationale Anzeigen stehen die Verlage einer anderen Marktgegenseite gegenüber als für regionale Anzeigen. Es ist deshalb ange-

bracht, zwischen einem Markt für nationale und einem Markt für regionale Werbung zu unterscheiden.

B.2.1.1.a Markt für nationale Werbung

37. Als nationale Werbung kann die Werbetätigkeit von Unternehmen verstanden werden, die gleichzeitig im gesamten Gebiet der Schweiz oder zumindest in einzelnen Sprachregionen werben (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1999/1, S. 190 f.).

38. Die Anzeigen werden zunehmend als Inseratekombinationen in mehreren Zeitungen verkauft. Es wird auch von so genannten Zeitungspools gesprochen, von denen in der Schweiz eine Vielzahl existiert.

39. Die BZ partizipiert mit anderen Zeitungen am sogenannten Swiss Pool, der eine landesweite Abdeckung ermöglicht. Zudem nimmt die BZ am Berner Zeitungspool teil. Der Berner Zeitungspool umfasst die BZ, das Bieler Tagblatt, den Walliser Boten und die Verlagsgemeinschaft der Berner Oberland Zeitungen (Thuner Tagblatt, Berner Oberländer, Oberländisches Volksblatt). Die Titel der Inseratekombinationen sind auch separat belegbar.

40. Ein Unternehmen, das mit einer Kampagne national werben will, tut dies meist im Rahmen eines sogenannten "Mediamixes" über verschiedene Werbeträger. Welche Medien effektiv gewählt werden, ist von den Kommunikationszielen und einer Vielzahl anderer Kriterien abhängig, zum Beispiel von der Art der Anzeige (Produktwerbung oder Stelleninserat), den Eigenschaften des Mediums, dem Zielpublikum (breite oder eng definierte Bevölkerungsgruppe), der Reichweite oder von den Kosten. Diese Kriterien bestimmen auch die Wahl des Hauptwerbeträgers und der Ergänzungsmedien mit (vgl. media Trend Journal, Trends 2000, Dezember 1999, Übersicht "Intermedia-Vergleich Schweiz 2000", S. 74 ff., in fine).

41. In Bezug auf nationale Werbekampagnen ist zu berücksichtigen, dass nationale Werbetreibende mit Zeitungswerbung einen gewissen Prozentsatz der Landesbevölkerung erreichen wollen. Dabei legen sie häufig Wert darauf, in urbanen und kaufkräftigen Regionen eine höhere Reichweite zu erreichen. Dies führt dazu, dass ländliche Regionen oft nicht spezifisch durch die Belegung regionaler Zeitungen, sondern nur durch überregionale Zeitungen abgedeckt werden.

42. Durch die Belegung grosser Tages- oder Wochenzeitungen (Tages-Anzeiger, Neue Zürcher Zeitung, Blick, Sonntagszeitung, Cash, Weltwoche etc.) lassen sich die beschriebenen Werbewirkungen erreichen.

43. Der sachliche Markt umfasst daher den Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen.

44. Nicht miteinbezogen werden eventuelle Einflüsse von Publikumszeitschriften (Schweizer Illustrierte, Facts etc.). Die beteiligten Unternehmen machten zudem geltend, dass es nicht einen Werbemarkt für Printmedien gebe, sondern dass diese auch im Wettbewerb mit andern Werbeträgern (Fernsehen, Radio, Plakate) stünden. Für das beschriebene Vorhaben müssen diese möglichen Einflüsse nicht berücksichtigt werden, da - wie zu zeigen sein wird - selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.2.1.1.b Markt für regionale Werbung

45. Regional Werbende wollen mit ihren Inseraten die Bevölkerung einer bestimmten Region ansprechen. Sie fragen den Werberaum jener Medien nach, die in dieser Region mit möglichst hoher Reichweite verbreitet werden und geringe Streuverluste aufweisen. Bei den regional Werbenden handelt es sich hauptsächlich um in der Region ansässige Unternehmen sowie um Betriebe oder Privatpersonen, die Rubrikanzeigen (Immobilien-, Stellen-, Autos- und Kleininserate) aufgeben.

46. 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 konkurrieren sich gegenseitig (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/1, S. 191, Rz. 84). Das gilt insbesondere für regionale oder lokale Anzeiger, aber in begrenzterem Umfang auch für die Direktwerbung und die Lokalradios.

47. Diese Angaben wurden von mehreren lokalen Anzeigern aus dem Berner Oberland bestätigt, die unter ihren Hauptkonkurrenten im Werbebereich die Direktwerbung und das Lokalradio BeO nannten.

48. Ohne den sachlichen Markt definitiv abzugrenzen, wird von einer Marktabgrenzung ausgegangen, welche den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger) umfasst. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse werden die Einflüsse von andern Werbeträgern zu berücksichtigen sein.

B.2.1.1.c Druckereimärkte

49. Die beteiligten Unternehmen sind in den Bereichen Zeitungsdruck und Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbedrucksachen, Bücher etc.) tätig. Es handelt sich um unterschiedliche drucktechnische Verfahren. Aus Sicht der Marktgegenseite, der Druckaufträge erteilenden Unternehmen, sind diese Bereiche nicht substituierbar. Der Druckereibereich ist daher in einen Markt Akzidenz- und Zeitungsdruck zu unterteilen (vgl. dazu Société Neuch teloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 138, Rz. 32 ff.). Der Druck von Tageszeitungen unterliegt grossen Zeitrestrik-

tionen, da Tageszeitungen - den Bedürfnissen der Leser entsprechend - immer häufiger in Frühzustellung vertragen werden.

B.2.1.2 Räumlich relevante Märkte

B.2.1.2.a Markt für nationale Werbung

50. Eine Mehrheit der national Werbetreibenden wollen durch Zeitungswerbung eine bestimmte minimale Reichweite erzielen. Sie nehmen dabei unter anderem aus Kostengründen in Kauf, nicht in sämtlichen Regionen die gleiche Reichweite zu erreichen oder sogar auf die Abdeckung gewisser dünn besiedelter Gebiete mit geringer Kaufkraft zu verzichten. Aus Sicht dieser Werbetreibenden wäre der Markt für nationale Werbung auf die Schweiz abzugrenzen. Aufgrund der Sprachgrenzen, welche für gewisse Kampagnen einen Einfluss haben können, wird der räumliche Markt als Arbeitshypothese auf das Gebiet der Deutschschweiz abgegrenzt. Wie bereits bei der sachlichen Abgrenzung ausgeführt, braucht dieser Markt jedoch nicht endgültig abgegrenzt zu werden.

B.2.1.2.b Markt für regionale Werbung

51. Regional Werbende wollen mit Inseraten die Bevölkerung einer bestimmten Region oder sogar nur an einem bestimmten Ort erreichen. Es erscheint daher angezeigt, den räumlichen Markt regional auf das Berner Oberland abzugrenzen.

B.2.1.2.c Druckereimärkte

52. Im Markt für Akzidenzdruck spielt die Distanz zwischen Auftraggeber und Druckerei eine untergeordnete Rolle. Die Transportkosten für die gedruckten Produkte sind niedrig. Der Markt ist daher zumindest überregional, wenn nicht national abzugrenzen.

53. Im Markt für Zeitungsdruck ist es heute technisch ohne weiteres und ohne Zeitverzug möglich, die vom Standort der Zeitungsredaktion in eine an einem anderen Ort gelegene Druckerei zu übermitteln. Für Tageszeitungen ist es aus Zeitgründen notwendig, dass die Druckerei nicht zu weit vom Hauptverbreitungsgebiet der Zeitung entfernt liegt. Auch hier ist der räumliche Markt überregional abzugrenzen. Die Neue Zürcher Zeitung und der Tages-Anzeiger werden zum Beispiel beide in Zürich gedruckt und trotzdem im Berner Oberland in Frühzustellung vertragen.

B.2.2 Lesermarkt

B.2.2.1 Vorbemerkung zu den Lesermärkten

54. Nach Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden die bis anhin in der Verlagsgemeinschaft BOZ herausgegebenen Tageszeitungen TT und BO als Regionalsplitts der neu entstehenden Berner Oberländer Zeitung erscheinen, die auf dem von der BZ gelieferten Mantelteil basiert. Das Oberländische Volksblatt soll mit dem

BO zusammengelegt werden und wird damit aus der Berner Oberländer Presselandschaft verschwinden. Die BZ wird die Herausgabe ihrer Regionalausgabe Thun/Berner Oberland einstellen resp. in den erwähnten Mantelteil der neuen Berner Oberländer Zeitung umwandeln.

55. Nach der Entstehung der neuen Berner Oberländer Zeitung und der Realisierung der engen Zusammenarbeit mit der BZ werden die regionalen Splittausgaben TT und BO zwar über eigene Titelseiten mit eigenen Kommentaren verfügen, doch wird der Rest des ersten Bundes mit der BZ identisch sein. Für die lokalen und regionalen Themen im zweiten Bund sind die entsprechenden Lokalredaktionen des TT und des BO verantwortlich. Der dritte Bund (Wirtschaft) wird vollständig von der BZ übernommen. Im vierten Bund (Sport) stammt nur noch die Berichterstattung über den Regionalsport von den Lokalredaktionen, der grösste Teil wird von der BZ geliefert.

B.2.2.2 Sachlich relevanter Markt

56. Die BZ, an welcher die BTM zu 51% beteiligt ist, ist eine überregionale Tageszeitung, die sechsmal pro Woche in einer aktuellen beglaubigten Auflage von 134'649 Exemplaren erscheint. Sie ist im Abonnement und im Einzelverkauf erhältlich. Die BZ ist gegenwärtig in den Ausgaben Stadt und Region Bern, Emmental/Oberaargau und Thun/Berner Oberland mit entsprechend unterschiedlichen Regionalteilen erhältlich. Die BZ berichtet als so genannte Kompletzeitung über internationale und nationale sowie mit ihren Regionalausgaben über regionale und lokale Themen.

57. Die Regionalausgabe Thun/Berner Oberland der BZ berichtet heute gleich wie das TT und der BO über regionale und lokale Ereignisse im Berner Oberland, besonders in der Stadt und in der Region Thun. Sie kann insofern als Substitut vom TT und BO betrachtet werden.

58. Die BZ wird im ganzen Kanton Bern, ihre Regionalausgabe Thun/Berner Oberland im ganzen Berner Oberland nachgefragt. Die BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland verfügt im Vergleich zu den Oberländer Titeln TT und BO über einen weiter ausgebauten redaktionellen Teil und über ein grösseres Inseratevolumen.

59. Das von der Schaer AG herausgegebene TT erscheint sechsmal pro Woche in einer Auflage von 19'094 Exemplaren. Die Berichterstattung des TT beschlägt vorwiegend Ereignisse in der Stadt und in der Region Thun, ferner berichtet das TT auch über internationale und nationale Themen (hauptsächlich über Agenturmeldungen). Das Verbreitungsgebiet des TT umfasst hauptsächlich den Amtsbezirk Thun, daneben auch den Amtsbezirk Niedersimmental und marginal auch die ans Berner Oberland angrenzenden Amtsbezirke Konolfingen und Seftigen.

60. Der von der Maurer AG herausgegebene BO (Auflage 19'429) beschlägt mit seiner Berichterstattung wie der TT Themen regionalen

und lokalen Charakters, daneben auch vergleichsweise marginal nationale und internationale Themen (hauptsächlich über Agenturmeldungen). Dasselbe gilt für das Oberländische Volksblatt (Auflage 18'181), welches nach dem interessierenden Zusammenschluss verschwinden wird. Das Verbreitungsgebiet des BO erstreckt sich vorwiegend auf die Amtsbezirke Frutigen, Interlaken, Niderrsimmental, Oberhasli, Obersimmental, Saanen und Thun, marginal auch auf Seftigen, Konolfingen und Bern.

61. Für die Abgrenzung der relevanten sachlichen Lesermärkte ist nachfolgend festzustellen, welche Medienerzeugnisse aus der Sicht der Nachfrager der betroffenen Zeitungen TT, BO (Regionalsplitts der neuen Berner Oberländer Zeitung) und der BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland (fortan als Mantelteil der neuen Berner Oberländer Zeitung) mit diesen Titeln substituierbar sind.

62. Im Verbreitungsgebiet des TT, des BO und der BZ-Regionalausgabe Thun/Oberland erscheinen regionale Anzeiger, Wochenzeitungen und einige Gratisanzeiger/-zeitungen (z.B. Echo von Grindelwald, Anzeiger für das Amt Interlaken, Oberland Aktuell, Obersimmentaler, Oberhasler etc.). Diese Erzeugnisse enthalten entweder keinen oder nur einen sehr beschränkten redaktionellen Teil, berichten nur lokal und erscheinen ausserdem durchwegs nicht täglich. Lokalanzeiger und Lokalzeitungen verzichten - wie dies die Bezeichnung schon ausdrückt - auf alles Nicht-Lokale (vgl. auch das ergänzende Gutachten von Prof. R. Blum vom 29. April 2000, S. 4 unten). Aus diesen Gründen erübrigt es sich auch, diese Zeitungen in ihrer Gesamtheit aufzuführen. Solche Titel werden lediglich ergänzend zu Tageszeitungen nachgefragt, können aber nicht als deren Substitute gelten.

63. Sodann steht in Frage, ob auch elektronische Medien (Radio, Fernsehen), die neben den Tageszeitungen über Aktualitäten aus dem Berner Oberland informieren, die vorliegend interessierenden Titel substituieren. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission verhalten sich die elektronischen Medien mit ihrem Informationsangebot lediglich ergänzend zu den Tageszeitungen mit regionalem und lokalem Inhalt, können jedoch nicht als deren Substitute betrachtet werden (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 185, Rz. 43 ff.; Société Neuchâteloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 137, Rz. 24 ff.; vgl. auch media Trend Journal, Trends 2000, Übersicht "Intermedia-Vergleich Schweiz 2000", S. 74 ff.).

64. Schliesslich ist das Internet mit seinem Informationsangebot auf seine Substituierbarkeit mit regionalen und lokalen Tageszeitungen hin zu prüfen. Das Internet befindet sich in einer Phase der rasanten Entwicklung und erfreut sich wachsender Beliebtheit, sowohl im Unterhaltungs- als auch im Informationsbereich. Es eignet sich für die Vermittlung aktueller Information und lässt sich individuell nutzen, jedoch nicht ohne entsprechende Infrastruktur (PC mit Internet-

Zugang). Vor allem während Geschäftszeiten wird das Internet vermehrt professionell genutzt, die private Nutzung beschränkt sich auf die Abendzeit und das Wochenende (vgl. media Trend Journal, Trends 2000, Übersicht "Intermedia-Vergleich Schweiz 2000", S. 74 ff.). Bereits existieren in der Region Bern diverse Internet-Ausgaben von Tageszeitungen, zum Beispiel BZ-Online (www.bzonline.ch) und eBund (www.eBund.ch), welche aber keine regionale oder lokale Berichterstattung anbieten, die über die Bereiche hinausgeht, die in den entsprechenden Print-Ausgaben behandelt werden.

65. Regionale und lokale Themen werden zurzeit lediglich von den unabhängigen Berner Oberland-News (www.beo-news.ch) online bearbeitet und angeboten. Die Berner Oberland-News können jedoch nicht als Substitut vom TT, BO und BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland gelten: Das Angebot der Berner Oberland-News ist mit wenigen Ausnahmen rein lokal, regional sowie für einige Themen kantonal ausgerichtet. Über nationale oder internationale Themen wird in der Regel nur berichtet, wenn sie einen Bezug zur Region Berner Oberland aufweisen. Gemäss eigener Einschätzung des Betreibers dieses Online-Informationsangebotes informieren die Berner Oberland-News zu punktuell und zu wenig umfassend, um einen Ersatz für regionale Zeitungen zu bieten. Die redaktionelle Eigenleistung sowie die Recherchen halten sich in engen Grenzen, vorwiegend werden Informationen von kantonalen, kommunalen und eidgenössischen Behörden verwertet. Gelegentlich erfolgen die Recherchen auch über Telefon, Telefax sowie über Kollegen des Herausgebers der Berner Oberland-News. Zudem ist in Zukunft nicht zu erwarten, dass der Betreiber der Berner Oberland-News die regionale Berichterstattung ausbauen wird. Schliesslich ist der Betrieb der Berner Oberland-News nicht gewinnorientiert. Die Berner Oberland-News sind damit weder als Konkurrenz zu den regionalen/lokalen Tageszeitungen konzipiert noch wären sie dazu tauglich. Sie verhalten sich daher bestenfalls komplementär zum Angebot der regionalen und lokalen Tageszeitungen im Berner Oberland.

66. Die sachliche Marktabgrenzung hat den Charakteristika der vorliegend interessierenden Titel TT, BO und BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland Rechnung zu tragen. Der Leser des TT und des BO liest diese Zeitungen, um über die Geschehnisse in deren Hauptverbreitungsgebieten - mithin in der näheren Region, der lokalen Umgebung, und eventuell auch in anderen Bezirken innerhalb des einschlägigen Verbreitungsgebiets - informiert zu werden. Dasselbe kann grundsätzlich für die Regionalausgabe Thun/Berner Oberland der BZ gelten.

67. Es rechtfertigt sich daher, die Definition des sachlich relevanten Marktes am bisherigen Angebot des TT, des BO sowie der Regionalausgabe Thun/Berner Oberland der BZ auszurichten. Die Leser der so-

eben aufgeführten Tageszeitungen mit schwergewichtig regionaler und lokaler Berichterstattung fragen diese Titel nach, um täglich über das Geschehen in der Stadt und in der Region Thun, resp. im Berner Oberland informiert zu werden, gleichzeitig aber auch, um Informationen über die wichtigsten nationalen und internationalen Ereignisse zu erhalten.

68. Die bisher von der Wettbewerbskommission vorgenommene Marktabgrenzung im Medienbereich ist verschiedentlich auf Kritik gestossen. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die Vorstellung des relevanten Marktes zwar anschaulich, nichtsdestoweniger aber ein künstliches Konstrukt ist, das in dieser Form in der Realität keine Entsprechung hat. Das Institut der Marktabgrenzung ist lediglich ein analytisches Instrument, das der gedanklichen Strukturierung der wettbewerblichen Untersuchung dient (M. REINERT, Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen - ausgewählte Probleme, in AJP 4/99, S. 449). Die Marktabgrenzung ist bloss ein Hilfsmittel, um zusammen mit anderen Kriterien die Macht eines Unternehmens abzuschätzen. Eine andere Möglichkeit wäre, auf die "Nähe" möglicher Substitute abzustellen (vgl. zum Ganzen A. RAASS, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich - Kritik an der Kritik, in: sic! 6/1999, S. 669 ff.).

69. An der Praxis der Marktabgrenzung wird vorliegend grundsätzlich festgehalten (vgl. auch M. AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, Zürich 2000, S. 179). Inwiefern Informationsangebote anderer, nicht zum relevanten Markt gehörender Medien disziplinierende Wirkungen entfalten, wird unter der voraussichtlichen Stellung im betroffenen Markt zu prüfen sein.

70. Vorliegend ist in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für Tageszeitungen auszugehen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten.

B.2.2.3 Räumlich relevanter Markt

71. Das Verbreitungsgebiet der Regionalausgabe Thun/Berner Oberland der BZ umfasst das ganze Berner Oberland.

72. Das TT wird vornehmlich in den Amtsbezirken Thun (87% der Auflage) und Niedersimmental (2% der Auflage), daneben auch in den ans Berner Oberland angrenzenden Amtsbezirken Konolfingen (3% der Auflage) und Seftigen (4% der Auflage) verbreitet.

73. Das Verbreitungsgebiet des BO schliesslich erstreckt sich primär auf die Amtsbezirke Niedersimmental (30% der Auflage), Frutigen (22% der Auflage), sekundär auf die Amtsbezirke Thun (17% der Auflage), Obersimmental (9% der Auflage), Interlaken (6% der Auflage), Saanen (5% der Auflage) und Oberhasli (3% der Auflage). Die Amtsbezirke Konolfingen, Seftigen und Bern können aufgrund der

dort marginalen Verbreitung des TT und des BO vernachlässigt werden.

74. Die Definition des sachlichen Marktes, in welchem von den Lesern der vorliegend betroffenen Titeln typischerweise und schwergewichtig Berichte über lokale sowie regionale Themenbereiche nachgefragt werden, wirkt sich auch auf die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes aus: Im Vordergrund steht eindeutig die Verbreitung der Titel der beteiligten Unternehmen im Berner Oberland und die Berichterstattung über Geschehnisse in dieser Region.

75. Es ist daher gerechtfertigt, davon auszugehen, dass sich der räumlich relevante Markt, in welchem Tageszeitungen angeboten werden, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse im Berner Oberland als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, auf das Berner Oberland erstreckt.

76. Der Einbezug des Einzugsgebiets der Aare und des Aaretals inklusive Stadt und Agglomeration Bern, wie dies die meldenden Parteien als angebracht erachten, ist indessen kaum sachgerecht: Die Verbreitung des TT und des BO, aber auch der BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland über das oben genannte, als räumlichen Markt definierte Gebiet hinaus ist marginal und im Vergleich zur Verbreitung im Berner Oberland vernachlässigbar.

B.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

77. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, 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 (diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.3.1. Werbe- und Druckereimärkte

B.3.1.1 Markt für nationale Werbung

B.3.1.1.a Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

78. Der relevante Markt umfasst den Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen im Gebiet der Deutschschweiz.

79. Der nationale Werbemarkt ist die wichtigste Einnahmequelle einer Tageszeitung. Die regionalen Tageszeitungen (Auflagen zwischen 10'000 - 50'000 Exemplaren) haben gemäss der Werbestatistik Schweiz 1999 zwischen 1997 und 1998 durchschnittlich 13% Umsatz verloren, Lokalzeitungen mussten sogar einen Umsatzeinbruch von 15% hinnehmen. Im gleichen Zeitraum konnten die auflagenstarken Zeitun-

gen ihren Umsatz um 14,4% steigern. Es besteht die Tendenz, dass die wirtschaftlich interessanten Werbebudgets vermehrt in nationale Medien wandern, was sich auch in der starken Zunahme von Inseratekombinationen zeigt.

80. Inseratekombinationen bieten den Werbenden Tarifiereduktionen von 10% bis 30%. Die BZ nimmt beispielsweise mit anderen Zeitungen (u.a. Basler Zeitung, Tages-Anzeiger) am sogenannten Swiss Pool teil. Demgegenüber ist der Bund in der Inseratekombination "NZZplus/Grandplus" eingebunden. Die Titel sind auch einzeln belegbar.

81. Die Ermittlung von Marktanteilen auf den Werbemärkten ist praktisch nicht möglich. Die Daten der Stiftung Werbestatistik Schweiz beziehen sich auf das ganze Land. Die beteiligten Unternehmen haben geschätzt, dass sie auf dem Gebiet der Deutschschweiz basierend auf Zahlen für Zeitungen (inkl. Gratiszeitungen) einen Marktanteil von rund 6% (54 Millionen von 850 Millionen Franken) erreichen werden. Umsatzmässig die stärksten aktuellen Wettbewerber sind der Tages-Anzeiger und die Neue Zürcher Zeitung.

82. Das Abstellen auf reine Umsatzzahlen lässt allerdings unberücksichtigt, dass ein Teil des Umsatzes aus Inseratekombinationen resultiert, an denen mehrere Zeitungen beteiligt sind. Die Schätzung der beteiligten Unternehmen kann daher höchstens als Grössenordnung dienen.

83. Geschicktes Kombinieren und profunde Kenntnisse der Printmedienlandschaft vorausgesetzt, lassen sich viele Printmedienpläne wirtschaftlich optimieren (media Trend Journal, Trends 2000, S. 32). Es bestehen verschiedene mögliche Varianten, um das Gebiet der Deutschschweiz in einer nationalen Werbekampagne abzudecken, wobei unter anderem auch die Einschaltkosten eine Rolle spielen. Es kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Bereich Wettbewerb herrscht. Das geplante Zusammenschlussvorhaben wird dabei keine wesentlichen Änderungen zur Folge haben.

84. Als aktuelle Wettbewerber zu berücksichtigen sind zudem die Sonntagszeitungen und die Wochenzeitungen (Handelszeitung, Cash, Weltwoche etc.), die - wie bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes beschrieben wurde - ebenfalls für nationale Werbekampagnen geeignet sind.

85. Unberücksichtigt bleiben hier der mögliche Wettbewerbsdruck aus Zeitschriften (Facts, Schweizer Illustrierte etc.) sowie die von den beteiligten Unternehmen geltend gemachten, eventuellen Einflüsse von anderen Werbeträgern wie Fernsehen, Plakate oder Direktwerbung.

B.3.1.1.b Ergebnis

86. Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im Markt für nationale Anzeigen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.1.2 Markt für regionale Werbung

B.3.1.2.a Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

87. Der sachliche Markt umfasst zumindest den Raum für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen (inkl. Anzeiger) im Berner Oberland. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse sind die Einflüsse von anderen Werbeträgern (Direktwerbung, Lokalradio und insbesondere lokale und regionale Anzeiger) zu berücksichtigen. Von mehreren in der regionalen und lokalen Werbung tätigen Unternehmen wurde erwähnt, dass sie in Konkurrenz zu diesen anderen Werbeträgern stünden.

88. Im Berner Oberland erscheinen nebst anderen die folgenden Lokalzeitungen zweimal wöchentlich (Der Brienzer/Haslizeitung, der Anzeiger von Saanen, die neue Kander Zeitung). Das Echo von Grindelwald erschien bisher als Kopfblatt des Oberländischen Volksblattes, das nach dem geplanten Zusammenschluss nicht mehr erscheinen soll.

89. Daneben existieren verschiedene Amtsanzeiger (in Thun, Frutigen, Interlaken, im Oberhasli, im Niderrsimmental und Obersimmental) sowie einige monatlich erscheinende Publikationen. Die Titel der BOM (Thuner Tagblatt, Berner Oberländer und Oberländisches Volksblatt) haben ein regionales Werbevolumen von rund CHF 4,5 Mio. Demgegenüber verkauft beispielsweise allein der Thuner Amtsanzeiger pro Jahr für mehr als CHF 4 Mio. regionale Werbung. Die BZ ist im Berner Oberland mit lokaler und regionaler Werbung nur beschränkt präsent, da lokal orientierte Inserenten mit einer Belegung der BZ hohe Streuverluste erleiden.

90. Als Träger regionaler Werbung ist das Radio Berner Oberland zu erwähnen. Gemäss Publikationsatlas der Schweiz 1999 hat es als stärkstes Radio in der Region eine Reichweite von 42% im Berner Oberland. Demgegenüber hat das zur BTM-Gruppe gehörende Radio ExtraBERN eine Reichweite von 1%. Der Werbeumsatz von Radio Berner Oberland mit regionaler Werbung beläuft sich auf einem jährlichen Betrag in 7-stelliger Höhe.

91. Geeignet als lokaler oder regionaler Werbeträger ist auch die Direktwerbung (adressierte und unadressierte), die bis zu einem gewissen Grad in einem Konkurrenzverhältnis zur regionalen Werbung in Printmedien steht.

92. Soweit es sich bei der regionalen Werbung um Rubrikanzeigen (Immobilien-, Stellen-, Autos- und Kleininserate) handelt, ist festzustellen, dass diese vermehrt ins Internet abwandern (vgl. auch Le

Temps, RPW 1998/1, S. 60). Ein Blick auf die vielen Stellenanbieter im Internet in der Schweiz und deren Entwicklung zeigt, dass zurzeit ein harter Konkurrenzkampf im Gang ist. Marktforscher von Boston Research schätzen, dass das Volumen gedruckter Stellenanzeigen bis in zwei Jahren auch in der Schweiz um 30% abnehmen wird (vgl. Sonntagszeitung vom 6. Februar 2000, S. 81). Diese Einschätzung dürfte nicht nur für Stellenanzeigen, sondern auch für andere Rubrikanzeigen zutreffen. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen werden in diesem Bereich keine marktbeherrschende Stellung erlangen, welche ihnen von anderen Unternehmen unabhängiges Verhalten erlauben würde.

93. Genaue Gesamtumsatzzahlen für den Werbeumsatz im Berner Oberland in den erwähnten Bereichen sind nicht bekannt. Nach den für die verschiedenen Bereiche angegebenen Grössenordnungen kann aber davon ausgegangen werden, dass keine Marktanteilsadditionen resultieren, die zu wettbewerblichen Bedenken Anlass geben.

94. Aufgrund der Präsenz von anderen lokalen Zeitungen und Amtsanzeigern sowie dem in gewissem Masse disziplinierenden Einfluss von anderen Werbeträgern bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im Markt für regionale Anzeigen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.1.2.b Ergebnis

95. Daher bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss im Markt für regionale Anzeigen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.1.3 Druckereimärkte

B.3.1.3.a Aktuelle Konkurrenz

96. Die BTM ist über ihre Beteiligung an der Bächler Graffino AG beziehungsweise dem Druckzentrum Bern im Bereich des Zeitungsdrucks tätig. Die BTM-Tochter Benteli Hallwag AG ist im Akzidenzdruck tätig. Die Schaer AG druckt in Uetendorf Akzidenzdruckwaren. Die Herstellung der beiden Regionalsplitts für das Berner Oberland soll nach dem Zusammenschluss nach Bern verlagert werden.

97. Die beteiligten Unternehmen werden im Bereich Akzidenzdruck in einem überregional abgegrenzten Markt grosser Konkurrenz ausgesetzt sein. Die Branche ist in den letzten Jahren von Überkapazitäten und Preiszerfall betroffen.

98. Im überregional abgegrenzten Markt für Zeitungsdruck sind unter anderem die folgenden Unternehmen tätig: Ringier Print Adliswil, Aargauer Zeitung, Vogt Schild/Habegger Medien AG, Bund. Die beteiligten Unternehmen haben geschätzt, dass sie im Markt für Zeitungsdruck in der Nacht, räumlich abgegrenzt auf einen Umkreis von rund

100 km um Bern, zusammen einen Marktanteil von ca. 6% erreichen werden.

B.3.1.3.b Ergebnis

99. Es bestehen keine Anhaltspunkte, wonach der Zusammenschluss im Druckereimarkt eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

B.3.1.4 Zusammenfassung

100. Die Werbe- und Druckereimärkte sind nicht vom Zusammenschluss betroffen (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Eine nähere Prüfung erübrigt sich daher.

B.3.2 Lesermarkt

B.3.2.1 Aktuelle Konkurrenz/Marktstellung

101. Der Bund richtet sich als überregionale Tageszeitung mit einer beglaubigten Auflage von 68'175 Exemplaren im Gegensatz zur BZ vor allem an eine städtisch orientierte Leserschaft. Die NZZ-Gruppe hält 80% des Aktienkapitals der Bund Verlags AG, die Publigroupe 20%. Die Berichterstattung des Bunds über das Berner Oberland und seine Ballungsgebiete (Thun, Spiez, Interlaken) erfolgt im Rahmen der allgemeinen Abdeckung des Kantons Bern; eine Regionalausgabe für das Berner Oberland oder ein entsprechender Regional- oder Lokalteil fehlen indessen. Die redaktionellen Bemühungen des Bunds im Berner Oberland gehen jedoch dahin, von der Leserschaft in der Stadt und Agglomeration Thun dank einer kontinuierlichen Berichterstattung über alle wesentlichen Ereignisse in diesem Gebiet als Erst- und Komplettzeitung akzeptiert zu werden. Die Reichweite des Bunds im Berner Oberland liegt gegenwärtig bei ca. 14,4%. Obwohl der Bund in unterschiedlichem Umfang über die regionalen Ereignisse im Berner Oberland berichtet, kann er als aktueller Konkurrent des TT, des BO und der BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland betrachtet werden.

102. Wie schon bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes erwähnt, stellen die verschiedenen Anzeiger und Gratiszeitungen im Berner Oberland (Echo von Grindelwald, Anzeiger für das Amt Interlaken, Oberland Aktuell, Obersimmentaler, Oberhasler etc.) keine Substitute zum TT, BO und zur BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland dar. Dasselbe gilt auch für das Internet-Angebot der Berner Oberland-News.

103. Im räumlich und sachlich relevanten Markt Berner Oberland, in welchem Tageszeitungen angeboten werden, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse im Berner Oberland als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten, erreichen die aktuellen Konkurrenten ungefähr die nachfolgend errechneten Marktanteile. Abgestellt wird hierzu auf die Auflage, welche die Anzahl verkaufter Exem-

plare in etwa widerspiegelt (die Zahlen basieren auf den jeweiligen Gesamtauflagen des Jahres 1999 abzüglich der in Amtsbezirken ausserhalb des räumlich relevanten Marktes abgesetzten Exemplare [Quelle: Mediaprint]).

Zeitung	Gesamtauflage	Abgesetzte Exemplare im Berner Oberland	Marktanteil gerundet nach Anteil abgesetzte Exemplare (100% = 69'238)
BZ-Regionalausgabe Thun/ Berner Oberland	18'507	16'507	24%
Thuner Tagblatt	19'094	17'781	26%
Berner Oberländer	19'429	18'138	26%
Oberländisches Volksblatt	18'181	10'181	15%
Bund	68'175	6'631	10%

104. TT, BO und das nach dem Zusammenschluss verschwindende Oberländische Volksblatt würden im Berner Oberland zusammen einen Marktanteil von ca. 67% erreichen, wenn von einer Basis von 69'238 Exemplaren = 100% ausgegangen wird. Würden der Kooperation BOM-BZ auch die Marktanteile der künftig nicht mehr in der heutigen Form erscheinenden BZ-Regionalausgabe Thun/Berner Oberland sowie des Oberländischen Volksblattes zugerechnet, führte dies zu einem Marktanteil von rund 90%.

105. Diese Berechnung ist in mehrfacher Hinsicht zu relativieren. Zu berücksichtigen ist die aus anderen Zeitungszusammenschlüssen bekannte Tatsache, dass die Leser das neue Produkt nicht zwangsläufig schätzen und möglicherweise zu einem anderen Produkt abwandern oder ganz darauf verzichten. Zudem ist nicht auszuschliessen, dass es Leser gibt, die mehrere Zeitungen kaufen. Es wird in diesem Zusammenhang auch von so genannten Doppellesern gesprochen. Um auf Marktanteile nach einem möglichen Zusammenschlussvorhaben zu schliessen, können die Prozentzahlen in oben stehender Tabelle aus diesen Gründen nicht einfach addiert werden. Unabhängig von der Berechnungsweise ändert sich aber nichts daran, dass der Bund der einzige aktuelle Konkurrent ist und deshalb für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hohe Marktanteile resultieren würden.

106. Im Raum Bern stehen der Bund und die BZ seit mehreren Jahren in intensivem Wettbewerb. In der Agglomeration Thun will der

Bund in Zukunft mit einer kontinuierlichen Berichterstattung über alle wesentlichen Ereignisse auch als Erstzeitung auftreten. Der Bund will nach eigenen Angaben als "einzige Alternative zum Presseintopf" im Berner Oberland auftreten (Der Bund, 30. März 2000, S. 33). Dies zeigt, dass der Bund willens ist, seine Stellung im Berner Oberland zu stärken. Er verfügt mit der NZZ-Gruppe über eine starke Muttergesellschaft, die dem Bund in jeder Hinsicht die notwendige Unterstützung geben könnte. Zudem bietet sich dem Bund die Gelegenheit, Leser anzusprechen, die das aus dem geplanten Zusammenschlussvorhaben entstehende Produkt nicht akzeptieren werden. Obwohl der Bund im Vergleich zu den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bedeutend weniger hohe Marktanteile im relevanten Markt aufweist, ist seine dortige Position aus den genannten Gründen nicht zu unterschätzen.

B.3.2.2 Potenzielle Konkurrenz

107. Als potenzielle Wettbewerber kommen in erster Linie überregionale Tageszeitungen in Frage. Die überregionalen Tageszeitungen wie die NZZ, der Tages-Anzeiger und der Blick sind nicht als potenzielle Konkurrenten auf dem relevanten Markt zu betrachten. Es ist nicht zu erwarten, dass diese Titel in Zukunft in den relevanten Markt eintreten werden: Die TA-Media AG als Herausgeberin des Tages-Anzeigers hält an der BTM eine Beteiligung von 49%. Im Falle eines Eintritts in den relevanten Markt würde die TA-Media AG ihre eigenen Beteiligungen konkurrieren. Das Gleiche gilt für die NZZ als Mehrheitsbeteiligte des Bunds.

108. Möglich wäre, dass der Bund unter Mithilfe seiner Muttergesellschaft, der NZZ, seine Berichterstattung im Berner Oberland massiv ausbaut oder mittels einer Regionalausgabe versucht, dort Fuss zu fassen. Der Bund hätte wegen seiner bestehenden kantonalen Verankerung mit den niedrigsten Transaktionskosten zu rechnen. Abgesehen vom Ausbau der Berichterstattung in der Region Thun bestehen beim Bund aber zurzeit keine konkreten Pläne in diese Richtung.

109. Um eine Regionalausgabe für das Berner Oberland herauszugeben, müsste der Bund nach eigenen Angaben eine Redaktion mit mehreren Mitarbeitern im Berner Oberland schaffen und die Marketingmassnahmen dort verstärken. Es wäre mit jährlich wiederkehrenden Aufwendungen in der Grössenordnung von CHF 1 Mio. zu rechnen, was nur rentabel wäre, wenn der Bund mit einer Lokalzeitung kooperieren könnte oder wenn im Gebiet des Berner Oberlandes mit einem Zuwachs von mehreren Tausend Abonnements gerechnet werden könnte.

110. In den letzten fünf Jahren waren auf dem relevanten Markt keine Neueintritte zu verzeichnen. Abgesehen vom Bund, der sowohl als aktueller als auch potenzieller Konkurrent anzusehen ist, kann der Einfluss der potenziellen Konkurrenz als niedrig eingestuft werden.

B.3.2.3 Abwanderung zu anderen Informationsträgern

111. In diesem Abschnitt ist aufgrund der speziellen Eigenschaften der Medienmärkte zu prüfen, inwiefern nicht zum sachlich relevanten Markt gehörende Medien disziplinierende Einflüsse auf die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen ausüben können. Zu diesen Medien gehören insbesondere das Fernsehen, das Radio, die überregionalen Tageszeitungen, die lokalen Zeitungen und das Internet.

112. Informationen werden in verschiedenen Medien angeboten. Von der Öffentlichkeit werden Informationen typischerweise nicht in einem einzigen, sondern in verschiedenen Medien nachgefragt. 80% der Bevölkerung der Deutschschweiz nutzen beispielsweise sowohl Zeitungen als auch Radio und Fernsehen als Informationsträger. Wie unter der Abgrenzung des relevanten Marktes ausgeführt wurde, stehen die erwähnten Medien wegen ihrer speziellen Eigenschaften und Qualitäten in einem ergänzenden Verhältnis zueinander.

113. In einer Studie eines Marktforschungsinstitutes haben 44% der Nichtabonnenten des BO/OV (d.h. kein Abonnement des BO/OV) erklärt, dass die Aussage "Brauche keine Zeitung mehr, weil ich mich in anderen Medien (Fernsehen, Radio etc.) genügend informieren kann" für sie völlig zutrifft. Zusätzliche 19% haben erklärt, dass diese Aussage für sie eher zutrifft. Derartige Äusserungen sind ein Indiz dafür, dass für einen Teil der Bevölkerung die Informationsangebote anderer Medien zunehmend Alternativen zu einer Tageszeitung darstellen. Diese Personen sind heute bereit, gänzlich auf eine Tageszeitung zu verzichten.

114. Als alternatives Informationsmedium kommt insbesondere das Internet in Frage. Die AG für Werbemedienforschung hat in ihrer Studie MA Comis 99 festgestellt, dass 1,5 Millionen Personen in der Schweiz zum so genannten engeren Nutzerkreis des Internets gehören. In der deutschen Schweiz ist die (tägliche) Nutzung einer aktuellen Zeitung seit 1997 stark rückläufig. War damals die Lektüre einer Tageszeitung noch für 74% eine tägliche Gewohnheit, sind es jetzt mit 58% immerhin 16% weniger (media Trend Journal, 7/8-2000, S. 46). Es ist, nicht nur mit Blick auf die demographische Struktur der Internetnutzer, davon auszugehen, dass das hohe Wachstum weiter anhalten wird.

115. Nicht bloss Zeitungen, sondern auch andere Dienstleistungsunternehmen bieten in der Regel frei abrufbare Online-Informationen auf dem Internet an. Die Nutzung aktueller Informationsangebote gehört zu den am häufigsten genutzten Dienstleistungsfunktionen via Internet. So weisen beispielsweise die Websites der NZZ und des Tages-Anzeigers sehr hohe Nutzerkreise auf (vgl. MA Comis 99). Welchen Einfluss diese Online-Angebote mittel- und langfristig auf das Zeitungslesen haben, ist im Moment noch nicht abzusehen. In einer Stu-

die der Stanford University in den Vereinigten Staaten gaben immerhin 34% aller Internetnutzer an, dafür weniger Zeitung zu lesen (vgl. Tages-Anzeiger vom 21. Februar 2000, S. 28). Inwiefern Online-Angebote im Internet disziplinierende Einflüsse ausüben und noch ausüben werden, ist infolge der erst kürzlich erfolgten Entwicklung noch nicht messbar.

116. Zudem besteht die Möglichkeit, dass sich das Publikum im Berner Oberland mittels Fernsehen, Radio, Internet oder einer anderen Kompletzeitung (insbesondere des Bunds, aber auch des Tages-Anzeigers oder der NZZ) über die überregionalen Geschehnisse informiert und für die regionalen und lokalen Ereignisse auf die zum Teil gratis verteilten lokalen Anzeiger, das Radio (Radio Beo) oder die beschriebenen Berner Oberland-News zurückgreift.

117. Als weitere Informationsquelle für regionale und lokale Information wird eine von der Gossweiler Media AG in Zusammenarbeit mit dem Echo von Grindelwald herauszugebende Lokalzeitung dazukommen. Starten soll die zweimal wöchentlich erscheinende Zeitung unter dem Titel Jungfrau Zeitung im Oktober dieses Jahres.

118. Die Berücksichtigung anderer Medien bei der Beurteilung von Pressefusionen wurde von der Literatur bereits verschiedentlich gefordert. Tatsache ist, dass die Printmedien durch diese alternativen (elektronischen) Medien zunehmend unter Druck geraten, dass also Printmedien und elektronische Medien - wenigstens teilweise - als substituierbare Güter erachtet werden (nebst anderen R. ZÄCH, a.a.O, Rz. 452).

119. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass ein Verlag im Falle einer Preiserhöhung oder Qualitätseinbussen mit diffusen Abwanderungen in alle Richtungen rechnen muss (vgl. M. AMANN, a.a.O., S.178). In diesen Fällen müssen Zeitungen damit rechnen, dass ein Teil der Leser ihr Informationsbedürfnis mit anderen Medien (Fernsehen, Radio, Internet, überregionale Zeitungen, Lokalzeitungen) abdeckt oder auf einzelne Informationen verzichtet. Das erwähnte Zusammenspiel verschiedener Medien ist auch den Zeitungen bestens bekannt. In einer sich im Umbruch befindenden Medienlandschaft ist es praktisch nicht möglich, diese Einflüsse zu quantifizieren. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass dadurch ein gewisser Wettbewerbsdruck entsteht, der die disziplinierenden Einflüsse aktueller Wettbewerber in einem begrenzten Ausmass zu ersetzen vermag.

B.3.2.4 Einfluss der Werbemärkte

120. Zeitungsverlage sind auf zwei Märkten tätig. Sie verkaufen einerseits Anzeigenraum und andererseits Zeitungen im Abonnement und im Einzelverkauf. Der Preis für eine Anzeigenseite hängt vom Publikum ab, das mit der Zeitung erreicht wird. Je mehr Leser eine Zeitung erreicht, desto teurer kann sie den Werbetreibenden ihre Anzei-

genseite verkaufen. Oder umgekehrt formuliert: Weniger Leser ergeben weniger Werbekontakte, weniger Werbekontakte bedeuten weniger Werbeeinnahmen.

121. Der finanzielle Erfolg einer Zeitung auf dem Werbemarkt hängt also von deren Erfolg auf dem Lesermarkt ab. Ein Zeitungsverlag hat alles Interesse daran, dass sein Erzeugnis von möglichst vielen Leuten gelesen wird, das heisst er versucht seine Zeitungen den Ansprüchen der Nachfrager anzupassen und zu einem attraktiven Preis zu verkaufen. Eine hinsichtlich des Preises extreme Ausprägung dieser Wechselbeziehung sind Gratiszeitungen (vgl. dazu die Entwicklungen in Zürich mit drei neuen Gratiszeitungen). Ignoriert ein Zeitungsverlag diese Zusammenhänge, riskiert er weniger Leser und somit weniger Werbeeinnahmen.

122. Diese holzschnittartig dargestellten Zusammenhänge werden von weiteren Faktoren beeinflusst und sind zu präzisieren. Aus Sicht der Werbetreibenden wird dafür auf die Ausführungen zu den nationalen Werbemärkten verwiesen. Welche Auswirkungen bei der Erhöhung der Leserpreise resultieren, ist von der Elastizität der Nachfrage verschiedener Bereichen abhängig. Es zeigt sich deshalb, dass die Verhaltensspielräume der Verleger zumindest abhängig sind von den Reaktionen der Leser auf Preisänderungen (Preiselastizität der Lesernachfrage), der Reaktionen der Werbetreibenden auf Änderungen der Reichweite (Reichweitenelastizität der Inseratennachfrage), den Reaktionen der Werbetreibenden auf Änderungen der Inseratepreise (Preiselastizität der Inseratennachfrage), dem Verhältnis zwischen Reichweiten- und Preiselastizität der Inseratennachfrage sowie den Kostenentwicklungen bei Auflagen- und Inseratevolumenveränderungen (A. RAASS, a.a.O., S. 676).

123. Um diese Zusammenhänge näher zu ergründen, hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen dieses Prüfungsverfahrens bei verschiedenen regionalen und nationalen Verlagshäusern Daten erhoben, um empirische Aussagen über die Verhältnisse im Berner Oberland machen zu können. Bei der BZ, dem TT, dem BO und dem Bund wurden sowohl die Preise und die Menge auf der Leserseite als auch Preise und Menge auf der Anzeigenseite erhoben. Zudem wurden bei der NZZ, dem Tages-Anzeiger und mehreren lokalen Zeitungen Preis und Menge auf der Leserseite erhoben. Die Daten wurden in Quartalsabständen ab Januar 1990 erfragt. Die Verlage sind allerdings zum grossen Teil nur im Besitz von jährlichen Erhebungen, wodurch sich die Anzahl der Datenpunkte erheblich reduzierte. Durch diesen Verlust an Beobachtungen wurde es schwierig, aus den Daten signifikante Zusammenhänge herauszufiltern. Mittels der erhobenen Daten konnten also die Wechselwirkungen zwischen Anzeigen- und Lesermärkten weder belegt noch widerlegt werden.

124. Ein Fall, in welchem die Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmarkt eindrücklich spielten, ist aus Sidney, Australien, bekannt. Die Zeitung Sun erhöhte ihren Preis von 10 auf 12 cents. Der Daily Mirror, der um die Gunst derselben Leser warb, beliess seinen Preis bei 10 cents. Der Marktanteil bei den Lesern stieg danach beim Daily Mirror von rund 50% auf über 53%. Der Daily Mirror konnte darauf seine Werbeeinnahmen im Vergleich zur Sun erhöhen. In der Folge stieg der Jahresgewinn des Daily Mirrors massiv an. In der gleichen Zeit sank der Gewinn der Sun. Vier Jahre nach der Preiserhöhung entschloss sich die Sun, ihre Preise wiederum auf 10 cents zu senken (vgl. D. BESANKO, D. DRANOVE, M. SHANLEY, *Economics of Strategy*, 2nd ed., USA 2000, S. 289 f.). Allgemein gültige Schlüsse können daraus allerdings keine gezogen werden. Feststellen lässt sich immerhin, dass es Konstellationen gibt, in denen Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmarkt eindeutig disziplinierende Einflüsse ausüben.

125. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Anzeigenmarkt mit rund 50-80% der Einnahmen die Haupteinnahmequelle einer Tageszeitung ist. Die beschriebenen Zusammenhänge zwischen Leser- und Anzeigenmärkten sind stark im Bewusstsein der Zeitungsverlage verankert. Von der Werbewirtschaft werden die Reichweitendaten mit Akribie erhoben. Im Falle von Preiserhöhungen und möglicherweise daraus resultierenden Leserrückgängen müssten die beteiligten Unternehmen damit rechnen, dass ihr Anzeigenvolumen und ihre Anzeigenpreise unter Druck gerieten. Aus den genannten Gründen ist den Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmärkten ein bis zu einem gewissen Grad disziplinierender Einfluss zuzuordnen.

B.3.2.5 Marktentwicklung

126. Der sachlich relevante Markt umfasst Tageszeitungen, die sowohl über lokale und regionale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten. Solche Zeitungen können, sofern sie einen wesentlichen Eigenleistungsanteil aufweisen, auch als Komplettzeitungen bezeichnet werden.

127. Vorerst ist die Frage zu beantworten, welche Eigenschaften eine Komplettzeitung aufweisen muss, damit sie vom Publikum auch gelesen beziehungsweise gekauft wird. Eine Komplettzeitung hat einerseits eine Orientierungs- oder Hintergrundfunktion. Sie muss nicht nur über ein Ereignis informieren, sondern auch Zusammenhänge erklären und über Hintergründe informieren. Andererseits hat eine Komplettzeitung auch eine Dienstleistungsfunktion. Die Leser erwarten von einer Komplettzeitung, dass sie alles (Wetterbericht, Veranstaltungshinweise, Stellenmarkt, Radio- und Fernsehprogramme etc.) darin finden (vgl. ergänzendes Gutachten von Prof. Blum, S. 7). Diese Entwicklung zeigt sich auch beim Vergleich einer heutigen Tageszeitung (verstanden als Komplettzeitung) mit einer Zeitung vor 15 Jahren. Die Hintergrundberichterstattung und die Behandlung ausge-

wählter Themen (Wirtschaft, Gesundheit, Reisen, Informatik etc.) hat in allen Bereichen stark zugenommen.

128. Diese Einschätzung wird von einer umfangreichen Studie eines Marktforschungsinstitutes im Berner Oberland vom April 1999 bestätigt, die im Auftrag des BO und des OV durchgeführt wurde. Die Studie wurde zur Gewinnung weiterer Abonnenten durchgeführt. Darin kritisieren Nichtabonnenten der beiden Zeitungen unter anderem die zu wenig ausgebauten Berichte über das Ausland, die Schweiz, die Wirtschaft und das Kulturgeschehen. Zudem seien die Sachkompetenz und die Kommentare verbesserungsfähig. Gleichzeitig sind für 20% der Nichtabonnenten der BO und das OV schon zu teuer.

129. Für die Erstellung einer Kompletzeitung fallen Kosten für Redaktion, Fertigungskosten, Vertrieb, Marketing und zentrale Verlagsdienste an. Damit die Leistungen einer Kompletzeitung überhaupt erbracht werden können, ist ein erheblicher Aufwand an Ressourcen notwendig. Das gilt insbesondere für den Aufbau oder den Erhalt einer qualifizierten Redaktion. Die BZ hat beispielsweise einen Redaktionsstab von 120 Mitarbeitern. Der Bund beschäftigt rund 70 Journalisten. Tageszeitungen wie dem TT oder dem BO mit weniger als 20 redaktionellen Mitarbeitern ist es nicht möglich, eine Kompletzeitung zu erstellen. Es lässt sich allgemein festhalten, dass sich die Kostenstruktur einer Zeitung durch hohe fixe und tiefe variable Kosten auszeichnet. Dies heisst, dass die durchschnittlichen Herstellungskosten eines Exemplars umso tiefer sind, je mehr Zeitungen ein Unternehmen herstellt.

130. Für die rentable Herstellung einer Kompletzeitung bedeutet dies, dass eine gewisse Mindestauflage erreicht werden muss. Es wurde verschiedentlich von einer Mindestauflage von 100'000 Exemplaren gesprochen. Prof. Blum führt in seinem ergänzenden Gutachten aus, dass die modernen Anforderungen an die Tageszeitungen ein Mass an Ressourcen verlangen, das nur dann zur Verfügung gestellt werden kann, wenn eine Zeitung oder Zeitungsgruppe in der Deutschschweiz die Auflage von 100'000 Exemplaren deutlich überschreitet, um so an nationale Werbekampagnen heranzukommen, um diese Aktivitäten (und damit das Überleben) zu finanzieren.

131. Allein im Berner Oberland (rund 70'000 Zeitungsleser) kann eine Kompletzeitung die betriebswirtschaftlich notwendige Grösse also nicht erreichen. Sie ist im Redaktions- und Anzeigenbereich darauf angewiesen, mit einer anderen Zeitung oder Zeitungsgruppe zusammenzuarbeiten. Mit der Gründung der BOM und der anschliessenden Kooperation mit der BZ ist eine derartige Zusammenarbeit vorgesehen.

132. Zurzeit berichten das TT und der BO auch über Ausland, Inland, Kultur und Sport. Sie können aber mangels Ressourcen in diesen Bereichen nur einige Agenturberichte und sehr beschränkte Eigenleistun-

gen bieten. Wie beschrieben, wird aber vom Publikum in diesen Bereichen eine fundierte Hintergrundberichterstattung erwartet. Das Zusammenschlussvorhaben, das Teil einer im Pressebereich stattfindenden Strukturbereinigung ist, würde einen rationelleren Ressourceneinsatz ermöglichen und ein verbessertes Angebot zur Folge haben.

133. Es stellt sich die Frage, ob diese Ziele nicht auch mit einer weniger weit gehenden Zusammenarbeit zu erreichen wären. Für den Anzeigenbereich besteht mit dem Berner Zeitungspool bereits eine derartige Zusammenarbeit, die aber die redaktionellen Defizite des TT und des BO in den nicht-regionalen Teilen finanziell nicht wettmachen können. Um die Leistungen einer Kompletzeitung zu erbringen, ist auch eine Zusammenarbeit auf redaktioneller Ebene notwendig. Aufgrund der erforderlichen Abdeckung kantonaler Themen (Politik, Wirtschaft, Kultur, Sport) kommen als mögliche Partner der Bund oder die BZ in Frage. Wird eine derartige Zusammenarbeit eingegangen, muss diese hinsichtlich der finanziellen Investitionen und der Platzierung des neuen Produkts auf dem Markt langfristig ausgestaltet und mit Stabilität versehen werden. Wie oben dargelegt, führen diese Kriterien dazu, dass damit wirtschaftlich irreversible und nachhaltige Veränderungen geschaffen werden, die eine Qualifikation der Kooperation als faktischen Kontrollerwerb zur Folge haben. Aus diesen Gründen wäre eine weniger weit gehende Zusammenarbeit nicht möglich.

134. An dieser Stelle ist weiter zu fragen, welche Entwicklungen ohne eine Zusammenarbeit zwischen dem TT, dem BO und der BZ zu erwarten wären. Das TT und der BO würden weiter eine Zeitung verkaufen, die immer weniger den Bedürfnissen des Publikums entspricht. Eine Weiterentwicklung durch massiven Ausbau des redaktionellen Eigenleistungsanteils ist aufgrund der Rahmenbedingungen in der Schweiz und im Berner Oberland im Besonderen nicht möglich. Das TT und der BO würden riskieren, zu Lokalblättern marginalisiert zu werden oder ganz vom Markt zu verschwinden. Diese Entwicklung ist speziell für den BO nicht auszuschliessen. In den beiden erwähnten Fällen wäre mittel- und langfristig ein ähnliches Ergebnis zu erwarten, wie mit dem geplanten Zusammenschlussvorhaben. Es macht letztlich wenig Sinn, einen Zusammenschluss erst zuzulassen, wenn - wie es der Failing Company Defense entspricht - eines davon zum Sanierungsfall geworden ist (M. AMANN, a.a.O., S. 179).

135. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vom Publikum zunehmend höhere Anforderungen an eine Kompletzeitung gestellt werden. Die Herstellung einer Kompletzeitung ist aber mit hohen Kosten verbunden. Allein im Berner Oberland kann jedoch die erforderliche, betriebswirtschaftlich notwendige Grösse nicht erreicht werden. Um mittel- und langfristig ein Angebot zu erbringen, welches vom Publikum auch nachgefragt wird, sind das TT und der BO darauf

angewiesen, Kooperationen wie diejenige mit der BZ einzugehen. Im Rahmen einer dynamischen Marktbetrachtung ist das Zusammenschlussvorhaben daher aus wettbewerblicher Sicht nicht negativ zu beurteilen.

B.3.2.6 Ergebnis

136. Wie gezeigt, verbleibt auch nach dem geplanten Zusammenschlussvorhaben der Bund mit der NZZ-Gruppe im Hintergrund als starker aktueller und potenzieller Konkurrent. Im Falle von Preiserhöhungen oder Qualitätseinbussen müssten die beteiligten Unternehmen zudem damit rechnen, dass ein Teil der Leser ihr Informationsbedürfnis mit anderen, nicht zum relevanten Markt gehörenden Medien (Fernsehen, Radio, Internet, überregionale Zeitungen, Lokalzeitungen) abdeckt oder auf einzelne Informationen verzichtet. Weiter ist den Wechselwirkungen zwischen Leser- und Anzeigenmärkten ein bis zu einem gewissen Grad disziplinierender Einfluss zuzuordnen. Überdies ist im Rahmen einer dynamischen Marktbetrachtung zu beachten, dass allein das Berner Oberland für die Herausgabe einer Komplettzeitung zu klein ist. Das TT und der BO sind also darauf angewiesen, derartige Kooperationen einzugehen. Aus all den genannten Gründen wird durch den vorliegenden Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (vgl. Art. 10 Abs. 2 KG).

C. Zusammenfassung

137. In keinem der geprüften Märkte wird eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Der Zusammenschluss wird deshalb im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 VKU für unbedenklich erklärt und kann vollzogen werden.

D. Kosten

138. Die aus diesem Verfahren entstehenden Kosten werden separat in einer Verfügung festgesetzt.

B 2.3	6. Nordic Capital/Hiag/Nybron
-------	--------------------------------------

6. Nordic Capital/Hiag/Nybron

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

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

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

A. Sachverhalt

Am 24. Juli 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung bezüglich rubrizierter Angelegenheit erhalten. Es geht dabei um zwei Kontrollerwerbe: Zum einen wird das Unternehmen "Bauwerk", das bisher 100%-ige Tochter der schweizerischen

HIAG AG war, inskünftig durch die HIAG und die schwedische Nordic-Capital-Gruppe gemeinsam kontrolliert. Diese gemeinsame Kontrolle erfolgt über die Holding "Nybron Flooring International Corporation" (NFIC-Holding). Zum anderen ist die bis anhin der schwedischen Skanska-Gruppe zugehörige Firma "Nybron" durch die NFIC-Holding erworben worden. Diese Vorgänge haben somit eine gemeinsame Geschäftstätigkeit von Bauwerk und Nybron zur Folge.

Sowohl Bauwerk wie Nybron sind in der Produktion und im Vertrieb von Parkett tätig. Bauwerk beliefert hauptsächlich professionelle Bodenleger im Raum Schweiz, Deutschland, Österreich und Frankreich. Nybron setzt seine Produkte mehrheitlich über Do-it-yourself-Märkte in Deutschland, Frankreich, Schweden und den USA ab. Gemäss den meldenden Unternehmen ist ein wesentliches Ziel der Fusion die Zusammenlegung der Ressourcen zur Durchdringung von Märkten in Ländern, in denen Parkett noch nicht verbreitet ist. Zum Aufbau einer Marktpräsenz sind auf diesen Märkten Investitionen in Vertriebskanäle und Ausstellungsräume notwendig.

B. Würdigung

Auf dem schweizerischen Parkettmarkt erreicht Bauwerk einen Marktanteil von 64% (für das Jahr 1999). Der Zusammenschluss von Bauwerk und Nybron hat aber für den schweizerischen Markt lediglich eine geringe Marktanteilsaddition zur Folge, da Nybron in der Schweiz nur einen Marktanteil von 3,7% (1999) aufweist.

Die zentrale Frage in diesem Fall ist jedoch, ob bei der geographischen Marktabgrenzung von einem schweizerischen oder von einem europäischen Markt ausgegangen werden soll. Folgende Umstände sprechen für einen europäischen Markt:

Sowohl Rohholz, als auch Halbfabrikate zur Produktion von Parkett, aber auch fertiges Parkett kann aus dem Gebiet der EU und der EFTA zollfrei in die Schweiz importiert werden.

Die Transportkosten innerhalb von Europa machen nur einen geringen Teil am Preis des installierten Parketts aus, nämlich 1,6 - 5,2%. Angesichts des Anteils von Detailmarge und Installationskosten von 50% am Preis des installierten Parketts spielen die Transportkosten auf dem europäischen Markt eine untergeordnete Rolle.

Erkundigungen bei verschiedenen Händlern von Bodenbelägen haben ergeben, dass der Markt als europäisch anzusehen ist. Tatsächlich ist es so, dass entsprechende Ware von europäischen Ländern problemlos importiert wird und durchaus Alternativen zu Bauwerk-Produkten zur Verfügung stehen. Gemäss Auskunft der Händler können die Preisverhältnisse auf dem europäischen Markt als homogen bezeichnet werden, das heisst Produkte gleicher Qualität werden europaweit zu ungefähr gleichen Preisen angeboten.

Auch die europäische Wettbewerbsbehörde hat sich mit diesem Fall befasst und kam gemäss Entscheid vom 4. August 2000 zum Schluss, dass der relevante geographische Markt der europäische ist.

Aufgrund dieser Überlegungen ist die Wettbewerbskommission der Meinung, dass es richtig ist, von einem europäischen Markt auszugehen. Die Marktanteile von Bauwerk und Nybron betragen auf dem europäischen Parkettmarkt zusammen 17,4% (1999).

Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Unternehmen, die zurzeit Laminat (Bodenbelag, der dem Parkett am ähnlichsten ist) herstellen, unter Aufwendung von relativ geringen Kosten ihre Produktion auf Parkett umstellen könnten. Dieser Umstand übt einen Preisdruck auf alle Hersteller von Parkett aus.

C. Schlussfolgerung

Aufgrund der dargelegten Erwägungen erachtete die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss von Bauwerk und Nybron als unproblematisch. Somit waren die Voraussetzungen zur Einleitung des Prüfungsverfahrens gemäss Artikel 10 KG nicht gegeben.

B 2.3	7. Airrange AG
-------	-----------------------

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

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

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

Am 21. August 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Avireal AG, Zürich ("Avireal"), und die ABB Asea Brown Boveri AG, Zürich ("ABB"), beabsichtigen die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Bereich des flughafenspezifischen Gebäude-Managements. Es ist vorgesehen, eine von der ABB ZH bisher zu 100% gehaltene Aktiengesellschaft, die Airrange AG, Zürich ("Airrange"), zu diesem Zweck zu nutzen. 50% der Aktien der Airrange sollen an Avireal veräussert werden.

Avireal ist ein selbstständiges Immobilien- und Dienstleistungsunternehmen innerhalb der SAirGroup AG, Zürich ("SAirGroup"). Als Eigentümerin der Grundstücke und Gebäude der SAirGroup im Raume Zürich bewirtschaftet sie diese gewinnorientiert. Ausserhalb der SAirGroup bietet sie verschiedene Dienstleistungen im Zusammenhang mit Gebäuden und Anlagen an (Immobilienmanagement, Planen und Bauen, Services, Anlage- und Gebäudetechnik, Liegenschaftsverwaltung).

ABB ist die operative Konzernholding des ABB-Konzerns. Die ABB-Gruppe ist in den Bereichen Stromübertragung, -verteilung, Automatisierungstechnik, Öl-, Gas- und Petrochemie, Gebäudetechnik und Finanzdienstleistungen tätig. Im Flughafengeschäft ist ABB ZH bisher nur über die 100%-ige Tochtergesellschaft ABB Airport Technologie GmbH ("AAT") mit Sitz in Mannheim tätig.

Meldepflicht

Die gemeinsame Kontrolle in Airrange erfolgt nach Massgabe der Statuten in Verbindung mit dem Organisationsreglement und dem Aktionärbindungsvertrag zwischen Avireal und ABB. Nach dem Anteils-erwerb werden die beiden Partner in allen entscheidenden Organen des Gemeinschaftsunternehmens jeweils 50% der Stimmen halten.

Airrange wird als wirtschaftlich und rechtlich eigenständiges Unternehmen mit ihren Leistungen am Markt auftreten und auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Das Vorhaben kann daher als Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen qualifiziert werden und stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar.

Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres überschreiten die in Artikel 9 Absatz 1 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Zusammenschluss.

Relevanter Markt

Mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens beabsichtigen die beteiligten Unternehmen, Dienst- und Beratungsleistungspakete im Bereich des flughafenspezifischen Facility Managements (Planung, Bau und Unterhalt von Liegenschaften und Anlagen) anzubieten.

In räumlicher Hinsicht ist zu bemerken, dass Airrange in einer ersten Phase nur in Europa tätig werden will. Eine Tätigkeit in der Schweiz ist nicht vorgesehen.

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

Die durch Airrange angebotenen Leistungen wurden bislang von der Mehrheit der Flughafenbetreiber mehr oder weniger selbstständig erbracht oder einzeln an Dritte vergeben. Es wäre jedoch eine zu enge Marktabgrenzung, wenn der Markt für jede dieser Dienstleistungen eigenständig betrachtet würde. Die Tendenz geht in die Richtung, dass die betreffenden Leistungen aus Gründen der Rentabilität vollständig und umfassend ausgelagert und gesamthaft von einem spezialisierten Geschäftspartner koordiniert und überwacht werden.

Im vorliegenden Fall sind zwei sachlich relevante Märkte abzugrenzen: Einerseits der Markt für die Beratung betreffend den Betrieb von Flughäfen, andererseits der Markt für flughafenspezifisches Gebäude- und Liegenschaftsmanagement.

Betroffene Märkte entstehen dort, wo der Marktanteil in der Schweiz von zwei der beteiligten Unternehmen mindestens 20% beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU).

Angesichts des Umstandes, dass Airrange neuartige integrierte Leistungen anzubieten beabsichtigt und dadurch einen neuen, bislang nicht bestehenden Markt erschliesst, ist vom vorliegenden Zusammenschluss kein Markt betroffen.

Marktstellung und aktueller Wettbewerb

Die Leistungen, wie sie Airrange anzubieten plant, sind insofern neuartig, als sie von integralem Charakter sind und sämtliche Bereiche decken, die im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Flughafens stehen. Aktuelle Konkurrenz gibt es daher keine.

Für beide Märkte besteht hingegen potenzielle Konkurrenz. Mit Marktzutritten ist unter anderem von den Flughäfen und Fluggesellschaften selber, von Ingenieur- und Beratungsunternehmen, Systemlieferanten und Bauunternehmen zu rechnen. Zu diesem Zweck werden in der Regel Allianzen und Kooperationen gebildet, um das erforderliche Know-how zu bündeln. Ein Marktzutritt kann daher als verhältnismässig einfach eingestuft werden und ist auch mit entsprechend niedrigen Kosten verbunden.

Da die Märkte noch nicht erschlossen sind, können zu den Marktanteilen keine Angaben gemacht werden. Die Joint-Venture-Partner rechnen - unter Annahme eines konstanten Marktvolumens von USD [...] Mio. - mit europaweiten Marktanteilen von etwa [...] %.

Bei Betrachtung der bisherigen Tätigkeit der beteiligten Unternehmen ist festzustellen, dass diese in unterschiedlichen Teilgebieten des relevanten Marktes tätig sind. Auch bei einer engeren Marktabgrenzung käme es somit nicht zu Marktanteilsadditionen.

Ergebnis

Zusammenfassend ergeben sich aufgrund der vorliegenden Angaben zur potenziellen Konkurrenz keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben der Avireal und der ABB in Sachen Airrange AG eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	8. Göhner Merkur AG
-------	----------------------------

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

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

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

Am 14. August 2000 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Die Siemens Building Technologies AG, Zürich (SBT), erwirbt die alleinige Kontrolle über die Göhner Merkur AG (GM).

Die SBT ist vor allem im Bereich der Gebäudetechnik und -bewirtschaftung sowie den damit verbundenen Produkten, Systemen und Dienstleistungen tätig. Die GM betätigt sich mit Totalunternehmungen und Liegenschaftsverwaltung.

Von kartellrechtlichem Interesse ist bei diesem Zusammenschluss nur der Bereich Facility Management, in dem beide betreffenden Unternehmen aktiv sind. Allerdings geht aus der vorläufigen Prüfung hervor, dass die Unternehmen nach dem Zusammenschluss nicht annähernd einen gemeinsamen Marktanteil von 20% im relevanten Markt erreichen.

Die Voraussetzungen zum Einleiten eines Prüfungsverfahrens sind somit nicht gegeben.

B 2.3	9. Bosch/Siemens, GU Demag Krauss-Maffei
-------	---

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

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

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

1. Am 25. August 2000 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Robert Bosch GmbH (Bosch), Stuttgart, und Siemens Aktiengesellschaft, München (Siemens), gemeinsam die Kontrolle über die Mannesmann Demag Krauss-Maffei AG, München (Demag Krauss-Maffei), zu erwerben. Dies geschieht über den Erwerb der Mehrheit an der Atecs Mannesmann AG, die Aufteilung der Atecs-Beteiligungen an Mannesmann Dematic AG, Mannesmann Sachs AG und Mannesmann VDO AG auf Siemens und an Mannesmann Rexroth AG auf Bosch (je alleinige Kontrolle), womit Demag Krauss-Maffei AG unter gemeinsamer Kontrolle verbleibt.

2. Siemens ist international insbesondere tätig in den Geschäftsbereichen Elektronik, Automobiltechnik, Anlagenbau und technische Dienstleistungen, Automatisierungs- und Antriebstechnik, Produkti-

ons- und Logistiksysteme, Verkehrstechnik, Computerbauteile, sowie Informations- und Kommunikationstechnik.

Bosch ist international tätig in den Bereichen Automobil-, Kommunikationstechnik, Gebrauchs- (Elektrowerkzeuge, Elektrohaushaltsgeräte etc.) und Produktionsgüter (Automationstechnik, Verpackungsmaschinen).

Atecs ist eine Holdinggesellschaft, die nach dem angemeldeten Vorhaben einzig die Kontrolle über Demag Krauss-Maffei ausüben wird.

Demag Krauss-Maffei ist aktiv im Bereich Kunststoffmaschinen, Turbinen, Verfahrens- und Wehrtechnik.

3. Das Vorhaben wurde von den EU-Behörden am 11. August 2000 für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen erklärt (COMP/M.1922-Siemens/Bosch/Atecs, nicht veröffentlicht).

Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

4. Bosch, Siemens und Demag Krauss-Maffei sind Unternehmen des privaten Rechts. Der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle von Bosch und Siemens über das bisher nicht gemeinsam kontrollierte Unternehmen Demag Krauss-Maffei (via Atecs) stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG und Artikel 2 Absatz 1 VKU dar.

5. Die beiden Vorgänge, mit denen Bosch bzw. Siemens je die alleinige Kontrolle über Mannesmann-Tochterunternehmen erwerben, sind nicht meldepflichtig, da die Umsatzschwelle von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG nicht erreicht wird.

6. Hingegen ist der Erwerb der gemeinsamen Kontrolle meldepflichtig nach Artikel 9 Absatz 1 KG. Die weltweiten Umsätze von Bosch, Siemens und Demag Krauss-Maffei überschreiten je die Schwelle von CHF 2 Milliarden. Mit Bosch und Siemens erreichten - im Gegensatz zu Demag Krauss-Maffei - im letzten Geschäftsjahr in der Schweiz zwei Unternehmen Umsätze von mehr als CHF 100 Millionen.

7. Bosch und Siemens sind auf einer ganzen Reihe von Märkten tätig, auf die sich der hier vorzuprüfende Zusammenschluss nicht auswirkt und der Zusammenschluss auch keine Abreden enthält. Dort verändert sich an der wettbewerblichen Situation nichts. Insoweit kann das Zusammenschlussvorhaben auch keine marktbeherrschende Stellung schaffen oder verstärken. Egal wie genau die Märkte, die dagegen im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben stehen, abgegrenzt werden, es kommt in keinem Fall zu einer Marktanteilsaddition auf 20% oder mehr. Demag Krauss-Maffei erzielt aber auf dem Markt für Spritzgiessmaschinen in der Schweiz einen Marktanteil von mehr als 30%. Hier liegt also ein betroffener Markt vor.

8. Spritzgiessmaschinen dienen der Herstellung von Kunststoffteilen durch Eindrücken des Ausgangsmaterials in eine Form (diskontinuier-

lich im Gegensatz zu Extrudern für die kontinuierliche Herstellung von Produkten wie Rohren, Bändern, Folien usw.). Demag Krauss-Maffei's Marktanteil in der Schweiz liegt über 30% (1999 und 1997, 1998 [0-5]% höher). Die drei wichtigsten Konkurrenten in der Schweiz hielten 1997 bis 1999 Anteile zwischen rund 20 und 11% und haben alle leicht verloren (zusammen von fast 50% auf rund 40%). EWR-weit sind die Marktanteile ähnlich, leicht stärker zu Gunsten von Demag Krauss-Maffei. Der Markt für Spritzgiessmaschinen ist in den letzten Jahren etwas gewachsen, weltweit wie in der Schweiz. Abnehmer für diese Maschinen sind Industrieunternehmen unterschiedlichster Grösse auf der ganzen Welt, die auch weltweit ihre Maschinen beschaffen. Forschung und Entwicklung im Spritzgiessmaschinenbau gehen Richtung Energieeinsparung, besseren Kunststoffdurchsatz und die Integration elektronischer Bauteile. Dafür werden etwa 3% des Umsatzes eingesetzt, und es bestehen einzig für Teillösungen oder Verfahren Schutzrechte. Potenzielle Konkurrenten finden sich in Asien (Japan).

9. Angesichts dieser Daten und insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Markt offen ist und eine europa- oder gar weltweite Dimension aufweist, kann nicht von einer marktbeherrschenden Stellung gesprochen werden, die die Gefahr des Wettbewerbsausschlusses in der Schweiz schaffen würde.

10. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	10. HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France
-------	--

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

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

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

Am 17. Juli 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben HSBC Holdings plc (im Folgenden: HSBC) und Crédit Commercial de France (im Folgenden: CCF) eingegangen.

Die HSBC mit Sitz in London ist die Holdinggesellschaft eines der weltweit grössten Bank- und Finanzdienstleistungsunternehmen mit über 5'000 Niederlassungen in mehr als 80 Ländern. Sie ist insbesondere in Grossbritannien (HSBC Bank plc), in China (The Hongkong and Shanghai Banking Corp., Hang Seng Bank Ltd.), in den USA (HSBC USA Inc.) sowie in Brasilien tätig. Weitere Tätigkeitsgebiete sind haupt-

sächlich Argentinien, Kanada, Indien, Malaysia, Singapur, Saudi Arabien und der Mittlere Osten.

Die Aktivitäten von HSBC umfassen sämtliche Dienstleistungen einer Universalbank, so das Retail Banking, das Corporate and Investment Banking, das Private Banking und das Asset Management für institutionelle Anleger. Weiter bietet HSBC auch Versicherungsdienstleistungen vorwiegend in Grossbritannien, Südamerika und Südostasien an.

Ab dem 1. Juli 2000 ist die HSBC in der Schweiz nach erfolgter Umstrukturierung durch die HSBC Republic Bank (Suisse) SA und die HSBC Guyerzeller Bank AG vertreten. Beide Institute erbringen vorwiegend Dienstleistungen im Bereich Private Banking und Asset Management. Die HSBC Republic Bank (Suisse) SA betreibt zusätzlich das Geschäft für internationale Handelsfinanzierungen inklusive Devisenhandel.

Die CCF mit Sitz in Paris ist ebenfalls eine Universalbank. Sie gehört zu den sieben grössten Banken in Frankreich und ist weltweit in 46 Ländern vertreten. Die CCF betreibt sowohl das Retail Banking wie auch das Commercial Banking, Private Banking und Asset Management.

In der Schweiz ist die CCF insbesondere durch die Holdinggesellschaft Crédit Commercial de France (Suisse) Holding SA, Genf, präsent, welche die beiden Tochtergesellschaften Crédit Commercial de France (Suisse) SA, Genf (mit Zweigniederlassungen in Zürich und Lugano), und Handelsfinanz CCF Bank, Genf (mit Zweigniederlassung in Zürich), besitzt. Nur die beiden letzteren sind operativ tätige Bankinstitute und betreiben ausschliesslich das Private Banking.

Die HSBC hat bereits am 31. März 2000 mit verschiedenen Aktionären der CCF (Banken und Versicherungsgesellschaften) Kaufverträge abgeschlossen, wonach diese sich verpflichteten, ihre CCF-Aktien an die HSBC zu übertragen. Daraufhin wurden am 6. respektive am 13. Juni 2000 die Kaufverträge vollzogen. Somit hielt die HSBC im letztgenannten Zeitpunkt 24,87% am Aktienkapital sowie an den Stimmrechten der CCF.

HSBC erliess sodann ein öffentliches Umtauschangebot, welches vom 7. Juni 2000 bis zum 12. Juli 2000 dauerte. Im Vorgang zu diesem Umtauschangebot kündigten die beiden verbleibenden Grossaktionärinnen der CCF, die Swiss Life Versicherungsgesellschaft, Zürich, und die ING Group, Niederlande, die Bereitschaft an, ihre beiden Aktienpakete im Gesamtumfang von 34,03% des Kapitals respektive der Stimmen zu den im Angebot statuierten Bedingungen zu offerieren. Damit wird HSBC nach Ablauf des Umtauschangebotes und dessen Vollzuges über 50% am Aktienkapital und an den Stimmen verfügen und somit die Kontrolle über die CCF innehaben. Der Vollzug des Umtauschangebotes ist auf den 28. Juli 2000 vorgesehen.

Der Zusammenschlusstatbestand gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG ist somit erfüllt. Ebenso werden die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz

1 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG erreicht. Meldepflichtig ist die HSBC als übernehmende Gesellschaft (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).

Der sachlich relevante Markt bezüglich der von den beteiligten Unternehmen in der Schweiz erbrachten Finanzdienstleistungen im Rahmen des Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen) ist nach ständiger Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527 f., Rz. 17, 20; zuletzt Banque Nationale de Paris/Paribas, Entscheid vom 17. April 2000 [bisher unveröffentlicht]) räumlich zumindest gesamtschweizerisch abzugrenzen. In diesem räumlichen Markt sind die Marktanteile der beiden beteiligten Unternehmen marginal, wie ein Vergleich mit den grössten Schweizer Banken verdeutlicht.

Die durch die Schweizer Tochtergesellschaften verwalteten Kundenvermögen betragen gesamthaft CHF [...]. Die entsprechenden Zahlen betragen für die UBS AG allein im Private Banking CHF 731 Mia. (UBS AG gesamt: CHF 1'744 Mia.) und für die CS im Private Banking CHF 376 Mia. (CS Group gesamt: CHF 994 Mia.). Nach Angaben der jüngsten SNB-Bankenstatistik (Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz 1999, Zürich, 2000) belaufen sich Ende 1999 die von den Banken in der Schweiz verwalteten Vermögen in Kundendepots auf total CHF 3'522 Mia. Gemessen an diesem Wert beträgt der Anteil der durch die Schweizer Tochtergesellschaften beider Unternehmen verwalteten Kundenvermögen lediglich [...].

Gleiches gilt für die von den Banken erbrachten Treuhandgeschäfte (Kundenvermögen, welche die Banken in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden verwalten). So verwalten sämtliche Tochtergesellschaften in der Schweiz fiduziarisch hinterlegte Vermögenswerte von total CHF [...]. Für die UBS AG ergibt sich ein Betrag von CHF 61,7 Mia. und für die CS Group ein Betrag von CHF 37,37 Mia. Gesamtschweizerisch wurden gemäss SNB-Statistik Vermögen von total CHF 367,4 Mia. treuhänderisch verwaltet. Dies ergibt für die beteiligten Unternehmen einen Anteil am gesamtschweizerischen Markt von [...].

Andere Indikatoren, welche zumindest ansatzweise die Bedeutung eines Institutes im Private Banking messen, wie zum Beispiel der Erfolg aus dem Kommissions- und Dienstleistungsgeschäft, ergeben ebenfalls einen für die beteiligten Unternehmen nur marginalen Marktanteil (so etwa [...]. für das Kommissions- und Dienstleistungsgeschäft).

Die sachlichen Märkte "Asset Management" sowie "Internationale Handelsfinanzierungen" sind räumlich gesehen internationale Märkte (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 528, Rz. 20; zuletzt Banque Nationale de Paris/Paribas, Entscheid vom 17. April 2000 [bisher unveröffentlicht]). In beiden Märkten stehen den beteiligten Unternehmen zahlreiche starke Wettbewerber gegenüber,

so unter anderem die drei Schweizer Grossbanken UBS AG, Credit Suisse und Credit Suisse First Boston, aber auch weitere Bankinstitute wie die Kantonalbanken, die Handelsbanken und letztlich eine grosse Anzahl von ausländischen Banken.

Die Voraussetzungen gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG zur Einleitung einer Prüfung sind nach den vorangegangenen Erörterungen nicht gegeben, da keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen.

B 2.3	11. Dai-Ichi Kangyo Ltd., Tokyo, Fuji Bank Ltd., Tokyo, and The Industrial Bank of Japan Ltd., Tokyo
-------	---

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

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

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

Am 23. August 2000 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben Dai-Ichi Kangyo Bank Ltd. ("DKB"), Tokyo, mit der Fuji Bank Ltd. ("Fuji Bank"), Tokyo, und The Industrial Bank of Japan Ltd. ("IBJ"), Tokyo, eingegangen. Gleichzeitig wurde auch die Fusion der drei in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften angekündigt.

Die beteiligten Banken

Die DKB mit Sitz in Tokyo ist die Holdinggesellschaft eines vorwiegend in Japan tätigen Bankkonzerns. Sie besitzt auch mehrere Niederlassungen sowie Tochtergesellschaften im Ausland, unter anderem die Schweizer Tochtergesellschaft Dai-Ichi Kangyo Bank (Schweiz) AG ("DKB Schweiz") mit Sitz in Zürich.

Kerngeschäft der DKB in Japan ist insbesondere das Retail Banking (Individualkunden sowie kleinere und mittlere Unternehmungen), wo sie zu den führenden Bankinstituten gehört. Daneben betreibt die DKB über ihre Tochtergesellschaften auch das Corporate Banking (Unternehmensfinanzierungen) zu Gunsten von japanischen Grossfirmen im In- und Ausland und das International Banking (Finanz- und Beratungsdienstleistungen im Sinne des Investment Bankings, welche über die Unternehmensfinanzierungen hinaus gehen).

Die Fuji Bank ist ebenfalls die Holdinggesellschaft eines weltweit tätigen Finanzdienstleistungskonzerns mit Sitz in Tokyo. Zu den Kerngeschäften gehört in Japan neben dem Retail Banking auch das Private Banking. Im Unterschied zur DKB ist der Bereich Investment Banking sowohl in Japan wie auch international stark ausgebaut. Weiter be-

treibt die Fuji Bank auch das Asset Management für institutionelle Anleger wie Banken, Versicherungen, Pensionskassen oder öffentlich-rechtliche Anstalten. Sie ist im Übrigen in der Schweiz mit ihrer Tochtergesellschaft Fuji Bank (Schweiz) AG ("Fuji Bank Schweiz") mit Sitz in Zürich vertreten.

Im Gegensatz zu den beiden anderen japanischen Banken ist IBJ keine Universalbank sondern eine sogenannte Wholesalebank. Als solche bedient sie weltweit lediglich Grosskunden. Zu ihren Kernkompetenzen gehören das Kredit- und Wertpapiergeschäft, die Vermögensverwaltung sowie die Geld- und Devisenmarkttransaktionen. Im Unterschied zu DKB und Fuji Bank ist IBJ stärker im Ausland vertreten. In der Schweiz besitzt sie die Tochtergesellschaft The Industrial Bank of Japan - NJ (Schweiz) AG ("IBJ Schweiz"), ebenfalls mit Sitz in Zürich.

Die in der Schweiz ansässigen Tochtergesellschaften bieten lediglich spezifische Finanzdienstleistungen an. So betreibt die DKB Schweiz lediglich die Anlageberatung und Vermögensverwaltung für ihre Privat- und Firmenkunden sowie das Emissionsgeschäft für ausländische Schuldner.

Auch die Fuji Bank Schweiz ist im Emissionsgeschäft für ausländische Schuldner tätig. Sie bietet aber insbesondere Dienstleistungen im Handelsgeschäft mit Wertschriften und Devisen sowie im Kreditgeschäft und im Geldmarktgeschäft (Interbankgeschäft) an.

IBJ Schweiz wiederum betreibt die beiden Geschäftsfelder Emissionen - hauptsächlich für japanische Schuldner - und Vermögensverwaltung. Seit 1998 vertreibt die Bank auch Dienstleistungen im Börsenhandel mit japanischen Aktien.

Zusammenschlussvorhaben

Die drei Mutterhäuser in Japan kündigten bereits im Sommer letzten Jahres die Konsolidierung der drei Finanzdienstleistungskonzerne an. Danach soll am 29. September 2000 eine "Holdinggesellschaft" mit der Firma Mizuho Holding Ltd. gegründet werden. Per 1. Oktober sollen dann die drei Banken unter das Holdingdach gestellt werden und als eigenständige Tochtergesellschaften weitergeführt werden. In einem späteren Zeitpunkt werden die einzelnen Geschäftsbereiche neu re-strukturiert.

Gleichzeitig mit der Zusammenführung der drei japanischen Banken soll ein Teil der ausländischen Tochtergesellschaften auf den 1. Oktober 2000 fusioniert werden. Entsprechend ist deshalb vorgesehen, dass auch die in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften sich zusammenschliessen. Konkret werden die Fuji Bank Schweiz und die IBJ Schweiz von der DKB Schweiz absorbiert. Letztere wird per 1. Oktober 2000 in "Mizuho Bank (Schweiz) AG" umfirmiert.

Zusammenschluss und Aufgreifschwellen

Die Gründung der Mizuho Holding Ltd. durch die drei japanischen Banken respektive die Unterstellung letzterer unter die Holdinggesellschaft stellt einen Unternehmenszusammenschluss nach Artikel 4 Absatz 3 KG dar. Ebenso stellt die Fusion der beiden schweizerischen Tochtergesellschaften Fuji Bank Schweiz und IJB Schweiz mittels Absorption in die DBK Schweiz einen Zusammenschluss nach Artikel 4 Absatz 3 KG dar.

Die gemäss Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 KG vorgesehenen Aufgreifschwellen sind erfüllt. Der geplante Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

Betroffene Märkte

Der sachlich relevante Markt der von den beteiligten Unternehmen respektive deren Tochtergesellschaften in der Schweiz erbrachten Finanzdienstleistungen im Rahmen des Private Bankings (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen) ist nach ständiger Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527 f., Rz. 17, 20; zuletzt HSBC Holdings plc/Crédit Commercial de France, Entscheid vom 26. Juli 2000, RPW 2000/3, S. 450 ff.) räumlich zumindest gesamtschweizerisch abzugrenzen. In diesem räumlichen Markt sind die Marktanteile der beteiligten Unternehmen marginal, wie ein Vergleich mit den grössten Schweizer Banken verdeutlicht.

Die in der Schweiz durch die Tochtergesellschaften verwalteten Kundenvermögen betragen gesamthaft CHF 0,3 Mia. Die entsprechenden Zahlen betragen für die UBS AG allein im Private Banking CHF 731 Mia. (UBS AG gesamt: CHF 1'744 Mia.) und für die CS im Private Banking CHF 376 Mia. (CS Group gesamt: CHF 994 Mia.). Nach Angaben der jüngsten SNB-Bankenstatistik (Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz 1999, Zürich, 2000) belaufen sich Ende 1999 die von den Banken in der Schweiz verwalteten Vermögen auf total CHF 3'522 Mia. Gemessen an diesem Wert ist der Anteil der durch die Schweizer Tochtergesellschaften der Unternehmen verwalteten Kundenvermögen verschwindend klein.

Gleiches gilt für die von den Banken erbrachten Treuhandgeschäften (Kundenvermögen, welche die Banken in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden verwalten). So verwalten sämtliche Tochtergesellschaften in der Schweiz fiduziarisch hinterlegte Vermögenswerte von total CHF 0,5 Mia. Für die UBS AG ergibt sich ein Betrag von CHF 61,7 Mia. und für die CS Group ein Betrag von CHF 37,37 Mia. Gesamtschweizerisch wurden gemäss der SNB-Bankenstatistik Vermögen von total CHF 367,4 Mia. treuhänderisch verwaltet. Dies ergibt für die be-

teiligten Unternehmen einen Anteil am gesamtschweizerischen Markt von 0,1%.

Das Emissionsgeschäft (Mittelbeschaffung für die Privatwirtschaft und den öffentlichen Haushalt auf dem Kapitalmarkt durch Herausgabe von Wertpapieren gleichartiger Ausstattung) wurde bereits im Entscheid der Kammer "Dienstleistungen" vom 17. April 2000 in Sachen Banque Nationale de Paris/Paribas [bisher unveröffentlicht] als nationaler Markt definiert. Dies gilt zumindest aus Sicht der Nachfrager mit Standort in der Schweiz. Die drei japanischen Tochtergesellschaften bieten ihre Dienstleistungen im Emissionsgeschäft aber ausschliesslich ausländischen Schuldner an (vorzugsweise japanischen Unternehmen), welche über die Muttergesellschaften an die Töchter in der Schweiz "vermittelt" werden. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die räumliche Marktabgrenzung beim Emissionsgeschäft nicht zu eng bestimmt worden ist.

Die Frage braucht hier nicht abschliessend beantwortet zu werden, da selbst ein Vergleich mit anderen schweizerischen Banken für die Tochtergesellschaften einen bescheidenen Anteil am Emissionsgeschäft ergibt. So wurden 1999 von den Banken in der Schweiz insgesamt 195 Anleihen ausländischer Schuldner auf dem Schweizer Kapitalmarkt (in Schweizer Franken und in ausländischer Währung) platziert. Das Volumen von ausländischen Schuldner allein bei den Anleihen in Schweizer Franken betrug 1999 (nach Emissionsdatum) total CHF 39,7 Mia. (vgl. Tabelle D11/1 des Statistischen Monatshefts der SNB vom August 2000, publiziert unter: <http://www.snb.ch/d/publikationen/publi.html>). Im gleichen Zeitraum emittierten die beteiligten Banken als Lead Manager oder als Joint Book Runner Emissionen auf dem Schweizer Franken-Kapitalmarkt im Gesamtwert von CHF 677 Mio., was einem Anteil von 1,7% am Gesamtvolumen entspricht. Sodann wird das Emissionsgeschäft nicht nur von Banken sondern ebenfalls von zahlreichen anderen Finanzdienstleistungsunternehmen betrieben, weshalb der Marktanteil diesbezüglich noch kleiner ausfallen muss.

Auf eine Ausführung bezüglich der weiteren Dienstleistungen der Fuji Bank Schweiz (Kreditgeschäft mit Grossunternehmen, Handel mit Wertschriften und Devisen sowie Geldmarktgeschäfte) kann an dieser Stelle verzichtet werden, da die entsprechend ausgewiesenen Zahlen nur marginale Marktanteile ergeben und die entsprechenden Märkte mindestens national, eher sogar international abzugrenzen sind.

Die Voraussetzungen gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG zur Einleitung einer Prüfung sind somit nach den vorangegangenen Erörterungen nicht gegeben, da keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen.

B 2	6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	1. Treueprämien der Post bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften

Empfehlung; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandatios; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazione; art. 45 cpv. 2 LCart

A. Sachverhalt

1. Gegenstand dieser Empfehlung ist die wettbewerbspolitische Beurteilung der so genannten Treueprämien der Post bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften. Die Wettbewerbskommission wurde durch die Anfrage eines Verlages und eines daraus folgenden Gutachtensauftrages für den Verband Schweizer Presse auf die Problematik aufmerksam gemacht.

2. Die (Normal-)Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften gehört zu den nicht reservierten Diensten der Post (vgl. Art. 4 Postgesetz vom 30. April 1997 (PG) und Art. 4 Abs. 1 Bst. d Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (VPG)). Das heisst, dass in der Normalzustellung von Zeitungen und Zeitschriften Konkurrenz herrscht, die Post aber den Dienst im Rahmen der Grundversorgung anbieten muss. Die Frühzustellung gehört hingegen zu den Wettbewerbsdiensten, welche die Post freiwillig in Konkurrenz zu Dritten anbieten kann. Für einige Verlage erbringt die Post oder Unternehmen, an denen sie beteiligt ist, diese Dienstleistung auch.

3. Die gesetzlichen Grundlagen für die Treueprämien finden sich in Artikel 15 PG und in Artikel 11 VPG. Weitere Ausführungen finden sich in der Broschüre "Zeitungen Schweiz" der Post, Ausgabe Januar 2000.

4. Gemäss Artikel 15 PG gewährt die Post zur Erhaltung einer vielfältigen Presse Vorzugspreise für abonnierte Zeitungen, vor allem für die Regional- und Lokalpresse, sowie für abonnierte Zeitschriften. Die Post legt die Preise insbesondere nach Massgabe der Erscheinungshäufigkeit, des Gewichts, der Auflage, des Formates und des Anteils an redaktionellem Text fest. Sie berücksichtigt zudem, welcher Anteil der Auflage zur Beförderung übergeben wird. Die Vorzugspreise müssen vom Departement genehmigt werden. Der Bund gilt der Post jährlich die ungedeckten Kosten aus der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften ab.

5. Das so genannte Treueprämiensystem ist wie folgt ausgestaltet: Ein Verlag erhält eine Ermässigung von 10 Rappen pro Exemplar, wenn er die gesamte Auflage der betreffenden Zeitung der Post zur

Zustellung übergibt. Wenn nicht die gesamte Auflage, jedoch mindestens 50% davon übergeben werden, beträgt die Ermässigung 5 Rappen pro Exemplar. Sie entfällt, wenn mehr als 50% der Auflage durch eigene Verträger oder durch private Vertragsorganisationen zugestellt werden. Tabellarisch lässt sich das Treueprämiensystem folgendermassen darstellen:

Anteil der Auflage, welcher der Post zur Zustellung übergeben wird	Gewährte Reduktion
<50%	Keine Reduktion
>50%	5 Rappen pro Exemplar
100%	10 Rappen pro Exemplar

6. Für die Berechnung der massgeblichen Auflage werden der Kiosk- und Strassenverkauf, die Verteilung im eigenen Betrieb, die Distribution über Automaten durch den Verleger und die Frühzustellung durch die Post nicht berücksichtigt. Diese Faktoren haben somit keine Reduktion der Treueprämien zur Folge.

7. Ebenfalls keine Reduktion der Treueprämien zur Folge hat der Anteil der Auflage, welcher durch Tochterunternehmen der Post zugestellt wird. Bei den Unternehmen handelt es sich um die Zustellbetriebe BEVO (50% Beteiligung der Post) und Epsilon (66% Beteiligung der Post).

8. Die Abgeltung der aus dem Zeitungstransport entstehenden Kosten basiert auf dem so genannten Drittelsmodell. Der Zeitungstransport wird zu je einem Drittel von den Verlegern, dem Bund und der Post getragen. Die Basis hierzu bildet das Defizit der Post beim Zeitungstransport im Jahr 1991 von CHF 270 Mio. Über die Höhe der ungedeckten Kosten stehen gegenwärtig keine Angaben zur Verfügung (vgl. Bericht des Bundesrates über die Überprüfung der Bundessubventionen, zweiter Teil vom 14. April 1999; BBI 1999, S. 8298). Der Betrag, der in den letzten Jahren der Post vom Bund überwiesen wurde, bewegt sich in der Grössenordnung von CHF 100 Mio. pro Jahr.

9. Bei der Post, dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation (UVEK) und einigen Verlagen wurden verschiedene Auskünfte eingeholt. Von Seiten der Verlage ist aus verschiedenen Gründen eine gewisse Unzufriedenheit mit der bestehenden Regelung auszumachen. Insbesondere stellte sich heraus, dass die Höhe möglicher Treueprämien für die Entscheidung der Frage, durch wen die Zustellung organisiert wird (durch den Verlag, durch andere Unternehmen oder durch die Post) eine erhebliche Rolle spielt. Das

UVEK wies darauf hin, dass sie zurzeit überprüfen, wie eine gezieltere Förderung der Regionalpresse auf effizientere Weise zu erreichen sei.

B. Wettbewerbspolitische Beurteilung

10. Vor einer Beurteilung aus kartellgesetzlicher Sicht musste geprüft werden, ob ein Vorbehalt nach Artikel 3 KG vorliegt. Wie erwähnt finden die Treueprämien ihre gesetzliche Grundlage in der Berücksichtigung des Anteils, der zur Beförderung übergeben wird (vgl. Art. 15 Abs. 1 PG). Laut Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG sind dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Die Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Nebst anderen Teilbereichen (z.B. das Sachbeförderungsregal der Post zur Zustellung von adressierten Briefen und Paketen bis zu einem Gewicht von 2 kg) wird aber mit der Bestimmung in Artikel 15 PG eine wettbewerbliche Sonderstellung begründet. Der Gesetzgeber hat punktuell eine wettbewerbliche Spezialregelung eingeführt, die als Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG betrachtet werden könnte. Daher erschien die Einleitung eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens gemäss Artikel 26 ff. KG nicht angebracht. Die Empfehlung stützt sich auf Artikel 45 Absatz 2 KG. Danach kann die Wettbewerbskommission den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften.

11. Vorab ist nach dem Ziel der Regulierung zu fragen. Aus dem Gesetzestext geht hervor, dass dies die Erhaltung einer vielfältigen Presse und vor allem einer vielfältigen Lokal- und Regionalpresse ist. Wie eingangs erläutert, übernimmt der Bund mit CHF 100 Mio einen Teil der ungedeckten Kosten.

12. Betrachtet man die Liste der Verlage, die in den Genuss der Treueprämien kommen, ist festzustellen, dass es sich nur beschränkt um die Lokal- und Regionalpresse handelt, sondern um eine Vielzahl unterschiedlichster Printerzeugnisse, unter denen auch Grossverlage zu finden sind. Der Bericht des Bundesrates über die Überprüfung der Bundessubventionen, 2. Teil vom 14. April 1999 (BBI 1999, S. 8298), hält dazu fest: "Bei dieser Subvention handelt es sich um eine Giesskannensubvention. Alle Zeitungen und Zeitschriften, die die festgelegten Kriterien erfüllen, werden begünstigt, unabhängig davon, ob sie es nötig haben oder nicht. Wenn der Bund die notleidende Lokal- und Regionalpresse unterstützen will, müsste das mit gezielten Beträgen erfolgen. Auf diese Weise könnte mit bedeutend weniger Mitteln mehr erreicht werden. Unbefriedigend ist sodann, dass keine aktuellen Angaben über das Ausmass der ungedeckten Kosten vorliegen. ... Die Giesskannensubvention ist so rasch wie möglich durch eine effizientere Lösung zu ersetzen, die mit weniger Mitteln gezielt die notleidende

Lokal- und Regionalpresse unterstützt". Dies ist insofern typisch, als dass eine Förderung oder Subventionierung auf Umwegen, nämlich wie in diesem Fall über den Zeitungstransport, in der Regel zur Ineffizienz der Massnahme führt.

13. Die Post gewährt Treueprämien, wenn mindestens 50% der gesamten Auflage der Post zur ordentlichen Zustellung übergeben wird. Falls die Frühzustellung an eine andere Verteilorganisation übergeben oder selber durchgeführt wird, riskiert der Zeitungsverleger, dass er nicht mehr in den Genuss der Treueprämie kommt. Dies kann je nach Leistungsangebot finanziell erheblich ins Gewicht fallen.

14. Eine Umfrage bei verschiedenen Verlagen hat ergeben, dass die Bedeutung der Treueprämien bei der Wahl der Zustellart allgemein als sehr hoch eingeschätzt und deren Ausgestaltung als problematisch angesehen wird. Einige der Verleger haben insbesondere kritisiert, dass eine verlagseigene Zustellung oder die Zustellung durch ein anderes Unternehmen immer 5 beziehungsweise 10 Rappen pro Exemplar günstiger sein müsse als die Zustellung durch die Post.

15. Die Post genießt gegenüber anderen Verteilorganisationen in der Frühzustellung einen Wettbewerbsvorteil. Private Anbieter müssen nicht nur die Preise der Post unterbieten, sondern auch die den Verlagen aufgrund des Wechsels zu privaten Anbietern entgehenden Treueprämien in der Normalzustellung mitberücksichtigen. Die Treueprämien bewirken somit, dass in der Frühzustellung (Wettbewerbsdienst der Post) für private Verteiler eine zusätzliche Markteintrittsschranke geschaffen wird. Für bereits in der Frühzustellung tätige Unternehmen ergibt sich dementsprechend ein Wettbewerbsnachteil. An dieser Stelle wird auch darauf hingewiesen, dass die Frühzustellung für die Verlage von grosser Bedeutung ist, da sie von den Lesern zunehmend erwartet wird. Die Regulierung mit dem Ziel Presseförderung hat somit eine vom Gesetzgeber wohl nicht gewünschte Wettbewerbsverzerrung zwischen der Post und privaten Unternehmen im Bereich der Frühzustellung zur Folge.

16. Die Problematik verschärft sich zusätzlich durch die Tatsache, dass die Treueprämien auch gewährt werden, wenn die Zustellung über Unternehmen erfolgt, an denen die Post beteiligt ist. Dies trifft für die Bevo AG, Bern (50% Post/50% Berner Zeitung), und die Epsilon SA, Genève (66% Post/33% Edipresse), zu. Epsilon und Bevo haben gegenüber anderen Zustellunternehmen den gleichen Wettbewerbsvorteil wie die Post, was die Wettbewerbsverzerrung im Bereich der Frühzustellung noch verstärkt. Epsilon und Bevo sind zudem als Anteilseigner an möglichen Gewinnen beteiligt. In diesem Zusammenhang ist die Frage zu stellen, ob diese Praxis im Einklang mit den Bestimmungen des Postgesetzes steht. Es wird daher angeregt, die bestehende Praxis auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu überprüfen.

17. Inwieweit die Erhaltung einer vielfältigen Presse und insbesondere der Lokal- und Regionalpresse ein Ziel im Interesse des Bundes und daher zu fördern ist, bleibt eine Frage, die durch den Gesetzgeber zu beantworten ist. Falls die Erhaltung einer vielfältigen Presse gewünscht wird, ist die Unterstützung vorzugsweise mittels Direktzahlungen an die Verlage auszurichten. Das hätte den Vorteil, dass der Fluss der eingesetzten Mittel offen erkennbar wäre. Die Verlage könnten freier agieren und entscheiden, für welche Bereiche sie die erhaltene Unterstützung verwenden wollen. Das führt in der Regel zu einem effizienteren Einsatz der Mittel.

18. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Treueprämien der Post zu Wettbewerbsverzerrungen im Markt für Frühzustellung führen. Durch die rechtlich fragwürdige Praxis der Berücksichtigung der Treueprämien bei den Zustellorganisationen Bevo und Epsilon verschärft sich diese Problematik. Zudem ist fraglich, ob das Ziel der Regulierung, nämlich die Erhaltung einer vielfältigen Presse und vor allem der Lokal- und Regionalpresse, auf diese Weise überhaupt erreicht wird.

C. Empfehlung

Die Wettbewerbskommission empfiehlt dem Bundesrat daher, die Wettbewerbsverzerrungen im Sinne der Erwägungen zu beseitigen.

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Commission de recours pour les questions de concurrence
Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3	1. Schweizerische Meteorologische Anstalt
-----	--

Beschwerdeentscheid vom 15. August 2000 in Sachen Schweizerische Meteorologische Anstalt gegen die Wettbewerbskommission (Verfügung vom 6. September 1999) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

A. Meteotest, eine private Anbieterin von meteorologischen Dienstleistungen, gelangte am 17. September 1998 an die Wettbewerbskommission und beantragte die Eröffnung einer Untersuchung sowie den Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) - ein Bundesamt des Eidgenössischen Departements des Innern, welches seit dem 1. Januar 1997 nach den Grundsätzen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung mit Leistungsauftrag und Globalbudget geführt wird.

Mit Verfügung vom 16. November 1998 hiess die Wettbewerbskommission das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gut und verpflichtete die SMA, meteorologische Basisleistungen Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten.

Am 17. November 1998 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission den Parteien mit, aufgrund der im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen aufgetauchten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen habe es eine Untersuchung gegen die SMA eröffnet. Deren Gegenstand sei die Abklärung, ob die SMA Dritte gegenüber den eigenen erweiterten Dienstleistungen beim Zugang zu meteorologischen Basisleistungen diskriminiere und ob dies allenfalls eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne des Kartellrechts darstelle. Am 24. November 1998 erfolgte die amtliche Bekanntmachung der Untersuchung im Bundesblatt, woraufhin die Meteomedia AG mit Schreiben vom 1. Dezember 1998 ihre Beteiligung am Verfahren anmeldete.

Am 6. September 1999 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"1. Es wird festgestellt, dass die SMA in den internationalen Märkten für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz, für Klimadaten zur Schweiz sowie für Radarbilder zur Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Es wird festgestellt, dass die Offerte der SMA an Meteotest vom 27. Juli 1998 eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b KG darstellt.

3. In Bestätigung der vorsorglichen Massnahmen vom 16. November 1998 wird die SMA verpflichtet, meteorologische Daten und Produkte Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten sowie anderen Dritten. Es ist ihr insbesondere untersagt, Diskriminierungen im Sinne der vorstehenden Ziffer 2 vorzunehmen.

4. - 7."

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, die SMA beteilige sich als Anbieterin von meteorologischen Leistungen selbstständig am Wirtschaftsprozess und stelle somit ein öffentliches Unternehmen im Sinne der einschlägigen Gesetzgebung dar. Bei der Gebührenerhebung für ihre Dienstleistungen verfüge die SMA über einen weiten Ermessensspielraum, den sie auch ausnütze. Dieses Ermessen in Bezug auf die Preisgestaltung lasse ihr als Marktteilnehmerin Platz für wettbewerbliches Verhalten, welches daher einer kartellrechtlichen Prüfung zugänglich sei.

Hauptsächlich und ursprünglich erhebe die SMA Daten und erstelle Produkte, welche Basis für das Erbringen von erweiterten Dienstleistungen darstellten. Diese Basisleistungen würden von privaten Anbietern meteorologischer Dienste nachgefragt. Zudem nutze sie die SMA selbst zur Herstellung der von ihr angebotenen erweiterten Dienstleistungen. Diese Daten und Produkte seien aus Sicht der Nachfrager in der Regel nicht substituierbar und in den meisten Fällen sei es nur durch die gemeinsame Nutzung mehrerer Datensätze und Produkte möglich, qualitativ hoch stehende erweiterte Dienstleistungen anzubieten. Die Basisdienstleistungen, welche die SMA selbst erbringe oder von internationalen Organisationen vermittele, müssten im Einzelnen in folgende relevante Märkte abgegrenzt werden: "Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz", "Klimadaten zur Schweiz", "Radardaten zur Schweiz", "Internationale Basisdaten", "Modellvorhersagen EZMW" und "Satellitenbilder der EUMETSAT" sowie "Resultate von Vorhersagemodellen".

Die Vorinstanz kam in der Folge zum Schluss, die SMA verfüge in den internationalen Märkten für Wetterbeobachtungsdaten, Klimadaten und Radardaten zur Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung. Bezüglich der übrigen Märkte lasse sich dies nicht abschliessend beurteilen, was indessen hinsichtlich des Untersuchungsverfahrens nicht entscheidungsrelevant sei. Im Weiteren habe ein Vergleich zwischen der Vertragsofferte der SMA vom 27. Juli 1998 an Meteotest für die Nutzung der Arbeitsplatzumgebung "Meteor 3" und dem Vertrag der SMA mit der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) von 1996 über ein vergleichbares Datenpaket ergeben, dass Meteotest gut doppelt so viel hätte bezahlen müssen wie die SRG. Damit habe die SMA ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht und Meteotest gegenüber der SRG diskriminiert; denn das Schreiben vom 27. Juli 1998 an Meteotest stelle eine unbefristete verbindliche Offerte dar und der Preisunterschied lasse sich entgegen den Ausführungen der SMA nicht rechtfertigen. Im Übrigen sei die SMA auch erst nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen bereit gewesen, den privaten Anbietern neue, kostengünstigere Offerten anzubieten.

Um in Zukunft solche diskriminierende Verhaltensweisen zu verhindern, seien die vorsorglichen Massnahmen zu bestätigen und die SMA unter Sanktionsandrohung im Widerhandlungsfall (Ziff. 6 des Dispositivs) zu verpflichten, meteorologische Daten und Produkte verschiedenen Dritten sowie sich selbst zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Nachdem die SMA nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen mit Meteotest einen Vertrag zu anderen als in der Offerte vom 27. Juli 1998 vorgesehenen Bedingungen abgeschlossen sowie den Vertrag von 1996 mit der SRG gekündigt habe, müsse die SMA ihr den neu mit der SRG auf den 1. Januar 2000 abzuschliessenden Vertrag zur Kenntnis bringen. Im Weiteren sei ihr auch die Kostenrechnung vor deren "Inbetriebnahme" zuzustellen. Denn eine detaillierte

Kostenrechnung liege zurzeit noch nicht vor. Ob eine Ungleichbehandlung der erweiterten Diensten der SMA gegenüber Dritten vorliege, könne indessen nur bei genauer Kenntnis der effektiven Kosten überprüft werden. Deshalb solle die Kostenrechnung der SMA so transparent und genau sein, dass unzulässige Verhaltensweisen jederzeit und ohne grossen Aufwand beurteilt werden können.

B. Gegen diese Verfügung erhob die SMA (Beschwerdeführerin), vertreten durch [...], am 11. Oktober 1999 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung der angefochtenen Verfügung; eventuell sei Ziffer 6 Dispositiv der angefochtenen Verfügung bezüglich Ziffer 3 Dispositiv aufzuheben. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen an, die Wettbewerbskommission sei einerseits zum Erlasse einer derartigen Verfügung gar nicht zuständig und andererseits stelle ihre Offerte an Meteotest keine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern dar.

Betreffend die erste Rüge macht die Beschwerdeführerin geltend, die Wettbewerbskommission sei ihr gegenüber nur zur Abgabe von Empfehlungen berechtigt. Sie stelle kein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts dar, zumal sie grundsätzlich einen hoheitlichen Auftrag habe und nicht privatwirtschaftlich tätig sei. Mit den kommerziellen Diensten erwirtschaftete sie lediglich einen Umsatz von fünf Prozent. Zudem befasse sich die angefochtene Verfügung mit ihrer hoheitlichen Tätigkeit, mit der Weitergabe von Basisdaten. Als der im Gesuch um vorsorgliche Massnahmen erhobene Vorwurf, sie bevorzuge die eigenen kommerziellen Dienste gegenüber unabhängigen Dritten, nicht habe erhärtet werden können, habe die Wettbewerbskommission das Augenmerk in der Untersuchung von ihrer kommerziellen Tätigkeit auf den hoheitlichen Bereich verlegt. Des Weiteren sei zu beachten, dass die Gebührenverordnung generell eine staatliche Preisordnung begründe, welche die materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellrechts ausschliesse. Da sie die Gebühren verfügen könne, sei sie überdies mit besonderen Rechten ausgestattet, und es ergebe sich dadurch ein Rechtsweg, der eine "Verfügungsgewalt" der Wettbewerbskommission ihr gegenüber als unpraktikabel und unzulässig erscheinen lasse.

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass, selbst wenn die Wettbewerbskommission zum Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig gewesen wäre, die Zustellung der Offerte vom 27. Juli 1998 an Meteotest keine Diskriminierungshandlung im Sinne des Kartellrechts darstelle.

Denn sie habe im internationalen Markt für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz überhaupt keine marktbeherrschende Stellung inne. Diesbezüglich habe die Vorinstanz den Sachverhalt - insbesondere betreffend den potenziellen Wettbewerb in diesem Markt - zu wenig

abgeklärt und habe ihre Ausführungen nicht gewürdigt. Im Weiteren fehle es an einer konkreten Tathandlung. Eine bloss drohende Diskriminierung, die sich noch nicht abschliessend konkretisiert habe, sei vom Gesetz nicht verpönt. Die Offerte sei im Rahmen von aktiv geführten Verhandlungen ergangen, wobei sie auch die Leistungsbereitschaft der Gegenpartei habe ausloten wollen. Wie es die Gebührenverordnung vorsehe, habe es sich lediglich um einen voraussichtlichen Preisrahmen gehandelt für eine im Übrigen noch nicht genau bestimmte Leistung. Bei den Vertragsverhandlungen sei es insbesondere auch um das so genannte "Schweizer Modell" gegangen, ein Produkt, das sie bis anhin noch keinem Abnehmer geliefert habe - auch der SRG nicht. Im Übrigen sei auch bezüglich diesem Modell davon auszugehen, dass sie über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Denn das Produkt sei mit dem "Deutschland Modell" substituierbar, welches sie vom Deutschen Wetterdienst gratis beziehe und gemäss den damaligen Vereinbarungen auch gratis habe weitergeben beziehungsweise habe nutzen dürfen. Die Wettbewerbskommission habe somit hinsichtlich der Offerte an Meteotest den Sachverhalt nicht korrekt ermittelt und beim Vergleich mit dem Vertrag der SRG die Unterschiede zu wenig gewürdigt. Mit diesem Vergleich stelle sie zwei grundsätzlich unterschiedliche Situationen einander gegenüber. Einerseits rechtfertige der unterschiedliche Lieferungsumfang die Preisdifferenz. Andererseits müsse berücksichtigt werden, dass die SRG einen verbindlichen Informationsauftrag habe und verpflichtet sei, Wetternachrichten zu verbreiten, und dass sie in ihrer "hoheitlichen" Tätigkeit an Prestige gewinne, wenn die SRG ihre Daten verwende. Zudem sehe der Vertrag mit der SRG eine Einschränkung der Datennutzung bezüglich des Verwendungszwecks vor. Im Übrigen sei zu beachten, dass es bei den so genannten Behinderungstatbeständen um Fälle gehe, wo ein Marktteilnehmer - sei es im Vergleich zu Drittkonkurrenten oder zur kommerziellen Tätigkeit eines marktbeherrschenden Unternehmens - behindert werde. Vorliegend gehe es ausschliesslich um eine angebliche Behinderung von Meteotest gegenüber der SRG. Diese beiden Unternehmen stünden indessen nicht in einem Wettbewerbsverhältnis. Die SRG habe wenigstens zurzeit der vorinstanzlichen Verfügung die erhaltenen Daten ausschliesslich für ihre eigenen Wetter-sendungen benutzt, eine weitergehende Nutzung sei ausgeschlossen gewesen.

Bezüglich des Eventualbegehrens führt die Beschwerdeführerin schliesslich an, Sanktionen könnten nur bei Verstössen gegen Anordnungen mit Verfügungscharakter ausgesprochen werden. Dieser Verfügungscharakter sei indessen bei Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung nicht gegeben. Es fehle eindeutig an der geforderten Konkretisierung. Dispositiv-Ziffer 3 umschreibe lediglich das allgemeine kartellrechtliche Diskriminierungsverbot, was durch die Anfügung "im Sinne der vorstehenden Ziffer 2" belegt werde. Im Üb-

rigen habe sie sich im vorinstanzlichen Verfahren nicht gegen die Verpflichtung aus der vorsorglichen Massnahme gewehrt, sondern lediglich gegen eine diesbezügliche Sanktionsandrohung. Um der Gefahr zu entgehen, eine als diskriminierend betrachtete Handlung zu begehen, sähe sie sich inskünftig gezwungen, nur noch gleichartige, nicht mehr individualisierte Produkte, für die Referenzpreise bestehen, anzubieten.

C. Am 22. November 1999 liess sich die Wettbewerbskommission zur Beschwerde in abweisendem Sinne vernehmen.

Sie macht im Wesentlichen geltend, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei von Anbeginn Gegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens deren Verhalten als Anbieterin von Basisleistungen gewesen. Mit dem Verkauf von meteorologischen Basisdaten und -produkten an Dritte trete die Beschwerdeführerin als Anbieterin einer Dienstleistung selbstständig im Markt auf. Dabei sei unbedeutend, in welchem Umfang sie kommerziell tätig sei. Denn sobald sich ein Unternehmen als Marktteilnehmer am Wirtschaftsprozess beteilige, habe es sich - unabhängig von seiner Organisationsform - an die kartellrechtlichen Vorschriften zu halten. Somit sei die Wettbewerbskommission gegenüber der Beschwerdeführerin als Unternehmen verfügbungsberechtigt. Der Rekurrentin stehe bei der Preisfestsetzung im Rahmen der Gebührenverordnung, wie sie mit ihren Ausführungen betreffend die Offerte an Meteotest selber darlege, ein erhebliches Ermessen zu. Die Gebührenverordnung lasse nicht die Absicht des Gesetzgebers erkennen, dass durch sie das Wettbewerbsprinzip ausgeschaltet werden solle, und sie stütze sich im Übrigen auch nicht auf das Bundesgesetz über die Schweizerische Meteorologische Zentralanstalt. Der Preis unterliege demnach in erheblichem Masse Markteinflüssen, womit das Verhalten der Beschwerdeführerin wettbewerblich relevant sei. Auch der Leistungsauftrag statte diese nicht mit Rechten aus, die den hier in Frage stehenden Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erlauben würden. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Festsetzung des Preises nach Abschluss der Vertragsverhandlungen schliesslich mittels Verfügung erfolge. Die Anfechtung einer so zu Stande gekommenen Verfügung müsste unter Umständen gar als widersprüchliches Verhalten angesehen werden.

Betreffend ihre Stellung im Markt für Daten über Wetterbeobachtungen zur Schweiz bestreite die Beschwerdeführerin nicht, dass sie derzeit alleinige Wettbewerberin sei. Ihre Aussage, sie biete die Daten zu billig an, um den Privaten Anreiz zur Errichtung eigener Stationen zu geben, zeige zudem, dass auch sie davon ausgehe, dass die Kosten für den Aufbau eines flächendeckenden Netzes von Datenstationen nicht durch den in Konkurrenz zu ihr zu tätigen Datenverkauf gedeckt werden könnten. Der Aufbau eines landesweiten Netzes könne auch nicht innert kurzer Zeit realisiert werden. Die Markteintrittsbarrieren

würden sich somit insgesamt als sehr hoch erweisen, weshalb der potentielle Wettbewerb keine disziplinierende Wirkung entfalten könne. Dies zeige, dass die Beschwerdeführerin marktbeherrschend sei.

Als marktbeherrschende Anbieterin treffe sie indessen eine Gleichbehandlungspflicht der Marktgegenseite, die auch die vorvertragliche Phase der Verhandlungen betreffen könne. So dürfe sie nicht versuchen, die "Leistungsbereitschaft der Gegenseite auszuloten"; ein solches Verhalten sei für marktbeherrschende Unternehmen verpönt. Dies gelte auch bei der Preisdiskriminierung. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die abhängige Gegenseite Kenntnis von den Preisen habe, die den Konkurrenten in Rechnung gestellt würden. Das Abhängigkeitsverhältnis schränke die Verhandlungsmöglichkeiten aber erheblich ein. Von Meteotest hätte im Übrigen nicht verlangt werden dürfen, einen Vertrag zu unterzeichnen, den sie für kartellrechtswidrig hielt, nur um diesen anschliessend anfechten zu können. Eine derartige Reaktion hätte als rechtlich widersprüchliches Verhalten gedeutet werden können. Deshalb stelle bereits die vorliegende Offerte, welche nicht als Voranschlag im Sinne der Gebührenverordnung zu betrachten sei, eine Diskriminierungshandlung dar. Die Ausführungen zur Preisdifferenz aufgrund des so genannten "Schweizer Modells" bringe die Rekurrentin in der Beschwerde erstaunlicherweise zum ersten Mal und ohne Belege vor, obschon ihr bereits seit Erlass der vorsorglichen Massnahmen bekannt gewesen sei, dass der Vergleich zwischen dem SRG-Vertrag und der Meteotest-Offerte zum rechtserheblichen Sachverhalt des Verfahrens gehört habe. Damit habe sie gegen die ihr im Verwaltungsverfahren obliegende Mitwirkungspflicht sowie gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen. Die Argumentation sei zudem auch widersprüchlich, weil die SRG - entgegen den weiteren Darlegungen der Beschwerdeführerin - gar nicht zu besseren Bedingungen Daten erhalte. In der vorinstanzlichen Untersuchung sei im Weiteren der Preis für das ganze Datenpaket verglichen worden. Denn ein Hersteller von Wetterprognosen benötige verschiedene Datensätze, und es sei von grossem Vorteil, wenn er sämtliche Datensätze beim gleichen Lieferanten beziehen könne. Deshalb könne auch die Frage offen gelassen werden, ob die Beschwerdeführerin im Bereich der Vorhersagemodelle den Markt ebenfalls beherrsche. Schliesslich sei die SRG ein vertikal integriertes Unternehmen, welches einerseits - wie Meteotest - Wetterberichte herstelle und andererseits - wie die Kunden von Meteotest - Wetterberichte ausstrahle. Somit stehe die SRG in Konkurrenz zu Meteotest sowie zu deren Kunden.

Betreffend den Eventualantrag bringt die Wettbewerbskommission vor, die Anordnung in Ziffer 3 des Dispositivs beziehe sich auf den Verkauf von meteorologischen Daten und Produkten, die Gegenstand der Untersuchung gebildet haben, das heisst auf eine bestimmte Vielzahl von konkreten Sachverhalten. Der Beschwerdeführerin werde demnach nicht allgemein unzulässiges diskriminierendes Verhalten im

kartellrechtlichen Sinne verboten. Hingegen werde sie verpflichtet, gleichwertige Produkte zu gleichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen.

D. Mit Schreiben vom 14. Februar 2000 beantwortete die Beschwerdeführerin die von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen am 23. Dezember 1999 im Rahmen der Instruktion gestellten Fragen betreffend das so genannte "Schweizer Modell".

Sie führt unter anderem aus, es handle sich dabei um ein numerisches Wettervorhersagemodell, welches seit 1993 von ihr betrieben werde. Die Berechnungen erfolgten auf einem Hochleistungsrechner der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) in Zürich. Die Resultate würden fortlaufend für jede Vorhersagestunde in Form von Grafiken und Tabellen auf ihr Informatik-Netz übermittelt und könnten dann sofort ausgewertet werden. An das Modell seien verschiedene zeitkritische Applikationen gekoppelt, welche den gesamten stündlichen Output benötigten. Den Abnehmern des Modells würden die Daten in der Regel mittels elektronischer Übermittlung zur Verfügung gestellt. Aufgrund dieser Dateien seien für sie die Anwendungsmöglichkeiten praktisch unbegrenzt. Demgegenüber würden die Daten des Regionenmodells des Deutschen Wetterdienstes, des so genannten "Deutschland Modells" (so wie die von dessen Nachfolgeprodukt), nur per Telefax übermittelt. Da die Bearbeitung der Daten durch EDV-Mittel somit nicht möglich sei, könne es nur für einfachste Applikationen sinnvoll eingesetzt werden. Beide Modelle seien jedoch gemeinsam entwickelt worden und wiesen daher grosse Ähnlichkeiten auf. Auch wenn der Deckungsbereich über Europa leicht variere, seien grundsätzlich beide Modelle für die Erstellung von Wetterprognosen in der Schweiz geeignet. Für die Erstellung des täglichen Wetterberichts hätten der SRG die Daten aus dem "Deutschland Modell" genügt. Demgegenüber habe sich die Meteotest ausdrücklich für das "Schweizer Modell" interessiert, zumal sie neben dem Erstellen von Wetterprognosen auch in andern Gebieten tätig sei.

Zur Berechnung der Gebühren für Daten des "Schweizer Modells" gebe es genaue Richtlinien. Indessen habe es zahlende Abnehmer bisher nur vereinzelt gegeben; die Hauptabnehmer seien Institutionen, denen nach der Gebührenverordnung die Produkte unentgeltlich zur Verfügung stünden; jedoch werde auch ihnen, zu Kontrollzwecken, Rechnung gestellt. Aufgrund einer Vereinbarung mit dem Deutschen Wetterdienst habe sie täglich Daten des "Deutschland Modells" gratis per Fax erhalten und sei zu deren gebührenfreien Weitergabe zu wissenschaftlicher Nutzung berechtigt gewesen. Für die Abgabe an kommerzielle Benutzer habe sie eine Bewilligung benötigt. Beim Abschluss des SRG-Vertrages sei sie davon ausgegangen, die SRG sei kein kommerzieller Benutzer, sondern erfülle mit dem Meteo-Bericht vielmehr

ihren Informationsauftrag. Deshalb habe sie die Daten per Fax an die SRG weitergegeben.

Zu diesen Ausführungen liess sich die Wettbewerbskommission am 16. März 2000 vernehmen.

Im Wesentlichen führt die Vorinstanz aus, sofern das "Schweizer Modell" aufgrund der elektronischen Datenübermittlung Vorteile gegenüber dem "Deutschland Modell" aufweise - was die Rekurrentin allerdings nicht nachgewiesen habe -, liesse sich ein Preisunterschied gegebenenfalls rechtfertigen. Indessen sei das von der Beschwerdeführerin gewährte Ausmass der "Vorzugskonditionen" als missbräuchlich gerügt worden. Ferner betätigten sich die von ihr erwähnten anderen Abnehmer des "Schweizer Modells" nicht im vorliegend relevanten Bereich - dem Anbieten von Wetterprognosen -, weshalb die entsprechenden Bezugsbedingungen nicht von Bedeutung seien. Dass sich die Meteotest ausschliesslich für das "Schweizer Modell" interessiert habe, sei von der Beschwerdeführerin lediglich behauptet, aber nicht belegt worden.

Aus der Vereinbarung mit dem Deutschen Wetterdienst gehe hervor, dass eine unentgeltliche Weitergabe der Daten nur zu wissenschaftlicher Nutzung zulässig gewesen sei, dabei jede nicht-wissenschaftliche Verwendung als kommerzielle Nutzung zu gelten habe. Die SRG sei keine wissenschaftliche Nutzerin, vielmehr werde sie durch Zuschauergebühren, Einnahmen aus Werbeblöcken und Sponsoring sehr wohl für die Ausstrahlung von Wetterprognosen entschädigt. Daher lasse sich die unentgeltliche Weitergabe der Daten an die SRG nicht rechtfertigen. Zudem hätten auch andere Veranstalter von Fernsehprogrammen, unter anderem auch Kunden der Meteotest, einen "Informationsauftrag".

Mit Schreiben vom 8. Mai 2000 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche und mündliche Verhandlung im Sinne der EMRK vorgesehen sei.

Auf die einzelnen 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. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1). Diese Verfügung kann nach Artikel 53 Absatz 2 KG (zitiert in E. 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) mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat, da sie von der Verfügung ähnlich wie Private betroffen ist, ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG).

Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). 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).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Marktmacht ausüben (vgl. Art. 2 Abs. 1). Vorbehalten sind nach Artikel 3 Absatz 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Unzulässig ist insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

3. Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, sie unterstehe für die im Streit liegenden Aktivitäten überhaupt nicht dem Geltungsbereich des KG. Sie bewege sich im hoheitlichen Bereich. Unter diesen Umständen sei sie kein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG. Jedenfalls aber könne sie sich auf den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a oder b KG berufen. Die Wettbewerbskommission hält demgegenüber dafür, die Beschwerdeführerin sei kommerziell tätig und unterliege daher dem KG; sie könne für sich auch keinen Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 KG beanspruchen.

3.1. Es ist zwar nicht offensichtlich, dass die Beschwerdeführerin ein "Unternehmen" ist. Vielmehr handelt es sich um ein Bundesamt des

Eidgenössischen Departements des Innern und um eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung (vgl. Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, RVOV, SR 172.010.1; Anhang betr. Art. 6 Abs. 3). Dies soll im Übrigen auch unter der Herrschaft des auf den 1. April 2000 in Kraft getretenen neuen Bundesgesetzes vom 18. Juni 1999 über die Meteorologie und Klimatologie (MetG, SR 429.1, AS 2000 664) so bleiben (Art. 2 Abs. 1 MetG; vgl. auch Botschaft vom 22. April 1998 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Meteorologie und Klimatologie, BBl 1998 IV 4161 ff., insbes. 4166 ff.; nachfolgend: Botschaft MetG).

Anders als die Regiebetriebe des Bundes, welche im wettbewerbsrechtlichen Kontext regelmässig als Beispiele angeführt werden, ist ein Bundesamt prinzipiell kein öffentliches Unternehmen (vgl. Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 540, nachfolgend: Botschaft KG; Bruno SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 3, Rz. 10). Man wird aber davon auszugehen haben, dass es Sinn und Zweck des KG entspricht, seine Regeln auch dort zur Geltung zu bringen, wo Bundesämter wie eigentliche öffentliche Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen (so stillschweigend anscheinend auch Roger ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 225, unter Hinweis auf die Beschwerdeführerin; vgl. auch Walter A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Freiburg 1994, S. 14, 243).

Unter diesen Umständen wäre es verfehlt, die Beschwerdeführerin prinzipiell vom Geltungsbereich des KG auszunehmen.

3.2. Was den Vorbehalt in Artikel 3 Absatz 1 KG betrifft, gestaltet sich die Beurteilung in casu erheblich schwieriger.

3.2.1. Vorweg ist festzuhalten, dass das einschlägige Recht seit Erlass der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission geändert hat. Dies ist insofern von Belang, als die angefochtene Verfügung Wirkungen in der Zukunft entfalten soll. Der Beschwerdeführerin wird untersagt, Diskriminierungen gegenüber Dritten, wie sie nach Meinung der Wettbewerbskommission mit der Offerte der Beschwerdeführerin an Meteotest vom 27. Juli 1998 verbunden sind, vorzunehmen. Dieses Diskriminierungsverbot kann zum Vornherein nur dann aufrechterhalten bleiben, wenn die Beschwerdeführerin auch nach neuem Recht für das fragliche Handeln dem KG untersteht. Es ist demnach zu prüfen, wie das ins Recht gefasste Verhalten nach neuem Recht zu beurteilen ist. Angemerkt sei, dass die Wettbewerbskommission selber in Fällen wie dem vorliegenden verpflichtet wäre, eine Verfügung auf Begehren der Adressatin in Wiedererwägung zu ziehen. Dies ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts, ist aber auch in Artikel 30 Absatz 3 KG vorgezeichnet. Diese Bestimmung spricht zwar lediglich davon, dass die Wettbewerbskommission

einen Entscheid, das heisst eine Verfügung von sich aus oder auf Antrag der Betroffenen widerrufen oder ändern könne, wenn sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Aufgrund von Lehre und Rechtsprechung steht aber fest, dass eine Änderung des massgeblichen Rechts nicht nur ein Recht zum Widerruf oder zur Änderung gibt, sondern dass dazu eine Pflicht besteht (vgl. etwa HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 837 ff.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 438; GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 315 f.; vgl. auch Botschaft KG, a.a.O., S. 605). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen nicht nur, sondern es ist geradezu geboten, für die Beurteilung der angefochtenen Verfügung auf die neue Rechtslage Bezug zu nehmen.

3.2.2. Auszugehen ist davon, dass die Beschwerdeführerin nicht privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich gehandelt hat, nämlich mit Verfügung und nicht mit privatrechtlichem Vertrag. Dabei war sie an die geltende Verordnung vom 19. Juni 1995 über die Gebühren der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (Gebührenverordnung, SMA-GebV, SR 429.19; Anhang) gebunden und ihr Gestaltungsfreiraum insofern eingeschränkt. Dies ist grundsätzlich nicht bestritten, doch bringt die Wettbewerbskommission vor, die Gebührenverordnung gewähre der Beschwerdeführerin einen erheblichen Ermessensspielraum und lasse keine Absicht des Gesetzgebers erkennen, wonach mit dieser das Wettbewerbsprinzip ausgeschaltet werden sollte.

a) Würdigt man das Vorgehen der Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund der einschlägigen Bestimmungen des heute geltenden MetG, so ist Folgendes festzuhalten:

In den Artikeln 3 und 4 trennt das MetG die von der Beschwerdeführerin zu erbringenden Dienstleistungen grundsätzlich klar in ein "Grundangebot" und in "Erweiterte Dienstleistungen":

"Artikel 3 Grundangebot an Dienstleistungen

¹ Der Bundesrat legt im Rahmen der Bundesaufgaben [...] ein benutzergerechtes Grundangebot an meteorologischen und klimatologischen Dienstleistungen fest. Er regelt die Bedingungen für dessen Nutzung.

² Das Bundesamt sorgt für die Bereitstellung des Grundangebots, stellt die im Rahmen der Bundesaufgaben erhobenen Daten und Informationen Dritten zur Verfügung und betreibt Auskunft- und Beratungsdienste.

³ Es erhebt für diese Dienstleistungen Gebühren. Sie können nach der Art der Nutzung abgestuft werden. Bei der Bemessung der Gebühren ist dem Allgemeinutzen der meteorologischen und klimatologischen Informationen sowie den

Bedürfnissen der Kantone und der Wissenschaft angemessen Rechnung zu tragen.

Artikel 4 Erweiterte Dienstleistungen

¹ Das Bundesamt kann meteorologische und klimatologische Daten, Ergebnisse oder sonstige Informationen zur Deckung besonderer Kundenwünsche aufbereiten und kommerziell verwerten.

² Das Angebot an erweiterten Dienstleistungen hat in einem engen Zusammenhang mit dem Grundangebot zu stehen und darf dieses nicht beeinträchtigen.

³ Das Bundesamt bietet die erweiterten Dienstleistungen auf privatrechtlicher Basis an. Es setzt das Entgelt nach den Bedingungen des Marktes fest und gibt die Ansätze bekannt. Die erweiterten Dienstleistungen dürfen nicht unter den Gestehungskosten erbracht und nicht mit Erträgen aus dem Grundangebot verbilligt werden".

Der Botschaft MetG (a.a.O., S. 4168 f., 4175 f.) ist zu entnehmen, dass nur für die nach Artikel 4 Absatz 3 MetG zu erbringenden erweiterten Dienstleistungen die Wettbewerbsbestimmungen gelten sollen, nicht aber für Leistungen nach Artikel 3 Absatz 3 MetG. In der parlamentarischen Beratung hat sich hieran nichts geändert. Es wurde auch dort regelmässig zwischen dem "hoheitlichen" und dem "kommerziellen" Bereich unterschieden (vgl. Amtl. Bull. N 1998, S. 1844 f., 1851 f. [Voten KOFMEHL, Berichterstatter], S. 1846 f. [Votum Bundesrätin DREIFUSS], S. 2696 [Votum SCHEURER, Berichterstatter], S. 2696 f. [Votum FEHR, Berichterstatterin]; Amtl. Bull. N 1999, S. 290 f. [Votum FEHR, Berichterstatterin], S. 294 [Votum Bundesrätin DREIFUSS]; Amtl. Bull. S 1998, S. 1208 [Votum MARTIN, Berichterstatter], S. 1209 ff. [Voten SIMMEN, ITEN, BLOETZER, BIERI und SEILER], S. 1213 [Votum Bundesrätin DREIFUSS]; Amtl. Bull. S 1999, S. 567 f. [Votum Bundesrätin DREIFUSS]).

Einzuräumen ist, dass die Rechtsform des Handelns nicht in jedem Fall per se etwas darüber aussagt, ob dieses dem KG unterstehe oder nicht. Auch Handeln in öffentlich-rechtlichen Formen kann in den Geltungsbereich des KG fallen (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 14 f., 243). Im vorliegenden Kontext trifft das MetG aber eine gegenteilige Entscheidung. Es unterscheidet zwischen "hoheitlichem" gebührenpflichtigem Bereich und "kommerziellem" Bereich, in dem die Preise privatrechtlich ausgehandelt werden.

Im Weiteren wird dem Bundesrat die Zuständigkeit überantwortet zu bestimmen, welche Leistungen zum Grundangebot und welche zum erweiterten Angebot gehören sollen (vgl. Art. 3 Abs. 1 MetG i.V.m. Botschaft MetG, S. 4176). Der vom Bundesrat am 24. März 1999 verabschiedete "Leistungsauftrag 2000-2003" schafft insofern noch keine Klarheit. Darin werden an verschiedenen Stellen Anpassungen vorbe-

halten, welche aufgrund der Ergebnisse der Untersuchung der Wettbewerbskommission gegen die Beschwerdeführerin vorgenommen werden sollen (S. 21 ff.). Der Sache nach verweist der Bundesrat damit auf die hier angefochtene Verfügung und erhofft sich von ihr zusätzliche Beurteilungselemente. Diese Verfügung ist nun aber angefochten worden.

b) Die Argumentation von Beschwerdeführerin und Wettbewerbskommission lassen erkennen, dass etliche unzutreffende Vorstellungen über die Wirksamkeit des Rechtsschutzes im Falle der Anwendung allgemeiner öffentlich-rechtlicher Prinzipien anstelle der kartellrechtlichen Vorschriften herrschen. Es ist angezeigt, an dieser Stelle darauf einzugehen, weil die Beschwerdeführerin bei richtiger Sichtweise unabhängig davon einem Diskriminierungsverbot unterliegt, ob ihr Handeln nach dem geltenden MetG dem KG unterstehe oder ob ein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 KG angenommen werde:

(aa) Die Beschwerdeführerin meint, dass gegen ihre Gebührenverfügungen für Leistungen im hoheitlichen Bereich letztinstanzlich die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und des Gleichbehandlungsgebots zur Verfügung stehe. Richtig ist, dass gegen solche Verfügungen Rechtsmittel gegeben sind. Es handelt sich aber nicht um Verfahren der Staatsrechtspflege, sondern um Verfahren der Verwaltungsrechtspflege. Verfügungen der Beschwerdeführerin können erstinstanzlich mit Verwaltungsbeschwerde beim Departement und letztinstanzlich mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (vgl. Botschaft MetG, a.a.O., S. 4177). Mit diesen Rechtsmitteln kann nicht nur die Verletzung von Grundrechten wie der Wirtschaftsfreiheit geltend gemacht werden. Es sind alle Rechtsverletzungen rügbär, namentlich auch die gesetzwidrige, willkürliche, ungleiche und diskriminierende Behandlung.

(bb) Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass bereits die Offerte der Beschwerdeführerin missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG sei. Denn eine Anfechtung könnte erst nach Rechnungsstellung erfolgen und müsste unter Umständen als widersprüchliches Verhalten angesehen werden. Tatsächlich ist aus öffentlich-rechtlicher Sicht geboten, dass eine Offerte zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gestellt wird. Darin ist zu sagen, welche Leistung des Grundangebotes zu welcher Gebühr erbracht werden soll. Ist die Adressatin mit der Offerte nicht einverstanden, so kann sie eine anfechtbare Verfügung verlangen (vgl. auch Botschaft MetG, S. 4177). In der Beschwerde gegen die Verfügung kann sie - wie schon in (aa) vorstehend angeführt - geltend machen, dass sie gesetzwidrig, willkürlich oder rechtsungleich behandelt beziehungsweise, insbesondere mit Bezug auf die Gebühr, diskriminiert werde. Den genannten Schutz spricht auch die Botschaft zum MetG an, wenn ausgeführt wird: "Die Dienstleistungen des Grundangebotes sind allen Interessier-

ten diskriminierungsfrei, das heisst zu gleichen Bedingungen anzubieten. Insbesondere darf ein privater Anbieter bei Preisen, Bedingungen etc. nicht schlechter gestellt werden als der eigene kommerzielle Zweig des nationalen meteorologischen und klimatologischen Dienstes" (a.a.O., S. 4176). Im Übrigen folgt der genannte Rechtsschutz jetzt ausdrücklich auch aus der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101; Art. 8 und 9 i.V.m. Art. 35 Abs. 2).

(cc) Die kartellrechtliche Alternative zum skizzierten verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz bestünde - für den Bereich erweiterter Dienstleistungen nach Artikel 4 MetG - in einer zivilrechtlichen Klage nach Artikel 12 ff. KG. Ein solches Verfahren wäre für einen Beschwerdeführer tendenziell aufwändiger. Zwar könnte er das angeblich diskriminierende Verhalten auch dem Sekretariat der Wettbewerbskommission melden (Art. 26 Abs. 1 KG). Es läge aber im Ermessen des Sekretariates, eine Vorabklärung durchzuführen oder davon abzusehen (vgl. Botschaft KG, a.a.O., S. 602; Komm. KG - SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 26, Rz. 7 ff.).

Im Übrigen ist anzumerken, dass auch im verwaltungsrechtlichen Beschwerdeverfahren - ähnlich dem kartellrechtlichen Zivilverfahren (vgl. Art. 15 KG betr. Begutachtung) - bei Bedarf der wettbewerbsrechtliche Sachverstand von Sekretariat und Wettbewerbskommission mobilisiert werden könnte, nämlich durch Anforderung eines Amtsberichts (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 281 f.).

(dd) Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass sich der Rechtsschutz vor Diskriminierungen in Fällen wie dem Vorliegenden auch ohne Anwendung des KG, das heisst im Falle der Zuordnung der fraglichen Leistungen zum Grundangebot im Sinne von Artikel 3 MetG, in überzeugender Weise bewerkstelligen lässt. Es sind aus dieser Sicht daher keine zwingenden Gründe gegeben, welche dafür sprechen, dass der Bundesrat den Leistungsbereich nach Artikel 3 MetG zu Gunsten des Leistungsbereichs nach Artikel 4 MetG möglichst restriktiv umschreibt.

c) Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass allein schon eine Offerte mit höheren als den bisher gehandhabten Preisen beziehungsweise Gebühren missbräuchlich sei. Diese lediglich mit einem Hinweis auf eine Äusserung zum Europäischen Wettbewerbsrecht belegte Rechtsauffassung ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Denn auch im Europäischen Wettbewerbsrecht liegen die Dinge nicht so einfach. Vielmehr ist die Frage wenig erörtert, ob bereits der Versuch oder die Vorbereitung eines missbräuchlichen Verhaltens den Tatbestand der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung erfülle. Wohl ist davon die Rede, dass das Risiko des Schadenseintritts genüge. Es wird aber auch gesagt, dass die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes zum Hinfall des missbräuchlichen Verhaltens führe (vgl. MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-

Wettbewerbsrecht, Kommentar, Band I, München 1997, Art. 86, Rz. 126; ähnlich SCHRÖTER, in: VON DER GROEBEN/THIESING/EHLERMANN (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl., Baden-Baden 1999, Art. 86, Rz. 144; ähnlich auch ZÄCH, a.a.O., Rz. 391; weiter Botschaft KG, a.a.O., S. 573). Eine blossе Offerte, die - wie im vorliegenden Fall - Verhandlungsspielraum andeutet, kann daher nicht generell als Missbrauch im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG gelten. Der Missbrauchstatbestand müsste einschränkend konkretisiert werden. Dies zu tun hat die Wettbewerbskommission unterlassen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen will sich diesbezüglich nicht an die Stelle der Wettbewerbskommission setzen. Sie hat sich für einen erheblichen Gestaltungsspielraum der Wettbewerbskommission im Bereich der Formulierung der Wettbewerbspolitik ausgesprochen (vgl. REKO/WEF 98/FB-001 E. 6, publiziert in: RPW 1998, S. 655 ff., 676 f.).

3.2.3. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sie auf dem fraglichen Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Es bestehe hinreichender potenzieller Wettbewerb. Diesbezüglich hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Gegenargumente der Wettbewerbskommission für plausibel, wonach die Marktzutrittschranken für potenzielle Wettbewerber zu hoch sind.

3.2.4. Die weitere Streitfrage, ob die Preisdifferenz von rund CHF 100'000.-- zu Lasten von Meteotest AG gegenüber der SRG missbräuchlich sei, lässt sich aufgrund der Rechtsschriften und der Beschwerdeinstruktion nicht zweifelsfrei beurteilen. Die Beschwerdeführerin begründet diese Differenz mit dem unterschiedlichen Aufwand. Das "Deutschland Modell" stehe kostenlos zur Verfügung. Im Gegensatz dazu sei das "Schweizer Modell" ein eigenes Produkt und insofern besser, als die Daten elektronisch übermittelt werden könnten. Dieses Produkt verursache daher auch erheblich höhere Kosten. Die Wettbewerbskommission hält den Kostenaufwand demgegenüber für weniger gross. Sie meint im Übrigen und vor allem, dass diese Begründung für die Preisdifferenz von der Beschwerdeführerin zu spät gegeben worden sei, weshalb sie für den Entscheid nicht berücksichtigt werden dürfe.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hält demgegenüber dafür, dass es im Sinne der Untersuchungsmaxime, wonach die entscheidende Behörde den Sachverhalt von sich aus abzuklären hat (Art. 12 VwVG), sowie dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 VwVG) liegt, solche Vorbringen noch zu berücksichtigen. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung dürfen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte wie auch bis anhin unbekannt, neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorgebracht werden (vgl. REKO/WEF 98/FB-003 E.

3.1. mit Hinweisen, publiziert in: RPW 1999, S. 503 ff., 515 f. sowie REKO/EVD 94/4L-001 E. 6, publiziert in: VPB 60.48; Entscheid der Eidgenössischen Personalrekurskommission vom 25. April 1995 E. 2, publiziert in: VPB 60.8; MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, S. 74, Rz. 2.80). Solche Vorbringen sind zu berücksichtigen, wenn sie ausschlaggebend erscheinen (Art. 32 Abs. 2 VwVG), selbst wenn sie verspätet, also auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, eingehen.

Ob die Darstellung der Beschwerdeführerin oder der Wettbewerbskommission zutreffend sei, kann offen bleiben. So oder anders hat sich seit Erlass der angefochtenen Verfügung der Sachverhalt wesentlich verändert. Die Beschwerdeführerin hat nämlich den Vertrag mit der SRG, welcher der Wettbewerbskommission zum Vergleich und als Grundlage für das Missbrauchsverdikt gedient hat, am 24. März 1999 per 31. Dezember 1999 gekündigt. Diese Änderung ist im vorliegenden Verfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen (siehe REKO/WEF 98/FB-003 E. 3.1, a.a.O.).

4. Veranschlagt man die vorstehenden Erwägungen, so lässt sich die Verfügung der Wettbewerbskommission nicht aufrecht erhalten; sie muss aufgehoben werden. Allein schon die Veränderung des Sachverhalts (Kündigung des Vertrages gegenüber der SRG) und die Änderung der Rechtslage (Erlass des MetG) lassen die Verfügung als überholt erscheinen. Es ist in keiner Weise erstellt, dass ein allfälliges missbräuchliches Verhalten im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 beziehungsweise Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG fortbesteht (vgl. auch Ziff. 112 der angefochtenen Verfügung). Offen ist ferner, ob das von der Wettbewerbskommission ins Recht gefasste Verhalten inskünftig dem "hoheitlichen" Bereich im Sinne von Artikel 3 Absatz 3 MetG oder dem "kommerziellen" Bereich im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 MetG zugeschlagen werden soll. Diesbezüglich ist der Bundesrat zur Klärung und Entscheidung berufen. Er kann im Leistungsauftrag die "hoheitlichen" Leistungen bestimmen, welche nicht dem KG unterstehen (vgl. auch ZÄCH, a.a.O., Rz. 239). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kann dazu lediglich festhalten, dass die Zuweisung zum "hoheitlichen" Bereich keineswegs bedeutet, dass Wettbewerbsaspekte rechtlich nicht durchgesetzt werden könnten. Vielmehr stünde der hoch entwickelte öffentlich-rechtliche Rechtsschutz zur Verfügung. Würde der Bundesrat die fraglichen Dienstleistungen dem "kommerziellen" Bereich zuschlagen, so hätte die Beschwerdeführerin inskünftig in den Formen des Privatrechts zu handeln. Es gäbe keine Gebührenverfügungen mehr (vgl. E. 3.2.2 b/cc).

5. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Verfahrenskosten gehen somit zu Lasten der Bundeskasse und der von der Be-

schwerdeführerin am 20. Oktober 1999 geleistete Kostenvorschuss ist ihr zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1968 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Kosten von Bundesbehörden begründen keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 8 Abs. 5 Kostenverordnung). Der Beschwerdeführerin, die als Bundesamt - trotz Leistungsauftrag und Globalbudget - eine Verwaltungseinheit der zentralen Bundesverwaltung darstellt (vgl. E. 3.1 sowie Anhang der RVOV), können für die ihr durch die externe anwaltliche Vertretung entstandenen Kosten keine Entschädigung zugesprochen werden (vgl. hierzu auch BGE vom 13. Mai 1997 E. 6, teilweise abgedruckt in ZBl 1998, S. 379 ff., mit Hinweis auf Art. 159 Abs. 2 OG [SR 173.110]; ferner KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 707).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 aufgehoben.
2. [Kosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

C Zivilrechtliche Praxis **Pratique des tribunaux civils** **Prassi dei tribunali civili**

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Handelsgericht des Kantons Aargau
-----	---

Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG; Art. 17 KG

A.

1. Die Gesuchsgegnerin ist Alleinimporteurin für Automobile des Y.-Konzerns in der Schweiz. Das selektive Vertriebssystem des Y.-Konzerns in der Schweiz ist zweistufig und beruht auf Alleinvertriebsverträgen zwischen der Gesuchsgegnerin und den Direktvertretern (Direktvertreter-Verträge) einerseits sowie zwischen den Direktvertretern

und den Mitvertretern (Mitvertreter-Verträge) andererseits. Direktvertreter für den Kanton Aargau und vier angrenzende Gemeinden des Kantons Solothurn ist die Abteilung "A.S." der Zweigniederlassung S.-B. der Gesuchsgegnerin.

2. Die Gesuchstellerin wurde am 28. Dezember 1981 gegründet und schloss mit der Zweigniederlassung S.-B. der Gesuchstellerin am 15. Januar 1982 einen Mitvertreter-Vertrag für Automobile der Marken Y. und X. (GAB 20) ab. Diesen Vertrag kündigte die "A.S." mit Schreiben vom 16. Dezember 1996 auf den 31. Dezember 1997 (GB 61), schloss aber mit der Gesuchstellerin am 28. August 1997 mit Wirkung ab 1. Januar 1998 einen neuen Mitvertreter-Vertrag. Gegenstand dieses Vertrages bildete nur noch der Vertrieb von Personenwagen der Marke X. Das bisherige Vertragsgebiet - Gemeinden Büttikon, Hilfikon, Dintikon, bis 1995 auch Dottikon, Uezwil, Sarmenstorf und Villmergen - wurde um die Gemeinden Fahrwangen und Meisterschwanden erweitert. Gemäss Artikel 1 des Mitvertreter-Vertrages vom 28. August 1997 hat die Gesuchstellerin im Vertragsgebiet folgende Rechte und Pflichten:

"1. Der Direktvertreter überträgt dem Mitvertreter für das in Anlage 3 beschriebene Vertragsgebiet das Recht und die Pflicht, nach Massgabe dieses Vertrages die Vertragsprodukte der Marke X. zu vertreiben und die Durchführung des Kundendienstes sicherzustellen. Grundlage dieses Vertrages ist die Erfüllung der Leistungsstandards gemäss Anlage 4. ...

2. Der Mitvertreter wird alle ihm nach diesem Vertrag zufallenden Aufgaben erfüllen, alle Absatzchancen für die Vertragsprodukte der Marke innerhalb des Vertragsgebietes ausschöpfen und das Ansehen sowie den guten Ruf des Y.-Konzerns, der A., der Vertriebsorganisation und der Vertragsprodukte in jeder Hinsicht fördern, um eine wettbewerbsüberlegene Präsenz der Marke im Vertragsgebiet sicherzustellen".

Die entsprechende Bestimmung von Artikel 1 des Mitvertreter-Vertrages vom 15. Januar 1982 war wie folgt formuliert:

"Der Direktvertreter ernennt die auf dem Deckblatt aufgeführte Firma zum Vertreter für das in Artikel 5 beschriebene Marktverantwortungsgebiet. Der Vertreter wird das Vertragsprogramm in dem in Anlage 1 genannten Umfang vertreiben und den genannten Markt - insbesondere durch einen vorbildlichen Kundendienst - betreuen. Er wird darüber hinaus alle ihm nach diesem Vertrag zufallenden Aufgaben erfüllen, alle Absatzchancen für das Vertragsprogramm innerhalb des Marktverantwortungsgebietes voll ausschöpfen und das Ansehen sowie den guten Ruf der Y. AG, der Ver-

triebsorganisation und des Vertragsprogramms in jeder Hinsicht fördern".

3. Mit Schreiben vom 16. April 1998 kündigte die "A.S." den Mitvertreter-Vertrag vom 28. August 1997 unter Einhaltung der ordentlichen vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Jahren (Art. 18 des Mitvertreter-Vertrages) auf den 30. April 2000. Mit Schreiben vom 13. Juli 1998 zeigte der Rechtsvertreter der Gesuchstellerin der "A.S." an, dass er mit der Überprüfung dieser Kündigung beauftragt sei und ersuchte mit Schreiben vom 14. Mai 1999 um Aufnahme von Verhandlungen für den Abschluss eines neuen Vertrages. Die weitere vorprozessuale Korrespondenz der Rechtsvertreter der Parteien (Schreiben des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin vom 12. August 1999 und 10. Februar 2000; Schreiben des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin vom 10. Dezember 1999) blieb ergebnislos.

B.

1. Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 3. März 2000 stellte die Gesuchstellerin folgende Rechtsbegehren:

"3. a) Die seitens der Beklagten am 16. April 1998 erfolgte Kündigung des zwischen den Parteien am 28. August 1997 geschlossenen Mitvertreter-Vertrages sei vorsorglich für die Dauer des vorliegenden Verfahrens bis zu dessen Rechtskraft aufzuheben.

b) Die Beklagte sei vorsorglich zu verpflichten, den unter Buchstabe (a) hievor erwähnten Vertrag mit der Klägerin für die Dauer des vorliegenden Verfahrens bis zu dessen Rechtskraft aufrecht zu erhalten.

4. Eventualiter, wenn der Erlass einer vorsorglichen Massnahme unter Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Gesuchsgegnerin nicht vor Ende April 2000 erfolgen könnte, seien die unter Ziffer 3 hievor beantragten gerichtlichen Gestaltungshandlungen vorsorglich sofort - mithin ohne Anhörung der Gegenpartei - anzuordnen".

Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen Bezug genommen.

2. Die Gesuchsgegnerin erhob Einwendungen, worauf ihr mit Verfügung vom 20. März 2000 Frist zur schriftlichen Beantwortung des vorsorglichen Massnahmegesuchs angesetzt wurde.

3. Mit Eingabe vom 4. April 2000 wies die Gesuchstellerin darauf hin, dass der Mitvertreter-Vertrag vom 28. August 1997 am 30. April 2000 auslaufe und vorher nicht mehr mit einem vorsorglichen Massnahmeentscheid gerechnet werden könne. Für die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens sei das Rechtsverhältnis der Parteien superprovisorisch wie folgt zu regeln:

"1. Die seitens der Gesuchsgegnerin am 16. April 1998 erfolgte Kündigung des zwischen den Parteien am 28. August 1997 geschlossenen Mitvertreter-Vertrages sei vorsorglich sofort aufzuheben.

2. Die Gesuchsgegnerin sei vorsorglich sofort zu verpflichten den unter Ziffer 1 hievor erwähnten Vertrag mit der Gesuchstellerin bis zum Endentscheid im summarischen Verfahren aufrecht zu erhalten".

4. Mit Gesuchsantwort vom 5. April 2000 lässt die Gesuchsgegnerin folgende Rechtsbegehren stellen:

"1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher (eventuell superprovisorischer) Massnahmen sei abzuweisen.

2. Eventualiter sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, als Sicherheitsleistung einen vom Richter nach Ermessen zu bestimmenden Betrag auf ein Sperrkonto einzubezahlen, bevor allfällige vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin".

Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen Bezug genommen.

5. Mit Verfügung vom 10. April 2000 wurde im Einverständnis der Parteien die schriftliche Erstattung von Replik und Duplik angeordnet.

Der Instruktionsrichter zieht in

Erwägung:

1. a) Die Gesuchstellerin verlangt vorsorglichen Schutz kartellrechtlicher Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.

b) Die sachliche Zuständigkeit des Instruktionsrichters des Handelsgerichts folgt aus § 416 in Verbindung mit § 404 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 4 ZPO.

c) Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Aargau ergibt sich aus Artikel 14 Absatz 2 KG.

2. Zu prüfen und zu beurteilen ist im Rahmen der vorliegenden Verfügung, ob der Gesuchstellerin mit Wirkung ab 1. Mai 2000, das heisst ab dem Zeitpunkt der Auflösung des Mitvertreter-Vertrages vom 28. August 1997, ein Anspruch auf vorsorglichen Schutz von kartellrechtlichen Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen zusteht und zwar für die Zeit bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens. Dabei geht es entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin nicht um den Erlass superprovisorischer Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei (Art. 28d Abs. 2 ZGB). Vielmehr sind die von der Gesuchsgegnerin mit ihrer Gesuchsantwort vom 5. April 2000

vorgetragenen Rechts- und Sachbehauptungen zu beachten und die aufgelegten Beweisurkunden zu berücksichtigen.

3. a) Wer durch unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 ff. KG in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung (Art. 12 Abs. 1 KG). Als Wettbewerbsbehinderung fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie Diskriminierungsmassnahmen in Betracht (Art. 12 Abs. 2 KG). Zur Durchsetzung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers namentlich anordnen, dass Verträge ganz oder teilweise ungültig sind oder dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abzuschliessen haben (Art. 13 KG).

b) Zum Schutze von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, kann das Gericht auf Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnen (Art. 17 Abs. 1 KG). Die Bestimmungen von Artikel 28c - 28f sind sinngemäss anwendbar. Die Verpflichtung, in einem zivilrechtlichen Verfahren die Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorzulegen (vgl. Art. 15 Abs. 1 KG), besteht im Verfahren des vorsorglichen Rechtsschutzes nicht (Christoph G. LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, S. 192). Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Artikel 17 KG in Verbindung mit Artikel 28c-f ZGB ist an die folgenden drei Voraussetzungen geknüpft:

aa) 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.; Oscar VOGEL, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 97; Richard FRANK/Hans STRÄULI/Georg MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 16 zu § 110; Albert KILLER, in: BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau 1998, N 15 zu § 302).

bb) 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 Vollstre-

ckung 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 Schadensausgleich überhaupt zu erreichen ist, oder aber der Schadensnachweis mit besonderen Beweisschwierigkeiten verbunden ist (BGE 108 II 230 f. E. 2b und c; 94 I 11 E. 8; VOGEL, a.a.O., S. 96; KILLER, a.a.O., N 11 zu § 302).

cc) Glaubhaftmachung einer zeitlichen Dringlichkeit in dem Sinne, dass der im ordentlichen Verfahren gewährte Rechtsschutz aufgrund der Dauer dieses Verfahrens mit nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteilen verbunden wäre, weil die Durchsetzung des Rechtsanspruchs dadurch ernsthaft erschwert oder gar verunmöglicht würde.

dd) Da im Rahmen der vorliegenden Verfügung nur der Anspruch der Gesuchstellerin auf vorsorglichen Rechtsschutz ab 1. Mai 2000 für die Dauer des vorsorglichen Massnahmeverfahrens zu prüfen und zu beurteilen ist (oben Erw. 2), richtet sich die Anspruchsvoraussetzung des Verfügungsgrundes (Nachteilsprognose) danach, ob der Gesuchstellerin bereits für die Zeit bis zur Beendigung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile drohen.

Ebenso ist die zeitliche Dringlichkeit danach zu beurteilen, ob der Schutzzweck der beantragten vorsorglichen Massnahmen (Rechtsbegehren Ziff. 3) durch die ab 1. Mai 2000 zwischen den Parteien ohne den beantragten vorsorglichen Rechtsschutz herrschenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse vereitelt würde.

4. a) Zu prüfen ist in einem ersten Schritt die Glaubhaftmachung solcher Tatsachen, die im Rahmen einer summarischen Rechtsprüfung zu einer positiven Hauptsachenprognose bezüglich des Durchdringens der Gesuchstellerin im nachfolgenden ordentlichen Prozess führen können.

b) Die Gesuchstellerin wirft der Gesuchsgegnerin vor, dass die Kündigung bzw. Nichtfortführung des Mitvertreter-Vertrages eine unzulässige Verhaltensweise der Gesuchsgegnerin als marktbeherrschendes Unternehmen darstelle. Auch ein marktbeherrschendes Unternehmen sei grundsätzlich frei in der Auswahl seiner Vertragspartner, es dürfe sich jedoch bei der Aufnahme neuer oder beim Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen nicht von sachfremden Erwägungen leiten lassen. Der Standpunkt der Gesuchstellerin sei einerseits der, dass die Gesuchsgegnerin ohne jegliche sachliche Veranlassung begonnen habe, in unmittelbarer geographischer Nähe der Gesuchstellerin einen Konkurrenzbetrieb aufzubauen bzw. aufbauen zu helfen, obwohl sie mit

der Gesuchstellerin in der Region über eine hervorragende Vertrags-händlerin verfügt habe. Dies deshalb, weil sie unter allen Umständen lieber mit jemand anderem als mit Urs Brechbühl zusammenarbeiten wolle. Andererseits erscheine es missbräuchlich, die Gesuchstellerin während mehrerer Jahre zu Investitionen anzuhalten, damit diese sämtliche Vertriebsvorgaben der Gesuchsgegnerin erfülle, die Gesuchstellerin nun aber der Markenvertretung zu berauben, obwohl sämtliche Standards der Gesuchsgegnerin eingehalten worden seien und nicht zu erwarten sei, dass der Neuwagenabsatz im Gebiet Wohlen und Villmergen nach der Beendigung des Mitvertreterverhältnisses der Gesuchstellerin auf gleich hohem Niveau gehalten werden könne. Die Beurteilung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Fällen wie dem vorliegenden, bei dem es um die Verschaffung des Zugangs zum Markt an sich gehe, werde in der Lehre als schwierig betrachtet, wohl weil es letztlich eine reine Wertungsfrage sei, wie weit man die Vertragsfreiheit, die auch das marktbeherrschende Unternehmen im Prinzip genieße, beschneiden bzw. wie weit man den Wettbewerb auf dem relevanten Markt durch Kontrahierungszwang beleben wolle. Die Gesuchstellerin stelle sich dabei auf den Standpunkt, dass in Fällen, in denen ein Unternehmen praktisch eine Monopolstellung genieße, sehr genau zu prüfen sei, ob zu Gunsten des Wettbewerbs und zu Ungunsten einer allenfalls falsch verstandenen Freiheit - der Vertragsfreiheit in Form der Abschluss- und der Partnerwahlfreiheit - entschieden werden solle.

5. a) Gemäss Artikel 7 Absatz 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. Da sich nur Unternehmen mit einer gesteigerten Marktmacht mit Aussicht auf Erfolg missbräuchlich verhalten können, knüpft Artikel 7 KG an den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens an, der in Artikel 4 Absatz 2 KG definiert ist. Danach gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (sog. Verhaltensautonomie). Gemäss Wortlaut und Materialien ist demnach ein Unternehmen marktbeherrschend, wenn es sich auf irgendeinem Markt, auf dem es präsent ist, weitgehend unabhängig verhalten kann.

b) Um im Einzelfall festzustellen, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ist auf einer ersten Stufe der relevante Markt in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht festzulegen. In einer zweiten Stufe sind die Marktanteile als Ausgangspunkt der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung zu ermitteln (sog. zweistufiger Marktbeherrschungstest; vgl. RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen markt-mächtiger Unternehmen, AJP 1996, S. 836).

aa) Die Definition des sachlich relevanten Marktes hat stets aus der Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen. Massgebend ist bei Angebotsmärkten, welcher Kreis von Waren oder Dienstleistungen im Urteil des rationalen Verbrauchers miteinander im Wettbewerb steht, wobei mit dem Begriff "Verbraucher" nicht notwendigerweise der Endabnehmer, sondern jene Marktstufe gemeint ist, die in concreto die Marktgegenseite bildet (HOFFET, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 48 zu Art. 5 KG). Im Vordergrund steht für die Definition von Angebotsmärkten das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit. Danach sind sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so nahe stehen, dass sie der verständige Abnehmer als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs in berechtigter Weise abwägend miteinander vergleicht und als gegeneinander austauschbar ansieht, marktgleichwertig (HOFFET, a.a.O., N 49 zu Art. 5 KG mit Berufung auf KG WuW E 1996). Aus der Sicht der Marktgegenseite liegt diesfalls Substituierbarkeit eines bestimmten Gutes oder einer bestimmten Leistung vor (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1996, Rz 337; SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, N 58 zu Art. 4 KG; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N 10 zu Art. 5 KG; vgl. Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU; EMMERICH, Kartellrecht, 8. A., München 1999, S. 179 f.; MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, München 1997, N 43 ff. zu Art. 86 EGV). Als Hilfsmittel zur Feststellung der funktionalen Austauschbarkeit findet insbesondere im EG-Wettbewerbsrecht das Konzept der Kreuz-Preis-Elastizität Anwendung (MÖSCHEL, a.a.O., N 44 zu Art. 86 EGV). Danach ist für die Zusammenfassung unterschiedlicher Produkte oder Dienstleistungen zu einem Markt eine Reaktionsverbundenheit der Preisbewegungen erforderlich, in dem Sinne, dass zwei Güter dann zum selben sachlichen Markt gehören, wenn geringe Preiserhöhungen für das eine Gut eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Gut bewirken (HOFFET, a.a.O., N 50 zu Art. 5 KG).

Die Austauschbarkeit ist aus der Sicht der Marktgegenseite zu beurteilen (MÖSCHEL, a.a.O., N 44 zu Art. 86 EGV). Sobald ein Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite technisch, sachlich oder auch nur psychologisch bedingte Hemmschwellen überwinden muss, wenn er vom einen Angebot zu einem anderen überwechseln will, können die betreffenden Waren und Dienstleistungen nicht mehr zum selben Markt gerechnet werden (EMMERICH, a.a.O., S. 180).

Im vorliegenden Fall ist die sachliche Marktabgrenzung auf den Handelsstufen der Importgesellschaften als Anbieter und den Markenvertretern als Nachfrager von Personenwagen vorzunehmen. Die Gesuchstellerin macht geltend, dass der sachlich relevante Markt vorliegend nicht derjenige für Personenwagen schlechthin, sondern der Markt für

eine ganz bestimmte Automarke - nämlich X. oder allenfalls X. und Y. - sei. Die Gesuchsgegnerin ist gegenteiliger Auffassung.

Die für die Prüfung der Substituierbarkeit der vorliegend relevanten Güter und Dienstleistungen - das Recht auf den Vertrieb von neuen Personenwagen der Marke X. und den dazugehörigen Markenersatzteilen sowie Beratungs- und Unterstützungsdienstleistungen - massgebende nachfragende Marktgegenseite stellen die Markenvertreter bzw. Garagen dar. Aus deren Sicht ist zu fragen, ob technische oder sachliche Hemmschwellen oder Hindernisse überwunden werden müssen, wenn sie von einem Angebot zu einem anderen überwechseln wollen. Ein Markenvertreter, der von einer Automobilmarke auf eine andere wechseln will, braucht neue Spezialwerkzeuge und -messgeräte, muss sich das markenspezifische Know-how aneignen, seinen Betrieb der neuen Corporate Identity anpassen und sich auf eine neue Kundschaft einstellen. Ein Markenwechsel stellt für einen Vertragshändler in jedem Fall ein kostspieliges und wirtschaftlich risikoreiches Unterfangen dar (vgl. VKKP 3/1994, S. 13). Eine Austauschbarkeit der Vertriebsrechte von Personenwagen und Ersatzteilen verschiedener Marken sowie der entsprechenden markenspezifischen Beratungs- und Unterstützungsleistungen - kurz die Substituierbarkeit des einen Markenvertretungsrechts durch ein anderes - ist aus der Sicht der Markenhändler als Marktgegenseite aufgrund der hohen technischen und ökonomischen Hürden, die dabei zu überschreiten sind, zu verneinen. Ein Wechsel der Marke bedeutet für einen Markenvertreter einen Wechsel des Marktes mit allen Marktaustritts- und Marktzutrittskosten (vgl. VKKP 3/1994, S. 121). Zum selben Schluss ist die Kartellkommission in ihrer im Jahre 1994 durchgeführten Untersuchung über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Automobilmarkt gelangt, indem sie die jeweils relevanten Märkte sachlich aus den bereits genannten Gründen auf die einzelne Marke beschränkte und so von einer Vielzahl markenspezifischer Teilmärkte ausging (VKKP 3/1994, S. 13, 121 f.). Gründe dafür, unter der Herrschaft des Kartellgesetzes 1995 zu einer weiteren Fassung sachlicher Märkte zu gelangen als bei einer Untersuchung nach dem Kartellgesetz 1985, sind nicht ersichtlich. Namentlich vermag der Umstand, dass die Wettbewerbskommission in dem von der Gesuchsgegnerin (im Auszug) vorgelegten Verfügungsentwurf betreffend das Y.-Vertriebssystem (AB 49) für die sachliche Marktabgrenzung auf dem Personenwagenmarkt als Ganzes abgestellt hat, für den vorliegenden Fall keine analoge Betrachtungsweise zu begründen. Denn bei dieser Untersuchung ging es um eine ganz andere Fragestellung als im vorliegenden Fall, nämlich ob das Vertriebssystem des Y.-Konzerns zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der Parallelimporte führt. Dass dabei für die Prüfung der Substituierbarkeit auf die Endabnehmer (Käufer) von Personenwagen als Marktgegenseite abgestellt wurde, leuchtet ohne weiteres ein.

In der Lehre wird eine sachliche Marktabgrenzung derart, dass eine einzelne Produktmarke einen eigenen Markt bildet, jedenfalls nicht ausgeschlossen (SCHMIDHAUSER, a.a.O., N 59 zu Art. 4 KG), zum Teil sogar explizit bejaht (MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967, S. 30 f.; a.A.: Handelsgerichtspräsident SG in: RPW 1999, S. 329). Die im Entscheid ZR 98 (1999) Nr. 38 vom Zürcher Handelsgericht der entsprechenden Argumentation der dortigen Massnahmeklägerin folgend vorgenommene Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes mit Hilfe der Referenzfigur des Durchschnittsendabnehmers - dies obwohl die vermeintlich diskriminierte Marktgegenseite eindeutig auf der Stufe des Detailhandels angesiedelt war - widerspricht klar der herrschenden Auffassung, dass die Definition des sachlich relevanten Marktes aus der Sicht der Marktgegenseite auf jener Handelsstufe, auf der sich die Substitutionsproblematik konkret stellt, zu erfolgen hat. Selbst eine Überprüfung der Austauschbarkeit aus der Sicht des Endabnehmers würde im vorliegenden Fall jedenfalls nicht ohne weiteres zu einer sachlich weiteren Fassung des relevanten Marktes führen.

Zusammenfassend ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass der vorliegend relevante Markt in sachlicher Hinsicht so abzugrenzen ist, dass er das Recht auf den Vertrieb von neuen Personenwagen der Marke X. und der zugehörigen Markenersatzteile und markenspezifischen Dienstleistungen umfasst.

bb) Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Vorliegend ist der relevante Markt wegen des Geltungsbereichs der Exklusivrechte der Gesuchsgegnerin auf das Gebiet der Schweiz zu begrenzen. Die Aufteilung des schweizerischen Marktes in Marktverantwortungsgebiete macht keine geografisch engere Fassung des relevanten Marktes notwendig, da sie den nationalen Intra-brand-Wettbewerb kaum behindert (VKKP 3/1994, S. 12).

cc) Zum zeitlichen Aspekt des vorliegend relevanten Marktes ist festzuhalten, dass Markenvertreter aufgrund der hohen markenspezifischen Investitionen selten die Marke wechseln (VKKP 3/1994, S. 12).

dd) Insgesamt ist der relevante Markt vorliegend so zu definieren, dass er das Vertriebsrecht von neuen Personenwagen der Marke X. sowie zugehörigen Markenersatzteilen und markenspezifischen Dienstleistungen auf dem Gebiet der Schweiz umfasst.

c) aa) Das Tatbestandselement der Marktbeherrschung im Sinne von Artikel 7 KG setzt voraus, dass das vermeintlich marktbeherrschende Unternehmen in der Lage ist, sich auf dem relevanten Markt gegenüber anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang autonom zu verhalten. Bei der Beurteilung, ob eine solche wesentliche Unabhängigkeit vorliegt, sind folgende Faktoren zu berücksichtigen: allfällige rechtliche und tatsächliche (technische und wirtschaftliche)

Marktzutrittsschranken, die wirtschaftliche Macht und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, die mögliche Konkurrenz vor allem ausländischer Unternehmen sowie die Marktstellung, die sich aus dem Marktanteil ergibt. Dabei ist der Marktanteil nicht allein ausschlaggebend, sondern zu berücksichtigen ist auch der Abstand zum nächsten Mitbewerber, das heisst die Frage, ob eine ähnlich grosser Konkurrent auf dem Markt tätig ist. Im Allgemeinen werden dabei Marktanteile bis 45% nicht als problematisch empfunden (vgl. Handelsgerichtspräsident SG in: RPW 1999, S. 331).

bb) Aufgrund des exklusiven Vertriebsrechts der Gesuchsgegnerin als offizielle Importeurin von Produkten und Dienstleistungen der Marke X. und der praktisch fehlenden Möglichkeit von Querlieferungen innerhalb des weltweit selektiven Markenvertriebsnetzes im Sinne von Direkt- bzw. Parallelimporten (bspw. durch die Detailhandelsstufe) ist von einer äusserst starken Marktstellung der Gesuchsgegnerin auszugehen, die ihr ein weitgehend unabhängiges Verhalten auf dem relevanten Markt ermöglicht. Im Bereich der Konzessionierung von Autohändlern als offizielle Vertreter der Marke X. verfügt die Gesuchsgegnerin über eine eigentliche Monopolstellung, beim Vertrieb neuer Personenwagen mutmasslich über einen Marktanteil von über 90% und bei Ersatzteilen und markenspezifischem Zubehör jedenfalls über einen solchen von mehr als 50% (vgl. VKKP 3/1994, S. 123). Insgesamt ist die Gesuchsgegnerin somit auf dem vorliegenden relevanten Markt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 7 KG zu qualifizieren.

6. Behindernde oder benachteiligende Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen sind nach Artikel 7 Absatz 1 KG unzulässig, wenn diese auf einem Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung beruhen. Als missbräuchliche Verhaltensweise fällt gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG unter anderem die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht.

a) Die Beurteilung der Frage des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist wegen der vordergründigen Ambivalenz der meisten wettbewerblichen Verhaltensweisen schwierig. Die Ambivalenz oder Doppelgesichtigkeit von wettbewerblichen Verhaltensweisen besteht darin, dass ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten sowohl Ausdruck erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Behinderung- oder Ausbeutungsstrategie sein kann (ZÄCH, a.a.O., Rz. 362; SCHMIDHAUSER, a.a.O., N 33 zu Art. 7 KG; Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, Sonderdruck, S. 102 [im Folgenden Botschaft vom 23. November 1994]). Vorab in der deutschen Lehre und in der Rechtsprechung des EuGH wurden verschiedene Kriterien entwickelt, um wettbewerbskonformes von missbräuchlichem

Verhalten marktbeherrschender Unternehmen abzugrenzen (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 363 ff.; RUFFNER, a.a.O., AJP 1996, S. 838 ff.). Alle diese Kriterien können auch im schweizerischen Recht verwendet werden (ZÄCH, a.a.O., Rz. 371; BORER, a.a.O., N 9 in fine zu Art. 7 KG). Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende materielle Prüfungskriterien:

aa) Legitimate business reasons

Nach diesem Kriterium sind Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen. Sachliche Rechtfertigungsgründe liegen namentlich vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann (SCHMIDHAUSER, a.a.O., N 37 zu Art. 7 KG; Botschaft vom 23. November 1994, S. 102). Im Zusammenhang mit dem Abbruch von Geschäftsbeziehungen wird als sachlicher Rechtfertigungsgrund namentlich der Umstand erwähnt, dass die wirtschaftlichen Leistungen eines Kunden objektiv nicht mehr genügen (Botschaft vom 23. November 1994, S. 104).

bb) Nachweis einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht

Da es dabei um den Beweis von subjektiven Motiven geht und es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen nicht verwehrt sein kann, Marktanteile zu gewinnen oder seine Absatzkanäle neu zu strukturieren, ist das Vorliegen einer Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht nur schwer und selten nachweisbar.

cc) Konzept des Nichtleistungswettbewerbs

Bei diesem Kriterium wird darauf abgestellt, ob das zu beurteilende Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens eine durch die Wettbewerbsordnung zu schützende und zu fördernde Leistung darstellt oder nicht. In der deutschen Lehre wird diese Theorie kritisiert, weil es keine "operationalen" Kriterien zur Unterscheidung des Leistungs- und des Nichtleistungswettbewerbes gebe (EMMERICH, a.a.O., S. 199).

dd) Normzweckorientierte Interessenabwägung

Dieser in der deutschen Lehre entwickelte Ansatz geht davon aus, dass sich die Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wegen ihrer Ambivalenz (Doppelgesichtigkeit) nur diagnostizieren lassen, indem die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegeneinander abgewogen werden. In der schweizerischen Lehre wird allerdings davor gewarnt, eine Interessenabwägung auch dann noch vorzunehmen, wenn die sachliche Rechtfertigung eines bestimmten Verhaltens nicht zu bestreiten ist (SCHMIDHAUSER, a.a.O., N 43 zu Art. 7 KG).

b) Den Abbruch von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen erachtet die Rechtsprechung des EuGH und

der Kommission der Europäischen Union zu Artikel 86 EGV als grundsätzlich missbräuchliches Verhalten, sofern nicht ein objektiver Rechtfertigungsgrund vorliegt und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt. Der Abbruch von bestehenden Geschäftsbeziehungen wird strenger beurteilt als die Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen. Grundsätzlich muss nach dieser Rechtsprechung ein marktbeherrschendes Unternehmen die Belieferung eines langjährigen Kunden fortsetzen, wenn dessen Verhalten den Usanzen des Handels entspricht (MÖSCHEL, a.a.O., N 217/218 zu Art. 86 EGV unter Hinweis auf EuGH 14. Februar 1978 Slg. 1978, 207, 297 "United Brands"; vgl. auch ZÄCH, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, Bern und München 1994, S. 287). Als Rechtfertigungsgründe für den Abbruch von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen fallen zwingende wirtschaftliche oder technische Gründe in Betracht; so etwa mangelnde Sachkunde eines Händlers, unzureichende technische Fähigkeiten eines Reparaturbetriebes oder Unzuverlässigkeit eines Vertragspartners (MÖSCHEL, a.a.O., N 219 zu Art. 86 EGV).

c) In formellrechtlicher Hinsicht trägt das marktbeherrschende Unternehmen die Behauptungs-, Beweis- und Glaubhaftmachungslast für das Vorliegen von sachlichen Rechtfertigungsgründen und nicht umgekehrt das durch den Abbruch von Geschäftsbeziehungen behinderte Unternehmen die Behauptungs-, Beweis- und Glaubhaftmachungslast für das Fehlen von sachlichen Rechtfertigungsgründen (Hubert STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, Rz. 546).

d) aa) Die Gesuchsgegnerin macht als Rechtfertigungsgrund für die Auflösung des Mitvertreter-Vertrages vom 28. August 1997 geltend, die Gesuchstellerin habe in den Jahren 1992-1999 die Marktverantwortung gemäss Artikel 1 der Mitvertreter-Verträge vom 15. Januar 1982 und 28. August 1997 in ihrem Vertragsgebiet ungenügend und vertragswidrig wahrgenommen. In diesen Jahren habe die Gesuchstellerin 76% aller X./Y.-Neuwagen-Verkäufe ausserhalb ihres Marktverantwortungsgebietes getätigt, während die durchschnittliche Verkaufsleistung aller schweizerischen X.-Händler innerhalb ihres Marktverantwortungsgebietes 80-100% betrage. Bei den Serviceleistungen macht die Gesuchsgegnerin eine noch schlechtere Wahrnehmung der Marktverantwortung durch die Gesuchstellerin geltend, weil diese im Jahre 1998 nur noch für 25 und im Jahre 1999 lediglich noch für 12 der im Vertragsgebiet vorhandenen 327 (1998) bzw. 314 (1999) X.-Personenwagen Serviceleistungen erbracht habe. Die durchschnittliche Serviceleistung aller A.-Händler liege demgegenüber bei 65-80% der im Vertragsgebiet vorhandenen Fahrzeuge.

bb) Aufgrund des derzeitigen Aktenstandes lässt sich nicht schlüssig beurteilen, ob die von der Gesuchsgegnerin geltend gemachten Rechtfertigungsgründe für die Auflösung des Mitvertreter-Vertrages vom

28. August 1997 die Missbräuchlichkeit der Vertragskündigung auszu-schliessen vermögen oder nicht. Für die Beantwortung dieser Rechtsfrage ist in tatsächlicher Hinsicht massgebend, ob die von der Gesuchsgegnerin vorgebrachten Rechtfertigungsgründe als stichhaltig und glaubhaft gemacht gelten können und, falls dies bejaht wird, ist in rechtlicher Hinsicht von Belang, ob zusätzlich eine Abwägung der beidseitigen wirtschaftlichen Interessen unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten vorzunehmen ist oder nicht. Die Tatfrage, ob die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von sachlichen, das heisst von auf kaufmännischen Grundsätzen beruhenden Kündigungsgründen höher einzuschätzen ist als das Gegenteil, kann auf Grundlage der heutigen Akten- und Beweislage nicht schlüssig beantwortet werden. Beim derzeitigen Verfahrensstand muss daher für die Beurteilung des Verfügungsanspruchs die Glaubhaftmachungslast den Ausschlag geben. Da diese - wie dargelegt (Erw. 6c) - bei der Gesuchsgegnerin liegt, ist im Rahmen der vorliegenden vorsorglichen Verfügung davon auszugehen, dass der Wahrscheinlichkeitsbeweis des Vorliegens von sachlichen Rechtfertigungsgründen für den von der Gesuchsgegnerin nach über 18 Jahren realisierten Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit der Gesuchstellerin scheitern könnte. Weil diesfalls ein Missbrauch der Marktmacht durch die Gesuchsgegnerin selbst ohne zusätzliche Interessenabwägung gegeben und damit der Tatbestand von Artikel 7 Absatz 1 KG erfüllt wäre, ist im Rahmen der vorliegenden vorsorglichen Verfügung eine positive Hauptsachenprognose zu bejahen.

7. Für die Beurteilung des Verfügungsgrundes - drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteile - sind das Interesse der Gesuchstellerin an der Aufrechterhaltung des Mitvertreter-Vertrages vom 28. August 1997 für die Zeit bis zur Beendigung des vorliegenden vorsorglichen Rechtsschutzverfahrens und das Interesse der Gesuchsgegnerin an der sofortigen Wahrnehmung ihrer Marktchancen im Vertragsgebiet Villmergen durch sie selbst oder einen anderen Vertragspartner gegeneinander abzuwägen. Bei dieser Interessenabwägung sind die wirtschaftlichen Interessen der Gesuchstellerin eindeutig höher zu gewichten als diejenigen der Gesuchsgegnerin. Denn die auf Seiten der Gesuchstellerin aus der Beendigung des Mitvertreter-Vertrages per 30. April 2000 resultierenden wirtschaftlichen Nachteile sind nach einer fast zwei Jahrzehnte dauernden Vertretung von Y./X.-Fahrzeugen als erheblich einzustufen. Es geht dabei nicht nur um die finanziellen Folgen des Dahinfallens der Vertriebsrechte für X.-Automobile, sondern auch um immaterielle Nachteile (Image, guter Ruf), deren ökonomische Auswirkungen schwierig nachzuweisen wären. Demgegenüber ist nicht ohne weiteres ersichtlich, dass die Marktposition der Gesuchsgegnerin im Vertragsgebiet Villmergen durch eine kurzfristige Weiterführung des Mitvertreter-Vertrages vom 28. August 1997 nachhaltig und erheblich beeinträchtigt werden könnte. Der Verfügungsgrund der positiven Nachteilsprognose ist daher gegeben.

8. a) Die Anspruchsvoraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit ist deshalb zu bejahen, weil die Gewährung des von der Gesuchstellerin beantragten vorsorglichen Rechtsschutzes erst mit dem Massnahmeentscheid für sie kaum mehr von Nutzen oder zumindest mit schwer beweisbaren, wirtschaftlichen Nachteilen verbunden wäre. Denn in der Zwischenzeit müsste die Gesuchstellerin ihren Garagebetrieb auf eine andere Markenvertretung umstellen oder ohne Markenvertretung weiterführen.

b) Die Gesuchsgegnerin macht fehlende Dringlichkeit zufolge Verwirkung des vorsorglichen Rechtsschutzanspruches durch langes Zuwarten mit der Beschreitung des Rechtsweges geltend. In der Rechtsprechung wird eine solche Verwirkungsfolge bejaht, wenn mit der Einreichung eines vorsorglichen Massnahmegesuchs solange zugewartet wird, dass während dieser Zeit der ordentliche Prozess hätte durchgeführt werden können (ZR 1996 Nr. 99, S. 308 Erw. VI; sic! 1998, S. 590 ff.; Johann ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 88 ff.).

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Gesuchstellerin nach Anzeige der anwaltlichen Vertretung mit Schreiben vom 30. Juli 1998 (GAB 30) sich bis Mitte Mai 1999 in Stillschweigen hüllte und erst mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 14. Mai 1999 der Gesuchsgegnerin ihre Rechtsauffassung darlegte sowie um Aufnahme von Vertragsverhandlungen ersuchte (GB 64). In der Folge korrespondierten die Rechtsvertreter der Parteien, doch blieb ihr Briefwechsel (Schreiben vom 12. August 1999 und 10. Februar 2000 des Rechtsvertreters der Gesuchsgegnerin [GB 10 und 11]; Schreiben des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin vom 4. August und 10. Dezember 1999 [GB 58 und GAB 35]) ohne Ergebnis. Bei dieser Sachlage kann sich nur fragen, ob die Gesuchstellerin durch ihr Stillschweigen zwischen Ende Juli 1998 und Mitte Mai 1999, somit während 9 ½ Monaten, ihren Anspruch auf vorsorglichen Rechtsschutz verwirkt hat. Das trifft nicht zu. Denn langes Zuwarten mit der Rechtsverfolgung kann gestützt auf das Rechtsmissbrauchsverbot von Artikel 2 Absatz 2 ZGB nur zur Rechtsverwirkung führen, wenn der dadurch Belastete gutgläubig ist, das heisst in guten Treuen auf die Untätigkeit des Berechtigten vertrauen und daraus auf eine Duldung der streitigen Rechtsverletzung schliessen darf (vgl. BGE 117 II 578 E. 4a; MERZ, Berner Kommentar, N 535 zu Art. 2 ZGB; BAUMANN, Zürcher Kommentar, N 401 zu Art. 2 ZGB). Eine solche vertrauensbegründende und daher rechtsvernichtende Wirkung des (stillschweigenden) Zuwartens mit der Einleitung gerichtlicher Rechtsschritte ist im vorliegenden Fall zu verneinen, weil ein ordentlicher Kartellzivilprozess innert einer Frist von 9 ½ Monaten schon allein wegen der Vorlagepflicht gemäss Artikel 15 Absatz 1 KG nicht durchgeführt und beendet werden kann. Ebenso wenig vermag der Umstand, dass die Gesuchstellerin am 3. September 1998 auf eine Kostenrückerstattung für die neue Beschilderung ihres Garagebetriebes nach Ver-

tragsbeendigung verzichtete (GAB 31), die Gutgläubigkeit der Gesuchsgegnerin zu begründen. Denn dabei ging es nicht um die Rechtmässigkeit der Vertragsbeendigung per 30. April 2000 sondern um die Kostenaufteilung/Kostenrückerstattung für die neue Beschilderung.

9. Zusammenfassend sind somit alle drei Anspruchsvoraussetzungen für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahme erfüllt, soweit damit die Aufrechterhaltung des Mitvertreter-Vertrages vom 28. August 1997 ab 1. Mai 2000 bis zur rechtskräftigen Erledigung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens verlangt wird. Die vorsorgliche Anordnung der Vertragsweiterführung schliesst die befristete Aufhebung der Vertragskündigung vom 16. April 1998 ein.

10. Gemäss Artikel 28d Absatz 2 ZGB in Verbindung mit Artikel 17 Absatz 2 KG kann der Richter vom Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung verlangen, wenn dem Gesuchsgegner durch eine vorsorgliche Massnahme Schaden entstehen kann. Es liegt auf der Hand, dass die mit der vorliegenden Verfügung angeordnete vorläufige Vertragsaufrechterhaltung sich auf Seiten der Gesuchsgegnerin nachteilig auswirken kann, falls mit dem Massnahmeentscheid der vorsorgliche Rechtsschutz nicht für die Dauer des Hauptprozesses prolongiert wird. Die von der Gesuchstellerin zu leistende Sicherheit ist ermessensweise auf CHF 50'000.-- festzusetzen.

Demgemäss wird

verfügt:

1. In teilweiser Gutheissung von Rechtsbegehren Ziffer 4 des vorsorglichen Massnahmegesuchs vom 3. März 2000 wird die Gesuchsgegnerin vorsorglich verpflichtet, den am 28. August 1997 mit der Gesuchsgegnerin abgeschlossenen Mitvertreter-Vertrag ab 1. Mai 2000 bis zur rechtskräftigen Erledigung des zwischen den Parteien hängigen vorsorglichen Massnahmeverfahrens (SU.2000.00009) zu erfüllen.

2. Für den Fall der Widerhandlung gegen die mit vorstehender Dispositiv-Ziffer 1 angeordnete Verpflichtung wird den geschäftsführenden Personen und verantwortlichen Organen der Gesuchsgegnerin Bestrafung mit Haft oder Busse gemäss Artikel 292 StGB angedroht. Diese 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 mit Busse bestraft."

3. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, innert 10 Tagen seit Zustellung dieser Verfügung eine Sicherheit von CHF 50'000.-- bei der Kasse des Obergerichts des Kantons Aargau zu hinterlegen. Die Sicherheit ist in bar, in Form von mündelsicheren Wertpapieren oder durch eine un-

befristete und unwiderrufliche Bankgarantie einer erstklassigen, in der Schweiz domizilierten Bank zu leisten.

Im Falle der Säumnis fällt die vorstehend in Dispositiv-Ziffer 1 angeordnete vorsorgliche Massnahme dahin.

4. Über die Festsetzung und Verteilung der Kosten der vorliegenden vorsorglichen Verfügung wird im Endentscheid des vorsorglichen Massnahmeverfahrens, eventuell im Hauptprozess entschieden.

5. [Eröffnung]

D Entwicklungen Développements Sviluppi

D 2 Bibliographie Bibliographie Bibliografia

AMANN Matthias, Zeitungsfusionskontrolle, in Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich 2000

BAKER Jonathan B., "Stepping out on an old Brown Shoe: In qualified praise of submarkets" in: Antitrust Law Journal Vol. 68/1, 2000, 203 ff.

BAKER Simon, LOFARO Andrea, "Buyer Power and the Enso/Stora Decision" in: European Competition Law Review 3/2000, 187 ff.

CAFFARRA Cristina, "Mergers with Durable Goods" in: European Competition Law Review 6/2000, 291 ff.

DUCREY Patrik, "Kodak, selektiver Vertrieb und Graumarkt aus Sicht des schweizerischen Kartellrechts" in: RAUBER Georg (Hrsg.) "Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht", Zürich 2000, 113 ff.

GRIFFITHS Mark, "A Glorification of de minimis - The Regulation on Vertical Agreements" in: European Competition Law Review 5/2000, 241 ff.

GUGLER Philippe, Le contrôle des concentrations en Suisse: le cas d'United Bank of Switzerland (UBS), Revue de la Concurrence et de la Consommation, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Paris, no. 114, 2000, p. 5 ss.

GUGLER Philippe, "Merger Review in Switzerland: The United Bank of Switzerland (UBS) Case", International Business Law Journal, no5, 2000, p. 650 ss.

HARBORD David, VON GRAEVENITZ Georg, "Market Definition in Oligopolistic and Vertically Related Markets: Some Anomalies" in: European Competition Law Review 3/2000, 151 ff.

HOEHN Thomas, HOFFET Franz, "Marktmacht im Medienbereich - Facts and Figures. Replik zur "Kritik an der Kritik" von RAASS Adrian" in: Schweizerische Zeitschrift für Immaterial-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 5/2000, 416 ff.

KNIEPS Günter, BRUNEKREEFT Gert (Hrsg.) "Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland", Heidelberg 2000

LÜCKING Joachim, "Horizontal Co-operation Agreements: Ensuring a modern policy" in: Competition Policy Newsletter 2000 Number 2 June, 41 ff.

MONOPOLKOMMISSION, "Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. Dreizehntes Hauptgutachten", Baden-Baden 2000

MONTANGIE Yves, "The New Approach to Price Ceilings: a Matter of Sound Economic Reasoning" in: *European Competition Law Review* 6/2000, 269 ff.

MOTTA Massimo, "E.C. Merger Policy and the Airtours Case" in: *European Competition Law Review* 4/2000, 199 ff.

PFLANZ Matthias, "What Price is Right? Lessons from the U.K. Calls-to-Mobile Inquiry" in: *European Competition Law Review* 3/2000, 147 ff.

RAUBER Georg, "Parallelimporte zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: eine Übersicht" in: RAUBER Georg (Hrsg.) "Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht", Zürich 2000, 1 ff.

RUBINFELD Daniel L., "Market definition with differentiated products: The Post/Nabisco Cereal Merger" in: *Antitrust Law Journal* Vol. 68/1, 2000, 163 ff.

SALOP Steven C., "The first principles approach in antitrust, Kodak, and antitrust at the millenium" in: *Antitrust Law Journal* Vol. 68/1, 2000, 187 ff.

SAURER Markus, "Wettbewerbsverzerrende Preisregulierung?" in: *Schriftenreihe der Deutschen Verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG) "Price Cap-Regulierung in Netzindustrien - Chancen und Risiken eines neuen Regulierungsinstruments"*, Reihe B 232, Bergisch Gladbach 2000, 137 ff.

SCHMALENSSEE Richard, "Antitrust Issues in Schumpeterian Industries" in: *AEA Papers and Proceedings*, Vol 90 No. 2, May 2000, 192 ff.

SCHRIFTENREIHE der Deutschen Verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG) "Grenzkosten als Grundlage für die Preisbildung im Verkehrsbereich", Reihe B 229, Bergisch Gladbach 2000

SCHRIFTENREIHE der Deutschen Verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft e.V. (DVWG) "Price Cap-Regulierung in Netzindustrien - Chancen und Risiken eines neuen Regulierungsinstruments", Reihe B 232, Bergisch Gladbach 2000

VELJANOVSKI Cento, "Banking Mergers: Transaction Costs and Market Definition" in: *European Competition Law Review* 4/2000, 195 ff.

VENTURI Silvio, *Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Wettbewerbsrecht (I)*, in *Schweizerische Juristische Kartothek*, Karte no 433, Sektion XIII, Stand September 1999

E	Diverses Divers Diversi
----------	--

E 1	OECD OCDE OECD
------------	-------------------------------

E 1	1. OECD Mini-Roundtable on Mergers in Financial Services (CLP – June 5-6, 2000) Contribution of Switzerland
------------	--

OECD Mini-Roundtable on Mergers in Financial Services (CLP – June 5-6, 2000) - Contribution of Switzerland

(Dr. Philippe Gugler* and Thomas Nydegger**)

Over the last decade, the trend in the Swiss financial services market has been one of concentration. In 1989, about 494 banking institutes were established in Switzerland, 135 of them were agencies or subsidiaries of foreign banks. In 1996, when merger control was introduced to the Swiss Competition Law for the first time, only 403 banks (155 foreign) were still licensed by the Federal Banking Commission. Two years later, the number of established banks had again dropped to 376 institutes (149 foreign) and the tendency to concentration looks set to continue.

Since mid 1996, the Swiss Competition Authority processed about 16 mergers in the financial sector. 15 mergers were considered as without risk (14 of them in the preliminary review and one case after a deep examination). One merger was only allowed by imposing obligations on the merging parties.

Of these 16 mergers, 11 referred to pure bank mergers whereas three cases affected mergers between a bank and an insurance company. Two mergers, where banks were involved, did not refer to financial services. One of them was a joint venture company, active in travel business (Westdeutsche Landesbank Girozentrale/Carlson Companies Inc./Preussag AG), the other merger was a take-over of a company, active in media business (Credit Suisse Group/Belcom Holding AG).

The following table gives an overview of all mergers in the banking sector since the enforcement of the merger control:

* Vice-Director, Secretariat of the Swiss Competition Commission, Effingerstrasse 27, CH-3003 Berne, Philippe.Gugler@weko.admin.ch

** Legal counsel, Secretariat of the Swiss Competition Commission

Mergers since 1996 with at least one bank involved	PreRe¹	Ex²	Date of decision
1997			
Spar- and Leihkasse Bern/ Gewerbekasse Bern/ BB Bank Belp	X		21.04.1997
General Electric Capital Corp./ Bank Aufina	X		19.08.1997
Credit Suisse Group/ Winterthur Versicherungen	X		15.10.1997
Valiant Holding/Bank Langnau	X		30.10.1997
1998			
Union Bank of Switzerland/ Swiss Bank Corporation		X	20.04.1998
General Electric Capital Corp./ Bank Prokredit		X	18.05.1998
Banque Nationale de Paris/ United European Bank	X		28.08.1998
Banca della Svizzera Italiana/ Assicurazioni Generali S.P.A.	X		11.09.1998
1999			
Société Générale/Paribas	X		09.03.1999
Westdeutsche Landesbank Giro- zentrale/Carlson Companies Inc./ Preussag AG	X		09.03.1999
Rentenanstalt-Swiss Life/ Banca del Gottardo	X		10.03.1999
Credit Suisse Group/ Belcom Holding AG	X		15.07.1999
HSBC Holdings plc/ Republic New York Corp.	X		21.07.1999
GE Capital/Lisca	X		18.10.1999

¹ Preliminary Review

² Examination

2000			
Basler Kantonalbank/Coop Bank	X		09.02.2000
Banque Nationale de Paris BNP/ Paribas	X		17.04.2000
total mergers	14	2	
pure bank mergers	9	2	

1. Swiss Competition Law governing merger control

The law governing merger control in Switzerland is the Federal Law on Cartels and Other Restrictions of Competition of 6 October 1995 (Competition Law, ACart). The previous competition law had been revised in the mid-1990s and a section on merger control was introduced in the new law which came into force on 1 July 1996. The Ordinance on the Control of Concentration of Enterprises of 17 June 1996 (OCCE) clarifies provisions on the control of concentration of enterprises in more detail.

The law defines a concentration as: "The merger of two or more previously independent companies (merger by absorption or by formation of a new entity); or any operation which enables one or several companies to take direct or indirect control over one or several previously independent companies or over part of them" (art. 4 par. 3 ACart).

Notification

Notification is mandatory if the proposed concentration reaches the following thresholds during the financial year preceding the concentration (art. 9 par. 1 ACart): The aggregate world-wide turnover of the companies concerned amounted to at least CHF 2 billions or the aggregate turnover of the companies within Switzerland amounted to at least CHF 500 million; and the aggregate turnover in Switzerland by each of at least two of the companies concerned amounted to at least CHF 100 million.

However, special thresholds apply to banks (turnover is replaced by 10 percent of total balance sheet assets), insurance companies (thresholds are calculated with reference not to turnover, but to aggregate annual gross premiums) and to the media sector (turnover is multiplied by 20), (art. 9 par. 2 and 3 ACart).

Notwithstanding the above thresholds, notification is required if a decision enacted by the Commission has established that a participating firm holds a dominant position in a market in Switzerland, and if the concentration in question involves either that same market, a related market or an upstream or downstream market (art. 9 par. 4 ACart).

In case of mandatory notification, the Competition Commission cannot authorise a concentration prior to implicit or explicit approval. The

Competition Commission has published a notification form under its website "www.wettbewerbskommission.ch". This form specifies key information that must be included in the notification.

Assessment of concentration of enterprises

The Competition Commission shall investigate concentrations of enterprises subject to notification if a preliminary review reveals signs that they create or strengthen a dominant position (art. 10 par. 1 ACart).

The Commission may prohibit a concentration or authorise it subject to conditions or obligations if it transpires from the investigation that the concentration creates or strengthens a dominant position liable to eliminate effective competition, and does not lead to a strengthening of competition in another market which outweighs the harmful effects of the dominant position (art. 10 par. 2 ACart). Until now, the later provision regarding the fact that a strengthening of competition in another market may offset a harmful effect has never been applied. The Competition Commission does not take into account this provision unless participant firms explicitly indicate it being considered³.

A special rule addresses the possibility that a bank merger might involve a bank being bankrupt. In such case, if the Swiss Federal Bank Commission deems it necessary in order to protect the interests of creditors, it has the power to take the place of the Commission and decide with due regard to the "protection of creditors" issue (art. 10 par. 3 ACart). This provision secures the stability of the banking system. This is, however, supposed to be an exception and has not yet occurred.

In assessing the effects of a concentration of enterprises on the effectiveness of competition, the Competition Commission shall also take into account market developments and the situation with regard to international competition (art. 10 par. 4 ACart).

A concentration of enterprises prohibited by the Competition Commission may be authorised by the Federal Council (government) at the request of the enterprises taking part if, in exceptional cases, it is necessary in order to safeguard compelling public interests (art. 11 ACart).

To sum up, the rules of competition which apply to bank mergers are essentially the same as the general rules applying to all other industry mergers with two exceptions: first, the thresholds implying a manda-

³ E. HOMBURGER, B. SCHMIDHAUSER, F. HOFFET, P. DUCREY, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Schulthess Verlag, Zurich, 1996.

tory notification are based on the total balance sheet assets instead of on the turnover and second, the ability granted to the Federal banking commission to intervene in case of bankruptcy.

2. Definition of markets in bank mergers

According to the OCCE, market definition essentially has two dimensions. On the one hand the "product market", which "shall include all goods or services, which by the other market side are considered to be a substitute in view of their characteristics and foreseeable use" (art. 11 par. 3 (a) OCCE). And on the other, the "geographical market" which contains "the territory in which the other market side offers or demands the goods and services of the product market" (art. 11 par. 3 (b) OCCE). These two elements of market definition determine together the so-called "relevant market".

The Commission only scrutinises the "affected markets". A market is generally considered affected by the merger "if two or more of the enterprises involved jointly hold a market share of 20% in Switzerland or if one of the enterprises involved holds a market share of 30% in Switzerland" (art. 11 par. 1 (d) OCCE).

In the case of Spar- and Leihkasse Berne/Gewerbekasse Berne/BB Bank Belp⁴ the Commission defined for the first time the relevant product and geographical market in the banking sector. As the case only involved regional banks, the relevant product market consisted of retail banking (saving accounts, current accounts, payment services, consumer loans, mortgage loans and commercial loans to SMEs). The geographical market was defined as a regional market, because the demand of the customers for these services was clearly a regional one (also confirmed in Valiant Holding/Bank in Langnau⁵).

This definition of the relevant market was later taken up in the decision Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen⁶, a merger between two of the biggest enterprises of the banking and insurance business in Switzerland. Moreover, in this case the Commission had to decide if a new product market definition was necessary to describe the creation of a conglomerate with integrated financial services such as Credit Suisse Group/Winterthur. It was confronted with questions such as: do saving accounts services as well as insurance services, distributed over

⁴ Spar- and Leihkasse Berne/Gewerbekasse Berne/BB Bank Belp, RPW/DPC 1997/1, p. 48.

⁵ Valiant Holding/Bank in Langnau, RPW/DPC 1997/4, p. 515.

⁶ Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW/DPC 1997/4, p. 524.

the same network (cross-selling), require the same product market definition or does this depend on the form of the co-operation (contract, joint venture or merger)? Another question was the market determination of products like life insurance, which contains also financial components.

The Commission did not doubt the importance of these questions for the future but left the question open due to the fact that the other market side still had the possibility to obtain a single service either from a bank or an insurance company. In line with the former practice the Commission relied on the relevant markets already defined in the case of Spar- and Leihkasse Berne/Gewerbekasse Berne/BB Bank Belp⁷.

At this time, Credit Suisse Group was one of the three biggest domestic banks in Switzerland offering a broad range of financial services. So the authority had also to define the following product markets in addition to the above-mentioned services (retail banking, consumer loans, mortgage loans and commercial loans):

- private banking (for individuals)
- asset management (for institutionals)
- depository business
- issue business.

With the exception of the "depository" market, the geographical market for the three services of private banking, asset management and issue business was considered at least as a national market because of the national and even more the international demand of the customers involved (individuals with a minimum sum of investment capital, institutionals, large enterprises, public institutions). As far as the retail banking is concerned, the Commission essentially stuck to the former decision but left the possibility for future decisions to widen these regional markets on the basis of the argument that at least the national operating banks can easily absorb a demand in a regional market even when they are not actually present.

In the same decision the Commission defined the geographical market for bank services like trade- or project finance, investment banking, merger and acquisition advice and international private banking (for foreign individuals) as international markets. These geographical market definitions were also confirmed in other cases (Rentenanstalt-Swiss Life/Banca del Gottardo, HSBC Holdings plc/Republic New York Corp., Basler Kantonalbank/Coop Bank and finally in the decision Banque Nationale de Paris/Paribas).

⁷ Spar- and Leihkasse Berne/Gewerbekasse Berne/BB Bank Belp, RPW/DPC 1997/1, p. 48

In the case of the UBS merger⁸ the Commission examined the mortgage loan market and the commercial loan market in some depth. In these two markets the parties concerned hold individually either in excess of 20% or over 30% of market shares. Concerning the mortgage loan market, the Commission considered it as a regional one (loans granted on a regional basis due to the necessary knowledge of the local real estate market).

As far as the market for commercial credits was concerned, the Commission considered the substitution of commercial credits with other financing instruments such as commercial leasing, factoring or venture capital and the necessity to distinguish between credits for SMEs and credits for larger enterprises as well as between short, middle and long term credits.

The Commission defined the relevant product market as commercial loans in a broad sense, including lines of credits and investment loans. But the question related to leasing, factoring or venture capital was left open. This general market definition was in line with other national competition authorities.

Finally the market upper limit for commercial loans was restricted to CHF 2 million. This reflects the credit policy of large banks relating to the size and the activity sector of enterprises. A market analysis showed that the commercial loan market for SMEs was mainly a regional market. Therefore, credit limits above CHF 2 million are generally requested on a national or even an international market.

In the merger case General Electric Capital Corp./Bank Aufina⁹ the Commission distinguished between a product market for consumer loans and for car leasing. It considered that in the case of car leasing, the other market side would take a consumer loan, as a substitute for a leasing contract but in reverse a consumer loan would be effectual for other consumer goods. Therefore, the two financial services would generally not belong to the same product market. Besides, the Commission determined that fleet leasing belongs to the same product market as car leasing.

Later, in the case General Electric Capital Corp./Bank Prokredit¹⁰, the Commission again took up the former definitions, but also focussed its attention anew on the product market for consumer goods leasing. It decided that consumer loans differ from car leasing and consumer goods leasing for the following reasons:

⁸ Union Bank of Switzerland/Swiss Bank Corporation, RPW/DPC 1998/2, p. 278.

⁹ General Electric Capital Corp./Bank Aufina, RPW/DPC 1997/3, p. 358.

¹⁰ General Electric Capital Corporation/Bank Prokredit, RPW/DPC 1999/1, p. 146.

-
- the average consumer loan is between CHF 8'000.-- and 12'000.-- and is mostly applied to buy used cars whereas car leasing amounts rise up to CHF 32'000.-- and are therefore mostly applied to buy new cars;
 - the interests for consumer loans are much higher (9-14% p.a.) than those for car leasing amounts (4-8% p.a.);
 - the use of consumer loans (also used for house sales in foreign countries or for the payment of debts) is not the same as the use of consumer goods leasing.

Therefore, consumer loans, car leasing and consumer goods leasing were each considered as a separate product market. By also examining other possible substitutes, the market for consumer loans was widened with short and long-term credit limits on salary accounts and with short term credits on credit or retailer cards.

With regard to former decisions, the geographical market for consumer loans was again determined as regional or at the most as cantonal. Meanwhile the market for car and consumer goods leasing was set up as a nation-wide market due to the rarity of these financial transactions and the presence of both the product seller and the offeror of leasing contracts. This decision was later confirmed in the case GE Capital/Lisca¹¹.

The following table shows a summary of the relevant markets defined by the Commission (two crosses mean that at least the narrower market was considered as a relevant geographical market):

Product market	Geographical market			
	regional	cantonal	national	inter-national
Retail banking	X			
Consumer loans (incl. credit limits on salary accounts and credits on credit or retailer cards)	X	X		
Car leasing (incl. fleet leasing)			X	
Consumer goods leasing			X	
Mortgage loans	X	X		
Commercial loans < CHF 2 million	X	X		
Commercial loans > CHF 2 million			X	X
Trade and project finance				X
Private banking			X	X
Asset management			X	X
Deposits	X			
Money market instruments				X
Capital market instruments			X	X
Foreign exchange				X

¹¹ GE Capital/Lisca, RPW/DPC 1999/4, p. 602.

3. Remedies in bank mergers

As already mentioned above, the Commission can authorise mergers by imposing conditions or obligations on the participating firms (art.

10 par. 2 ACart). Since the Competition Law and the OCCE entered into force in 1996, the Commission has imposed obligations in the banking sector once: in the UBS merger¹².

In that case the Commission determined two affected markets: the mortgage loan market and the commercial loan market (see above). With regard to the mortgage loan market, the Commission had no doubt that there was effective competition by other banks, even though the merger led to a strong position for UBS. Therefore, neither conditions nor obligations had to be imposed upon the new bank.

In the commercial loan market, the Commission restricted the product market definition to commercial loans up to CHF 2 million. In eight regional markets (see table below) serious concerns about the risk of creating a collective market dominance arose.

¹² Union Bank of Switzerland/Swiss Bank Corporation, RPW/DPC 1998/2, p. 278.

[market shares in percent]

region/ canton	Can- tonal Bank	Credit Suisse	Union Bank of Swit- zer- land (A)	Swiss Bank Corpo- ration (B)	UBS = A+B	others
AI-AR-SG (= 3 can- tons)	[36-40]	[6-10]	[26-30]	[6-10]	[36-40]	[10-15]
BL-BS (= 2 can- tons)	[21-25]	[21-25]	[16-20]	[16-20]	[31-35]	[20-25]
GE (= 1 canton)	[31-35]	[21-25]	[16-20]	[11-15]	[26-30]	[6-10]
NE (= 1 canton)	[31-35]	[21-25]	[16-20]	[11-15]	[26-30]	[6-10]
SO/Seeland -Ober- aargau (= 1 canton + 1 area)	[6-10]	[16-20]	[16-20]	[36-40]	[56-60]	[6-10]
TI (= 1 canton)	[11-15]	[31-35]	[21-25]	[11-15]	[31-35]	[11-15]
VS ger. (German part of 1 canton)	[16-20]	[21-25]	[31-35]	[11-15]	[46-50]	[6-10]
VS fr. (French part of 1 canton)	[31-35]	[21-25]	[15-20]	[6-10]	[26-30]	[6-10]
average Switzerland	28	18	17	16	33	21

The Commission imposed the following obligations:

- Divest 25 branches (distributed over Switzerland and established in these eight heavily concentrated regional markets) as a package to one buyer who would be interested in retail banking;
- Sell two subsidiary banks (the Banca della Svizzera Italiana and the Solothurner Bank SoBa) which were established in two of the eight relevant geographical markets;
- Retain commercial loans - which cumulate up to CHF 4 million due to the merger - under the same conditions until 31 December 2004;
- Maintain membership with other financial institutions in several joint ventures.

Divestiture of 25 branches and two subsidiary banks

As regards the divestiture UBS had - with the co-operation of a trust company - to draw up a list of about 35 branches for potential sales established in the three main language areas of Switzerland and in the eight heavily concentrated markets. It was expected that an interested buyer would take a package with approximately 25 branches.

An auction was provided for the divestiture of these branches. Interested parties could make their bid from the beginning of August 1998. The contracts were to have been made until 31 March 1999. In case nobody would be interested in entering the market for retail banking, the obligation included the possibility of releasing UBS from this part of it.

The obligation also contained the sale of two subsidiary banks, the Banca della Svizzera Italiana and the Solothurner Bank SoBa, since these two banks were established in two of the eight problem markets.

By imposing these obligations, the Commission aimed to prevent a collective market dominance in the eight heavily concentrated markets and to offset the loss of a market player by giving domestic or foreign competitors a chance to enter a nation-wide market.

Retention of commercial loans

With this obligation the Commission aimed to protect the SMEs from abuse by a possible collective dominance in the commercial loans market. The Commission was especially concerned about the termination of loan contracts due to individual risks, which might possibly arise by accumulation since before the merger the enterprises kept business connections with each bank.

UBS was therefore obliged to retain commercial loans at least until 31 December 2004 under the same conditions as before the merger. The obligation referred only to enterprises which had kept business rela-

tions with both banks and accumulated credits which did not hit the limit of CHF 4 million.

Nevertheless the obligation had to avoid undesired maintenance of industrial structure and accumulation of bad credit risks. Hence the Commission granted UBS five exceptions from the obligation in the event of the following:

- if the whole or a part of the credit was already terminated at 31 March 1998 or if the contract ended 31 December 1998 due to an arrangement that was made between the parties not later than the 31 March 1998;
- if the credit standing of a customer was already rated badly before the merger took place or if the credit standing got worse thereafter and the individual risk had to be classified in the range between 11 to 14 of the rating system (high potential of loss);
- if the value of credit securities dropped more than 15% (in this case the UBS was only allowed to reduce the credit limit by the same proportion);
- if the debtor retained or continued to retain information necessary for the risk analysis and in case of a change of the principal of the enterprise;
- if the termination was necessary for the performance of legal duties.

Generally the Commission could release UBS from this obligation in the event of a change of competition in the market for commercial loans.

Since the Commission had taken its decision, no problems arose in applying this obligation. For those enterprises that complained about unwarranted terminations the Commission - in most cases - was able to find a solution with the UBS. This obligation is still pending.

Maintenance of membership in joint ventures

The joint ventures, founded in early days by Swiss banks, are enterprises that seek networks of infrastructure for the banking sector. The banks make use of these networks to handle their payment transactions. The banks therefore pay for the services. Small banks are shareholders too and as customers they profit from these establishments.

The Commission considered whether in the event of a withdrawal by UBS, the costs for the use of these networks would rise and would possibly affect the position of smaller banks competing. Thus the Commission obliged UBS to maintain its membership and to make use of the services offered by the joint ventures at least for the next five years.

E 2 Gutachten

Avis
Expert advise

E 2	1. Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Wettbewerbskommission
-----	--

C. Christian von Weizsäcker, Universität zu Köln, Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements, Köln, den 10. Juli 2000

I. Einleitung: Auftrag - Vorgehen - Ergebnis

Das Generalsekretariat des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements hat mich beauftragt, ein Gutachten zum Thema "Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Wettbewerbskommission" zu erstellen. Der Auftrag sieht eine Begutachtung darüber vor, mit welcher ökonomischen Sachkompetenz das Sekretariat der Wettbewerbskommission die bisherigen Entscheide im Rahmen des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG) angegangen ist. Es soll geprüft werden, ob die ökonomische und empirische Analyse der kartellrechtlichen Untersuchungen internationalen Standards (best practice) entspricht. Die Analyse sollte am Beispiel einiger wichtiger Entscheide erfolgen. Das besondere Augenmerk wird dabei auf folgende Aspekte gerichtet:

- Qualität der Prüfung wettbewerbsrelevanter Fragen (Untersuchungen, Empfehlungen, Stellungnahmen des Sekretariats);
- Definition, Abgrenzung und Handhabung der Begriffe "relevanter Markt", "Marktbeherrschung", "potenzielle Konkurrenz".

Ebenfalls berücksichtigt werden sollen ökonomischer Ausbildungsstand der Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter in Theorie, Empirie, Ökonometrie sowie das Weiterbildungsangebot für Kader, Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter.

Zur Durchführung dieses Gutachtens habe ich sämtliche Entscheidungen und Empfehlungen der Wettbewerbskommission durchgearbeitet. Ich habe ferner Einsicht genommen in eine grössere Anzahl interner Arbeitspapiere und in die Akten einiger zu entscheidender Fälle. Schliesslich habe ich ausführliche Gespräche mit einzelnen Mitarbeitern des Sekretariats geführt. Ich habe die so gewonnenen Erkenntnisse über die Arbeit der Mitarbeiter des Sekretariats verglichen mit meiner Kenntnis der Arbeit anderer Wettbewerbsbehörden. Im Vordergrund stand aus naheliegenden Gründen der Vergleich mit der Arbeit der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in Brüssel. Aufgrund langjähriger Erfahrung in der Zusammenarbeit mit der Europäischen Wettbewerbsbehörde sowie der Gut-

achtentätigkeit im Auftrage von Unternehmen bei europäischen wettbewerbsrechtlichen Fällen habe ich eine gute Kenntnis eines grossen Teils der vom Stab der Generaldirektion IV durchgeführten Arbeit. Ferner sind mir gut bekannt die Abläufe und die Qualität der Arbeit des deutschen Bundeskartellamts, früher Berlin, heute Bonn. Dies nicht zuletzt aufgrund der Zusammenarbeit des Bundeskartellamts mit der Monopolkommission, die ich neun Jahre präsiert habe.

Zusammenfassend kann ich folgendes Ergebnis des Gutachtens formulieren: Die ökonomische Sachkompetenz des Mitarbeiterstabs des Sekretariats der Wettbewerbskommission ist gut. Der Arbeitseinsatz und die Qualität der Arbeit können sich im internationalen Vergleich ohne weiteres sehen lassen. Ausbildungsstand und Fortbildung der Mitarbeiter entsprechen internationalen Standards. Als Problem sehe ich die Gefahr des Abwanderns der besten Mitarbeiter in die privatwirtschaftliche Praxis, da das Economic Consulting eine rasch wachsende Branche darstellt.

II. Die Kritik von Professor Neven an den Entscheidungen der Kommission

Die Eidgenössische Kommission für Konjunkturfragen hat gegen Ende 1998 eine Reihe von wissenschaftlichen Gutachten zu verschiedenen Sektoren der schweizerischen Wirtschaftspolitik in Auftrag gegeben. Die Gutachten sollten Ende 1998 beziehungsweise Ende Januar 1999 abgeliefert werden. Eines dieser Gutachten befasste sich mit der Wettbewerbspolitik, und es wurde an Professor Dr. Damien J. Neven, Universität Lausanne, vergeben. Professor Neven hat dieses Gutachten vorgelegt. Es befasst sich im Wesentlichen mit den Entscheidungen der Wettbewerbskommission. Dieses Gutachten ist relativ kritisch ausgefallen. Ich werde mich im Folgenden nicht mit allen Details des Gutachtens befassen. Ich konzentriere mich auf solche Kritikpunkte, die auch aus meiner Sicht auf den ersten Blick angebracht sein mochten und konfrontiere die Kritikpunkte mit den Antworten, die ich seitens des Sekretariats hierzu bekommen habe. Die Analyse von Professor Neven ist deswegen erheblich, weil Professor Neven ein anerkannter Experte auf den Gebieten der Industrieökonomik und der Wettbewerbspolitik ist. Er hat auf diesem Gebiet zahlreiche Publikationen vorzuweisen, unter anderem zwei mit Co-Autoren geschriebene Bücher über die europäische Wettbewerbspolitik.

Die Wettbewerbskommission weist die Kritik von Professor Neven an ihrer Untersuchung "Swica" zurück, da es sich hier - was Herrn Neven entgangen zu sein scheint - bloss um eine vorsorgliche Massnahme handelte, bei der im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung die Interessen an der Anordnung von Massnahmen den Interessen der Betroffenen gegenüberzustellen waren. Es ging also gar nicht um einen materiellen Entscheid, als welchen Professor Neven diese Vorabklärung aufgefasst hat.

Auf Seite 14 seines Gutachtens kritisiert Professor Neven die Blue-Windows-Entscheidung der Kommission. Sekretariat und Kommission antworten hierauf, indem sie klarstellen, dass - entgegen der Auffassung von Professor Neven - sich dieser Fall vor der Liberalisierung abgespielt hat. Ausserdem war die Entscheidung gebunden durch eine Bundesgerichtsentscheidung. Professor Neven spreche sich im Effekt hier für eine asymmetrische Regulierung aus, die nach Auffassung der Kommission aber durch das KG nicht gestützt werde. Ich kann das juristisch nicht beurteilen, bin aber nicht der Auffassung, dass die überwiegende Mehrheit der Ökonomen die asymmetrische Regulierung von ehemaligen Telekommunikationsmonopolisten ablehnt. Mir sind eine ganze Reihe von Ökonomen bekannt, die eine solche asymmetrische Regulierung zumindest für einige Zeit nach Beginn der Liberalisierung befürworten.

Die Kommission weist ebenfalls die Kritik an den Fällen CS/Winterthur beziehungsweise Siemens/Elektrowatt zurück. Auf die Thematik Bankenmärkte komme ich im Kapitel über den UBS-Fall zurück. Beim Fall Siemens/Elektrowatt sieht nach Auffassung des Sekretariats Professor Neven nicht die Verbundenheit verschiedener Märkte, die es dann dennoch erforderlich mache, einen Markt zu untersuchen, in dem durch die Fusion keine Marktanteilerhöhung stattfindet. Dieser Antwort ist aus meiner Sicht zuzustimmen.

Seite 18: Le Temps: Nach Auffassung der Kommission rennt Professor Neven hier offene Türen ein, weil das, was er vorschlägt, schon lange praktiziert wird. Ich habe die Entscheidungen der früheren Kartellkommission aus dem Jahre 1993 nicht studiert, aber es ist offensichtlich, dass die Verbundenheit der beiden Märkte in den Erwägungen der Kommission schon im Fall Publicitas/Gasser/Tschudi berücksichtigt worden ist und auch weiter in ähnlichen Presse-Fusions-Fällen berücksichtigt werden wird.

Zu Seite 21: GE Capital/Aufina: Auf die Kritik von Professor Neven entgegnet das Sekretariat, dass es nicht richtig ist, dass durch die Marktabgrenzung die beiden Parteien zwei verschiedenen Märkten zugewiesen worden wären, um so die Marktanteilsaddition zu vermeiden. Denn Aufina war sowohl auf dem Markt für Kleinkredite als auch Auto-Leasing tätig. Mein Eindruck von der Lektüre des Falles GE Capital/Aufina ist, dass hier richtig entschieden worden ist.

Die Kritik von Professor Neven auf Seite 28 und 29 zu UBS behandle ich hier nicht, da ich den UBS-Fall ausführlich in einem eigenen Kapitel bespreche.

Seite 30 des Neven-Gutachtens: der Fall Le Temps scheint mir aufgrund der Informationen, die ich zur Kenntnis genommen habe, von der Kommission richtig entschieden worden zu sein. Ich muss hier allerdings den Vorbehalt machen, dass nur eine umfassende Information über die Details des Falles hier ein Urteil zulässt. Es geht hier um die

schwierigen Probleme der failing company clause im Rahmen eines Fusionsfalls. Ich tendiere dazu, als generelle Regel eine failing company clause für Fusionsfälle zuzulassen, bin mir aber der Problematik sehr wohl bewusst. Die Spekulation von Professor Neven darüber, dass die Wettbewerbskommission durch ihr Verhalten eine Predatory Action seitens EDI-Pressen belohnt hätte, erscheint mir höchst problematisch; es ist sicher nicht als genereller Fall anzunehmen, dass die Möglichkeit, die Failing Company Doktrin in Anspruch zu nehmen, zu einer Ermutigung von Predatory Behaviour seitens marktbeherrschender Unternehmen beiträgt. Die hier in der ökonomischen Literatur vorgebrachten Erwägungen scheinen mir zu spekulativ zu sein, als dass sie Leitlinie des Entscheidungsverhaltens von Wettbewerbsbehörden werden könnten.

Seite 32 des Neven-Gutachtens: Die hier geübte Kritik an der Entscheidung im Fall Bell-SEG wird vom Sekretariat zurückgewiesen. Professor Neven habe das eigentliche wettbewerbliche Problem verkannt, indem er den Zusammenhang zur staatlichen protektionistischen Regulierung nicht gesehen habe. Dem kann ich nur voll und ganz zustimmen.

Es gibt dann eine Reihe von Kritikpunkten Nevens zu ökonomischen Fragen, die in der Antwort des Sekretariats auf das Gutachten Neven nicht behandelt worden sind. Auf Seite 25/26 wirft Neven der Wettbewerbskommission vor, im Fall Roche/Boehringer nur eine unzureichende Analyse der Frage der Marktbeherrschung vorgelegt zu haben. Nach meiner Rückfrage waren die Marktanteile von Roche und Boehringer dem Sekretariat bekannt, sie wurden nur nicht publiziert. Dies mochte in diesem Zusammenhang sinnvoll sein, zumal die europäische Wettbewerbsbehörde sich dieses Falls im Detail angenommen und Auflagen formuliert hatte.

Auf Seite 26 kritisiert Neven weiterhin, dass der Herfindahl-Index in der Analyse der Wettbewerbskommission nicht verwendet wird. Darauf antwortete mir das Sekretariat, dass der Herfindahl-Index durchaus zu Rate gezogen wird, und es sind mir Beispiele hiervon auch genannt worden. Es hänge jeweils von der genauen Fragestellung ab, ob es sinnvoll sei, den Herfindahl-Index zu verwenden oder nicht. Dem kann ich aus meiner Sicht zustimmen. Im Übrigen wird vom Sekretariat auf die Praxis der EU Kommission verwiesen, die genauso vorgehe, was ich bestätigen kann.

Auf Seite 24 übt Neven Kritik an der fehlenden ökonomischen Analyse der Substitutionsverhältnisse, etwa mit Hilfe von Kreuzpreis-Elastizitäten. Diese Kritik wird für die Anfangszeit der Tätigkeit des Sekretariats akzeptiert. Heute aber gibt es eine Arbeitsgruppe Empirie im Sekretariat und diese führt auch empirische Studien durch, mit deren Hilfe die Substitutionsbeziehungen der in Frage kommenden Produkte genauer ausgeleuchtet werden. Ein Beispiel ist die Befragungsaktion

im Zusammenhang mit der geplanten Pressefusion im Berner Oberland.

Auf Seite 26, im Zusammenhang mit dem Fall Siemens/Elektrowatt, kritisiert Neven die Inkonsistenz zwischen der Abgrenzung eines rationalen Marktes und der Behauptung regionaler Differenzen. Es handelt sich nach Aussagen des Sekretariats hier um eine unterschiedliche Schulenauffassung innerhalb der Ökonomie, betreffend das Thema der Contestability. Professor Neven bedient sich dieser gedanklichen Konstruktion ungern. Im Sekretariat besteht eine Vorliebe hierfür. Die Analyse, die im Rahmen dieses Falles durchgeführt worden ist, sei bezüglich Contestability bestätigt worden durch die seit der Fusion stattgefundenen Einbrüche im Marktanteil für Elektrozähler, die die von der Kommission behauptete Contestability dieses Marktes bestätigen. Aus meiner Sicht zeigt die Marktentwicklung, dass das Sekretariat mit seiner Analyse richtig gelegen hat.

Auf Seite 27 kritisiert Professor Neven die Handhabung des Begriffs Collective Dominance durch die Kommission, speziell im Fall Revisuisse. Das Sekretariat ist über diese Kritik erstaunt, weil das, was Professor Neven vorschlägt, faktisch in der Entscheidung genau gemacht worden ist. Man fragt sich im Sekretariat, ob hier möglicherweise Sprachprobleme auf Seiten von Professor Neven vorliegen und er nicht voll verstanden hat, was die Entscheidung sagt. Ich möchte hierzu hinzufügen, dass ich den Fall Revisuisse mit besonderer Aufmerksamkeit gelesen habe, da es sich hier in der Tat um sehr wichtige Fragen handelt. Ich meine, dass die ökonomische Analyse in diesem Fall sehr gut ist und deswegen auch die Entscheidung richtig ausgefallen ist.

Auf Seite 28 kritisiert Neven die Art und Weise wie die Kommission mit dem Thema Nachfragemacht umgegangen ist. Man ist sich beim Sekretariat der Kommission nicht ganz sicher, ob Professor Neven die Entscheidung voll verstanden hat. Auf jeden Fall möchte ich konstatieren, dass ich ebenfalls der Ansicht bin, Nachfragemacht könne eigentlich nur dann vorliegen, wenn die in Frage stehenden Unternehmen als Anbieter über Marktmacht verfügen. Diese Position, die mir bei ökonomischer Analyse der Zusammenhänge relativ zwingend zu sein scheint, ist allerdings bei vielen Nicht-Ökonomen nur schwer verständlich zu machen. Dem Nicht-Ökonomen geht es instinktiv einmal um den Schutz eines einzelnen Unternehmens vor Macht. Wenn aber Verhandlungsmacht von grossen Einzelhandelsketten auf der Einkaufsseite dazu führt, dass die Herstellungspreise von Produkten sinken und dies in niedrigeren Endverbraucherpreisen den Konsumenten weitergewälzt wird, dann funktionieren die Märkte genauso wie man sich das unter hartem Wettbewerb vorstellt: Ausmerzen der High Cost Producer, Zurückbleiben der effizientesten Produzenten. Genau dies ist ja das, was man als Ergebnis des Wettbewerbs erwartet.

Die Analyse des Themas Nachfragemacht wird erst dann anders, wenn die Unternehmen, um deren Einkaufsmacht es geht, auf ihrer Absatzseite nicht mehr intensivem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sind. Für diesen Fall erst können unsachliche Gründe für die Auswahl des Lieferanten eine Rolle spielen und damit Willküraspekte ins Spiel kommen, welche mit dem Thema Machtausübung eng verbunden sind.

In ganz analoger Weise würde ich die Kritik von Neven im Zusammenhang mit dem Fall Bell-SEG beantworten. Neven macht hier Statements in der Richtung, dass er die Einbeziehung von integrierten Aktivitäten in einen relevanten Markt skeptisch beurteilt. Aus meiner Sicht sollte aber diese Einbeziehung in den relevanten Markt stattfinden, denn sie üben in der Tat Wettbewerbsdruck auf die andern Marktteilnehmer aus. Ich bin mir bewusst, dass diese Position, die offenbar auch von einigen Mitarbeitern des Sekretariats geteilt wird, nicht von allen Wettbewerbsbehörden so gesehen wird. Es ist sowohl in Brüssel als auch beim Bundeskartellamt in Bonn Usance, die integrierten Teile der Produktion nicht in den relevanten Markt einzubeziehen.

Im Zusammenhang mit dem UBS-Fall kritisiert Professor Neven auch hier das Thema der Behandlung von potenziellem Wettbewerb. Ich gehe auf den UBS-Fall in einem separaten Kapitel ein und behandle diesen Punkt hier nicht.

Professor Neven macht dann einige Ausführungen über den Kompetenzstand des Sekretariats, über die Ausbildung der Mitarbeiter. Die hier geäußerte Kritik scheint nicht angebracht zu sein angesichts der Tatsache, dass einige der Schlüssel-Mitarbeiter über Praxiserfahrung in anderen Wettbewerbsbehörden in Washington und insbesondere Brüssel verfügen. Der Ausbildungsstand der Mitarbeiter entspricht - wenn sie Hochschulabsolventen sind - dem Standard der schweizerischen Hochschulen. Zum Thema des wissenschaftlichen Standards dieser Hochschulen kann ich sagen, dass dieser an den meisten Universitäten aus meiner Sicht befriedigend ist, jedenfalls sich aber durchaus mit dem der deutschsprachigen Hochschulen in Österreich oder Deutschland messen kann. Ich habe mich davon überzeugt, dass umfassend Weiterbildungsaktivitäten stattfinden. Die internen Papiere der Mitarbeiter der Kommission zeigen im Übrigen eine grosse Vertrautheit mit der modernen wissenschaftlichen ökonomischen Literatur. Auch aus den Gesprächen konnte ich erfahren, dass die Literaturkenntnisse und ihre sinnvolle Verarbeitung und Anwendung im Sekretariat recht gut sind.

Das schliesst nicht aus, dass ich mit manchen Positionen, die hier vertreten werden, fachlich nicht voll übereinstimme. Allerdings geht es hier meist um Positionen, wo meine eigene Auffassung die einer Minderheit im Kreise der industrieökonomischen Wissenschaft auf internationaler Ebene ist. Am Beispiel des UBS-Falls werde ich einen dieser Meinungsunterschiede genauer spezifizieren.

III. Der Fall UBS

Zur Wahl dieses Falles

Es schien mir neben dem Studium anderer Dokumente und neben Gesprächen mit den Mitarbeitern sinnvoll, einen der von der Wettbewerbskommission zu entscheidenden Fälle anhand der vorliegenden Akten komplett anzusehen. Ich habe mich entschieden, hier den Fall UBS zu wählen. Dies ist natürlich keine Zufallsauswahl. Es handelt sich hier um den wichtigsten Fall, der bisher zu entscheiden war und auch um einen Fall, der in der öffentlichen Diskussion besonders im Vordergrund stand. Zur Überprüfung der wirtschaftswissenschaftlichen Kompetenz des Stabs hat der Fall sich auch deswegen geeignet, weil sowohl von den Antragstellern ein wirtschaftswissenschaftliches Gutachten als auch wirtschaftswissenschaftlich fundierte Stellungnahmen von Gegnern der Fusion vorlagen. Es entspann sich also zum Teil intern, zum Teil in der Öffentlichkeit eine Diskussion, an der wirtschaftswissenschaftlicher Sachverstand beteiligt war. Die Mitarbeiter der Kommission hatten sich also mit wirtschaftswissenschaftlich fundierten Argumenten auseinanderzusetzen.

Die Intervention der Professoren von Ungern und Neven (Universität Lausanne)

Die beiden an der Universität Lausanne lehrenden Professoren, die mir auch persönlich bekannt sind (Professor von Ungern-Sternberg war an der Universität Bern seinerzeit mein Assistent), sind ausgewiesen auf dem Gebiet der Industrial Economics, also auf den Teilgebieten der Nationalökonomie, die besonders relevant sind für die Wettbewerbspolitik. Professor Neven ist ein regelmässiger Kommentator, insbesondere der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen der Europäischen Kommission. Er hat darüber mehrere Bücher geschrieben sowie eine grössere Anzahl von Artikeln. Professor von Ungern-Sternberg hat in führenden wissenschaftlichen Zeitschriften zu industrieökonomischen Themen Artikel publiziert, die in der Fachwelt sehr geschätzt werden. Er hat darüber hinaus in den letzten Jahren verschiedentlich in die öffentliche Diskussion in der Schweiz eingegriffen, so unter anderem zur Thematik der Privatisierung der Feuerversicherung in den einzelnen Kantonen sowie zur Reservebildungspolitik der Schweizerischen Nationalbank. Er hat aber auch schon in früheren wettbewerbsrechtlichen Fällen als Gutachter das Wort ergriffen, so unter anderem im von der früheren Kartellkommission zu entscheidenden Zementfall.

Soweit ich es beurteilen kann, sind weder Professor Neven noch Professor von Ungern-Sternberg ausgewiesene Experten für den Bankensektor.

Das Gutachten von Professor Volkart

Im Auftrag der Antragsteller hat Professor Dr. Rudolf Volkart ein Gutachten zu diesem Fusionsvorhaben erstellt. Professor Volkart ist der

Dienstälteste in der Institutsleitung des Instituts für Schweizerisches Bankwesen der Universität Zürich. Dieses Institut ist seit Jahrzehnten ausgewiesen als ein sachverständiges wissenschaftliches Institut zu den Themen des Bankwesens mit Schwerpunkt Schweiz. Der Vorgänger der heutigen Institutsleiter, Professor Kilgus, hatte über die Schweiz hinaus ein hohes Renommee. Professor Volkart ist ohne Zweifel Experte auf dem Gebiet des schweizerischen Bankwesens, und er kennt sich mit den modernen wissenschaftlichen Methoden, die auch in die Bankpraxis Einzug halten, gut aus. Professor Volkart ist aber kein ausgewiesener Industrieökonom, er ist nicht hervorgetreten als Analytiker von Wettbewerbssituationen ausserhalb des Finanzsektors.

Insofern sind die an dieser Kontroverse beteiligten Wissenschaftler in zwei verschiedenen, in diesem Fall relevanten Spezialgebieten der Wirtschaftswissenschaften Experten. Im jeweils anderen Gebiet erweisen sich gewisse Mängel ihrer Fachkompetenz.

Die öffentliche Diskussion

Das Verfahren UBS, das sich über einige Monate hinzog, war begleitet von einer relativ umfangreichen öffentlichen Diskussion, die sich zum Teil auch in den Akten der Wettbewerbskommission niedergeschlagen hat. Darüber hinaus hat es eine Reihe von Eingaben von Personen gegeben, die gegenüber der Wettbewerbskommission in dieser Sache Stellung genommen haben, meist in fusionskritischer Weise. Die Wettbewerbskommission hat im Übrigen - wie in anderen Verfahren auch - eine umfangreiche Befragung sowohl der Bankkonkurrenten als auch der Kundschaft der Banken in der Schweiz durchgeführt. Die Antworten auf die Fragebogen der Wettbewerbskommission liegen vor und sind von mir im Einzelnen studiert worden.

Der neuralgische Punkt: Der Markt für Kredite für KMU (kleine und mittlere Unternehmen)

Die Fusion von SBV und SBG zur UBS ist, so scheint es mir, primär motiviert durch den Konkurrenzkampf auf dem internationalen Bankenmarkt, insbesondere auf den Gebieten Vermögensverwaltung, Wertpapierhandel, Devisenhandel und Mergers and Acquisitions. Erst sekundär spielt als Motiv für diese Fusion die Lage auf dem innerschweizerischen Bankenmarkt eine Rolle. Es wurde nicht ernsthaft die Position der Antragsteller bestritten, dass die fusionierte UBS auf den internationalen Märkten keine marktbeherrschende Stellung erreichen würde. Kritischer hatte man sich mit der Frage des Entstehens oder der Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf innerschweizerischen Märkten auseinanderzusetzen. Hier ging es insbesondere um die Thematik der Finanzierung von Unternehmen.

Im Verlauf der Erwägungen des Sekretariats der Kommission spielte auch die Hypothese eine Rolle, dass durch die Fusion eine marktbeherrschende Stellung auf dem Gebiet des Zugangs für schweizerische

Unternehmen zum Kapitalmarkt verstärkt würde. Dies wurde von Seiten der Anwälte der Fusionsparteien vehement bestritten und hat schliesslich in der Entscheidung der Kommission auch keine Rolle mehr gespielt. Auch in der Auseinandersetzung zwischen Ungern-Sternberg - Neven einerseits und Volkart andererseits spielte diese Frage eine untergeordnete Rolle. Soweit ich dies den Unterlagen entnehmen konnte und aufgrund meines Vorwissens über Finanzmärkte auch anderer Länder teile ich die Auffassung, dass die Möglichkeiten des Zugangs zum Kapitalmarkt heute so stark auch durch international tätige Banken erweitert werden, dass hier keine Problematik einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für schweizerische Unternehmen besteht. Insbesondere haben schweizerische Unternehmen auch Zugang zu den Anleihemärkten in anderer Währung, von denen sie auch Gebrauch machen. Sofern es ihnen wichtig ist, sich in Schweizer Franken zu verschulden, können sie dies mit Hilfe von Swap-Operationen auch auf dem Umweg über Anleihen in anderen Währungen tun.

Der Hypothekenmarkt

Der Hypothekenmarkt für private Schuldner ist ebenfalls analysiert worden, ist aber auch hier letztlich nicht der Schwerpunkt der kontroversen Diskussionen.

Der Markt für KMU-Kredite

Damit bleibt der Markt für Kredite an kleine und mittlere Unternehmen. Hier hat sich die Kontroverse mit voller Schärfe entzündet. Die Lausanner Professoren ziehen in diesem Zusammenhang die Antitrust-Praxis in den Vereinigten Staaten heran. Dort haben die Antitrust-Behörden unter Billigung der zuständigen Gerichte die Vorstellung von regional begrenzten Märkten für solche Bankkredite. Es gibt eine grosse Zahl von Merger Cases in den Vereinigten Staaten, da die Vereinigten Staaten aufgrund der früheren Gesetzgebung einen relativ stark zersplitterten Bankenmarkt haben und deshalb zahlreiche Fusionen stattfinden. Dies hat dazu geführt, dass eine grosse Zahl von amerikanischen Ökonomen sich wissenschaftlich mit den amerikanischen Bankenmärkten befasst haben. Ich habe selbst nur einen kleinen Teil dieser Arbeiten studiert, entnehme aber den Ausführungen von Neven und von Ungern-Sternberg, dass die überwiegende Zahl der empirischen Untersuchungen zu dem Schluss kommt, dass es sich bei den Krediten für kleine und mittlere Unternehmen in der Tat um relativ eng begrenzte regionale Märkte handelt.

Im Wesentlichen auf der Basis dieser reichhaltigen empirischen Fundierung in den Vereinigten Staaten kommen von Ungern-Sternberg und Neven zu der Schlussfolgerung, dass der relevante geografische Markt für KMU-Kredite auch in der Schweiz nicht ein nationaler Markt ist, sondern aus einer grossen Ansammlung von regionalen Märkten besteht. Aus Gründen wohl primär der statistischen Praktikabilität plä-

dieren sie für kantonale relevante geografische Märkte. Da die Fusion zur UBS naturgemäss zu regional unterschiedlichen Marktanteilen führen würde, kann es durchaus sein und ist wohl in der gegebenen Situation auch so gewesen, dass die Marktanteile in einzelnen der so abgegrenzten geografischen Märkte von Seiten UBS bedenklich hoch liegen, selbst wenn man gegenüber dem nationalen Marktanteil der UBS keine Bedenken haben würde. Insofern ist die Frage der geografischen Marktabgrenzung der neuralgische Punkt dieses Falles.

Die Position der Antragsteller: ein nationaler Markt für KMU-Kredite

Gestützt nicht zuletzt auf das Gutachten von Professor Volkart tragen die beiden Banken in ihrem Antrag und auch in späteren Schriftsätzen vor, dass der Markt für KMU-Kredite ein nationaler Markt sei. Um diese Argumentation trotz der entgegenstehenden empirischen Untersuchungen aus den Vereinigten Staaten würdigen zu können, ist es wichtig, die Spezifika des Marktes für KMU-Kredite mit einzubeziehen. Genau wie in allen anderen Märkten auch, ist selbst bei intensivem Wettbewerb der Anbieter für den Käufer nicht garantiert, dass er die entsprechende Leistung erhält, wenn von Seiten der Anbieter Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Käufers bestehen. Diese Tatsache ist bei industrieökonomischen Analysen auf anderen Märkten von untergeordneter Bedeutung, da dort Routinetransaktionen vor sich gehen mit Käufern, bei denen das Thema der Zahlungsfähigkeit keine bedeutende Rolle spielt. Auf den meisten Endverbrauchermärkten wird bar bezahlt oder heute mit einer von einem Dritten garantierten Kreditkarte. Auf den b-to-b-Märkten wird in der Regel ein Zahlungsziel für eine erbrachte Leistung seitens des Anbieters mitformuliert. Das Thema der Zahlungsmoral der Käufer ist aber kein marktspezifisches und spielt deshalb auch keine Rolle bei der Frage, ob Wettbewerb auf einem bestimmten Gütermarkt oder nichtfinanziellen Dienstleistungsmarkt besteht.

Auf dem Markt für Kredite ist dies naturgemäss anders. Die wichtigste Funktion, die der Spezialist für Kreditvergabe (also die Bank) zu erfüllen hat, ist das screening der Kreditnehmer. Dies ist das zentrale Know-how einer Bank, wenn sie auf den Kreditmärkten als Anbieter tätig wird. Man sollte vom Wettbewerb also erwarten, dass dieses screening besonders gut funktioniert. Damit aber ist automatisch die Situation verbunden, dass zahlreiche potenzielle Kreditnehmer enttäuscht werden, weil sie beim screening durchfallen und eben den von ihnen gewünschten Kredit nicht erhalten.

Es ist ein Dauerthema der öffentlichen Diskussion über Banken, ob der jeweilige Bankensektor einer Volkswirtschaft hinreichend grosszügig Kredite, insbesondere an kleine und mittlere Unternehmen vergibt. Dabei wird häufig nicht auseinandergelassen: 1. die berechtigte Zurückhaltung einer Bank gegenüber einem potenziellen Schuldner, des-

sen Bonität sie ungünstig einschätzt, und 2. das möglicherweise vorhandene Phänomen der Bankenmacht, die dazu führt, dass in unguter Weise der Zugang zu Krediten gesperrt ist. Es ist in der Tat auch empirisch nicht einfach, diese beiden Aspekte auseinanderzuhalten. Wie gesagt, sollte man vom Wettbewerb zwischen Banken erwarten, dass es eine ungute Kreditzurückhaltung im Sinne einer Bankenmacht nicht gibt. Wenn es aber gerade um die Frage geht, ob Wettbewerb existiert oder existieren wird, hilft einem diese Feststellung wenig. Man kann nur negativ konstatieren, dass die Tatsache, dass nicht alle Kreditgesuche Erfolg haben, noch kein Indikator für die Abwesenheit von Wettbewerb ist.

Die beiden fusionswilligen Banken und der Gutachter Volkart weisen darauf hin, dass in den 80er Jahren in einem Übermass Kredite vergeben worden sind, die zu einer Krise im Kreditgeschäft im Verlauf der 90er Jahre geführt haben. Die Rentabilität des Kreditgeschäfts war aufgrund der vorangegangenen Übersteigerungen in den Kreditvergaben miserabel. Darauf haben die Banken, und nicht nur die Grossbanken, reagiert, indem sie neue, vergleichsweise rationale, objektiv überprüfbare Rating-Systeme von Kreditkunden eingeführt haben. Aufgrund dieser Rating-Systeme kommt es bei zahlreichen Bankkunden zu Zinsanhebungen, die mit dem Kreditrisiko begründet werden. Aus der Sicht der beiden Banken SBV und SBG sowie des Gutachters haben diese Zinsanhebungen nichts mit Ausübung von Bankenmacht zu tun, sondern sind ein Weg in die rationellere Gestaltung des Kreditmarktes.

In den Repliken der Anwälte der beiden Banken und des Gutachters Volkart auf die Stellungnahme von Ungern-Sternberg und Neven werden die beiden Lausanner Professoren kritisiert wegen einer ganzen Reihe von Detailfehlern, die in ihrer Arbeit stehen sowie wegen einer nicht objektiven feindseligen Haltung gegenüber den fusionswilligen Parteien. Es wird den Lausanner Professoren Dilettantismus, Fachunkennntnis auf dem Gebiet der Bankenmärkte vorgeworfen.

Die Erwägungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission

Die Mitarbeiter, die an diesem Fall gearbeitet haben, haben sich auf der Basis umfangreicher Informationen, die sie mit Hilfe ihrer Umfragen eingesammelt haben, ferner auf der Basis der Informationen, die von den Antragstellern zur Verfügung gestellt worden sind, und schliesslich auf der Basis der zum Teil kritischen Stellungnahmen (unter anderem der beiden Lausanner Professoren) in der Öffentlichkeit ein Urteil bilden müssen.

Dabei ist nach meinem Eindruck der Antrag der beiden Banken, der von der Anwaltskanzlei Bär und Karrer begleitet wurde, gekennzeichnet durch ein hohes Mass der Professionalität. Das Gutachten von Professor Volkart ebenso wie die Argumentation der Anwälte zeichnen

sich durch eine grosse Professionalität auf ihren jeweiligen Gebieten aus.

Dennoch hat das Sekretariat aufgrund seiner Analysen andere Ergebnisse, insbesondere zu dem neuralgischen Punkt der geografischen Marktabgrenzung für KMU-Kredite erbracht. Man hat sich vom sehr professionellen Antrag der Fusionsparteien nicht übermässig beeindrucken lassen. Das Sekretariat ist - dem amerikanischen Vorbild folgend - zum Schluss gekommen, dass es sich um relativ eng regional abzugrenzende geografische Märkte und nicht um einen nationalen Markt bei KMU-Krediten handelt. Die Argumentation ist hier ohne Zweifel an Professionalität vergleichbar derjenigen, die man zum Beispiel vom Bundeskartellamt im Fusionsfall der beiden bayerischen Banken festgestellt hat.

In der veröffentlichten Entscheidung zum Fall UBS ergibt sich allerdings - wie Professor Neven in seinem Paper zuhanden der Kommission für Konjunkturfragen (KfK) richtig bemängelt hat - ein gewisser Bruch. Die enge regionale Abgrenzung der Kreditmärkte wird in dieser veröffentlichten Entscheidung im Detail und sehr ausführlich begründet und dies wird auch sehr kompetent gemacht. Es wird dann aber, ohne dies im Einzelnen darzulegen, behauptet, dass die mit der Fusionsbewilligung einhergegangenen Auflagen die Probleme der Marktbeherrschung auf einzelnen regionalen Märkten beseitigen. Die Begründung der Auflagen passt mit andern Worten nicht ganz zur übrigen Analyse.

Persönliche Nachbemerkung zum Fall

Aufgrund des Studiums der Akten bin ich zu einem anderen Ergebnis gekommen als das Sekretariat der Wettbewerbskommission. Ich möchte aber ausdrücklich betonen, dass dies nicht zu verstehen ist als ein negatives Urteil über die Professionalität des Sekretariats. Wenn ich hier meine persönliche Analyse hinterherziehe, so tue ich dies deswegen, weil es aus meiner Sicht wichtig ist, dass der Wettbewerbsökonom eben nicht nur Wettbewerbsökonom sein kann, sondern dass er das Umfeld des jeweiligen Falles auch mit Methoden analysieren sollte, die über die Wettbewerbsökonomie hinausgehen. So wie das Gutachten Volkart ohne Zweifel Schwächen auf dem Gebiet der Wettbewerbsökonomie zeigt, worauf in ihrer Replik Neven und von Ungern-Sternberg auch deutlich hinweisen, so zeigt umgekehrt die Analyse von Ungern-Sternberg und Neven aus meiner Sicht einen gewissen Mangel an Kenntnis der schweizerischen Verhältnisse.

Das hier anzuwendende schweizerische Gesetz stellt, stärker als die Wettbewerbsgesetze anderer Gebiete (insbesondere der Europäischen Gemeinschaft, Deutschland, USA) den Effizienzgesichtspunkt in den Vordergrund. Ich habe in anderen Teilen dieses Gutachtens die Professionalität des Stabs bezüglich dieser Effizienzvorstellung hervorgehoben. Der Bankenmarkt ist ein hochregulierter Markt und seine Struk-

tur ist ganz wesentlich durch die staatlichen Rahmenbedingungen mitbestimmt. Hierbei geht es nicht nur um die Wettbewerbsgesetzgebung, sondern auch um die Bankenaufsicht sowie um solche Fragen wie zum Beispiel das Bankgeheimnis. Wie die Erfahrung bestätigt, hat die Schweiz im Vergleich zur Grösse des Landes eine starke Stellung im internationalen Finanzgeschäft. Die Schweiz hat quasi einen komparativen Vorteil beim internationalen Finanzgeschäft. Dies beruht - abgesehen von einer erwiesenen Zuverlässigkeit der Banken gegenüber ihren Kunden auch in kritischen Zeiten - auch auf dem regulatorischen Umfeld. Zahlreiche Bankkunden sind zum Beispiel auf dem Gebiet der Vermögensverwaltung *ceteris paribus* lieber in den Händen einer schweizerischen Bank als einer nicht schweizerischen Bank. Dieses regulatorische Umfeld jedoch hängt ab davon, dass es in unregelmässigen Abständen vom schweizerischen Stimmbürger sanktioniert wird - sei es direkt in Volksabstimmungen, sei es indirekt durch die Wahl von Abgeordneten, die über die Banken betreffende Gesetze zu beschliessen haben. In einer solchen Situation besteht meines Erachtens überhaupt nicht die Gefahr, dass das schweizerische mittelständische Publikum mit starken politischen Interessenvertretungen von seiten der Grossbanken durch übermässige Zinsforderungen für Kredite pikiert wird.

Sieht man einmal von dem neuralgischen Punkt der innerschweizerischen Kreditmärkte für KMU ab, so konnte die Wettbewerbskommission die Fusion nicht mit gutem Grund verhindern. Denn manches spricht dafür, dass im internationalen Finanzmarkt diese Fusion zu Effizienzsteigerungen führte, die letztlich zu einem erheblichen Teil auch dem schweizerischen Steuerzahler zugute kommen. Es war angesichts einer weniger klaren Situation bei den KMU-Krediten sicher sinnvoll, alles zu tun, um den Wettbewerb zwischen schweizerischen Banken im innerschweizerischen Markt zu stützen. Von daher war die Auflage, Gemeinschaftswerke fortzuführen, sicherlich richtig.

Demgegenüber bin ich skeptisch was die Auflage des Verkaufs von Zweigstellen in bestimmten Regionen betrifft. Aus meiner Sicht ist der Kreditmarkt für KMU weiter abzugrenzen als lokal. Es ist kein Zufall, dass die beiden Banken ebenso wie wohl auch die Credit Suisse ihre Kreditbedingungen nach der Rationalisierung national einheitlich festlegen. Ein Unternehmen mit guter Bonität hat überhaupt keine Schwierigkeiten, sich Kredite jenseits des Ortes oder der Region zu beschaffen, in dem es tätig ist. Für die guten Bonitätsklassen ist deshalb eine Differenzierung der Kreditbedingungen nach Regionen von Seiten einer im ganzen schweizerischen Markt tätigen Bank unsinnig. Ich bin auch nicht der Meinung, dass es deswegen sinnvoll wäre, aus dem Kreditmarkt für KMU zwei sachlich relevante Märkte zu machen, nämlich einen für Kunden mit guter Bonität und einen für Kunden mit schlechter Bonität (die Gründe hierfür möchte ich aus Platzgründen nicht im Einzelnen aufführen). Wenn man aber von einem einheitlich

sachlichen Markt für Kredite über alle Risikoklassen hinweg ausgeht, dann muss die Tatsache, dass ein ganz wesentlicher Teil der Kunden dieses Marktes Ausweichmöglichkeiten überregionaler Art hat, dazu führen, dass man den Markt als ganzen überregional definiert. Beim Einzelhandel geht man ganz analog vor. Die regionale Marktabgrenzung bei Einzelhandelsmärkten wird sinnvollerweise so durchgeführt, dass die vom Kunden im geografischen Markt zu überwindenden Distanzen solche sind, die voraussetzen, dass er über einen Pkw verfügt. Der Wettbewerbsdruck des mit Hilfe des Pkw erweiterten Einkaufsgebietes eines Teils der Kunden kommt aber dann auch den anderen Kunden, die keinen Pkw haben, zugute, und es wäre unsinnig, jetzt einen separaten Markt für Kunden mit Pkw und einen solchen für Kunden ohne Pkw abzugrenzen.

Ich mache diese Bemerkungen wie gesagt nicht, um die Professionalität der Analyse des Sekretariats zu kritisieren. Meine Position in dieser Analyse von Bankenmärkten ist wohl auch im Kreise der Wissenschaftler auf dem Gebiet der Wettbewerbsökonomie zurzeit noch eher eine Minderheitenposition.

Aus meiner Sicht macht es dann auch wenig Sinn, Zweigstellen in einzelnen regionalen Märkten zu verkaufen. In Frage kommt höchstens eine Auflage à la Neven/von Ungern-Sternberg, nämlich das gesamte Filialnetz einer der beiden fusionierenden Banken zu verkaufen. Gegen diese Auflage sprechen allerdings, so scheint mir, die Argumente, die von den Banken und ihren Anwälten vorgebracht wurden. Ein solcher Verkauf wäre wohl nicht praktikabel gewesen, da sich die Schweiz in einem Zustand der Überkapazitäten auf den Banken-Retailmärkten befindet. Ein Markteintritt wäre angesichts dieser Überkapazitäten nicht zu erwarten gewesen. Der Verkauf sämtlicher Filialen des Bankvereins oder der Bankgesellschaft hätte damit letztlich für das Personal in einem Desaster und für die Kunden in einer grossen Verunsicherung geendet. Wie Professor Volkart richtig sagt, ist die Bankstellendichte in der Schweiz um einen Faktor 2 bis 3 höher als in den USA. Die Bankmargen sind in den USA auch wesentlich höher und so kann man sich vorstellen, dass es in den USA durchaus gelingt, Filialen an Konkurrenten abzugeben. Dies aber kann auf die Schweiz nicht per Analogieschluss übertragen werden.

IV. Die Thematik der vertikalen Beziehungen

Die ökonomische Wissenschaft hat in den vergangenen 20 Jahren einen zunehmenden Einfluss auf die wettbewerbliche Interpretation von vertikalen Verträgen genommen. Es hat sich hier in der Wettbewerbspolitik ein Gesinnungswandel unter dem Einfluss der ökonomischen Theorie vollzogen. Während traditionell vertikale Vereinbarungen, die das Handeln eines der beiden Vertragspartner gegenüber Dritten einschränken, grundsätzlich als Wettbewerbsbeschränkungen klassifiziert und negativ betrachtet wurden, ist die heute in der Wett-

bewerbspolitik vorherrschende Auffassung die einer differenzierten Betrachtungsweise.

Es ist nicht zuletzt das in das Zentrum der ökonomischen Analyse gerückte Phänomen der unvollkommenen Information und der institutionellen Antworten auf das Phänomen der unvollkommenen Information, das diesen Gesinnungswandel hervorgerufen hat. Vertikale Bindungen können als der Versuch gewertet werden, einen Beitrag zu leisten, um das Informationsproblem des Endverbrauchers in der Wahl seiner Produkte besser zu lösen. Während die Ökonomie früher zum Beispiel gegenüber dem Phänomen der Werbung eher skeptisch und ablehnend eingestellt war und sich bei den Wettbewerbsparametern auf den Wettbewerbsparameter Preis konzentrierte, ist heute die Auffassung in der ökonomischen Theorie, dass auch Verkaufsanstrengungen dann positiv anzusehen sind, wenn sie zu einem besseren Informationsstand des Endverbrauchers beitragen. Der Hersteller eines Produkts kann auf die Verkaufsanstrengungen des Vertriebspartners angewiesen sein, damit sein Produkt angesichts von dessen inhärenter Qualität und dessen Preis angemessen zur Geltung kommt. Eine vertikale Bindung zwischen dem Hersteller und dem Händler kann zum Ziel haben, den Händler zusätzlich zu motivieren, Verkaufsanstrengungen zu leisten.

Es gibt nun eine umfangreiche Literatur, insbesondere in den 80er, aber auch noch in den 90er Jahren, die sich dieser Thematik der vertikalen Beziehung unter diesen neuen Aspekten des Themas der unvollkommenen Information annimmt. In den späten 80er und frühen 90er Jahren haben die Wettbewerbsbehörden in Europa angefangen, diese neue Literatur zur Kenntnis zu nehmen. So hat die Europäische Kommission Gutachtenaufträge an Ökonomen vergeben, die sich auf diesem Gebiet publizistisch betätigt hatten. Die Ergebnisse dieser Gutachtenaufträge sind dann eingeflossen in die Arbeiten an einer Revision der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Verträge. Ende vergangenen Jahres ist die neue Gruppenfreistellungsverordnung auf diesem Gebiet in Kraft gesetzt worden. Sie enthält eine ganze Reihe von Modifikationen, die auf die ökonomische Analyse der vertikalen Beziehungen zurückzuführen sind. Aus der Sicht der ökonomischen Theorie modernen Zuschnitts ist sie allerdings noch nicht voll zufriedenstellend.

Die Wettbewerbskommission hatte in ihrer bisherigen Tätigkeit eine ganze Reihe von vertikalen Verträgen zu interpretieren und, darauf aufbauend, Entscheidungen zu fällen. Die Entscheidungen, die gefallen sind, sind aus meiner Sicht durchgängig sinnvoll. Sie sind, wie ich mich überzeugen konnte, sehr stark beeinflusst worden durch die Vorarbeit in der Form ökonomischer Analyse im Sekretariat der Kommission. Als zwei Beispiele möchte ich nennen die Minolta-Entscheidung der Kommission sowie die gerade erst vor kurzem gefäll-

te Entscheidung Volkswagen-Parallelimporte. In beiden dieser Entscheidungen ist in den Vorlagen des Sekretariats der von der modernen ökonomischen Theorie eingenommene Standpunkt zur Geltung gekommen. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Gesichtspunkte, die oben angesprochen worden sind, dass vertikale Verträge sinnvoll sein können, um das Informationsproblem des Endverbrauchers zu lösen, nehmen diese beiden Entscheidungen den Standpunkt ein, dass Unternehmen, die als Hersteller im intensiven Interbrand-Wettbewerb stehen, frei sein müssen in der Gestaltung ihrer Absatzkanäle, da diese ein integraler Bestandteil ihrer Produktpolitik sind. Wenn es ein Problem unvollständiger Information des Endverbrauchers gibt, und wenn die Gestaltung der Absatzkanäle und die Kontrolle der Absatzkanäle durch den Hersteller ein Beitrag zur Lösung dieser Probleme liefert, ist es nicht sinnvoll, einem Unternehmen, das starkem Wettbewerb ausgesetzt ist, kartellrechtlich begründete Vorschriften darüber zu machen, wie es seine Absatzkanäle gestaltet. Es wäre dies ein kartellrechtliches Hineindirigieren in die durch den Wettbewerb kontrollierte und gesteuerte Vertragsfreiheit von Produzenten.

Die Kommission hat allerdings im Fall VW-Parallelimporte das Verfahren mit einer anderen Begründung eingestellt, die dem traditionellen Denken näher steht.

Die in diesen Vorlagen zum Ausdruck kommende Philosophie wird auch mit der Vokabel Systemwettbewerb bezeichnet. Die Frage der geeigneten Bezeichnung ist nebensächlich. Bedeutsam ist die Durchsetzung des modernen Standpunktes der Wettbewerbstheorie und Informationsökonomie gegenüber den traditionellen Vorstellungen, die früher im Kartellrecht dominierten, die aber in der Konsequenz zu einer Überregulierung der Absatzpolitik von im Wettbewerb stehenden Unternehmen geführt haben.

Natürlich dreht es sich bei all diesen Fragen um das Thema vertikaler Verträge immer um empirische Fragen. Unterschiedliche wettbewerbspolitische Ansätze in Bezug auf vertikale Beziehungen müssen sich letztlich empirisch bewähren. Es bleibt also die Aufgabe der Wissenschaft und des Sachverständs in den Wettbewerbsbehörden, darüber zu wachen, dass neue empirische Erkenntnisse in sinnvolle Wettbewerbspolitik umgesetzt werden. Ob unter dem Effizienzgesichtspunkt gemäss der neuen Theorie ein Markt dann am besten funktioniert, wenn er auf der Produzentenebene ein wettbewerbspolitischer Markt ist und die Absatzpolitik der Hersteller vom Staat unbeeinflusst bleibt, das muss immer erneut empirisch überprüft werden. Sollten sich starke empirische Anhaltspunkte ergeben (von denen ich aber nichts weiss), dass staatliche Eingriffe in die vertikalen Beziehungen auch unter Bedingungen des Wettbewerbs zwischen den Produzenten sinnvoll sind, dann ist dies eine Herausforderung für die ökonomische Theorie, dies im Rahmen eines andersartigen theoretischen Ansatzes zu erklären.

Zusammenfassend möchte ich den Mitarbeitern des Sekretariats das Lob aussprechen, dass ihr Ansatz in Bezug auf vertikale Verträge wesentlich moderner ist als ich das in Brüssel oder auch beim Bundeskartellamt bisher habe beobachten können. Dies kommt auch in internen Memoranden, die nicht spezifisch fallbezogen sind, zum Ausdruck.

V. Die Thematik der Marktabgrenzung und des Begriffs der kollektiven Marktbeherrschung

Jede moderne Wettbewerbsbehörde muss sich in sehr vielen Einzelfällen mit der Frage abgeben: Was ist der relevante Markt? Professor Neven hat in seinem Gutachten zuhanden der Kommission für Konjunkturfragen Kritik an einzelnen Details der Entscheidungen der Wettbewerbskommission in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes geübt. Aber auch die Neven-Kritik ist nicht fundamental, sondern marginal. Sie ist im Übrigen aber häufig nicht nachvollziehbar, zum Teil wohl, weil es sich um Missverständnisse darüber handelt, ob man es mit einer endgültigen Entscheidung oder mit einer Vorabklärung zu tun hatte. Es gibt eine sorgfältig ausgearbeitete interne Richtlinie im Sekretariat der Wettbewerbskommission bezüglich der Abgrenzung des relevanten Marktes. Ich habe diese Richtlinie im Einzelnen studiert und auch mit Mitarbeitern diskutiert. Ich habe bei der Lektüre der Entscheidungen der Kommission mich speziell auch mit der Frage befasst, ob in den konkreten Entscheidungen sinnvolle Marktabgrenzungen getroffen worden sind. Natürlich kann man ohne ein genaues Studium des Falles nicht allein aus den Zusammenhängen, die in der Entscheidung mitgeteilt werden, immer sicher sein, ob die Marktabgrenzung sinnvoll erfolgt ist. Es ist aber mein Eindruck, dass dort, wo eine sorgfältige Analyse erforderlich war, die Marktabgrenzung ungefähr richtig erfolgt ist.

Im Vordergrund der Abgrenzung des sachlichen relevanten Marktes steht die Substituierbarkeit von Produkten aus der Sicht des Verbrauchers. Dies ist international so, es ist aber auch im Rahmen des rechtlichen Rahmens der schweizerischen Wettbewerbsbehörde der Fall. Die von den Wettbewerbsbehörden in anderen Gebieten (USA, Europa) getroffenen Gepflogenheiten über die Marktabgrenzung werden in kompetenter Weise auch vom Sekretariat der Wettbewerbskommission für die hier zu entscheidenden Fälle gehandhabt.

Dieses allgemeine Urteil über eine kompetente Handhabung des Begriffs des relevanten Marktes schliesst nicht aus, dass ich in einzelnen Fällen etwas anderer Meinung bin als die Wettbewerbskommission. Im Fall UBS habe ich das in Kapitel III schon dargelegt. Aber meine eigenen Auffassungen hierzu sind nicht Ausdruck davon, dass ich meine, dass die Wettbewerbskommission von den in der Wettbewerbspolitik international üblichen Standards abweicht. Es sind mehr meine eigenen Auffassungen, die diesen Standards nicht entsprechen. Die Frage

der besten Abgrenzung des relevanten Marktes ist aus meiner Sicht eben wissenschaftlich noch nicht endgültig entschieden.

Während der Begriff des relevanten Marktes bei allen Meinungsverschiedenheiten im Detail im Grundsatz gut verstanden und deshalb seit vielen Jahrzehnten in der wettbewerbspolitischen Praxis an zentraler Stelle etabliert ist, handelt es sich beim Begriff der kollektiven Marktbeherrschung um einen weitaus kontroverseren Begriff. Was möglicherweise Parallelverhalten oder Abwesenheit des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Anbietern mit der Folge einer kollektiven Marktbeherrschung eigentlich genau bedeutet, ist trotz umfangreicher Untersuchungen durch Ökonomen bis heute unklar. Zwar hat zum Beispiel die Europäische Kommission bei ihren Anleitungen zur Beurteilung von Fusionsfällen eine Checklist über die Indizien kollektiver Marktbeherrschung entwickelt. Und diese Checklist ist Resultat von Theorien, die in der akademischen ökonomischen Wissenschaft entwickelt worden sind. Die wissenschaftliche Diskussion diesbezüglich ist im Sekretariat der Wettbewerbskommission voll und ganz rezipiert worden. Insofern ist das Sekretariat der Wettbewerbskommission genauso gut wie die Europäische Kommission in der Lage, mit diesem Begriff umzugehen und ihn auf konkrete Fälle anzuwenden.

Ich glaube aber, ich stehe unter meinen Fachkollegen nicht allein, wenn ich der Ansicht bin, dass der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung grosse Probleme mit sich bringt. Ich bin als Gutachter selbst in Fällen vor der Europäischen Kommission mit diesem Begriff konfrontiert worden und habe eine zu schematische Handhabung dieses Begriffs durch die Behörden in Brüssel kennengelernt. Ich vermute, dass auch Professor Neven nicht immer glücklich ist mit der Art und Weise, wie dieser Begriff im Rahmen der Fusionskontrolle seitens der Europäischen Kommission gehandhabt wird. Aufgrund der Lektüre interner Papiere und aufgrund der Lektüre der Entscheidungen in Fusionsfällen seitens der Wettbewerbskommission bin ich im Übrigen aber überzeugt, dass die Wettbewerbskommission sich im Vergleich mit der Arbeit der Europäischen Kommission in Bezug auf die Frage des Vorliegens einer kollektiven Marktbeherrschung nicht verstecken muss.

VI. Vergleich der Stabsarbeit mit derjenigen bei der Europäischen Kommission und beim Bundeskartellamt

Aufgrund meiner Tätigkeit als langjähriger Vorsitzender der Monopolkommission und im Rahmen meiner wissenschaftlichen Tätigkeit als Wettbewerbsökonom hatte ich häufig die Gelegenheit zum Kontakt mit Mitarbeitern des Bundeskartellamts. Im Rahmen beratender Tätigkeit für die Europäische Kommission, insbesondere aber auch im Rahmen gutachterlicher Tätigkeit im Auftrag von Unternehmen, die sich mit der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission auseinandersetzen hatten, hatte ich ebenfalls Gelegenheit, das Ar-

beiten der Mitarbeiter der Europäischen Kommission in Sachen Wettbewerbspolitik genauer zu beobachten. Ich habe ferner aufgrund persönlicher Bekanntschaften mit Fachkollegen in den USA und in Grossbritannien einige Kenntnis davon, wie die amerikanischen Antitrust-Behörden arbeiten und wie die britischen Wettbewerbsbehörden arbeiten. In den 80er und frühen 90er Jahren hatte ich zum Beispiel Gelegenheit, sehr intensiv gutachterlich zusammenzuarbeiten mit Professor Derek Morris, heute Vorsitzender der britischen Competition Commission (frühere Monopolies and Mergers Commission).

Es ist mein Eindruck, dass die Arbeit der Mitarbeiter im Sekretariat der Wettbewerbskommission sich positiv abhebt von der durchschnittlichen Qualität der Arbeit bei der Europäischen Kommission. Dort gibt es sehr gute, auch ökonomisch sehr gut ausgebildete Mitarbeiter, aber es kann keine Rede davon sein, dass in jedem einzelnen zu bearbeitenden kartellrechtlichen Fall der ökonomische Sachverstand bei den Mitarbeitern der Europäischen Kommission so gut ist, wie ich ihn aufgrund meiner Beobachtung in Bern beim Sekretariat der Wettbewerbskommission voraussetzen kann. Im Fall der Brüsseler Kommission mag dies auch daran liegen, dass es natürlich eine multinationale Aktivität ist und dass zahlreiche Mitarbeiter der Europäischen Kommission aus unterschiedlichen akademischen Kulturen stammen, so dass nicht überall vorausgesetzt werden kann, dass die Mitarbeiter eine moderne Schulung in ökonomischer Theorie des Wettbewerbs mitbekommen haben. Die Mitarbeiter der Wettbewerbskommission können sich in ihrer ökonomischen Sachkompetenz in etwa vergleichen mit den Mitarbeitern des Bundeskartellamts. Die Gesamtausrichtung bei der Wettbewerbskommission ist nach meinem Eindruck moderner als beim Bundeskartellamt. Das mag aber auch damit zusammenhängen, dass für viele Mitarbeiter in Berlin beziehungsweise jetzt Bonn die universitäre Ausbildung schon länger zurückliegt als bei den Mitarbeitern in Bern. Vielleicht wird dieser Mangel in Berlin und Bonn aufgehoben durch mehr Erfahrung in der konkreten Arbeit.

Sicherlich ist es für die Mitarbeiter des Wettbewerbskommissions-Sekretariats auch etwas schwieriger, die geeignete Abstimmung mit der Wettbewerbskommission zu erreichen als dies im Bundeskartellamt der Fall ist. Die Mitglieder der Beschlussabteilungen im Bundeskartellamt sind langjährige erfahrene Full-Time-Beamte auf dem Gebiet des Kartellrechts und der Wettbewerbspolitik. Ihr Denken entspricht im Grossen und Ganzen dem ihrer Mitarbeiter, so dass sich hier keine Kommunikationsschwierigkeiten ergeben sollten. Demgegenüber ist die schweizerische Wettbewerbskommission ein Gremium, das aus Personen zusammengesetzt ist, die sich mehrheitlich nicht full time mit Themen des Kartellrechts und der Ökonomie des Wettbewerbs auseinandersetzen. Sie mögen dieses Manko durch mehr Lebenserfahrung kompensieren, aber natürlich ist hier die Kommunikation zwischen den Kommissionsmitgliedern und den full time mit den Themen

befassten und modern ausgebildeten jüngeren Mitarbeitern schwieriger als beim Bundeskartellamt.

Sehr sympathisch ist mir bei den Mitarbeitern der Wettbewerbskommission - sofern sie Ökonomen sind - ihre Betonung des Effizienzgedankens. Das ist in der Gesetzgebung des schweizerischen Gesetzes auch stärker angelegt als in den vergleichbaren Gesetzen Nordamerikas und des übrigen Europas. Dennoch möchte ich - sozusagen als älteres Semester - den Mitarbeitern den Rat geben zu verstehen, dass der Effizienzgesichtspunkt auch im Kartellrecht nicht der alleinige Gesichtspunkt ist. Ich vermute, man setzt im Gespräch mit Andersdenkenden den eigenen effizienz-orientierten Standpunkt am leichtesten durch, wenn man für ihn keinen Absolutheitsanspruch aufstellt. Indessen bin ich aufgrund eigener Lebenserfahrung zuversichtlich, dass dieses Abgleichen unterschiedlicher Standpunkte zwischen den ökonomischen Vertretern der neuesten Lehre und den über mehr Erfahrung in der Geschäftspraxis verfügenden Kommissionsmitgliedern ohne weiteres möglich sein wird.

VII. Personelle Ausstattung des Wettbewerbskommissions-Sekretariats mit Ökonomen

Ich habe mich im Rahmen meiner Gutachtenarbeit mit dem Ausbildungsstand, der Anzahl und der Anleitung der im Wettbewerbskommissions-Sekretariat beschäftigten Ökonomen befasst. Es ist mein Eindruck, dass die personelle Ausstattung rein quantitativ für die Arbeit der Kommission ausreicht. Eine Ausdehnung des Personalstabs scheint mir - auch unter dem Aspekt ökonomischer Kompetenz - nicht erforderlich zu sein. Es ist sehr zu begrüßen, dass es eine ökonomische Grundsatzabteilung gibt, die den anderen, mehr fallbezogenen Arbeiten zuarbeiten kann und die die Möglichkeit hat, Grundsatz- und Diskussionspapiere anderer Art zu entwickeln. Und es ist erfreulich, in wie hohem Masse die wissenschaftliche Diskussion auf dem Gebiet der Wettbewerbsökonomie rezipiert worden ist und offensichtlich weiter rezipiert wird.

Ohne Zweifel sind die Ansprüche an ökonomische Kompetenz im Bereich der Wettbewerbspolitik in den vergangenen Jahren drastisch gestiegen. Dies hängt nicht zuletzt zusammen mit der Deregulierung und Privatisierung zahlreicher netzgebundener Sektoren wie zum Beispiel Produktion und Verteilung von Strom oder Telekommunikation. Auch der Kostendruck im gesamten Gesundheitsbereich erzwingt eine stärkere Verbindung zwischen Gesundheitspolitik, inklusive Sozialpolitik des Gesundheitswesens, einerseits und Wettbewerbspolitik andererseits - und dies mit ökonomischem Sachverstand. Ich habe den Eindruck, dass sich die Behörden in Brüssel und Bonn nicht ganz leicht tun, diesen gestiegenen Anspruch an ökonomischem Sachverstand in ihre tägliche Entscheidungspraxis einfließen zu lassen.

Mit der generell erkannten Erfordernis höheren ökonomischen Sachverständs geht aber zugleich einher die Etablierung einer neuen Branche, die in den angelsächsischen Ländern schon gut floriert: die des Economic Consulting. Die entsprechenden Consulting Unternehmen, wie NERA, Charles River Associates, LECG, Lexecon und viele andere in den USA sowie London Economics, Frontier Economics und andere in Grossbritannien, werden binnen kurzem ihre Nachfolge auf dem Kontinent finden. Auch die Schweiz wird davon nicht ausgenommen sein. Der ökonomische Beratungsbedarf bei kartellrechtlichen Fällen der verschiedenster Art, aber auch bei Verfahren vor Regulierungskommissionen oder zukünftig auch bei Schiedsgerichtsverfahren der verschiedensten Art ruft eine Nachfrage hervor, der ein Angebot antworten wird. Je ökonomisch fachkundiger aber die von einem Kartellverfahren betroffenen Parteien auftreten, desto bedeutsamer ist der ökonomische Sachverstand des Sekretariats der Wettbewerbskommission oder entsprechender Mitarbeiter in Brüssel, Bonn und andernorts.

Hier entsteht aber zugleich eine Gefahr. Es ist nicht auszuschliessen, dass kompetente Mitarbeiter des Wettbewerbskommissions-Sekretariats von diesen Economic Consulting Firms abgeworben werden. Und das Volkswirtschaftsdepartement sollte sich dieser Problematik rechtzeitig bewusst sein. Stärker vielleicht noch als in Deutschland existiert heute schon um ausgebildete Nationalökonomien in der Schweiz eine kräftige privatwirtschaftliche Konkurrenz von Seiten der Banken, die diese Personen für ihre Kapitalmarktanalysen mehr und mehr einsetzen. Ich will deshalb nicht ausschliessen, dass sich in der Zukunft für das Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Rekrutierungsproblem wirklich guter Leute ergeben wird. Glücklicherweise sind die Professoren in den einschlägigen Spezialgebieten, die an den führenden Schweizer Universitäten tätig sind, sehr gute Wissenschaftler und ganz überwiegend auch sehr praxisorientierte Wissenschaftler. Insofern kann man erhoffen, dass auch in der Zukunft ein Strom guter Absolventen auf dem Gebiet der Nationalökonomie, insbesondere der Wettbewerbsökonomie zur Verfügung steht.

VIII. Abschliessende Bemerkungen

Die Zeitschrift Global Competition Review hat es vor kurzem unternommen, aufgrund von Befragungen betroffener Anwaltskanzleien und Unternehmen ein Scoring unterschiedlicher Wettbewerbsbehörden aufzustellen. Es wurden Sterne vergeben. Die Maximalzahl der Sterne, die offenbar erreicht werden konnte, war die Zahl 5. Im Rahmen dieses auf Befragungen beruhenden Rankings erzielte das Bundeskartellamt in Bonn als einzige Wettbewerbsbehörde die Note 5 Sterne. Die schweizerische Wettbewerbskommission schnitt mit 4 Sternen ab, die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission in Brüssel erhielt 3 Sterne. Bei den Kriterien, die im Rahmen dieser Befragung und dieses Rankings eine Rolle gespielt haben, geht es na-

türlich nicht nur um den ökonomischen Sachverstand, sondern es geht um administrative Aspekte wie Schnelligkeit der Entscheidungsfindung, Zugänglichkeit für die Parteien, Transparenz des Entscheidungsfindungsprozesses, Garantie der vertraulichen Behandlung vertraulicher Daten, Führungsstatur in der wettbewerbspolitischen Diskussion und anderes mehr.

Gemäss den Aussagen der Global Competition Review wurde die ökonomische Kompetenz der Wettbewerbskommission geringer eingestuft. Man muss bei dieser Einstufung allerdings berücksichtigen, dass die Befragten selbst nicht überwiegend Personen sind, die sich mit der modernen akademischen Diskussion auseinandersetzen. Der vielbeschäftigte Anwalt im Kartellrecht hat nicht die Zeit, sich mit diesen akademischen Diskussionen im Einzelnen abzugeben. Dennoch sollte dieses Urteil nicht leicht genommen werden. Gerade bei aller theoretischen Brillanz geht es auch um die schwierige Frage einer geeigneten Fusion dieser theoretischen Erkenntnisse mit dem, was ich Lebenserfahrung oder gesunden Menschenverstand nennen möchte. Die Akzeptanz gerade auch aus der Theorie abgeleiteter Überlegungen ist um so grösser, je leichter es einem fällt, diese Dinge kompatibel zu machen mit dem, was man bei einigem Nachdenken auch mit Hilfe des gesunden Menschenverstands als richtig erkannt hat.

Es ist dies kein Plädoyer auf Verzicht auf wirtschaftstheoretische Überlegungen. Die Wirtschaftstheorie ist ein unersetzliches Mittel der Analyse der Wirtschaftswelt. Es war die Wirtschaftstheorie zurzeit der Aufklärung, die die Fruchtbarkeit des Wettbewerbs als Organisationsprinzip erst entdeckt hat. Und erst nachdem die Theorie diesen Gedanken formuliert hatte, fand er auch in das Denken von Praktikern entsprechenden Eingang. Aber der Erfolg eines hervorragenden Theoretikers wie Adam Smith beruhte nicht zuletzt auch darauf, dass er es verstanden hat, seine theoretischen Einsichten in einer Sprache zu formulieren, die für jedermann zugänglich war und die jedermann in die Kategorien seiner Lebenserfahrung übersetzen konnte.

Als Fazit kann ich konstatieren, dass die ersten Jahre der Wettbewerbskommission charakterisiert sind durch eine kompetente ökonomische Arbeit des Sekretariats. Ich kann weiterhin konstatieren, dass auf dem eingeschrittenen Wege weiter vorangegangen werden sollte, und ich kann drittens konstatieren, dass es einige verstärkte Bemühungen geben sollte:

- a) angesichts der möglichen Abwerbung von Mitarbeitern in Bezug auf die Rekrutierung von Spitzenleuten,
 - b) in Bezug auf den Gleichklang der verschiedenen Wettbewerbsbehörden ein verstärkter Austausch, insbesondere mit den Mitarbeitern der Europäischen Kommission und des deutschen Bundeskartellamts, aber auch der angelsächsischen Behörden;
-

c) in Bezug auf die Akzeptanz des ökonomischen Denkens eine verstärkte Bemühung um eine Kohärenz zwischen theoretischer Einsicht und Erkenntnissen des gesunden Menschenverstands.

E 2	2. Rechtsgutachten zuhanden des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission
-----	--

Rechtsgutachten von Prof. Dr. Yvo Hangartner, Em. Ordinarius für öffentliches Recht an der Universität St. Gallen, vom 12. Juli 2000

1. Auftrag

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement stellt fest, dass seit Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes ein erheblicher Teil der Verfügungen der Wettbewerbskommission bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten wurde und dass die Rekurskommission diese Beschwerden in zahlreichen Fällen wegen Verfahrensmängeln gutgeheissen hat. Das EVD möchte die Gründe kennen. Im Vordergrund steht die Beantwortung folgender Fragen:

1. Wie ist die erhebliche Zahl von Beschwerden an sich zu erklären? Herrschen in diesem Umfeld besondere Verhältnisse, welche die Adressaten von Verfügungen der Weko eher zur Einreichung von Beschwerden veranlassen als die Rechtsunterworfenen in anderen Bereichen der Verwaltungstätigkeit?
2. Worauf ist der hohe Anteil von Beschwerdegutheissungen aus formellen Gründen zurückzuführen? Liegt dies effektiv in Verfahrensmängeln der Weko begründet, oder stellt die REKO/WEF allenfalls besonders strenge Anforderungen an die Einhaltung formeller Vorschriften? Oder spielen in diesem Zusammenhang andere Aspekte eine zentrale Rolle?
3. Mit welchen Massnahmen könnte unter Respektierung der Unabhängigkeit der Weko eine Verbesserung der Situation erreicht werden? Sind hier eher Möglichkeiten des Verwaltungshandelns oder aber gesetzgeberische Schritte ins Auge zu fassen?

Der Unterzeichnende hat den Auftrag übernommen, die unter Ziffer 2 genannten Fragen abzuklären und allfällige Empfehlungen für das weitere Vorgehen des Generalsekretariats EVD abzugeben.

Der Unterzeichnende hat aufgrund seiner Abklärungen den Entwurf des vierten Teils dieses Gutachtens mit der Würdigung der Sachverhalte folgenden Personen zur informellen Durchsicht zugestellt:

- Prof. Dr. Roland von Büren, Präsident der Wettbewerbskommission;

- Notar Bruno Beyeler, Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen;
- lic.oec. und lic.iur. Rolf Dähler, Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission.

Er hat ferner einzelne Fragen besprochen mit:

- Dr. Patrick Krauskopf, Leiter des Kompetenzzentrums Recht des Sekretariats der Wettbewerbskommission;
- Prof. Dr. Paul Richli, Mitglied der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen;
- Prof. Dr. Roger Zäch, Vizepräsident der Wettbewerbskommission.

Das Gutachten beruht im Übrigen im Wesentlichen auf dem Material, das im Periodikum "Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW/DPC)" der schweizerischen Wettbewerbsbehörden veröffentlicht ist.

2. Grundlagen

2.1 Rechtsgrundlagen

Rechtsgrundlagen des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens sind:

- Artikel 18 ff. des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG), SR 251;
- subsidiär das Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG), SR 172.021 (Art. 39 KG);
- das Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, SR 251.1.

Für den Beschwerdeweg sind zu beachten:

- die Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen (VRSK), SR 173.31;
- Artikel 97 ff. des Bundesrechtspflegegesetzes (OG) vom 16. Dezember 1943, SR 173.110.

2.2 Instanzen

Die Organisation der Wettbewerbsbehörden ist geprägt durch den Dualismus von Wettbewerbskommission (Weko) und Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat). Die Aufgabenteilung besteht im Wesentlichen darin, dass die Weko entscheidet (Art. 18 Abs. 3 KG), während das Sekretariat die Geschäfte der Weko vorbereitet, die Untersuchungen durchführt und die Entscheide der Weko vollzieht (Art. 23 Abs. 1 KG). Die Tätigkeiten sind rechtlich verzahnt: Das Sekretariat eröffnet eine Untersuchung und trifft verfahrensleitende Verfügungen im Einvernehmen beziehungsweise zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums (Art. 27 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 KG); die Weko entscheidet, welche der eröffneten Untersuchungen vorrangig zu behan-

deln sind (Art. 27 Abs. 2 KG); einvernehmliche Regelungen von Sekretariat und Beteiligten über die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung bedürfen der Genehmigung der Weko (Art. 29 KG); die Weko entscheidet auf Antrag des Sekretariats (Art. 30 KG).

Die Weko entscheidet gemäss Geschäftsreglement entweder im Plenum oder durch eine der drei Kammern. Die drei Mitglieder des Präsidiums führen den Vorsitz in je einer Kammer. Besondere Zuständigkeiten des Präsidenten und der Kammerpräsidenten bleiben vorbehalten.

Gegen Verfügungen der Weko oder ihres Sekretariats kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko) Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG). Gegen deren Entscheid steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 98 Bst. e OG).

2.3 Statistik

Das Kartellgesetz von 1985 ist seit 1. Juli 1996 in Kraft.

Die Wettbewerbsbehörden trafen folgende Endentscheide:

Untersuchungen		
Jahr	Entscheide	Einvernehmliche Regelungen
1996	0	0
1997	5	0
1998	2	1
1999	8	0

Unternehmenszusammenschlüsse	
Jahr	Entscheide (2. Phase)
1996	0
1997	1
1998	2
1999	0

Die Reko entschied			
Jahr	Beschwerden	davon geschützt	davon abgewiesen
1996	0		
1997	2	1	1
1998	3	2	1
1999	4	4	0

Quelle: Jahresberichte der Weko und der Reko in RPW/DPC

3. Verfahrensprobleme (Analyse der Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen)

3.1 Parteien und Beteiligte

Kartellrechtliche Verfahren betreffen oft eine grössere Zahl von Personen. Überdies unterscheidet das Kartellgesetz im Gegensatz zum Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Beteiligten (deren Beteiligung auf eine Anhörung beschränkt werden kann) und Parteien (mit Parteirechten nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz) (Art. 43 KG).

Gemäss Artikel 9 KG sind die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen grundsätzlich verpflichtet, Vorhaben über Zusammenschlüsse zu melden. Zu klären war in einem strittigen Fall, ob ein Unternehmen, das ein beteiligtes Unternehmen beherrscht, als Partei gilt. Aufgrund der Anfechtung einer Sanktionsverfügung der Weko im Sinn von Artikel 51 KG entschied die Reko, die Sanktion gegen die Muttergesellschaft sei verfehlt gewesen, weil lediglich das Tochterunternehmen am Zusammenschluss beteiligt und meldepflichtig gewesen sei; ob aufgrund besonderer Umstände des Falles ausnahmsweise ein Durchgriff auf die Mutter statthaft war, wurde offen gelassen, weil die Verfügung der Weko aus anderen Gründen aufzuheben war (Entscheidung der Reko vom 15. Mai 1998 im Fall BKW-AEK Unternehmenszusammenschluss [Verwaltungssanktion], RPW/DPC 1998/3, S. 468 f.). Die Auffassung der Reko, dass "beteiligt" im Sinn von Artikel 9 KG "unmittelbar beteiligt" meint, ist naheliegender, weil formell das Tochter- und eben nicht das Mutterunternehmen sich zusammenschliesst und weil materiell die Durchsetzung des Kartellrechts durch die Bestimmung gewährleistet ist, dass bei der Berechnung des massgeblichen Umsatzes auch der Umsatz der Muttergesellschaft einbezogen wird (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4). Angesichts des tendenziell weiten Beteiligtenbegriffes des Kartellgesetzes war aber auch die Auffassung der Weko gut vertretbar. Der Fall ist ein typischer, dem courant normal der Verwaltungsrechtsprechung zuzu-

rechnender Fall der Klärung einer nicht ohne weiteres klaren Bestimmung eines neuen Gesetzes.

Artikel 43 KG regelt die Beteiligung Dritter an der Unternehmung. Der Kreis ist weit gezogen. Dies macht einen Abonnenten und grundsätzlich auch einen Aktionär eines angeblich marktbeherrschenden neuen Presseunternehmens aber noch nicht zur Partei. Die Weko hat ihn zu Recht auch nicht entsprechend behandelt (Entscheid der Reko vom 23. Februar 1998 im Fall "Le Temps", RPW/DPC 1998/1, S. 117 ff.).

Fazit:

Trotz der materiebedingten Komplikationen gibt die Praxis der Weko im Bereich Parteien und Beteiligte nicht Anlass zu besonderen Bemerkungen.

3.2 Feststellung des Sachverhalts und Begründung der Verfügungen

In einem von der Reko 1998 entschiedenen Fall ging es darum, ob ein Unternehmen gewisse Handelspartner bei der Gewährung von Jahresprämien diskriminierte und damit den Wettbewerb auf diesem Markt in unzulässiger Weise einschränkte. Die Reko führte aus, die Feststellung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung sei "eine methodisch und verfahrensrechtlich anspruchsvolle Aufgabe". Die Weko habe jedoch im Fall weder auf ihre bisherige Praxis noch auf die Rechtslehre Bezug genommen; sie habe sich mit der Behauptung des Unternehmens, laufend Marktanteile zu verlieren, nicht auseinandergesetzt; im Weiteren sei fragwürdig, vom gesamtschweizerischen Markt ohne weiteres auf den Grossraum Zürich zu schliessen; zum Argument der Weko, es wäre Sache der Beschwerdeführerin, einen grösseren Beitrag zur Abklärung der Marktbeherrschung zu leisten, falls sie mit der Würdigung der Weko nicht einverstanden sei, vermerkt die Reko, eine Partei sei zwar verpflichtet, bei der Abklärung mitzuwirken, doch habe "die Beschwerdeführerin, soweit aus den Akten ersichtlich, die Mitwirkung, wenn überhaupt, nicht in einer Weise verweigert, welche eine Beweiswürdigung in grundsätzlicher Hinsicht zu ihren Ungunsten ausschlagen lassen dürfte" (Entscheid der Reko vom 12. November 1998 i.S. X AG, Bern, RPW/DPC 1998/4, S. 674 f.). Die Ausführungen der Reko sind etwas knapp, doch lässt die im Entscheid wiedergegebene Vernehmlassung der Weko (S. 662 f.) erkennen, dass die Weko sich zu stark auf die Argumente überwiegender Wahrscheinlichkeit und angeblich verweigerter Mitwirkungspflichten gestützt hat.

Im gleichen Entscheid stimmte die Reko der Beschwerdeführerin zu, dass die Weko den Vorwurf der marktbehindernden Verhaltensweisen sowie den Vergleich der verschiedenen Fachhändler hinsichtlich deren Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin weder näher begründet noch durch entsprechende Aktenstücke belegt habe. "Damit", so die

Reko, "erweist sich die Ermittlung wie auch die Würdigung des Beweisergebnisses nicht mehr als nachvollziehbar, weshalb die Wettbewerbskommission in diesen Punkten die Begründungspflicht verletzt hat. Auch im Rahmen ihrer Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren hat sie die hier offenen Fragen zur Beweisermittlung nicht klären können" (S. 672 f.).

In einem Entscheid aus dem Jahre 1999 hält die Reko fest, die Sachverhaltsabklärung und Begründung der Weko seien in mehrfacher Hinsicht problematisch. Allgemeine Aussagen der Weko stünden im Widerspruch zu Stichproben. Dazu komme, dass ein Teil der Stichproben durch Rechnungen dokumentiert seien, ein anderer Teil hingegen nicht. Damit ergebe sich insgesamt eine unbefriedigende und unsichere Beweissituation. In der rechtlichen Beurteilung scheine die Weko die Auffassung zu vertreten, für den Begriff der Wettbewerbsabrede sei lediglich die Beschränkungswirkung konstitutiv; es bedürfe keiner Abrede. Dem Kartellgesetz unterstehe aber nicht jedwede Wettbewerbsbeschränkung, sondern eine durch Wettbewerbsabrede bezweckte oder bewirkte Beschränkung. Die These, Kalkulationshilfen würden gewissermassen ein Preisband generieren, was per se ein Indiz für eine unzulässige Wettbewerbsabrede sei, sei problematisch; die Verfügung enthalte jedenfalls keine hinreichenden Aussagen zur Bedeutung von Preisbändern. Im Fall hätte zudem die Tatsache, dass teilweise erhebliche Abweichungen nach unten festgestellt wurden, zu einer differenziert begründeten Verfügung führen müssen. Auch sei die Beurteilung des Falles durch die Weko durch das Einlenken der anderen Verbände mindestens teilweise überholt (Entscheid der Reko vom 23. September 1999 i.S. X, RPW/DPC 1999/3, S. 516 ff.).

In einem weiteren Fall hatte die Reko den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde durch die Weko zu überprüfen. Die Vorinstanz ist dazu zuständig, wenn die Verfügung nicht eine geldwerte Leistung zum Gegenstand hat (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Im Fall ging es um den Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen eine vorsorgliche Massnahme. Die Reko rügte, die Weko habe den Entzug der aufschiebenden Wirkung nur sehr allgemein begründet und damit auch nicht ihren Beurteilungsspielraum abgesteckt und die Notwendigkeit auf sofortige Vollstreckung ungenügend erhellt. Weil die Abwägung der von den Parteien vorgetragenen Argumente für die Beschwerdeführerin sprach, wurde die Zwischenverfügung der Weko auf Entzug der aufschiebenden Wirkung aufgehoben (Entscheid der Reko vom 12. August 1999 i.S. X, RPW/DPC 1999/3, S. 503).

Eine Beschwerde wurde von der Reko gutgeheissen, weil die Weko dem Beschwerdeführer mit Rücksicht auf dessen geltend gemachte Arbeitsüberlastung zwar eine Fristerstreckung gewährte, jedoch in Abweichung von ihrer steten Praxis eine Erstreckung von verkürzter

Dauer (29 statt der üblichen 30 Tage), ohne hinreichende Gründe für die Praxisabweichung vorzutragen (Entscheid der Reko vom 8. Juli 1999 i.S. X, RPW/DPC 1999/3, S. 500). Möglicherweise hat sich die Vorinstanz bei der Ansetzung der Fristerstreckung verzählt; die Gutheissung der Beschwerde wegen der eintägigen Abweichung erscheint als unverhältnismässig.

Fazit:

Die Vorwürfe der Reko im Bereich Feststellung des Sachverhalts und Begründung der Verfügungen sind insgesamt relativ schwerwiegend. Der Weko wird in den Entscheiden vom 12. November 1998 und 23. September 1999 vorgehalten, den Sachverhalt ungenügend abgeklärt und mit Annahmen, die einer näheren Prüfung nicht standhalten, operiert zu haben; in beiden Fällen und auch im Entscheid vom 12. August 1999 stellte die Reko fest, die Begründungen der Weko seien, weil zu allgemein gehalten, nicht nachvollziehbar. Vorgeworfen wurde auch, die Weko setze sich mit abweichenden Auffassungen in der Lehre nicht auseinander. Im Entscheid vom 8.7.1999 wurde festgestellt, dass die Abweichung von einer konstanten Praxis nicht hinreichend begründet wurde. Bemerkenswert ist der Vorhalt im Entscheid vom 23.9.1999, für die Beurteilung eines Falles sei nicht jedwede Wettbewerbsbeschränkung, sondern nur eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinn des Kartellgesetzes massgebend; der Vorhalt wendet sich gegen eine vom Kartellgesetz losgelöste wirtschaftswissenschaftliche Betrachtungsweise.

3.3 Rechtliches Gehör und Akteneinsicht

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs und der ihm zudienenden Möglichkeit der Akteneinsicht steht in einem engen Zusammenhang mit der richtigen Feststellung des Sachverhalts und damit der legitimen Verteidigung privater Interessen, aber auch dem öffentlichen Interesse an gesetzeskonformen Verfügungen. Daneben begegnet der Gehöranspruch auch der Gefahr, dass Verwaltungs- und Justizbehörden Verfahrensbeteiligte wie Objekte behandeln.

In einem Entscheid im Jahre 1998 stellte die Reko fest: Die Beschwerdeführerin wurde vom Sekretariat lediglich aufgefordert, verschiedene Fragenkataloge zu beantworten und sich zum Verfügungsentwurf vernehmen zu lassen; sie wurde indessen nie aufgefordert, zu den Äusserungen der anderen Verfahrensbeteiligten Stellung zu nehmen und über die Aktenlage nicht informiert. Im Verfügungsentwurf waren keine Hinweise auf Beweismaterialien ersichtlich, auf die sich die Verfügung der Weko hätte stützen können. Der Beschwerdeführerin wurde auch kein ordnungsgemäss erstelltes Aktenverzeichnis zugestellt. Überdies hat das Sekretariat ohne Beisein der Beschwerdeführerin eine "informelle" Besprechung mit betroffenen Fachhändlern abgehalten. Die anlässlich dieser Unterredung gemachten Aussagen wurden aber protokollarisch nicht erfasst; es wurde nur ein - von den

Anwesenden nicht unterschriebenes - zusammenfassendes Ergebnisprotokoll erstellt. Die Weko hatte nicht geltend gemacht, der Beschwerdeführerin hätte aus Gründen der Geheimhaltung die Beteiligung an Beweismassnahmen oder die Akteneinsicht versagt werden müssen. Die Reko vermerkt in ihrer Entscheidung, nur eine - unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen - offengelegte Aktenführung erlaube den Parteien, in wirksamer Weise an der Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken. Hearings unterliegen nach Rechtsprechung und Lehre denselben Mitwirkungsrechten wie Zeugeneinvernahmen (Entscheidung der Reko vom 12. November 1998 i.S. X AG, Bern, RPW/DPC 1998/4, S. 668 ff.).

In einem Fall verwendete die Weko telefonisch eingeholte Auskünfte als Beweismittel, ohne der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Zwar handelte es sich um das Verfahren der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, also um ein dringliches Verfahren. Die in Frage stehende Telefonnotiz hätte jedoch den befragten Personen und der Beschwerdeführerin zugestellt werden können (Entscheidung der Reko vom 4. November 1999 i.S. Cablecom Holding AG, Frauenfeld, RPW/DPC 1999/4, S. 637 f.; andere Rügen wegen Verweigerung des rechtlichen Gehörs wurden hingegen zurückgewiesen, vgl. a.a.O., S. 634 ff.).

Zu Recht hat die Weko hingegen in einem anderen Fall den Standpunkt vertreten, dass ein Rechtsanspruch auf Äusserung zur rechtlichen Beurteilung der Tatsachen grundsätzlich nicht besteht (Entscheidung der Reko vom 15. Mai 1998 im Fall BKW-AEK Unternehmenszusammenschluss [Verwaltungsanktion], RPW/DPC 1998/3, S. 470 f.).

Fazit:

Der Entscheidung der Reko vom 12. November 1998 hat hinsichtlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs und der Akteneinsicht gravierende Fehler des Untersuchungsverfahrens des Sekretariats aufgedeckt.

3.4 Vorsorgliche Massnahmen

Gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG erlässt das Sekretariat der Weko zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Nach Artikel 18 Absatz 3 KG erlässt die Weko die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Artikel 45 Absatz 1 des subsidiär anwendbaren VwVG spricht von verfahrensleitenden und anderen Zwischenverfügungen, ohne Anhaltspunkte für eine Abgrenzung zu geben.

Auf dem Hintergrund dieser nicht ganz klaren gesetzlichen Ausgangslage stellte sich die Frage, ob das Sekretariat ermächtigt ist, gestützt auf seine Kompetenz zum Erlass verfahrensleitender Verfügungen auch vorsorgliche Anordnungen zu treffen, oder ob diese der Weko vorbehalten sind. Das Sekretariat beanspruchte die Kompetenz für sich. Dass vorsorgliche Massnahmen überhaupt zulässig sind, obwohl

das Kartellgesetz sie nur im Kapitel über das zivilrechtliche Verfahren erwähnt (Art. 17 KG), wurde vom Sekretariat zu Recht angenommen. In der Kompetenzfrage ging die Reko davon aus, die gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG dem Sekretariat übertragene Untersuchung habe namentlich die Erhebung und Sicherung von Beweisen sowie die Anhörung der Parteien zum Inhalt; seine verfahrensleitenden Verfügungen bezögen sich dementsprechend in erster Linie auf die Verfahren zur Feststellung des Sachverhalts und zur Gewährung oder Verweigerung der Akteneinsicht und der Anhörung. Im Gegensatz dazu würden vorsorgliche Massnahmen eine Sachlage erhalten oder schaffen, wie sie voraussichtlich ganz oder teilweise durch den Endentscheid hergestellt werden soll; sie beschränkten oder erweiterten den Handlungsspielraum der Parteien häufig in gleicher oder ähnlicher Weise wie der Endentscheid. All das spreche dafür, dass der Begriff der verfahrensleitenden Verfügungen in Artikel 23 Absatz 1 KG nicht für die Gesamtheit möglicher Zwischenverfügungen stehe und namentlich vorsorgliche Massnahmen nicht einschliesse. Gegen diese Auslegung von Artikel 23 Absatz 1 KG und den daraus folgenden Schluss, dass im Sinn von Artikel 18 Absatz 3 KG die Weko zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig ist, spreche auch nicht, dass das Sekretariat verfahrensleitende Verfügungen nur zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko treffen darf, und auch nicht das Bedürfnis, rasch handeln zu können, denn der Gang der Untersuchung hänge nicht von der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab (Entscheid der Reko vom 25. April 1997 i.S. Künstliche Besamung, RPW/DPC 1997/2, S. 252 ff.).

Der Disput über die Zuständigkeit zu vorsorglichen Massnahmen konnte nur entstehen, weil das Kartellgesetz zwischen selbstständigen Befugnissen der Weko und ihres Sekretariats unterscheidet. Nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht führt die verfügende Behörde das Verfahren, und das Sekretariat ist ein reines Hilfsorgan; die Zuständigkeit der verfügenden Behörde, auch vorsorgliche Massnahmen zu treffen, ist somit entgegen den Sonderregelungen des Kartellgesetzes kein Problem. Im Fall haben sowohl die Weko als auch die Reko gute Argumente vorgetragen. Angesichts der Tatsache, dass bei kartellrechtlichen Sachverhalten vorsorgliche Massnahmen kaum blitzschnell angeordnet werden müssen und dass die Weko beziehungsweise ihre zuständige Kammer auch rasch handeln kann, ist der Standpunkt der Reko jedenfalls nicht realitätsfremd. Andererseits ist nach der Sonderregelung des Kartellgesetzes während der Untersuchung gerade nicht die Weko, sondern das Sekretariat (bezüglich verfahrensleitender Verfügungen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) mit dem Fall befasst; die Zuständigkeit des Sekretariats auch zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums) ist daher meines Erachtens nahelie-

gender. Das Problem sollte bei einer Revision des Kartellgesetzes wieder aufgegriffen werden.

Fazit:

Die Meinungsverschiedenheit zwischen Reko und Weko über die Zuständigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im erstinstanzlichen Verfahren geht auf eine Unklarheit des Kartellgesetzes zurück, die durch die Praxis geklärt werden musste. Es handelt sich um einen normalen Vorgang in der Verwaltungsrechtsprechung.

3.5 Varia

Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch und Italienisch; im Verkehr mit Personen rätoromanischer Sprache deren Idiom (Art. 70 Abs. 1 BV). Bundesbehörden eröffnen Verfügungen in der Amtssprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden (Art. 37 VwVG). Diese Vorschrift wurde offenbar übersehen, als die Weko eine Verfügung in der Sprache nicht des Verfügungsadressaten, sondern eines Anzeigers eröffnete (Entscheid der Reko vom 25. April 1997 im Fall Künstliche Besamung, RPW/DPC 1997/2, S. 246).

Hingegen wurde in einem anderen Fall der Vorwurf, die Weko habe gegen Treu und Glauben verstossen, zu Unrecht erhoben (Entscheid der Reko vom 23. Februar 1998 i.S. A., RPW/DPC 1998/1, S. 121 f.).

Fazit:

Die Praxis der Weko in anderen Verfahrensfragen gibt zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass.

3.6 Gesamtbeurteilung

Einzelne Gutheissungen von Beschwerden durch die Reko sind darauf zurückzuführen, dass ein neues Kartellgesetz zu vollziehen war und dass gewisse Rechtsprobleme bestehen, weil das Verhältnis von Verfahrensvorschriften des Kartellgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes sowie von Zuständigkeiten von Weko und Sekretariat in Einzelpunkten nicht von vornherein klar ist. Die Klärung solcher Fragen ist ein normaler Vorgang in der Verwaltungsrechtspflege und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

Nicht leicht zu nehmende Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens wurden hingegen in den Bereichen rechtliches Gehör, Akteneinsicht, Feststellung des Sachverhalts und Begründung der Verfügungen festgestellt. Der Gehörsanspruch ist heute aber offenbar gewährleistet. Unterschiedliche Auffassungen bestehen offenbar zum Teil noch hinsichtlich der Frage, wie genau die Sachverhaltsfeststellung und vor allem die Begründung von Verfügungen sein muss. Die Weko möchte mit Rücksicht auf die rasche Erledigung der Fälle etwas summarischer bleiben, während die Reko volle Transparenz über die Ausschöpfung von Beurteilungsspielraum fordert. Auf unterschiedliche Auffassungen weist eine Passage im Jahresbericht 1999 der Weko: "Der Weko war es

nach Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes ein Anliegen, zur Schaffung von Rechtssicherheit möglichst schnell eine gewisse Entscheidpraxis zu den offen formulierten materiellen Gesetzesbestimmungen zu schaffen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO) gewichtete die verfahrensmässigen Garantien höher und verlangte, dass den verfahrensrechtlichen Aspekten immer höchste Priorität eingeräumt wird" (RPW/DPC 1999/4, S. 557). Die Analyse der Fälle zeigt aber, dass die Reko teilweise gravierende Mängel aufgedeckt hat (vgl. Ziff. 3.2 und 3.3). Daran ändert nichts, dass man über einzelne Beurteilungen unterschiedlicher Auffassung sein kann und dass jedenfalls ein Entscheid der Reko als zu streng erscheint (vgl. Ziff. 3.1, 3.2 am Schluss und 3.4). Insgesamt hat man aber nicht den Eindruck, die Reko verlange, dass verfahrensrechtlichen Fragen die höchste Priorität eingeräumt werden müsse. Wenn die Reko festgestellt hat, dass das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde, der Sachverhalt nicht feststellbar aufgeheilt ist und die Begründung nicht nachvollziehbar offengelegt wird, dann musste sie auf der Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensvorschriften bestehen. Die genaue Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensvorschriften, zu der die Reko aufgrund ihrer Funktion als Beschwerdeinstanz speziell berufen ist, ist im Übrigen auch Voraussetzung für die den zuständigen Verwaltungsbehörden zugute kommende gewisse Zurückhaltung der Reko in materiellrechtlichen Fragen (vgl. nachstehende Ziff. 4.3.3).

4. Würdigung

4.1 Komplikationen in den gesetzlichen Grundlagen

4.1.1 Verhältnis von Kartellgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz

Das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

Diese Vorgabe, die gesetzepolitisch nicht zur Diskussion steht, kann Anwendungsprobleme verursachen. Eigentliche Kollisionsprobleme gab es in der Praxis aber bisher offenbar nicht. Hingegen musste sich die Praxis mit dem Problem auseinandersetzen, ob allgemeine Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Lichte der Besonderheiten des Kartellverfahrens allenfalls differenziert zu handhaben sind. Hauptbeispiel war das Problem der Einsichtgabe in die Akten des Untersuchungsverfahrens. Angesichts der Fülle des Stoffes wies das Sekretariat der Weko anfänglich die Parteien nur in allgemeiner Weise auf das Akteneinsichtsrecht hin; auch waren die Akten nicht kontrollierbar geordnet. Die Reko verlangte eine offengelegte Aktenführung, die es den Parteien erlaubt, ihr Akteneinsichtsrecht (unter Vorbehalt der gesetzlichen Verweigerungsgründe) auch tatsächlich wahrzunehmen (vgl. Ziff. 3.3). Die Weko und ihr Sekretariat kommen dieser Forderung inzwischen nach.

Solche Fragen können auch weiterhin durch die Praxis geklärt werden. Im Themenbereich der analysierten Fälle besteht kein legislatorischer Handlungsbedarf. Auf das Verhältnis von Kartellgesetz und Verwaltungsverfahrensgesetz wäre insoweit erst im Rahmen einer Totalrevision des Kartellgesetzes zurückzukommen.

4.1.2 Unklarheiten des Kartellgesetzes

Zu Meinungsverschiedenheiten haben auch Unklarheiten des Kartellgesetzes geführt. So bestanden unterschiedliche Auffassungen von Weko und Reko darüber, ob das Sekretariat zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen befugt ist. Sekretariat und Weko bejahten dies unter Berufung auf Artikel 23 Absatz 1 KG, wonach das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen erlässt. Die Reko erblickt in der Anordnung vorsorglicher Massnahmen hingegen eine Verfügung, die im Sinn von Artikel 18 Absatz 3 KG nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten ist und somit der Weko zusteht. Hingegen waren sich Weko und Reko einig, dass auch im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren vorsorgliche Anordnungen zulässig sind, obwohl das Kartellgesetz solche Anordnungen ausdrücklich nur für das zivilrechtliche Verfahren vorsieht (Art. 17 KG) (vgl. Ziff. 3.4).

Die Klärung von Unklarheiten eines neuen Gesetzes, die zur Gutheissung von Beschwerden gegen die Erstinstanz führen kann, ist eine normale Erscheinung. Andererseits sind die Unklarheiten des Kartellgesetzes in verwaltungsverfahrensrechtlichen Fragen im Themenbereich der analysierten Fälle auch nicht so gross, dass dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen würde. Auf Detailprobleme wäre grundsätzlich erst im Rahmen einer Totalrevision des Kartellgesetzes zurückzukommen.

4.1.3 Organisationsrechtlicher Dualismus

Die Organisation der verwaltungsrechtlichen Erledigung von Kartellfällen ist relativ kompliziert, weil das Gesetz zwei Wettbewerbsbehörden einsetzt: die verwaltungsunabhängige Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat (Art. 18-35 KG; siehe die den Plural verwendende Überschrift "Wettbewerbsbehörden" des betreffenden Abschnittes).

Nach allgemeinem Organisations- und Verfahrensrecht führt die zuständige Behörde das Verfahren. Ihr Sekretariat besitzt keine eigenständigen Kompetenzen; es ist reines Hilfsorgan. Im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren hingegen treten Weko und Sekretariat eigenständig auf. Die Weko entscheidet und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Das Sekretariat führt die Untersuchungen durch und erlässt (zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums) die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen; es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden aus eigener gesetzlicher Kompetenz (Art. 23 Abs. 1 KG);

auch eröffnet das Sekretariat eine Untersuchung (im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums; Art. 27 Abs. 1 KG) und kann unter Vorbehalt der Genehmigung der Weko mit den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung treffen (Art. 29 KG).

Der gesetzliche Dualismus von Weko und Sekretariat mit Einschluss der gesetzlich vorgesehenen Verzahnungen der beiden Behörden kann gegenüber aussen (wie auch intern) zu Unklarheiten führen. Der Dualismus war Anlass dafür, dass die Reko entgegen der Auffassung von Weko (und Sekretariat) in Gutheissung einer Beschwerde entschied, die Weko und nicht das Sekretariat sei zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zuständig (vgl. Ziff. 3.4). Wegen der guten Zusammenarbeit von Weko und Sekretariat sind die Probleme, die aufgrund des gesetzlichen Dualismus der Wettbewerbsbehörden entstehen können, aber offenbar in engen Schranken gehalten worden.

4.2 Professionalität in der verfahrensmässigen Erledigung der Fälle

4.2.1 Professionalitätsdefizite

Die Entscheide der Reko, mit denen Beschwerden gutgeheissen wurden, beziehen sich zum grössten Teil auf formellrechtliche Fragen, also auf Fragen der verfahrensmässigen Erledigung der Fälle (zur Begründung dieses Phänomens vgl. Ziff. 4.3.2).

Dem *courant normal* in Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung entsprechen Beanstandungen, die auf Komplikationen in den gesetzlichen Grundlagen (vgl. Ziff. 4.1) sowie auf Anfangsschwierigkeiten in der Handhabung eines neuen Gesetzes zurückgehen.

Die Verwaltungserfahrung lehrt auch, dass Mitglieder und Mitarbeiter einer Spezialverwaltungsbehörde in erster Linie mit den spezifischen Problemen und Bestimmungen ihres Rechtsgebietes vertraut sind; ihr Engagement gilt der Durchsetzung des Zweckes, für den das ihnen zum Vollzug anvertraute Gesetz erlassen wurde. Allgemeine Anliegen und Normen wie die Grundrechte, allgemeine Rechtsgrundsätze und eben auch die allgemein geltenden Verwaltungsverfahrensvorschriften laufen demgegenüber tendenziell Gefahr, zu kurz zu kommen. Diese Schwierigkeit lässt sich nicht ganz aus der Welt schaffen; sie ist in Fällen, welche die Reko beurteilen musste, deutlich erkennbar. Wenn das Problem jedoch erkannt ist, ist es aber auch schon teilweise gelöst. Dazu trägt auch die Verstetigung der die Entscheide der Beschwerdebehörde beachtenden Praxis bei.

Die Analyse der Beschwerdeentscheide der Reko lässt zwei Problembereiche erkennen, die unter dem Gesichtswinkel der Professionalität in der verfahrensmässigen Erledigung der Fälle über allgemein beobachtbare, dem *courant normal* der Verwaltung zuzurechnende Probleme hinausgehen. Der eine Problembereich betrifft die Ansprüche

der Beteiligten auf Akteneinsicht und rechtliches Gehör. Der andere Problembereich betrifft die Sachverhaltsabklärung und vor allem die Begründung der Verfügungen.

4.2.2 Anforderungen an Akteneinsicht und rechtliches Gehör

In der Anwendung der Bestimmungen über Akteneinsicht und rechtliches Gehör wurden anfänglich in der Praxis von Weko und Sekretariat gravierende Fehler begangen (vgl. Ziff. 3.3). Die Vorwürfe, welche die Reko machen musste, wiegen schwer, weil unzulässige Einschränkungen des Gehöranspruchs (und der ihm zudienenden Akteneinsicht) sich rechtlich in doppelter Weise fatal auswirken. Einerseits dienen die Stellungnahmen der Betroffenen in einer komplexen Materie wie der Anwendung des Kartellrechts wesentlich der Aufhellung des Sachverhalts und damit der richtigen Entscheidung im öffentlichen Interesse der Verhinderung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen. Dieser Aspekt ist im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren besonders wichtig, weil die nebenamtlich tätigen Mitglieder der Weko oft gar nicht in der Lage sein können, einen Fall tatbestandsmässig zu durchschauen, wenn sie nicht klar mit dem Pingpong der Beurteilung durch Sekretariat und Betroffene konfrontiert werden. Andererseits ist der Anspruch auf rechtliches Gehör auch Voraussetzung dafür, dass die betroffenen Unternehmen ihre Rechte überhaupt umfassend wahrnehmen können. Die Weko und ihr Sekretariat können allerdings bereichsspezifische Gründe anführen, welche die Vorwürfe, welche die Reko erheben musste, etwas mildern. In kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren sind (wie im kürzlich entschiedenen Sanphar-Fall) rasch eine grössere Zahl von Parteien und Beteiligten involviert (siehe auch Art. 43 KG); dazu kommen Probleme der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 25 KG; Art. 27 und 28 VwVG). Die Reko hat aber so genannte "informelle" Anhörungen unter Ausschluss von Parteien zu Recht nicht zugelassen.

Die Probleme im Zusammenhang der Gewährung von Akteneinsicht und rechtlichem Gehör sind aber offensichtlich erkannt, und die Verhältnisse haben sich wesentlich verbessert. Es wird nunmehr in jedem Verfahren ein chronologisches Aktenverzeichnis erstellt, das Aufschluss gibt über Akten, Akteninhalt, Geschäftsgeheimnisse und verwaltungsinterne Akten. Die Parteien können in das Verzeichnis und die Akten bereits während des Verfahrens Einsicht nehmen. Damit können sie frühzeitig Beweisanträge stellen und Gegenbeweise erbringen. Stellungnahmen einer Partei zu den Akten oder Verfügungsentwürfen werden den anderen Parteien zur Stellungnahme unterbreitet. Im Schrifttum (ZÄCH, RICHLI) wird auf diese Verbesserung der Vorkehren hingewiesen. Der Problembereich des Gehöranspruchs mit Einschluss der Akteneinsicht ist aber im Auge zu behalten.

4.2.3 Anforderungen an die Sachverhaltsabklärung und die Begründung von Verfügungen

Auf eine zentrale Vollzugsproblematik weisen Rügen der Reko in Bezug auf die Begründung von Verfügungen. Teilweise laufen sie mit der Rüge zusammen, der Sachverhalt sei zuwenig abgeklärt worden. Vor allem aber geht es darum, wie intensiv die Weko - auch in Auseinandersetzung mit der kartellgesetzlichen Literatur - offenlegt und nachvollziehbar macht, von welchen Überlegungen sie sich bei der Beurteilung eines Falles in der Konkretisierung kartellgesetzlicher Bestimmungen leiten lässt und mit welcher Begründung sie von einem gesetzlichen Beurteilungsspielraum Gebrauch macht (vgl. Ziff. 3.2). Die Reko will nicht die Funktion einer Oberverwaltungsbehörde ausüben und ist daher gewillt, Beurteilungen der Weko, die im Rahmen offener Gesetzesbegriffe vertretbar sind, anzuerkennen. Voraussetzung ist aber, dass die Weko ihre Entscheidungsfindung in der Würdigung des vollständig erhobenen rechtlich relevanten Sachverhalts und in der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen detailliert bekannt macht.

Die Frage, wie dicht die Begründung einer Verfügung sein muss, wird natürlich innerhalb eines - von Fall zu Fall variierenden - Spielraums stets unterschiedlich beantwortet werden. Die richterliche Überprüfungsinstanz wird im Interesse des Rechtsschutzes der Parteien, zu dessen Schutz sie in erster Linie aufgerufen ist, und im Interesse der richtigen Durchsetzung des Rechts auf eine detaillierte Begründung drängen, während die verfügende Instanz stärker auch Aspekte der organisatorischen und personellen Kapazität, der Verwaltungsökonomie und einer speditiven Erledigung der Geschäfte (im Interesse aller Beteiligten) mitberücksichtigen muss.

Im vorliegenden Zusammenhang spielt aber offensichtlich auch eine Rolle, dass mit dem neuen Kartellgesetz von 1995 ein Konzeptionswechsel vollzogen wurde, der sich auf die Erledigung kartellrechtlicher Fälle entscheidend auswirken muss. Nach dem früheren Kartellgesetz von 1985 untersuchte die Kartellkommission die nützlichen und schädlichen Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen, wog die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander ab, berücksichtigte dabei die Auswirkungen auf die Wettbewerbsfreiheit und das Wettbewerbsmass und berücksichtigte ferner "alle übrigen bedeutsamen Auswirkungen wie jene auf die Herstellungs- und Vertriebskosten, die Preise, die Qualität, die Versorgung, die Struktur des Wirtschaftszweiges, die Landesteile, die Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland und die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer und Konsumenten"; die Schädlichkeit in volkswirtschaftlicher oder sozialer Hinsicht musste überwiegen, wurde jedoch auf jeden Fall angenommen, wenn wirtschaftlicher Wettbewerb verhindert wurde, "es sei denn, die Prüfung ergebe, dass die Verhinderung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Ge-

samtinteresses unerlässlich ist" (Art. 29 KG 1985). Diese gesetzliche Ausgangslage, welche die frühere so genannte Saldotheorie ermöglichte, räumte der Wettbewerbsbehörde einen weiten, rechtlich kaum fassbaren Beurteilungsspielraum ein. Das geltende Kartellgesetz hat demgegenüber die Beurteilung verwaltungsrechtlicher Kartellfälle verrechtlicht. Das Gesetz arbeitet zwar wie jedes Gesetz mit auslegungsbedürftigen, bis zu einem gewissen Grad offenen Begriffen. Die Offenheit hält sich aber im Rahmen normaler verwaltungsrechtlicher Regelungen. Ob eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung oder ein unzulässiger Unternehmenszusammenschluss im Sinn des zweiten Kapitels des Gesetzes vorliegt, kann daher von Fall zu Fall aufgrund der vom Gesetz vorgegebenen Kriterien entschieden werden. Die Praxis ist vom Gesetz erkennbar vorgegeben. Der rechtlich wenig fassbare Beurteilungsspielraum in Rücksichtnahme auf "überwiegende öffentliche Interessen" (jeder Art, wie zu präzisieren ist) steht nicht mehr der Wettbewerbskommission, sondern dem Bundesrat zu (Art. 8 und 11 sowie Art. 31 und 36 KG); Weko und Sekretariat haben sich um diese Aspekte nicht zu kümmern.

Angesichts der neuen gesetzlichen Regelung erwartet die Reko daher mit Recht, dass die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes im Stil gewohnter Begründung von Verfügungen klar ausgewiesen wird. Die Begründung ist somit nach den Tatbestandsmerkmalen des Gesetzes zu gliedern, und in den Ausführungen ist jedes dieser Merkmale in der Anwendung auf den konkreten Fall nachvollziehbar abzuhaken. Ökonomische Theorien über den Wettbewerb können nur berücksichtigt werden, soweit sie in den gesetzlichen Vorgaben Platz finden (vgl. Entscheid der Reko vom 23. September 1999, RPW/DPC 1999/3, S. 517, Ziff. 4.2 der Erwägungen); die ökonomische Theorie ist insoweit rechtlich mediatisiert und ihre Handhabung eine Rechtsfrage. In diesem Sinn werden zum Beispiel die Gründe der wirtschaftlichen Effizienz, die Wettbewerbsbeschränkungen rechtfertigen, in Artikel 5 Absatz 2 KG definiert, und in Artikel 7 Absatz 2 KG werden die wesentlichen unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen aufgelistet. In der Rechtsanwendung ist festzustellen, ob die gesetzlich vorgegebenen Tatbestände erfüllt sind oder nicht. Selbstverständlich ist aber der Beitrag ökonomisch geschulter Fachleute für die Beurteilung gewisser Sachverhalte wichtig und muss auch in der Abwicklung des Verfahrens angemessen zur Geltung kommen. Dies gilt zum Beispiel für die prospektive Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Artikel 10 KG, wo offene ökonomische Begriffe verwendet werden. Die Beachtung der gesetzlichen Vorgaben in formeller und materieller Hinsicht ist Voraussetzung dafür, dass die Verfügung gesetzeskonform ergeht, nachvollziehbar ist und der Kontrolle durch die Beschwerdebehörde standhält.

4.2.4 Rolle von Juristen und Ökonomen im Sekretariat

Der Konzeptionswechsel vom sehr offen gehaltenen alten Kartellgesetz zum (auf der Ebene von Weko und Sekretariat) verwaltungsrechtlich fassbar gemachten Kartellgesetz von 1995 hat die Rolle von Juristen und (allgemein ökonomisch und sozialwissenschaftlich ausgebildeten) Ökonomen im Sekretariat verändert. Dies erfordert meines Erachtens eine gezielte Standortbestimmung über die Funktion und die zahlenmässige Vertretung dieser beiden Kategorien von Mitarbeitern im Sekretariat.

Aufgabe der Ökonomen ist, zur Konkretisierung unbestimmter ökonomischer Begriffe des Gesetzes beizutragen und im Anwendungsfall zu sagen, ob die Voraussetzungen eines vom Gesetz verwendeten ökonomischen Begriffs gegeben sind oder nicht. Aufgabe der Juristen muss sein, das Verfahren in formeller Hinsicht zu führen, die Vorgaben der Ökonomen in den Entscheidentwurf einzubauen (und dabei zu kontrollieren, ob sich die Ökonomen tatsächlich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben, also auch der rechtlich mediatisierten ökonomischen Vorgaben, bewegen) und die Verfügung in Ausrichtung auf die gesetzlichen Bestimmungen und in juristischer Sprache zu begründen und in die juristisch gebotene Form zu bringen. Im Entscheidungs- und Formulierungsprozess sollten sich die Ökonomen mit einer zudienenden Rolle begnügen. Auch die Anwälte der Parteien müssen juristisch argumentieren, und die Reko kann eine Begründung nur akzeptieren, wenn sie juristisch plausibel verfasst ist.

Die Frage, wie viele Juristen und wie viele Ökonomen es im Sekretariat braucht, ist von aussen schwer zu beurteilen. Die Ökonomen werden - wie die Juristen - auch gebraucht im Hinblick auf Empfehlungen, Stellungnahmen und Gutachten zuhanden anderer Behörden und allgemein für die Beobachtung der Wettbewerbsverhältnisse (vgl. Art. 18 Abs. 3, Art. 45 ff. KG). Die unter dem neuen Kartellgesetz zur Routine werdenden Untersuchungen, die formell korrekte Abwicklung verwaltungsrechtlicher Kartellverfahren und die von der Reko verlangten relativ hohen Anforderungen an die Begründungsdichte der Verfügungen (die angesichts der Tragweite der Verfügungen trotz des damit verbundenen administrativen Aufwandes gerechtfertigt ist) und die aufgrund dieser Vorgaben wachsende Arbeitsbelastung der Juristen im Sekretariat deutet aber bei aller gegebenen Zurückhaltung in der Beurteilung darauf hin, dass die Juristen - rein zahlenmässig gesehen - im Verhältnis zu den Ökonomen ein stärkeres Gewicht haben müssen.

Wichtig sind auf jeden Fall die juristische Aus- und Weiterbildung aller wissenschaftlichen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen sowie Anstellungsbedingungen, welche die angesichts der Materie akute Gefahr von Abwerbungen durch die Privatwirtschaft berücksichtigen.

4.2.5 Einvernehmliche Regelungen

Wenn das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, kann es unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Weko mit den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung treffen (Art. 29 KG). Es sollte geprüft werden, ob von dieser Möglichkeit nicht stärker als bisher (vgl. die Statistik in Ziff. 2.3) Gebrauch gemacht werden kann. Das Verfahren einvernehmlicher Regelung ist zwar wenig spektakulär und schöpft die psychologisch wichtige generalpräventive Wirkung nicht wie eine Verfügung aus. Das Verfahren kann aber in den Fällen, in denen die Beteiligten die wettbewerbsrechtliche Problematik ihres Verhaltens einsehen, zu einer effizienten, raschen (keine Beschwerden!) und administrativ einfachen Durchsetzung des Kartellgesetzes beitragen.

Weil das Verwaltungsrecht vom Legalitätsprinzip beherrscht wird, die Verwaltungsgesetze also nicht zur Disposition der beteiligten Behörden und Privaten stehen, lehnte die klassische Verwaltungsrechtswissenschaft einvernehmliche Regelungen ab. Die komplizierter werdenden Fälle und die Einsicht, dass gesetzliche Beurteilungsspielräume bestehen, die nicht bloss eine einzige richtige Lösung zulassen, einerseits und andererseits die Erfahrung, dass die Verwaltungstätigkeit bei komplizierteren Sachverhalten nur im Zusammenwirken mit den betroffenen Privaten sinnvoll abgewickelt werden kann, sowie der unverhältnismässige Aufwand, der in bestimmten Fällen für eine restlose Klärung des Sachverhalts betrieben werden müsste (die neue Bundesverfassung hat das Verhältnismässigkeitsprinzip in Art. 5 Abs. 2 zu einem allgemeinen Prinzip erhoben), haben dazu geführt, dass einvernehmliche Lösungen in einem bestimmten Umfang angestrebt werden. Artikel 29 KG, der die Möglichkeit einvernehmlicher und damit auch gegenüber den Betroffenen verhältnismässiger Regelungen über die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung ausdrücklich anerkennt, ist Ausdruck dieser Betrachtungsweise. Unter den verfassungsrechtlich vorgegebenen Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten ist die in Artikel 29 KG enthaltene Kann-Bestimmung meines Erachtens bis zu einem gewissen Grad ein rechtliches Gebot.

4.2.6 Rolle der Weko

Die Weko besteht aus 11 bis 15 Mitgliedern, wobei die Mehrheit der Mitglieder unabhängige Sachverständige sein müssen (Art. 18 Abs. 2 KG). Die Mitglieder - auch der Präsident - sind nebenamtlich tätig. Normalerweise wird zweimal im Monat eine Sitzung abgehalten. Dazu können Sitzungen in den Kammern kommen. Die Weko ist in ihrer fachlichen Tätigkeit verwaltungsunabhängig, das heisst nicht an Weisungen des Departementes oder des Bundesrates gebunden (Art. 19 KG). Sie trifft die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde (das heisst dem Sekretariat oder

dem Bundesrat) vorbehalten sind; daneben gibt sie Empfehlungen und Stellungnahmen an die politischen Behörden ab und erstattet für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 18 Abs. 3 KG).

Es ist offensichtlich, dass die Weko bei dieser Organisation und bei diesen Aufgaben nicht in der Lage ist, das Verfahren und die Anträge des Sekretariats umfassend zu würdigen. Das können auch der Bundesrat und die Departementsvorsteher in Bezug auf die ihnen vorgelegten Entscheidwürfe nicht. Sie tragen aber die Verantwortung. Im Gegensatz dazu ist das Mass der Verantwortung, das die Weko trägt, unklar. Anders als im normalen Behördengang führt das Sekretariat nämlich die Untersuchung in eigener gesetzlicher Zuständigkeit und damit Verantwortung, auch wenn es am Schluss lediglich Antrag stellt. Die Weko hat dann allerdings zu prüfen, ob ihr genügende und richtige Entscheidungsgrundlagen unterbreitet werden. Die Kritik der Reko an Verfügungen der Weko trifft also teilweise die Weko, vor allem aber das Sekretariat, das die Untersuchung geführt und die Entscheidwürfe verfasst hat. Kassiert wird aber gegebenenfalls die Anordnung der Weko.

Die Verantwortlichkeiten werden zusätzlich dadurch verzahnt und damit bis zu einem gewissen Grad verwischt, als bestimmte, gesetzlich zustehende Anordnungen des Sekretariats im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko (nicht aber der Weko als Gesamtbehörde) getroffen werden müssen (Eröffnung einer Untersuchung, Art. 27 KG; verfahrensleitende Verfügungen, Art. 23 Abs. 1 KG). Einvernehmliche Regelungen über die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung, die das Sekretariat den Beteiligten vorschlägt und mit ihnen verabredet, bedürfen der Genehmigung der Weko als Gesamtbehörde (Art. 29 KG).

Es sollte überprüft werden, ob das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren in befriedigender Weise auf die hybride Organisation der Wettbewerbsbehörden zugeschnitten ist und ob allenfalls gesetzliche Präzisierungen notwendig sind. Wenn an der Institution der Weko mit ihren nebenamtlichen Mitgliedern und am Dualismus von Wettbewerbskommission und Wettbewerbsamt festgehalten wird, sollte auch geprüft werden, ob und wie die Weko entlastet und ihre Entscheidungsfindung verbessert werden kann.

In institutioneller Hinsicht könnte eine Lösung darin bestehen, bei der Weko eine Art Annahmeverfahren einzuführen, das heisst die Weko zwar zu verpflichten, Fälle von grundsätzlicher Bedeutung oder von grosser wirtschaftlicher Tragweite zu behandeln, es ihr aber zu überlassen, andere Fälle dem Sekretariat zur selbstständigen abschliessenden Erledigung zu überlassen. Die Handhabung der Abgrenzung kann im Einzelfall allerdings schwierig sein; doch könnte eine Kann-Formel Spielraum eröffnen. Die Zahl der Fälle, die Routinecharakter anneh-

men, wird jedenfalls zunehmen, je länger das neue Kartellgesetz angewendet wird und je mehr sich damit die Praxis zum neuen Gesetz verstetigt.

Angesichts des Konzeptionswechsels des neuen Kartellgesetzes, das die Erledigung der Fälle juristisch operational determiniert, sind auch die Anforderungen an die Professionalität der Mitglieder der Weko gestiegen. Sofern an der Regelung festgehalten wird, dass nicht alle Mitglieder unabhängige Sachverständige sein müssen (Art. 18 Abs. 2 KG), sollten Verbände, die Mitglieder vorschlagen, nur Personen nominieren dürfen, die über besondere und anerkannte Kenntnisse des Wettbewerbsrechts verfügen. Im Übrigen sind auch Unabhängigkeit und Sachverstand der für eine Wahl in Frage kommenden unabhängigen Sachverständigen nicht vorgegebene, sondern von Fall zu Fall zu überprüfende Grössen.

In verfahrensmässiger Hinsicht kann die Professionalität der Weko durch die Art und Weise, wie das Sekretariat die Verfügungen vorbereitet, verbessert werden. Wenn das Sekretariat im Entscheidentwurf die Tatbestandsmerkmale des Gesetzes exakt abhakt und wenn es aufgrund einer ordnungsgemässen Einräumung des rechtlichen Gehörs über die Einwände der Parteien in gleicher Weise wie über seine eigenen Überlegungen genau referiert, dürfte es möglich sein, den Entscheidungsprozess in der Weko auf die kritischen Punkte zu konzentrieren und einer rechtlich nachvollziehbaren Lösung zuzuführen. Das Sekretariat kann in der Vorbereitung von Entscheiden der Weko auch besondere Fachkenntnisse von Mitgliedern der Weko nutzen; ob dies heute in genügendem Umfang geschieht, vermag ich nicht zu beurteilen.

4.3 Tätigkeit der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

4.3.1 Stellung der Reko

Gegen Verfügungen der Weko und ihres Sekretariats kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG). Die Reko ist eine in ihrer richterlichen Tätigkeit unabhängige Behörde im Sinn von Artikel 71a-71c VwVG und der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen (SR 173.31). Sie ist somit funktionell ein eidgenössisches Verwaltungsgericht erster Instanz. Die Entscheide der Reko können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 98 Bst. e OG).

4.3.2 Phänomen überwiegend verfahrensrechtlich begründeter Gutheissung von Beschwerden

Soweit die Reko Beschwerden gegen die Weko und ihr Sekretariat gutgeheissen hat, geschah dies weit überwiegend mit der Begründung, dass Verfahrensvorschriften (mit Einschluss der Anforderungen an die Sachverhaltsfeststellung und die Begründung einer Verfügung)

verletzt wurden. Die Gründe für diesen Sachverhalt sind: (a) Eine Beschwerdeinstanz prüft in der Regel zunächst die formellrechtlichen Fragen des Falles, zumal wenn diese wie die richtige Sachverhaltsfeststellung und Begründung der Verfügung die Voraussetzung dafür sind, dass die materiellrechtlichen Rügen sachgerecht geprüft werden können. Die angefochtene Verfügung ist materiell nicht mehr zu beurteilen, wenn die Verfügung bereits wegen Verfahrensmängeln aufgehoben wird. (b) Eine Spezialverwaltungsbehörde wie die Weko und ihr Sekretariat macht eher Fehler in der Anwendung allgemein geltender Normen als in der Handhabung ihres Rechtsgebiets, mit dem sie speziell vertraut und für dessen Anliegen sie speziell engagiert ist. (c) Die Weko und ihr Sekretariat haben in der Handhabung des Verwaltungsverfahrensrechts zumindest anfänglich offensichtlich Schwächen gezeigt; dies musste sich in der Rechtsprechung der Reko niederschlagen.

4.3.3 Selbstverständnis der Reko

Die Reko hat ihre "Überprüfungsphilosophie" gegenüber Verfügungen der Weko wie folgt begründet (Beschwerdeentscheid vom 12. November 1998 i.S. X AG, RPW/DPC 1998, S. 677):

"Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist sich bewusst, dass die vorstehend formulierten Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Sachverhaltsabklärung und die materiellrechtliche Begründung relativ hoch sind. Sie sind vor dem Hintergrund der einschlägigen Verfahrensbestimmungen aber geboten. Ihre Rechtfertigung erhalten sie im Weiteren dadurch, dass die Rekurskommission der Wettbewerbskommission bei der materiellen Beurteilung einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum einzuräumen gewillt ist. Die Rekurskommission handhabt ihre Kognition wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine Oberverwaltungsbehörde. Es soll prinzipiell Sache der Wettbewerbskommission sein, die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG zu konkretisieren und die Wettbewerbspolitik zu formulieren".

Diese Betrachtungsweise entspricht einem funktionellrechtlichen Ansatz, wie er im öffentlichen Organisations- und Verfahrensrecht von der Wissenschaft zunehmend vertreten wird. Dies heisst: Jede Instanz gibt sich darüber Rechenschaft, welches ihre Rolle im Behörden- und Funktionengefüge ist. Ein Verwaltungsgericht, selbst ein Spezialverwaltungsgericht wie die Reko, anerkennt in funktionellrechtlicher Optik, dass der Gesetzgeber primär die erstinstanzlich zuständigen Verwaltungsbehörden mit der Aufgabe betraut, die Verwaltungsgesetze ihres Fachbereichs auszulegen und - angesichts der Unbestimmtheit vieler Regelungen - im Anwendungsfall zu konkretisieren. Die richterliche Behörde wacht auf Beschwerde darüber, ob die Rechte des Beschwerdeführers beachtet wurden und die Vorinstanz eine aufgrund des Gesetzes einleuchtende Lösung des Einzelfalls im Kontext einer konsistenten und offen gelegten Praxis getroffen hat. Die Konkretisie-

nung einer Norm im Einzelfall durch die zuständige Verwaltungsbehörde wird nicht durch eine richterliche Konkretisierung im Wege der Nachprüfung ersetzt, wenn die vom Gericht allenfalls favorisierte Lösung nicht besser begründet werden kann. Das Verwaltungsgericht ist hingegen auf Beschwerde hin der primäre Hüter allgemeiner, nicht fachbereichsspezifischer Vorgaben, also sowohl allgemein geltender Normen (wie der Grundrechte und der Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes) als auch spezieller Verfahrensvorschriften, die im betreffenden Verwaltungsbereich zum Schutz der betroffenen Privaten eine bestimmte Verfahrensordnung gewährleisten und von der zuständigen Verwaltungsbehörde gegebenenfalls eher als Hemmnis in der Verwirklichung der ihr anvertrauten materiellen Anliegen empfunden werden. Ein Spezialverwaltungsgericht trägt nach Auffassung des Gutachters allerdings auch eine grössere materiellrechtliche Verantwortung als ein allgemeines Verwaltungsgericht. Dieser Aspekt kann jedoch angesichts der Fragestellung des Gutachtens offen gelassen werden. Ebenso ist an dieser Stelle nicht zu untersuchen, inwieweit die Reko in materiellrechtlicher Hinsicht sich tatsächlich Zurückhaltung auferlegt; das Gutachten bezieht sich auf die verfahrensrechtlichen Aspekte der Verfügungen der Weko und deren Beurteilung durch die Reko.

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist die Einstellung der Reko aber grundsätzlich zutreffend. Sie verhindert ein verfassungsrechtlich und gesetzlich nicht vorgesehenes Abgleiten in den Rechtsmittelstaat und dient der Erledigung der Verwaltungsgeschäfte auf der Grundlage administrativer Sachkompetenz und Selbstverantwortung im Rahmen der gesetzlich eingeräumten Ermessens- und Beurteilungsspielräume. Die Kehrseite ist allerdings, wie die Reko zu Recht betont, eine vollständige und transparente Sachverhaltsfeststellung, die Möglichkeit der Parteien, ihren Standpunkt in das Verfahren einzubringen, und eine kontrollierbare Offenlegung von Feststellung und Würdigung des Sachverhalts durch die Erstinstanz und der Gründe, warum sie eine gesetzliche Vorschrift im zur Beurteilung stehenden Anwendungsfall so und nicht anders handhabt. Dazu gehört grundsätzlich auch die Auseinandersetzung mit früheren Entscheiden und mit der Fachliteratur, vor allem wenn diese abweichende Auffassungen vertritt. Fehlen diese Voraussetzungen, wird die Beschwerdeinstanz entweder aus formellen Gründen kassieren oder sie wird, um dem Vorwurf des Formalismus und der Rechtsverzögerung zu entgehen, die Handhabung des Gesetzes in einem unverhältnismässigen Mass selbst übernehmen und damit funktionell in die Nähe einer Art Verwaltungsoberbehörde geraten.

Aufgrund der Analyse der Fälle darf festgestellt werden, dass die Reko nicht unverhältnismässig formal entschieden hat. Sie musste auf ausgewiesener Sachverhaltsfeststellung und nachvollziehbarer Begründung bestehen und hat in Fällen, in denen dies nicht geschehen ist, die Angelegenheit mit Recht an die Weko zurückgegeben.

4.3.4 Bedeutung der Reko

Die Reko ist eine in der Rechtsprechung unabhängige Beschwerdebehörde des Bundes. Sie hat - als besondere Kommission wie heute oder eingegliedert in ein allenfalls zu schaffendes allgemeines eidgenössisches Verwaltungsgericht erster Instanz - ihre Rechtfertigung darin, dass einerseits die Verfügungen der Weko und ihres Sekretariats gerichtlich überprüft werden sollen beziehungsweise gerichtlich überprüft werden müssen (Art. 29a BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 14 Abs. 1 des internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte) und dass andererseits das Bundesgericht, damit es seine Aufgabe als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes erfüllen kann, grundsätzlich nicht mit Fällen betraut werden soll, die es als erste richterliche Instanz erledigen müsste (vgl. Art. 191 und 191a BV). Aufgrund dieser verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben ist die Tätigkeit der Reko - als Spezialverwaltungsgericht oder als Teil eines künftigen eidgenössischen Verwaltungsgerichts erster Instanz - somit unabdingbar. Ein direkter Weiterzug der Verfügungen der Weko an das Bundesgericht wäre mit der in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 gutgeheissenen Konzeption der Organisation der Justiz (Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz) unvereinbar.

5. Zusammenfassung

Das Kartellgesetz von 1995 ist seit dem 1. Juli 1996 in Kraft. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko) hat bis Ende 1999 9 Beschwerden entschieden. Davon wurden 7 geschützt. Die Beschwerden wurden überwiegend wegen Mängeln im Verfahren vor der Wettbewerbskommission (Weko) und ihrem Sekretariat gutgeheissen.

Für die relativ hohe Zahl gutgeheissener Beschwerden gibt es verschiedene Gründe:

- (a) Eine gewisse Rolle spielen Komplikationen in den gesetzlichen Regelungen, namentlich Unklarheiten im Verhältnis der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes und des Verwaltungsverfahrensgesetzes und der Bestimmungen über die Zuständigkeit von Weko und Sekretariat. Die sukzessive Klärung dieser Fragen durch die Verwaltungsrechtspflege ist ein normaler Vorgang.
 - (b) Von mangelnder Professionalität in der verfahrensmässigen Erledigung der Fälle kann signifikant nur in den Bereichen rechtliches Gehör und Akteneinsicht sowie Sachverhaltsfeststellung und Begründung der Verfügungen gesprochen werden. Die beiden Bereiche hängen eng zusammen. Die Schwierigkeiten im Bereich rechtliches Gehör und Akteneinsicht scheinen inzwischen behoben zu sein.
 - (c) Die Reko stellt relativ strenge Anforderungen an die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, namentlich an die Offenlegung der Gründe, welche die Weko bewegen, einen gesetzlichen Beurteilungsspielraum im Anwendungsfall so und nicht anders zu schliessen. Die Reko
-

fordert diese Transparenz aber zu Recht. Sie ist ihrer Funktion nach vor allem auch Hüterin eines korrekten Verfahrens und nachvollziehbarer Verfügungen. Die Fehler im erstinstanzlichen Verfahren waren teilweise so gravierend, dass insgesamt auch nicht von einer übertrieben strengen Praxis der Reko gesprochen werden kann.

Im Gegensatz zum Kartellgesetz von 1985 ist das Kartellgesetz von 1995 auf der Ebene von Weko und Sekretariat ein zwar auslegungsbedürftiger, aber normalem verwaltungsgesetzlichem Vollzug zugänglicher Erlass. In der Beurteilung der Fälle ist damit ein juristisch klar ausgewiesenes Vorgehen mit Feststellung der massgebenden Norm und Untersuchung des rechtlich relevanten Sachverhalts gefordert. Ökonomische Theorien und Vorverständnisse sollen im Rahmen gesetzlicher Beurteilungsspielräume für die Entscheidungsfindung herangezogen werden, dürfen diese aber nicht überschreiten. Diese Vorgaben werfen die Frage nach dem zahlenmässigen Verhältnis und der Rolle der Juristen und Ökonomen im Sekretariat unter den neuen gesetzlichen Bedingungen auf. Zu prüfen wären auch die Wirkungen des Konzeptionswechsels des neuen Kartellgesetzes auf die Weko mit ihren nebenamtlich tätigen Mitgliedern (wie konsequente Hervorhebung der kritischen Punkte eines Falles in den Unterlagen des Sekretariats zuhanden der Weko unter Hinweis auf die bisherige Praxis und auf abweichende Meinungen von Parteien und in der Literatur; allfällige Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Delegation einfacherer Fälle zum selbstständigen Entscheid an das Sekretariat; Anforderungen an die Kenntnisse der Mitglieder der Weko).

Die Reko ist (als Spezialverwaltungsgericht wie heute oder im Rahmen eines zu schaffenden allgemeinen Bundesverwaltungsgerichts erster Instanz) als Beschwerdebehörde unerlässlich, weil einerseits aufgrund verfassungs- und konventionsrechtlicher Vorgaben eine richterliche Beschwerdeinstanz bestehen muss und andererseits das Bundesgericht entsprechend der Konzeption der Justizreform nicht mit Fällen belastet werden soll, in denen es als erste richterliche Behörde entscheiden müsste. Der Ansatz der Reko, speziell über die Einhaltung der Verfahrensvorschriften zu wachen, ist aus funktionellrechtlicher Sicht begründet.

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
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
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken/ Francs suisses/Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
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
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale/Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

LMI	LF sur le marché intérieur	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
LMP	LF sur les marchés publics	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio	RR	Regierungsrat
LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal/ Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral/ Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		

VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
W		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)	ZPO	Zivilprozessordnung
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	X	
		Y	
		Z	

Index**A**

abgestimmtes Verhalten -
Abrede 338 ff., 347, 355, 357 ff., 372 f., 375,
378 ff., 385 ff., 391 f., 394, 449, 537
accordi -
accordo diretto o indiretto sui prezzi -
accords -
aktuelle Konkurrenz 430 f., 433 f., 447
aktuelle Wettbewerber 432
aktuelle und potenzielle Konkurrenten 436,
450
Angebotssubstituierbarkeit -
associations économiques et professionnelles
-
associazioni economiche o le organizzazioni
del ramo -
Aufgreifkriterien -
Auflagen 521
Aussenseiter 322, 329, 347, 361, 368 f., 389,
391
austauschbar 356, 485

B

barrières à l'entrée -
barrières légales -
Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 355,
357, 379
betroffener Markt 449
Branchenorganisationen -

C

clauses de réciprocité -
communication -
concurrence actuelle -
convention tarifaire -

D

d'efficacité économique -
Diskriminierungen 462, 471, 475

E

efficienza economica -
enge Abgrenzung -

erhebliche Wettbewerbsbeschränkung -

F

Festsetzung von Preisen 357, 379
funktionale Substituierbarkeit -
funktionelle Austauschbarkeit -

G

Gemeinschaftsunternehmen 401, 411 ff., 415
ff., 445 f.

I

indirekte Preisabrede -

K

kollektive Marktbeherrschung -
Kollusion -
Konkurrenzverbot -
Kreuzpreiselastizität 513

L

libre accès au marché -

M

marché de référence 398 f.
marché géographique -
marchés publics -
Marktabgrenzung 336, 357, 379, 390, 402,
405, 424, 428 f., 444, 446 f., 456, 485 ff.,
512, 519, 521, 523, 526
Marktanteile 362, 367, 383, 397, 403 f., 406,
409, 413, 430 f., 433 ff., 440, 444 f., 447 ff.,
452, 455 f., 484, 488 g., 512 ff., 519, 536
Marktanteilsaddition 413, 433, 444, 447, 449,
512
Marktanteilsberechnung -
marktbeherrschende Stellung 397, 407, 424,
432 ff., 443, 447, 449 f., 462 ff., 476, 484,
517
Marktbeherrschung 487, 510, 513, 521, 526 f.,
536
Marktgegenseite 356 f., 362, 365, 367, 371,
375, 401, 403, 407 ff., 422, 424, 446, 467,
470, 484 ff.

Marktöffnung -
 Marktschranken -
 Marktstrukturen -
 Marktzutritt 359, 369, 382, 391, 408, 447
 Marktzutrittsschranken 390, 408 f.
 Meldepflicht 401, 412, 421, 446
 mesures provisionnelles -
 Missbrauch einer marktbeherrschenden
 Stellung 466
 missbräuchliches Verhalten 477, 490
 Monopolrente -
 Monopolstellung 484, 488

N

non-discrimination -

Ö

Öffnung der Märkte -
 offreurs -

P

Parallelverhalten 338, 340 f., 344 f., 362, 527
 position dominante 399
 potenzielle Konkurrenz 408 ff., 436, 447, 510
 Preiswettbewerb 342 f., 353, 358, 379 ff., 394
 principe de la proportionnalité -
 Produktdifferenzierung -

R

Räumlich relevanter Markt 429
 räumliche Marktabgrenzung 456
 règlement tarifaire -
 relevanter Markt 446

Sachlich relevanter Markt 426
 Sanierungsfusion -
 Sanktionierung -
 Sanktionsandrohung 463, 466
 Schwellenwerte 446
 staatliche Markt- oder Preisordnung 344, 465
 Statuten 323, 415, 446
 substituierbar 356, 401, 403, 405, 422, 424,
 427, 438, 446, 463, 465
 Substitutionsmöglichkeit -
 Substitutionsprodukt -

suppression d'une concurrence efficace -

T

tarif minimum -
 Tarife -
 tarifs recommandés -

U

unabhängig 322, 345, 350, 378, 387, 402, 407
 ff., 413 f., 417, 428, 433, 435, 459, 465, 467,
 471, 475, 484, 488, 551, 554
 unerheblich 342, 349, 359
 Unternehmen 487 ff.
 unverhältnismässiger Eingriff -

V

valeurs seuils -
 Verhältnismässigkeitsprinzip 549
 Verstärkung einer marktbeherrschenden
 Stellung 517
 Vertikalabreden -
 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
 482, 484, 488

W

Werbebeschränkungen -
 Wettbewerbsabreden 337, 340, 355, 356, 387,
 400, 416
 wirtschaftliche Effizienz -
 Wirtschaftsverbände -
