



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

**2003/2**

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Publikationen  
CH-3003 Bern

[www.bbl.admin.ch/  
bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

Preis Einzelnummer:  
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:  
CHF 80.--  
(Form: 701.000.03/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la con-

currence

CH-3003 Berne  
(Editeur)

Vente:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.bbl.admin.ch/  
bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

Prix au numéro:  
CHF 25.--

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della con-

correnza

CH-3003 Berna  
(Editore)

Vendita:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.bbl.admin.ch/  
bundespublikationen](http://www.bbl.admin.ch/bundespublikationen)

Prezzo per esemplare:  
CHF 25.--

Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 80.--

---

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
-----------------------------------	-----

Droit et politique de la concurrence	DPC
--------------------------------------	-----

Diritto e politica della concorrenza	DPC
--------------------------------------	-----

2003/2

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

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

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

Juli / juillet / luglio 2003

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen
5	Andere Entscheide	
6	Empfehlungen	
7	Stellungnahmen	
8	BGBM	
9	Diverses	
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	
B 4	Bundesgericht	
B 5	Bundesrat	
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	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	LMI	
9	Divers	
B 3	Commission de recours pour les questions de concurrence	
B 4	Tribunal fédéral	
B 5	Conseil fédéral	
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni
5	Altre decisioni	
6	Raccomandazioni	
7	Preavvisi	
8	LMI	
9	Diversi	
B 3	Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****2003/2**

**B    Verwaltungsrechtliche Praxis**  
**Pratique administrative**  
**Prassi amministrativa**

**B 1   Sekretariat der Wettbewerbskommission**

Secrétariat de la Commission de la concurrence  
 Segretaria della Commissione della concorrenza

**1.   Vorabklärungen**

**Enquêtes préalables**

**Inchieste preliminari**

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Vetrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson&Johnson                    | 240 |
| 2. | Kooperationsvorhaben UBS AG/Postfinance - Die Schweizerische Post | 255 |

**B 2   Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence  
 Commissione della concorrenza

**2.   Untersuchungen**

**Enquêtes**

**Inchieste**

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Tarifcation des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés | 265 |
| 2. | Fahrschule Graubünden   | 271 |

**3.   Unternehmenszusammenschlüsse**

**Concentrations d'entreprises**

**Concentrazioni di imprese**

- |    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | Accenture AG/Systor AG  | 297 |
| 2. | RAG/Degussa   | 303 |
| 3. | Pfizer Inc./Pharmacia Corp.   | 314 |
| 4. | Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers (GAUM) | 367 |
| 5. | Crédit Agricole/Crédit Lyonnais   | 376 |
| 6. | DSM/Roche Vitamine und Feinchemikalien                                  | 380 |

**5.   Andere Entscheid**

**Autres décisions**

**Altre decisioni**

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt - Swisscom | 387 |
|----|--|-----|

**B 3   Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**

Commission de recours pour les questions de concurrence  
 Commissione di ricorso in materia di concorrenza

- |    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | Swisscom Mobile AG                         | 402 |
| 2. | Cablecom GmbH                              | 406 |
| 3. | Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. | 443 |

---

B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Cablecom GmbH	446
C	<b>Zivilrechtliche Praxis</b> <b>Pratique des tribunaux civils</b> <b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Handelsgericht des Kantons Aargau: Allgemeines Bestattungsinstitut	451
D	<b>Entwicklungen</b> <b>Développements</b> <b>Sviluppi</b>	
D 2	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia	482
E	<b>Diverses</b> <b>Divers</b> <b>Diversi</b>	
E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri	
1.	Gutachten der Weko in Sachen Allgemeines Bestattungsinstitut Hans Baumann AG gegen den Kanton Aargau	484
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	499
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	502

---

## **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	<b>1.   Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>
B 1.1	<b>1.   Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial</b> <b>Johnson&amp;Johnson</b>

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 17. Februar 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson&Johnson wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG und angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG*

#### **A.   Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 25. Juli 2001 wendete sich die X GmbH - ein Vertreiber von Veterinärprodukten - an das Sekretariat der Wettbewerbskommission. In diesem Schreiben beschwerte sich die X GmbH, sie sei nicht in der Lage, den Nachfragen ihrer Kunden (ausschliesslich Veterinäre) nach chirurgischem Nahtmaterial in hinreichendem Masse zu entsprechen, da Johnson & Johnson AG (nachfolgend "J&J") als Produzent beziehungsweise Importeur dieses Nahtmaterials eine Belieferung der X GmbH verweigere. Es sei der X GmbH zwar möglich, bei anderen Herstellern/Importeuren chirurgisches Nahtmaterial zu beziehen und in der Folge an ihre Kunden weiterzuverkaufen, aber die Produkte dieser Hersteller hätten bei weitem nicht den Stellenwert, welcher den Produkten von J&J (ETHICON-Fäden) zukomme. Gemäss Angaben der X GmbH begründete J&J die Liefersperre mit dem Umstand, dass sie mit der Provet AG (nachfolgend Provet) einen Exklusivvertrag zum Vertrieb ihrer chirurgischen Nahtmaterialien im Veterinärsektor geschlossen habe, der es ihr verwehrt, andere Vertreiber mit ihren Produkten zu beliefern.

2. Nach einer Phase der Marktbeobachtung, welche die Existenz eines Exklusivvertrags zwischen J&J und Provet bestätigte und auf einen

grossen Marktanteil von J&J schliessen liess, eröffnete das Sekretariat am 22. Oktober 2001 eine Vorabklärung.

3. Im Rahmen der Vorabklärung wurden J&J und zwei andere Hersteller/Importeure von chirurgischem Nahtmaterial - die Hauptkonkurrenten von J&J - befragt. Des Weiteren wurden die X GmbH sowie Provet befragt. Schliesslich wurden auch bei 22 Tierärzten sowie den Tierspitälern der Universitäten Bern und Zürich Auskünfte eingeholt.

4. Ziel der Vorabklärung war vor allem die Beantwortung folgender Fragen:

?? Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass J&J im Markt des Imports beziehungsweise der Herstellung von chirurgischem Nahtmaterial über eine marktbeherrschende Stellung verfügt?

1. Falls erstere Frage positiv beantwortet werden kann: Stellt es einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG dar, wenn J&J mit einem Vertreiber ihrer Produkte einen Exklusivvertrag abschliesst und in der Folge anderen Vertreibern mit einer Liefersperre begegnet?

2. Gibt es Anhaltspunkte dafür, dass zwischen den drei wichtigsten Nahtmaterialherstellern eine horizontale Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG besteht?

3. Wie ist die exklusive Vertragsbeziehung zwischen J&J und Provet unter dem Gesichtspunkt der vertikalen Vereinbarungen zu beurteilen?

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

5. 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. 2 KG).

#### **B.1.1 Unternehmen**

6. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Alle Beteiligten Unternehmen, so auch J&J, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### **B.1.2 Ausübung von Marktmacht**

7. Marktmacht übt aus, wer über massgeblichen Markteinfluss verfügt. Ein Unternehmen beeinflusst einen Markt massgeblich, wenn es ihn mehr als normal beeinflusst, wobei nicht notwendig ist, dass es ihn im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG beherrscht<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215

8. Marktbeherrschung ist eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht. Soweit nachstehend eine marktbeherrschende Stellung bejaht wird, ist auch die Ausübung von Marktmacht gegeben. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint wird, fällt die Prüfung der Marktmacht weg, da in diesem Fall kein kartellrechtlich relevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt (vgl. unten, Ziffer B.3.1.).

### **B.1.3. Wettbewerbsabreden**

9. Weiter bildet Gegenstand dieser Vorabklärung, ob zwischen den Nahtmaterialherstellern und/oder zwischen den Herstellern und den verschiedenen Vertreibern unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen worden sind. Die Prüfung dieser Fragen fällt in den Geltungsbereich des KG (Art. 2 Abs. 1 KG). Das Vorliegen von Abreden und deren Zulässigkeit wird unter Ziffer B.4. erörtert.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

11. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

## **B.3 Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens**

### **B.3.1 Marktbeherrschende Stellung**

12. 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).

13. Um festzustellen, ob sich J&J tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

#### **I. Relevanter Markt**

14. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Sie ergeben zusammen den relevanten Markt.

##### **a. Sachlich relevanter Markt**

15. 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

---

16. Als Marktgegenseite der Hersteller/Importeure von Nahtmaterialien sind im vorliegenden Fall die Vertreiber von Nahtmaterialien anzusehen. Deren Nachfrage hängt jedoch weitgehend von derjenigen der Ärzte, Spitäler, Veterinäre und Veterinärkliniken als Endverbraucher ab. Die Substituierbarkeit ist daher auch aus der Sicht der Endabnehmer zu beurteilen.

17. Die Nahtmaterialien lassen sich grundsätzlich in künstlich hergestellte (synthetische) und natürliche Produkte unterscheiden. Es existiert eine grosse Anzahl von synthetischen Materialien (verschiedene Kunststoffe, Nylon etc.). Die natürlichen Nahtmaterialien werden vorwiegend aus Rinderdärmen hergestellt und nur im Veterinärbereich eingesetzt. Aufgrund der BSE-Problematik sind die natürlichen gegenüber den synthetischen Materialien zurückgedrängt und durch letztere weitgehend ersetzt worden. Weiter lassen sich die Nahtmaterialien in resorbierbare (selbstaflösende) und nicht resorbierbare (nicht auflösende) Fäden unterteilen. Die Nahtmaterialprodukte werden in verschiedenen Längen und in unterschiedlicher Dicke angeboten. In Kombination mit einer Vielzahl von verschiedenen Nadeltypen (nach Grösse, Dicke, Durchmesser etc.) ergibt sich ein sehr umfangreiches Produktesortiment. Die geläufige Verkaufsform besteht aus Dutzenpackungen. Die drei wichtigsten Anbieter von Nahtmaterial in der Schweiz - J&J, Tyco und Braun - haben je eine umfassende Produktpalette, welche alle Bedürfnisse sowohl im Human- als auch Veterinärbereich abdeckt. Qualitativ bewegen sich die Nahtmaterialien der verschiedenen Hersteller nach eigenen Angaben auf vergleichbarem Niveau.

18. Die Umfragen des Sekretariates bei den Nahtmaterialherstellern, den Vertreibern und den Abnehmern haben ergeben, dass in der Praxis grundsätzlich nicht zwischen Nahtmaterial für humane Zwecke und Nahtmaterial für Veterinärgebrauch unterschieden wird. Der Einsatz eines bestimmten Faden- beziehungsweise Nadeltyps hängt sowohl im Human- wie auch im Veterinärbereich vom chirurgischen Eingriff ab. In diesem Sinn wird etwa für den Zusammenhalt von Haut, Organen, oder Knochen je unterschiedliches Nahtmaterial verwendet. Mit Ausnahme von Catgut, das aufgrund der BSE-Problematik praktisch nicht mehr gebraucht wird, werden alle Produkte, die im Veterinärbereich eingesetzt werden, auch für humane Zwecke verwendet und umgekehrt. Für den Veterinärbereich besteht einzig die Besonderheit, dass je nach Verwendungszweck (z.B. Grosstiere) unter Umständen ein eher dickerer (festerer) Faden beziehungsweise eine dickere (festere) Nadel zum Einsatz kommt. Dagegen werden speziell feine Faden/Nadelkombinationen, die im Bereich der plastischen Chirurgie in der Humanmedizin verwendet werden, im Veterinärbereich nicht gebraucht. Ansonsten stimmen die Produkte aber zum grössten Teil überein, sind also identisch.

---

19. Aus der Sicht der Anbieter wird ohnehin keine Differenzierung zwischen den beiden Bereichen Human und Veterinär vorgenommen (gleicher Katalog, gleiche Artikelcodes, gleicher Preis etc.). Nur ein Anbieter, Braun, unterscheidet zu Marketingzwecken zwischen Human- und Veterinärnahtmaterial, indem die für den Veterinärgebrauch wichtigsten Produkte(gruppen) ausgeschieden und in einem separaten Prospekt präsentiert werden. Dabei handelt es sich aber lediglich um eine für den Veterinärbedarf getroffene Auswahl beziehungsweise Zusammenstellung von gebräuchlichem Nahtmaterial, das auch in der Humanmedizin verwendet wird.

20. Da das Nahtmaterial für den Veterinärgebrauch abgesehen von wenigen, vernachlässigbaren Ausnahmen mit demjenigen im Humanbereich übereinstimmt, ist davon auszugehen, dass die Nahtmaterialien untereinander weitgehend austauschbar sind. Im Folgenden ist daher von einem einheitlichen Markt für das gesamte Nahtmaterial auszugehen.

21. Eine weitere Differenzierung der Nahtmaterialien je nach Einsatzzweck (z.B. Grosstiere/Kleintiere, Haut/Sehnen/Knochen) drängt sich im vorliegenden Fall nicht auf, da alle Anbieter ein umfassendes Produktangebot aufweisen. Zudem ist davon auszugehen, dass alle Anbieter in der Lage sind, ihr Angebot relativ rasch den sich ändernden Bedürfnissen der Abnehmer anzupassen, da die Produktionsanlagen auf ein sehr breites Sortiment ausgelegt sind. Die Flexibilität in der Umstellung des Angebots dürfte daher gross sein.

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

22. 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).

23. Im vorliegenden Fall kann der räumlich relevante Markt auf die Schweiz abgegrenzt werden, da das Nahtmaterial von der Marktgegenseite, das heisst den Vertreibern beziehungsweise den Veterinären auf dem gesamten Gebiet der Schweiz nachgefragt wird.

24. Direktimporte aus dem grenznahen Ausland sind zwar prinzipiell möglich und finden auch statt, sind aber derart gering, dass sich eine weitere räumliche Marktabgrenzung nicht rechtfertigt (vgl. hinten Ziff. B.3.2.II.a.)<sup>2</sup>.

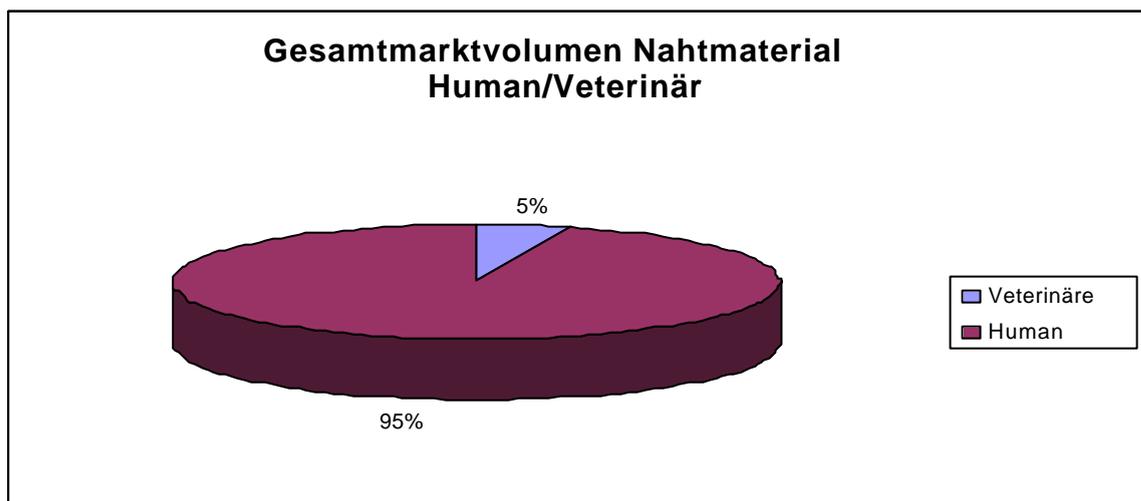
<sup>2</sup> Vgl. RPW 2001/1, S. 95 ff., Rz. 32 ff.

## II. Marktstellung

25. Nach der Abgrenzung des relevanten Marktes ist die Marktstellung von J&J in diesem Markt zu prüfen. Dabei muss berücksichtigt werden, welche Unternehmen in diesem Markt tätig sind (aktuelle Konkurrenz) und ob Marktzutritte bei Fehlverhalten der Wettbewerber wahrscheinlich sind (potenzielle Konkurrenz).

### a. Aktueller Wettbewerb

26. Nach den Erhebungen des Sekretariates beläuft sich das gesamte Marktvolumen für den Verkauf von Nahtmaterial in der Schweiz schätzungsweise auf CHF [...] Mio. pro Jahr. Von diesem Gesamtbetrag entfällt aber nur ein sehr geringer Teil auf den Veterinärbereich: Der über die Vertreiber (oder Eigenvertrieb) erzielte Absatz an Veterinäre und Veterinärkliniken beläuft sich auf zirka CHF [...] Mio., entsprechend zirka 5%-6% am Gesamtmarktvolumen mit Nahtmaterial. Der überaus grösste Teil des Umsatzes, zirka 95%, wird im Humanbereich erzielt (vgl. unten stehende Grafik).



27. Das gesamte Marktvolumen verteilt sich im Wesentlichen auf wenige Anbieter. Die Marktanteile im Gesamtmarkt für den Verkauf von Nahtmaterial in der Schweiz der drei Hauptanbieter bewegen sich in den unten stehenden Bandbreiten (vgl. Tabelle).

J&J	Tyco	Braun
50%-70%	20%-30%	5%-15%

28. Obwohl der sachlich relevante Markt alle Nahtmaterialien (im Human- und Veterinärbereich) umfasst, ist bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse nachfolgend insbesondere auf den Abnehmerkreis der Veterinäre und Veterinärkliniken einzugehen, da die X GmbH nur in diesem Bereich tätig ist.

29. Nach der herrschenden Lehre ist bei Marktanteilen bis 30% im Allgemeinen keine marktbeherrschende Stellung anzunehmen; 75% und mehr Marktanteil sprechen dagegen grundsätzlich für eine Marktbeherrschung<sup>3</sup>. Im Fall Intensiv (RPW 2001/1, S. 95 ff.) hat das Sekretariat eine marktbeherrschende Stellung bei einem Marktanteil von 60% angenommen. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist stets im Einzelfall zu prüfen, unter Berücksichtigung der Markt- und Unternehmensstruktur sowie des konkreten Verhaltens im Markt<sup>4</sup>.

30. Die oben stehende Tabelle zeigt, dass sich der Markt für Nahtmaterial auf drei Hersteller verteilt. J&J erreicht einen Marktanteil von 50%-70%, Tyco einen von 20%-30%, Braun einen von 5%-15%. Damit nimmt J&J eine relativ starke Marktposition ein. Allerdings dürfte insbesondere Tyco mit seinem nicht unbeachtlichen Marktanteil einen Gegenpol bilden und eine gewisse disziplinierende Wirkung auf J&J ausüben.

31. Die Gesamtnachfrage der Veterinäre und Veterinärkliniken nach Nahtmaterial ist in den letzten Jahren konstant gewesen. Innerhalb dieser stabilen Nachfrage finden aber kleinere Marktanteilsverschiebungen statt, das heisst, es sind gewisse Wechsel von einem Anbieter zu einem anderen auszumachen. Durch das Zurückdrängen des Produktes Catgut von Braun infolge der BSE-Krise sind kleine Marktanteilszuwächse bei Tyco und J&J zu verzeichnen. Zudem hat das Tierspital Zürich als verhältnismässig grosser Abnehmer in jüngster Zeit von J&J-Produkten vermehrt auf Tyco-Produkte gewechselt. Dies stellt ein Indiz dafür dar, dass sich J&J nicht unabhängig von den anderen Herstellern verhalten kann.

32. Nach den Umfragen des Sekretariates gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich J&J - für die qualitativ vergleichbaren Produkte - preislich von den Konkurrenten hätte absetzen können, indem signifikant höhere Verkaufspreise erzielt worden wären.

33. Für den einzelnen Veterinär als Endabnehmer scheint der Preis für das Nahtmaterial von untergeordneter Bedeutung zu sein, da die benötigten Mengen generell klein sind und der Rechnungsbetrag für das

<sup>3</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 351 ff., mit Hinweisen

<sup>4</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 347

Nahtmaterial in der Gesamtrechnung des Kunden einen kleinen Posten darstellt. Die Preiselastizität der Endnachfrager (Veterinäre) ist daher als eher gering einzustufen. Damit dürfte zwar ein gewisser Handlungsspielraum für Preiserhöhungen bestehen, jedoch nicht nur für J&J, sondern auch für die beiden anderen Anbieter, weshalb sich J&J dadurch von seinen Konkurrenten nicht unabhängiger verhalten kann. Weiter kann aus der relativ geringen Preiselastizität gefolgert werden, dass die Veterinäre wegen kleinerer Preisunterschiede kaum den Anbieter wechseln.

34. Was die Veterinärkliniken Bern und Zürich als vergleichsweise grosse Endabnehmer betrifft, ist festzustellen, dass beide Spitäler die Produkte aller Anbieter in mehr oder weniger grossen Mengen beziehen. Angesichts der grösseren Mengen reagieren die Tierspitäler eher auf Preisänderungen. Dies zeigt sich im vorliegenden Fall insbesondere daran, dass, wie bereits erwähnt, das Tierspital Zürich in neuester Zeit vermehrt von den J&J-Produkten auf diejenigen von Tyco umgestiegen ist. Auch dies stellt ein Indiz dafür dar, dass sich J&J kaum unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten kann.

35. Auch wenn eine Mehrheit der Endkunden (Veterinäre) J&J-Nahtmaterial benutzt, handelt es sich dabei für einen Vertreiber nicht um ein unverzichtbares Produkt ("must-in-stock"-Produkt). Da die Nahtmaterialsortimente aller drei Anbieter umfassend und qualitativ in etwa ebenbürtig und damit weitgehend austauschbar sind, kann dem Kunden grundsätzlich ein gleichwertiges Produkt eines anderen Herstellers angeboten werden. Es bestehen demnach Ausweichmöglichkeiten für die Vertreiber.

36. Nach den Umfragen des Sekretariates bei den Veterinären wird im Allgemeinen aus Gewohnheit und Zufriedenheit bei einem bestimmten *Vertreiber* eingekauft. Demnach scheinen die Dienstleistungen (Garantie, Rücknahme, Service etc.) der Vertreiber im Vordergrund zu stehen. Von grosser Wichtigkeit ist auch, wie umfassend das Angebot des Vertreibers an anderen Veterinärprodukten ist (one-stop-shop-Prinzip). Von welchem Hersteller das Produkt stammt, scheint weniger von Bedeutung zu sein. Einzig das Tierspital in Bern bevorzugt für die Nutztiere und Pferde die Produkte von J&J, die es als qualitativ hoch stehender betrachtet. Dabei wird aber auch betont, dass Provet als Vertreiber der J&J Produkte über ein vollständiges Sortiment an sämtlichen für den Veterinärbereich bestimmten Produkte verfüge, weshalb Provet beim Einkauf bevorzugt werde. Dagegen hat die Tierklinik Zürich für den Grosstierbereich zunehmend vom J&J-Nahtmaterial auf dasjenige von Tyco umgestellt. Dies spricht dafür, dass die J&J-Nahtmaterialien bei den Nachfragern nicht grundsätzlich im Vorteil gegenüber den Produkten der anderen Hersteller sind. Die X GmbH ist daher nicht unbedingt darauf angewiesen, die Nahtmaterialien von J&J in ihrem Angebot zu haben. Nach den Umfrageresultaten

---

ist auch nicht darauf zu schliessen, dass die J&J-Nahtmaterialien notwendigerweise im Sortiment geführt werden müssten, um andere Veterinär-Produkte (von J&J oder anderen Herstellern) besser verkaufen zu können.

37. Schliesslich ist auf die Existenz von Alternativprodukten zu den herkömmlichen Nahtmaterialien hinzuweisen. Zu erwähnen sind Klammern (insb. vom Hersteller 3M) und Klebstoffe. Diese Produkte beanspruchen aber nur einen verschwindend kleinen Marktanteil, da sie für den Einsatz im Veterinärbereich nur sehr bedingt geeignet und verhältnismässig teuer sind. Nach einhelliger Meinung der Hersteller (die teilweise solche Produkte in ihrem Programm haben) und Vertreiber sind diesen Alternativprodukten nur sehr geringe Zukunftschancen einzuräumen. Diese Ansicht wird von den befragten Veterinären geteilt, welche von diesen Produkten kaum Gebrauch machen. Neue Methoden für den Haut-/Wundverschluss im Humanbereich, wie die Elektroverätzung, finden, da viel zu aufwändig und teuer, im Veterinärbereich ohnehin keine Anwendung.

#### **b. Potenzielle Konkurrenz**

38. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle auch auf die potenzielle Konkurrenz eingegangen. Die Angaben zur potenziellen Konkurrenz dienen der Beantwortung der Frage, ob kurzfristig ohne grossen Aufwand Alternativangebote zu denjenigen des angeblich marktbeherrschenden Unternehmens angeboten werden können<sup>5</sup>. Es ist somit zu prüfen, ob die Zutrittswahrscheinlichkeit von neuen Konkurrenten innerhalb einer Frist von zwei bis drei Jahren gross ist, womit der Handlungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens eingeschränkt würde.

39. Es ist eher unwahrscheinlich, dass weitere Unternehmen in den Markt für die Herstellung von (herkömmlichen) Nahtmaterialien eintreten werden, da der Aufwand für die Organisation und Produktion eines Nahtmaterialsorimentes, das Hunderte von Artikeln umfasst, sehr hoch ist. Der Markt ist nach Angaben der Produzenten zudem gesättigt. Er ist stagnierend bis rückläufig. Der sehr kleine Abnehmerkreis von Veterinären stellt ohnehin kaum einen Anreiz dar, in die Herstellung von Nahtmaterial, bestimmt für den Veterinärgebrauch, einzusteigen, obwohl dies aufgrund des im Vergleich zum Nahtmaterial zu humanen Zwecken tiefen Preis- und Qualitätsniveaus eher möglich wäre.

<sup>5</sup> ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 344

### c. Schlussfolgerung

40. Trotz des relativ hohen Marktanteils von J&J ist aufgrund der aktuellen Konkurrenz eine marktbeherrschende Stellung von J&J im Bereich des Handels mit Nahtmaterial auszuschliessen.

#### B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

41. Insoweit J&J keine marktbeherrschende Stellung einnimmt, erübrigt sich die Prüfung eines eventuell missbräuchlichen Verhaltens seitens J&J. Der Vollständigkeit halber wird nachstehend dennoch gezeigt, dass sich J&J selbst im Falle einer Marktbeherrschung nicht unzulässig verhalten würde.

#### I. Benachteiligung der Marktgegenseite

42. Ein benachteiligendes Verhalten liegt nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG namentlich dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Geschäftsbeziehungen verweigert (z.B. durch eine Liefer- oder Bezugssperre).

43. Vorab ist festzuhalten, dass die drei Hersteller J&J, Braun und Tyco ihr Nahtmaterial zum grössten Teil über Zwischenhändler verkaufen<sup>6</sup>. Die J&J-Produkte werden nur durch Provet vertrieben (Alleinvertriebs- bzw. Alleinbezugsvertrag)<sup>7</sup>. Der Vertrieb der Produkte von Braun und Tyco erfolgt zur Hauptsache durch je zwei Vertreiber.

44. Durch den Exklusivvertrag zwischen J&J und Provet ist die X GmbH (und andere potenzielle Vertreiber) von der Belieferung mit J&J-Nahtmaterial für den Weiterverkauf an Veterinäre ausgenommen. Damit ist das Tatbestandselement der Benachteiligung erfüllt.

#### II. Missbrauch/Legitimate Business Reasons

45. Die Lieferverweigerung stellt jedoch nur dann ein missbräuchliches Verhalten dar, wenn sich diese Ungleichbehandlung der Vertreiber nicht sachlich rechtfertigen lässt. Es ist somit zu prüfen, ob es solche sachliche Gründe, so genannte legitimate business reasons, als Rechtfertigung für die Existenz des Exklusivvertrages zwischen J&J und Provet gibt. Als sachliche Gründe fallen insbesondere kaufmännische Grundsätze (z.B. zur Kosteneinsparung) in Betracht (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23.11.1994, Sonderdruck, S. 102).

46. Nachfolgend ist demnach zu prüfen, ob es Gründe gibt, die einen Exklusivvertrag zwischen J&J und Provet rechtfertigen.

<sup>6</sup> Daneben vertreiben die Hersteller kleine Mengen aber auch selbst (J&J gemeinsam mit Provet an Spitäler).

<sup>7</sup> Ausser der X GmbH, die Nahtmaterial lediglich an Tierärzte und Kleintierkliniken liefert, verkaufen alle Vertreiber sowohl an Tierärzte als auch an die Tierspitäler Zürich und Bern.

**a.) J&J-Produkte können aus dem Ausland bezogen werden**

47. Gemäss eigenen Angaben bezieht die X GmbH J&J-Nahtmaterial in geringem Umfang sowohl von einem ausländischen Vertreter (Zwischenhändler) als auch von einem schweizerischen Vertreter aus dem Humanbereich. Über eine J&J-Niederlassung aus dem Ausland sei ein Bezug aber nicht möglich. Dieser werde mit dem Verweis an die schweizerische J&J-Niederlassung verweigert. J&J begründet dies damit, dass in Frankreich und Deutschland für den Vertrieb eigene (vertikal integrierte) Tochtergesellschaften zuständig seien. Dennoch bestünden grundsätzlich keine Exportbeschränkungen, was dadurch belegt werde, dass Parallelimporte beispielsweise aus Italien, wenn auch in geringem Ausmass, erfolgten. Am Gesamtumsatz mit Nahtmaterial zu Veterinärzwecken macht der Anteil der J&J-Produkte bei der X GmbH lediglich 10% aus. Von diesen 10% werden 90% vom schweizerischen Zwischenhändler bezogen. Beide Bezugsquellen sind aber offenbar nicht lohnenswert, da entweder die Zollkosten oder der höhere Preis des Zwischenhändlers gegenüber dem Herstellerabgabepreis keinen Gewinn mehr zulassen. Die X GmbH verkauft diesen kleinen Anteil an J&J-Nahtmaterial als Entgegenkommen an die Kunden trotzdem, auch wenn dies unrentabel ist.

48. Die anderen beiden Anbieter haben bestätigt, dass für ihre Nahtmaterialien Parallelimporte grundsätzlich möglich, ihnen aber keine solchen bekannt seien.

49. Da der Bezug über einen Zwischenhändler nicht rentabel und derjenige über eine ausländische J&J-Niederlassung nicht möglich ist, stellt die Tatsache, dass die X GmbH die Produkte unter schwierigen Bedingungen dennoch beschaffen kann, grundsätzlich keinen Rechtfertigungsgrund für einen Exklusivvertrag dar.

**b.) Kundenbetreuung durch einen Aussendienst**

50. J&J rechtfertigt den Exklusivvertrag dadurch, dass einerseits J&J selbst im Veterinärbereich über keinen Aussendienst verfüge, andererseits Provet einen Aussendienst habe, der einen optimalen Kundenservice garantiere. Die Kundenbetreuung sei nötig, weil die Produkte erklärungsbedürftig seien. Die damit verbundene Schulung der Aussendienstmitarbeiter von Provet durch J&J sei kostenintensiv. Weiter sei Provet ein spezialisiertes Unternehmen im Vertrieb von Veterinärprodukten mit einem hervorragenden Ruf.

51. Nach den Umfrageergebnissen erfordert die Handhabung der Nahtmaterialprodukte jedoch keine intensive Beratung beim Kauf, sind also nicht beziehungsweise kaum erklärungsbedürftig, da der Umgang mit ihnen während der Ausbildung erlernt wird. Die Anwendung des Nahtmaterials ist daher bekannt und verlangt keine spezielle Betreuung der Veterinäre durch einen Aussendienst. So gesehen ist das Argument der Notwendigkeit eines Aussendienstes nicht stichhal-

---

tig, zumal die X GmbH ebenfalls ein im Veterinärbereich spezialisiertes Unternehmen ist und über einen Aussendienst verfügt, der nach eigenen Angaben den nötigen Kundenservice erbringen könnte.

52. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass der Aussendienst auch Marketingzwecken dienen kann, das heisst, dass durch den Kundenservice der Absatz von bestimmten Produkten ermöglicht beziehungsweise gefördert wird. Selbst wenn ein Aussendienst für den Vertrieb von Nahtmaterialien zu Veterinärgebrauch objektiv betrachtet nicht unbedingt notwendig ist, weil Einsatz und Gebrauch des Nahtmaterials für die Anwender weitgehend klar ist, kann ein Aussendienst durch Werbeaktivitäten, öffentliche Auftritte, Kundenbesuche und so weiter zu einer Verbesserung des Vertriebs und damit des Absatzes beitragen.

53. Kommt hinzu, dass Provet als Alleinvertreiber rund [...] % der insgesamt anfallenden Marketingkosten für den Vertrieb der J&J-Produkte übernimmt. Diese Kosten muss Provet durch Mehrumsatz kompensieren können, was nicht gelingen kann, wenn auch alle anderen Vertreiber beliefert werden, diese aber keine Marketingkosten tragen, obwohl sie von den Marketinganstrengungen von Provet profitieren können (Trittbrettfahrerproblem).

54. Es erscheint nachvollziehbar, dass J&J für den kleinen Bereich des Absatzes von Nahtmaterial an Veterinäre nicht mit mehreren Vertreibern eine separate Vertriebsstruktur aufbauen will, selbst wenn alle Anbieter einen bestimmten Teil der Marketingkosten übernehmen würden, da für J&J insgesamt höhere Kosten für die Ausbildung, Schulung, Erstellung von Verkaufsunterlagen, Werbung, Logistik und so weiter anfallen würden. In der hier zu beurteilenden Konstellation ist ein Exklusivvertrag somit als gerechtfertigt anzusehen.

### **c.) Marktgegebenheiten**

55. J&J bringt vor, dass ein Exklusivvertrag nötig sei, weil nur dadurch sichergestellt werden könne, dass auf dem sehr kleinen Schweizer Markt für Nahtmaterial im Veterinärbereich ein Umsatz erreicht werde, der den Verkauf einigermaßen rentabel mache. Der Eigenvertrieb durch J&J lohne sich nicht, da der Umsatz aus dem Verkauf von Nahtmaterial an Veterinäre und Veterinärkliniken viel zu klein sei. Provet als Abnehmer von einigermaßen grossen Mengen und Vertreiber auch von anderen Veterinär-Produkten gewährleiste einen optimalen Zugang zu den Veterinären und einen entsprechenden Service.

56. Hiezu ist festzuhalten, dass auch die anderen Hersteller, wenn auch keine Exklusivverträge, so doch einen Hauptvertreiber haben, der den grössten Teil der Produkte vertreibt (80% der Braun-Produkte werden durch Veterinaria, 10% durch die X GmbH vertrieben, 10% erfolgt im Eigenvertrieb; 70% der Tyco-Produkte werden durch Virbac, 30% durch Servet vertrieben). Dies deutet darauf hin, dass es sich tat-

---

sächlich kaum lohnt, ein grosses Vertriebssystem aufzubauen, da der über die Veterinäre zu erzielende Umsatz zu klein ist.

57. Auch wenn Tyco das Exklusivvertriebssystem unter Kostengesichtspunkten als das Effizienteste ansieht, wird das Vertriebssystem mit mehreren Vertreibern bevorzugt, weil man sich dadurch eine bessere Marktrückmeldung sowie eine grössere Unabhängigkeit gegenüber den Vertreibern verspricht.

58. Es ist daher davon auszugehen, dass ein effizienter Vertrieb des Nahtmaterials an die Veterinäre und Veterinärkliniken nur über ein minimales Vertriebsnetz gewährleistet ist, da nur in diesem Fall die Transaktionskosten (Kosten für Vertragsverhandlungen, -schliessung, -umsetzung und -überwachung) niedrig gehalten werden können. Auch unter diesem Aspekt kann die Exklusivvereinbarung von J&J mit Provet als gerechtfertigt angesehen werden.

#### **IV. Schlussfolgerung**

59. Aus den vorgenannten Gründen ist die Exklusivvereinbarung als gerechtfertigt und damit als nicht missbräuchlich im Sinne von Artikel 7 KG anzusehen.

#### **B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

60. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

##### **B.4.1 Wettbewerbsabrede**

61. 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).

62. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

63. Vorerst ist anzumerken, dass nicht von einer horizontalen Abrede zwischen den drei Nahtmaterial-Herstellern ausgegangen werden kann. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Hersteller in Bezug auf die Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern oder sonst wie untereinander abgesprochen hätten. Die Tatsache, dass Tyco und Braun ebenfalls einen Hauptabnehmer/Vertreiber (Virbac, Veterinaria) haben, über den der grösste Absatz an Veterinäre abgewickelt wird,

---

stellt kein Indiz für eine solche Abrede dar, da, wie das Beispiel der X GmbH zeigt, diese beiden Hersteller auch andere Vertreiber beliefern. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass der Vertrieb von Nahtmaterial an Veterinäre durch mehrere gleichartige, nebeneinanderstehende Vertriebsnetze im Sinne von Ziffer 4 Absatz 2 der Bekanntmachung der Weko über die Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 (RPW 2002/2, S. 404 ff., nachfolgend Bekanntmachung) beschränkt ist.

64. Nach der Definition in Ziffer 1 der Bekanntmachung gelten als vertikale Wettbewerbsabreden erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von zwei oder mehr Unternehmen verschiedener Marktstufen, welche Geschäftsbedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen.

65. Der Exklusivvertrag zwischen J&J und Provet ist als solche vertikale Vereinbarung anzusehen, da es sich um Unternehmen verschiedener Marktstufen handelt (J&J als Hersteller, Provet als Vertreiber) und die Geschäftsbedingungen (ausschliessliche Liefer- bzw. Bezugspflicht) betroffen sind. Dagegen liegt kein selektives Vertriebssystem vor. Zwar kann die Lieferung an nur einen Vertreiber (Händler) als engste Form eines selektiven Vertriebssystems angesehen werden (erste Voraussetzung nach Ziffer 2 der Bekanntmachung), doch wird dem einzigen Vertreiber im vorliegenden Fall nicht verboten, das Nahtmaterial an andere (von der direkten Belieferung durch J&J ausgeschlossene) Vertreiber weiterzuverkaufen (zweite, kumulative Voraussetzung nach Ziffer 2 der Bekanntmachung).

#### **B.4.2. Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede**

66. Vorerst ist zu klären, ob die vertikale Vereinbarung zwischen J&J und Provet überhaupt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat. Wie oben bei der Prüfung nach Artikel 7 KG (insb. Ziffer B.3.II.) ausgeführt, ist anzunehmen, dass der Wettbewerb unter den drei Herstellern spielt (Interbrand-Wettbewerb). Dagegen ist der Wettbewerb unter den Vertreibern (Intrabrand-Wettbewerb) durch den Exklusivvertrag zwischen J&J und Provet beschränkt.

67. In Anwendung der Bekanntmachung ist zu prüfen, ob durch die vertikale Vereinbarung zwischen J&J und Provet eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Ziffer 3 der Bekanntmachung vorliegt. Die Tatbestände nach Buchstabe c bis f fallen hier zum Vorneherein ausser Betracht. Da J&J die Preise für den Weiterverkauf durch Provet weder direkt noch indirekt festlegt, ist auch Buchstabe a nicht einschlägig. Schliesslich ist Buchstabe b zu prüfen. In der Exklusivvereinbarung zwischen J&J und Provet wird das Absatzgebiet definiert und auf das gesamte Gebiet der Schweiz festgelegt (innerhalb der Schweiz ist das Absatzgebiet nicht begrenzt). Ein Verkauf ins Ausland

---

ist ausgeschlossen. Weiter wird Provet verpflichtet, grundsätzlich nur an Veterinäre beziehungsweise Veterinärkliniken, nicht aber an Ärzte im Humanbereich, zu liefern<sup>8</sup>. Dagegen ist Provet nach eigenen Angaben frei, andere Vertreiber wie die X GmbH, welche das Nahtmaterial ihrerseits an Veterinäre weiterverkaufen, zu beliefern. Ob Buchstabe b der Bekanntmachung diese Sachverhaltskonstellation umfasst, ist fraglich, da es innerhalb der Schweiz zu keiner Aufteilung des Absatzgebietes kommt, ein Weiterverkauf an andere Zwischenhändler nicht ausgeschlossen und die Beschränkung des Kundenkreises im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung ist (vgl. Fn. 8). Wie nachfolgend gezeigt wird, kann diese Frage letztlich aber offen bleiben, da die Abrede selbst unter Annahme der Erheblichkeit gerechtfertigt ist.

68. In Präzisierung von Artikel 5 Absatz 2 KG zählt die Bekanntmachung in Ziffer 5 beispielhaft Rechtfertigungsgründe für eine vertikale Abrede, die eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Artikel 5 Absatz 1 KG zur Folge hat, auf. Allgemein liegt ein Rechtfertigungsgrund insbesondere dann vor, wenn die Abrede eine effiziente Vertriebsgestaltung erlaubt und die Wettbewerbsbeeinträchtigung notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen.

69. Die in Ziffer 5 Absatz 3 Buchstaben a bis e aufgezählten Sachverhalte, die einen Rechtfertigungsgrund darstellen können, treffen auf die vorliegende Fallkonstellation nicht zu (keine Direktlieferung durch J&J, nur ein Händler, keine Grossisten, kein selektives Vertriebssystem, keine Bestandteile von Produkten betroffen).

70. Soweit keiner der in der Bekanntmachung aufgezählten Rechtfertigungstatbestände vorliegt, sind anderweitige Gründe zu prüfen. Dabei fallen grundsätzlich auch Rechtfertigungsgründe nach Artikel 7 KG (legitimate business reason) in Betracht. Die oben unter B.3.2. II. b und c genannten Gründe sind im vorliegenden Fall somit auch als Rechtfertigungsgrund im Sinne der Effizienzgründe nach Artikel 5 Absatz 2 KG anzusehen.

71. Die hier zur Beurteilung stehende Exklusivvereinbarung ist daher auch unter der Bekanntmachung als gerechtfertigt einzustufen.

### **C. Schlussfolgerungen**

72. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen

---

<sup>8</sup> Dieser Aspekt kann im weiteren Verlauf dieser Prüfung unberücksichtigt bleiben, da sich die angebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäss Sachverhalt nicht auf diese Beschränkung hinsichtlich des Kreises der Endabnehmer bezieht, sondern auf die Nichtbelieferung von anderen Vertreibern von Nahtmaterial zum Weiterverkauf, ebenfalls nur an Veterinäre und nicht an Ärzte und Spitäler im Humanbereich.

1. stellt fest, dass weder Anhaltspunkte für eine Marktbeherrschung von J&J noch Anzeichen für eine unzulässige vertikale Abrede vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	<b>2. Kooperationsvorhaben UBS AG/Postfinance - Die Schweizerische Post</b>
-------	---

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 3. Februar 2003 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Kooperationsvorhaben UBS AG/Postfinance - Die Schweizerische Post wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG*

## **A. Sachverhalt**

### **A.1 Gegenstand der Vorabklärung**

#### **A.1.1 Einleitung**

1. Das Postgesetz vom 30. April 1997 (Postgesetz [PG]; SR 783.0) verpflichtet die Post, eine flächendeckende Grundversorgung im Post- und Zahlungsverkehr ohne Anspruch auf Subventionen sicherzustellen. Um die Eigenwirtschaftlichkeit der Post zu stärken, beschloss der Bundesrat im Juni 2000 den Ausbau der Postfinance in eine Postbank, welche zur Finanzierung der Grundversorgung beitragen sollte. Im Oktober 2001 hat er auf eine Vorlage zur Schaffung der Rechtsgrundlage für eine Postbank angesichts der negativen Vernehmlassungsergebnisse verzichtet.

2. Auch nach dem Scheitern des Projekts Postbank in der Vernehmlassung befürwortet der Bundesrat eine Ausweitung des Angebots der Post im Bereich der Finanzdienstleistungen, um die Wettbewerbsfähigkeit der Post zu stärken. Gemäss den strategischen Zielen 2002-2005 für die Post und die Swisscom AG erwartet der Bundesrat, dass die Post "im postnahen Bereich mit innovativen Angeboten wie [...] Finanzdienstleistungen - namentlich auch durch Vermittlung von Aktivgeschäften - [...] neue Wachstumsquellen erschliesst, damit dem Substitutionsrisiko bei ihren klassischen Produkten begegnet und die Kundenbindung gefestigt werden kann."

3. Für den Bereich des gewerbsmässigen Gewährens von Krediten und Darlehen auf eigene Rechnung (Aktivgeschäft) ist eine Banklizenz

notwendig (Art. 3 Abs. 1 Bankgesetz [BankG; SR 952.0] i.V.m. Art. 2a Bst. a Bankenverordnung [BankV, SR 952.02]). Das Scheitern des Projekts Postbank hat zur Folge, dass die Post selbst keine Kreditrisiken übernehmen darf und Ausleihungen nicht in ihren Büchern erscheinen dürfen. Um Aktivgeschäfte (Kredite) anbieten zu können, ist die Post deshalb auf Kooperationspartner (Banken) angewiesen.

4. Die Post hat im Rahmen einer Partnerevaluation 19 Bankeninstitute evaluiert. Am 15. Februar 2002 entschied der Verwaltungsrat der Post, eine Kooperation mit der UBS einzugehen. Die Kooperation wird in einem Term Sheet konkretisiert. Diese Kooperation wird im Folgenden näher beschrieben.

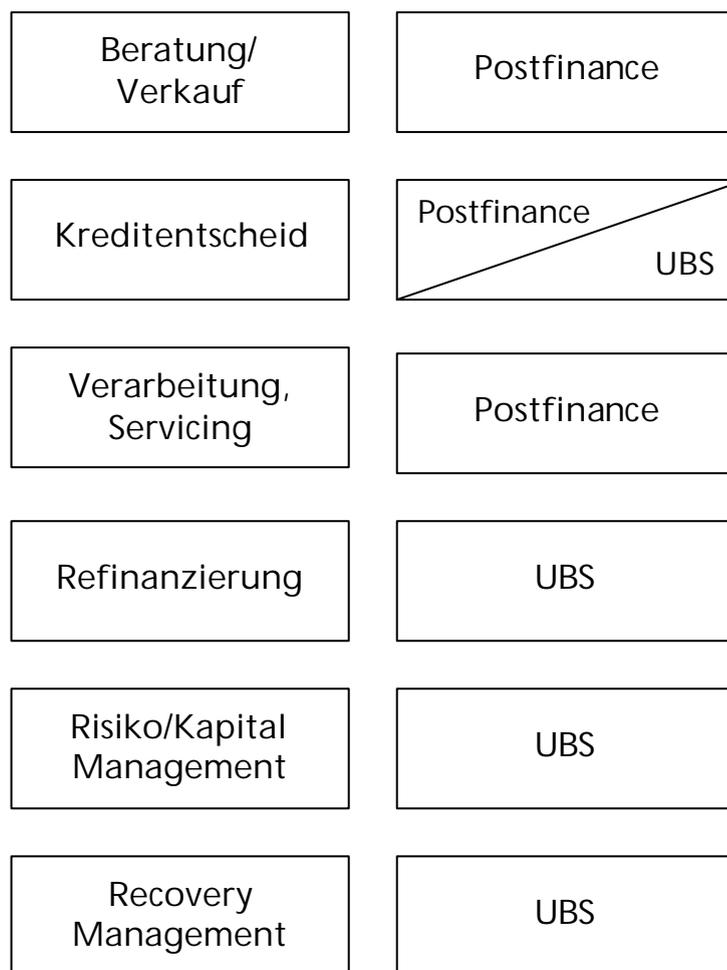
### **A.1.2 Beschreibung des Kooperationsvorhabens**

5. Die Postfinance beabsichtigt mit der Kooperation die Erschließung neuer Ertragsquellen. Das Sortiment an Finanzdienstleistungen soll vervollständigt werden, um Kunden zu halten und stärker an die Postfinance zu binden.

6. Die Postfinance bietet schon heute ein breites Sortiment von Finanzdienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden an, wie zum Beispiel Zahlungsverkehr, Spar-, Anlage- und Vorsorgeprodukte, Cash-Management, Geldmarktanlagen und Devisenhandel. Für Privatkunden wird dieses Sortiment durch die Kooperation um Hypotheken (variabel und fest), für KMU um Kontokorrentkredite und feste Vorschüsse (1-12 Monate) und für öffentlich-rechtliche Körperschaften um Kontokorrentkredite und feste Vorschüsse (1 Monat-10 Jahre) ergänzt. Die Postfinance beabsichtigt, innerhalb von [...] Jahren einen Marktanteil von [...]% (Privatkunden), von [...]% (KMU) beziehungsweise von [...]% (öffentlich-rechtliche Körperschaften [OERK]) zu erreichen.

7. Die Kooperation sieht eine Auslagerung derjenigen Funktionen der Wertschöpfungskette vor, welche die Post aus rechtlichen Gründen nicht übernehmen darf. Dabei handelt es sich insbesondere um die Refinanzierung, das Risiko-/Kapitalmanagement und das Recovery Management (siehe Abbildung 1). Der Kreditentscheid erfolgt durch beide Kooperationspartner (siehe unten).

---

**Abbildung 1: Teilprozesse**

8. Die Modalitäten der Kooperation zwischen der UBS und der Postfinance im Aktivgeschäft und insbesondere die Bedingungen des von der UBS angebotenen "Credit Asset Transfer" (CAT) sind im Term Sheet festgehalten. Die Postfinance verpflichtet sich, ab 01. Mai 2003 bis auf weiteres, mindestens jedoch bis zum [...], Kreditforderungen im Umfang von mindestens CHF [...] Mio. im Hypothekengeschäft mit Privatpersonen und mindestens CHF [...] Mio. im kommerziellen Kreditgeschäft (KMU und öffentliche Körperschaften) an die UBS zu verkaufen.

9. Das Term Sheet enthält die Kriterien, welche die von der UBS übernommenen Kundenforderungen der Postfinance erfüllen müssen. Diese betreffen insbesondere die Struktur des Kreditportfolios, Kreditsegmente, Kreditnehmer, Objektarten, Belehnungsgrenzen und den Belastungsgrad. Die Postfinance tätigt die Kreditentscheide gemäss diesen vordefinierten Kriterien und übernimmt die vollständige Verarbeitung. Kreditgesuche, die nicht den vordefinierten Standards entsprechen, unterzieht UBS einer Einzelprüfung.

10. Die Teilprozesse Bewertung und Kreditentscheid der Postfinance werden in der Konzeptphase durch die UBS analysiert und zertifiziert.

Weiter wird insbesondere für Kreditforderungen von KMU und OERK das Ratingsystem der UBS angewendet. Die UBS verpflichtet sich ihrerseits, die Kreditforderungen, welche diesen vordefinierten Kriterien entsprechen, zu erwerben.

11. Mit der Übertragung einer Kreditforderung geht das entsprechende Ausfallrisiko sowie die Eigenmittelunterlegungspflicht auf die UBS über. Im Verzugsfall übergibt die Postfinance der UBS das betreffende vollständige Kundendossier im Original. Nach Übergabe des Dossiers übernimmt die UBS die Dossierverantwortung, und die Postfinance darf keine Kontakte mit den Kreditschuldnern mehr aufnehmen.

12. Die Kredit-Konditionen gegenüber den Kunden - insbesondere der Kundenzins - werden von der Postfinance alleine festgelegt. Auch die Verarbeitung und das Servicing erfolgen auf der Informatikplattform der Postfinance. Die Postfinance beabsichtigt ausserdem, ihre Informatikplattform so zu konzipieren, dass andere Finanzinstitute angeschlossen werden können und dass sie auf zusätzliche Sparten des Bankgeschäfts ausgebaut werden kann.

13. Die Postfinance verpflichtet sich, der UBS jederzeit Zugang zu sämtlichen Unterlagen betreffend der übertragenen Kreditforderungen zu gewähren. Die UBS kann jederzeit eine Due Diligence mit Bezug auf die korrekte Anwendung der vereinbarten Auswahlkriterien und die Einhaltung des Kreditprozesses durchführen.

14. Die Kooperation sieht keinerlei Exklusivität vor, weder auf Seite der Postfinance noch auf Seite der UBS. Die Postfinance kann mit weiteren Partnern kooperieren und Forderungen auch an andere Banken abtreten. Das "Credit Asset Transfer"-Modell (CAT) der UBS ist auch anderen interessierten Partnern zugänglich. Es bestehen zudem keine Beteiligungsverhältnisse zwischen der UBS und Postfinance. Die UBS beabsichtigt, die von der Postfinance gekauften Kreditportfolios zu verbriefen und auf dem Kapitalmarkt zu emittieren.

## **A.2 Verfahren**

15. Am 12. Februar 2002 informierten Vertreter der Post das Sekretariat über den bevorstehenden Entscheid betreffend den Kooperationspartner der Postfinance im Bereich des Kreditgeschäfts. Dabei wurden dem Sekretariat die drei Kooperationsmodelle, welche die finale Evaluation erreicht hatten, präsentiert.

16. Der Verwaltungsrat der Post entschied am 15. Februar 2002, dass die Postfinance eine Kooperation mit der UBS eingehen wird. Mit Schreiben vom 8. März wurde das Sekretariat ausführlich über das Kooperationsmodell mit der UBS informiert.

17. Das Sekretariat überprüfte im Rahmen einer Marktbeobachtung, ob das Kooperationsvorhaben gegen Bestimmungen des Kartellgesetz-

zes verstösst, und kam zum Schluss, dass die Vereinbarung einzelne Bestimmungen enthielt, welche allenfalls als unzulässige horizontale beziehungsweise vertikale Abrede qualifiziert werden könnten. Die Bedenken des Sekretariates wurden den Kooperationspartnern mitgeteilt und sie wurden um eine Stellungnahme gebeten.

18. Nachdem weder die Post noch die UBS die Bedenken des Sekretariates ausräumen konnten, wurde am 3. Oktober 2002 eine Vorabklärung eröffnet.

19. Am 11. November 2002 fand erneut ein Treffen mit Vertretern der UBS und der Postfinance statt, anlässlich welchem das Kooperationsmodell und das Auswahlverfahren nochmals erläutert wurden.

20. Am 13. Dezember 2002 fand ein Treffen zwischen dem Sekretariat und Vertretern der EBK statt, um noch offene bankenrechtsspezifische Fragen zu klären.

21. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2002 informierte die UBS, dass sie auf die im Term Sheet vorgesehene Abwerberegulung verzichtet: "Dieser Verzicht umfasst

1. das Verbot der Aktivverkäufe gemäss Term Sheet [...] ("Postfinance verpflichtet sich, keine speziellen Abwerbungsaktionen von UBS Kunden durchzuführen") und
2. die Portfolioklausel gemäss Term Sheet [...] ("Maximal [...] % der Kreditforderungen sind Forderungen, welche von UBS abgelöst wurden<sup>1</sup>)."

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

22. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

23. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Sowohl die UBS als auch die Post, welche gemäss Artikel 2 Postorganisationsgesetz (POG; SR 783.1) eine selbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts mit Rechtspersönlichkeit ist, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Die Tätigkeitsgebiete der beiden Unternehmen werden im Folgenden als bekannt vorausgesetzt.

---

<sup>1</sup> Mit anderen Worten darf die Post in ihrer Portfoliostruktur nicht mehr als [...] % von vorherigen UBS-Kunden aufnehmen.

24. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend (Rz. 30 ff.) eingegangen.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

25. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

26. Die Post stellt sich auf den Standpunkt, dass der Bundesrat die Kooperation der Post zum Anbieten von Dienstleistungen im Bereich des Aktivgeschäfts ausdrücklich gewollt habe und diese Möglichkeit in der Postverordnung vorgesehen sei. Insbesondere habe auch bei den Wettbewerbsdiensten das Postgesetz Vorrang vor dem KG, und das KG dürfe die im Postgesetz vorgesehenen Kooperationen nicht verunmöglichen.

27. Die Post hat zwar als Anstalt des öffentlichen Rechts das ausschliessliche Recht, Dienstleistungen im Bereich der reservierten Dienste zu erbringen (Art. 3 PG). Diese umfassen Briefpostsendungen und Pakete bis zur so genannten Monopolgrenze. Das Kartellgesetz ist somit auf diese reservierten Dienste nicht anwendbar.

28. Dies gilt jedoch nicht für die so genannten nicht reservierten Dienste, welche die Post in Konkurrenz zu privaten Anbietern erbringen muss (Art. 4 PG), sowie für Wettbewerbsdienste, welche die Post - ebenfalls in Konkurrenz - erbringen kann (Art. 9 PG). Artikel 9 Absatz 3 PG sieht insbesondere vor, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste vorbehaltlich gesetzlicher Ausnahmen denselben Regelungen unterliegt, wie dies die privaten Anbietern tun. Dies impliziert unter anderem, dass die Post im Bereich der Wettbewerbsdienste wie die privaten Anbieter dem Kartellgesetz unterstellt ist, wenn dies nicht explizit durch eine Gesetzesbestimmung ausgeschlossen wird.

29. Der Bundesrat hat in der Postverordnung vom 29. Oktober 1997 (VPG; SR 783.01) die Wettbewerbsdienste der Post klar definiert. Artikel 7 VPG sieht dabei vor, dass die Vermittlung von Bankdienstleistungen (in casu die Vermittlung von Hypothekar- und Firmenkrediten) zu den Wettbewerbsdiensten gehört. Damit kann eine Ausnahme vom Kartellgesetz im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ausgeschlossen werden.

## **B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

30. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch

---

Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

### **B.3.1 Wettbewerbsabrede**

31. 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).

32. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

33. Je nach Marktstufe der beteiligten Unternehmen wird zwischen horizontalen und vertikalen Abreden unterschieden. Eine horizontale Abrede liegt dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen auf der gleichen Marktstufe tätig sind, beispielsweise auf der Stufe der Produktion. Sind die Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen (z.B. Produktion und Vertrieb) tätig, so spricht man von einer vertikalen Abrede.

34. Im vorliegenden Fall stehen die beiden Kooperationspartner sowohl in einer horizontalen als auch in einer vertikalen Beziehung zueinander. Einerseits erlaubt es die Kooperation der Postfinance, im Vertrieb von Hypothekar- und Firmenkrediten tätig zu werden, womit sie in diesen Bereichen zu einer direkten Konkurrentin der UBS wird (horizontale Beziehung).

35. Auf der anderen Seite ist die Postfinance gezwungen, gewisse Vorleistungen im Bereich der Refinanzierung und des Risikomanagements von einer Bank einzukaufen, da sie gemäss Bundesratsentscheid vom Oktober 2001 keine Kreditrisiken übernehmen darf. Im Zuge der Aufbrechung der Wertschöpfungskette ist dabei zunehmend zwischen der Produktion (Refinanzierung, Risikomanagement etc.) und dem Vertrieb von Bankprodukten zu unterscheiden. Die UBS und die Postfinance stehen somit auch in einer vertikalen Beziehung zueinander.

#### **B.3.1.1 Horizontale Wettbewerbsabrede**

36. Im Folgenden wird ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zwischen der UBS und der Postfinance als gegeben vorausgesetzt. Es ist demnach zu prüfen, ob die vorliegende Kooperation eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt oder bezweckt (vgl. Rz. 32).

37. Das Term Sheet enthält insbesondere zwei Bestimmungen, welche allenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken und somit als horizontale Abrede qualifiziert werden könnten. Es handelt sich dabei

---

einerseits um die Verpflichtung der Postfinance, keine speziellen Abwerbungsaktionen von UBS Kunden durchzuführen (vgl. Term Sheet, [...] "PF verpflichtet sich, keine speziellen Abwerbungsaktionen von UBS-Kunden durchzuführen"). Andererseits darf - so insbesondere bei den Hypothekarkrediten - die zwischen den Parteien vereinbarte Portfoliostruktur maximal [...] % an Kreditforderungen enthalten, die von der UBS abgelöst worden sind (vgl. Term Sheet [...]). Mit anderen Worten darf die Post in ihrer Portfoliostruktur nicht mehr als [...] % von vorherigen UBS-Kunden aufnehmen. Die Wirkung der zwei Bestimmungen dürfte durch gleichzeitige Anwendung verstärkt werden. Diese Verpflichtungen könnten allenfalls als Abrede über Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe c KG qualifiziert werden, womit die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu vermuten wäre.

38. Durch die Mitteilung der UBS vom 19. Dezember 2002, aus dem das implizite Einverständnis der Post - welches im Übrigen telefonisch ausdrücklich bestätigt wurde - hervorgeht, auf diese beiden Bestimmungen im Term Sheet zu verzichten, werden die Bedenken des Sekretariats jedoch ausgeräumt. Somit liegt keine horizontale Wettbewerbsabrede mehr vor.

39. Selbst wenn die Kooperation als horizontale Wettbewerbsabrede zu qualifizieren wäre, wäre sie zum aktuellen Zeitpunkt wohl als unerheblich einzustufen. Auf der einen Seite sind im Vertrieb von Hypothekar- und Firmenkrediten eine Reihe von weiteren Banken tätig (Credit Suisse, Kantonal-, Regional-, Raiffeisenbanken etc.), so dass von wirksamem Aussenwettbewerb auszugehen ist. Dieser wird durch den Markteintritt der Postfinance eher noch verstärkt. Auf der anderen Seite dürfte auch ein gewisses Mass an Innenwettbewerb zwischen der UBS und der Postfinance entstehen, insbesondere weil die Postfinance über totale Autonomie in der Preissetzung verfügt und die Kooperation keinerlei Exklusivitäten zwischen den Kooperationspartnern vorsieht.

### **B.3.1.2 Vertikale Wettbewerbsabrede**

40. Im vorliegenden Fall besteht zwischen der UBS und der Postfinance durch das Aufbrechen der Wertschöpfungskette auch eine vertikale Beziehung (vgl. Rz. 35), was die Parteien im Übrigen nicht bestreiten. Es stellt sich daher die Frage, ob allenfalls eine unzulässige Vertikalabrede vorliegt.

41. Die Kooperation ermöglicht der UBS, in gewissem Masse Einfluss auf die Kreditvergabe durch die Postfinance zu nehmen. So muss der Kredit (Bewertung und Entscheid) der Postfinance durch die UBS zertifiziert werden. Von Bedeutung dürfte in diesem Zusammenhang auch sein, dass das Ratingsystem der UBS zur Anwendung gelangt. Zudem gehen im Defaultfall die Kundenpositionen an die UBS über. Letztere verfügt alsdann über sämtliche Kundendaten. Schliesslich haben die

---

Parteien die Kriterien für abtretbare Forderungen von der UBS im Term Sheet bereits ausführlich festgelegt (vgl. Rz. 9). Im Folgenden wird geprüft, ob diese Bestimmungen allenfalls eine vertikale Wettbewerbsabrede darstellen, welche eine Beschränkung des Kundenkreises der Postfinance durch die UBS bewirkt (Art. 5 Abs. 1 KG i.V.m. Ziff. 1 und Ziff. 3 b Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002 [Bekanntmachung]).

42. Wie bereits erwähnt (vgl. A.1.1.), kann die Postfinance nur mittels der Kooperation mit einer Bank neu in den Markt für Kreditgeschäfte eintreten. Die Postfinance darf selbst keine Kreditrisiken übernehmen und Ausleihungen dürfen nicht in ihren Büchern erscheinen. Um Aktivgeschäfte (Kredite) anbieten zu können, ist die Postfinance deshalb auf Kooperationspartner (Banken) angewiesen.

43. Dem Kreditgeschäft ist inhärent, dass Kreditrisiken entstehen und dass diese Kredite durch den Kreditvergeber evaluierbar und kontrollierbar sein müssen. Mit dem CAT-Produkt und der darin vorgesehenen Aufbrechung der Wertschöpfungskette entsteht die Situation, dass zwar die Kreditgeberin (vorliegend die Postfinance) über die Information verfügt, das Risiko jedoch beim Kooperationspartner (vorliegend die UBS) liegt, welcher selbst das Risiko weder evaluieren noch kontrollieren kann. Die UBS muss deshalb diese Informationen zwingend bei der Postfinance einholen.

44. Die im Term Sheet vordefinierten Kreditauswahlkriterien (Zertifizierung des Kreditprozesses und Anwendung des UBS Rating Systems, Informationsaustausch, Ablehnung von Kreditgesuchen, welche nicht den im Term Sheet vorgesehenen Kriterien entsprechen) sind somit einerseits aufgrund des Bundesratsbeschlusses vom Oktober 2001 (vgl. A.1.1) notwendige Voraussetzung für ein tätig werden der Postfinance im Bereich der Kreditvergabe. Andererseits entsprechen diese Auswahlkriterien den marktüblichen Standards, was eine Rückfrage des Sekretariates bei der EBK bestätigt hat. Das Term Sheet enthält somit keine weiter gehenden Verpflichtungen, als diejenigen, die nötig sind, damit die Postfinance in den Markt für Kreditgeschäfte eintreten kann. Es liegen somit keine Klauseln vor, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

45. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass der CAT der UBS eine vergleichsweise grosse Autonomie bei der Postfinance belässt. Sämtliche anderen in der engeren Evaluation verbliebenen Banken haben weit reichende Exklusivitäten und/oder die Verarbeitung auf der eigenen Informatikplattform zu Bedingungen für eine Zusammenarbeit gemacht. Die Autonomie, welche der Postfinance im Rahmen des CAT gewährt werden, waren ein wichtiger Grund für den Entscheid der Postfinance zu Gunsten der UBS.

---

46. Die Kooperation zwischen der Postfinance und der UBS enthält somit keine vertikale Abrede, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

### **B.3.2 Ergebnis**

47. Zusammenfassend enthält das Kooperationsvorhaben weder eine horizontale noch eine vertikale Wettbewerbsabrede. Die Parteien haben einerseits auf das Abwerbungsverbot, welches allenfalls als unzulässige horizontale Abrede hätte gelten können, verzichtet und die diesbezüglichen Bestimmungen im Term Sheet gestrichen. Andererseits hat die Vorabklärung ergeben, dass die übrigen im Term Sheet enthaltenen Bestimmungen keine vertikale Abrede darstellen, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Die im Rahmen der Marktbeobachtung erkannten kartellrechtlichen Bedenken des Sekretariates konnten dementsprechend beseitigt werden.

48. Es liegen somit keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Kooperation zwischen der UBS und der Postfinance eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG enthält.

### **C. Kosten**

49. Gemäss Artikel 3 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-GebV; SR 251.2) haben die Beteiligten keine Gebühren zu entrichten, da sich in der Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben haben.

### **D. Schlussfolgerungen**

50. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. nimmt zur Kenntnis, dass die Parteien auf das Verbot der Aktivverkäufe gemäss Term Sheet [...] ("PF verpflichtet sich, keine speziellen Abwerbungsaktionen von UBS-Kunden durchzuführen") und auf die Portfolioklausel gemäss Term Sheet [...] ("Maximal [...] % der Kreditforderungen sind Forderungen, welche von UBS abgelöst wurden") verzichten;
  2. stellt fest, dass demzufolge keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
  3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
  4. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit;
  5. publiziert den Schlussbericht in der RPW.
-

**B 2 Wettbewerbskommission**  
 Commission de la concurrence  
 Commissione della concorrenza

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>
B 2.2	<b>1. Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés</b>

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Décision de la Commission de la concurrence du 16 décembre 2002 de clôturer l'enquête selon l'article 27 LCart concernant les recommandations tarifaires de l'Association des Médecins du Canton de Genève dans le domaine de l'assurance complémentaire*

*Présomption de la suppression de la concurrence efficace par un accord sur les prix d'entreprises concurrentes selon l'article 5 alinéa 3 LCart. L'Association des Médecins du Canton de Genève (AMG) a publié à l'adresse de ses membres des recommandations tarifaires concernant les prestations dans le domaine de l'assurance complémentaire. Suite à la suppression de ces recommandations de la part de l'AMG, l'enquête a été clôturée.*

*Annahme der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch eine Preisabsprache unter Konkurrenten gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG. Die Association des Médecins du Canton de Genève (AMG) hat zuhanden ihrer Mitglieder Tarifempfehlungen für Leistungen im Zusatzversicherungsbereich abgegeben. Diese Empfehlungen wurden durch die AMG aufgehoben. Infolgedessen wurde das Verfahren aufgrund Wegfalls des Untersuchungsgegenstandes eingestellt.*

*Presunzione della soppressione della concorrenza efficace da un accordo sui prezzi di imprese concorrenti giusta l'articolo 5 capoverso 3 LCart. L'Association des Médecins du Canton de Genève (AMG) ha pubblicato all'indirizzo dei suoi membri delle raccomandazioni tariffarie relative alle prestazioni nell'ambito dell'assicurazione complementare. In seguito alla soppressione di queste raccomandazioni da parte dell'AMG, l'inchiesta è stata chiusa.*

## A. En fait

### A.1 Objet de l'enquête

1. L'Association des Médecins du canton de Genève (ci-après AMG) est une association au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse. Elle a pour but d'organiser et de représenter l'ensemble des médecins du canton de Genève. En 2001, environ 90% des médecins pratiquant dans le canton de Genève étaient des membres de l'AMG. En outre, eu égard aux réponses des médecins au questionnaire du 11 mai 2001, près de 95% des réponses prises en compte provenaient de médecins membres de l'AMG.

2. En 1991, l'AMG a élaboré un tarif d'usage pour la pratique privée des médecins, tarif qui était obligatoire pour les membres de l'association. Ce tarif a ensuite été remplacé par les recommandations tarifaires établies par les groupes de spécialistes de l'AMG. Ces recommandations sont entrées en vigueur en juin 1999 (ci-après tarif AMG 99). Selon l'AMG, les nouvelles recommandations tarifaires ont été élaborées "cédant aux injonctions tant des services du surveillant des prix que de ceux de la Commission de la concurrence". Ces recommandations n'auraient cependant aucune force obligatoire. En même temps, l'AMG constate qu'elle pourrait intervenir à la demande d'un patient ou d'un assureur dans la mesure où les honoraires dépassent de plus de 20% les recommandations. Le tarif AMG 99 prévoit selon la spécialité des prix précis ou des fourchettes pour les différentes prestations.

Selon les renseignements unanimes de l'AMG et des assureurs, le tarif AMG 99 n'est utilisable que pour la facturation de prestations qui ne sont pas soumises à la loi fédérale sur l'assurance maladie (ci-après LAMal), à savoir celles offertes à des employés d'organisations internationales et des ambassades ou à des patients hospitalisés pour plus de 24 heures jouissant d'une assurance privée ou semi-privée. A ceux-là, s'ajoutent encore les personnes qui, même si au bénéfice d'une assurance maladie de base, désirent profiter des prestations de l'assurance complémentaire en payant de leur propre poche.

3. Le tarif AMG 99 a été élaboré de manière unilatérale et n'est donc pas l'objet d'une négociation entre médecins et assureurs. Au cours de l'année 2002, le groupe d'assurances Cosama a conclu un contrat avec l'AMG fondé sur le tarif AMG 99. Cet accord a pour but de régler la prise en charge des honoraires des médecins en fixant un montant maximal de remboursement. Ce contrat n'est pas objet de cette enquête.

### A.2 Procédure

4. Dans le cadre d'une enquête préalable portant sur les tarifs privés appliqués par l'association cantonale des médecins pratiquant dans le canton de Berne, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après le secrétariat) est arrivé à la conclusion, fin 1997, que les tarifs

---

fixés unilatéralement par les membres de l'association bernoise en matière de soins privés pouvaient constituer des indices de restriction illécite à la concurrence, selon l'article 5 alinéa 3 de la Loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251; ci-après LCart). Par la suite, les tarifs litigieux bernois ont été abolis, raison pour laquelle la Commission de la concurrence n'a pas dû trancher la question dans une enquête<sup>1</sup>.

5. Le secrétariat a ouvert une enquête en juillet 1998 dirigée contre la société vaudoise de médecine (ci-après SVM). Etant donné que la SVM a supprimé ses tarifs privés de son propre gré et les a remplacés par la possibilité de négocier librement des tarifs avec les assureurs, l'enquête de la Commission de la concurrence est ainsi devenue sans objet et a été close en octobre 1998. La décision n'a pas été publiée.

6. Par la suite, le secrétariat a ouvert une enquête préliminaire portant sur la tarification des honoraires privés des médecins dans les 24 cantons restants. En mai 2000, le secrétariat a constaté que les recommandations tarifaires de l'association des médecins du canton de Zurich (ci-après AGZ) pourraient constituer un accord illicite. En accord avec un membre de la présidence, une enquête a été ouverte. Elle sera clôturée suite à la décision de l'AGZ de supprimer les tarifs<sup>2</sup>.

7. L'enquête préalable, terminée en octobre 2001, qui visait à éclaircir la situation dans le canton de Genève, a conduit à la découverte d'indices d'une restriction illicite de la concurrence par l'application du tarif AMG 99. Le 24 octobre 2001, en accord avec un membre de la présidence, une enquête selon l'article 27 LCart a été ouverte contre les membres de l'AMG. L'ouverture de l'enquête a été communiquée à l'AMG ainsi que publiée dans la Feuille fédérale du 11 décembre 2001<sup>3</sup> et dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du 7 décembre 2001.

8. Dans le cadre de cette enquête, le secrétariat s'est renseigné auprès de différents assureurs, de l'AMG et du Service du Médecin cantonal. Par ailleurs, plus de 200 médecins relevant de cinq disciplines médicales différentes ont été contactés et ont répondu à un questionnaire.

9. Etant donné le nombre élevé de parties, afin de résoudre la question concernant les représentants légaux, le secrétariat a publié une communication<sup>4</sup> dans la Feuille fédérale du 18 juin 2002 et dans la

<sup>1</sup> RPW/DPC 1997/4, p. 481 ss.

<sup>2</sup> RPW/DPC 2001/4, p. 695 ss.

<sup>3</sup> FF 2001 5973

<sup>4</sup> FF 2002 3982

FOSC du 12 juin 2002. Tacitement, les membres de l'AMG ont accepté de se laisser représenter par Monsieur Jean-Marc Guinchard et Me Pierre Kobel.

10. Le 22 août 2002 les représentants des membres de l'AMG ont rencontré les responsables du secrétariat pour discuter d'une éventuelle "solution négociée". Selon l'AMG, cette solution aurait dû prendre en considération les buts d'intérêt public de la recommandation, à savoir l'information du public et un contrôle des honoraires. Ces éléments n'étant pas de la compétence des autorités de la concurrence, l'éventuel accord à l'amiable aurait pu porter uniquement sur les modalités de suppression d'une restriction illicite à la concurrence (art. 29 LCart).

11. Le 9 septembre 2002, l'AMG a communiqué à ses membres la décision de retirer avec effet immédiat les recommandations tarifaires AMG 99. Cette décision a été ensuite transmise par courrier au secrétariat le 13 septembre 2002.

12. Le 22 octobre 2002, les représentants de l'AMG ont communiqué au secrétariat qu'aucune disposition se heurtait désormais à la suppression du tarif AMG 99.

13. Le projet de décision du secrétariat a été envoyé aux représentants de l'AMG pour prise de position le 24 octobre 2002, ainsi qu'aux membres de la Commission de la concurrence.

14. Le 25 novembre 2002, l'AMG a transmis sa prise de position sur le projet de décision dans les délais impartis. Elle contestait certains points matériels et le paiement des frais relatifs à l'enquête. Dans le chapitre B, il a été tenu compte des considérations juridiques pertinentes sur le plan matériel. Par contre, les frais de la procédure restent à la charge de l'AMG.

## **B. En droit**

15. Selon la pratique de la Commission de la concurrence, une enquête au sens de l'article 27 LCart est à classer sans suite lorsque, d'une part, les parties, à l'encontre desquelles la procédure d'enquête a été ouverte, cessent leur comportement présumé contraire à la concurrence et, d'autre part, lorsque aucun intérêt public impose l'analyse matérielle définitive d'un tel comportement<sup>5</sup>.

### **B.1 Fin du comportement présumé illicite**

16. L'objet de l'enquête était le tarif AMG 99. Celui-ci réglait les honoraires des prestations des médecins du Canton de Genève par spécialité. L'enquête préalable et, ensuite, l'enquête ont permis de

<sup>5</sup> RPW/DPC 1999/3, p. 463 ss.

déterminer qu'il s'agissait d'une convention sans force obligatoire entre les membres de l'AMG qui la suivaient de façon consciente et voulue. Le respect du tarif AMG 99 par les membres de cette association entraîne une restriction à la concurrence. Par conséquent, le tarif AMG 99 est à considérer comme un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

17. Le tarif AMG 99 contient des prix fixes et des tarifs en fourchette selon la spécialité et il a pour but de permettre "au médecin de calculer sa note d'honoraires par référence à un modèle". Au cours de la procédure, il est ressorti que ce "modèle" n'est pas conforme aux dispositions de la Communication de la Commission de la concurrence "conditions d'admissibilité, conformément à la Loi sur les cartels, d'accords sur l'utilisation de schémas de calcul"<sup>6</sup>. Les médecins membres de l'AMG offrent les mêmes prestations, soit des soins médicaux. S'ils respectent tous le tarif AMG 99, la concurrence des prix se trouve donc entravée. Les prix recommandés fixés dans ce tarif représentent un accord horizontal selon les dispositions de l'article 5 alinéa 3 Buchstabe a LCart.

18. Les informations recueillies dans le cadre de l'enquête préalable n'ont pas conduit à renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace selon l'article 5 alinéa 3 LCart. Les indices permettaient de conclure à l'existence d'un accord illicite sur les prix au sens de l'article 5 alinéa 3 LCart. Jusqu'au moment de la suppression du tarif AMG 99, les éléments recueillis et analysés dans le cadre de l'enquête ont confirmé les hypothèses relatives à ces recommandations de prix. Sur le marché des soins médicaux répertoriés dans le tarif AMG 99 et fournis à des patients privés dans le canton de Genève, le tarif AMG 99 tendait d'une part à une suppression de la concurrence là où des tarifs fixes étaient appliqués et d'autre part à une affectation de la concurrence efficace lors de la recommandation de tarifs en fourchette.

19. La suppression étant présumée, il convenait d'examiner si les conditions mises à un renversement de la présomption étaient données et, dans l'affirmative, s'il existait une affectation notable non justifiée par des motifs d'efficacité économique. Ces éléments invoqués par les parties n'ont pas été analysés vu que la suppression du tarif AMG 99 le 9 septembre 2002 a éliminé l'objet de l'enquête.

<sup>6</sup> RPW/DPC 1998/2, p. 354 ss.

## **B.2 Aucun intérêt public pour la poursuite de l'enquête**

20. Même lorsque le comportement illicite cesse au cours d'une procédure, l'enquête peut être poursuivie s'il existe un intérêt public suffisant pour un jugement matériel du cas.

21. En l'espèce et eu égard aux procédures d'investigation menées dans le domaine des tarifs des associations des médecins dans différents cantons, aucun intérêt public s'oppose à la clôture de cette enquête. La poursuite de la procédure afin d'éclaircir de façon définitive l'état de fait n'est donc pas nécessaire.

## **B.3 Résultat**

22. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence est arrivée à la conclusion que l'enquête contre les membres de l'AMG peut être clôturée.

## **C. Frais**

23. Conformément à l'article 2 de l'Ordonnance du 25 février 1998 sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), celui qui occasionne une procédure administrative est tenu de s'acquitter d'un émolument. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision de clôture, à savoir les membres de l'AMG (cf. ch. 7).

24. Dans une procédure qui porte sur des restrictions à la concurrence, les parties concernées qui ont occasionné une enquête préalable n'ont pas à verser des émoluments, lorsqu'il ne ressort de celle-ci aucun indice de restriction illicite à la concurrence (art. 3 al. 2 let. a Ordonnance sur les émoluments LCart). Par contre, il y a obligation de s'acquitter des émoluments lorsque les parties cessent l'activité présumée illicite et que le litige devient sans objet (cf. décision du Tribunal fédéral concernant le cas BKW FMB Energie AG, du 25 avril 2002, 2A.481/2001). Dans le cas d'espèce, l'obligation pour les membres de l'AMG de s'acquitter des émoluments est donc donnée.

25. En vertu de l'article 4 alinéas 1 et 2 Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à CHF 130.- l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 Ordonnance sur les émoluments LCart).

26. En l'espèce, la Commission de la concurrence ne voit aucun motif permettant de diminuer ou d'augmenter les émoluments. Les émoluments se montent dès lors à CHF [...]. A ce montant s'ajoute encore une majoration de 1,5% pour des débours soit CHF [...], ce qui porte les frais à un montant total de CHF [...].

27. Le total des frais de procédure est mis, à parts égales, à la charge des destinataires de la décision qui en sont solidairement responsables.

---

## D. Dispositif

Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur l'état de fait et les considérants qui précèdent, décide que

1. L'enquête contre les membres de l'Association des Médecins du Canton de Genève est clôturée.
2. [Frais de procédure]
3. [Voies de recours]
4. [Notification]

B 2.2	<b>2. Fahrschule Graubünden</b>
-------	---------------------------------

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Verfügung vom 6. Januar 2003 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Preise der Graubündner Fahrlehrer wegen Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

*Untersuchung aufgrund von Anhaltspunkten für die Existenz einer abgestimmten Verhaltensweise der Mitglieder des Autofahrlehrerverbands des Kantons Graubünden und des Fürstentums Lichtenstein (AVGL). Abgestimmte Verhaltensweise beruhend auf ehemaligen Tarifempfehlungen des Verbandes, auf einer aktuellen "Kalkulationshilfe", welche die Zulässigkeitskriterien der Bekanntmachung über Kalkulationshilfen der Wettbewerbskommission nicht erfüllt, sowie auf Aufforderungen zur Einhaltung der Tarife. Preisabsprache, Umstossung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs. Feststellung der Unzulässigkeit der abgestimmten Verhaltensweise, einvernehmliche Regelung betreffend Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und Verfügung gegen sieben Fahrlehrer, welche sich nicht an der einvernehmlichen Regelung beteiligten, auf Verbot der unzulässigen Verhaltensweise.*

*Enquête sur la base de soupçons de l'existence d'une pratique concertée en matière de fixation de tarifs par les moniteurs d'auto-école grisons membres de l'association des moniteurs de conduite du canton des Grisons (Autofahrlehrerverband des Kantons Graubünden und des Fürstentums Liechtenstein, AVGL). Pratique concertée se basant sur d'anciennes recommandations tarifaires de l'association, sur une actuelle "aide de calcul" ne remplissant pas les conditions de licéité prévues dans la Communication sur les schémas de calcul, ainsi que sur des injonctions faites aux membres de respecter les tarifs. Accord sur les*

*prix, renversement de la présomption de suppression de la concurrence, affectation notable de la concurrence. Constat du caractère illícite de la pratique concertée, accord amiable visant à la suppression de cette entrave illicite à la concurrence et décision d'interdiction contre sept moniteurs n'étant pas parties à l'accord.*

*Inchiesta sulla base di indizi circa l'esistenza di una pratica accordata in ambito alla fissazione delle tariffe da parte dei maestri di scuola-guida grigionesi membri dell'associazione dei maestri di scuola-guida del cantone dei Grigioni (Autofahrlehrerverband des Kantons Graubünden und des Fürstentums Liechtenstein, AVGL). Pratica accordata basata sulle vecchie raccomandazioni tariffarie dell'associazione, sull'attuale "aiuto di calcolo" non adempiente le condizioni di liceità previste nella Comunicazione sugli schemi di calcolo, nonché sulle ingiunzioni dei membri di rispettare le tariffe. Accordo sui prezzi, inversione della presunzione di illiceità, intralcio notevole della concorrenza. Accertamento del carattere illecito della pratica accordata, conciliazione finalizzata a sopprimere detto ostacolo alla concorrenza e decisione di divieto contro sette maestri di scuola-guida non facenti parte alla conciliazione.*

## **A. Sachverhalt**

### **A.1 Gegenstand des Verfahrens**

1. Der "Autofahrlehrerverband des Kantons Graubünden und des Fürstentums Liechtenstein" (AVGL) ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) und bildet gleichzeitig eine Sektion des "Autofahrlehrer-Zentralverbands" (AZV). Der AVGL zählte im Jahr 2001 rund 90 Aktiv- und Passivmitglieder mit Wohnsitz im Kanton Graubünden und im Fürstentum Liechtenstein. Die vorliegende Untersuchung betrifft einzig die in der Schweiz ansässigen Mitglieder.

2. Der AVGL bezweckt die Wahrung und Förderung der Interessen der Mitglieder in beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht und bemüht sich um die Verbesserung der Sicherheit im Strassenverkehr. Nach der ursprünglichen Fassung der Statuten sollte dieses Ziel insbesondere auch durch die "Schaffung gesunder Grundsätze und Methoden im Autofahrschulgewerbe, sowie Aufstellung von Tarifbestimmungen und Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" erreicht werden; ein Mitglied, welches die Minimaltarife nicht einhielt, konnte von der Generalversammlung (GV) ausgeschlossen werden. Diese Bestimmungen wurden an der GV vom 21. März 1998 dahingehend revidiert, dass keine Herausgabe von Tarifbestimmungen und demzufolge auch keine diesbezügliche Ausschlussmöglichkeit mehr vorgesehen war.

3. Bis ins Jahr 1997 gab der AVGL seinen Mitgliedern eine Preisempfehlung in Form eines Mindesttarifs ab. Dieser basierte auf einer Kostenberechnung durch den Präsidenten und wurde von den Mitgliedern durch Abstimmung genehmigt. Für das Jahr 1997 führte die Kostenberechnung zu einem Lektionenpreis für Autofahrstunden (Kat. B)

---

von CHF 88.07, was gemäss GV-Entscheidung zu einem empfohlenen Tarif von CHF 90.- führte. Für die obligatorischen Theorielektionen wurde ein Preis von CHF 260.- (ohne Lehrmittel) und für die fakultativen Gruppen-Theorielektionen ein Preis von CHF 25.- angenommen. In den "Verbandsmitteilungen" vom 19. Juni 1997 hielt der Präsident die Mitglieder des AVGL erneut dazu an, diese Tarife einzuhalten.

4. Nachdem der AVGL die in Ziffer 1 erwähnten Bestimmungen an der GV vom 21. März 1998 revidiert hatte - nunmehr sollte der Zweck des AVGL unter anderem erreicht werden durch "Schaffung gesunder Grundsätze und Methoden im Autofahrschulgewerbe sowie Kostenberechnungen und Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" - verzichtete er auf Herausgabe beziehungsweise Abstimmung über eine neue Tarifbestimmung. Es wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die "Tarifberechnung" für Lektionen der Kategorie B weiterhin CHF 88.02 betrage; der Präsident hielt zudem die Mitglieder auch an dieser Versammlung zur Einhaltung der Preise an.

5. Der Präsident erstellte in den darauf folgenden Jahren (1999-2001) jeweils eine neue Kalkulationshilfe, welche an die Mitglieder verteilt wurde. Gemäss Protokoll der GV des Jahres 1999 empfahl der Präsident des AVGL den Mitgliedern weiterhin, die Preise nicht zu senken. Die Kalkulationshilfe vom 26. Januar 2001 zeigt mittels Einsatz von in Frankenbeträgen angegebenen Berechnungsposten (inklusive Jahresverdienst) die Errechnung eines Lektionspreises für die Kategorie B von CHF 92.59 auf (wobei die Dauer der Lektion nicht präzisiert wird).

6. Nach den Angaben des Strassenverkehrsamtes, des AVGL und der Fahrlehrer<sup>1</sup> erteilten folgende Fahrlehrer im Jahr 2001 im Kanton Graubünden Autofahrlektionen und obligatorischen Verkehrskundeunterricht:

---

<sup>6</sup> Wenn im Folgenden von "Fahrlehrern" und "Fahrschülern" die Rede ist, sind die Fahrlehrerinnen beziehungsweise Fahrschülerinnen ebenfalls gemeint.

Kurs	Fahrlehrer, die Mitglied des AVGL sind	Fahrlehrer, die nicht Mitglied des AVGL sind
Obligatorischer Ver- kehrskundeunterricht (Art. 17a VZV)	49	4
Autofahrlektionen (Kat. B)	53	4

7. Nach Angaben des Strassenverkehrsamtes kommen drei bis vier weitere Fahrlehrer hinzu, welche in anderen Kantonen registriert sind, jedoch auch im Kanton Graubünden tätig sind. Unter den oben berücksichtigten Fahrlehrern, die nicht Mitglied des AVGL sind, gehören zwei dem Tessiner Fahrlehrerverband an (FASI). Ausser diesen und drei weiteren Bündner Fahrlehrern sind alle im Kanton Graubünden tätigen Fahrlehrer Mitglieder des AVGL. Diese arbeiten meist als Selbstständigerwerbende; nur Einzelne sind bei Fahrschulen angestellt. Letztere wurden in obiger Darstellung nicht separat berücksichtigt.

8. Die vom Sekretariat durchgeführten Abklärungen haben gezeigt, dass eine Mehrheit der befragten Fahrlehrer für Auto-Fahrlektionen (Kat. B) einen Lektionenpreis (für 50 Minuten Fahrlektion) von CHF 90.- verlangte. Der obligatorische Verkehrskundeunterricht (acht Stunden) kostete bei den meisten Fahrlehrern CHF 260.- (vgl. Rz. 35 und 37).

## A.2 Verfahren

9. Im Frühling 1997 wandte sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) an die schweizerischen Fahrlehrerverbände mit dem Ziel, deren Statuten an das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) anzupassen. Das entsprechende Verfahren, welches namentlich Preisvorgaben durch die Verbände beseitigte, dauerte bis zum Ende des Jahres 1998. Einige Verbände gingen in der Folge dazu über, ihren Mitgliedern stattdessen Preisempfehlungen oder Kalkulationshilfen abzugeben.

10. Am 18. Dezember 1998 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung, die klären sollte, ob solche Preisempfehlungen gewisser Verbände Preisabreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG darstellten. Die Abklärungen konzentrierten sich auf den Kanton Bern sowie die Kantone der Romandie.

11. Diese Abklärungen führten am 13. Juli 1999 zur Eröffnung einer Untersuchung betreffend die Preisempfehlungen der Association fribourgeoise des écoles de conduite (AFEC).

12. Mit Entscheid vom 8. Mai 2000, der am 12. März 2001 zweitinstanzlich bestätigt wurde, stellte die Wettbewerbskommission (Weko) die Unzulässigkeit der Preisempfehlungen der AFEC fest und verbot deren Mitgliedern, sich explizit oder implizit über die Höhe ihrer Preise zu verständigen (RPW 2000/2, S. 167 ff.; RPW 2001/1, S. 200 ff.).

13. Am 22. September 2000 richtete das Sekretariat ein Schreiben an alle schweizerischen Fahrlehrerverbände, in dem es auf den Entscheid in Sachen AFEC hinwies und die Verbände aufforderte, ihre statutarischen Bestimmungen im Lichte dieser Entscheidung zu prüfen. Das Sekretariat bat zudem um Zustellung der aktuellen Statuten.

14. Die erneute Prüfung der Statuten der Verbände ergab, dass keine formellen Preisvorgaben mehr existierten. Allerdings ergaben Abklärungen in Kantonen, in denen der Verband vormals Preisempfehlungen abgegeben hatte, Indizien für das Weiterbestehen von Preisabstimmungen.

15. Am 29. März 2001 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung betreffend die Fahrschulen im Kanton Graubünden um abzuklären, ob die Abschaffung der statutarisch vorgesehenen Preisempfehlung zu einer Verstärkung des Wettbewerbs unter den Fahrlehrern geführt hatte oder aber die ehemals empfohlenen Preise immer noch mehrheitlich angewendet wurden. Gegebenenfalls sollte die kartellrechtliche Zulässigkeit eines solchen Verhaltens geprüft werden. Das Sekretariat befragte zu diesem Zweck praktisch alle im Kanton Graubünden tätigen Fahrlehrer, den AVGL, das Strassenverkehrsamt des Kantons Graubünden sowie die Migros-Klubschule. Die Vorabklärung ergab Anzeichen für das Vorhandensein einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Autofahrerlektionen (Kat. B) sowie auf dem Markt für den obligatorischen Verkehrskundeunterricht.

16. Am 15. November 2001 eröffnete daher das Sekretariat mit Einverständnis eines Mitglieds des Präsidiums der Weko gegen den AVGL und seine in der Schweiz ansässigen Aktivmitglieder eine Untersuchung betreffend die Preisgestaltung für den Fahrunterricht im Kanton Graubünden.

17. Die Eröffnung der Untersuchung wurde im Bundesblatt (BBl 2001/VII 6291) und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB 2001 Nr. 233, S. 9467) publiziert. Es erfolgte keine Meldung von Dritten, die sich am Verfahren beteiligen wollten.

18. Zur Vervollständigung der in der Vorabklärung getätigten Sachverhaltserhebungen holte das Sekretariat erneut Auskünfte bei den im Kanton Graubünden tätigen und in der Schweiz ansässigen Fahrlehrer ein, wobei zwischen Mitgliedern des AVGL und Nichtmitgliedern des AVGL unterschieden wurde. Auf eine erneute Befragung der zwei im italienischsprachigen Teil des Kantons Graubünden und dem Tessiner Verband angehörigen Fahrlehrer wurde verzichtet. Den bereits im

---

Rahmen der Vorabklärung befragten Fahrlehrern wurde die Übernahme jener Akten in die Untersuchung angekündigt. Auch dem AVGL und der Migros-Klubschule wurden Ergänzungsfragen unterbreitet.

19. Mit Schreiben vom 18. Februar 2002 unterbreitete das Sekretariat dem AVGL einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 KG zur Beseitigung der festgestellten, nach Ansicht des Sekretariates unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen. Es forderte den AVGL auf mitzuteilen, ob er zu der vorgeschlagenen Regelung Hand biete und bereit sei, seine Mitglieder zum Zweck der Eingehung dieser einvernehmlichen Regelung zu vertreten. Am 5. März 2002 unterbreitete das Sekretariat den Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung auch den Fahrlehrern und forderte sie auf mitzuteilen, ob sie mit einer Vertretung durch den AVGL zum Zweck der Eingehung dieser Regelung einverstanden seien.

20. Die Vertreter des AVGL teilten am 26. März 2002 mit, der AVGL sei gemäss Generalversammlungsbeschluss vom 23. März 2002 bereit, auf Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung einzutreten, ohne dass damit die Anerkennung eines Verstosses gegen das Kartellgesetz verbunden sei. Von den Fahrlehrern erklärten sich 15 mit einer Vertretung durch den AVGL zum Zweck des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung einverstanden; sieben Fahrlehrer erklärten sich nicht einverstanden; die restlichen Fahrlehrer enthielten sich einer Antwort. Das Sekretariat teilte daher dem AVGL und den Fahrlehrern am 11. April 2002 mit, dass es darauf verzichte, den Versuch einer einvernehmlichen Regelung weiter zu verfolgen, wobei es den Parteien freistehe, einen gemeinsamen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung zu unterbreiten. Nachdem das Sekretariat die Untersuchung zu Ende geführt und den Antrag an die Wettbewerbskommission vorbereitet hatte, ersuchte der AVGL noch einmal um Aufnahme der Verhandlungen um eine einvernehmliche Regelung mit ihm und den von ihm vertretenen Mitgliedern.

21. Da sich das Verfahren zu diesem Zeitpunkt bereits im Abschlussstadium befand und deshalb kein zusätzlicher Aufwand mehr entstand, sprach aus Sicht des Sekretariates nichts mehr gegen die Eingehung einer einvernehmlichen Regelung mit nur einem Teil der Parteien, zumal eine klare Mehrheit (38 von 45 Fahrlehrern sowie der Verband) zu dieser Hand bot (vgl. Rz. 96). Mit Datum vom 12. November 2002 beziehungsweise 11. Dezember 2002 kam die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat einerseits und dem AVGL und den von ihm vertretenen Mitgliedern andererseits zustande. Die an der einvernehmlichen Regelung beteiligten Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Antrag des Sekretariates). Die sieben Fahrlehrer, welche sich an der einvernehmlichen Regelung

---

nicht beteiligten, liessen sich zum Verfügungsentwurf ebenfalls nicht vernehmen.

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Anwendbarkeit des KG**

22. 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. 2 Abs. 1 KG).

23. Gemäss der Botschaft zum Kartellgesetz umfasst dessen Geltungsbereich sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann. Im Sinne von Unternehmen vom Gesetz erfasst sind alle Marktteilnehmer, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbstständig als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen (BBl 1995 I 533). Nach der Praxis der Weko sind selbstständig tätige Autofahrlehrer als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG zu betrachten (RPW 2000/2, S. 172).

24. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob das Verhalten des AVGL und seiner Mitglieder hinsichtlich der Preise für Fahrlektionen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 5 KG darstellt. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ist somit gegeben. Ob tatsächlich eine Wettbewerbsabrede vorliegt und wie deren kartellrechtliche Zulässigkeit zu beurteilen ist, wird unter B3 geprüft.

### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

25. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG sind andere Vorschriften vorbehalten, "soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen."

26. Die Ausbildung der Fahrschüler ist in der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51) geregelt:

?? Nach Artikel 17a Absatz 1 VZV ist bei der Anmeldung zur theoretischen Führerprüfung für die Kategorie A, A1, A2, B, C, C1 oder D2 nachzuweisen, dass ein Kurs über Verkehrskunde von acht Stunden Dauer bei einem Fahrlehrer besucht wurde (obligatorischer Verkehrskundeunterricht).

?? Nach Artikel 17b Absatz 1 VZV müssen Bewerber um den Führerausweis der Kategorie A1 (Motorrad mit einem Hubraum bis 125 cm<sup>3</sup>) innert zwei Monaten seit Erteilung des Lernfahrausweises eine praktische Grundschulung von acht Stunden Dauer bei einem Inhaber des Fahrlehrerausweises der Kategorie IV absolvieren.

---

27. Die Preise für Fahrlektionen für diese obligatorischen Ausbildungen sind gesetzlich nicht geregelt; die Kantone können allerdings einen Höchsttarif für den obligatorischen Fahrunterricht festlegen (Art. 15 Abs. 4 SVG).

28. Im Kanton Graubünden hat der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht; ohnehin hätte dies die Preisgestaltung unter den Fahrlehrern der Beurteilung der Weko nicht entzogen (RPW 2000/2, S. 174).

### **B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Preisgestaltung?**

29. Nach 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 wirklichen Wettbewerbs führen, unzulässig.

#### *B.3.1 Wettbewerbsabrede*

30. 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). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

31. Die auf eine Kostenberechnung gestützten Tarifvorgaben für den obligatorischen Verkehrskundeunterricht und für Fahrstunden der Kategorie B, welche der AVGL seinen Mitgliedern bis im Jahr 1997 anlässlich der Generalversammlungen bekannt gab, wären als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren gewesen. Indem sie in der Generalversammlung über die Höhe der Tarife abstimmten, einigten sich die Mitglieder des AVGL direkt über die Preise, die sie ihren Kunden für die entsprechenden Leistungen verrechnen würden. Die Einigung auf diese Tarifvorgaben beruhten demnach auf einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Mitglieder des AVGL, und sie bezweckte und bewirkte zudem eine Wettbewerbsbeschränkung (vgl. RPW 2000/2, S. 172).

32. Eine explizite Einigung auf bestimmte Tarife gibt es seit dem 21. März 1998 nicht mehr; es wird an den Generalversammlungen nicht mehr über Tarifvorgaben abgestimmt. Dennoch wird zu prüfen sein, inwiefern die alte Preisempfehlung noch Auswirkungen auf den Markt zeitigt (vgl. Rz. 35 ff.). Die über weite Strecken gleichförmige Preispolitik der Mitglieder des AVGL ist zudem auch im Lichte der nunmehr abgegebenen Kalkulationshilfe zu würdigen.

---

33. Ein kartellrechtlich unzulässiges Verhalten kann auch vorliegen, wenn die Parteien ihr Verhalten aufeinander abstimmen, ohne eine explizite Vereinbarung zu treffen (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem Marktverhalten der anderen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt (BGE 124 III 495 E. 2a; RPW 1997/4, S. 471, Rz. 13; RPW 2001/3, S. 515). Davon zu unterscheiden ist das erlaubte Parallelverhalten (sog. natürliches Parallelverhalten), welches vom Abredebegriff im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erfasst ist. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere Unternehmen auf eine bestimmte Marktentwicklung unabhängig vom Marktverhalten anderer mit gleichem oder gleichförmigem Marktverhalten reagieren (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 150; vgl. Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I S. 545). Unterscheidungskriterium ist demnach, ob die Parteien mit ihrem Verhalten einen bestimmten "Plan" verfolgen, dass die Unternehmen also das Verhalten ihrer Konkurrenten antizipieren können und ihr eigenes Verhalten danach richten (STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN/DAVID [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2: Kartellrecht, S. 69; EuGH, Slg. 1972, 830 Rz 26, GEIGY/KOMMISSION; EuGH, Slg. 1972, 619 ff., Imperial Chemical Industries Ltd).

34. Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Gleichförmigkeit der Preisgestaltung für Fahrlektionen der Kategorie B und den obligatorischen Verkehrskundeunterricht unter den Mitgliedern des AVGL auf einer bewussten und gewollten Verhaltensabstimmung beruht. Basis für das "planmässige" Verhalten beziehungsweise für die Antizipierbarkeit des Verhaltens der anderen Parteien bildet einerseits die ehemalige Preisempfehlung des AVGL und andererseits die von dessen Präsidenten erstellte und den Mitgliedern abgegebene Kalkulationshilfe.

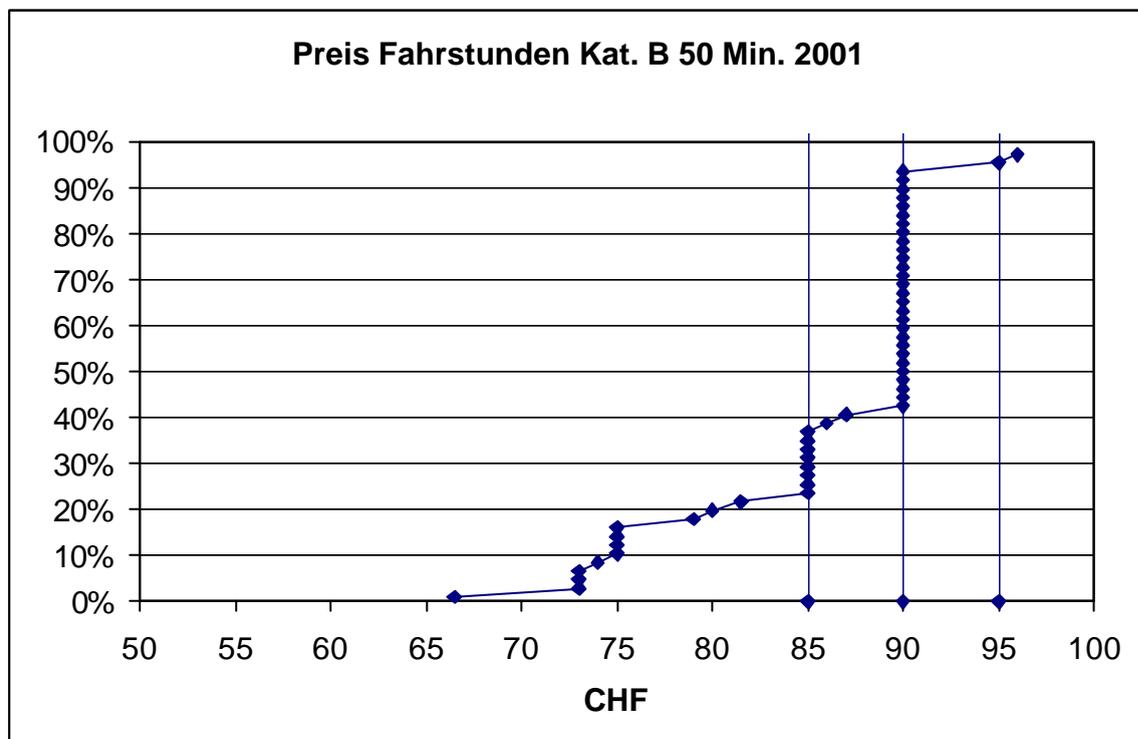
### **B.3.1.1 Ehemalige Preisempfehlung**

35. Was die **Fahrlektionen der Kategorie B** betrifft, bieten einzelne Fahrlehrer unterschiedliche Preise je nach Zahlungsweise; insbesondere werden Rabatte für Barzahlung oder Vorauszahlung gewährt. Für die Fahrschüler dürfte der tiefste erhältliche Preis im Vordergrund stehen. Im Weiteren bieten einzelne Fahrlehrer ihren Schülern die Möglichkeit, zwischen zwei verschiedenen Fahrzeugen zu wählen und verrechnen für die entsprechenden Lektionen unterschiedliche Preise. Auch hier ist aus den selben Überlegungen der tiefere Preis in Betracht zu ziehen. Selbst wenn man diesen Unterschieden jedoch Rechnung trägt, kommt man zum Schluss, dass **52%** der im Jahr 2001 als Fahrlehrer tätigen Mitglieder des AVGL für 50 Minuten Fahrlektionen in der

---

Kategorie B einen Preis von CHF 90.- verlangten, was genau dem ehemals vom Verband empfohlenen Preis entspricht.

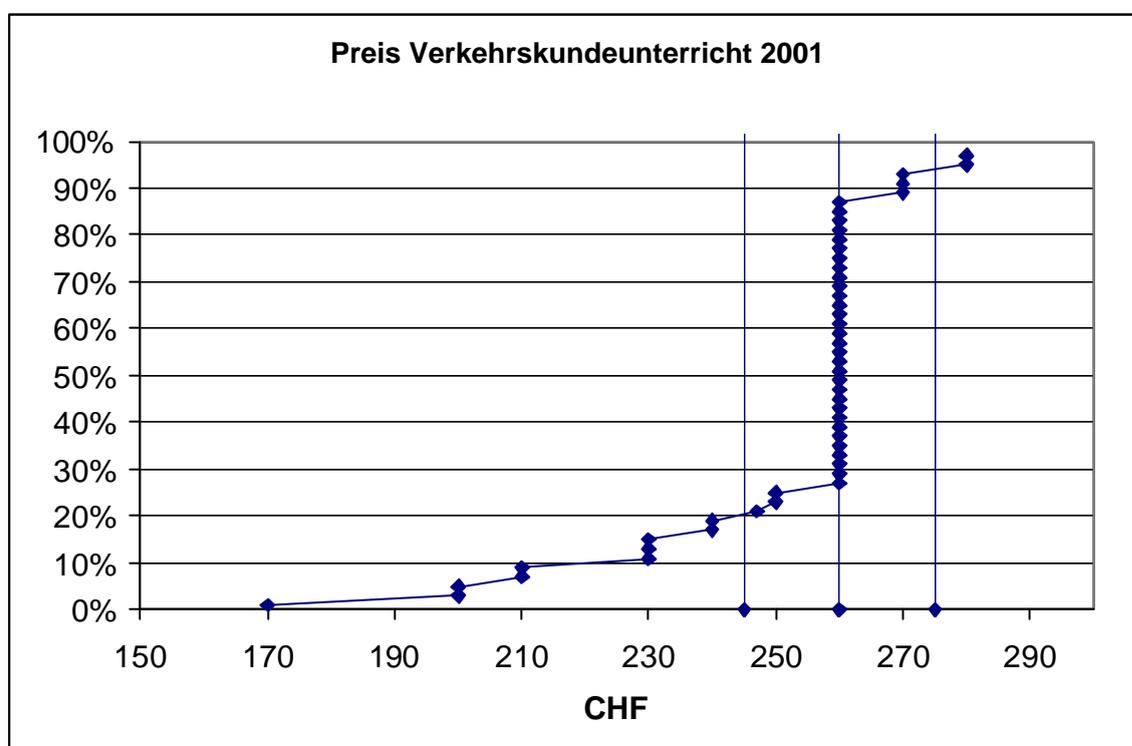
36. Die alte Preisempfehlung wirkt sich in verschiedener Hinsicht auf die heutige Preispolitik der Fahrlehrer aus: Die Mehrheit von ihnen verlangt immer noch genau diesen Preis. Andere Fahrlehrer setzen ihren Preis zwar nicht genau auf CHF 90.- fest, orientieren sich aber dennoch am ehemals empfohlenen Preis, indem sie ihre Preise nur wenig darüber oder darunter ansetzen. Man kann sich sogar fragen, ob nicht sämtliche Marktteilnehmer, welche die alte Preisempfehlung gekannt haben, von dieser bei der Festsetzung ihrer Preise beeinflusst werden (vgl. Rz. 45). Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung wurden nur diejenigen Fahrlehrer einbezogen, deren Preise sich in einem Rahmen von  $\pm 5\%$  des ehemals empfohlenen Preises bewegen. Der Marktanteil der Abrede erhöht sich damit auf **74%**. Einen Überblick diesbezüglich gibt die folgende Grafik:



37. Aus der Grafik ist ersichtlich, dass die Mehrheit der Fahrlehrer den Preis von CHF 90.- genau einhält. Mehrere Fahrlehrer bewegen sich mit ihren Preisen in der Nähe von CHF 90.- ( $\pm 5\%$ ). Nur vereinzelte Fahrlehrer verlangen deutlich andere Preise: Der günstigste Fahrlehrer (CHF 66.50 pro 50 Minuten Fahrlektion) sowie ein weiterer (CHF 73.-) gehören keinem Verband an. Zwei Fahrlehrer (je 73.-) sind Mitglieder des Tessiner Fahrlehrerverbandes FASI. Einer (CHF 79.-) ist bei der Klubschule Migros als Fahrlehrer angestellt (und ist Mitglied des AVGL). Der Grafik kann sodann entnommen werden, dass die Absprache eher zu höheren Preisen führt; diejenigen Fahrlehrer, die an der

Absprache nicht teilnehmen, verlangen zumeist niedrigere Preise als CHF 90.-.

38. Was den **obligatorischen Verkehrskundeunterricht** anbelangt, so bieten einige Fahrlehrer Preise an, welche das Lehrmittel einschliessen, andere nicht. Zum Zwecke der Vergleichbarkeit werden im vorliegenden Verfahren die jeweils unter Ausschluss des Preises für das Lehrmittel, welches etwa CHF 25.- bis 30.- kostet, berücksichtigt. Im Jahr 2001 verlangten **64%** der Aktivmitglieder des AVGL CHF 260.- für die vier Doppellektionen des obligatorischen Verkehrskundeunterrichts. Berücksichtigt man wiederum auch die Fahrlehrer, deren Preise sich in einem Rahmen von +/-5% dieses ehemals empfohlenen Preises bewegen, so erhöht sich die Zahl auf **74%**. Einen Überblick diesbezüglich gibt die folgende Grafik:



Zur Interpretation der Grafik vergleiche oben Randziffer 36. Das günstigste Angebot macht hier die Migros (CHF 170.-).

39. In beiden Fällen bietet somit nach wie vor eine Mehrheit der aktiven Mitglieder des AVGL diese beiden Leistungen zum ehemals vom AVGL empfohlenen Preis an. Es darf mithin davon ausgegangen werden, dass die ehemalige Preisempfehlung diesen Fahrlehrern als Mittel für die Koordination ihrer Preise dient (vgl. auch Rz. 71 und 76).

### **B.3.1.2 Kalkulationshilfe**

40. Im Weiteren stellt der AVGL seinen Mitgliedern für Fahrstunden der Kategorie B eine jährlich überarbeitete Kalkulationshilfe zur Verfügung. Wie in Randziffer 86 ff. zu zeigen sein wird, erfüllt diese Kalkulationshilfe die von der Weko in ihrer diesbezüglichen Bekanntma-

chung (RPW 1998/2, S. 351 ff.) dargelegten Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen *nicht*, sondern stellt faktisch eine Preisempfehlung dar.

41. Im Fall AFEC wurde die durch Abstimmung in der Generalversammlung des Fahrlehrerverbandes zustande gekommene Preisempfehlung als nicht erzwingbare *Vereinbarung* betrachtet, weil sie infolge Einstimmigkeit des Abstimmungsergebnisses auf einer gegenseitigen Willensübereinstimmung beruhte (RPW 2000/2, S. 172). Im vorliegenden Fall wird die Kalkulationshilfe durch den Präsidenten des AVGL erstellt und an die Mitglieder abgegeben, ohne dass sich diese dazu äussern könnten. Somit kann nicht von einer Vereinbarung gesprochen werden. Dagegen kann die *Befolgung* von Preisempfehlungen eine *abgestimmte Verhaltensweise* darstellen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 268, und dortige Hinweise).

42. Folglich muss vorliegend geklärt werden, ob die mittels der Kalkulationshilfe ausgesprochene Empfehlung befolgt wird. Diese wird jährlich durch den Präsidenten des AVGL erstellt. Im Jahr 1997, als die Generalversammlung des AVGL noch per Abstimmung eine Preisempfehlung erliess, betrug der vom Präsidenten errechnete Idealpreis CHF 88.07; empfohlen wurde ein Preis von CHF 90.-. Der vom Präsidenten mit der Kalkulationshilfe berechnete Idealpreis entwickelte sich danach wie folgt: Im Jahr 1998 betrug er CHF 88.07; im Jahr 1999 CHF 92.06, im Jahr 2000 CHF 92.59 und im Jahr 2001 ebenfalls CHF 92.59. Abgerundet ergab sich somit weiterhin ein Preis von CHF 90.-, was der alten Preisempfehlung entspricht (vgl. Rz. 35).

43. Die Kalkulationshilfe wird den Mitgliedern des AVGL anlässlich der Generalversammlungen verteilt oder jedenfalls zur Verfügung gestellt. Obwohl jeweils nicht sämtliche Mitglieder des AVGL an dessen Generalversammlungen teilnehmen (es sind jedes Jahr etwa dreissig), möglicherweise nicht alle der Teilnehmenden ein Exemplar der Kalkulationshilfe mitnehmen und die meisten Fahrlehrer angeben, diese bei der Berechnung ihrer Preise nicht zu berücksichtigen, so lässt sich doch feststellen, dass die Preise seit 1997 grösstenteils dieselben geblieben sind.

44. Diese Kalkulationshilfe ist, wenn sie auch nicht auf den Rappen genau befolgt wird, unzweifelhaft ein Instrument zur Verhaltensabstimmung bei der Preisgestaltung für Autofahrstunden.

45. Im Übrigen kann man sich fragen, ob Marktteilnehmer, die von der Berechnung eines Idealpreises Kenntnis genommen haben (und wissen, dass diese Berechnung auch ihren Konkurrenten zugänglich ist), in der Kalkulation ihrer Preise *überhaupt* noch als unabhängig betrachtet werden können, selbst wenn sich ihre Beeinflussung nachfolgend nicht in der Gleichförmigkeit ihrer Preispolitik manifestiert. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob aus der gemeinsamen Kennt-

---

nisnahme einer Preisempfehlung nicht bereits *per se* auf eine Verhaltensabstimmung zu schliessen wäre. Die Frage kann hier offen gelassen werden, zumal sich vorliegend, wie gezeigt, die Verhaltensabstimmung in der Gleichförmigkeit der Preise manifestiert (vgl. KILLIAS, in CR Concurrence, Art. 4 Abs. 1 KG N. 29).

### **B.3.1.3 Zwischenergebnis**

46. Nach dem Gesagten ist die festgestellte Übereinstimmung in der Preispolitik der Mitglieder des AVGL, die den empfohlenen Preis anbieten oder von diesem nicht mehr als +/-5% abweichen, Ergebnis eines wissentlichen und willentlichen Verhaltens, mit dem die Fahrlehrer eine Beschränkung des Preiswettbewerbs bezwecken und bewirken.

47. Die Verhaltensabstimmung stützt sich - namentlich was den Preis für den obligatorischen Verkehrskundeunterricht anbetrifft - auf die alten Preisempfehlungen, deren Geist auch seit ihrer formellen Abschaffung im Jahr 1998 durch Aufrufe zur "Einhaltung der Preise" aufrecht erhalten wird.

48. Eine Verhaltensabstimmung wird zudem durch die Kalkulationshilfe ermöglicht, welche mittels Einsatzes von in Schweizer Franken bestimmten Posten die Errechnung eines "Idealpreises" für Fahrstunden der Kategorie B aufzeigt.

49. Da die Kostenstruktur bei den verschiedenen Fahrlehrern nicht homogen ist (verschiedene Automarken, unterschiedlich lange Anfahrtswege zu den Fahrschülern etc.), wäre die Preisstruktur für Fahrstunden im Kanton Graubünden unter normalen Umständen recht heterogen. Die alte Preisempfehlung sowie die Kalkulationshilfe geben jedoch den Mitgliedern des AVGL die Möglichkeit, die Preisstrategie ihrer Konkurrenten vorzusehen und sich dieser anzupassen. Anstatt ihre Preise individuell aufgrund eigener Kostenberechnungen zu bestimmen, setzen die Fahrlehrer sie anhand des ihnen bekannten "Einheitspreises" fest, den auch ihre Konkurrenten zur Anwendung bringen. Anlässlich der Generalversammlungen des AVGL kommt es zudem weiterhin vor, dass der Präsident zur Respektierung der Tarife beziehungsweise zum Verzicht auf Preisdumping aufruft. Auch wenn diese Aufrufe unilateral erfolgen, so richten sie sich doch an sämtliche Fahrlehrer und dienen diesen zur Antizipation des Verhaltens der anderen, somit also als Instrument einer wissentlichen und willentlichen Verhaltensabstimmung. Es liegt somit eine den Wettbewerb beschränkende abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vor.

### *B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs?*

50. Um die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede zu beurteilen, ist weiter zu prüfen, ob diese den Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt oder erheblich beeinträchtigt. Bei Abreden über die direkte

oder indirekte Festsetzung von Preisen unter Konkurrenten wird nach Artikel 5 Absatz 3 KG vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Dies trifft vorliegend zu, da die Fahrlehrer miteinander im Wettbewerb stehen. Kann diese Vermutung nicht umgestossen werden, ist damit der Nachweis der Unzulässigkeit der Abrede erbracht. Wird die Vermutung umgestossen, ist weiter zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht nach Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden kann. Um diese Fragen zu prüfen, ist zunächst der relevante Markt abzugrenzen.

### **B.3.2.1 Relevanter Markt**

#### **a) Sachlich relevanter Markt**

51. Der sachlich relevante 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

52. Aus Sicht der Fahrschüler hängt die Auswahl der Kurs- beziehungsweise Lektionenart davon ab, welchen Fahrausweis sie erwerben wollen. Fahrstunden, die für den Erwerb des Fahrausweises der einen Kategorie angeboten werden, sind daher mit solchen einer anderen Kategorie nicht substituierbar. Der sachliche Markt beschränkt sich somit jeweils auf die obligatorischen Fahrstunden (Art. 17a und b VZV) beziehungsweise auf die freiwilligen Theorie- und Fahrlektionen, die im Hinblick auf den Erwerb eines Fahrausweises einer bestimmten Kategorie (Art. 3 VZV) angeboten werden (RPW 2000/2, S. 174).

53. Im Bereich der Erteilung von Fahrlektionen sind folgende sachlich relevanten Märkte zu unterscheiden:

- ?? der obligatorische Verkehrskundeunterricht (Art. 17a VZV)
- ?? der obligatorische Grundkurs für Motorrad (Art. 17b VZV)
- ?? Fahrlektionen für Motorräder (Kat. A)
- ?? Fahrlektionen für Auto (Kat. B)
- ?? Fahrlektionen für Lastwagen (Kat. C)
- ?? Fakultativer Theorieunterricht

Im vorliegenden Fall hat die Vorabklärung Anzeichen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich des obligatorischen Verkehrskundeunterrichts sowie der Autofahrstunden (Kat. B) ergeben. Im Rahmen der Untersuchung wurden diese beiden Märkte näher analysiert.

---

**b) Räumlich relevanter Markt**

54. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die vom sachlichen Markt umfassten Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

55. Theoretisch könnten Fahrschüler auf dem ganzen Gebiet der Schweiz obligatorischen oder praktischen Fahrunterricht nehmen. Faktisch werden sie die Fahrkurse aber in ihrem Wohnsitzkanton belegen; auf diese Weise können sie Dauer und Kosten des Hin- und Rückwegs minimieren. Der räumlich relevante Markt beschränkt sich daher im Grundsatz auf den Wohnsitzkanton der Fahrschüler (RPW 2000/2, S. 175), vorliegend also auf das Gebiet des Kantons Graubünden.

56. Eine kleinere Zahl von Fahrschülern unterzieht sich der Fahrprüfung in einem anderen Kanton; es handelt sich dabei allerdings um eine unbedeutende Minderheit. Nach den Auskünften des Strassenverkehrsamtes machen jährlich etwa 150 von gesamthaft etwa 3'160 (2000) im Kanton Graubünden domizilierten Kandidaten für die Fahrprüfung der Kategorie B die Prüfung in einem anderen Kanton. Umgekehrt machen etwa 200 Kandidaten aus anderen Kantonen die Autofahrprüfung im Kanton Graubünden. Das proportionale Gewicht dieser Fahrschüler ist daher sehr gering und lässt nicht grundsätzlich auf eine höhere Mobilität der Fahrschüler schliessen, welche eine weiter gefasste Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes rechtfertigen würde.

57. Umgekehrt fragt sich, ob aufgrund der topografischen und sprachlichen Eigenheiten des Kantons Graubünden einzelne räumliche Märkte innerhalb der Kantonsgrenzen abzugrenzen sind. Jedenfalls die Region des Engadins dürfte aufgrund seiner topografischen Abgeschlossenheit als eigener räumlicher Markt zu werten sein. Die auf ihr räumliches Einzugsgebiet bezogenen Antworten der Fahrlehrer lassen zudem darauf schliessen, dass die Region Chur, das Rheintal und die umliegenden Täler für die meisten von ihnen das Hauptgebiet ihrer Aktivitäten darstellen. Die Fahrlehrer des Engadins sind grundsätzlich nur dort tätig, während die anderen Fahrlehrer in der Regel nur ausserhalb des Engadins Stunden erteilen. Das Val Mesolcina wäre - auch aus sprachlichen Gründen - wohl eher dem Tessin zuzuordnen; die dort tätigen Fahrlehrer gehören denn auch dem Tessiner Autofahrlehrerverband an.

58. Als räumlich relevante Märkte könnten demnach die Region Chur mit dem Rheintal und den umliegenden Tälern einerseits und das Engadin andererseits betrachtet werden. Da aber die Fahrlehrer dieser beiden Regionen demselben Verband angehören und in gleicher Weise eine abgestimmte Preispolitik betreiben und ausserdem eine engere räumliche Marktabgrenzung die wettbewerbsschädliche Wirkung der

abgestimmten Verhaltensweise nur verstärken würde, kann auf diese Unterteilung verzichtet werden.

### **B.3.2.2 Widerlegung der Vermutung**

59. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG).

60. Die Festsetzung der Preise für die den Fahrschülern erbrachten Leistungen (Fahrstunden und Verkehrskundeunterricht) beruht auf einer abgestimmten Verhaltensweise unter den Mitgliedern des AVGL. Somit liegt eine Preisabrede unter konkurrierenden Unternehmen vor, in Bezug auf welche Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vermutet, dass sie den wirksamen Wettbewerb beseitigt.

61. Die Vermutung der Unzulässigkeit der Abrede kann umgestossen werden, wenn sich zeigt, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 2000/2, S. 175; ZÄCH, a.a.O., S. 175 ff.).

62. Vorliegend erfolgt Aussenwettbewerb durch folgende Konkurrenten: a) die Fahrlehrer und Fahrschulen, welche nicht Mitglied des AVGL sind, b) Mitglieder des AVGL, die an der Abrede nicht beteiligt sind und c) Inhaber von Führerausweisen, welche selber Autofahrstunden erteilen.

a) Die erste Kategorie von Konkurrenten (Nichtmitglieder des AVGL) besteht hauptsächlich aus fünf Fahrlehrern. Zwei von diesen sind Mitglied beim Tessiner Fahrlehrerverband und offerieren sowohl für Fahrstunden wie auch für den Verkehrskundeunterricht tiefere Preise. Zwei weitere Fahrlehrer, welche keinem Verband angehören, offerieren ebenfalls deutlich tiefere Preise. Über den Fünften konnten keine Informationen beschafft werden. Nach Angaben des Strassenverkehrsamtes kommen drei bis vier weitere Fahrlehrer hinzu, welche in anderen Kantonen registriert, jedoch auch im Kanton Graubünden tätig sind.

b) In die zweite Kategorie von Konkurrenten fallen die Mitglieder des AVGL, die an der Abrede nicht beteiligt sind, da sie der hier beschriebenen abgestimmten Verhaltensweise nicht folgen. Bei den Fahrstunden sind es neun Fahrlehrer, wovon acht tiefere Preise (Rabatte, Abonnemente) oder längere Fahrlektionen anbieten. Für Fahrschüler stellen diese Angebote eine Alternative zum einheitlichen Angebot der an der Abrede Beteiligten dar. Betreffend den Verkehrskundeunterricht sind es zehn Fahrlehrer, wovon acht tiefere Preise anbieten. Anzumerken ist, dass es sich nicht zwingend um die gleichen Fahrlehrer handelt. Auch hier stellen die Angebote eine Alternative für die Fahrschüler dar.

---

c) Die letzte Kategorie besteht aus Haltern von Führerausweisen, welche - soweit sie seit wenigstens drei Jahren den schweizerischen oder einen gültigen ausländischen Führerausweis besitzen (Art. 16 Abs. 2 VZV) und im Jahr nicht mehr als zwei Fahrschüler ausbilden, zu denen sie keine nähere Beziehung haben (Art. 47 Abs. 1 VZV) - selber Autofahrlektionen erteilen dürfen. Die Konkurrenz durch diese Kategorie spielt insbesondere für die Autofahrlektionen. Sie spielt keine Rolle für den obligatorischen Verkehrskundeunterricht, da nur ausgewiesene Fahrlehrer und Instruktoren diese Kurse anbieten können.

63. Nach dem Gesagten ist ein Aussenwettbewerb, wenn auch nur in beschränktem Umfang, vorhanden.

64. Die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG kann somit umgestossen werden. Nunmehr ist zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt.

### *B.3.3 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung*

65. Die Erheblichkeit einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs beurteilt sich sowohl nach qualitativen wie nach quantitativen Kriterien (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 157 ff.; RPW 2000/2, S. 177; RPW 2000/3, S. 361).

#### **B.3.3.1 Qualitative Beeinträchtigung**

66. Der Preis stellt einen Wettbewerbsparameter dar, der grundsätzlich auf dem Markt eine wichtige Rolle spielt. Wenn das Kartellgesetz bei horizontalen Preisabreden grundsätzlich vermutet, dass sie negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), so weist dies auf die Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters hin. Die Wettbewerbskommission hat die Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters als qualitatives Erheblichkeitskriterium in ihrer Praxis mehrfach bestätigt (RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW 1999/3, S. 441 ff.; RPW 2000/2, S. 177; RPW 2000/3, S. 362).

67. Eine Preisfixierung mittels einer vom Verband herausgegebenen Empfehlung, wie der AVGL sie bis anfangs 1998 pflegte, oder mittels einer vom Verbandspräsidenten abgegebenen einseitigen Bekanntgabe eines "Idealpreises", wie es seither praktiziert wird, beeinträchtigt den wirksamen Wettbewerb, indem sie den Marktteilnehmern erlaubt, die Preispolitik ihrer Konkurrenten mit einem gewissen Grad an Zuverlässigkeit zu antizipieren.

68. Die vom AVGL und seinen Mitgliedern verfolgte Tarifpolitik erfüllt somit die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.

#### **B.3.3.2 Quantitative Beeinträchtigung**

69. Für die Analyse der Frage, ob eine quantitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, sind die aktuelle Konkurrenz (a), die

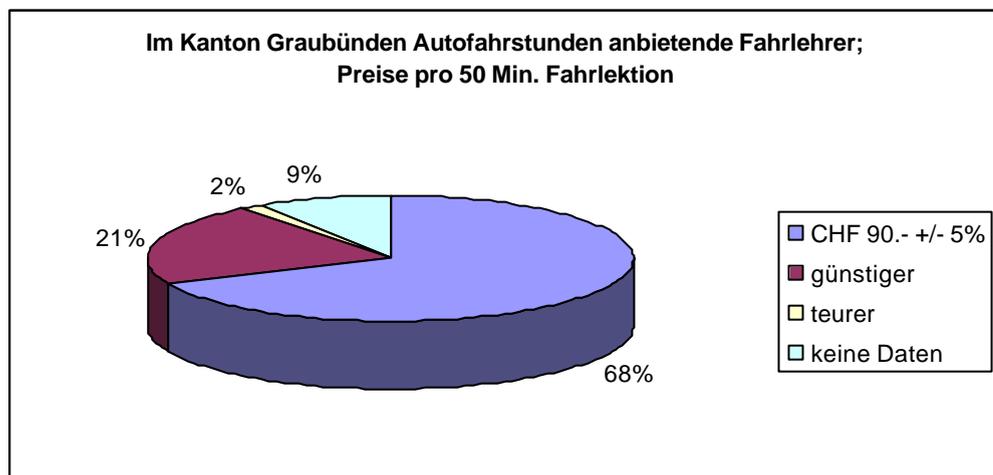
---

potenzielle Konkurrenz (b) und die Stellung der Marktgegenseite (c) zu berücksichtigen (RPW 2000/2, S. 177).

### a) Aktuelle Konkurrenz

70. Für **Autofahrstunden (Kat. B)** haben die Abklärungen des Sekretariates Folgendes ergeben:

71. Von 59 aktiven Fahrlehrern, welche diesen Kurstyp im Jahr 2001 angeboten haben, nehmen 40 Fahrlehrer an der abgestimmten Verhaltensweise teil (Rz. 36 und 46), was einem Prozentanteil von 68% aller im Kanton Graubünden diesen Unterrichtstyp anbietenden Fahrlehrer entspricht. 13 Fahrlehrer mit unterschiedlicher Verbandszugehörigkeit haben Preise, welche sich von den abgestimmten Preisen der an der Abrede beteiligten Parteien unterscheiden. Von diesen bieten 12 Fahrlehrer tiefere Preise an. Einen Überblick diesbezüglich gibt die folgende Grafik:



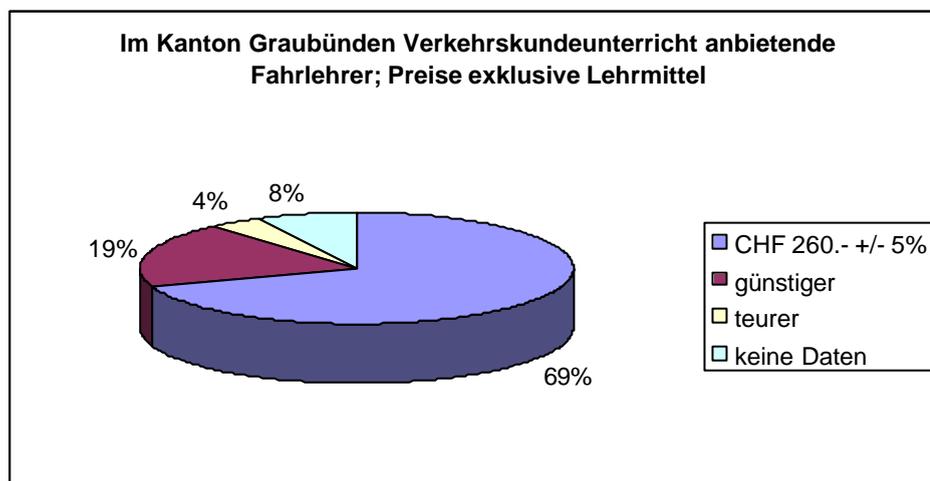
72. Die Quote der an der Abrede Teilnehmenden macht somit einen grossen Prozentsatz aus, während bloss eine schwache Konkurrenz durch Aussenseiter vorhanden ist. Von den Aussenseitern sind zwei Fahrlehrer, die einem Tessiner Verband angehören, nur im italienischen Teil des Kantons tätig und daher nicht in der Lage, Druck auf die im restlichen Teil des Kantons verlangten Preise auszuüben (wobei vor allem geografische Gründe eine Rolle spielen). Die Klubschule Migros ist nur mit einem Fahrlehrer in der Region Chur tätig. Aufgrund der Topografie des Kantons (vgl. Abgrenzung des räumlichen Markts) ist das Tätigkeitsgebiet der Fahrlehrer beschränkt, was den Einfluss des Wettbewerbs durch die wenigen an der Abrede nicht Teilnehmenden generell einschränkt.

73. Wie bereits weiter oben erwähnt wurde (Rz. 8), gibt es drei bis vier Fahrlehrer, welche in einem anderen Kanton registriert sind und gelegentlich im Kanton Graubünden Unterricht geben. Ihr Einfluss ist jedoch auf einen kleinen Marktanteil im Norden des Kantons beschränkt.

74. Betreffend die Konkurrenz durch Inhaber von Führerausweisen (vgl. Rz. 57, Bst. c) ist zu erwähnen, dass ihnen keine bedeutende Rolle zukommen kann, nimmt doch eine überwältigende Mehrheit (ca. 95%) der Fahrschüler eine Anzahl Fahrstunden bei einem ausgewiesenen Fahrlehrer.

75. Für den **obligatorischen Verkehrskundeunterricht** haben die Abklärungen des Sekretariates Folgendes ergeben:

76. Von 55 Fahrlehrern, welche diesen Kurstyp im Jahr 2001 angeboten haben, nehmen 38 an der beschriebenen Abrede teil, was einem Prozentsatz von 69% aller im Kanton Graubünden diesen Unterrichtstyp anbietenden Fahrlehrer entspricht (vgl. Rz. 37). 12 Fahrlehrer mit unterschiedlicher Verbandszugehörigkeit haben Preise, welche sich von den abgestimmten Preisen der an der Abrede Beteiligten unterscheiden. Von diesen bieten zehn tiefere Preise an (19%). Einen Überblick diesbezüglich gibt die folgende Grafik:



77. Auch hier ist die Quote der Teilnahme an der Abrede bedeutend. Der Aussenwettbewerb ist schwach, wobei dieselben Gründe anzuführen sind wie bei den Autofahrstunden. Da die Inhaber von Führerausweisen nicht befugt sind, Verkehrskundekurse anzubieten, stellen sie keine Alternative dar.

78. Aufgrund des bisher Gesagten ist anzunehmen, dass die Abstimmung der Preispolitik unter den Bündner Fahrlehrern den Wettbewerb sowohl auf dem Markt für Autofahrstunden (Kat. B) als auch auf dem Markt für Verkehrskundeunterricht erheblich beeinträchtigt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob dieses Ergebnis durch das Vorhandensein von potenzieller Konkurrenz in Frage gestellt wird.

### **b) Potenzielle Konkurrenz**

79. Es gilt zu untersuchen, welche potenziellen Anbieter dem Markt rasch zutreten könnten und darum bereits jetzt eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Fahrlehrer ausüben:

80. *Graubündnerische Fahrlehrer, welche noch keine Autofahrstunden oder Verkehrskundeunterricht anbieten:* Unter Ausnahme von einem oder zwei Fahrlehrern (welche z.B. nur Motorradfahrstunden anbieten) bieten alle im Kanton Graubünden tätigen Fahrlehrer Autofahrstunden (Kat. B) an. Vier Fahrlehrer bieten keinen Verkehrskundeunterricht an und haben nach eigenen Angaben nicht vor, ihr Angebot in Zukunft zu erweitern.

81. *Fahrlehrer von angrenzenden Kantonen:* Wegen des Zeit- und Kostenaufwandes kennzeichnen sich Angebot und Nachfrage von Fahrstunden durch sehr geringe Mobilität. Diese Feststellung findet ihre Bestätigung in der Tatsache, dass nach den Angaben des Strassenverkehrsamtes des Kantons Graubünden nur gerade drei bis vier Fahrlehrer aus anderen Kantonen im Kanton Graubünden tätig sind. Die Konkurrenz durch diese Fahrlehrer ist somit schwach und beschränkt sich auf die Grenzregionen zu anderen Kantonen. Dies dürfte sich auch künftig nicht ändern.

82. *Neue graubündnerische Fahrlehrer:* Für die Kategorie B werden jedes Jahr zirka zwei bis drei neue Fahrlehrer registriert. Aufgrund ihrer geringen Zahl können die Neueinsteiger den bisherigen Fahrlehrern keine massgebende Konkurrenz bieten. Ausserdem ergab sich aus den eigenen Angaben der vom Sekretariat befragten Fahrlehrern, welche dem Markt in den letzten Jahren zugetreten waren, dass sich diese ebenfalls der von den anderen praktizierten Preispolitik (CHF 90.- für Kat. B, CHF 260.- für obl. Verkehrskundeunterricht) angepasst haben. Somit besteht auch keine potenzielle Konkurrenz durch Neueinsteiger auf dem Markt.

83. *Migros Klubschule:* Die Migros Klubschule ist nur in der Region Chur vertreten. Da es im Kanton Graubünden keine weitere Klubschule gibt, ist nicht zu erwarten, dass die Migros ihr Tätigkeitsfeld in grösserem Mass räumlich ausdehnen wird.

84. Aus dem Dargelegten ist ersichtlich, dass die potenzielle Konkurrenz auf dem Markt für Autofahrstunden der Kategorie B beziehungsweise für den obligatorischen Verkehrskundeunterricht zu schwach ist, um Druck auf die Preispolitik der aktuellen Anbieter auszuüben.

### **c) Stellung der Marktgegenseite**

85. Marktgegenseite der Fahrlehrer sind die Fahrschüler.

86. Betreffend den **Verkehrskundeunterricht** ist bei der Anmeldung zur theoretischen Führerprüfung für die Kategorien A, A1, A2, B, C, C1 und D2 nachzuweisen, dass ein solcher Kurs bei einem Fahrlehrer besucht wurde (Art. 17a VZV). Aufgrund des gesetzlichen Obligatoriums ist es den Fahrschülern nicht möglich, andere als die gesetzlich zugelassenen Leistungserbringer zu wählen. Zudem organisieren sich die Fahrschüler in der Regel nicht gemeinsam, um die Preise mit den

---

Fahrlehrern auszuhandeln; es dürfte ihnen auch kaum möglich sein, die Namen der anderen Fahrschüler ausfindig zu machen. Die Stellung der Fahrschüler erlaubt es ihnen somit nicht, das Konkurrenzverhalten der Fahrlehrer im Bereich des Verkehrskundeunterrichts zu beeinflussen.

87. Betreffend den **Autofahrstunden** ist darauf hinzuweisen, dass die Mehrheit der Fahrschüler vor der Fahrprüfung bei einem Fahrlehrer Lektionen nimmt (ca. 95%). Da die Fahrschüler die Ansprüche der kantonalen Experten selbst nicht kennen, können sie ohne Anleitung eines Fahrlehrers auch schwerlich den Zeitpunkt bestimmen, ab welchem sie für die Fahrprüfung genügend vorbereitet sind. Damit kann der Fahrlehrer auf die Anzahl Fahrstunden, welche für die Vorbereitung der Fahrprüfung als nötig erachtet werden, Einfluss nehmen. Auch hier gilt das soeben Gesagte, wonach die in der Regel fehlende Organisation unter den Fahrschülern ihrer Verhandlungsposition geringes Gewicht verleiht. Die Stellung der Handelspartner kann somit die Ergebnisse aus der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz nicht ändern.

#### **d) Ergebnis**

88. Aufgrund der Analyse der aktuellen und potenziellen Konkurrenz wie auch der Stellung der Marktgegenseite kann festgestellt werden, dass der Wettbewerb im Markt für Autofahrstunden wie auch im Markt für Verkehrskundeunterricht erheblich beeinträchtigt ist.

#### *B.3.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen*

89. Abreden, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind unzulässig, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 1 KG).

90. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

91. Wie bereits oben erwähnt wurde (Rz. 40), stellt der AVGL seinen Mitgliedern eine Kalkulationshilfe zur Verfügung, welche der Bestimmung der Tarife für Fahrstunden dient. Kalkulationshilfen sind gemäss Artikel 2 der diesbezüglichen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission (RPW 1998/2, S. 351 ff., im Folgenden "Bekanntmachung") "standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen." Artikel 3

der Bekanntmachung nennt die Voraussetzungen, unter welchen eine Kalkulationshilfe aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Verlangt wird insbesondere, dass sie inhaltlich auf Angaben und Formeln zur Kalkulation der Kosten oder Bestimmung der Preise beschränkt sind (Bst. a) und dass sie in keinem Fall die genaue Bestimmung von Endpreisen erlauben (Bst. d).

92. Im vorliegenden Fall geht die an die Mitglieder des AVGL abgegebene "Kalkulationshilfe" von einem konkreten Nettoeinkommen aus und zeigt anhand von in Schweizer Franken bezifferten Beispielen, welche Posten hierfür zu berücksichtigen sind. Sie mündet in eine sehr präzise Preisempfehlung von CHF 92.59 (für das Jahr 2001). Das Dokument bezweckt somit nicht den Austausch von Wissen und Fähigkeiten im Bereich der Kostenberechnung (Art. 3 Bst. b der Bekanntmachung), sondern beinhaltet Informationen, die Aufschluss über das Verhalten der Konkurrenten erlauben und somit den Fahrlehrern die Möglichkeit verschaffen, ihre Preispolitik dem Verhalten ihrer Konkurrenten anzupassen.

93. Es handelt sich somit nicht um eine reine Kalkulationshilfe, sondern um eine de facto befolgte Preisempfehlung, welche keinem Rechtfertigungsgrund zugänglich ist.

94. Weitere Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind nicht ersichtlich.

#### *B.3.5 Schlussfolgerungen*

95. Die Preispolitik der Fahrlehrer, welche dem AVGL angehören und deren Preise sich in einem Rahmen von +/-5% von CHF 90.- (Kat. B) beziehungsweise CHF 260.- (obl. Verkehrskundeunterricht) bewegen (Anhänge I und II), beruht nach dem Gesagten auf einer abgestimmten Verhaltensweise gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG, die den Wettbewerb auf den relevanten Märkten erheblich beeinträchtigt und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Sie stellt somit eine nach Artikel 5 KG unzulässige Verhaltensweise dar. Die Fahrlehrer, deren Preise sich ausserhalb dieser Spanne bewegen (Anhang III), sind an dieser abgestimmten Verhaltensweise nicht beteiligt; ihnen ist somit kein unzulässiges Verhalten vorzuwerfen.

#### **B.4 Einvernehmliche Regelung**

96. Wie erwähnt (vgl. Rz. 21), erklärten sich der AVGL und die von ihm vertretenen Mitglieder im Schlusstadium des Verfahrens zu einer einvernehmlichen Lösung bereit. Die am 12. November 2002 beziehungsweise 11. Dezember 2002 unterzeichnete einvernehmliche Regelung zwischen diesen Parteien und dem Sekretariat hat folgenden Wortlaut:

## ***Einvernehmliche Regelung***

zwischen

**dem Autofahrlehrerverband des Kantons Graubünden  
und dem Fürstentum Liechtenstein (AVGL) und  
die im Anhang angeführten Mitglieder,  
hier vertreten durch den AVGL [...]**

und

**dem Sekretariat des Wettbewerbskommission  
in Sachen Fahrschule Graubünden**

### Vorbemerkung

Im Interesse einer raschen und einvernehmlichen Erledigung des Verfahrens schliessen die Parteien die vorliegende Regelung. Mit der Unterzeichnung dieser Regelung anerkennen der AVGL und die durch ihn vertretenen Mitglieder (gemäss Anhang) nicht, gegen das Kartellgesetz verstossen zu haben.

### Einvernehmliche Regelung

1. Der AVGL verpflichtet sich, seine Mitglieder weder an den Generalversammlungen noch anderweitig, mündlich oder schriftlich zur Einhaltung bestimmter Preise für theoretische oder praktische Fahrlektionen aufzufordern.
2. Der AVGL verpflichtet sich, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Kopie der Generalversammlungsprotokolle 2003-2005 zukommen zu lassen.
3. Der AVGL verpflichtet sich, seinen Mitgliedern keine Kalkulationshilfen abzugeben, welche so ausgestaltet sind, dass aus den darin enthaltenen Angaben ein konkret bestimmter oder bestimmbarer Preis für theoretische oder praktische Fahrlektionen resultiert (vgl. Bekanntmachung der Wettbewerbskommission "Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen"; RPW 1998/2, S. 351 ff.).
4. Die Mitglieder des AVGL gemäss Anhang verpflichten sich, die Gestaltung ihrer Preise für theoretische und praktische Fahrlektionen unabhängig von früheren Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen des AVGL oder sonstwie von durch den AVGL kommunizierten Preis vorzunehmen und ihre Preispolitik in keiner Weise gegenseitig abzustimmen. Nicht betroffen sind Preisabstimmungen von Fahrlehrern, soweit diese für dasselbe Unternehmen tätig sind.

97. Mit den in der einvernehmlichen Regelung vorgesehenen Massnahmen verzichten die daran beteiligten Parteien verbindlich und un-

---

eingeschränkt auf eine weitere Ausübung des wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens. Die Abrede umfasst allerdings nicht sämtliche Teilnehmer an der Abrede (vgl. Rz. 21). Zum Zwecke der Beseitigung der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ist somit einerseits die einvernehmliche Regelung zu genehmigen und andererseits gegenüber den daran nicht beteiligten Parteien ein entsprechendes Verbot auszusprechen.

### **C. Kosten**

98. Gestützt auf die 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 die Verfügungsadressaten.

99. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Dagegen besteht eine Gebührenpflicht, wenn eine Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (Entscheid des Bundesgerichts vom 25. April 2002 i.S. BKW FMB Energie AG). Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten zu bejahen.

100. Gemäss Artikel 4 Absätze 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung). Vorliegend rechtfertigt es sich aufgrund der vergleichsweise geringen wirtschaftlichen Tragweite der Abrede, die Gebühr um die Hälfte zu reduzieren. [...]

101. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). [...]

### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gegen den AVGL und seine Mitglieder, die als Partei an der mit dem Sekretariat abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung beteiligt sind (Anhang I), gegen die Mitglieder des AVGL, die an der mit dem Sekretariat abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung nicht als Partei beteiligt sind (Anhang II) und gegenüber den Mitgliedern des AVGL, die nicht an der abgestimmten Verhaltensweise beteiligt sind (Anhang III) wie folgt:

---

**I. Gegen den AVGL und seine Mitglieder, die als Partei an der mit dem Sekretariat abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung beteiligt sind (Anhang I):**

1. Die Befolgung der ehemals vom AVGL abgegebenen Preisempfehlung durch die Mitglieder des AVGL sowie der an Generalversammlungen des AVGL durch dessen Präsidenten erfolgte Aufruf an die Mitglieder, diese Preise einzuhalten, sind unzulässig.
2. Die Abgabe einer Kalkulationshilfe durch den AVGL an seine Mitglieder, welche die Berechnung eines konkreten Preises für Lektionen aufzeigt oder ermöglicht, sowie die Befolgung der sich aus einer solchen Kalkulationshilfe ergebenden Preise sind unzulässig.
3. Die einvernehmliche Regelung mit dem AVGL und den von ihm vertretenen Mitgliedern gemäss Anhang I vom 11. Dezember 2002 wird genehmigt. Die einvernehmliche Regelung stellt einen integrierenden Bestandteil der vorliegenden Verfügung dar; sie enthält folgende Verpflichtungen:

Einvernehmliche Regelung

1. Der AVGL verpflichtet sich, seine Mitglieder weder an den Generalversammlungen noch anderweitig, mündlich oder schriftlich zur Einhaltung bestimmter Preise für theoretische oder praktische Fahrlektionen aufzufordern.
2. Der AVGL verpflichtet sich, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Kopie der Generalversammlungsprotokolle 2003-2005 zukommen zu lassen.
3. Der AVGL verpflichtet sich, seinen Mitgliedern keine Kalkulationshilfen abzugeben, welche so ausgestaltet sind, dass aus den darin enthaltenen Angaben ein konkret bestimmter oder bestimmbarer Preis für theoretische oder praktische Fahrlektionen resultiert (vgl. Bekanntmachung der Wettbewerbskommission "Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen"; RPW 1998/2, S. 351 ff.).
4. Die Mitglieder des AVGL gemäss Anhang\* verpflichten sich, die Gestaltung ihrer Preise für theoretische und praktische Fahrlektionen unabhängig von früheren Preisempfehlungen und Kalkulationshilfen des AVGL oder sonstwie von durch den AVGL kommunizierten Preis vorzunehmen und ihre Preispolitik in keiner Weise gegenseitig abzustimmen. Nicht betroffen sind Preisabstimmungen von Fahrlehrern, soweit diese für dasselbe Unternehmen tätig sind.

\* Anhang I der vorliegenden Verfügung

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise Artikel 54 belegt werden.
-

5. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der einvernehmlichen Regelung gemäss Dispositivziffer 3 zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden zur Hälfte dem AVGL und zum Rest seinen Mitgliedern gemäss Anhang I und II zu gleichen Teilen, und unter solidarischer Haftung des AVGL und seiner Mitglieder, auferlegt.

**II. Gegen die Mitglieder des AVGL, die an der mit dem Sekretariat abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung *nicht als Partei beteiligt sind* (Anhang II):**

1. Die Befolgung der ehemals vom AVGL abgegebenen Preisempfehlung durch die Mitglieder des AVGL sowie der an Generalversammlungen des AVGL durch dessen Präsidenten erfolgte Aufruf an die Mitglieder, diese Preise einzuhalten, sind unzulässig.

2. Die Befolgung einer durch den AVGL an seine Mitglieder abgegebenen Kalkulationshilfe, welche die Berechnung eines konkreten Preises für Lektionen aufzeigt oder ermöglicht, ist unzulässig.

3. Den Mitgliedern des AVGL gemäss Anhang II wird verboten, ihre Preispolitik gegenseitig abzustimmen, insbesondere durch Ausrichtung auf die ehemalige Preisempfehlung des AVGL, auf die vom AVGL abgegebene Kalkulationshilfe oder auf einen sonstwie vom AVGL kommunizierten Preis.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise Artikel 54 belegt werden.

5. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der Anordnung gemäss Dispositivziffer 11 zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden zur Hälfte dem AVGL und zum Rest seinen Mitgliedern gemäss Anhang I und II zu gleichen Teilen, und unter solidarischer Haftung des AVGL und seiner Mitglieder, auferlegt.

**III. Gegenüber den Mitgliedern des AVGL, die nicht an der abgestimmten Verhaltensweise beteiligt sind** (Anhang III):

1. Das Verfahren wird ohne Kostenfolge eingestellt.

**[IV. Rechtsmittelbelehrung und Eröffnung]**

*Nachtrag:* Gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. Januar 2003 haben zwei Fahrlehrer bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) eine Verwaltungsbeschwerde eingereicht.

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</b>
B 2.3	<b>1. Accenture AG/Systor AG</b>

*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*

*Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 3. März 2003*

### **A. Sachverhalt**

1. Am 21. Februar 2003 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Accenture AG (nachfolgend AAG), die Aktiven der Systor AG (nachfolgend SAG) sowie die Aktiven deren Tochtergesellschaft, der Systor Business Services AG (SBS), zu übernehmen.

2. Die SAG, nicht aber die SBS, befindet sich seit dem 6. Dezember 2002 in provisorischer, seit dem 6. Februar 2003 in definitiver Nachlassstundung. Als Sachwalterin wurde die PricewaterhouseCoopers AG (PwC) eingesetzt.

3. Im Rahmen des Nachlassverfahrens stellte es sich heraus, dass eine Sanierung der SAG und damit der Erhalt der Arbeitsplätze grundsätzlich nur durch den Verkauf von betrieblichen Aktiven möglich sein würde. Da die Geschäftstätigkeit der SAG eng mit derjenigen ihrer Tochtergesellschaft SBS verbunden ist, drängte sich ein gleichzeitiger Verkauf der Aktiven beider Gesellschaften auf.

4. Die AAG ist ein weltweit tätiges Management- und Technologie-dienstleistungsunternehmen (75'000 Mitarbeiter, Niederlassungen in 47 Ländern). In der Schweiz beschäftigt die AAG zurzeit 390 Mitarbeiter. Die Dienstleistungen der AAG umfassen insbesondere die Bereiche Business- und IT-Beratung, Softwareentwicklung und Projektmanagement. Weiter ist die AAG durch Allianzen mit den Unternehmen Microsoft, SAP, Peoplesoft und Siebel Systems verbunden. Das Dienstleistungsangebot richtet sich an die folgenden Branchenkategorien: Kommunikation, Finanzdienstleistungen, Post und öffentliche Dienste, Produkte (Automobil, Flug, Fracht, Pharma, Verkehr, Touristik u.a.) und Ressourcen (Chemie, Strom, Gas, Wasser, Energie). Die Muttergesellschaft der AAG, die Accenture International S.à.r.l., Luxembourg, sowie deren Zweigniederlassung in der Schweiz nehmen grundsätzlich reine Holdingfunktionen wahr.

5. Die SAG ist ein IT-Dienstleistungsunternehmen, das sowohl Beratung, Applikationsentwicklung und Systemintegration als auch Outsourcingdienstleistungen anbietet. Im Finanzsektor sind spezifische Informatiklösungen für Payments-, Cash- und Riskmanagement, Kontenabstimmung, Wertschriftenmanagement sowie Automatisierung von Wertschriften-Backoffice-Prozessen zu erwähnen. Branchenübergreifend entwickelt und implementiert die SAG Lösungen, die das Management der Kundenbeziehungen (CRM), e-Business, Data- und Documentmanagement, Business Intelligence, IT-Basis- und Enabling-Infrastruktur und Unternehmenssicherheit betreffen. Die SAG wird zur Mehrheit von der UBS AG beherrscht.

6. Die SBS, Tochtergesellschaft der SAG, ist ein spezialisiertes Unternehmen im Bereich der Outsourcing-Dienstleistungen. Im Weiteren stellt sie als Application Service Provider (ASP) den Betrieb und das Management von IT-Infrastrukturen und unternehmensspezifischer Management-Anwendungssoftware sicher.

7. In enger Zusammenarbeit stellen die SAG und die SBS ein umfassendes Informatikdienstleistungsangebot bereit, namentlich für den Privatbankensektor (e-Banking, elektronischer Handel, Firewall, Datenmanagement, elektronischer Datentransfer, Anbindungen an SIC, SWIFT, Reuters, Telekurs etc., Bankomatlösungen, Dokumentenverwaltungs- und Ablagesysteme u.a.).

## **B. Erwägungen**

### **B.1. Unternehmenszusammenschluss**

8. Angesichts der Überschuldung der SAG wird von der AAG nicht die Gesellschaft als Ganzes übernommen, sondern lediglich der grösste Teil deren Aktiven (Aktivenübernahme) sowie bestimmte Passiven.

9. Da die SBS von der Nachlassstundung nicht betroffen ist, wäre für die Übernahme dieser Gesellschaft ein Aktienkauf möglich gewesen. Die Parteien haben sich aber auch in diesem Fall für die Aktivenübernahme entschieden.

10. In beiden Fällen werden Aktiven des operativen Geschäftsbetriebs, die Arbeitsverhältnisse (mit Ausnahme von 100 Arbeitsstellen, die in allen Geschäftsbereichen von SAG abgebaut werden) sowie - soweit möglich - auch die Kundenverträge auf die AAG übertragen. In einem weiteren Schritt sollen die Aktiven der SAG auf eine zu gründende Schwestergesellschaft von der AAG ("Accenture Technology Solutions AG") und diejenigen der SBS auf eine ebenfalls noch zu gründende Tochtergesellschaft der AAG ("Accenture Services AG") übertragen werden.

11. Im Rahmen der Nachlassstundung suchte die Sachwalterin, PwC, nach geeigneten Käufern für die SAG. Neben der AAG haben rund 25 weitere Unternehmen ihr Interesse an einem Kauf bekundet. Mit sechs

---

potenziellen Investoren sind konkrete Kaufverhandlungen durchgeführt worden. PwC gab schliesslich der AAG den Zuschlag. Wesentliche Entscheidungskriterien waren - nebst dem angebotenen Preis - die Marktlogik (aufgrund der Marktgegebenheiten und -erfordernisse macht der Zusammenschluss zwischen den Geschäftseinheiten der AAG, SAG und SBS Sinn), die Akzeptanz bei Kunden und Mitarbeitenden sowie die Anzahl der übernommenen Arbeitsplätze.

12. Zur Aufrechterhaltung der ordentlichen Geschäftstätigkeit (Erhalt der bestehenden Kundenbeziehungen und der angestammten Mitarbeiter) der SAG und der SBS ist ein rascher Vollzug des vorliegenden Zusammenschlusses für die Parteien von grosser Bedeutung.

13. Nebst der Zustimmung der Wettbewerbsbehörden ist auch die Einwilligung des Nachlassrichters erforderlich.

14. Die Übernahme der Aktiven (und in geringem Ausmass der Passiven) der SAG und der SBS durch die AAG stellt eine Fusion im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG dar (vgl. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 238, Rz. 407).

## **B.2 Meldepflicht**

15. Die AAG erzielte im Jahr 2002 weltweit einen Gesamtumsatz von rund CHF [...], wovon rund CHF [...] auf die Schweiz entfallen. Die SAG erreichte in der Schweiz 2002 einen Umsatz von rund CHF [...], die SBS von rund CHF [...].

16. Damit sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erfüllt. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

## **B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung**

### **B.3.1 Relevante Märkte**

#### **B.3.1.a Sachlich relevante Märkte**

17. 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).

18. Accenture und Systor sind im Bereich der IT-Dienstleistungen (Informationstechnologie) tätig. Die Dienstleistungen von Accenture umfassen Business- und IT-Beratung, Softwareentwicklung und Projektmanagement. Die Systor ist in den Bereichen Beratung, Applikationsentwicklung, Systemintegration und Outsourcing tätig. Sie bietet insbesondere ein umfassendes Informatikangebot für den Privatbankensektor an (Elektronischer Handel, Anbindung an SIC, Bankomat-Lösungen, e-Banking, Daten-Management usw.).

---

19. Die Einteilung der IT-Dienstleistungen in verschiedene Märkte erweist sich als schwierig, da sich die einzelnen Dienstleistungen teilweise überschneiden beziehungsweise ineinander übergehen. Die Markt-abgrenzung wird weiter durch die begriffliche Abgrenzung der einzelnen Bereiche erschwert.

20. Im Fall Swisscom/AGI IT Services wurde grundsätzlich zwischen den Bereichen "Hardware" und "Software and Information Technology Services" (SITS) unterschieden (RPW 2001/4, S. 754, Rz. 13). Der SITS-Markt seinerseits wurde in verschiedene Teilmärkte gegliedert. Im Fall IBM/PwC Consulting wurden die Teilmärkte in Anlehnung an die Praxis der EU und des "IT Services Market Definition Guide" von GARTNER etwas anders unterteilt. Im Folgenden wird auf die Gliederung entsprechend IBM/PwC Consulting abgestellt. Die Frage nach der definitiven Unterteilung des SITS-Marktes kann jedoch offen bleiben, da das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch bei einer anderen Gliederung unbedenklich ist.

21. In Anlehnung an die EU hat die Wettbewerbskommission im Fall IBM/PwC Consulting folgende Teilmärkte abgegrenzt (RPW 2002/4, S. 632, Rz. 15):

- ?? Hardware maintenance
- ?? Software maintenance
- ?? Business management services (outsourcing)
- ?? Education and training
- ?? Development and integration services
- ?? IT management services
- ?? Consulting (Business und IT-Consulting)

22. "Hardware maintenance" umfasst die Wartung der Hardware und die Unterstützung der Nutzer in Hardware bezogenen Fragen. Bei der "Software maintenance" geht es um die Pflege bestehender Software durch Lieferung von Updates sowie technische Unterstützung. "Business management services" beziehen sich auf das Outsourcing von Geschäftsprozessen wie Logistik, Beschaffung, Personal, Buchhaltung oder Customer Relationship Management an Dritte. "Education and Training" umfasst die Ausbildung der Anwender in Bezug auf Hard- und Software. "Development und integration services" beziehen sich auf die Integration von bestehenden Systemen durch die Entwicklung und Implementierung entsprechender Software. Der Betrieb von IT-Anlagen und -Prozessen ist im Bereich "IT management services" zusammengefasst. Beim "Consulting" geht es schliesslich um die Beratung betreffend IT-Strategie und -Planung. In diesem Bereich kann zwischen "Business- und IT-Consulting" unterschieden werden.

---

23. Nach der Marktabgrenzung der beteiligten Unternehmen ist der Teilmarkt der "IT management services" nicht separat auszuscheiden, sondern im Teilmarkt der "Business management services (outsourcing)" zu integrieren. Da der vorliegende Zusammenschluss auch bei einer engeren Marktabgrenzung unbedenklich ist, kann in diesem Teilmarkt auf die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagene Marktdefinition abgestellt werden.

#### **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. Die Wettbewerbskommission ist bisher im Bereich der IT-Dienstleistungen grundsätzlich von nationalen Märkten ausgegangen (RPW 2001/4, S. 757, Rz. 25; RPW 2002/4, S. 633, Rz. 22). In einzelnen Teilmärkten könnte sich unter Berücksichtigung des Nachfrageverhaltens allenfalls eine weitere Marktabgrenzung aufdrängen. Die Frage kann im vorliegenden Fall jedoch offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen Marktabgrenzung unbedenklich ist.

#### **B.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

26. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU haben die Unternehmen Angaben über alle sachlichen und räumlichen Märkte zu machen, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind. Verfügt ein Unternehmen in einem dieser Märkte in der Schweiz über einen Marktanteil von 30% oder mehr beziehungsweise verfügen zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen über einen gemeinsamen Marktanteil von 20% oder mehr, ist eine eingehende Beschreibung dieser Märkte hinsichtlich der Vertriebs- und Nachfragestruktur sowie der Bedeutung der Forschung und Entwicklung notwendig. Werden diese Marktanteilsschwellen nicht erreicht, ist in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

#### **I. Aktueller Wettbewerb**

27. Nach der Meldung ist in den Teilmärkten "Education and training" und "Hardware maintenance" keines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen tätig. Weiter ist die AAG auf den Teilmärkten "Software maintenance" und "IT-Outsourcing" nicht aktiv. Die SAG und die SBS sind dagegen nicht im Teilmarkt "Business consulting" präsent. Schliesslich ist die SBS ausser im Teilmarkt "Business management services (outsourcing)" in keinem weiteren Teilmarkt tätig.

28. Nach eigenen Angaben ergeben sich für die beteiligten Unternehmen in den verbleibenden Teilmärkten für das Jahr 2001 schätzungsweise die in der unten stehenden Tabelle 1 aufgeführten Marktanteile. Für das Jahr 2002 waren ausser für den Teilmarkt "Business

Consulting" im Zeitpunkt der Meldung noch keine verlässlichen Zahlen für die einzelnen Teilmärkte verfügbar. Die beteiligten Unternehmen gehen aber davon aus, dass sich die Marktanteile für das Jahr 2002 in derselben Grössenordnung bewegen dürften. In Bezug auf die zukünftige Entwicklung in den nächsten Jahren nehmen die Parteien an, dass insbesondere der Teilmarkt "IT-Outsourcing" ein hohes Wachstumspotenzial aufweist. In den anderen Teilmärkten dagegen besteht nach Ansicht der beteiligten Unternehmen eher weniger Aussicht auf ein weiteres Wachstum, und es ist bei bestimmten Teilmärkten (namentlich im Consulting-Bereich) sogar mit einer Stagnation zu rechnen.

Tabelle 1

In Mio. CHF 2001	IT-Consulting	Business Consulting	Development and Integration Services	Software maintenance	Business management services (IT-Outsourcing)
Gesamtmarkt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Umsatz AAG	[...]	[...] (2002, [...])	[...]	-	-
Umsatz SAG	[...]	-	[...]	[...]	[...]
Umsatz SBS	-	-	-	-	[...]
Marktanteil AAG	5%-15%	0,1%-10% (2002, 0,1%-10%)	0,1%-10%	-	-
Marktanteil SAG	0,1%-10%	-	5%-15%	0,1%-10%	0,1%-10%
Marktanteil SBS	-	-	-	-	0,1%-10%
<b>Marktanteil gemeinsam</b>	<b>5%-15%</b>	<b>0,1%-10% (2002, 0,1%-10%)</b>	<b>5%-15%</b>	<b>0,1%-10%</b>	<b>0,1%-10%</b>

Quelle: GARTNER "Report IT Services Market Definitions Guide", Tabellen "European Services in Transition", 2001; ausser für den Teilmarkt "Business Consulting": Quelle: MSM Research

29. In keinem dieser Teilmärkte erreichen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von gemeinsam über 20% beziehungsweise allein über 30%. Abgesehen von den Teilmärkten

"IT-Consulting" und "Development & integration services", in denen eine geringe Marktanteilsaddition festzustellen ist, sind keine weiteren Marktanteilsüberschneidungen auszumachen. Der vorliegende Zusammenschluss ist daher in den meisten Teilmärkten als komplementär anzusehen. Zudem sind neben der AAG und der SAG beziehungsweise der SBS in den einzelnen Bereichen viele internationale und nationale Grossunternehmen wie Electronic Data Systems (EDS), IBM, Swisscom IT-Services, HP, IBM Global Services (inklusive ex PwC Consulting), McKinsey, BearingPoint (KPMG und ex Andersen Business Consulting) und andere mit zum Teil wesentlich höheren Marktanteilen tätig. Daneben existiert auch nach einem gewissen Bereinigungsprozess in der IT-Branche weiterhin eine grosse Anzahl kleinerer Anbieter.

30. Die IT-Märkte zeichnen sich trotz gewissen Stagnationstendenzen in einzelnen Bereichen nach wie vor durch eine relativ hohe Dynamik, Wachstum und einen intensiven Wettbewerb aus (RPW 2002/4, S. 636, Rz. 34). In Anbetracht der verschwindenden Grenzen zwischen den einzelnen Teilmärkten ist zudem von einem starken potenziellen Wettbewerb auszugehen (siehe auch RPW 2002/4, S. 637, Rz. 38 ff.). Schliesslich dürfte gerade der Zusammenschluss IBM/PwC zu einem zusätzlichen Wettbewerbs- und Konsolidierungsdruck geführt haben.

#### **IV. Ergebnis**

31. Die vorläufige Prüfung ergibt aufgrund des herrschenden aktuellen (und potenziellen) Wettbewerbs 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	<b>2. RAG/Degussa</b>
-------	-----------------------

*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*

*Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 16. Dezember 2002*

#### **I. Sachverhalt**

1. Am 21. November 2002 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die vollständige Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen RAG Projektgesellschaft mbH (nachfolgend RAG Projektgesellschaft) und Degussa AG (nachfolgend Degussa) erhalten. Danach beabsichtigt die RAG Projektgesellschaft, die von der RAG Aktiengesellschaft, Essen (nachfolgend RAG), gegründet wurde, die alleinige Kontrolle über die Degussa zu übernehmen.

2. Die Übernahme der Degussa, die zurzeit zu 64,5% durch die E.ON AG (nachfolgend E.ON) kontrolliert wird, soll in zwei Phasen durchgeführt werden. In einem ersten Schritt wird die RAG Projektgesellschaft bis Ende März 2003 einen gleichwertigen Aktienanteil an der Degussa AG erwerben und diese mit E.ON gemeinsam kontrollieren. In einer zweiten Phase, bis 31. Mai 2004, wird die RAG Projektgesellschaft ihren Aktienanteil an der Degussa AG durch Zukauf von Aktien der E.ON AG auf 50,1% erhöhen und damit die alleinige Kontrolle über die Degussa AG übernehmen.
  3. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben steht unter der Bedingung, dass der Erwerb der 18,39%-Beteiligung der RAG an der Ruhrgas AG durch E.ON bewilligt wird. Ursprünglich hat das Bundeskartellamt diese Übernahme verboten. Am 5. Juli 2002 erhielt E.ON aber die Ministerialerlaubnis für die Ruhrgas-Übernahme. Der Zusammenschluss wurde auf Beschwerde kleinerer Energieversorger hin beim Oberlandesgericht Düsseldorf gestoppt und kann somit noch nicht vollzogen werden.
  4. Der Erwerb der Kontrolle über Degussa ist gemäss der Angaben vom 21. November 2002 im Lichte der langfristigen Sicherung der Umsätze der RAG-Gruppe zu sehen, welche durch eine Verlagerung der Geschäftstätigkeiten vom Kohleabbau hin zur Produktion von Chemikalien und Kunststoffen vollzogen werden soll.
  5. RAG ist ein international tätiger Kohlebergbau- und Technologiekonzern mit Sitz in Essen, Deutschland.
  6. Degussa, Düsseldorf, bietet weltweit in sechs Divisionen Spezialitätenchemie an.
  7. Der E.ON Konzern, im Jahr 2002 aus der VEBA und VIAG entstanden, ist vorwiegend im Energiebereich tätig. Daneben sind zum E.ON-Konzern gehörende Unternehmen auch in anderen Geschäftsbereichen wie Immobilien, Telekommunikation, Distribution/Logistik, Öl sowie in der chemischen Industrie (durch Degussa) aktiv.
  8. Der vorliegende Zusammenschluss wurde am 3. Oktober 2002 bei der Europäischen Kommission gemeldet. Diese hat den Zusammenschluss mit Entscheid vom 18. November 2002 unter bestimmten Auflagen genehmigt.
  9. Das dem Zusammenschlussvorhaben zugrunde liegende Vertragswerk, bestehend insbesondere aus dem Rahmenvertrag vom 20. Mai 2002, der Aktionärvereinbarung vom 20. Mai 2002, dem Terminkaufvertrag vom 20. Mai 2002, dem Änderungsvertrag zum Rahmenvertrag vom 20. September 2002 und der Ergänzungsvereinbarung zur Aktionärvereinbarung vom 2. Oktober 2002, ist der Meldung an die Europäische Kommission beigelegt und bildet einen integralen Bestandteil der hiesigen Eingabe.
-

## **II. Erwägungen**

### **1. Meldepflicht**

10. Die kumulierten weltweiten Umsätze der RAG (inklusive Tochtergesellschaften) und der Degussa (inklusive Tochtergesellschaften) überstiegen im Geschäftsjahr 2001 CHF 2 Mia. Beide Unternehmen erzielten im letzten Jahr in der Schweiz einen Umsatz von je über CHF 100 Mio. (RAG ca. CHF [...]; Degussa ca. CHF [...]). Damit werden die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) erreicht beziehungsweise überschritten, weshalb das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

11. In Anlehnung an die Regelung im europäischen Wettbewerbsrecht (vgl. Ziff. 38 der Mitteilung der Europäischen Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung [EWG] Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [Abl. C 66 vom 2. März 1998]) hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Vertreter der RAG auf dessen Anfrage hin mit Schreiben vom 27. August 2002 mitgeteilt, dass grundsätzlich nur die zweite Phase (Umwandlung der gemeinsamen Kontrolle in alleinige Kontrolle der RAG über die Degussa AG) des Zusammenschlussvorhabens meldepflichtig sei. Die Meldepflicht bezüglich lediglich der zweiten Phase steht aber unter der Bedingung, dass diese auch tatsächlich realisiert wird. Andernfalls hat sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission vorbehalten, den Zusammenschluss gestützt auf den Tatbestand der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle von E.ON und RAG aufgrund einer separaten Notifikation zu prüfen.

### **2. Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens**

#### **2.1. Relevante Märkte**

##### **2.1.1. Sachlich relevante Märkte**

12. 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 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

13. Die Aktivitäten von RAG umfassen die Geschäftsbereiche Deutsche Steinkohle, RAG Coal International, RAG Immobilien, STEAG (Kraftwirtschaft mit den Teilbereichen Strom, Fernwärme, Reststoffe und Energiedienstleistungen), RAG Saarberg (Energie, Umwelt und Gummi) und RÜTGERS (Chemie und Kunststoff). Weltweit ist RAG an über 600 Tochterunternehmen beteiligt. Die unten stehende Tabelle 1 zeigt die in den oben erwähnten Geschäftsbereichen in der Schweiz im Jahr 2001 erzielten Umsätze sowie die prozentualen Anteile dieser Umsätze gemessen am Gesamtumsatz im jeweiligen Geschäftsbereich weltweit.

---

Tabelle 1: Umsatz RAG 2001 in Mio. CHF in der Schweiz, weltweit und anteilmässig

Umsatz in Mio. 2001 RAG	in der Schweiz	weltweit	anteilmässig
Chemie und Kunststoff	-	4203	0,1%-10%
Kraftwirtschaft und elektronische Systeme	-	1725	0,1%-10%
Kohle	-	7548	0,1%-10%
Tunnelbau	-	6898	0,1%-10%

14. RAG erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2001 in der Schweiz im Bereich **Chemie und Kunststoffe** rund CHF [...], im Bereich **Kraftwirtschaft** und **elektronische Systeme** CHF [...], im Bereich **Kohle** CHF [...] und im Bereich **Tunnelbau** CHF [...]. Dabei wurden rund [...]% des weltweit im Geschäftsjahr 2001 erzielten Umsatzes von RAG im Bereich Chemie und Kunststoffe, [...]% im Bereich Kraftwirtschaft und elektronische Systeme, [...]% im Bereich Kohle und [...]% im Bereich Tunnelbau in der Schweiz generiert.

15. Die obigen Ausführungen zeigen, dass die schweizerischen Umsätze im Vergleich zu den von RAG weltweit getätigten Umsätzen verschwindend klein sind. Bezogen auf die sachlich relevanten Märkte in der Schweiz, in denen die Marktanteile kumulativ 20% oder alleine 30% im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU erreicht beziehungsweise überschritten werden, ergibt sich folgendes Bild:

Tabelle 2: Sachlich relevante Märkte Schweiz 2001 RAG

Unternehmen	Produkte	Marktanteil in Prozent	Umsatz in Mio. CHF	Geschäftsbereich
RÜTGERS Chemicals AG	Peche	90-100	-	RÜTGERS
RÜTGERS Chemicals AG	Kohlenstoffe und Spezialchemie	80-90	-	RÜTGERS
Giovanni Bozzetto S.p.A., Bergamo	Naphtalin Sulfonate (NSF), Phoshonate (Grundlage für Betonverflüssiger)	*	-	RÜTGERS
RÜTGERS Chemicals AG	Imprägnieröle und Anthracenöl	80-90	-	RÜTGERS
Isola AG	Elektrolamine	50-60	-	RÜTGERS
RAG Tading GmbH, Essen	Kohle	30-40	-	RAG Coal International AG, Essen
Willich Fosroc AG, Schweiz	harzgebundene Einspritzmaterialien	0,1-10	-	RAG

\*) Im Rahmen einer Auflage hat die Europäische Kommission den Verkauf der Giovanni Bozzetto S.p.A angeordnet, weshalb hierzu keine Marktanteilsangaben gemacht werden.

16. **Degussa** ist in der Schweiz auf einer Vielzahl (mehr als hundert) von sachlich relevanten Märkten tätig. Die auf diesen Märkten gehandelten Produkte verteilen sich auf die Divisionen Gesundheit und Ernährung, Bauchemie, Fein- und Industriechemie, Performance Chemie, Coatings und Füllstoffsysteme sowie Spezialkunststoff. Insgesamt hat Degussa im Jahr 2001 in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 100 Mio. erwirtschaftet. Unten stehende Tabelle 3 zeigt, welchen Umsatzanteil die verschiedenen Divisionen (in Mio. CHF und prozentual) in der Schweiz zum Umsatz weltweit beigesteuert haben.

Tabelle 3: Umsatz 2001 von Degussa pro Division in der Schweiz, weltweit sowie anteilmässig

<b>Umsatz in Mio. 2001 Degussa</b>	<b>in der Schweiz</b>	<b>weltweit</b>	<b>anteilmässig</b>
Gesundheit und Ernährung	-	1'791	0,1%-10%
Bauchemie	-	2'629	0,1%-10%
Fein- und Industriechemie	-	3'208	0,1%-10%
Performane Chemie	-	2'125	0,1%-10%
Coatings & Füllstoffsysteme	-	3'439	0,1%-10%
Spezialkunststoffe	-	1'909	0,1%-10%

17. Die Umsätze von Degussa in der Schweiz sind im Vergleich zu den weltweit getätigten vernachlässigbar. Nachstehende Tabelle 4 zeigt die betroffenen sachlich relevanten Märkte von Degussa und deren Tochterunternehmen, das heisst diejenigen Märkte, in denen die Marktanteile kumulativ 20% oder alleine 30% im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU erreicht beziehungsweise überschritten werden:

Tabelle 4: Sachlich relevante Märkte Schweiz 2001 DEGUSSA

<b>Unternehmen</b>	<b>Produkte</b>	<b>Marktanteil in Prozent</b>	<b>Umsatz in Mio. CHF</b>	<b>Geschäftsbereich</b>
Oxeno Olefinchemie GmbH, Marl/Deutschland	Methallylchlorid	90-100	-	Fein- und Industriechemie
Oxeno Olefinchemie GmbH, Marl/Deutschland	1-Buten	90-100	-	Fein- und Industriechemie
Oxeno Olefinchemie GmbH, Marl/Deutschland	DRIVERSONS/MBTS	90-100	-	Fein- und Industriechemie

Oxeno Olefinchemie GmbH, Marl/Deutschland	Teritär Butanol	90-100	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Füllstoffe und Pigmente	90-100	-	Coatings & Füllsysteme
Degussa	Para-Chlorbenzonnitril	80-90	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Para-Toluonitril	80-90	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Textilpflege	70-80	-	Performance Chemie
Degussa	Cyanide (Bergbau-chemikalien)	60-70	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Cyanurchlorid	60-70	-	Fein- und Industriechemie
Oxeno Olefinchemie GmbH, Marl/Deutschland	OXO-Alkohole und Derviate	60-70	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Alkoholate	60-70	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Isophoron	50-60	-	Coatings & Füllsysteme
MBT AG, Zürich	Sportböden	50-60	-	Bauchemie
Degussa	Aktivierte Metallkatalysatoren (AMC)	50-60	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Melflock C1	50-60	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	Edelmetall Pulverkatalysatoren (EMPC)	40-50	-	Fein- und Industriechemie

Degussa	Funktionelle Silane	40-50	-	Coatings & Füllsysteme
Degussa	pyrogene Metall-oxide	40-50	-	Coatings & Füllsysteme
Degussa	Benzonitril	30-40	-	Fein- und Industriechemie
BioACTives	Kreatin	30-40	-	Gesundheit und Ernährung
Degussa	Methionin (Futtermitteladditiv)	30-40	-	Gesundheit und Ernährung
Sugro AG, Basel	Zusatzstoffe Lebensmittelindustrie (Alginate, Biopolymere etc.)	30-40	-	Gesundheit und Ernährung
MBT AG, Zürich	Betonverflüssiger	30-40	-	Bauchemie
Degussa	Bicarbonat	30-40	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	organische Peroxyde, Persulfate, Phosphorsäuren	30-40	-	Fein- und Industriechemie
Degussa	industrieller Hautschutz	30-40	-	Performance Chemie

18. In der Division **Fein- und Industriechemie** hat Degussa in der Schweiz im Jahr 2001 CHF [...] erwirtschaftet. Dies entspricht rund 0,1%-10% des in dieser Division weltweit generierten Umsatzes. In der Schweiz gibt es in dieser Division eine grosse Anzahl sachlich relevanter Märkte. Die umsatzstärksten Märkte sind OXO-Alkohole mit einem Umsatz von CHF [...], gefolgt von Edelmetall Pulverkatalysatoren mit einem Umsatz von CHF [...].

19. Die Division **Gesundheit und Ernährung** umfasst bioaktive Substanzen, Futtermitteladditive sowie Aromen, die in der Schweiz auf fünf sachlich relevanten Märkten gehandelt werden. Der in dieser Division generierte Umsatz beträgt rund CHF [...] und entspricht 0,1%-10% des in dieser Division weltweit erzielten Gesamtumsatzes. Her-

vorzuheben ist hier insbesondere der Markt für Zusatzstoffe (Lebensmittelindustrie) mit einem Umsatz von CHF [...].

20. Degussa erzielte im Jahr 2001 in der Schweiz in der Division **Coatings und Füllstoffsysteme** rund CHF [...]. Dies entspricht rund 0,1%-10% des in dieser Division weltweit erzielten Gesamtumsatzes. In dieser Division werden die sachlich relevanten Märkte pyrogene Metalloxide, funktionelle Silane, Füllstoffe und Pigmente sowie Isophoron unterschieden.

21. In der Division **Spezialkunststoffe** werden vier sachlich relevante Märkte unterschieden. Der Umsatz der in dieser Division gehandelten Produkte ([...]) betrug im Jahr 2001 in der Schweiz rund CHF [...]. Dies entspricht rund [...] % des in dieser Division weltweit erzielten Umsatzes.

22. Der in der Schweiz in der Division **Performance Chemie** im Jahr 2001 generierte Umsatz betrug rund CHF [...] oder 0,1%-10% des weltweiten Umsatzes.

23. Schliesslich ist Degussa ebenfalls im Bereich **Bauchemie** mit den Produkten Betonverflüssiger sowie Sportböden aktiv. Insgesamt wird in der Schweiz in diesem Bereich im Jahr 2001 ein Umsatz von CHF [...] erzielt, wobei rund 0,1%-10% des in dieser Division weltweit generierten Umsatzes erwirtschaftet wurde. Davon entfallen in der Schweiz rund CHF [...] auf den Markt für Betonverflüssiger.

#### **B.2.1.b Räumlich relevante/r Markt/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. Die oben unter Punkt 2.2.1 gemachten Marktanteils- und Umsatzangaben für die sachlich relevanten Märkte beziehen sich allesamt auf die *in der Schweiz* erzielten Umsätze. Es wird demnach für die einzelnen sachlich relevanten Märkte von einer rein theoretischen Marktabgrenzung lediglich bezogen *auf die Schweiz* ausgegangen. Dies ist Folge von Artikel 11 Absatz Buchstabe d VKU, welcher verlangt, dass die *in der Schweiz* erzielten Umsätze aufgeführt werden müssen und zwar auch dann, wenn gar keine räumlich relevanten Schweizer Märkte vorliegen.

26. Den Wettbewerbsverhältnissen entsprechend sind die sachlich relevanten Märkte allerdings nicht als rein schweizerische, sondern zumindest als *europäische Märkte* anzusehen, weil die auf diesen Märkten angebotenen Güter zumindest europaweit nachgefragt werden (vgl. EU-Entscheid vom 18. November 2002 [Case No COMP/M.2854]).

#### **B.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

27. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU sind insbesondere diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte zu melden, 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).

28. Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass sowohl die RAG als auch Degussa in einzelnen Unternehmensbereichen, bezogen auf die Schweiz, einen Marktanteil von über 30% besitzen, wobei auf allen Gebieten Wettbewerb herrscht. Die 33 vom Zusammenschluss betroffenen Märkte wurden in den Tabellen 2 und 4 jeweils grau schraffiert.

29. Auf eine vertiefte Analyse der erwähnten betroffenen Märkte kann im hier vorliegenden Fall verzichtet werden, weil mindestens von europäischen Märkten auszugehen ist. So gibt es auf allen europaweiten beziehungsweise weltweiten Märkten eine grosse Anzahl Wettbewerber, die mit RAG oder Degussa in Konkurrenz stehen und relativ einfach auf den Schweizer Markt dringen könnten. Deshalb ist davon auszugehen, dass RAG oder Degussa sich auf dem Schweizer Markt, selbst bei hohen Marktanteilen, nicht unabhängig von den Wettbewerbern verhalten kann. Damit besteht kein Anlass anzunehmen, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann (vgl. EU-Entscheid vom 18. November 2002 [Case No COMP/M.2854]).

30. Zu **Marktanteilsadditionen** kommt es lediglich im Bereich NSF<sup>1</sup> und der harzgebundenen Einspritzmaterialien. Die RAG erzielte im Geschäftsbereich NSF im Jahr 2001 einen Gesamtumsatz von CHF [...] ([...] Tonnen) in der Schweiz, wobei [...] an [...] geliefert wurde. Dies entspricht [...] % des in der Schweiz im Jahr 2001 umgesetzten NSF. Die Degussa ihrerseits exportierte über die Tochtergesellschaft Liquiment Linz GesmbH im Jahr 2001 nur eine sehr geringe Menge von [...] NSF in die Schweiz für Drittabnehmer. Eine Marktanteilsaddition findet damit lediglich in einem marginalen Ausmass statt. Unter Berücksichtigung der korrekten räumlichen Marktabgrenzung, bezogen auf Europa, sind die in der Schweiz abgesetzten Mengen NSF in Relation zur geschätzten Gesamtproduktion in diesem Gebiet von mehr als [...] Tonnen (rund 1%-2%) vernachlässigbar (vgl. Meldung EU COMP/M 2854, S. 25).

31. In Bezug auf die harzgebundenen Einspritzmaterialien (v.a. im Tunnelbau und für Beton- beziehungsweise Gebäudesanierungen verwendet) ist anzumerken, dass Degussa über ihre Tochtergesellschaft MBT AG in der Schweiz im Jahr 2001 eine Menge von [...] Tonnen, was einem Umsatz von CHF [...] entspricht, erwirtschaftet hat. Bei

<sup>1</sup> Ausgangsstoffe zur Herstellung von Betonverflüssiger

einem geschätzten Gesamtumsatzvolumen von [...] Tonnen in der Schweiz pro Jahr entspricht dies einem Marktanteil zwischen 0,1% und 10%. Die RAG schätzt ihren Marktanteil auf zwischen 0,1% und 10% (Umsatz schätzungsweise CHF [...]), womit die kumulierten Marktanteile der beiden Unternehmen deutlich unter 20% liegen, weshalb kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegt. Auch diese kumulierten Umsätze von CHF [...] im vergangenen Jahr sind gemessen am Gesamtumsatzvolumen in der EU von schätzungsweise CHF [...] im Jahr 2001 (vgl. Meldung EU COMP/M 2854, S. 46) als wettbewerbsrechtlich irrelevant einzustufen.

32. Die Europäische Kommission (Kommission) hält in ihrem Entscheid vom 18. November 2002 fest, dass die Zusammenlegung der Tätigkeiten von RAG und Degussa im Bereich Betonzusatzmittel (NSF) auf dem europäischen Markt zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen könnte. Um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Kommission auszuräumen, bot RAG an, seinen EU-Geschäftsbereich NSF einschliesslich der Produktionsanlagen in verschiedenen europäischen Staaten zu veräussern. Die Europäische Kommission hat den Zusammenschluss am 10. November 2002 unter diesen Auflagen bewilligt. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass die wirtschaftlichen Auswirkungen des Konzentrationsprozesses im Bereich NSF durch die Auflagen der Europäischen Kommission weitgehend kompensiert werden. Damit werden auch allfällige Bedenken hinsichtlich der Bildung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in der Schweiz ausgeräumt.

### **C. Ergebnis**

33. Unter Berücksichtigung der durch die Europäische Kommission verfügten Auflagen bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss den schweizerischen Markt in besonderer Weise betrifft und eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben. Die Wettbewerbskommission behält sich aber vor, die Einhaltung der erwähnten Auflagen der Europäischen Kommission zu kontrollieren und im Falle der Nichteinhaltung dieser Auflagen nach Massgabe von Artikel 38 Absatz 1 Buchstaben a und b KG die Eröffnung einer Prüfung zu beschliessen.

---

B 2.3	<b>3. Pfizer Inc./Pharmacia Corp.</b>
-------	---------------------------------------

*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*

*Verfügung vom 11. Dezember 2002*

#### **A. Sachverhalt**

1. Am 11. November 2002 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die beiden Pharmaunternehmen, Pfizer und Pharmacia, zu fusionieren. Dies soll dadurch geschehen, dass die Pilsner Acquisition Sub Corporation, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Pfizer, die Aktienanteile von Pharmacia übernimmt, womit diese ihrerseits zu einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft von Pfizer wird (vgl. Agreement and Plan of Merger vom 13. Juli 2002).

2. Sowohl Pfizer wie auch Pharmacia sind an der New York Stock Exchange kotierte Publikumsgesellschaften, welche weltweit im Pharmabereich tätig sind.

3. Pfizer ist insbesondere auf die Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln spezialisiert. Neben rezeptpflichtigen Medikamenten zur Behandlung von kardiovaskulären und infektiösen Erkrankungen, Störungen des Zentralnervensystems, Diabetes, erektilen Dysfunktionen, Allergien und Arthritis verkauft Pfizer auch rezeptfreie Gesundheitsprodukte zur Behandlung von Schmerzen, Erkältungen, Schlafstörungen sowie zur Haut- und Augenpflege. Daneben ist Pfizer auch auf dem Gebiet der Veterinärmedizin tätig. Das Produktangebot reicht von antiinfektiösen und entzündungshemmenden Medikamenten über Impfstoffe bis zu Produkten für die Haustierpflege. Schliesslich vermarktet Pfizer in bescheidenem Umfang eigens hergestellte Konfektionsprodukte wie Kaugummi, Knall-Kaugummi, Minzbonbons und Hustendrops. Dieser Geschäftsbereich soll mittelfristig verkauft werden.

4. Pharmacia ist ebenfalls auf dem Gebiet der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln tätig. Das Angebot umfasst rezeptpflichtige Medikamente namentlich zur Behandlung von Arthritis, überaktiver Blase, Parkinson, Krebs, Augenkrankheiten und Hormonstörungen. Im nicht rezeptpflichtigen Bereich sind Präparate gegen Nikotinabhängigkeit, Haarausfall, Erkältungen (Nasensprays), Vitaminmangel und Pilzkrankheiten zu erwähnen. Im Veterinärbereich ist Pharmacia insbesondere im Bereich der Herstellung und Vermarktung von Medikamenten und Futterzusätzen für Nutz- und Haustiere

aktiv. Schliesslich ist Pharmacia auch auf dem Gebiet der diagnostischen Produkte tätig, das Blut-Test-Systeme, Feinchemikalien sowie biopharmazeutische Aktivitäten beinhaltet.

5. Als Gründe, die zum Zusammenschluss geführt haben, machen die Unternehmen folgende Umstände geltend: Infolge der Kostensteigerungen im Gesundheitswesen und der demographischen Entwicklung der Bevölkerung würden zunehmend günstige, aber dennoch hochwirksame Arzneimittel nachgefragt, womit die Pharmaunternehmen einem weiteren Konsolidierungsdruck ausgesetzt seien. Dieser werde durch den Ablauf des Patentschutzes auf verschiedenen Arzneimitteln und der Einführung von Generika zusätzlich verschärft. Pfizer erhofft sich durch die Übernahme von Pharmacia insbesondere im Bereich der Forschung und Entwicklung bedeutende Synergien. Dabei würden sich die bisherigen Tätigkeitsgebiete der beiden Pharmaunternehmen gut ergänzen.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 25. Oktober 2002 den Wettbewerbsbehörden in der Europäischen Union gemeldet (COMP/M.2922). Das Verfahren ist zurzeit noch hängig.

7. Die Parteien haben ein Begehren um erleichterte Meldung im Sinne von Artikel 12 VKU gestellt. Unter anderem wurde beantragt,

- auf die Einreichung von zusätzlichen Angaben hinsichtlich der Märkte, in denen die Marktanteilsschwellen von 20% beziehungsweise 30% nach Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nicht erreicht werden, zu verzichten;
- auf die Einreichung von Informationen zu den Themen "Forschung und Entwicklung" beziehungsweise "Innovation und Innovationszyklen" sowie "Immaterialgüterrechte" zu verzichten;
- die Schweizer Meldung auf diejenigen Informationen gemäss Artikel 11 VKU zu beschränken, die nicht in der am 25. Oktober 2002 eingereichten Meldung an die Europäische Kommission (samt Beilagen) enthalten sind, und die EU-Meldung allgemein für schweizerische Zwecke zu berücksichtigen.

8. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat diesen Anträgen im Rahmen der Vollständigkeitserklärung nach Artikel 14 VKU stattgegeben, nachdem die Parteien bezüglich des Themenbereichs "Forschung und Entwicklung" zusätzliche Informationen nachgereicht hatten.

9. Zur Überprüfung der von den Parteien eingereichten Angaben hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die wichtigsten Konkurrenten (Hersteller) und Abnehmer (Grossisten, Apothekerverband, Spitäler) der Produkte von Pfizer und Pharmacia sowie einzelne Verbände (SGCI, Interpharma) befragt.

---

## B. Erwägungen

### B.1 Meldepflicht

10. Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Kontrollerwerb seitens Pfizer (durch die Pilsner Acquisition Sub Corporation) über Pharmacia im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG und Artikel 1 VKU. Pharmacia wird nach Abschluss der Transaktion eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von Pfizer sein.

11. Der konsolidierte weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich im Jahr 2001 auf (Jahresmittelkurs 2001: USD 1.00 = CHF 1.68724):

Pfizer:            rund USD 32 Mia. = rund CHF 54 Mia.

Pharmacia:      rund USD 14 Mia. = rund CHF 23 Mia.

Total:            rund USD 46 Mia. = rund CHF 77 Mia.

12. Durch den gemeinsamen, weltweiten Umsatz von rund CHF 77 Mia. ist der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG überschritten.

13. Jedes der beteiligten Unternehmen erreichte in der Schweiz im Jahr 2001 einen Umsatz von mehr als CHF 100 Mio. Der Schwellenwert nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ist damit überschritten.

14. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss untersteht somit der Meldepflicht nach Artikel 9 KG.

### B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung

#### B.2.1 Humanpharmazeutische Produkte

##### B.2.1.1 Relevante Märkte

###### B.2.1.1.a Sachlich relevanter Markt

15. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU).

16. Arzneimittel können gemäss der ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index; <http://www.ephmra.org>) eingeordnet werden. Die ATC-Klassifikation ist ein fünfstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, 4 und 5) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert (Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemisch-therapeutische Untergruppe, Stufe 5 = Untergruppe für chemische Substanzen). Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifika-

tionssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten. Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den fünf ATK-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATK-1) die allgemeinste und die fünfte Stufe (ATK-5) die detaillierteste.

17. Die ATC-Klassifikation wird von der WHO anerkannt und wurde sowohl von der Wettbewerbskommission für das Zusammenschlussvorhaben Roche/Corange (RPW 1998/1, S. 62 ff.), Hoechst/Rhône-Poulenc (RPW 1999/3), Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC (RPW 2001/2, S. 338 ff.) als auch von der EU-Kommission und den deutschen Kartellbehörden angewandt (vgl. z.B. IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm vom 13. September 1997, IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz vom 17. Juli 1996, IV/M.631, Upjohn/Pharmacia, vom 28. September 1995, IV/M. 632, Rhône Poulenc Rorer/Fisons vom 21.09.1995, Beschluss des KG Berlin vom 18.10.1995, Kart 18/93 [Fresenius/ Schiwa], WuW OLG 5549).

18. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation (vorwiegend) der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie den Wirkstoffeinteilungen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittelkompendiums nicht immer entsprechen. Es kann jedoch sinnvoll sein, Analysen auf anderen Stufen der ATC-Klassifikation durchzuführen. So kann es sich beispielsweise aufdrängen, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies ist insbesondere dann angebracht, wenn bestimmte Produkte aus verschiedenen ATC-Klassen Substitute für die Behandlung einer spezifischen Krankheit darstellen.

19. Es können indes zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden: Etwa die Unterscheidung in rezeptpflichtige und nicht rezeptpflichtige Arzneimittel oder Arzneimittel, die von Krankenkassen rückvergütet beziehungsweise nicht rückvergütet werden.

20. Pfizer und Pharmacia vertreiben ihre Produkte generell durch Grossisten und Verteiler, die ihrerseits Apotheken, ÄrztInnen, Kliniken, Spitäler und andere Grosskunden beliefern. Während Pfizer über Produktionsanlagen in der Schweiz verfügt, stellt Pharmacia in der Schweiz keine Humanarzneimittel her.

21. Der sachlich relevante Markt wird somit auf Stufe Herstellung durch die entsprechenden humanpharmazeutischen Produkte und ihre Klassifikation definiert.

---

### **B.2.1.1.b Räumlich relevanter Markt**

22. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b VKU).

23. Das Inverkehrbringen von verwendungsfertigen Arzneimitteln in der Schweiz bedarf nach Artikel 9 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 einer Zulassung durch Swissmedic. Diese wird nur erteilt, wenn die Qualität, Wirksamkeit und Sicherheit eines Arzneimittels nachgewiesen ist (vgl. Artikel 10 HMG).

24. Sowohl die Einfuhr von Arzneimitteln in die Schweiz als auch deren Ausfuhr aus der Schweiz unterliegen einer Bewilligungspflicht (Art. 18 bis 22 HMG).

25. Aufgrund der staatlichen Zulassungsvorschriften ist von einem räumlich relevanten Markt Schweiz auszugehen (vgl. auch Roche/Corange, RPW 1998/1, S. 62 ff.).

26. Parallelimporte in die Schweiz sind zwar im Rahmen eines vereinfachten Zulassungsverfahrens nach dem neuen HMG zulässig (Art. 14 Absatz 2 und 3 HMG), finden aber aufgrund der hohen Anforderungen zurzeit nur in einem sehr begrenzten Ausmass statt.

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

### **B.2.1.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

28. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU haben die Unternehmen Angaben über alle sachlichen und räumlichen Märkte zu machen, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind. Verfügt ein Unternehmen in einem dieser Märkte in der Schweiz über einen Marktanteil von 30% oder mehr beziehungsweise verfügen zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen über einen gemeinsamen Marktanteil von 20% oder mehr, ist eine eingehende Beschreibung dieser Märkte hinsichtlich der Vertriebs- und Nachfragestruktur sowie der Bedeutung der Forschung und Entwicklung notwendig. Werden diese Marktanteilsschwellen nicht erreicht, ist in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat den Parteien im Rahmen einer erleichterten Meldung zugestanden, auf die Einreichung von zusätzlichen Angaben zu den Märkten, in denen die Marktanteile 20% beziehungsweise 30% nicht überschreiten, zu verzichten. Daher werden nachfolgend lediglich diejenigen Märkte aufgeführt, in denen diese Marktanteilsschwellen erreicht beziehungsweise überschritten werden.

---

### **B.2.1.2.1 Stellung von Pfizer und Pharmacia auf dem Gesamtmarkt Schweiz**

29. Aus der unten stehenden Tabelle 1 ist ersichtlich, dass Pfizer und Pharmacia nach dem Zusammenschluss von den bisherigen Plätzen sechs und acht auf den zweiten Rang im schweizerischen Gesamtmarkt für Pharmaprodukte vorrücken werden. Dennoch werden die beiden Unternehmen lediglich einen Anteil am schweizerischen Gesamtmarkt von 5%-10% innehaben, gefolgt von Astra Zeneca mit 5%-10% und GSK mit 5%-10%. Den ersten Rang belegt nach wie vor Novartis mit 5%-10% Marktanteil.

30. Aus der unten stehenden Tabelle 2 ist ersichtlich, dass Pfizer und Pharmacia nach dem Zusammenschluss von den bisherigen Plätzen sechs und neun hinter Novartis auf den zweiten Rang im Bereich des Vertriebs von Arzneimitteln an die Apotheken vorrücken werden. In diesem Vertriebskanal werden rund 59% aller Arzneimittel umgesetzt, und es existiert eine Reihe von ähnlich grossen Konkurrenten.

31. Aus der unten stehenden Tabelle 3 ist ersichtlich, dass Pfizer und Pharmacia nach dem Zusammenschluss von den bisherigen Plätzen fünf und neun auf den dritten Rang im Bereich des Vertriebs von Arzneimitteln an die SD-Ärzte für Pharmaprodukte vorrücken werden. Weiterhin bewegen sie sich in einem Umfeld mit mehreren ähnlich grossen und noch grösseren Konkurrenten. Über diesen Vertriebskanal werden etwa 23% aller Arzneimittel abgesetzt.

---

Tabelle 1: Marktanteile Firmen am Gesamtmarkt CH

Rang	Firma	Marktanteil Gesamtmarkt in %
1 (1)	Novartis (Pharma & Consumer Health)	5-10
<b>2 (-)</b>	<b>Pfizer &amp; Pharmacia</b>	<b>5-10</b>
3 (2)	AstraZeneca	5-10
4 (3)	GSK Pharma	5-10
5 (4)	Roche Pharma Schweiz	5-10
6 (5)	MSD-Chibret	5-10
<b>- (6)</b>	<b>Pfizer</b>	<b>0,1-5</b>
7 (7)	Sanofi-Synthelabo	0,1-5
<b>- (8)</b>	<b>Pharmacia</b>	<b>0,1-5</b>
8 (9)	Janssen-Cilag	0,1-5
9 (10)	Bristol-Myers/Squibb	0,1-5
10 (11)	Aventis Pharma	0,1-5

Rang nach Fusion (Rang vor Fusion); Quelle IHA: Rx & OTC zu Fabrikabgabepreisen, MAT Q2-2002

Tabelle 2: Anteile Firmen im Bereich der Apotheken

Rang	Firma	Marktanteil Apotheken in %
1 (1)	Novartis (Pharma & Consumer Health)	10-15
<b>2 (-)</b>	<b>Pfizer &amp; Pharmacia</b>	<b>5-10</b>
3 (2)	AstraZeneca	5-10
4 (3)	MSD-Chibret	5-10
5 (4)	GSK Pharma	5-10
6 (5)	Roche Pharma Schweiz	5-10
<b>- (6)</b>	<b>Pfizer</b>	<b>5-10</b>
7 (7)	Sanofi-Synthelabo	0,1-5
8 (8)	Janssen-Cilag	0,1-5
<b>- (9)</b>	<b>Pharmacia</b>	<b>0,1-5</b>
9 (10)	Bristol-Myers/Squibb	0,1-5
10 (11)	Aventis Pharma	0,1-5

Rang nach Fusion (Rang vor Fusion); Quelle IHA: Rx & OTC zu Fabrikabgabepreisen, MAT Q2-2002

Tabelle 3: Anteile Firmen im Bereich der selbst dispensierenden Ärzte (SD)

Rang	Firma	Marktanteil SD in %
1 (1)	AstraZeneca	10-15
2 (2)	MSD-Chibret	5-10
<b>3 (-)</b>	<b>Pfizer &amp; Pharmacia</b>	<b>5-10</b>
4 (3)	GSK Pharma	5-10
5 (4)	Novartis (Pharma & Consumer Health)	5-10
<b>- (5)</b>	<b>Pfizer</b>	<b>5-10</b>
6 (6)	Roche Pharma Schweiz	5-10
7 (7)	Sanofi-Synthelabo	0,1-5
8 (8)	Bristol-Myers/Squibb	0,1-5
<b>- (9)</b>	<b>Pharmacia</b>	<b>0,1-5</b>
9 (10)	Aventis Pharma	0,1-5
10 (11)	Janssen-Cilag	0,1-5

Rang nach Fusion (Rang vor Fusion); Quelle IHA: Rx & OTC zu Fabrikabgabepreisen, MAT Q2 2002

Tabelle 4: Anteil Firmen im Bereich der Spitäler

Rang	Firma	Marktanteil Spital in %
1 (1)	Roche Pharma Schweiz	5-10
2 (2)	GSK Pharma	5-10
3 (3)	Novartis (Pharma & Consumer Health)	5-10
<b>4 (-)</b>	<b>Pfizer &amp; Pharmacia</b>	<b>5-10</b>
5 (4)	Bristol-Myers/Squibb	5-10
<b>- (5)</b>	<b>Pharmacia</b>	<b>5-10</b>
6 (6)	AstraZeneca	0,1-5
7 (7)	Eli Lilly	0,1-5
8 (8)	Janssen-Cilag	0,1-5
9 (9)	Aventis Pharma	0,1-5
10 (10)	Sanofi-Synthelabo	0,1-5
<b>- (16)</b>	<b>Pfizer</b>	<b>0,1-5</b>

Rang nach Fusion (Rang vor Fusion); Quelle IHA: Rx & OTC zu Fabrikabgabepreisen, MAT Q2-2002.

32. Aus der oben stehenden Tabelle 4 ist ersichtlich, dass Pfizer und Pharmacia nach dem Zusammenschluss im Bereich des Vertriebs von Arzneimitteln an die Spitäler von den bisherigen Plätzen 16 und fünf auf den insgesamt vierten Rang vorrücken werden. Neben Pfizer und Pharmacia bestehen weiterhin ähnlich grosse und grössere Konkurrenten. Rund 18% aller Arzneimittel werden im Bereich der Spitäler umgesetzt.

### B.2.1.2.2 Produktsegmente mit sich überschneidenden Aktivitäten der beteiligten Unternehmen mit einem Marktanteil von über 20%

Betroffene Märkte in der Schweiz (Humanpharmazeutische Produkte) mit Aktivitäten beider beteiligten Unternehmen Jahresumsatz in CHF und Marktanteile							
ATK-Kategorie	PFIZER			PHARMACIA			Gemeinsamer Verkaufs-Anteil in %
	Produkt	Verkauf	Anteil %	Produkt	Verkauf	Anteil %	
C1E	Nitro Mack Ret./SE, ISO Mack, Iso Mack Retard	[...]	0,1-5	Isoket Retard, Isoket Deponit, Perlinganit, Elantan	[...]	20-30	20-30
C2A	Minipress, Cardura CR	[...]	20-30	Loniten, Nipruss	[...]	10-20	30-40
C10A	Sortis, Gevilon, Gevilon Uno	[...]	30-40	Lipanthyl 200M, Lipanthyl, Colestid, Olbetam	[...]	0,1-10	30-40
G2A	Pitressin	[...]	0,1-10	Prostin E2, Prepidil, Prostin F2 Alpha	[...]	30-40	40-50
G4B3	Viagra	[...]	90-100	Caverject	[...]	0,1-10	90-100
J1F	Zithromax Jocaslin	[...]	20-30	Dalacin-C, Lincolnin	[...]	10-20	30-40

R5F	Rhino-tussal	[...]	30-40	Solubifix	[...]	0,1-10	30-40
-----	--------------	-------	-------	-----------	-------	--------	-------

Quelle: IMS (MAT, Juni 2002)

(Umrechnungskurs vom 24. September 2002: USD 1.00 = CHF 1.4979)

33. In der Schweiz erzielten die beiden beteiligten Unternehmen in der Periode vom 1. Juli 2001 bis 30. Juni 2002<sup>1</sup> folgende Umsätze und Marktanteile in Produktsegmenten, in welchen beide tätig sind und in welchen das Zusammenschlussvorhaben kumulierte Marktanteile von mehr als 20% zur Folge hat:

34. Die beteiligten Unternehmen haben damit sieben ATK-3-Produktkategorien gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU identifiziert, bei denen der gemeinsame Marktanteil über 20% liegt. Nachfolgend werden die betroffenen Produktkategorien beziehungsweise sachlich relevanten Märkte vorgestellt (vgl. Rz. 16 ff., 21).

### **C1E Nitrite und Nitrate**

35. Nitrite und Nitrate werden üblicherweise für die Vorbeugung und Linderung von Brustschmerzen und gegen von Angina verursachtes Druckgefühl und Unbehagen als erstes Symptom einer koronaren Herzkrankheit eingesetzt. Sie können auch während eines Herzinfarktes eingesetzt werden, um einen kongestiven Herzfehler zu behandeln. Die Wirksubstanz für Produkte dieser Kategorie steht nicht unter Patentschutz.

36. Pharmacias Produkt Isoket Spray wird für die Behandlung von akuter Angina pectoris, akuten myokardialen Infarkten, akuten Fehlern der linken Herzkammer und von Kathetern ausgelösten koronaren Krämpfen eingesetzt. Die übrigen Produkte von Pharmacia, Isoket und Isoket Retard, werden für eine langzeitige Behandlung von Krankheiten der koronaren Arterien, von Angina pectoris und starken chronischen myokardialen Leistungsschwächen eingesetzt. In der ATK-3-Kategorie C1E bietet Pfizer die drei Produkte Nitro Mack Ret./SE, Iso Mack und Iso Mack Retard an.

<sup>1</sup> Die beteiligten Unternehmen stützen sich bei ihrer Analyse auf Umsätze und Verkaufsteile in dieser Periode und nicht auf Kalenderjahreszahlen, da ihnen industrieweite verlässliche Daten von IMS (<http://www.imshealth.com>) bloss zu dieser Zeitspanne vorliegen.

## **C2A einfache Antihypertonika (nicht pflanzlicher Herkunft)**

37. Die ATK-2-Klasse C2 umfasst verschiedene Medikamente, die hauptsächlich für die Behandlung von hohem Blutdruck eingesetzt werden. In der ATK-Klassifizierung werden in dieser Gruppe Antihypertonika nicht pflanzlicher Herkunft (C2A und C2B) und Antihypertonika pflanzlicher Herkunft (C2C und C2D) unterschieden. Die Produkte der beteiligten Unternehmen sind in der Klasse C2A eingereiht und auch als Alphablocker bekannt. Alphablocker werden normalerweise für die Behandlung von Herzfehlern, von Verstopfungen der Harnwege und von störenden und reizenden Symptomen im Zusammenhang mit einer gutartigen Hyperplasie der Prostata (GHP) eingesetzt.

38. Die Pfizer-Produkte in der engen C2A-Kategorie sind Cardura und Minipress. Beide können allein oder in Kombination mit anderen Antihypertonika eingenommen werden. Minipress ist speziell für die Behandlung von mittelschweren bis lebensbedrohlichen Fällen von sehr hohem oder renalem Blutdruck zugelassen. Es kann bei Patienten mit schwacher renaler Funktion eingesetzt werden und ist auch für die Behandlung von Herzinsuffizienz und Raynaudscher Krankheit zugelassen.

39. Pharmacias Loniten ist ein Blutgefäss erweiterndes Mittel, das für die Behandlung von lebensbedrohlich hohem Blutdruck, welcher mit keiner anderen Therapie erfolgreich behandelt werden kann, eingesetzt wird. Es kann allein oder in Kombination mit Diuretika eingesetzt werden. Pharmacias Nipruss, ein schnell wirkender peripherer Vasodilatator (Blutgefässerweiterer), wird für die Behandlung von Bluthochdruck-Notfällen und Fällen kontrollierten Bluthochdrucks während Operationen eingesetzt.

40. Andere Antihypertonika sind einfache und kombinierte Kalziumantagonisten (C8A/C8B), einfache und kombinierte Betablocker (C7A/C7B), einfache und kombinierte ACE-Hemmer (C9A/C9B), einfache und kombinierte Angiotensin-Hemmer (C9C/C9D) und Diuretika (C3A).

41. Die beteiligten Unternehmen sind dabei grundsätzlich der Auffassung, dass es sachgerechter wäre, eine Gruppe von mehreren ATK-3-Hypertonika in den sachlich relevanten Markt mit einzubeziehen.

42. Bei einer engen ATK-3-Marktdefinition, das heisst bei einer blossen Berücksichtigung von Alphablockern in der Kategorie C2A beziehen sich die Marktanteile der beteiligten Unternehmen in der Schweiz hauptsächlich auf Minipress [...] und Loniten [...] sowie Nipruss [...], die Wirkstoffe enthalten, bei denen der Patentschutz abgelaufen ist.

## **C10A Cholesterin- und Triglyceriden-Reduktoren**

43. Pharmazeutische Produkte der C10A-Gruppe wirken cholesterinsenkend. In der Schweiz werden von Pfizer Sortis, Gevilon und Gevilon

---

Uno vertrieben, wobei mit den letzteren zwei nur ein ganz kleiner Marktanteil erzielt wird. Die Produkte von Pharmacia sind Lipanthyl 200m, Lipanthyl, Colestid und Olbetam.

### **G2A Geburtseinleitungsmittel**

44. Das G2A-Segment beinhaltet Wehenmittel, Prostaglandine und Produkte für die Gebärmutterhalsdehnung. Wehenmittel und Prostaglandine werden eingesetzt, um eine Abtreibung auszulösen oder den Gebärmutterhals zu erweitern sowie um Blutverluste aus der Plazentagegend zu minimieren. Wehenmittel und Prostaglandine lösen Kontraktionen verschiedener Schmerzensgrade aus, je nach der Stärke der veranlassten Kontraktionen.

45. Pharmacias Produkte sind Prostin E2, Prepidil und Pristin F2 Alpha. Prostin E2 und Prostin F2 Alpha werden für Schwangerschaftsabbrüche eingesetzt. Prepidil ist für hochschwängere Frauen kurz vor oder bei der Geburt bestimmt, die eine geburtshilfliche oder medizinische Gebärmutterhalserweiterung benötigen.

### **G4B3 Präparate zur Behandlung von Erektionsstörungen**

46. Die breit gefasste Kategorie G4B bezieht sich auf "Andere urologische Präparate". Die beteiligten Unternehmen und die Wettbewerbskommission erachten eine engere Marktdefinition, das heisst unter Bezugnahme auf die ATK-4-Stufe, als sachgerechter.

47. Die Kategorie G4B erfasst die folgenden ATK-4-Klassen (i) Produkte zur Behandlung von Prostata-Krankheiten (G4B2), (ii) Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen (G4B3), (iii) Produkte zur Behandlung von Inkontinenz (G4B4) und (iv) andere urologische Produkte (G4B9). Diese verschiedenen Indikationen, welche alle in der oben erwähnten ATK-3-Gruppe zusammengefasst sind, zeigen deutlich, dass sie untereinander nicht substituierbar sind und also verschiedene sachlich relevante Märkte darstellen.

48. Pfizers Produkt im G4B3-Segment ist Viagra. Es ermöglicht Männern mit Erektionsstörungen auf sexuelle Stimulation zu reagieren, indem die Blutzirkulation im Penis erhöht wird. Viagra ist in Tablettenform erhältlich und kann also geschluckt werden. Im Gegensatz dazu unterscheidet sich Pharmacias Produkt Caverject von Viagra oder von anderen Produkten zur Behandlung von Erektionsstörungen. Es wird unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr in den Penis injiziert und ist bedeutend schwieriger und schmerzhafter zu handhaben. Deshalb wird Caverject nur angewendet, wenn die Behandlung mit Viagra nicht angezeigt ist und/oder keine Resultate zeitigt.

49. Auf die andere relevante Produktkategorie G4B4 wird im Abschnitt B.2.1.2.4 eingegangen.

---

### **J1F Macrolide und ähnliche Präparate**

50. Die ATK-2-Klasse J1 umfasst systemische Antibiotika für die Behandlung von bakteriellen Infektionen. Ebenso wie andere Antibiotika, zum Beispiel Breitspektrumpenicillin (J1C), Zephalosporin (J1D) und Fluoroquinolone (J1G), werden Macrolide normalerweise für die Behandlung von verschiedenen allgemeinen Infektionen angewendet, einschliesslich Halsentzündungen, Bronchitis, Entzündungen der Harnwege, Ohrenentzündungen, Sinusitis und Pneumonia. Die meistverbreiteten unter diesen Infektionen sind Atemwegentzündungen (70%), gefolgt von Harnwegentzündungen (8%) und Haut- oder Weichgewebeentzündungen (8%).

51. Die beteiligten Unternehmen sind der Auffassung, dass die Berücksichtigung mehrerer relevanter ATK-3-Kategorien von Antibiotika die Wettbewerbsverhältnisse sachgerechter widerspiegelt als bei einer Anwendung der engen ATK-3-Klassifikationsebene, unter denen die entsprechenden Produkte der beteiligten Unternehmen vertrieben werden. Dies, da Macrolide mit anderen Antibiotika im Wettbewerb stehen, da viele bakterielle Infektionen mit einer Vielzahl von Antibiotika bekämpft werden können.

52. Unter der Annahme eines aus Sicht der beteiligten Unternehmen engen Marktsegments J1F stehen die Produkte der beteiligten Unternehmen nicht direkt im Wettbewerb miteinander, da sie grundsätzlich für unterschiedliche Indikationen eingesetzt werden: Pfizers Zithromax ist ein orales Antibiotikum für die Behandlung von milden bis mittelschweren Entzündungen bei Erwachsenen und Kindern (wie Bronchitis, durch Ansteckung erworbene Pneumonia oder AEP, Pharyngitis, Sinusitis und Hautentzündungen). Zithromax wird auch bei der Behandlung von gynäkologischen Entzündungen wie trachomatöser Chlamydie angewendet. Es ist ein relativ neues Produkt und ist in Europa patentgeschützt. Im Gegensatz dazu ist Pharmacias Dalacin C ein älteres, nicht patentgeschütztes Präparat. Dalacin C Lösung wird meist für die Behandlung von Haut- und Weichgewebeentzündungen eingesetzt; Dalacin C Kapseln und Mixtur dagegen werden zusätzlich auch für die Behandlung von wiederkehrender Tonsillitis verwendet. In speziellen Fällen wird Dalacin C auch für die Behandlung von gynäkologischen Entzündungen sowie Entzündungen der oberen/unteren Atemwege verschrieben. Während Zithromax zur Primärbehandlung eingesetzt wird, wird Dalacin C zur Sekundärbehandlung von bakteriellen Infektionen verwendet, da es potenziell negative Nebenwirkungen hat. Die Eigenschaften von Zithromax und Dalacin C sind so verschieden, dass diese beiden Medikamente nur ganz begrenzt untereinander substituierbar sind. Lincocin wird seit 2000 in der Schweiz nicht mehr vertrieben.

---

## **R5F Andere Präparate gegen Husten und Erkältung**

53. Diese Gruppe erfasst schleimlösende Tees, Tabletten und medizinische Pastillen gegen Husten (allerdings ohne antiinfektiöse Substanzen), das heisst Präparate ohne ausgeprägte expektorierende oder hustenmildernde Wirkung. Sowohl angebots- wie nachfrageseitig besteht in hohem Ausmass Substituierbarkeit zwischen den eng miteinander verbundenen R5-Kategorien. Heilmittel gegen Husten und Erkältung beinhalten eine oder mehrere der folgenden vier Kategorien von Wirksubstanzen: Nasenschleimhautabschwellungsmittel, Antihistaminika, Hustenmittel (Hustenunterdrücker) und Expektoranten (schleimlösende Mittel). Viele Präparate beinhalten auch Analgetika. Diese Wirkstoffe stehen nicht unter Patentschutz, sind für viele Hersteller leicht erhältlich und können (in gewissen Fällen) als nicht rezeptpflichtige Mittel in bestimmten Dosierungen für spezifische Indikationen als nicht rezeptpflichtig vermarktet werden. Dies erleichtert offensichtlich die Verbreitung von Generika, die von zahlreichen Anbietern hergestellt werden. Anbieter verwenden zudem oft dieselbe Marke für Produkte verschiedener R5-Kategorien. Händler kaufen und präsentieren die Produkte der verschiedenen R5-Kategorien zudem oft als Gruppe. Produkte verschiedener ATK-3-Kategorien werden von Ärzten und Apothekern typischerweise für eine alternative Behandlung der gleichen Krankheitssymptome empfohlen.

### **B.2.1.2.3 Produktsegmente, in denen nur Pfizer aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30% verfügt**

54. In der Periode vom 1. Juli 2001 bis 30. Juni 2002<sup>2</sup> erzielte Pfizer in den Produktsegmenten, in denen Pfizer, nicht aber Pharmacia, aktiv ist und Marktanteile von mehr als 30% erreicht, in der Schweiz die folgenden Umsätze und Anteile am Verkaufsvolumen:

<sup>2</sup> Die beteiligten Unternehmen stützen sich bei ihrer Analyse auf Umsätze und Verkaufsteile in dieser Periode und nicht auf Kalenderjahreszahlen, da ihnen industrieweite verlässliche Daten von IMS bloss zu dieser Zeitspanne vorliegen.

---

<b>Betroffene Märkte in der Schweiz (Humanpharmazeutische Produkte), in denen nur Pfizer aktiv ist Umsätze (in CHF) und Anteile am Verkaufsvolumen</b>					
<b>ATK-Kategorie</b>	<b>Pfizer</b>			<b>Pharmacia</b>	<b>Marktanteil in %</b>
	<b>Produkt</b>	<b>Umsatz</b>	<b>Verkaufsanteil in %</b>		
A7A	Humatin	[...]	30-40	-	30-40
C8A	Norvasc, Dilzem Retard, Dilzem RR, Dilzem Uno, Dilzem	[...]	60-70	-	60-70
J1A	Vibramycine, Vibravenoes	[...]	40-50	-	40-50
J2A	Diflucan	[...]	30-40	-	30-40
N7D	Aricept, Cognex	[...]	70-80	-	70-80
P1B	Cobrantil, Molevac	[...]	30-40	-	30-40
R1B	Rhinopront	[...]	30-40	-	30-40
S3C	Terracotril	[...]	100	-	100

Quelle: IMS (MAT Juni 2002)

(Umrechnungskurs vom 24. September 2002: USD 1.00 = CHF 1.4979)

55. Durch den Zusammenschluss sind damit acht ATK-3-Produktkategorien auszumachen, in denen der Marktanteil 30% oder mehr im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU beträgt. Nachfolgend werden die betroffenen Produktkategorien beziehungsweise sachlich relevanten Märkte vorgestellt (vgl. Rz. 16 ff., 21).

#### **A7A antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel**

56. Die Kategorie A7A erfasst alle Produkte, die ein oder mehrere antiinfektiöse Darmmittel beinhalten (Antibiotika, Sulphonamide, Antiseptika), mit oder ohne weiteren Substanzen. Sulphonamide und spezielle Antibiotika wie Polymyxin, Neomycin oder Colistin in oraler Form sind ebenso erfasst wie Kombinationen mit Motilitätshemmern, intestinalen Absorptionsmitteln und Mikroorganismen.

57. Das Produkt Hemantin von Pfizer wird zur Behandlung von portosystemischer (Leber-)Enzephalopathie, einer Hirnerkrankung, von Darmentzündungen, von Dysenterie, von Taeniaris (einer von Bandwürmern verursachten Krankheit) und ernsthaften Entzündungen, wie Pseudomonas, verwendet.

### **C8A Einfache Kalziumantagonisten**

58. Kalziumantagonisten gehören zur Gruppe von Medikamenten, die primär für die Behandlung von hohem Blutdruck und Angina verwendet werden, wie (einfache und kombinierte) Kalziumantagonisten (C8A, C8B), einfache und kombinierte Betablocker (C7A, C7B), einfache und kombinierte ACE-Hemmer (C9A, C9B), einfache und kombinierte Angiotensin-Hemmer (C9C, C9B), Diuretika (C3A) und Alphablocker (C2A, C2B). Blutdruck-Senkungsmittel bilden ein sehr grosses, wachsendes und - sowohl bei der Vermarktung als auch bei der Entwicklung - ausgesprochen kompetitives Geschäft. Die Anzahl Patienten ist hoch und die Krankheit verläuft chronisch. Entsprechend ist eine lebenslange Behandlung erforderlich.

### **J1A Tetrazykline und Kombinationen**

59. Tetrazykline sind Breitspektrum-Antibiotika, die zur Behandlung von bakteriellen Infektionen als Hemmstoffe bei der Proteinsynthese dienen. In der Schweiz vermarktet Pfizer zwei Produkte, Vibramycine und Vibravenoes. Dabei erzielt Pfizer mit ersterem den Grossteil ihrer Verkäufe in dieser Kategorie. Wie bereits oben zur Kategorie J1F angemerkt (vgl. Rz. 50 ff.), sind die betroffenen Unternehmen grundsätzlich der Auffassung, dass es sachgerechter wäre, mehrere ATK-3-Kategorien von Antibiotika zu einem relevanten Markt zusammenzufassen und damit den sachlich relevanten Markt bei diesen Produkten nicht nur mit einer Produktkategorie (J1A) zu definieren. Dies kann offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Definition beziehungsweise der Beschränkung des sachlich relevanten Marktes auf die J1A-Kategorie die Stellung von Pfizer im Markt vom Zusammenschluss nicht verändert wird (vgl. Rz. 95).

### **J2A Systemische Antimykotika**

60. Die Produktkategorie J2A erfasst verschiedene Arten pilztötender Mittel (Antimykotika), die für systemische und/oder dermatologische Fälle eingesetzt werden. Das Produkt von Pfizer, Diflucan (flucanazol) ist ein rezeptpflichtiges pilztötendes Mittel, das unter anderem für die Behandlung von systemischen Pilzinfektionen bei kritisch kranken Patienten mit einem schwachen Immunsystem eingesetzt wird. Diflucan kann auch prophylaktisch bei Patienten, an denen eine Knochenmarktransplantation vorgenommen wird und die mit zytotoxischer Chemotherapie und/oder Strahlungstherapie behandelt werden, zur Verminderung des Auftretens von Candidiasis eingesetzt werden.

---

### **N7D Präparate gegen Alzheimer**

61. Die Alzheimersche Krankheit zerstört Nervenzellen im Gehirn, was im Körper des Patienten zur Bildung von Acetylcholinesterase (AChE) führt. Dieser Schaden führt typischerweise zu einer Verringerung der Acetylcholin-Menge im Gehirn. Der Verlust dieser chemischen Substanz verursacht Demenz. Bei Anti-Alzheimer-Produkten sind Cholinesterase-Hemmer (z.B. Donepezil und Tacrine) und andere Behandlungsmittel zu unterscheiden.

62. Aricept und Cognex sind Pfizers Produkte in dieser Produktkategorie. Pfizer stellt Aricept nicht selbst her, sondern vermarktet es auf der Basis einer entsprechenden Vereinbarung gemeinsam mit Eisai, einer japanischen Gesellschaft, die dieses Medikament entwickelt hat und herstellt. Aricept kann bei der Linderung einiger Symptome im frühen und mittleren Stadium von Alzheimer Hilfe leisten. Cognex dagegen bringt eine Linderung im früheren Stadium von Alzheimer und eignet sich für die palliative Therapie von Alzheimer. Letzteres hat allerdings den Nachteil, dass es schwierig zu dosieren ist und ein ungünstigeres Profil hinsichtlich Nebenwirkungen hat.

### **P1B Wurmbekämpfungsmittel**

63. Wurmbekämpfungsmittel sind Medikamente, die selektiv tödlich auf Parasiten im menschlichen Körper wirken. Sie zerstören im Magen-Darm-Trakt Würmer und Larven.

64. Pfizer verkauft in der Schweiz die zwei Produkte Cobantril und Molevac. Beide sind alt, stehen nicht mehr unter Patentschutz und sind relativ günstig. Molevac wird gegen spezifische Wurmartenspezies eingesetzt, während Cobantril zur Behandlung mehrerer Wurmartenspezies verschrieben wird. Das führende Produkt in Europa und auch in der Schweiz ist Vermox von Johnson & Johnson. Es kann zur Behandlung von mehr und selteneren Wurmartenspezies als Cobantril oder Molevac eingesetzt werden.

### **R1B Systemische Nasalpräparate**

65. Nasalpräparate sind in der ATK-3 nach der Art der Verabreichung klassifiziert: Die Kategorie R1A bezieht sich auf topisch (lokal/äusserlich) wirkende Nasalpräparate (Sprays und Drops). Die Kategorie R1B bezieht sich auf systemische Anwendungen (Tabletten, Kapseln und Lösungen). Beide Typen sind in hohem Masse sowohl nachfrage- als auch angebotsseitig untereinander substituierbar. Sie werden bei gleichen Symptomen/Leiden (primär zur Milderung von Nasenverstopfung bei Erkältungen, Allergien und Nasennebenhöhlenproblemen) indiziert, und sie werden oft unter derselben Marke vermarktet und als ein einziges Produkt beworben. Darüber hinaus spielen Generika-Hersteller in diesem Bereich eine wichtige Rolle. Zum einen sind die Rezepturen sehr bekannt und nicht geschützt. Zum anderen stehen auch die Wirkstoffe nicht mehr unter Patentschutz, sind

---

problemlos von einer Anzahl von Herstellern erhältlich, und dürfen (je nach anwendbaren OTC-Regeln) bei vorgeschriebenen Dosierungen für spezifische Indikationen ohne Rezept vermarktet werden.

### **S3C Corticosteroide antiinfektiöse Kombinationen für Augen und Ohren**

66. Die Kategorie S3C umfasst alle Präparate für Augen und Ohren, die ein Steroid und ein anti-infektiöses Mittel enthalten, sei es allein oder mit anderen Wirksubstanzen. Pfizers Produkt, Terracortril, ist eine Salbe oder eine Suspension für die Behandlung von Augen- oder Ohreninfektionen.

67. Pfizer vertreibt auch ein anti-allergisches/anti-entzündliches Produkt für die Augen in der Schweiz. Tyzine zählt zu einer Produktkategorie im Bereich Consumer Healthcare, in der Pharmacia nicht tätig ist.

#### **B.2.1.2.4 Produktsegmente, in denen nur Pharmacia aktiv ist und über Marktanteile von mehr als 30% verfügt**

68. In der Periode vom 1. Juli 2001 bis 30. Juni 2002<sup>3</sup> erzielte Pharmacia in den Produktsegmenten, in denen Pharmacia, nicht aber Pfizer, aktiv ist und Marktanteile von mehr als 30% erreicht, in der Schweiz die folgenden Umsätze und Anteile am Verkaufsvolumen:

---

<sup>3</sup>Die beteiligten Unternehmen stützen sich bei ihrer Analyse auf Umsätze und Verkaufsteile in dieser Periode und nicht auf Kalenderjahreszahlen, da ihnen industrieweite verlässliche Daten von IMS bloss zu dieser Zeitspanne vorliegen.

<b>Betroffene Märkte in der Schweiz (Humanpharmazeutische Produkte), in denen nur Pharmacia aktiv ist Umsätze (in CHF) und Anteile am Verkaufsvolumen</b>					
<b>ATK-Kategorie</b>	<b>Pfizer</b>	<b>Pharmacia</b>			<b>Marktanteil in %</b>
		<b>Produkt</b>	<b>Umsatz</b>	<b>Verkaufsanteil in %</b>	
B1B	-	Fragmin	[...]	40-50	40-50
G1C	-	Dalacin V	[...]	100	100
G2D	-	Dostinex	[...]	50-60	50-60
L1D	-	Farmorubicin sol., Farmorubicin RD, Farmorubicin, Adriblastin sol., Adriblastin RD, Adriblastin, Zavedos, Zavedos Solution	[...]	60-70	60-70
N7B	-	Nicorette, Nicorette Depotpfl, Nicorette Inhaler	[...]	50-60	50-60
S1E	-	Xalatan, Xalacom	[...]	40-50	40-50
S1S	-	Healon	[...]	70-80	70-80
G4B4	-	Detrusitol	[...]	60-70	60-70

Quelle: IMS (MAT June 2002)

(Umrechnungskurs vom 24. September 2002: USD 1.00 = CHF 1.4979)

69. Durch den Zusammenschluss sind damit sieben ATK-3-Produktkategorien im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Nachfolgend werden die betroffenen Produktkategorien beziehungsweise sachlich relevanten Märkte vorgestellt (vgl. Rz. 16 ff., 21).

### **B1B Injizierbare Antikoagulanten**

70. Injizierbare Antikoagulanten werden vor allem eingesetzt, um unerwünschte Blutgerinnsel (Thrombosen oder Embolien) zu verhindern, zum Beispiel vor chirurgischen Eingriffen. Die Kategorie B1B erfasst auch Präparate für den Unterhalt intravenöser Linien. Antikoagulanten können auch Herzpatienten oder anderen Patienten mit hohem Risiko verschrieben werden, um die Entstehung von Blutgerinnsel oder das Wachstum bestehender Blutgerinnsel zu verhindern.

71. Pharmacia vermarktet in der Schweiz das Produkt Fragmin. Es wird für die Prophylaxe von tiefer Venenthrombose eingesetzt, die zu Lungenembolien führen kann. Pharmacia beliefert auch zu Gesteuerungskosten Spitäler für den technischen Gebrauch (d.h. Spülen von Kathetern) mit kleinen Mengen von Standard Heparin, das von Drittherstellern bezogen wird.

### **G1C Gynäkologische Antibiotika und Sulfonamide**

72. Die Kategorie G1C erfasst Antibiotika und Sulfonamide, die in der Gynäkologie eingesetzt werden. Sie schliesst generell systemische Antibiotika und Sulfonamide aus, die unter J1 und J3 klassifiziert sind, ebenso für den dermatologischen Einsatz indizierte Produkte.

73. Dalacin-V wird von Pharmacia in der Schweiz verkauft. Es wird zur Behandlung von empfindlichen Infektionen eingesetzt, die von anaeroben Bakterien, Streptokokken, Pneumokokken und Staphylokokken verursacht werden. Normalerweise wird es nur bei Patienten indiziert, die auf Penicillin allergisch sind oder für die Penicillin aus anderen Gründen nicht in Frage kommt.

### **G2D Prolaktin-Hemmer**

74. Erkrankungen der Hirnanhangdrüsen führen zu extrem hohen Prolaktinwerten. Pharmacias Dostinex ist ein Dopaminrezeptor, der zur Behandlung von Geschwulsten an Hirnanhangdrüsen eingesetzt wird, die Prolactin ausschütten.

### **L1D Zytostatische Antibiotika**

75. Die ATK-2-Klasse L1 erfasst Präparate, die hauptsächlich zur Behandlung von Krebs eingesetzt werden, und spezielle bei der Antikrebstherapie verwendete Packungen (z.B. spezielle Antikrebs-Antibiotikapackungen, Adrenocorticoide, Progestogene, Oestrogene und Androgene). Die L1-Kategorie bezieht sich auf zytostatische Antibiotika, das heisst rezeptpflichtige Medikamente, welche die Vermehrung von Bakterien verlangsamen oder stoppen, so dass die körpereigenen Abwehrkräfte diese Bakterien abtöten können. Zytostatische Antibiotika unterscheiden sich von den zytoxischen oder bakteriozidalen, bakterienzerstörenden (d.h. nicht die Vermehrung verhindernden) Antibiotika.

76. Pharmacia vermarktet in der Schweiz folgende Produkte: Farmorubicin (einschliesslich Farmorubicin RD und Farmorubicin Sol); Adriblastina (einschliesslich Adriblastina RD und Adriblastina Sol) und Zavedos (und Zavedos Solution). Farmorubicin wird hauptsächlich bei der Behandlung von Brustkrebs eingesetzt. Adriblastin und Zavedos werden für die Behandlung von verschiedenen Typen von Leukämie, Zavedos auch bei akuter Leukämie indiziert. Adriblastin wird für die Behandlung einer grossen Anzahl Krebsarten eingesetzt.

---

77. Pfizers Mithracin ist ein hauptsächlich für die Behandlung von Krebs indiziertes Antibiotikum.

### **N7B Produkte zur Behandlung von Nikotinabhängigkeit**

78. Die Produkte in dieser Kategorie werden zum graduellen Entzug von Nikotinabhängigkeit eingesetzt. Pharmacias Produkte sind Nicorette, Nicorette Depotphl und Nicorette Inhalator. Der Nicorette Inhalator besteht aus einem Mundstück und einer ersetzbaren Nikotintablette. Er wird wie eine Zigarette gehalten und lässt beim Lutschen Nikotin frei. Ziel ist es, die wöchentlich gebrauchte Anzahl Nikotintabletten zu reduzieren. Nicorette Depotphl (Pflaster) gibt eine ständige, kontrollierte Nikotindosis an den Körper des Benutzers ab und soll Entzugssymptome lindern. Nicorette ist ein Kaugummi, der bei der Rauchentwöhnung eingesetzt werden kann. Verspürt der Benutzer Lust zu rauchen, kann er langsam den Kaugummi kauen, der die Lust und die Entzugssymptome dadurch lindert, dass Nikotin abgegeben wird. Nicorette Kaugummi ermöglicht es dem Patienten, die Nikotinmenge, je nach Lust zu rauchen, anzupassen.

### **S1E Miotika und Präparate gegen der grünen Star**

79. Grüner Star (Glaukom) ist eine Augenerkrankung, bei der erhöhter Druck im Augapfel Sehstörungen auslöst, die manchmal Blindheit zur Folge haben können. Bei gewissen Patienten wird die Schädigung durch einen erhöhten Augendruck verursacht. Andere Patienten mögen zwar über einen normalen Augendruck verfügen. Die Schädigung ergibt sich aber wegen einer Schwäche im optischen Nerv. Miotika sind örtlich begrenzte Augenmedikamente, welche die Pupille zur Kontraktion anregen. Dies wiederum unterstützt das Auge dabei, sein Drainagesystem zu öffnen. Die Flüssigkeit, die den erhöhten Augendruck verursacht, kann so aus dem Auge abfließen.

80. Pharmacia vertreibt in der Schweiz zwei Typen von Produkten, Xalatan und Xalacom. Xalatan (latanoprost) wird in Form von Augentropfen verabreicht. Xalatan wird bei Patienten mit Weitwinkelglaukom und okularem Überdruck, die andere intraokular drucksenkende Medikamente nicht vertragen oder unzureichend darauf ansprechen, zur Reduktion des erhöhten intraokularen Drucks eingesetzt. Es senkt den Druck im Auge, indem Kanäle geöffnet werden, die den Abfluss der Flüssigkeit ins Innere des Auges ermöglichen.

### **S1S Hilfsmittel für die ophthalmologische Chirurgie**

81. Pharmacias Healon ist ein in der Augenchirurgie verwendetes Präparat. Es wird insbesondere als chirurgisches Hilfsmittel bei Staroperationen, Hornhauttransplantationen, Glaukomfiltration, Netzhautchirurgie und intraokularer Linsenimplantation verwendet.

---

## **G4B4 Produkte zur Behandlung von Inkontinenz**

82. Das Produkt Detrusitol von Pharmacia wird zur Behandlung von Inkontinenz verwendet (G4B4). Inkontinenz bedeutet unbeabsichtigtes Urinlassen wegen überaktiver Blase (ÜAB). Dies ist auf unbeabsichtigte Kontraktionen des Blasenmuskels und/oder Stressinkontinenz aufgrund erhöhtem abdominalen Druck und schlaffer Stütz Muskulatur zurückzuführen. Pfizer ist in diesem Bereich zurzeit nicht vertreten (zur Abgrenzung innerhalb der übergeordneten Produktkategorie G4B vgl. Rz. 46 ff.).

### **B.2.1.3 Aktueller und potenzieller Wettbewerb**

#### **B.2.1.3.1 Aktueller Wettbewerb**

83. Übereinstimmend mit der Arbeitshypothese der beteiligten Unternehmen, engstmögliche relevante Märkte abzugrenzen, werden Umsatzzahlen mit Bezug auf die Schweiz und mit Bezug auf die Marktsegmente, in denen die Marktanteile im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU von 20% beziehungsweise 30% erreicht oder überschritten werden, vorgelegt. Im Bereich der humanpharmazeutischen Produkte benutzen die beteiligten Unternehmen überwiegend die dritte Stufe der ATK-Klassifikation und legen Verkaufszahlen und Verkaufsvolumen vor, die von der IMS für diese Rahmenbedingungen errechnet wurden. Betroffene Produktkategorien sind A7A, B1B, C1E, C2A, C8A, C10A, G1C, G2A G2D, G4B, J1A, J1F J2A, L1D, N7B, N7D, P1B, R1B, R5F, S1E, S1S und S3C.

#### **B.2.1.3.1.a Marktverhältnisse in den einzelnen Produktkategorien**

##### **C1E Nitrite und Nitrate**

<b>Marktanteile in der Kategorie C1E (Nitrite und Nitrate) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Pharmacia	20-30	20-30	20-30
Novartis	40-50	40-50	40-50
AstraZeneca	10-20	10-20	10-20
Schering-Plough	0,1-10	0,1-10	0,1-10

84. Während Pharmacia rund 16%-26% des gesamten Umsatzes in dieser Produktkategorie erzielte, beträgt der Anteil von Pfizer am ge-

samten Verkaufsvolumen zwischen 0,1%-10%. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist der Zuwachs an Marktanteilen nach der Fusion von Pfizer und Pharmacia sehr gering. Es ist zudem anzumerken, dass auch weitere grosse internationale Konzerne in diesem Bereich tätig sind, einschliesslich Novartis. In dieser Produktkategorie sind Generika etabliert.

### **C2A einfache Antihypertonika (nicht pflanzlicher Herkunft)**

85. Pfizer und Pharmacia werden nach dem Zusammenschluss über etwa ein Drittel des Gesamtmarktes in dieser Produktkategorie verfügen. Darüber hinaus werden aber viele wichtige Konkurrenten, wie Boehringer Ingelheim, Solvay und Altana, auch nach dem Zusammenschlussvorhaben im Markt verbleiben.

<b>Marktanteile in der Kategorie C2A (Einfache Antihypertonika [nicht pflanzlicher Herkunft]) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	20-30	20-30	20-30
Pharmacia	0,1-10	10-20	10-20
Boehringer-Ingelheim	20-30	20-30	20-30
Solvay	20-30	20-30	20-30
Altana	0,1-10	0,1-10	10-20
Merck	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **C10A Cholesterin- und Triglyceriden-Reduktoren**

86. Der Marktanteil von Pharmacia in der Schweiz ist sehr klein. Der Zuwachs an Marktanteilen aufgrund des Zusammenschlusses ist gering. Verbleibende Konkurrenten sind etwa Merck & Co., Bristol-Myers Squibb, Novartis und Roche. Das Marktwachstum in dieser Produktkategorie ist im Vergleich zum Gesamtmarkt überdurchschnittlich hoch.

<b>Marktanteile in der Kategorie C10A (Cholesterin- und Triglyceriden-Reduktoren) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	20-30	30-40	30-40
Pharmacia	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Merck & Co	30-40	30-40	30-40
Bristol-Myers Squibb	20-30	20-30	20-30
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Roche	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **G2A Geburtseinleitungsmittel**

87. Pfizer verkauft in der Schweiz sehr kleine Mengen von Pitressin. Der Zuwachs an Verkaufsvolumen in der Folge des Zusammenschlusses ist gering und die Anzahl wichtiger Konkurrenten in dieser Produktkategorie weiterhin gross.

<b>Marktanteile in der Kategorie G2A (Geburtseinleitungsmittel) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Pharmacia	30-40	40-50	30-40
Novartis	30-40	40-50	40-50
Schering AG	20-30	10-20	10-20

### **G4B3 Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen**

88. Aufgrund der unterschiedlichen Verabreichungsformen von Viagra und Caverject konkurrenzieren sich diese Produkte allenfalls nicht direkt. Damit dürfte der Zusammenschluss die Stellung von Pfizer im Bereich G4B3 nicht beeinflussen. Wenn die Substituierbarkeit von Viagra und Caverject bejaht würde, ist der Marktanteil von Pharmacia im Bereich G4B3 dennoch klein.

89. Es ist möglich, dass der gegenwärtige Marktanteil von Viagra sinken wird, da voraussichtlich neue Konkurrenzprodukte auf den Markt kommen werden (vgl. Rz. 124): Abbott Laboratories in Europa hat im Juni 2001 das Medikament Uprima lanciert. Die Unternehmen Lilly und ICOS haben gemeinsam das Medikament Cialis entwickelt, das am 25. Juli 2002 für die Marktzulassung in der EU vorgeschlagen wurde. Bayer hat das Produkt vardenafil/Levitra entwickelt. Es soll gemeinsam mit GlaxoSmithKline vermarktet werden. Es wird erwartet, dass es die Marktzulassung im Verlaufe des Jahres 2003 erhalten dürfte. Die Markteinführung dieser Produkte könnte sich allerdings durch eine in der EU hängige Patentstreitigkeit mit Pfizer verzögern.

90. Allerdings befindet sich bei einer Tochtergesellschaft von Pharmacia ein Produkt in der Entwicklung, das möglicherweise in der Zukunft in die Produktkategorie G4B3 eintreten könnte. Um allfälligen horizontalen Überschneidungen in dieser Produktkategorie zu begegnen, hat Pharmacia den europäischen Wettbewerbsbehörden angeboten, diesen Bereich zu veräussern. Aufgrund der bereits bestehenden Marktführerschaft von Pfizer mit dem Produkt Viagra (rund 82%-92% Marktanteil) wird diese Massnahme, die von den Unternehmen auch gegenüber der schweizerischen Wettbewerbsbehörde zugesichert wurde, zur Verhinderung zukünftiger Marktanteilsadditionen im Sinne einer Auflage auch für den Schweizer Markt verfügt. Mit dem Verkauf des sich in der Entwicklung befindenden Produktes von Pharmacia werden allfällige Bedenken hinsichtlich der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Bereich somit ausgeräumt.

<b>Marktanteile in der Kategorie G4B3-Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	80-90	90-100	90-100
Pharmacia	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Abbot	-	-	0,1-10
Astra Zeneca	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **J1F Macrolide und ähnliche Präparate**

91. Pfizer und Pharmacia werden in der Kategorie J1F zwar über mehr als einen Drittel Marktanteil verfügen, jedoch besteht ein grosser Konkurrent mit Abbott. Zudem stehen die Produkte von Pfizer und Pharmacia nicht direkt miteinander im Wettbewerb, weil sie an sich

verschieden eingesetzt werden (vgl. Rz. 52). Ferner besteht innerhalb der Antibiotika-Gruppen J1C, J1D, J1F und J1G Wettbewerbsdruck. Damit wird Pfizer weiterhin von Seiten anderer Antibiotikahersteller von Produkten zur Behandlung von Atemwegsentzündungen konkurrenziert werden, die über bedeutende Marktanteile in der Schweiz verfügen.

<b>Marktanteile in der Kategorie J1F (Macrolide und ähnliche Präparate) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	20-30	20-30	20-30
Pharmacia	10-20	10-20	10-20
Abbott	60-70	50-60	50-60
Aventis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

#### **R5F Andere Präparate gegen Husten und Erkältung**

<b>Marktanteile in der Kategorie R5F (Andere Präparate gegen Husten und Erkältung) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	30-40	30-40	30-40
Pharmacia	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Weleda	10-20	10-20	10-20
Siegfried	0,1-10	10-20	10-20
Democal	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Ricola	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Grandel	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Bionorica	0,1-10	0,1-10	0,1-10

92. Unter der Annahme einer engen ATK-3-Marktdefinition zeigt sich, dass mit Solubifix, welches zur Schleimlösung in den Bronchien eingesetzt wird, in der Schweiz geringe Verkäufe erzielt werden. Im

Jahr 2001 realisierte Pharmacia mit Solubifix selbst keine Verkäufe mehr. Die entsprechenden Verkäufe rühren daher, dass Grossisten ihre Bestände an Solubifix abbauten. Pharmacia selbst vertreibt dieses Produkt nicht mehr in der Schweiz, und entsprechende Verkäufe werden wegfallen, wenn die Grossisten ihre Lager geleert haben. Der Zuwachs an Marktanteilen aufgrund des Zusammenschlusses ist also minimal. Das für die Behandlung von chronischem, trockenem Husten indizierte Produkt Rhinotussal von Pfizer steht im Wettbewerb mit Produkten von mehr als 20 anderen Anbietern von Husten- und Erkältungsmitteln in der Schweiz, einschliesslich Weleda, Siegfried, Democal, Ricola und Grandel.

### **A7A antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel**

93. Pfizer und Pharmacia stehen auch nach dem Zusammenschluss unter dem Wettbewerbsdruck seitens anderer Hersteller, vor allem von Drossapharm, die wichtige Marktanteile halten.

<b>Marktanteile in der Kategorie A7A (antiinfektiöse antidiarrhöische Darmmittel) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	10-20	10-20	30-40
Pharmacia	-	-	-
Abbott	20-30	30-40	0,1-10
Drossapharm	20-30	20-30	40-50
Sanofi-Synthélabo	20-30	10-20	-
Bioforce	0,1-10	0,1-10	10-20

### **C8A Einfache Kalziumantagonisten**

94. Es ist möglich, mehrere Bluthochdruck-Medikamente der ATK-3-Klasse in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen. Auch bei einer engeren Marktabgrenzung, das heisst bei einer Beschränkung auf Kalziumantagonisten, überschneiden sich die Aktivitäten der betroffenen Unternehmen in der Schweiz nicht. Pfizer und Pharmacia werden auch nach dem Zusammenschluss weiterhin einem starken Konkurrenzdruck seitens anderer Pharmaunternehmen, die aktiv in dieser Produktkategorie sind, wie zum Beispiel Bayer, AstraZeneca und Abbott, ausgesetzt bleiben. In dieser Produktkategorie sind Generika etabliert.

<b>Marktanteile in der Kategorie C8A (Einfache Kalziumantagonisten) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	50-60	50-60	60-70
Pharmacia	-	-	-
Bayer	10-20	10-20	10-20
AstraZeneca	10-20	10-20	10-20
Abbott	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **J1A Tetrazykline und Kombinationen**

95. Pfizer und Pharmacia stehen auch nach dem Zusammenschluss unter dem Wettbewerbsdruck seitens anderer Hersteller, zum Beispiel von Spirig und Grünenthal, die wichtige Marktanteile halten. Das Zusammenschlussvorhaben verändert die Wettbewerbsverhältnisse in dieser Kategorie nicht. Das Marktwachstum liegt in dieser Produktkategorie im Vergleich zum Gesamtmarkt unter dem Durchschnitt. Generika sind in dieser Kategorie etabliert.

<b>Marktanteile in der Kategorie J1A (Tetrazycline und Kombinationen) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	40-50	40-50	40-50
Pharmacia	-	-	-
Spirig	10-20	20-30	20-30
Grünenthal	10-20	10-20	10-20
Hexal Group	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Mepha	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### J2A Systemische Antimykotika

96. Das Zusammenschlussvorhaben führt in dieser Kategorie zu keiner Marktanteilsaddition. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Pharmacia werden weiterhin einem starken Konkurrenzdruck seitens vieler wichtiger Unternehmen wie Novartis, Johnson & Johnson (Janssen-CILAG) ausgesetzt bleiben.

<b>Marktanteile in der Kategorie J2A (Systemische Antimykotika) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	30-40	30-40	30-40
Pharmacia	-	-	-
Novartis	20-30	20-30	20-30
Johnson & Johnson	20-30	20-30	20-30
Fresenius	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Bristol-Myers Squibb	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### N7D Präparate gegen Alzheimer

97. Da Pharmacia keine Aktivitäten in diesem Bereich hat, hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen werden vielmehr weiterhin einem starken Wettbewerbsdruck von Seiten grosser internationaler Konkurrenten wie zum Beispiel von Novartis und Johnson & Johnson ausgesetzt bleiben.

<b>Marktanteile in der Kategorie N7D (Präparate gegen Alzheimer) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	70-80	70-80	70-80
Pharmacia	-	-	-
Novartis	20-30	10-20	10-20
Johnson & Johnson	-	0,1-10	10-20

### **P1B Wurmbekämpfungsmittel**

98. Da Pharmacia keinerlei Aktivitäten in dieser Produktkategorie hat, hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Pharmacia werden zudem weiterhin von Johnson & Johnson konkurrenziert werden, die heute in der Schweiz über einen grösseren Marktanteil als Pfizer verfügt.

<b>Marktanteile in der Kategorie P1B (Wurmbekämpfungsmittel) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	40-50	30-40	30-40
Pharmacia	-	-	-
Johnson & Johnson	40-50	40-50	40-50
GlaxoSmithKline	10-20	10-20	10-20

### **R1B Systemische Nasalpräparate**

99. Auch bei einer engen Bestimmung von R1B als sachlich relevanter Markt hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge, da Pharmacia in dieser Kategorie keine Produkte anbietet. Darüber hinaus steht das Produkt Rhinopront von Pfizer, welches für die Behandlung von Schnupfen, Heuschnupfen und Katarr verwendet wird, in der Schweiz bereits heute im Wettbewerb mit systemischen Nasalpräparaten von mehreren anderen Herstellern wie zum Beispiel Medichemie, Similasan und GlaxoSmithKline.

<b>Marktanteil in der Kategorie R1B (Systemische Nasalpräparate) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	20-30	20-30	30-40
Pharmacia	-	-	-
Similasan	10-20	10-20	10-20
Medi-Chemie	10-20	10-20	10-20
GlaxoSmithKline	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Homberger	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **S3C Corticosteroide antiinfektiöse Kombinationen für Augen und Ohren**

100. Das Zusammenschlussvorhaben ändert nichts an der gegenwärtigen Wettbewerbssituation in diesem Segment. Pfizer verfügt zwar bereits heute über einen hohen Marktanteil in der Schweiz. Es ist allerdings bemerkenswert, dass der von Pfizer vom 1. Juli 2001 bis 30. Juni 2002 erzielte Umsatz weniger als CHF [...] beträgt. Da Pharmacia keine Aktivitäten in diesem Bereich hat, hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge.

<b>Marktanteile in der Kategorie S3C (Corticosteroide antiinfektiöse Kombinationen für Augen und Ohren) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	100	100	100
Pharmacia	-	-	-

### **B1B Injizierbare Antikoagulanten**

101. Da Pfizer keinerlei Aktivitäten in diesem Bereich hat, hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Ausserdem sind mehrere starke Konkurrenten, wie zum Beispiel Sano-fi-Synthélabo, Roche und Aventis, in diesem Bereich aktiv.

<b>Marktanteile in der Kategorie B1B (Injizierbare Antikoagulanten) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	20-30	30-40	40-50
Roche	20-30	10-20	0,1-10
Aventis	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Sanofi-Synthélabo	40-50	40-50	40-50
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **G1C Gynäkologische Antibiotika und Sulfonamide**

102. Da Pfizer keine Präparate in dieser Produktkategorie vermarktet, hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Die von Pharmacia in diesem Produktsegment in der Schweiz erzielten Umsätze sind überdies ausgesprochen klein.

<b>Marktanteile in der Kategorie G1C (Gynäkologische Antibiotika und Sulphonamide) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	100	100	100

### **G2D Prolaktin-Hemmer**

103. Pfizer hat keinerlei Aktivitäten in diesem Produktsegment. Das Zusammenschlussvorhaben hat damit keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Auch nach dem Zusammenschluss stehen die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Pharmacia unverändert mit Novartis und mehreren kleineren Konkurrenten wie Schering AG und Wyeth im Wettbewerb.

<b>Marktanteile in der Kategorie G2D (Prolaktin-Hemmer) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	40-50	40-50	50-60
Novartis	50-60	40-50	40-50
Schering	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Wyeth	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### **L1D Zytostatische Antibiotika**

104. Da Pfizer in dieser Kategorie in den letzten drei Jahren keinerlei Verkäufe getätigt hat, hat das Zusammenschlussvorhaben keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Das fusionierte Unternehmen wird in der Schweiz weiterhin dem Wettbewerb ausgesetzt bleiben. Der Volumenanteil von Pharmacia ist während den letzten Jahren kontinuierlich gesunken. Andere Pharmaunternehmen wie Essex Chemie, Wyeth und Baxter Inc. sind aktiv und verfügen über bedeutende Marktanteile.

<b>Marktanteile in der Kategorie L1D (Zytostatische Antibiotika) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	70-80	70-80	60-70
Wyeth	10-20	10-20	0,1-10
Essex Chemie	0,1-10	0,1-10	10-20
Baxter Int	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### N7B Produkte zur Behandlung von Nikotinabhängigkeit

<b>Marktanteile in der Kategorie N7B (Produkte zur Behandlung von Nikotinabhängigkeit) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	60-70	50-60	50-60
GlaxoSmithKline	0,1-10	20-30	10-20
Novartis	20-30	20-30	20-30

105. Pfizer hat keinerlei Produkte in der Kategorie N7B. Das Zusammenschlussvorhaben hat damit keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Pharmacia werden in diesem Bereich zudem weiterhin mit Glaxo SmithKline und Novartis im Wettbewerb stehen.

### S1E Miotika und Präparate gegen den grünen Star

106. Pfizer stellt keine Produkte in dieser Kategorie her. Ausserdem sind mehrere Konkurrenten wie Merck & Co., Alcon, Allergan und Novartis weiterhin in diesem Bereich tätig.

<b>Marktanteile in der Kategorie S1E (Miotika und Präparate gegen den grünen Star) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	30-40	40-50	40-50
Merck & Co	30-40	20-30	20-30
Allergan	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Nestlé	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### S1S Hilfsmittel für die ophtalmologische Chirurgie

107. Pfizer hat keinerlei Produkte in der Kategorie N7B. Das Zusammenschlussvorhaben hat damit keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Die sich zusammenschliessenden Unternehmen Pfizer und Pharmacia stehen hier mit Alcon und Novartis im Wettbewerb.

<b>Marktanteile in der Kategorie S1S (Hilfsmittel für die ophtalmologische Chirurgie) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	70-80	80-90	70-80
Alcon	10-20	10-20	10-20
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

### G4B4 Produkte zur Behandlung von Inkontinenz

108. Pfizer hat gegenwärtig keinerlei Produkte in der Kategorie G4B4. Das Zusammenschlussvorhaben hat damit keinen Zuwachs an Marktanteilen zur Folge. Es befindet sich aber ein Produkt (Darifenacin) in der letzten Entwicklungsphase (Phase III), das voraussichtlich in diese Kategorie fallen würde.

109. Um eine allfällige Marktanteilsaddition in der Zukunft zu vermeiden, haben Pfizer und Pharmacia den EU-Wettbewerbsbehörden angeboten, das Produkt Darifenacin mit weltweiter Wirkung zu veräußern. Aufgrund der bereits bestehenden Marktführerschaft von Pharmacia mit dem Produkt Detrusitol (rund 55%-65% Marktanteil) wird diese Massnahme, die von den Unternehmen auch gegenüber der schweizerischen Wettbewerbsbehörden zugesichert wurde, zur Verhinderung zukünftiger Marktanteilsadditionen im Sinne einer Auflage auch für den Schweizer Markt verfügt. Mit der Veräußerung des sich in der Entwicklung befindenden Produktes Darifenacin erweist es sich nicht als notwendig, einen Innovationsmarkt zu definieren; damit verbundene Bedenken sind daher ausgeräumt (vgl. Rz. 116).

<b>Marktanteile in der Kategorie G4B4 (Produkte zur Behandlung von Inkontinenz) in der Schweiz in %</b>			
<b>Unternehmen</b>	<b>1999-2000</b>	<b>2000-2001</b>	<b>2001-2002</b>
Pfizer	-	-	-
Pharmacia	40-50	50-60	60-70
Madaus	20-30	20-30	20-30
Sanofi-Synthélabo	10-20	10-20	0,1-10
Pierre Fabre	0,1-10	0,1-10	0,1-10
Novartis	0,1-10	0,1-10	0,1-10

#### **B.2.1.3.1.b Gesamtbeurteilung des aktuellen Wettbewerbs**

110. Die Anzahl Konkurrenten von Pfizer und Pharmacia ist abhängig von den jeweiligen Märkten. Grundsätzlich zeigt sich, dass die Marktanteilszuwächse durch den Zusammenschluss entweder gering sind oder aber andere, meist grosse, ernst zu nehmende Konkurrenten bestehen. Einzig in der Kategorie G4B (bzw. G4B3 und G4B4) gestaltet sich die Situation anders (vgl. Rz. 88 ff., 108 f.). Die Marktanteilsverteilung in den verschiedenen Produktkategorien ist sehr unterschiedlich, so dass nicht von einer über alle Kategorien einheitlichen Marktstruktur gesprochen werden kann. Bei einer Betrachtung des schweizerischen Gesamtmarktes für Pharmaprodukte zeigt sich, dass neben Pfizer und Pharmacia mehrere ähnlich grosse Wettbewerber existieren (vgl. Rz. 29 ff.). Hinsichtlich der Produktkategorien G4B3 und G4B4 ist Folgendes auszuführen:

- In der Produktkategorie G4B3 könnte der Wettbewerb angesichts des hohen Marktanteils von Pfizer und der Entwicklung eines Nachfolgeprodukts durch Pharmacia beeinträchtigt sein. Dieser Bereich zeichnet sich aber zum einen durch eine hohe Marktdynamik und zunehmenden Wettbewerb aus, insbesondere ist mit neuen Konkurrenzprodukten zu rechnen. Zum anderen wird das sich in der Entwicklung befindende Produkt veräussert werden (vgl. Rz. 88 ff.).
- In der Produktkategorie G4B4 könnte der Wettbewerb angesichts des hohen Marktanteils von Pharmacia und der Entwicklung eines Nachfolgeprodukts (Darifenacin) durch Pfizer ebenfalls beeinträchtigt sein. Zum einen bestehen neben den zusammenschliessenden Unternehmen weitere grosse Wettbewerber, zum anderen

wird das sich in der Entwicklung befindende Produkt Darifenacin veräussert werden (vgl. Rz. 108 f.).

111. Der Pharmamarkt als Ganzes muss sich gegenwärtig sinkenden Wachstumsraten stellen (mit Ausnahme von einzelnen Produktkategorien, etwa C10A, B1B). Zudem sind die Marktanteilsverschiebungen über alle Produktkategorien gesehen relativ gering beziehungsweise die Marktstruktur eher stabil. In einzelnen Produktsegmenten lassen sich jedoch grössere Marktanteilsverschiebungen beziehungsweise eine gewisse Marktdynamik feststellen. Grössere Marktanteilsverschiebungen ergeben sich insbesondere beim Ablauf von Patenten, der Einführung neuer, innovativer Produkte oder Generika.

112. In mehreren Produktkategorien sind nur wenige Hersteller tätig beziehungsweise besteht eine Oligopolsituation. Damit ist zu prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben eine kollektive marktherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte (Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, S. 214 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 278 ff.; Bell AG/SEG-Poulets AG, RPW 1998/3, S. 392 ff.).

- Die Anzahl in den Produktkategorien tätigen Unternehmen ist im Allgemeinen eher gering: Zwei bis drei Hersteller halten meist zwischen 50% bis über 90% Marktanteil.
  - Wie ausgeführt, ist die Marktstruktur relativ stabil (vgl. Rz. 111).
  - Die Markttransparenz ist relativ hoch. Informationen betreffend aktuelle Preise/Preisänderungen und aktuell hergestellte Mengen von Produkten können verhältnismässig einfach erhalten werden: Im Bereich der SL-Arzneimittel werden die Höchstpreise durch die Veröffentlichung des Bundesamtes für Sozialversicherung zugänglich, und Informationen über Mengen sind via kostenpflichtige IHA-/IMS-Daten verfügbar. Es bestehen im weiteren Sinne gemeinsame Qualitätsstandards (Good Manufacturing Practice, GMP), welche von der Swissmedic überprüft werden. Allerdings ist die Markttransparenz betreffend strategische Absichten für die verschiedenen Produktkategorien gering.
  - Zudem haben sich in der Vergangenheit in der Pharmabranche bereits kartellrechtlich problematische Kooperationen zugetragen (vgl. Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar, RPW 2000/3, S. 320 ff.; Stichwort "Interessensymmetrie").
  - Auch wenn der Zusammenschluss zu einer Veränderung der Rangliste der Pharmahersteller im schweizerischen Gesamtmarkt führt (vgl. Rz. 29 ff.), bewirkt er grundsätzlich keine grossen Änderungen in den jeweiligen Produktkategorien. Die oben genannten Elemente, welche für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung sprechen könnten, existierten bereits vor dem Zusammenschluss. Zudem besteht in den Produktkategorien nach wie vor die Möglichkeit von potenzieller Konkurrenz (vgl. Rz. 123). Hinsichtlich der
-

Produktinnovation existiert starker Wettbewerb. Damit ist davon auszugehen, dass der Zusammenschluss nicht zu einer Begründung und Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung führen wird (RPW 1998/2, S. 243 ff.).

Zusammenfassend kann erwartet werden, dass der Zusammenschluss keine kollektive marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

113. Die Marktanalyse hat ergeben, dass der Zusammenschluss von Pfizer und Pharmacia auf den verschiedenen Vertriebsstufen von der Herstellung bis zum Detailhandel (ÄrztInnen, Apotheken, Drogerien, Spitäler), insbesondere aber auf Stufe Vertrieb, zu einem erhöhten Wettbewerbsdruck führen kann. Auf Stufe Vertrieb ist mit höherem Wettbewerbsdruck zu rechnen, da Pfizer und Pharmacia gemeinsam über eine grössere Finanzkraft verfügen (vgl. Rz. 114, 117) und mit einem breiteren Sortiment als stärkerer Anbieter auftreten können.

114. Pfizer und Pharmacia erwächst durch den Zusammenschluss eine grosse Finanzkraft. Diese wird Pfizer und Pharmacia namentlich die Möglichkeit verleihen, mehr Mittel als die Konkurrenten für Forschung und Entwicklung (F&E) sowie Vertrieb/Marketing (gerade auf Stufe Detailhandel) zu verwenden, um allfällige Preiskämpfe besser führen und durchstehen zu können. Darauf wird im Folgenden eingegangen.

115. Gerade im Bereich F&E entsteht damit für Pfizer und Pharmacia zumindest theoretisch ein Wettbewerbsvorteil, sei es durch eigene F&E, durch Kauf von Innovationen oder durch Kooperationen. Andererseits verfügen auch andere Pharmahersteller über grosse Finanzkraft. Zudem hat sich vor allem in der jüngeren Vergangenheit gezeigt, dass Finanzkraft nicht mit Innovationskraft gleich zu setzen ist. Die Marktanalyse im Rahmen der vorläufigen Prüfung zeigte, dass weder auf die einzelnen Produktkategorien noch auf den gesamten humanpharmazeutischen Bereich bezogen mit einer nennenswerten Beeinträchtigung der F&E-Tätigkeit zu rechnen ist (mit Ausnahme der Produktkategorien G4B3 und G4B4, vgl. Rz. 110, 124). Konkret ist hinsichtlich Ausmass an F&E-Anstrengungen und F&E-Ausgaben, Innovationsdruck, Innovationsrate, Innovationszyklen, Verteilung und Generierung von Know-how grundsätzlich von höherem Wettbewerbsdruck auszugehen.

116. Die gegenwärtige Produktpipeline von Pfizer und Pharmacia erscheint beträchtlich (vgl. Pressemitteilung der EU; 120 neue chemische Einheiten, 80 Projekte für Produkterweiterungen), aber es kann kein spezieller Innovationsmarkt für eine bestimmte Produktkategorie abgegrenzt werden, da die Zuteilung eines in der Entwicklung stehenden Produktes zu einer bestimmten Kategorie gemäss der ATC-Klassifikation bis kurz vor der Marktzulassung kaum voraussehbar ist und auf Seiten der zusammenschliessenden Unternehmen keine solchen neuen Arzneimittel für die einzelnen Produktkategorien in Aussicht

stehen (mit Ausnahme der Produktkategorien G4B3 und G4B4, vgl. Rz. 110, 124). Diese Unsicherheit betreffend der Zuteilung eines in Entwicklung stehenden Produktes zu einer bestimmten Kategorie gemäss der ATC-Klassifikation besteht auch für Konkurrenten der zusammenschliessenden Unternehmen, womit prinzipiell die Entwicklung eines Produktes beziehungsweise der Eintritt in die beschriebenen Produktkategorien möglich ist. Ferner muss erwähnt werden, dass nicht alleine die Produktpipeline beziehungsweise deren Grösse für den Eintritt in eine Produktkategorie entscheidend ist. Ein grosser Teil der Innovationen wird dazugekauft oder durch Kooperationen gesichert (vgl. Rz. 123).

117. Im Bereich Vertrieb und Marketing ist von einem beträchtlichen Synergiepotenzial für Pfizer und Pharmacia auszugehen. In diesem Zusammenhang können sich Portfolioeffekte ergeben. Als Portfolioeffekte werden pro- und antikompetitive Effekte bezeichnet, welche sich bei Zusammenschlüssen von Marktteilnehmern mit komplementären Produkten ergeben können. Dabei verfügt eine oder mehrere der zusammenschliessenden Parteien bei den komplementären Produkten über signifikante Marktmacht (IBM Deutschland GmbH, Berlin, et PwC Consulting AG, Zurich, RPW 2002/4; OECD, Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, DAFPE/COMP[2002]5). Der Zusammenschluss von Pfizer und Pharmacia kann mit anderen Worten sowohl eine Verbesserung als auch eine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Marketing und Vertrieb bewirken. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung hat sich ergeben, dass die Konkurrenten von Pfizer und Pharmacia von zunehmendem Wettbewerbsdruck ausgehen. Das gleiche Bild zeigt sich bei der Prüfung der zukünftigen Wettbewerbssituation auf der Marktgegenseite: Die Marktgegenseite geht vor allem im Bereich Vertrieb und Marketing von erhöhtem Wettbewerbsdruck aus (vgl. Rz. 113). Damit kann erwartet werden, dass sich der Zusammenschluss im Bereich Marketing und Vertrieb prokompetitiv auswirken wird.

118. Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit dem Zusammenschluss ein grosser Marktakteur entsteht, der aber den aktuellen Wettbewerb nicht erheblich beschränken kann.

#### **B.2.1.3.2 Potenzieller Wettbewerb**

119. Obwohl sich der räumlich relevante Markt aus Sicht der Nachfrageseite auf die Schweiz bezieht, ist aus der Sicht der Hersteller internationale beziehungsweise globale Konkurrenz zu berücksichtigen (vgl. Roche/Corange, RPW 1998/1, S. 68 f.). Im Pharmageschäft hat der Herstellerwettbewerb zwei Hauptkomponenten. Einerseits herrscht internationale Innovationskonkurrenz (Wettbewerb um Patentrechte), andererseits kommt nach Ablauf des Patentschutzes globaler Imitationswettbewerb (Generika) hinzu. Patentrechtlich geschützte Medikamente und Generika werden in der Regel international vermarktet.

---

120. Der Wettbewerb über Forschung und Entwicklung (Innovations- und Imitationswettbewerb) wird global geführt. Die Entwicklung eines neuen Medikaments erfordert dessen weltweite Vermarktung, damit die hohen Kosten der Entwicklung amortisiert werden können. Einen Teil der Innovationen entwickeln die Hersteller nicht im Rahmen der eigenen F&E-Tätigkeit, sondern kaufen Innovationen anderer Unternehmen auf oder gehen Kooperationen ein (vgl. Rz. 116).

121. In der jüngeren Vergangenheit zeigte sich, dass die Forschungsabteilungen vieler Hersteller nicht mit der gewohnt hohen Kadenz neue Wirkstoffe hervorbrachten. Dies ist kaum auf die fehlenden finanziellen Mittel zurückzuführen. So verdreifachten sich in den 90ern die für F&E aufgewendeten finanziellen Mittel (bei sich stetig verringerndem Output).

122. Was die Markteintrittskosten auf dem Pharmamarkt anbelangt, sind insbesondere folgende Feststellungen relevant:

- Die Entwicklungskosten eines Medikamentes sind sehr hoch (durchschnittlich ca. CHF 500 Mio.).
- Die Entwicklung eines Arzneimittels ist sehr zeitintensiv, das heisst, sie kann sich über acht bis 12 Jahre erstrecken, wobei der Markteintritt von Generika sehr viel schneller vonstatten geht.
- Es müssen hohe Entwicklungsrisiken getragen werden. Die Testperiode der klinischen Versuche gliedert sich in vier klinische Phasen (wobei in diesem Zusammenhang die klinischen Phasen I-III relevant sind, da die Phase IV während der Einführung eines Produktes stattfindet). Gemäss den Parteien scheitert die Einführung eines Arzneimittels mit einer Wahrscheinlichkeit von 90% bereits in der Phase I. Die entsprechenden Wahrscheinlichkeiten für die Phasen II und III betragen etwa 75% beziehungsweise 50%.
- Arzneimittel bedürfen der Registrierung bei der Swissmedic, was mit weiteren Kosten und Zeitaufwand verbunden ist.

123. Diese hohen Markteintrittsbarrieren erklären, weshalb es in den letzten Jahren auf der Stufe der globalen Marktteilnehmer keine signifikanten Marktzutritte neuer Marktteilnehmer, sondern einzig Zusammenschlüsse (Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC, RPW 2001/2, S. 338 ff.) gegeben hat. Trotzdem ist die Möglichkeit eines Marktzutritts in den jeweiligen Produktkategorien fortwährend möglich. Es ist allgemein davon auszugehen, dass zahlreiche Konkurrenten von Pfizer/Pharmacia aufgrund ihrer Finanzkraft im F&E-Bereich in der Lage sind, in ein bisher von Pfizer und/oder Pharmacia dominiertes Marktsegment beziehungsweise in die einzelnen Produktkategorien (sachlich relevanten Märkte) einzudringen (vgl. Rz. 29 ff., 115 f.). Gerade mit der Entwicklung von neuen Wirkstoffen ist der Markteintritt in stabile Produktkategorien möglich (z.B. Pradif). Auch kleinere, spe-

---

zialisierte Unternehmen ("Start-up"-Unternehmen, Emerging Pharma<sup>4</sup>) vermögen gerade mit neuen Wirkstoffen in den Markt einzutreten.

124. In den Produktkategorien G4B3 und G4B4 steht jeweils ein Produkt des in dieser Produktkategorie nicht tätigen, am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens in der Entwicklung. Wie oben (vgl. Rz. 88 ff., 108 f. und 110) ausgeführt, haben die Parteien zugesichert, diese Produkte zu verkaufen. Schliesslich bleibt anzumerken, dass im Bereich G4B3 mit neuen Anbietern und allenfalls mit marktstarken Neueinführungen zu rechnen ist (vgl. Rz. 46 ff., 88).

125. Im Bereich der Generika ist in den Produktkategorien C2A, G4B, R5F, P1B, N7B, J1A, B1B, S1E, C1E und L1D nicht mit neuen Markteintritten zu rechnen. Dagegen erscheinen neue Wettbewerber mit Generika in den Produktkategorien S1S, C8A, J1F, C10A, J2A, P1B, N7D, R5F und A7A eher wahrscheinlich. Der erfolgreiche Markteintritt von Generika hängt namentlich von der bisherigen Marktposition und der Reputation des Generikaherstellers ab. Insgesamt ist aber damit zu rechnen, dass die Auswirkungen auf die Marktanteile durch Einführungen von Generika nicht stark marktbeeinflussend sein werden, wenn auch deren Wachstum überproportional ist und Generika allgemein zu einer Erhöhung des Wettbewerbs führen (in einzelnen Produktkategorien ist dies anders, etwa in der Kategorie C10A).

126. Zusammenfassend ist festzustellen, dass potenzieller Wettbewerb vorhanden ist und durch den Zusammenschluss nicht erheblich beeinträchtigt werden kann.

#### **B.2.1.4 Ergebnis**

127. Die vorläufige Prüfung ergibt Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Diese Anhaltspunkte würden aber durch die Veräusserung des Produktes "Darifenacin" (Produktkategorie G4B4) an einen Dritten nach den Vorgaben im Commitment to the European Commission (Case No COMP/M.2922) vom 26. November 2002 gemäss SCHEDULE IV und die Veräusserung der Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray zur Behandlung von Erektionsstörungen (Produktkategorie G4B3) nach SCHEDULE V ausgeräumt. Der Zusammenschluss kann danach unter diesen Auflagen zugelassen werden, auf die Eröffnung einer Prüfung nach Artikel 10 KG des Zusammenschlusses ist damit zu verzichten.

---

<sup>4</sup> Grosse, etablierte Pharmakonzerne konzentrieren sich hauptsächlich auf die Entwicklung von Blockbuster-Präparaten. Dies sind Produkte mit einem Umsatz von USD > 1 Mrd. Die frei werdenden Nischen besetzen so genannte Emerging Pharma-Unternehmen. Diese Unternehmen konzentrieren sich auf Spezialbereiche, welche für grosse Pharmakonzerne aufgrund des begrenzten Umsatzpotenzials weniger interessant sind.

## **B.2.2 Veterinärpharmazeutische Produkte**

### **B.2.2.1 Relevante Märkte**

#### **B.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt**

128. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU).

129. Bei der Definition der relevanten Produktmärkte im Bereich veterinärpharmazeutische Präparate hat die Wettbewerbskommission eine Trennung zwischen den ernährungsbedingten Nahrungsergänzungsmitteln, medizinischen Nahrungsergänzungsmitteln (Hygieneprodukte), Impfstoffen und veterinärmedizinischen Präparaten in Betracht gezogen (Merial, RPW 1997/3, S. 350 ff.). Besonders im Bereich der veterinärmedizinischen Präparate differenzierte die Wettbewerbskommission weiter zwischen antimikrobiellen, antiinfektiösen, antientzündlichen und parasitiziden Mitteln. Bei den Parasitiziden zog die Wettbewerbskommission eine weitere Unterteilung nach dem zu behandelnden Tier beziehungsweise dem zu bekämpfenden Parasiten in Erwägung. Zur letzten Kategorie wurde festgehalten, dass Endozide, Ectozide und Endectozide verschiedene Produktmärkte darstellen könnten.

130. Die EU-Kommission ihrerseits hat festgehalten, dass veterinärpharmazeutische Präparate in drei Hauptgruppen unterteilt werden können, nämlich medizinische Nahrungsergänzungsmittel, biologische Mittel (hauptsächlich Impfstoffe) und Pharmazeutika (IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz, Urteil vom 17. Juli 1996, IV/M.885, Merck/Rhone-Poulenc/Merial, Urteil vom 2. Februar 1997, COMP/M.1681. Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, Urteil vom 22. November 1999). Im Bereich der Pharmazeutika für Tiere erkannte die EU-Kommission einen Unterschied zwischen folgenden Produkttypen: parasitizide, antimikrobielle, hormontherapeutische, antientzündliche und schmerzlindernde sowie wirkungssteigernde und andere Pharmazeutika (Rs. COMP/M.1681. Akzo Nobel/Hoechst Roussel Vet, Urteil vom 22. November 1999, Kap. 13).

131. Die beteiligten Unternehmen sind dem von der Wettbewerbskommission und der EU-Kommission vorgeschlagenen Ansatz zur Marktdefinition im Bereich der veterinärpharmazeutischen Präparate gefolgt. Unter der Arbeitshypothese einer solchen Differenzierung ergibt sich, dass sich die Geschäftsaktivitäten der beteiligten Unternehmen in der Schweiz lediglich im Bereich der antimikrobiellen Mittel beziehungsweise Antiinvektive oder Antibiotika überschneiden.

132. Die EU-Kommission hat dahingehend zur Marktdefinition die folgenden Kriterien zur Analyse der relevanten Märkte identifiziert: Vorerst ist anerkannt, dass der Bereich der Antibiotika eine grosse Anzahl

von Produkten umfasst, die sich meistens durch die Art und Weise der Verabreichung (subkutane, orale oder lokale Verabreichung auf der Haut, ins Ohr, Auge, Euter [für die Behandlung von Mastitis]) oder aufgrund der aktiven Wirksubstanz (spezifische chemische Moleküle oder Gruppe von Antibiotika wie z.B. Aminoglykoside, Zephalosporin, Fluoroquinolon, Macrolide, Novobiocin, Penicillin, Phenical, Quinolon, Sulphanomid, Tetrazyklin) unterscheiden. Eine weitere Segmentierung kann aufgrund der zu behandelnden Tierart (Nutz- oder Haustier bzw. grosse oder kleine Tiere) und des Stadiums des tierischen Reproduktionszyklus (z.B. Milchkühe oder milcharme Kühe) vorgenommen werden. Substitutionsmöglichkeiten und konkurrenzierende Indikationen ergeben sich aber über sämtliche Grenzen der gestützt auf die oben erwähnten Kriterien definierten Kategorien.

133. Übereinstimmend mit dem von der EU-Kommission gewählten Ansatz schlagen die beteiligten Unternehmen im Sinne einer Arbeitshypothese vor, alle diese verschiedenen Kriterien in Betracht zu ziehen. Grundsätzlich resultiert dies in der engstmöglichen Marktabgrenzung. Dem Vorschlag der beteiligten Unternehmen kann somit gefolgt werden.

134. Die von den Herstellern und Vertreibern angebotenen Produkte bestehen in einer Palette von Tierarzneimitteln. Die Hersteller und Vertreter liefern ihre veterinärpharmazeutischen Produkte grösstenteils an TierärztInnen und vereinzelt an ApothekerInnen, Futtermühlen, Labors, Forschungsanstalten, Universitätskliniken, kantonale Veterinärämter, an das BVET, Mischfutterhersteller, landwirtschaftliche Mühlen und an die Armeeapotheke. Sie können daher als Marktgegenseite bezeichnet werden.

135. Der sachlich relevante Markt wird somit auf Stufe Herstellung durch die entsprechenden veterinärpharmazeutischen Produkte und ihre Klassifikation definiert.

#### **B.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt**

136. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b VKU).

137. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 22 ff. entspricht im vorliegenden Fall der räumlich relevante Markt dem Gebiet der Schweiz.

#### **B.2.2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

138. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU haben die Unternehmen Angaben über alle sachlichen und räumlichen Märkte zu machen, die vom Zusammenschlussvorhaben betroffen sind. Verfügt ein Unternehmen in einem dieser Märkte in der Schweiz über einen Marktanteil von 30% oder mehr beziehungsweise verfügen zwei oder

---

mehr der beteiligten Unternehmen über einen gemeinsamen Marktanteil von 20% oder mehr, ist eine eingehende Beschreibung dieser Märkte hinsichtlich der Vertriebs- und Nachfragestruktur sowie der Bedeutung der Forschung und Entwicklung notwendig. Werden diese Marktanteilsschwellen nicht erreicht, ist in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat den Parteien im Rahmen einer erleichterten Meldung zugestanden, auf die Einreichung von zusätzlichen Angaben zu den Märkten, in denen die Marktanteile 20% beziehungsweise 30% nicht überschreiten, zu verzichten. Daher werden nachfolgend lediglich diejenigen Märkte aufgeführt, in denen diese Marktanteilsschwellen erreicht beziehungsweise überschritten werden.

139. Unter der Arbeitshypothese einer Marktdefinition, die dem von der Wettbewerbskommission und der EU-Kommission gewählten Ansatz folgt, resultiert die einzige potenzielle Überschneidung zwischen den Aktivitäten der beteiligten Unternehmen im Bereich der antimikrobiellen Mittel. Letztere können gemäss EU-Kommission nach der Art der Verabreichung, der enthaltenen Wirkstoffe, der Indikation sowie nach der Stufe im tierischen Reproduktionszyklus unterschieden werden. Auf dieser Basis sind die beteiligten Unternehmen der Auffassung, dass das Zusammenschlussvorhaben zu keinerlei Marktanteilsadditionen mit gemeinsamen Anteilen von mehr als 20%, das heisst zu betroffenen Märkten im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, führen dürfte.

140. Unter der gleichen Arbeitshypothese identifizieren die beteiligten Unternehmen die folgenden Kategorien, in denen Pfizer allein in der Schweiz einen Marktanteil von mindestens 30% erzielt. Im Jahr 2001 erzielte Pfizer in diesen Marktsegmenten die folgenden Umsätze und Marktanteile in der Schweiz<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Dabei ist anzumerken, dass die vorgelegten Marktanteile bloss Schätzungen sind, da keine verlässlichen Daten verfügbar sind.

<b>Betroffene Märkte in der Schweiz (Veterinärpharmazeutische Präparate) Umsätze (in CHF) und Anteile am Verkaufsvolumen</b>					
Produkte- kategorie	Pfizer			Pharmacia	Marktanteil in %
	Produkt	Umsatz	Verkaufsanteil in %		
Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milch- armen Kühen	Orbenin, Orbenin Extra	[...]	40-50	-	40-50
Oral verabreich- bares antiinfek- töses Penicillin für Haustiere	Synulox, Clamoxyl	[...]	60-70	-	60-70
Nicht-steroidi- sche entzün- dungshem- mende Arznei- mittel für Hunde	Rimadyl Tab, Rimadyl Inj.	[...]	50-60	-	50-60
Endoparasitizid für Nutztiere	Paratect Flex, Exhelm, Valbazen	[...]	30-40	-	30-40
Beruhigungs- mittel für Haus- tiere und Pferde	Dormitor, Domosedan	[...]	50-60	-	50-60

Quelle: Interne Schätzungen des Managements von Pfizer  
(Durchschnittlicher Wechselkurs 2001: USD 1.00 = CHF 1.68724)

141. Nachfolgend werden die betroffenen Produktkategorien beziehungsweise sachlich relevanten Märkte vorgestellt (vgl. Rz. 128 ff., 134).

### **Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milcharmen Kühen**

142. Die EU-Kommission identifizierte ein Produktsegment, das sich auf die antibiotische Behandlung von Mastitis bei milcharmen Kühen bezieht. Dieses Segment kann zudem weiter in die verschiedenen Klassen von Antibiotika unterteilt werden. Bei einer Anwendung der Methodik der EU-Kommission sind auf Penicillin basierende Antibiotika zur Behandlung von Mastitis bei milcharmen Kühen, die topisch (vor-

liegend: intramammär) verabreicht werden, als Subsegment auszuscheiden.

143. Pfizers erstes Präparat zur Behandlung von Mastitis bei milcharmen Kühen war Orbenin DC. Das aktive Antibiotikum in Orbenin DC und dem neueren Orbenin EDC ist Cloxazillin, das gegen grampositive Bakterien, insbesondere *Staphylococcus aureus*, die Hauptursache einer Infektion des milcharmen Euters, wirksam ist. Orbenin DC und Orbenin EDC sind ebenso wirksam gegen *Streptococcus agalactiae* und andere Streptokokkenarten, penicillinresistente und penicillinsensitive Staphylokokken und *Corynebacterium pyogenes*. Beide Produkte sind Antibiotika, die zur Penicillin-Klasse zählen, und sind nicht mehr patentgeschützt.

### **Oral verabreichbares antiinfektiöses Penicillin für Haustiere**

144. Auf der Basis der oben beschriebenen Arbeitshypothese lässt sich ein Produktsegment bestimmen, das sich auf oral verabreichbare, antibiotische Präparate zur Behandlung von Haustieren bezieht. Bei einer Anwendung der oben erwähnten Methode zur Bestimmung der sachlich relevanten Märkte kann dieses Segment in verschiedene Klassen von Antibiotika weiter unterteilt werden. Dabei sind oral verabreichbare Antibiotika der Penicillin-Klasse, die bei bakteriellen Infektionen von Haustieren eingesetzt werden, als Subsegment von anderen Präparaten zu differenzieren.

145. Clamoxyl in Tablettenform ist ein Antibiotikum der Penicillin-Klasse. Dessen Wirksubstanz ist Amoxicillin. Es wird zur Behandlung von Infektionen bei Hunden und Katzen eingesetzt, die durch die Bakterien wie *Haemophilus* spp, *Pasteurella* spp, *Proteus mirabilis*, *Salmonellen* spp, *Leptospira* spp, *Escherichia coli.*, Streptokokken und Staphylokokken verursacht werden, die ihrerseits auf Amoxicillin sensitiv reagieren. Es wird hauptsächlich bei lokalen Infektionen, Infektionen des Darmtraktes, Infektionen des Urogenitaltraktes, sekundären bakteriellen Infektionen und generelleren Infektionen indiziert. Synulox in Tablettenform ist ebenfalls ein Antibiotikum der Penicillin-Klasse. Dessen Wirksubstanz ist Clavulansäure und Amoxicillin. Es verfügt über ein ziemlich breites Spektrum bakteriozider Aktivität gegen Bakterien, die üblicherweise in Katzen und Hunden zu finden sind, wie Staphylokokken, Clostridia, Corynebakterien, Peptostreptokokken spp, Streptokokken, Bakterioide spp, *Escherichia coli.*, Salmonellen, *Bordetella bronchiseptica*, *Campylobacter* spp, *Fusobacterium necrophorum*, Klebsiellae, Pasteurellae und *Proteus* spp. Es wird für eine breite Palette von Krankheiten von Katzen und Hunden eingesetzt, einschliesslich tiefe und oberflächliche Hauterkrankungen, Infektionen von Weichgewebe, Zahninfektionen, Infektionen des Urintraktes, Atemkrankheiten und Darmentzündungen.

---

### **Nicht-steroidische entzündungshemmende Arzneimittel für Hunde**

146. Medikamente gegen Schmerz und Entzündungen können generell in steroidische, nicht-steroidische und andere Präparate unterteilt werden. Nicht-steroidische Entzündungshemmer befreien von Schmerzen und Entzündungen, die durch Arthritis verursacht werden.

#### **Endoparasitizide für Nutztiere**

147. Parasitizide können in zwei unterschiedliche Kategorien unterteilt werden. Anti-Coccidiale greifen einzellige Parasiten an. Die übrigen Anti-Parasitizide greifen mehrzellige Parasiten an und können weiter in die folgenden drei Segmente unterteilt werden: Ektozide werden gegen äussere Parasiten wie Flöhe, Zecken, Läuse und Krätzmilben eingesetzt. Endozide dienen der Bekämpfung von inneren Parasiten wie Würmern, Leber-Plattwürmern oder Protozoen. Endektozide bekämpfen sowohl innere wie äussere Parasiten. Letztere sind vergleichsweise neue Entwicklungen, und die entsprechenden Präparate können hauptsächlich bei grossen Tieren eingesetzt werden. Parasitizide werden sowohl Haus- als auch Nutztieren verabreicht. Es gibt allerdings Unterschiede zwischen den Märkten für Haus- und Nutztiere. Während sich das Angebot an Medizinalprodukten für fleischproduzierende Tiere grundsätzlich nach dem ökonomischen Wert des Tieres und den Kosten für das Verabreichen der Präparate bestimmt, finden diese Überlegungen hingegen kaum oder bloss in einem beschränkten Ausmass bei Haustieren Anwendung. Pfizers Endoparasitizide für Nutztiere sind in der Schweiz Paratect Flex Bolus, Exhelm und Valbazen.

#### **Beruhigungsmittel für Haustiere und Pferde**

148. Pfizer verkauft zwei Beruhigungsmittel in der Schweiz. Dormitor wird hauptsächlich bei Katzen und Hunden, Domosedan ausschliesslich bei Pferden eingesetzt. Dormitor erlaubt Veterinären, Haustiere kurzzeitig zu sedieren. Domosedan wird etwa bei Untersuchungen von Pferden oder anderen Eingriffen als Sedativ verwendet. Pfizer verkauft überdies Antisedan in der Schweiz, ein Gegenmittel gegen Beruhigungsmittel. Es ist ein Antagonist, der die Wirkungen von Dormitor aufhebt.

#### **B.2.2.3 Aktueller Wettbewerb**

149. Im Bereich der tierpharmazeutischen Präparate ist die Anwendung von Marktanteilsdaten als Ausgangsbasis für die Beurteilung der wettbewerblichen Situation wegen mangelnder öffentlich zugänglicher Daten erschwert. Aufgrund der Schwierigkeiten, verlässliche Zahlen beizubringen, beschränken sich die Anteilsschätzungen auf das Jahr 2001. Es ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Marktanteilszahlen in den letzten drei Jahren nicht wesentlich verändert haben.

---

### Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milcharmen Kühen

150. Es wurde bereits oben erwähnt, dass Pharmacia in diesem Subsegment keine Aktivitäten in der Schweiz hat. Das Zusammenschlussvorhaben hat diesbezüglich keine Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation. Die Wettbewerber von Pfizer in diesem Produktsegment sind etwa Gräub und Virbac.

<b>Marktanteile für Topisches Penicillin gegen Mastitis bei milcharmen Kühen in der Schweiz in %</b>	
<b>Unternehmen</b>	<b>2001</b>
Pfizer	40-50
Gräub	20-30
Virbac	10-20
Andere, einschliesslich Streuli, Veterinaria, Berna, Provet, Stricker und Merial (vertrieben durch Provet)	30-40

### Oral verabreichbares antiinfektiöses Penicillin für Haustiere

151. Pharmacia hat keine Aktivitäten in diesem Subsegment in der Schweiz. Pfizer steht im Wettbewerb mit mehreren internationalen Unternehmen, einschliesslich Vetoquinol und Bayer (vertrieben durch Provet).

<b>Marktanteile für Oral verabreichbares antiinfektiöses Penicillin für Haustiere in der Schweiz in %</b>	
<b>Unternehmen</b>	<b>2001</b>
Pfizer	60-70
Vetoquinol	20-30
Andere, einschliesslich Gräub, Streuli, Veterinaria, Berna, Bayer (vertrieben durch Provet) und Merial (vertrieben durch Bio-kema)	20-30

### Nicht-steroidische entzündungshemmende Arzneimittel für Hunde

152. Pharmacia verkauft keinerlei nicht-steroidische Präparate in der Schweiz. In der Schweiz vertreibt Pfizer Rimadyl zur Behandlung von Hundearthritis und steht dabei im Wettbewerb mit mehreren Konkurrenten, einschliesslich Boehringer Ingelheim.

<b>Marktanteile für Nicht-steroidische entzündungshemmende Arzneimittel für Hunde in der Schweiz in %</b>	
<b>Unternehmen</b>	<b>2001</b>
Pfizer	50-60
Boehringer	30-40
Andere, einschliesslich Vetoquinol, Gräub, Streuli, Veterinaria und Berna	20-30

### Endoparasitizide für Nutztiere

153. Pharmacia hat in diesem Bereich keine Aktivitäten. Konkurrenten von Pfizer bleiben in diesem Bereich weiterhin unter anderem Intervet, Biokema/Janssen und Novartis.

<b>Marktanteile für Endoparasitizide für Nutztiere in der Schweiz in %</b>	
<b>Unternehmen</b>	<b>2001</b>
Pfizer	30-40
Merial (vertrieben durch Biokema/Janssen)	20-30
Intervet	10-20
Novartis	0,1-10
Andere (Ufamed, Bayer [vertrieben von Provet], Berna, Virbac und Gräub)	20-30

### Beruhigungsmittel für Haustiere und Pferde

154. Pharmacia hat keine Aktivitäten in diesem Bereich. Die Konkurrenten von Pfizer sind in diesem Bereich unter anderem Vetoquinol und Boehringer.

<b>Marktanteile für Beruhigungsmittel für Haustiere und Pferde in der Schweiz in %</b>	
<b>Unternehmen</b>	<b>2001</b>
Pfizer	50-60
Vetoquinol	20-30
Boehringer	0,1-10
Andere, einschliesslich Gräub, Streuli, und Veterinaria Berna	20-30

Quelle: Schätzungen des Pfizer-Managements

155. Im Bereich der veterinärpharmazeutischen Produkte besteht weiterhin wirksamer aktueller Wettbewerb:

- Viele Produkte der beteiligten Unternehmen in diesem Bereich sind nicht mehr patentgeschützt und stehen folglich im Wettbewerb mit Generika. Ausserdem wird bei einigen wichtigen Produkten der beteiligten Unternehmen bald der Patentschutz auslaufen.
- Gemessen am geschätzten Gesamtumsatz der verkauften Tierarzneimittel in der Schweiz weist Pfizer im Gesamtmarkt höchstens 5%-10% Marktanteil auf. Ferner existieren weitere Hersteller mit einem Marktanteil von mehr als 10%, einige Hersteller mit einem Marktanteil zwischen 5% und 10% sowie zahlreiche Hersteller mit einem Marktanteil zwischen 0,1% und 5%. Der Zusammenschluss berührt die Marktstruktur nicht wesentlich.
- Der Wettbewerbsdruck ist bei einem relativ stagnierenden Absatzvolumen und steigenden F&E-Kosten grösser geworden. Dieser ist im Bereich der Nutztiere beziehungsweise der Landwirtschaft grösser als im Bereich der Heimtiere.

156. Zusammenfassend ist festzustellen, dass der im relevanten Markt bestehende wirksame aktuelle Wettbewerb so gross ist, dass der potenzielle Wettbewerb nicht geprüft werden muss. Der Zusammenschluss kann den aktuellen Wettbewerb nicht beschränken.

#### **B.2.2.4 Ergebnis**

157. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte dafür, 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.

#### **C. Kosten**

158. Gestützt auf die KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat (Artikel 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher sind im vorliegenden Fall die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, die Verfügungsadressaten, anzusehen.

159. Nach Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c KG-Gebührenverordnung entfällt die Gebührenpflicht im Verfahren der Vorprüfung nur, wenn diese keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergibt. Da die Anhaltspunkte nur dank der Auflage entfallen, ist die Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten gegeben.

160. Gemäss Artikel 4 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand, wobei ein Stundenansatz von CHF 130.- gilt. Der Zeitaufwand für die Bearbeitung des Zusammenschlussvorhabens belief sich auf insgesamt [...] Stunden. Daraus ergibt sich ein Rechnungsbetrag von CHF [...], zuzüglich einer Pauschale gemäss Artikel 5 KG-Gebührenverordnung für Porti, Fax, Telefon und Kopien von CHF [...], womit sich ein Gesamtbetrag von CHF [...] ergibt.

#### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhaltes und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter folgenden Auflagen zugelassen:
    - a.) Pfizer Inc. und Pharmacia Corp. veräussern nach den Vorgaben im Commitment to the European Commission (Case No COMP/M.2922) vom 26. November 2002 gemäss SCHEDULE IV das Produkt "Darifenacin" an einen Dritten und veräussern nach SCHEDULE V die Rechte von Pharmacia zur Entwicklung und Kommerzialisierung von Apomorphin-Hydrochlorid Nasenspray zur Behandlung von Erektionsstörungen.
    - b.) Pfizer Inc. und Pharmacia Corp. melden dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unverzüglich schriftlich, sobald die Massnahmen nach Buchstabe a erfolgt sind.
    - c.) Die unter Buchstabe a genannten Massnahmen erfolgen innerhalb der im Commitment to the European Commission gesetzten Fristen.
  2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 51 und 55 KG belegt werden.
-

3. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 1 a-c des Dispositivs statuierten Anordnungen zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen bei den europäischen Wettbewerbsbehörden und/oder bei Pfizer Inc. und Pharmacia Corp. beziehungsweise deren Vertreter einzuholen.
4. [Kosten]
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

B 2.3	<b>4. Converium/Northern States/Global Aerospace Underwriting Managers (GAUM)</b>
-------	---

*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*

*Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 5 mars 2003*

*Assurances dans le domaine aérospatial. Acquisition du contrôle conjoint du pool d'assurances Global Aerospace Underwriting Managers (GAUM) par Converium et Northern States. Pas de marchés concernés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE*

## **1. OPERATION DE CONCENTRATION ENVISAGEE**

1. En date du 13 février 2003, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu la notification de l'acquisition du contrôle conjoint de Global Aerospace Underwriting Managers Ltd., Londres (ci-après GAUM) par Converium AG, Zurich (ci-après Converium), et Northern States Agency Inc. Omaha/USA (ci-après Northern States). Cette opération a également été notifiée aux autorités européennes et brésiliennes de la concurrence.

### **1.1 Les entreprises participantes**

2. GAUM est un groupe actif dans le monde entier comme souscripteur ("underwriter") et gestionnaire de polices d'assurance dans le domaine aérospatial. En tant que souscripteur, GAUM négocie et conclut des contrats d'assurance pour le compte d'un pool d'assureurs directs et de réassureurs ("Global-Pool"). Ce pool se compose d'une part des actionnaires de GAUM et d'autre part de quelques compa-

gnies qui ne sont pas actionnaires<sup>1</sup>. Par ailleurs, GAUM offre aux membres du pool de même qu'à quelques tiers des services supplémentaires tels que gestion et administration des polices d'assurance et analyse de risques. En revanche, GAUM n'est pas lui-même actif en tant qu'assureur ou réassureur.

3. Converium est une compagnie principalement active dans la réassurance et cela à un niveau international (11<sup>e</sup> réassureur mondial<sup>2</sup>). La fondation de Converium en 2001 est le résultat de la séparation de *Zurich RE*, dont Converium a repris les contrats, du groupe *Zurich Financial Services* (ZFS), puis de son entrée en bourse. Actuellement, Converium est totalement indépendante du groupe ZFS et son actionariat est très dispersé.

4. Northern States est une filiale à 100% du groupe Berkshire Hathaway, mondialement actif dans le domaine de l'assurance et de la réassurance (3<sup>e</sup> réassureur mondial<sup>3</sup>) ainsi que dans de nombreux autres secteurs.

## 1.2 Prise de contrôle

5. GAUM est actuellement contrôlé par deux compagnies d'assurance britanniques, *Royal & Sun Alliance* et *CGU International Insurance*, détenant toutes deux 50% du capital. CGU International va se défaire de la totalité de ses parts, tandis que Royal & Sun Alliance va réduire sa participation à 10,1 %. En vertu d'un accord [...], il est prévu que ces deux compagnies vendent leurs parts à Converium, Northern States et *Munich Re*. A l'issue de ces transactions, le capital-action de GAUM sera réparti de la manière suivante:

<sup>1</sup> Les membres de ce pool sont actuellement: National Indemnity Company, Converium, Munich Re, Royal Sun & Alliance, Tokio Marine & Fire, Mitsui Sumitomo

La technique du pool ou co-(ré)assurance est typique des domaines dans lesquels les risques à assurer sont très importants et pour lesquels un savoir-faire spécifique est nécessaire. Cela permet de répartir de gigantesques risques (catastrophes aériennes, tremblements de terre, centrales nucléaires etc.) entre plusieurs assureurs et d'acquérir un savoir-faire que chaque offreur ne pourrait pas développer individuellement.

Bien que de tels pools constituent généralement des accords en matière de concurrence, le Règlement (CEE) 3932/92, sur la base de l'article 81 alinéa 3 du Traité CE et du Règlement du Conseil (CEE) 1534/91, exempte en principe de l'interdiction de l'article 81 alinéa 1 du Traité la couverture en commun de certains types de risques (co-assurance, co-réassurance; articles 10 ss.), pour autant que la part de marché de ces groupements ne dépasse pas 10% (co-assurance; 20% dès le 1<sup>er</sup> avril 2003) respectivement 15% (co-réassurance; 25% dès le 1<sup>er</sup> avril 2003).

<sup>2</sup> Source: Standard & Poors Global Reinsurance Highlights 2002

<sup>3</sup> Idem

Northern States/Berkshire Hathaway	40%
Converium	25%
Munich Re	24,9%
Royal & Sun Alliance	10,1%

6. Une convention d'actionnaires entre ces quatre entreprises prévoit que les décisions importantes et stratégiques de l'assemblée générale devront être adoptées à une majorité qualifiée de plus de [...] % des voix. Quant aux décisions importantes de la Direction, elles devront être adoptées à la majorité de ses membres [...].

7. Au vu du tableau ci-dessus, Northern States et Converium disposeront chacune d'un minorité de blocage pour les décisions importantes. Munich Re ne disposera quant à elle juste pas d'un tel droit de veto. Les informations supplémentaires demandées par le secrétariat ont permis de vérifier que Munich Re ne bénéficiera d'aucune autre possibilité d'exercer une influence déterminante sur le fonctionnement de GAUM<sup>4</sup>.

8. GAUM, qui par ailleurs accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, sera donc à l'avenir contrôlé par Northern States et Converium. Cette acquisition conjointe du contrôle constitue une opération de concentration au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) et 2 alinéa 1 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

## **2. OBLIGATION DE NOTIFIER**

9. En 2001, les primes brutes encaissées au niveau mondial par Northern States/Berkshire Hathaway se montaient à CHF [...] Mia. alors que celles de Converium atteignaient CHF [...] Mia. Toujours en 2001, les primes brutes encaissées en Suisse par Northern States/Berkshire Hathaway étaient de CHF [...] et celles de Converium se montaient à CHF [...]. GAUM ne réalise aucun chiffre d'affaires en Suisse.

10. La présente opération de concentration est donc soumise à l'obligation de notifier en vertu de l'article 9 alinéas 1 et 3 LCart.

<sup>4</sup> [...]

### 3. EXAMEN

#### 3.1 Marché des produits

11. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE).

12. La présente concentration concerne le domaine de l'assurance des risques liés à l'aviation. Cependant, les entreprises notifiantes sont également actives dans d'autres secteurs des assurances, si bien qu'il convient tout d'abord de distinguer trois types d'activités d'assurance différents:

- la souscription et l'administration de polices d'assurance
- l'assurance
- la réassurance

##### 3.1.1 Souscription et administration de polices d'assurance

13. La souscription et l'administration de polices d'assurance sont en général effectuées par la compagnie d'assurance ou de réassurance qui va conclure le contrat et assurer le risque. Ces activités peuvent cependant aussi être confiées à une société spécialisée interne au groupe ("captive") ou externalisées auprès de tiers. Ces deux dernières variantes sont très courantes pour l'assurance de risques complexes ou rares, nécessitant un savoir-faire particulier et notamment lorsque les risques sont assurés par un pool. Ce système est caractéristique de l'assurance des risques aérospatiaux.

14. GAUM est tout d'abord actif comme *souscripteur* de polices d'assurance pour le compte exclusif des compagnies membres du Global-Pool (partenaires à l'échange). Dans ce cadre, GAUM négocie et conclut des contrats d'assurance avec les assurés potentiels et les courtiers. Les conditions auxquelles les membres du pool se retrouvent engagés et la façon dont les risques sont répartis au sein du pool sont réglés dans le contrat de pooling ("Pool Members' Agreement").

15. Par ailleurs, GAUM *administre* ensuite les polices conclues et *gère* le règlement des sinistres. Comme mentionné ci-dessus (n. 2), ces services sont aussi proposés à des compagnies tierces, mais de manière limitée.

16. Bien que ces deux types de services soient différents, il paraît judicieux de les regrouper dans le même marché de produits, puisque ce sont des prestations qui sont en principe effectuées par le même offreuseur. Il est en effet très rare qu'un assureur ou un pool qui n'effectue pas ces tâches lui-même l'externalise auprès de deux entreprises différentes. Ce sont donc deux prestations qui sont liées. Elles requièrent

---

d'ailleurs un savoir-faire identique, ce qui permet une assez grande substituabilité du côté de l'offre.

17. Il convient également de se poser la question de savoir s'il est nécessaire de diviser ce marché en fonction des différentes branches d'assurance. A ce sujet, les parties font valoir qu'une telle distinction ne se justifierait pas en raison de la très grande substituabilité qui existerait au niveau de l'offre. Cela serait démontré par le fait que bon nombre de souscripteurs travaillent pour le compte d'assureurs ou de réassureurs actifs dans différentes branches (notamment certains syndicats des Lloyd's) ainsi que par la possibilité d'engager assez facilement du personnel compétent si les connaissances internes pour passer d'une branche à l'autre ne sont pas suffisantes.

18. Compte tenu du fait que la souscription de contrats d'assurance ou de réassurance externalisée par les compagnies touche généralement des domaines très complexes et techniques, il ne paraît pas si évident qu'une grande substituabilité du côté de l'offre existe. Ces doutes paraissent particulièrement légitimes pour la souscription et la gestion de couvertures d'assurance pour les risques liés au secteur aérospatial.

19. En l'occurrence, la question peut cependant rester ouverte, puisque dans les deux cas de figure l'impact de la concentration envisagée sur la concurrence reste mineur (voir ci-dessous n. 33). Le marché relevant est donc celui de la souscription et de l'administration de polices d'assurance pour le compte de compagnies d'assurance ou de réassurance, toutes branches confondues, ou éventuellement limité au transport aérien.

### 3.1.2 Assurance

20. La jurisprudence de la Commission de la concurrence (Comco) distingue tout d'abord, de manière analogue à la Commission européenne, entre les domaines vie et non-vie (dommages). Au sein de chaque domaine, il est reconnu qu'il peut y avoir en principe autant de marchés de produits que de risques à couvrir, puisque les couvertures d'assurance sont très peu substituables<sup>5</sup>. Selon la pratique de la Comco et en s'inspirant des statistiques de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), il convient de distinguer les marchés suivants<sup>6</sup>: Assurance vie individuelle, assurance vie collective, assurance vie liée à des fonds, assurance accidents, assurance maladie, assurance responsabilité civile, assurance véhicules à moteur, assurance transport, assurance incendie/dégâts naturels et autres assurances choses, assurance crédit et caution, protection juridique, assurance voyage.

<sup>5</sup> DPC 2001/3, p. 529

<sup>6</sup> DPC 1997/4, p. 527, et DPC 2001/3, p. 529

21. Au vu de la spécificité de la présente transaction, il paraît de plus judicieux de distinguer, dans le domaine des assurances transport, le domaine aérospatial et de le considérer comme un marché à part entière. D'autres subdivisions au sein même de ce marché pourraient être retenues en fonction des différents risques présents dans ce secteur (*General aviation, airlines, airports, assurance dommages, RC, RC envers les tiers, actes de guerre et terrorisme etc.*). Cependant, une telle subdivision des marchés ne changerait pas l'appréciation de la situation concurrentielle de manière significative.

22. Dans le cas présent et au vu du faible impacte de la concentration projetée hors du domaine aérospatial, il convient de définir les marchés relevant dans le secteur de l'assurance directe comme suit: assurances vie, assurances dommages à l'exception des risques aérospatiaux, assurances des risques aérospatiaux.

### 3.1.3 Réassurance

23. La Comco n'a jusqu'à aujourd'hui pas retenu de définition précise des marchés dans le secteur de la réassurance.

24. La Commission européenne considère que l'on peut faire une distinction entre le secteur vie et le secteur non-vie, dans lequel il serait encore possible de déterminer plusieurs sous-marchés<sup>7</sup>. Cependant, compte tenu des conditions assez différentes régnant sur les marchés de la réassurance par rapport à ceux de l'assurance directe (essentiellement quasi absence de réglementation), ainsi que du haut degré de substituabilité du côté de l'offre et de l'absence de spécialisation de la majorité des réassureurs qui en résulte, elle a jusqu'à maintenant plutôt considéré le marché de la réassurance comme global<sup>8</sup>. Mais il convient de préciser que ce point a toujours été laissé ouvert, ne jouant pas un rôle décisif pour l'appréciation des effets des concentrations traitées.

25. Dans le cas présent, la question de la délimitation d'un sous-marché pour la réassurance des risques aérospatiaux se pose également. Mais la question peut à nouveau être laissée ouverte, puisque d'une part la concentration ne va pas significativement renforcer la position de Converium et de Berkshire sur les marchés de la réassurance (quelle que soit leur délimitation) et que d'autre part, il existe suffisamment de concurrence sur tous ces marchés (voir ci-dessous n. 33 ss.).

<sup>7</sup> Affaire COMP IV/M. 880 (Schweizer Re/Uniorias), affaire COMP IV/M.1017 (Hannover Re/Skandia) et affaire COMP IV/M. 1036 (Berkshire Hathaway/General Re)

<sup>8</sup> Idem

### 3.2 Marché géographique

26. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

27. Concernant la *souscription et l'administration de polices d'assurance* pour le compte d'assureurs et de réassureurs, il convient de considérer qu'il s'agit d'un marché mondial. En effet, les partenaires à l'échange sont des sociétés du monde entier, qu'elles soient regroupées en pools ou non. De plus, l'importance des risques à couvrir exige que ceux-ci soient répartis sur une base très large.

28. Selon la pratique de la Comco, les marchés des assurances sont en principe des marchés nationaux<sup>9</sup>. Dans le cas présent, il convient de nuancer cette position en relation avec le domaine aérospatial et, au vu de l'importance et de la complexité des risques assurés, d'élargir cette définition vers un marché européen, voire mondial.

29. Par ailleurs, la loi sur la navigation aérienne (LNA; RS 748.0) exige que tout exploitant d'un aéronef enregistré dans le registre matricule suisse soit assuré contre les suites de sa responsabilité envers les tiers auprès d'une entreprise d'assurance autorisée par le Conseil fédéral à pratiquer en Suisse ce genre d'assurance (art. 70 al. 1 LNA). A défaut, le dépôt d'une caution est également possible (art. 70 al. 2 LNA). Cependant, la pratique diverge un peu et dans les faits, l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) se contente de recevoir une attestation d'assurance de la part d'un assureur suisse, qui fonctionne alors comme "garant" si ce n'est pas lui qui assure le risque, mais une compagnie étrangère. Cette obligation légale n'a donc pas pour effet de limiter le marché au territoire national.

30. Enfin, dans le domaine de la réassurance, il s'agit clairement de marchés mondiaux<sup>10</sup>.

### 3.3 Les marchés concernés

31. Selon l'article 11 alinéa 1 lettre d de l'OCCE, sont à considérer comme affectés par la concentration les marchés de produits et géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus.

<sup>9</sup> DPC 1997/4, p. 528, et 2001/3, p. 530

<sup>10</sup> Tel est également l'avis de la Commission européenne, par exemple dans l'affaire COMP IV/M. 600 (Employers Reinsurance/Frankona)

32. Selon une jurisprudence constante de la Comco, seuls sont soumis à une analyse plus détaillée les marchés sur lesquels les seuils susmentionnés sont atteints. Pour les autres marchés, l'on peut en principe partir de l'idée qu'ils ne sont pas influencés de manière importante par la concentration<sup>11</sup>.

33. Les parts de marchés en pour cent pour l'année 2001 des entreprises participantes peuvent être estimées comme suit:

	Souscription & Administration (mondial)		Assurance directe			Réassurance (mondial)		
	Global	Aéro.	Vie (CH)	Non-vie (CH)	Aéro. (mondial)	Vie	Non-vie	Aéro.
Converium	<1	0-10	-	-	0-10	0-10		(0-10)*
Berkshire	<1	0-10	-	0-10	0-10	0-10		(0-10)*
GAUM	<1	0-10	-	-	-	-		
<b>TOTAL</b>	<b>0-10</b>	<b>10-20</b>	-	<b>0-10</b>	<b>0-10</b>	<b>10-20</b>		<b>(&lt;20)*</b>

\* Quasi absence de chiffres globaux, il s'agit ici d'estimations des parts de marchés maximales de ces entreprises, qui sont probablement un peu inférieures

34. Il résulte du tableau ci-dessus que des additions de parts de marché n'ont lieu que sur le marché mondial de la souscription et de l'administration de polices d'assurance dans le domaine aérospatial, ainsi que dans le domaine de la réassurance. Il n'y a cependant pas de marchés affectés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE.

35. S'agissant de marchés mondiaux, il faut de plus préciser que GAUM dans le domaine souscription et administration, ainsi que le groupe Berkshire et Converium dans la réassurance, sont confrontés à une forte concurrence.

36. Pour GAUM, les principaux concurrents sont: Japanese Insurance Pool, Schweizer Pool für Luftfahrtversicherung, Nordic Aviation Insurance Group (DK), Allianz (D), La Réunion aérienne (F), USAU (USA), Faraday (GB, Lloyd's), SATEC (I). A cela il faut ajouter toutes les compagnies qui n'externalisent pas ces tâches et les effectuent elles-mêmes.

<sup>11</sup> Voir par exemple DPC 1999/1, p. 129 ss.

37. Quant au groupe Berkshire et à Converium, qui mis ensemble formeraient le troisième réassureur mondial derrière Munich Re et Swiss Re, leurs concurrents dans le domaine de la réassurance et particulièrement dans le secteur aérospatial sont essentiellement: AIG (USA), Frankona (D), Munich Re, Swiss Re, Allianz (D), Axa (F) et certains syndicats des Lloyd's.

38. Indépendamment des parts de marché dont chaque offreur individuel peut jouir, il convient aussi de tenir compte du fait que l'assurance et la réassurance des risques aériens sont des produits qui sont essentiellement offerts par des pools. En conséquence, le niveau de la concurrence actuelle peut également être analysé au niveau des pools et non pas des offreurs individuels. Il existe principalement trois grands pools/assureurs couvrant les risques aérospatiaux dans le monde entier, à savoir: AIG, USAIG (administré par USAU, cf. n. 36 ci-dessus) et Global-Pool (administré par GAUM, cf. n. 2 ci-dessus). Les risques couverts par les membres du Global-Pool représenteraient au maximum [0%-10%] du marché, ceux couverts par AIG également. D'autres pools, souvent plus régionaux, ont des parts de marché plus faibles. L'on peut citer le Schweizer Pool, le Deutscher Pool, ou SATEC (I) par exemple.

39. Il convient encore de noter que certains assureurs ou réassureurs peuvent être impliqués dans plusieurs pools (soit avec une participation au capital de la société administrant le pool, soit simplement en assurant une part des risques souscrits par le pool). Ainsi, Berkshire contrôle USAU, gérant le pool USAIG (dans lequel Berkshire participe à hauteur de [...]%) et détient des parts dans Faraday, gérant un syndicat des Lloyd's. Converium détient de son côté une participation minoritaire dans la société gérant le pool italien SATEC. Il semble cependant exclu que la présente concentration puisse conduire à l'avenir à une coordination du comportement de GAUM, USAU, SATEC et Faraday (susceptible de tomber dans le champ d'application de l'art. 5 LCart), puisque ce ne sont typiquement pas les actionnaires qui peuvent influencer la marche des affaires dans ces pools, mais les équipes de souscripteurs (en raison notamment de la grande complexité des analyses de risques à effectuer)<sup>12</sup>.

40. Compte tenu des parts de marché limitées détenues par les entreprises participantes ainsi que de la présence de forts concurrents sur tous ces marchés, la présente concentration ne risque pas de porter atteinte à la concurrence.

<sup>12</sup> [...]

#### 4. RESULTAT

41. Au vu des considérants qui précèdent, il n'existe pas d'indices que l'opération de concentration envisagée crée ou renforce une position dominante. Il n'y a donc pas matière à ouvrir un examen approfondi.

B 2.3	<b>5. Crédit Agricole/Crédit Lyonnais</b>
-------	---

*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*

*Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 15 mai 2003*

*Offre publique d'achat et d'échange du Crédit Agricole sur la totalité du capital du Crédit Lyonnais. Pas de marchés concernés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE*

#### 1. OPERATION DE CONCENTRATION ENVISAGEE

1. En date du 25 avril 2003, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu la notification de l'acquisition du contrôle de Crédit Lyonnais SA, Paris (ci-après Crédit Lyonnais), par Crédit Agricole SA, Paris (ci-après Crédit Agricole).

##### 1.1 Les entreprises participantes

2. Le groupe Crédit Agricole est un conglomérat financier actif dans le monde entier, avec une très forte présence en France (n°2 du marché en terme de cotation boursière). Ses activités s'étendent de la banque universelle classique à l'assurance (bancassurance). Il repose sur une structure nationale à trois niveaux: 2'666 caisses locales sont regroupées en 43 caisses régionales qui détiennent elles-mêmes, par le biais d'une holding, la majorité du capital de Crédit Agricole SA. En Suisse, le Crédit Agricole est avant tout actif dans le domaine de la banque privée (par le biais de sa filiale Crédit Agricole Indosuez Suisse SA) et du conseil aux entreprises.

3. Le groupe Crédit Lyonnais est également actif mondialement dans la bancassurance. Ancien établissement public sous contrôle de l'Etat, il est avant tout présent en France. En Suisse, il est essentiellement actif dans les domaines de la banque privée et du conseil aux entreprises.

##### 1.2 Prise de contrôle

4. Le Crédit Agricole a lancé, conjointement avec la société SAS Sacam Développements (créée en vue de la présente opération et contrôlée par les caisses régionales du groupe Crédit Agricole), une offre publique mixte d'achat et d'échange sur les actions du Crédit

Lyonnais en date du 28 mars 2003 dans le but d'augmenter sa participation au capital de ce dernier (alors de 17,79%) et d'en prendre le contrôle.

5. L'opération a déjà été autorisée par un certain nombre d'autorités de la concurrence. Elle n'est cependant pas notifiable auprès des autorités de l'Union européenne. En France, le Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement (CECEI) a autorisé l'opération en date du 13 mars 2003, en l'assortissant toutefois de conditions destinées à assurer le maintien d'un niveau suffisant de concurrence sur le marché de la banque de détail. Il s'agit pour l'essentiel de la cession d'agences dans des régions où la position du nouvel ensemble pourrait affecter significativement le maintien d'une concurrence effective<sup>1</sup>.

6. Le Crédit Agricole a partiellement recouru contre cette décision auprès du Conseil d'Etat, dont la décision devrait tomber dans la deuxième moitié du mois de mai. Le Conseil des Marchés Financiers (CMF) a dès lors prolongé la durée de l'offre publique jusqu'à six jours de bourse après le prononcé de cette décision. La prise de contrôle interviendra donc dès que le Crédit Agricole sera en possession de la majorité du capital et des droits de vote, mais au plus tard lorsqu'il saura avec certitude si l'offre a été couronnée de succès et si la majorité du capital et des droits de vote a été acquise (communication par le CMF)<sup>2</sup>.

7. Le but affiché de l'offre publique d'achat et d'échange initiée par le Crédit Agricole étant l'acquisition de la majorité du capital et des droits de vote du Crédit Lyonnais, la présente opération constitue une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b de la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251) et de l'article 1 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4).

## **2. OBLIGATION DE NOTIFIER**

8. En 2002, le 10% de la somme du bilan du groupe Crédit Agricole représentait CHF [...]. Pour ce qui est du Crédit Lyonnais, ce montant était de CHF [...]. En 2002, le 10% de la part réalisée en Suisse de la somme de bilan (art. 8 al. 2 OCCE) représentait, pour le Crédit Agricole, CHF [...]. Pour le Crédit Lyonnais, ce montant était de CHF [...]. Les seuils de l'article 9 alinéa 1 en relation avec l'article 9 alinéa 3 LCart sont ainsi atteints.

<sup>1</sup> Cf. Communiqué de presse du CECEI, <http://www.lalliancepoureussir.com/pdf/fr/cecei13.03.03.pdf>

<sup>2</sup> Cf. DPC 2001/1, p. 149, n. 27 ss.; DPC 2002/3, p. 529, n. 31

9. La présente opération de concentration est donc soumise à l'obligation de notifier en vertu de l'article 9 alinéas 1 et 3 LCart.

### 3. EXAMEN

#### 3.1 Marché des produits

10. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. art. 11 al. 3 let. a OCCE).

11. Conformément à la jurisprudence de la Commission de la concurrence (Comco) en matière de concentrations bancaires, les domaines suivants, dans lesquels sont actives les banques participantes en Suisse, sont à considérer comme marchés pertinents pour la présente analyse<sup>3</sup>:

- *Private banking* (divisé en gestion de fortune et conseils en placements d'une part et opérations fiduciaires d'autre part)
- Comptes courants et trafic des paiements
- Crédits hypothécaires
- Crédits commerciaux (divisé en crédits < 2 mio. et crédits > 2 mio.)
- Négoce international
- Fonds de placement
- Négoce de valeurs mobilières (divisé en négoce de papiers valeurs, de devises et de métaux précieux)
- Crédits lombards<sup>4</sup>: La question de savoir s'il s'agit d'un marché distinct ou s'il ne devrait pas être rattaché à un autre marché (au sein du *private banking* ou des crédits commerciaux) peut être laissée ouverte puisque, quelle que soit la définition retenue, la concentration n'affectera ce domaine que de manière très marginale.

12. En outre, les deux banques sont également actives dans la fourniture de services informatiques (*IT-business management services*<sup>5</sup>). Enfin, le Crédit Lyonnais propose également des services de conseil en matière de fusion-acquisition.

#### 3.2 Marché géographique

13. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

<sup>3</sup> DPC 1997/4, p. 526; DPC 1998/2, p. 281 ss.; DPC 2000/3, p. 452; DPC 2000/3, p. 455 ss.; DPC 2000/3, p. 505; DPC 2001/2, p. 336 ss.; DPC 2001/3, p. 524 ss.; DPC 2002/4, p. 609

<sup>4</sup> Crédits accordés contre nantissement de titres facilement réalisables (lexique bancaire UBS, [http://www.ubs.ch/f/index/about/bterms/content\\_c.html](http://www.ubs.ch/f/index/about/bterms/content_c.html))

<sup>5</sup> Cf. DPC 2002/4, p. 631

14. Selon la jurisprudence de la Comco, les marchés de produits énumérés ci-dessus sont à définir comme des marchés nationaux pour certains, internationaux pour d'autres<sup>6</sup>.

### 3.3 Les marchés concernés

15. En vertu de l'article 11 alinéa 1 lettre d de l'OCCE, sont à considérer comme affectés par la concentration les marchés de produits et géographiques sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20% ou plus, ou sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30% ou plus.

16. Selon une jurisprudence constante de la Comco, seuls sont soumis à une analyse plus détaillée les marchés sur lesquels les seuils susmentionnés sont atteints. Les autres marchés ne sont en principe pas influencés de manière importante par la concentration<sup>7</sup>.

17. La concentration projetée va provoquer des additions de parts de marché sur tous les marchés bancaires énumérés ci-dessus (n. 11). Cependant, les parts ainsi cumulées seront relativement négligeables, ne dépassant pas les [0%-10%] (dans un marché qui réunirait le commerce de devises et de métaux précieux). Par ailleurs, la nouvelle entité sera confrontée sur tous les marchés à une forte concurrence, de la part notamment des deux grandes banques suisses, des banques cantonales et régionales ainsi que des nombreuses banques privées suisses et étrangères présentes sur sol helvétique.

18. Quant aux domaines des services IT et du conseil en matière de fusion-acquisition, il n'y a pas lieu de les analyser davantage, puisqu'il s'agit d'activités accessoires pour les deux banques et pour lesquelles la concentration projetée n'engendrera pas d'additions de parts de marché significatives.

19. Il convient donc de constater qu'il n'existe pas de marchés affectés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner plus en détail les effets de la concentration projetée.

## 4. RESULTAT

Au vu des considérants qui précèdent, il n'existe pas d'indices que l'opération de concentration envisagée crée ou renforce une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. Il n'y a donc pas matière à ouvrir un examen approfondi.

<sup>6</sup> Cf. jurisprudence mentionnée ci-dessus

<sup>7</sup> Voir par exemple DPC 1999/1, p. 129 ss.

B 2.3	<b>6. DSM/Roche Vitamine und Feinchemikalien</b>
-------	--

*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*

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 5. Mai 2003*

## **I ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN**

### **1.1. Sachverhalt**

1. Am 10. April 2003 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die DSM, alle Aktiven und Passiven der Division Vitamine und Feinchemikalien (RV&FC) der Firma Roche zu übernehmen.

2. Als Umstände, die zum Zusammenschlussvorhaben geführt haben, bringen die Parteien folgendes vor: *DSM* will sich auf die Bereiche Life Science und hochwertige Kunststoffmaterialien konzentrieren und diese Geschäftsfelder weiter stärken. Die Division Vitamine und Feinchemikalien von Roche wird den Geschäftsbereich Life Science ergänzen und es *DSM* ermöglichen, ihren Kunden eine umfassende Produktpalette anzubieten. *Roche* will sich auf ihre Kernbereiche Pharmazeutika und Diagnostik konzentrieren. Die Division RV&FC hat andere strategische, technologische und marktspezifische Zielsetzungen als diese Kernbereiche, weshalb Roche diese Division an ein Unternehmen verkaufen will, welches strategische Zielsetzungen verfolgt, die im Life Science-Bereich und damit näher bei denjenigen von RV&FC liegen.

### **1.2 Die beteiligten Unternehmen**

3. Die Veräusserin Roche ist die Muttergesellschaft der Roche Gruppe, welche aus drei Divisionen besteht: Pharma, Diagnostics und Vitamine/Feinchemikalien (RV&FC). Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben geht es um die letztgenannte Division.

4. Das zu übernehmende Unternehmen RV&FC ist vor allem im Bereich Forschung und Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Vitaminen und Carotinoiden tätig. Daneben stellt sie Zitronensäure, ein Antitussivum, Vormischungen, kosmetische Inhaltsstoffe und mehrfach ungesättigte Fettsäuren her, verkauft diese Produkte und betreibt dafür Forschung und Entwicklung. RV&FC vermarktet ferner Enzyme und gewisse Vitamine und Aminosäuren.

5. Die Erwerberin DSM ist eine niederländische Gesellschaft mit beschränkter Haftung und hat ihren Sitz in Heerlen, Niederlande. DSM ist über ihre Tochtergesellschaften, namentlich in Europa und den USA, im Bereich Entwicklung und Produktion einer Vielzahl von Life Scien-

ce-Produkten, Leistungswerkstoffen, Polymeren und industriellen Chemikalien tätig. Life Science-Produkte werden für die Pharma-, Nahrungsmittel- und Futtermittelindustrie sowie die agrochemische Industrie hergestellt. Leistungswerkstoffe sind hochwertige Produkte wie zum Beispiel UV-sensitive Lacke für Glasfasern, Elastomere, technische Kunststoffe, wärmehärtende Harze, welche in trockenen und nassen Farben für die Produktion von Tanks, Rohren und Container eingesetzt werden. Die Materialien werden in den verschiedensten Endproduktemärkten gebraucht, wie zum Beispiel dem Automobilsektor, der Elektro- und Elektronikindustrie, für Lacke und in Baukonstruktionen. Polymere und industrielle Chemikalien umfassen eine weite Palette von Kunststoffen, Melamin, Caprolactam und Düngemittel.

### 1.3 Kontrollerwerb

6. Das Share and Asset Purchase Agreement zwischen DSM und Roche vom 10. Februar 2003 sieht die Übernahme aller Aktiven und Passiven von RV&FC vor. Das vorliegende Vorhaben erfüllt somit den Tatbestand des Unternehmenszusammenschlusses gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG.

## II MELDEPFLICHT

7. Der konsolidierte weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich im Jahr 2002 auf (Jahresmittelkurs 2002: Euro 1.00 = CHF 1.46695):

DSM:	CHF	> 2 Mia.
<u>RV&amp;FC:</u>	<u>CHF</u>	<u>&gt; 2 Mia.</u>
Total:	CHF	> 2 Mia.

Die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG sind damit erreicht.

8. Der konsolidierte schweizweite Umsatz der beteiligten Unternehmen belief sich im Jahr 2002 auf (Jahresmittelkurs 2002: Euro 1.00 = CHF 1.46695):

DSM:	CHF	>100 Mio.
<u>RV&amp;FC:</u>	<u>CHF</u>	<u>&gt;100 Mio.</u>
Total:	CHF	>100 Mio.

Die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG sind damit erreicht.

9. Somit ist eine Meldepflicht gemäss Artikel 9 KG gegeben.

## III BEURTEILUNG

### 3.1 Sachlich relevanter Markt

10. Der sachlich relevante 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 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU]).

11. DSM ist weltweit in den folgenden Bereichen tätig:

- ?? Life Science-Produkte (Feinchemikalien [v.a. Zwischenprodukte für pharmazeutische Anwendungen], Antiinfectiva, Nahrungsmittelspezialitäten, Backwarenbestandteile)
- ?? Leistungswerkstoffe (Elastomere, technische Kunststoffe, Lackharze, Kompositharze)
- ?? Polymere und industrielle Chemikalien (Rohmaterialien für synthetische Fasern und Kunststoffe, hoch nitrogenhaltige Düngemittel)

12. RV&FC ist weltweit vor allem in den Bereichen Tiernahrung, Nahrungsmittel, Pharma und kosmetische Inhaltsstoffe und dort in der Herstellung und dem Vertrieb folgender Produktkategorien tätig:

- ?? Vitamine
- ?? Carotinoide
- ?? Zitronensäure
- ?? Antitussivum
- ?? Vormischungen
- ?? Kosmetische Inhaltsstoffe
- ?? Mehrfach ungesättigte Fettsäuren

Zudem vertreibt RV&FC Futtermittelenzyme sowie gewisse nicht selbst hergestellte Vitamine und Aminosäuren.

13. Die Tätigkeitsgebiete der beiden Unternehmen überschneiden sich ausser in den vier Bereichen Vitamin B12, mehrfach ungesättigte Fettsäuren (PUFAs), Futtermittelenzyme und Beta-Carotin nicht. DSM ist in den ersten drei Bereichen in der Schweiz *nicht* tätig, weshalb auf eine umfassende Beschreibung der Märkte für Vitamin B12, PUFAs und Futtermittelenzyme vorliegend verzichtet werden kann. DSM produziert nur natürliches Beta-Carotin, während RV&FC ausschliesslich synthetisches herstellt. Auf die Problematik der sachlichen Marktabgrenzung des Beta-Carotins wird in Randziffer 17 ff. zurückgekommen.

14. DSM hat in keinem der Märkte in der Schweiz einen Anteil von mehr als 30%. RV&FC hat ihrerseits in den folgenden Märkten in der Schweiz einen Marktanteil von 30% oder mehr:

- *Vitamine*
  - *Futtermittelenzyme*
  - *Kosmetische Inhaltsstoffe*
-

15. Es kann somit auch auf die exakte Definition der Märkte für die komplementären Tätigkeitsgebiete, welche die 30%-Schwelle von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nicht erreichen, im Folgenden verzichtet werden. Es wird auf diejenigen Märkte eingegangen, in denen beide beteiligten Unternehmen zusammen einen Marktanteil von 20% oder mehr oder ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil von 30% oder mehr hat.

### **3.1.1 Vitamine**

16. RV&FC produziert und verkauft die Vitamine A, D, E, B1, B2, B3, B5, B6, C, D, E, H, K1, nicht selbst hergestelltes Vitamin K3, B12, Niacin, Cholin Chlorid sowie selbst hergestelltes synthetisches Beta-Carotin. Gemäss RPW 2000/2, S. 191 (Erw. 38 und 39), stellt jede Vitamingruppe einen eigenen Markt dar.

17. Es stellt sich die Frage, ob natürliche und synthetische Beta-Carotine zum selben sachlich relevanten Markt gehören.

18. Nach Angaben der meldenden Parteien ist es für Beta-Carotine angezeigt, zwischen natürlichen und künstlichen zu unterscheiden. Zur Überprüfung der von den Parteien eingereichten Angaben hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission den wichtigsten Konkurrenten (BASF) und Abnehmer in der Schweiz von DMS und RV&FC im Bereich Beta-Carotine befragt.

19. Beide Produkte haben dieselbe Lebensmittel-Deklarationsnummer (E-Nummer) und wären lebensmittelrechtlich somit austauschbar. Dennoch unterscheiden sich beide Produkte in ihrer Herstellung, Verwendung, Erhältlichkeit und Preisgestaltung deutlich. Künstliche Beta-Carotine sind relativ billig und in praktisch beliebigen Mengen erhältlich. Natürliche sind aufgrund der komplizierteren Herstellung (Fermentation mit Pilzen bzw. Extraktion aus Algen) teurer und durch niedrigere Herstellmengen begrenzt verfügbar. Synthetische Beta-Carotine haben gegenüber den natürlichen unter anderem die Eigenschaften, dass sie standardisiert und in ihrer Farbgebung stabil sind. Im Gegensatz zu natürlichen Beta-Carotin sind sie pulverförmig und ernte-unabhängig erhältlich. Synthetische sind geschmacksneutral und in verschiedenen Farbvarianten (von gelb bis orangerot) erhältlich. Natürliche Beta-Carotine werden ausschliesslich dort eingesetzt, wo die Produktphilosophie beziehungsweise die Kundenbedürfnisse natürliche Inhaltsstoffe verlangen. Somit sind natürliche und synthetische Beta-Carotine nur sehr bedingt austauschbar.

20. In der Anwendung als Farbgeber für Lebensmittel in der Humanernährung kann Beta-Carotin durch verschiedene natürliche (Annato, Curcumin) und synthetische (Azo-Farbstoffe) Lebensmittelfarbstoffe ersetzt werden. Wird es als Antioxidans eingesetzt, bestehen ebenfalls alternative Produkte. Seine Eigenschaften als Provitamin-A kön-

---

nen durch Vitamin A ersetzt werden. In der Tierernährung gibt es kein Substitutionsprodukt.

21. Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass Indizien vorliegen, dass natürliches und synthetisches Beta-Carotin zwei verschiedene Märkte darstellen könnten. Die genaue Abgrenzung kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da DSM ohnehin im Bereich vom natürlichen Beta-Carotin praktisch nicht tätig ist (<5% Marktanteil in der Schweiz) und synthetisches Beta-Carotin gar nicht herstellt. Die Addition der Marktanteile - wenn man von einem gemeinsamen Markt ausgehen würde - wäre entsprechend gering.

### **3.1.2 Futtermittelenzyme**

22. Enzyme sind natürlich vorkommende Proteine, die als Biokatalysatoren biochemische Reaktionen beschleunigen. In Futtermitteln können Enzyme die Verdaulichkeit von pflanzlichen Rohstoffen erhöhen und so dem Nutzer mehr essentielle Nährstoffe zur Verfügung stellen, die zur Wachstumsförderung beitragen. RV&FC vertreibt Futtermittelenzyme von Iogen und Novozymes, welche diese aufgrund eines Vertrages mit RV&FC herstellt. Novozymes ist hauptsächlich für Forschung, Produktentwicklung und Herstellung zuständig, während RV&FC mit den Bereichen Anwendungsentwicklung, Registrierung, Marketing und Verkauf betraut ist.

### **3.1.3 Kosmetische Inhaltsstoffe**

23. RV&FC ist im Bereich Forschung und Entwicklung sowie Vertrieb folgender kosmetischer Inhaltsstoffe tätig: Sonnenschutzfilter, Emulgatoren und Phytantriol. Sonnenschutzfilter schützen Haut und Haare vor schädlichen UV-Strahlen. Emulgatoren werden durch RV&FC primär in Kombination mit Sonnenschutzfiltern vermarktet. Phytantrion ist ein Haarpflegemittel.

## **3.2 Räumlich relevanter Markt**

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

25. *Vitamine*: Gemäss früheren Entscheidungen geht die Wettbewerbskommission von einem weltweiten Vitaminmarkt aus (vgl. RPW 2000/2, S. 192, Erw. 40 ff.).

26. *Beta-Carotin*: Sowohl für das synthetische als auch das natürliche sind die Anbieter und Nachfrager global tätig. Neben den Produkten von RV&FC und BASF wird Beta-Carotin auch von Herstellern aus China importiert. In der Schweiz bestehen bezüglich Beta-Carotin nur für Säuglingsnahrung (Art. 182 f. Lebensmittelverordnung vom 1. März 1995 [LMV]), malzextrakthaltige Nahrungsmittel (Art. 184 a LMV) und Nahrungsergänzungen (Art. 184b LMV) Vorschriften im Sinne einer Erlaubnis, allenfalls mit Angabe einer Höchstmenge. Diese Vorschrif-

---

ten rechtfertigen keine engere Abgrenzung als die eines weltweiten Marktes für den Rohstoff.

27. *Kosmetische Inhaltsstoffe*: Die Parteien gehen von weltweiten Märkten für kosmetische Inhaltsstoffe aus. Kosmetische Inhaltsstoffe werden in der Verordnung des EDI vom 26. Juni 1995 über kosmetische Mittel (VKos) und der Verordnung vom 1. März 1995 über Gebrauchsgegenstände (GebrV) erwähnt. Die dortigen Regeln rechtfertigen eine Abgrenzung eines mindestens europaweiten Marktes.

28. *Futtermittelenzyme*: Die Hersteller und Nachfrager von Enzymen für Futtermittel sind mindestens europaweit, eher aber global tätig. In der Schweizer Gesetzgebung gibt es eine Vielzahl von Regelungen über Futtermittel. Enzyme als Bestandteile davon werden in ähnlicher Weise erwähnt wie das oben erwähnte Beta-Carotin in der Humanernährung, womit keine schweizweite Abgrenzung des Marktes gefordert ist.

29. Zusammenfassend ist im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben von weltweiten oder zumindest europaweiten Märkten auszugehen.

### **3.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

30. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU muss die Meldung die Angaben aller sachlichen und räumlichen Märkte enthalten, die vom Zusammenschluss betroffen sind und in denen 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.

31. Nach ständiger Praxis der Weko werden nur diejenigen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen die oben genannten Schwellen erreicht werden. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden (statt vieler: Deutsche Post AG/Danzas Holding AG, RPW 1999/1, S. 129 f.).

32. Wie bereits in Randziffer 13 erklärt wurde, ist das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz gänzlich komplementär. Die Tätigkeitsbereiche von RV&FC werden diejenigen von DSM im Bereich Life Science-Produkte ergänzen und daher nicht in bestehende Geschäftsfelder integriert werden. Was die Beta-Carotine betrifft, wäre - wenn man von einem gemeinsamen Markt ausgehen würde - die Addition der Marktanteile gering, da DSM ohnehin im Bereich vom natürlichen Beta-Carotin praktisch nicht tätig ist (<5% Marktanteil in der Schweiz) und synthetisches Beta-Carotin gar nicht herstellt. Zudem bestehen Indizien, dass synthetisches Beta-Carotin keine Alternative zum natürlichen Beta-Carotin darstellt, und dass es sich deshalb um zwei verschiedene Märkte handeln könnte (Vgl. Rz. 21).

---

33. In den Märkten, in welchen RV&FC über 30% Marktanteile hat, sind folgende Wettbewerbsverhältnisse vorhanden:

34. Im Bereich der Vitamine verfügt RV&FC weltweit über einen geschätzten Marktanteil von 30%-40%. Die wichtigsten Konkurrenten im Bereich der Vitamine sind BASF (10%-20% Marktanteil), Adiseco/Aventis (0%-10%), verschiedene chinesische Anbieter (20%-30%) und andere, vorwiegend japanische Anbieter wie zum Beispiel Sumitomo, Tanabe und Daichi (20%-30%). Im Bereich der Carotinoide verfügt RV&FC weltweit über einen geschätzten Marktanteil vom 60%-70%. BASF verfügt über von 20%-30%, weitere Anbieter (z.B. Kenin) über 0%-10%.

35. Im Bereich der kosmetischen Inhaltsstoffe verfügt RV&FC über einen Marktanteil von deutlich weniger als 30% weltweit. Die wichtigsten Konkurrenten sind BASF (10%-20%), Dragoco/Haarmann & Reimer (10%-20%), IASP (0%-10%) und andere, zum Beispiel Merck (<40%).

36. Im Bereich der Futtermittelenzyme verfügt RV&FC lediglich im Bereich der von ihr vertriebenen Phytaseprodukte über einen geschätzten Anteil am Verkaufsvolumen von mehr als 30% in der Schweiz.

37. Einzig die oben erwähnten Märkte sind im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der hohe Marktanteil nicht Resultat des geplanten Zusammenschlusses ist, da DSM in diesen Bereichen nicht tätig war. Der Marktanteil beruht einzig auf dem bisher innerhalb der RV&FC erzielten Umsatz. Durch den Zusammenschluss ergibt sich somit keine Marktanteilsaddition.

38. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Zusammenschluss an den aktuellen Wettbewerbsverhältnissen aber nichts ändert.

#### **IV. ERGEBNIS**

39. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Zusammenschluss aus kartellrechtlicher Sicht nicht problematisch, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, oder die Begründung einer solchen kollektiv marktbeherrschenden Stellung bestehen.

Die Ergebnisse der vorläufigen Prüfung geben keinen Anlass zur Einleitung des Prüfungsverfahrens.

---

B 2	<b>5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni</b>
B 2.5	<b>1. Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt - Swisscom</b>

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon l'art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG in Sachen Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt - Swisscom betreffend Zuständigkeit*

*Per 17. Februar 2003 ist auch eine ähnlich lautende Zwischenverfügung in Sachen Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt - Orange betreffend Zuständigkeit ergangen*

#### **A. Sachverhalt**

1. Am 15. Oktober 2002 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen die drei Mobilfunkanbieter Orange Communications SA (Orange), TDC Switzerland AG (Sunrise) und Swisscom Mobile AG (Swisscom).

2. Die Untersuchung soll aufzeigen, ob im Bereich der Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG vorliegen. Die Untersuchung wurde eröffnet, weil das Sekretariat allgemein hohe Mobilfunkterminierungspreise und gewisse parallele Entwicklungen dieser Preise festgestellt hatte. Zudem wurde die Eröffnung eines Verfahrens zu den Terminierungspreisen in einer vorangehenden Untersuchung im Bereich Mobilfunk ausdrücklich vorbehalten (RPW 2002/1, S. 129, Rz. 142). Dies wurde den Mobilfunkanbietern (MFA) mit Schreiben vom 15. Oktober 2002 zur Eröffnung der Untersuchung mitgeteilt.

3. Nachdem mit Schreiben vom 29. November 2002 die Fragebogen zur Abklärung des Sachverhaltes verschickt wurden, stellte Swisscom mit Eingabe vom 4. Dezember 2002 das Begehren um Erlass einer Verfügung mit folgenden Anträgen:

1. Die Untersuchung sei in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile auf dem Wholesalemarkt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste einzustellen.
  2. Die Untersuchung sei in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile auf dem Wholesalemarkt für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste zu sistieren bis ein diesbezüglicher rechtskräftiger Entscheid vorliegt.
  3. Die für den eingestellten Verfahrenspunkt aufgelaufenen Kosten seien dem Staat aufzuerlegen.
  4. Die Anträge begründete Swisscom mit dem Vorliegen eines gegen sie gerichteten Gesuches um Interkonnektion vom 12. November 2002 der Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2) betreffend Swisscom Termination Service to Swisscom Mobile. Die Vorschriften über die Interkonnektion bildeten den Kern der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung im Fernmelderecht. Interkonnektionssachverhalte seien von der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) zu beurteilen. Es handle sich um eine ausschliessliche Zuständigkeit, welche vom Gesetzgeber zumindest im Verhältnis zur Wettbewerbskommission durch die in Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) statuierte Pflicht zur Konsultation der Wettbewerbskommission bei der Frage der Marktbeherrschung explizit zum Ausdruck gebracht werde.
  5. Mit Schreiben vom 10. Dezember 2002 hat das Sekretariat des Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) im Rahmen eines Meinungsaustausches aufgefordert, einige Fragen zu beantworten und Stellung zu nehmen zum Verhältnis der vorliegenden Mobilfunkuntersuchung zum erwähnten Interkonnektionsgesuch. Das BAKOM hat mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 ausgeführt, dass keine Gründe gegen eine Zuständigkeit der Wettbewerbskommission für die Untersuchung der Mobilfunkterminierungsgebühren bestünden. Das Fernmeldegesetz biete auf inhaltlicher Ebene nur die Möglichkeit zur Regelung der Interkonnektion. Damit bleibe eine Vielzahl anderer nach dem Kartellgesetz möglicher Massnahmen gegen missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen unbeachtet. Verfahren nach FMG und KG würden nach Erachten des BAKOM einander nie ausschliessen.
  6. Mit Schreiben vom 7. Januar 2003 hat das Sekretariat Swisscom eine Kopie der Einschätzung des BAKOM vom 20. Dezember 2002 zugestellt. Gleichzeitig wurde Swisscom Gelegenheit gegeben mitzuteilen, ob sie an ihren Rechtsbegehren festhalte. Mit Schreiben vom 14. Januar 2003 hat Swisscom erklärt, dass sie im Sinne der gestellten Rechtsbegehren eine anfechtbare Zwischenverfügung zur Frage der Zuständigkeit beantragt.
-

7. Auf die einzelnen Vorbringen von Swisscom und des BAKOM wird, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **B. Erwägungen**

8. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Artikel 39 KG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

### **B.1 Zwischenverfügung**

9. Swisscom bestätigt mit Schreiben vom 14. Januar 2003 ihr Begehren, eine anfechtbare Zwischenverfügung zur Frage der Zuständigkeit im Sinne ihrer Anträge zu erlassen.

10. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 VwVG stellt die Behörde, die sich als zuständig erachtet, ihre Zuständigkeit durch Verfügung fest, wenn eine Partei diese bestreitet. Nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe a VwVG gilt die Verfügung über die Zuständigkeit als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung jedoch nur dann, wenn im Einzelfall ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 VwVG ausgewiesen ist (BGE 120 Ib 100; vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 142; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 517, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung).

11. Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss nicht rechtlicher Natur sein, vielmehr reicht auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es dem Beschwerdeführer bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (vgl. BGE 125 II 613 E. 4a; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 514 und 516). Das schutzwürdige Interesse kann auch der Rechtssicherheit oder der Prozessökonomie entspringen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 514).

12. Swisscom verweist, zur Begründung ihres Begehrens, eine selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen, auf den Aufwand, welcher durch die Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 entsteht. Es ist jedoch nicht aussergewöhnlich, dass durch den gesetzlich vorgesehenen Einbezug von Unternehmen in Administrativverfahren (wie zum Beispiel in manche steuerrechtliche Verfahren) ein gewisser Aufwand für Unternehmen verursacht wird. Zudem verlangt Swisscom nur eine Einstellung respektive Sistierung des Verfahrens hinsichtlich Artikel 7 KG. Dies kann jedoch schon aus praktischen Gründen nicht erfolgen, da die erfragten Daten sowohl für die Untersuchung hinsichtlich Artikel 7 KG als auch für die Untersuchung hinsichtlich Artikel 5 KG relevant sind. Das schlichte Interesse, einen Fragebogen nicht zu beantworten, genügt im vorliegenden Fall nicht, um einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu begründen.

---

13. Die Rechtssicherheit und die Prozessökonomie betreffend ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass seit dem 12. November 2002 ein Interkonnektionsgesuch von Tele2 hängig ist, welches unter anderem die Terminierungspreise im Mobilfunk zum Gegenstand hat. Die Eröffnung der Untersuchung und das Gesuch um Interkonnektion im Bereich der Mobilfunkterminierung erfolgten also in der gleichen Zeitspanne. Aus Sicht des betroffenen Unternehmens kann sich deshalb die Frage nach dem Verhältnis vorliegender Untersuchung zu diesem Interkonnektionsgesuch stellen.

14. Aus den genannten Gründen tritt die Wettbewerbskommission auf das Begehren, eine Zwischenverfügung zu erlassen, ein. Ob die vorliegende Zwischenverfügung selbstständig anfechtbar ist, wird gegebenenfalls durch die Rechtsmittelinstanzen zu entscheiden sein.

## **B.2 Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden**

15. Swisscom begründet den Antrag auf Einstellung vorliegender Untersuchung hinsichtlich Artikel 7 KG in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2002 mit Hinweis auf eine ausschliessliche Zuständigkeit der ComCom für Interkonnektionssachverhalte.

16. Die Zuständigkeit bestimmt den Aufgabenbereich einer rechtsanwendenden Behörde. Aus der Zuständigkeit ergibt sich, womit sich eine Behörde zu befassen hat und womit nicht. Somit ergibt sich für die Rechtspflege, dass die Zuständigkeitsordnung den Kreis der Streit-sachen beschreibt, die einer bestimmten rechtsanwendenden Behörde zur Behandlung und Entscheidung gesetzlich zugewiesen und aufgetragen ist (vgl. GYGI, a.a.O., S. 76). Unterschieden wird dabei zwischen der sachlichen, örtlichen und funktionellen Zuständigkeit. Umstritten ist im vorliegenden Fall die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission beziehungsweise ihres Sekretariats.

17. Die Frage der Zuständigkeit ist von der rechtsanwendenden Behörde von Amtes wegen zu prüfen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG). Erachtet die Behörde ihre Zuständigkeit als zweifelhaft, so pflegt sie ohne Verzug einen Meinungs-austausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage kommt (Art. 8 Abs. 2 VwVG).

18. In Frage steht eine allfällige Zuständigkeit der ComCom und des BAKOM als sektorspezifische Regulierungsbehörde. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 10. Dezember 2002 einen Meinungs-austausch zur Frage der Zuständigkeit eingeleitet. Das BAKOM hat mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 unmissverständlich dargelegt, dass keine Gründe ersichtlich seien, welche gegen eine Zuständigkeit der Wettbewerbskommission sprechen. Von Seiten der sektorspezifischen Regulierungsbehörden bestehen damit keine Hindernisse zur Durchführung vorliegender Untersuchung.

19. Im Folgenden wird die Frage der sachlichen Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden geprüft. Nach der Rechtsprechung der RE-

KO/WEF ist in diesem Zusammenhang die Frage von allfällig vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG nicht zu prüfen, da solche Vorschriften nur den Anwendungsbereich und nicht den Geltungsbereich des KG einschränken (vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 17. September 2002 in Sachen Elektra Baselland [...] betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, Geschäfts-Nr. 01/FB-0004, publiziert in RPW 2002/4, S. 648 ff., S. 668, E. 4.4). Auf die Frage, inwiefern eine Entscheidungsbefugnis ausdrücklich einer anderen Behörde im Sinne von Artikel 18 Absatz 3 KG vorbehalten ist, wird im Kapitel B3 zurückzukommen sein.

20. Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach der Natur des Verfahrensgegenstandes und ergibt sich im erstinstanzlichen Verfahren in der Regel aus dem materiellen Recht (vgl. Vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 228). Das heranzuziehende materielle Recht ist in diesem Fall das Kartellgesetz. Die Zuständigkeit wird dabei durch den jeweiligen Geltungsbereich eines Gesetzes bestimmt.

21. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes bestimmt sich - dem Titel dieses Artikels entsprechend - nach Artikel 2 KG. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

22. Der persönliche Geltungsbereich knüpft am Unternehmensbegriff im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG an. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle auch die Frage des persönlichen Geltungsbereichs geprüft. Als Unternehmen in dem Sinne gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auftreten. Swisscom ist als solches Unternehmen zu qualifizieren. Dies wird vom betroffenen Unternehmen auch nicht in Frage gestellt.

23. Für den sachlichen Geltungsbereich knüpft das Kartellgesetz an das Treffen von Wettbewerbsabreden oder an das Ausüben von Marktmacht an. Der Rechtsprechung der REKO/WEF in Sachen Elektra Baselland mit Hinweisen auf Botschaft und Lehre folgend, ist der sachliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes bereits gegeben, wenn bezüglich eines Unternehmens Anzeichen von Marktmacht vorliegen (RPW 2002/4, S. 664, E. 4.2.2.b; Hervorhebung durch die Wettbewerbskommission). In analoger Weise muss der Geltungsbereich des Kartellgesetzes gegeben sein, wenn Anzeichen für eine Wettbewerbsabrede bestehen.

24. Der Begriff der Wettbewerbsabrede ist in Artikel 4 Absatz 1 KG definiert. 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). An dieser Stelle ist jedoch nur zu fragen, ob Anzeichen für eine Wettbewerbsabrede vorliegen.

25. Bezüglich der Terminierungspreise im Mobilfunk (Wholesale) konnte beobachtet werden, dass in der Schweiz hohe Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt erhoben werden (vgl. Stand des Schweizerischen Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des BAKOM, durchgeführt von wik-consult, Bad Honnef 2002, S. 287). Das ist ein Indiz dafür, dass der Wettbewerb in diesem Bereich nicht spielt. Im vorliegenden Fall konnten zudem verschiedene Formen von Parallelverhalten der drei Anbieter beobachtet werden. Unter anderem konnte eine Vereinheitlichung der Peak- und Off-Peak-Preise auf den gleichen Zeitpunkt, nämlich per 1. Juli 2002, festgestellt werden. Dies wurde Swisscom im Schreiben zur Eröffnung der Untersuchung vom 15. Oktober 2002 mitgeteilt. Zudem bestehen Hinweise, dass zwischen den drei Mobilfunkanbietern Verhandlungen zu den Terminierungsgebühren stattgefunden haben. Entsprechende Fragen wurden Swisscom zur Abklärung des Sachverhaltes im Fragebogen vom 29. November 2002 gestellt. Diese festzustellenden Parallelverhalten der drei Mobilfunkanbieter beinhalten Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden. Es bestehen folglich Anzeichen, dass Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden getroffen wurden, die in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen. Swisscom bestreitet denn auch nicht, dass die Wettbewerbskommission zur Untersuchung allfälliger Preisabsprachen zuständig ist.

26. Im Gegensatz zur Wettbewerbsabrede kennt das Kartellgesetz keine explizite Definition von Marktmacht. Die Lehre geht bezüglich der Marktmacht davon aus, dass ein Wirtschaftsteilnehmer über einen massgeblichen, aber nicht das Ausmass der Marktbeherrschung erreichenden Markteinfluss verfügt (vgl. mit weiteren Hinweisen auf die Literatur: WEBER, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Basel 2000, S. 40).

27. Neben Anhaltspunkten für Wettbewerbsabreden konnte zudem beobachtet werden, dass die Preise für die Terminierung in ein Mobilfunknetz wie erwähnt sehr hoch sind. Dies gilt insbesondere im Vergleich zu den Terminierungspreisen ins Festnetz (je nach Berechnungsweise 20-40 Mal höher) und auch im Vergleich zu den EU-Ländern. Dies wurde Swisscom im Schreiben zur Eröffnung der Untersuchung vom 15. Oktober 2002 mitgeteilt. Im Weiteren sind andere Fernmeldedienstanbieterinnen, welche im Markt aktiv werden und nicht über ein eigenes Netz verfügen, darauf angewiesen, Terminierungsdienstleistungen in ein Mobilfunknetz in Anspruch zu nehmen. Diese Indikatoren weisen darauf hin, dass die Mobilfunkanbieter einzeln oder kollektiv über massgeblichen oder gesteigerten Marktein-

---

fluss und damit Marktmacht verfügen. Es bestehen deshalb Anzeichen, dass Swisscom über Marktmacht im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 KG verfügt.

28. Swisscom beantragt, dass die Untersuchung in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom einzustellen sei. Vorweg ist festzuhalten, dass die Frage der Marktbeherrschung in dieser Untersuchung nicht zum Selbstzweck geprüft werden muss, sondern um anschliessend zu prüfen, ob allenfalls ein Missbrauch des oder der marktbeherrschenden Unternehmen vorliegt. Dass in diesem Verfahren die Frage von möglichen Missbräuchen im Sinne von Artikel 7 KG geprüft wird, wurde Swisscom sowohl im Schreiben zur Eröffnung der Untersuchung vom 15. Oktober 2002 als auch im Begleitschreiben zum Fragebogen vom 29. November 2002 mitgeteilt.

29. In dem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass zu Beginn einer Untersuchung und speziell im vorliegenden Fall noch nicht unterschieden werden kann, ob es sich um eine Wettbewerbsabrede oder um einen Missbrauch einer individuell oder insbesondere auch kollektiv marktbeherrschenden Stellung handelt. Es konnte einzig beobachtet werden, dass die Mobilfunkterminierungspreise hoch sind und dass der Wettbewerb im Bereich der Mobilfunkterminierung offenbar nicht wirksam spielt. Die Wettbewerbsbehörden sind deshalb gehalten abzuklären, ob allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 5 oder Artikel 7 KG vorliegt. In vorliegendem Fall ist, wie oben erwähnt, besonders auch die Frage einer allfälligen Preisabsprache zu überprüfen. Im Einzelfall ist es dabei zu Beginn eines Verfahrens unmöglich zu unterscheiden, ob allenfalls eine Wettbewerbsabrede oder ein Missbrauch einer kollektiv oder individuell marktbeherrschenden Stellung vorliegt, da diese beiden Tatbestände in ökonomischer Hinsicht sehr nahe beieinander liegen können. Eine Beschränkung vorliegender Untersuchung auf die Frage von eventuellen unzulässigen Wettbewerbsabreden kann deshalb in sachlicher Hinsicht gar nicht erfolgen. Ob und allenfalls welche unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen, muss in vorliegender Untersuchung erst ermittelt werden.

30. Aus den genannten Gründen fallen die zu untersuchenden Sachverhalte in mehrfacher Hinsicht unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Es bestehen sowohl Anzeichen für das Vorliegen von Wettbewerbsabreden als auch Anzeichen für das Bestehen von Marktmacht. Die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission und des Sekretariats zur Untersuchung und Beurteilung dieser Sachverhalte ist damit gegeben. Da es sich dem Geschriebenen entsprechend nur um Anzeichen handelt, sagt die Unterstellung der Sachverhalte unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts aus über deren wettbewerbsrechtliche Würdigung, sondern gibt den

---

Wettbewerbsbehörden schlicht die Möglichkeit, diese Sachverhalte zu untersuchen.

31. An dieser Stelle wird zudem darauf hingewiesen, dass die Frage des Vorliegens allfällig vorbehaltener Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG nicht den Geltungsbereich des Kartellgesetzes betrifft, sondern dessen Anwendungsbereich einschränkt (RPW 2002/4, S. 665 ff., E. 4.3.-4.4., mit weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung und Lehre). Die Frage, ob auf einem Markt vorbehaltene Vorschriften bestehen, erfordert definitionsgemäss eine Abgrenzung des relevanten Marktes. Dabei handelt es sich um eine der kontroversesten wettbewerbsrechtlichen Fragen, zu deren Beantwortung gerade auch in diesem Fall empirisch-ökonomische Abklärungen notwendig sind. Die entsprechenden Informationen und Daten wurden mittels Fragebogen vom 29. November 2002 einverlangt. Auf die Notwendigkeit solcher Abklärungen zur Abgrenzung des relevanten Marktes und damit auch zur Beantwortung der Frage allfällig vorbehaltener Vorschriften haben die REKO/WEF als auch die Weko bereits hingewiesen (RPW 2002/4, S. 667, E. 4.3.1, RPW 2002/1, S. 104, Rz. 34). In vorliegender Untersuchung wäre denkbar, dass beispielsweise abgeklärt werden müsste, ob betreffend die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz auf Ebene Wholesale drei relevante Märkte (nämlich je einen für Swisscom, Orange und Sunrise) oder ein relevanter Markt abzugrenzen sind.

### **B.3 Ausschliessliche Entscheidungsbefugnis anderer Behörde**

32. Gemäss Artikel 18 Absatz 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Verfügungen und erlässt die Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Diese Bestimmung hält in erster Linie eine unmittelbare Verfügungskompetenz der Wettbewerbskommission fest, die im früheren Recht nicht bestanden hat (Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 468, S. 596). Es handelt sich um eine Bestimmung, welche eine Vermutung der Zuständigkeit der Weko für die Anwendung des Wettbewerbsrechts im Verhältnis zu anderen Behörden statuiert. Solche anderen Behörden könnten der Bundesrat (Art. 8 und 11 KG), das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Art. 58 und 59 KG), die Eidgenössische Bankenkommission (Art. 10 Abs. 3 KG) oder ein Gericht (Art. 14 KG) sein (vgl. BIZZOZERO, in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, TERCIER/BOVET (éds.), Bâle 2002, Art. 18 al. 1, N. 27 et 30).

33. Im vorliegenden Fall haben jedoch weder das BAKOM noch die ComCom gestützt auf das FMG oder das KG die Kompetenz, gegen allfällige unzulässige Wettbewerbsabreden oder mögliche unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorzugehen.

34. Es ist zudem auch ausgeschlossen, dass die erwähnten allfälligen Missstände innerhalb eines Interkonnectionsverfahrens beseitigt werden. Gegenstand, Parteien, Zweck und Zeitraum der vorliegenden

wettbewerbsrechtlichen Untersuchung und des Interkonnektionsverfahrens sind unterschiedlich.

35. Der Gegenstand der beiden Verfahren und die daran beteiligten Unternehmen sind klar verschieden. Interkonnektionsverfahren finden zwischen einer gesuchstellenden Partei (z.B. Tele2) und einer Anbieterin von Fernmeldediensten (z.B. Swisscom) statt (Vertikalverhältnis). Die vorliegende Untersuchung richtet sich jedoch gegen andere Unternehmen, nämlich die drei MFA (Swisscom, Orange und Sunrise; Horizontalverhältnis). In einem Interkonnektionsverfahren ist es im Übrigen ausgeschlossen, dass abgeklärt wird, ob Preisabsprachen zwischen den drei Mobilfunkanbietern oder ein individueller oder kollektiver Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

36. Bezüglich des unterschiedlichen Zweckes ist darauf hinzuweisen, dass Verfahren vor der Weko von Amtes wegen geführt werden. Demgegenüber werden Interkonnektionsverfahren nur auf Gesuch hin geführt. Die Bestimmungen zur Interkonnektion finden sich in Artikel 11 Fernmeldegesetz und in Artikel 40 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1). Interkonnektionsverhandlungen und -verfahren sind dabei vom Verhandlungsprimat geprägt. Die Vertragsfreiheit geht dem behördlichen Eingriff vor (Botschaft zum FMG, BBl 1996 III 1405, S. 1427; BGE 127 II 132 E. 1.a). Im Zusammenhang mit dem Verhandlungsprimat in Interkonnektionsverfahren ist erwähnenswert, dass das BAKOM genau im Bereich der Mobilfunkterminierung ein während dreier Jahren laufendes Interkonnektionsverfahren als gegenstandslos abschreiben musste, da sich die Parteien unmittelbar vor Eröffnung des Entscheides auf vertragliche Weise geeinigt haben (BAKOM, Geschäftsbericht 2001, S. 14, erhältlich unter: [www.bakom.ch](http://www.bakom.ch)).

37. In zeitlicher Hinsicht bezieht sich die Untersuchung der Wettbewerbsbehörden auf die Zeit vor der Eröffnung der Untersuchung. Von Interesse ist dabei zum Beispiel der Zeitraum des Sommers 2002, in welchem eine Vereinheitlichung der Peak- und Off-Peak-Terminierungspreise stattgefunden hat. Die Abklärung solcher Sachverhalte kann in sachlicher und insbesondere in zeitlicher Hinsicht nicht durch das im Rahmen des gegen Swisscom gestellten Interkonnektionsgesuches erfolgen, da dieses erst später eingereicht wurde. Eine eventuelle Feststellung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen, die möglicherweise in der Vergangenheit stattgefunden haben, mittels Verfügungen ist ein Instrument des geltenden Kartellgesetzes.

38. Swisscom hat im Schreiben vom 4. Dezember 2002 mit Verweis auf die Vorabklärung zu den Publifon-Gebühren zudem geltend gemacht, dass es der Praxis der Wettbewerbsbehörden entspreche, dass Interkonnektionssachverhalte durch die ComCom zu beurteilen seien. Diese Vorabklärung betraf jedoch weder einen Interkonnektionssach-

---

verhalt noch wurde eine Zuständigkeit der ComCom begründet (vgl. RPW 2001/2, S. 232 ff.).

39. Im Übrigen wäre es auch im Ergebnis völlig widersprüchlich, wenn das Fernmelderecht und das Kartellrecht, welche beide die Förderung des wirksamen Wettbewerbs zum Ziel haben, dazu führen würden, dass die jeweilige Behörde nicht mehr in der Lage wäre, ihre Verfahren und die notwendigen Untersuchungshandlungen durchzuführen (vgl. zum Zusammenspiel zwischen der fernmelde- und kartellrechtlichen Preisregulierung: BOVET/KÉLLEZI, *Positions dominantes dans le secteur des télécommunications*, *Medialex* 4/02, S. 207).

40. Aus den genannten Gründen lässt sich aus Artikel 18 Absatz 3 KG keine ausschliessliche Zuständigkeit des BAKOM oder der ComCom herleiten.

#### **B.4 Sistierung des Verfahrens**

41. Swisscom beantragt in der Eingabe vom 4. Dezember 2002, die Untersuchung sei in Bezug auf die Frage der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile auf dem Wholesalemärkte für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste zu sistieren.

42. Auch die Verfügung über die Sistierung des Verfahrens wird in Artikel 45 Absatz 2 VwVG als allenfalls selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung aufgelistet. Diesbezüglich kann deshalb auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.

43. Ein Verfahren zu sistieren bedeutet, es ruhen zu lassen (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, Bern 1997, Art. 38, Rz. 1). Ein Sistierungsentscheid (vorläufige Einstellung) eines hängigen Verfahrens vor der Wettbewerbskommission kommt namentlich dann in Betracht, wenn ihr Entscheid von einem anderen Entscheid oder Urteil abhängt oder wesentlich beeinflusst wird. Die Wettbewerbskommission verfügt beim Entscheid über die Sistierung über ein erhebliches Ermessen (vgl. RPW 2000/3, S. 330 ff., Rz. 21, mit weiteren Verweisen).

44. Die Ausgangslage in diesem Fall präsentiert sich jedoch anders. Die vorliegende Untersuchung und ein Interkonktionsverfahren laufen unabhängig voneinander. Das gilt sowohl bezüglich des Untersuchungsgegenstandes als auch bezüglich der Parteien und des zeitlichen Rahmens. Insbesondere hat ein Interkonktionsverfahren keine präjudizielle Bedeutung für die Untersuchung möglicher unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen.

45. Der Präsident der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts hat in einer verfahrensleitenden Verfügung ergänzend festgestellt, dass private und grundsätzlich auch öffentliche Interessen an der Vermeidung unnötiger Verfahren dafür sprechen, dass die Wett-

bewerbskommission Verfahren nur durchführt, wenn ihre Zuständigkeit feststeht. Umgekehrt könnten besondere Interessen dargelegt werden, welche die erwähnten (privaten) Interessen überwiegen würden (vgl. Verfügung vom 19. Oktober 2002, 2A.492/2002. E. 2.2). Dass die Wettbewerbsbehörden für die vorliegende Untersuchung zuständig sind, wurde bereits dargelegt.

46. Im vorliegenden Fall bestehen gewichtige volkswirtschaftliche Interessen an der Weiterführung dieser Untersuchung. Es ist davon auszugehen, dass die Telekommunikationsbranche weiter wachsen wird. Dieser Wirtschaftszweig zeichnet sich durch eine hohe Dynamik, viele Innovationen und Schnelligkeit aus. Dies gilt insbesondere für den Bereich Mobilfunk, der nach wie vor als boomend bezeichnet werden kann. Bestehen Anzeichen, dass der Wettbewerb nicht wirksam spielt, muss dies möglichst rasch untersucht werden, um in naher Zukunft feststellen zu können, ob unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Kartellgesetz bestehen oder nicht. Eine vorläufige Einstellung des Verfahrens auf längere, unbestimmte Zeit wäre ein negatives Signal, welches den Status quo zementieren und zukünftige Marktentwicklungen behindern würde. Es ist in diesem Zusammenhang für die im Markt tätigen oder noch tätig werdenden Unternehmen von entscheidender Bedeutung, dass mögliche Wettbewerbsbeschränkungen möglichst rasch beseitigt werden können.

47. Im Übrigen kann hinsichtlich der gewichtigen öffentlichen Interessen an der Weiterführung der vorliegenden Untersuchung auch auf das Kapitel betreffend Entzug einer aufschiebenden Wirkung verwiesen werden (siehe Rz. 51 ff.).

48. Die Untersuchung ist deshalb nicht zu sistieren.

## **B.5 Ergebnis**

49. Im Sinne der vorstehenden Erwägungen kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Wettbewerbskommission beziehungsweise das Sekretariat zur Durchführung vorliegender Untersuchung hinsichtlich Artikel 7 KG zuständig ist. Es bestehen keine Gründe, die Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt einzustellen oder zu sistieren.

## **B.6 Entzug der aufschiebenden Wirkung**

50. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 VwVG kommt einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu. Die Vorinstanz kann jedoch gestützt auf Artikel 55 Absatz 2 VwVG vorsorglich einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, sofern die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat.

51. Sie muss in diesem Zusammenhang prüfen, ob Gründe, die für die sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können.

---

Dabei steht der Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Bei der Abwägung der Gründe für und gegen die sofortige Vollstreckbarkeit können auch die Aussichten auf den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache ins Gewicht fallen. Im Übrigen darf die verfügende Behörde die aufschiebende Wirkung nur entziehen, wenn sie hierfür überzeugende Gründe geltend machen kann (BGE 124 V 82, E. 6.a, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; RPW 1999/3, S. 502). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss es sich dabei nicht nur um aussergewöhnliche Umstände handeln, welche den Entzug der aufschiebenden Wirkung nach Artikel 55 Absatz 3 VwVG rechtfertigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 2002, 2A.336/2002, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

52. Geht es um die Frage des Entzugs der aufschiebenden Wirkung, stehen im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder marktbeherrschenden Unternehmen im Vordergrund (vgl. mit weiteren Hinweisen REKO/WEF, Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2002 in Sachen Cablecom [...] betreffend Vorsorgliche Massnahmen, Geschäfts-Nr. 02/FB-005, S. 4).

53. Das Vorantreiben der Untersuchung zu den Mobilfunkterminierungsgebühren ist für den Telekommunikationsmarkt von erheblicher Bedeutung. Ein schleuniges Vorantreiben dieser Untersuchung - und je nach Ergebnis - ein Abschluss der Untersuchung könnten zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich Mobilfunk führen. Der Bereich Mobilfunk kann dabei nach wie vor als innovativ und im Wachstum befindlich beschrieben werden. Auf den regulatorischen Handlungsbedarf hinsichtlich der Terminierungsentgelte, die in der Schweiz nur in geringem Ausmass unter Wettbewerbsdruck stehen, wurde bereits ausdrücklich hingewiesen (Stand des Schweizerischen Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, a.a.O., S. 107).

54. Es sei zudem daran erinnert, dass Interkonkktionsverfahren Antragsverfahren sind, die auf Gesuch erfolgen. Die beteiligten Unternehmen können sich aufgrund des Verhandlungsprimats jederzeit einigen. Ende Oktober 2001 konnte nach einer Einigung der Parteien ein seit drei Jahren hängiges Interkonkktionsverfahren betreffend die Mobilterminierung abgeschlossen werden. Die Einigung erfolgte unmittelbar vor der Eröffnung des Entscheides (BAKOM, Geschäftsbericht 2001, a.a.O., S. 14). Würde vorliegende Untersuchung sistiert und würden sich die Beteiligten in einem Interkonkktionsverfahren betreffend die Mobilfunkterminierung nach jahrelangem Verfahren vertraglich einigen, entstünde ein Scherbenhaufen von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung. Ein solches Resultat würde im Übrigen Sinn und Zweck des Kartell- und des Fernmeldegesetzes in deutlicher Art und Weise widersprechen.

---

55. Ein Stillstand der Untersuchung durch eine längere Verzögerung aufgrund von Zuständigkeitsfragen käme einem empfindlichen Rückschritt mit volkswirtschaftlicher Bedeutung gleich. Gerade in einem sehr schnellleibigen und dynamischen Bereich wie der Telekommunikation ist die Verfahrensdauer von entscheidender Bedeutung. Auf die Problematik der zu langen Verfahrensdauern wurde aus regulatorischer Hinsicht bereits hingewiesen (Stand des Schweizerischen Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, a.a.O., S. 84). Aufgrund einer zu langen Verfahrensdauer verpasste Entwicklungen, insbesondere neue Markteintritte oder Produktinnovationen, könnten nicht wieder wettgemacht werden. Auch für die Einführung der dritten Mobilfunkgeneration (Universal Mobile Telecommunications System; UMTS) könnte eine Verzögerung als negatives Signal verstanden werden, da sich die Interessenlage im Markt ähnlich gestaltet.

56. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass das BAKOM mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 ausdrücklich erklärt hat, dass die beiden zur Diskussion stehenden Verfahren unterschiedliche Voraussetzungen und Ziele aufweisen. Wenn selbst die sektorspezifische Regulierungsbehörde ausdrücklich die Auffassung vertritt, dass die Wettbewerbskommission beziehungsweise das Sekretariat die vorliegende Untersuchung durchzuführen hat, ist dies ein zusätzliches Argument, das Verfahren unverzüglich weiterführen zu können.

57. Unter den vorliegenden Umständen bestehen hinreichende Gründe für die verfügende Behörde, die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

58. Sind überzeugende Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorhanden, ist weiter zu prüfen, ob der Entzug der aufschiebenden Wirkung verhältnismässig ist, insbesondere sind die sich gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650). Die Behörde hat zu prüfen, ob die Gründe, die eine sofortige Vollstreckbarkeit nahe legen, wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen. Bei dieser Interessenabwägung kommt ihr - der Natur der Sache nach - ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Sie ist nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende zusätzliche Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (Urteil des Bundesgerichts vom 23. August 2002, 2A.336/2002, E. 2.1, mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

59. Die Interessen von Swisscom beziehen sich vor allem auf den Aufwand, welcher durch das Beantworten der Fragebogen entsteht, und prozessökonomische Aspekte. Wie im Kapitel zur selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung dargelegt wurde, kann der Aufwand, welcher Swisscom zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 entsteht, nicht einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil begründen und kann damit als nicht erheblich angesehen

---

werden. Zudem sind wie dargelegt der Gegenstand, die Parteien, der Zweck und der zu beurteilende Zeitraum der vorliegenden Untersuchung verschieden von einem Interkonktionsverfahren. Die beiden Verfahren bestehen deshalb unabhängig voneinander. Das Interesse von Swisscom scheint sich damit hauptsächlich auf den Aufwand zu beziehen, welcher zur Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 notwendig ist.

60. Demgegenüber stehen, wie vorstehend ausgeführt, die Interessen eines ganzen Wirtschaftszweiges, nämlich der Telekommunikation. Diese volkswirtschaftlich bedeutsamen Interessen an der Weiterführung des Verfahrens sind höher zu gewichten, als ein privates Interesse, einen Fragebogen nicht beantworten zu müssen. Diese Interessen werden in erster Linie von der Wettbewerbskommission wahrgenommen, welche von Amtes wegen tätig werden kann, um volkswirtschaftlich schädliche Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Demgegenüber kann das BAKOM nur auf Gesuch hin ein Interkonktionsverfahren führen, welches dann auch primär der Durchsetzung von Partikularinteressen dient (zum Beispiel um die Position in Verhandlungen über die Interkonktion zu verbessern).

61. Zudem werden die Prozessaussichten bei einer Interessenabwägung miterwogen, wenn ihre Beurteilung zu einem eindeutigen Ergebnis führt (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 650). Zu berücksichtigen sind in diesem Fall die Prozessaussichten vorliegender Zwischenverfügung. Wie dargelegt, ist der Rechtsprechung der REKO/WEF folgend die Wettbewerbskommission respektive das Sekretariat diejenige Behörde, welche für die Beurteilung allfälliger unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen in der Mobilfunkterminierung zuständig ist und mögliche Missstände ausmerzen kann. Das gilt sowohl hinsichtlich möglicher Preisabsprachen als auch hinsichtlich eines Missbrauchs einer individuell oder kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Zudem ist in diesem Zusammenhang hervorzuheben, dass die sektorspezifische Regulierungsbehörde ausdrücklich festgehalten hat, dass ein Interkonktionsverfahren und ein kartellgesetzliches Verfahren einander nicht ausschliessen, womit keine Kompetenzstreitigkeiten bestehen. Die Prozessaussichten sind deshalb insgesamt als günstig zu beurteilen.

62. Für den Fall, dass vorliegende Zwischenverfügung selbstständig anfechtbar ist, wird deshalb einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen.

### **C. Kosten**

63. Gestützt auf die 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). Da die vorliegende Zwischenverfügung auf Begehren von Swisscom erlassen wird, gilt sie diesbezüglich als Verursacherin.

---

64. Abgesehen von den Behörden bezahlen im Verwaltungsverfahren folgende Personen keine Gebühren (vgl. Art. 3 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung):

- a) Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt;
- b) Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt wird;
- c) Unternehmen, die sich zusammenschliessen wollen, wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

Da die zitierten Ausnahmebestimmungen im vorliegenden Fall keine Anwendung finden, ist von der Gebührenpflicht von Swisscom auszugehen.

65. Das Untersuchungsverfahren, das dieser Zwischenverfügung zugrunde liegt, richtet sich ebenfalls gegen die drei Mobilfunkanbieter Swisscom, Orange und Sunrise. Da die vorliegende Zwischenverfügung auf Begehren von Swisscom erfolgt, werden die Verfahrenskosten für vorliegende Zwischenverfügung nicht zu den Hauptkosten geschlagen, sondern separat verfügt.

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

67. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

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

#### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat ist zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) zuständig.

2. Ab dem Tag der Eröffnung dieses Entscheids hat Swisscom 30 Tage Zeit, den Fragebogen vom 29. November 2002 zu beantworten.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 des Dispositivs dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
4. [Kosten]
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

<b>B 3</b>	<b>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
<b>B 3</b>	<b>1. Swisscom Mobile AG</b>

*Zwischenverfügung vom 7. April 2003 in Sachen Swisscom Mobile AG (Verwaltungsbeschwerde und Gesuch vom 28. Februar 2003) gegen Wettbewerbskommission betreffend Zuständigkeit Weko*

*Per 7. April 2003 ist auch eine ähnlich lautende Zwischenverfügung in Sachen Orange Communications S.A. (Verwaltungsbeschwerde und Gesuch vom 3. März 2003) gegen Wettbewerbskommission betreffend Zuständigkeit Weko ergangen*

**Nach Einsicht in:**

- die Verfügung der Vorinstanz vom 17. Februar 2003 betreffend Zuständigkeit;
- die dagegen von der Beschwerdeführerin bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde vom 28. Februar 2003 (Beschwerdeeingang: 3. März 2003) und das darin enthaltene Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung;
- die zu diesem Gesuch eingereichte Stellungnahme der Vorinstanz vom 13. März 2003;
- die Replik der Beschwerdeführerin vom 21. März 2003;
- die Duplik der Vorinstanz vom 28. März 2003;
- die übrigen Akten in der Streitsache

**und in Erwägung:**

dass die Vorinstanz im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahrens gegenüber der Beschwerdeführerin am 17. Februar 2003 eine Zwischenverfügung mit folgendem Dispositiv erlassen hat:

- "1. Die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat ist zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt hinsichtlich möglicher unzulässiger Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) zuständig.
2. Ab dem Tag der Eröffnung dieses Entscheides hat Swisscom 30 Tage Zeit, den Fragebogen vom 29. November 2002 zu beantworten.
3. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziffer 1 und 2 des Dispositivs dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen [...]";

dass die Beschwerdeführerin dagegen am 28. Februar 2003 Beschwerde erhob und folgende Anträge stellte:

- "1. Die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 sei aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Wettbewerbskommission für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom Mobile AG auf dem Wholesalemart für in ein Mobilnetz eingehende Fernmeldedienste sowie für die Beurteilung und Festlegung von Mobilterminierungspreisen nicht zuständig ist.
3. Es sei die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde wieder herzustellen [...]."

dass die zu beurteilende Zwischenverfügung der Vorinstanz mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden kann (Art. 45 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021, i.V.m. Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251);

dass der Präsident zuständig ist, über vorsorgliche Massnahmen zu verfügen (Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass die Beschwerde in der Bundesverwaltungsrechtspflege aufschiebende Wirkung hat, die Vorinstanz diese jedoch bei einer Verfügung, welche nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, entziehen kann (Art. 55 Abs. 1 und 2 VwVG), sofern - nach möglichst sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts und Erwägung der zu verfügenden Rechtsfolgen -

---

überzeugende Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen (BGE 117 V 185 E. 2b, 110 V 40 E. 5b und 105 V 266 E. 2; REKO/WEF 99/FB-007, publiziert in: RPW 1999/3, S. 501 ff.; REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.3.4, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.);

dass die Beschwerdeinstanz die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung wiederherstellen kann und über ein entsprechendes Begehren ohne Verzug zu entscheiden hat (vgl. Art. 55 Abs. 3 VwVG);

dass unter Abwägung der in Frage stehenden Interessen zu prüfen ist, ob die Gründe, die eine sofortige Vollstreckbarkeit nahe legen, wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen (BGE 117 V 185 E. 2b, 110 V 40 E. 5b);

dass der Vorinstanz bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist (BGE 110 V 40 E. 5b);

dass die Behörde nicht gehalten ist, für ihren Entscheid zeitraubende zusätzliche Abklärungen zu treffen, sondern sich in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen kann (BGE 117 V 187 E. 2.b);

dass die Vorinstanz den Entzug der aufschiebenden Wirkung insbesondere mit den volkswirtschaftlich bedeutsamen Interessen an der Weiterführung der Untersuchung (z.B. Intensivierung des Wettbewerbs im Bereich Mobilfunk) sowie mit den günstigen Prozessaussichten begründet, wogegen sich die Interessen der Beschwerdeführerin vor allem auf den Aufwand bezögen, welcher sich durch die Beantwortung des Fragebogens vom 29. November 2002 ergäbe;

dass die Beschwerdeführerin demgegenüber geltend macht, die zeitliche Dringlichkeit der Untersuchung sei nicht nachgewiesen, zumal die Vorinstanz anlässlich einer früheren Untersuchung (Dauer: 17 Monate) die Marktbeherrschung der Mobilfunkanbieter für auf ihr jeweiliges Netz eingehende Fernmeldedienste zwar festgestellt, die Untersuchung jedoch eingestellt und nun nach zehn Monaten wieder eröffnet habe;

dass die zeitliche Dringlichkeit durch die Dauer zwischen der Einstellung des ursprünglichen Untersuchungsverfahrens am 3. Dezember 2001 - dies obwohl sich Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der Mobilfunkanbieter auf den Wholesalemärkten im Bereich Terminierung ergeben hatten (vgl. Schreiben der Vorinstanz vom 15. Oktober 2002 an die Beschwerdeführerin) - und der Wiederaufnahme der Untersuchung im Bereich Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt Schweiz im Herbst 2002 relativiert wird;

dass die Vorinstanz zudem mit Schreiben vom 4. Februar 2003 an die Beschwerdeführerin die Frist zur Beantwortung des Fragebogens vom

---

29. November 2002 selber bis zu ihrem Entscheid über die verfahrensrechtlichen Anträge ausgesetzt hat;

dass die Vorinstanz somit die zeitliche Dringlichkeit an der Weiterführung der Untersuchung nicht rechtsgenügend aufzeigen konnte, und allein das Geltendmachen eines allfälligen volkswirtschaftlichen Schadens bei der jetzigen Aktenlage nicht ausreicht, um von der Regel abzuweichen, wonach einer Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 55 Abs. 1 VwVG);

dass ein weiteres Argument der Vorinstanz, ihre Zuständigkeit für die Beurteilung allfälliger unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen in der Mobilfunkterminierung sei aufgrund der Rechtsprechung der REKO/WEF ohne weiteres gegeben, zumal sich auch gemäss den sektorspezifischen Regulierungsbehörden ein Interkonkurrenzverfahren und ein kartellgesetzliches Verfahren nicht ausschliessen würden, mit der Hauptsache (Zuständigkeit) zu prüfen sein wird und dem vorliegenden Entscheid hierfür keine präjudizielle Wirkung zukommen soll;

dass die Prozessaussichten in der Hauptsache prima vista nicht derart eindeutig sind, als sie bei der Interessenabwägung entscheidend wären (BGE 106 Ib 115 E. 2a, mit Hinweisen);

dass folglich keine rechtsgenügenden Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung bestanden, weshalb diese in Gutheissung des entsprechenden Gesuches wieder herzustellen ist;

dass dem Anliegen der Vorinstanz auf rasche Wiederaufnahme des Untersuchungsverfahrens, mit einer (nach Möglichkeit) beschleunigten Behandlung der Beschwerde Rechnung getragen werden kann;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 ff. OG i.V.m. Art. 45 VwVG);

#### **verfügt:**

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen und Ziffer 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 aufgehoben.
  2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.
  3. [Rechtsmittelbelehrung]
  4. [Eröffnung]
-

B 3	<b>2. Cablecom GmbH</b>
-----	-------------------------

*Beschwerdeentscheid vom 20. März 2003 in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen*

### **Es hat sich ergeben:**

A. Die Cablecom-Gruppe, welche neben verschiedenen Aktiengesellschaften insbesondere die Cablecom GmbH, die Cablecom Management GmbH sowie die NTL Cablecom Holding GmbH umfasst, betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Diese bestehen aus einem als *backbone* bezeichneten Hauptnetz für die Grobverteilung von Fernsehsignalen an lokale Kabelnetze (sog. Ortsnetze) sowie aus zahlreichen regionalen Ortsnetzen, auf denen die Feinverteilung an die angeschlossenen Haushalte erfolgt. Seit ihrer Konzessionierung am 26. Juni 2002 tritt die Cablecom GmbH neu auch als Programmveranstalterin auf. Sie betreibt gesamtschweizerisch unter der Bezeichnung "Cablecom Digital Cinema" ein digitales Abonnementsfernsehen (*Pay-TV*) über ihre - mit dem Branchenverband der Kabelnetzunternehmungen, Swisscable Verband für Kommunikationsnetze (Swisscable), entwickelte - Digitalplattform "SwissFun".

Die Teleclub AG bietet seit 1984 als deutschschweizerische Programmveranstalterin ebenfalls ein Abonnementsfernsehen an. Das von ihr bisher analog ausgestrahlte Pay-TV-Programm wird seit November 1999 ausschliesslich über Kabelnetze an die rund 73'400 Teleclub Kunden weiterübertragen, die über einen Analogdecoder verfügen müssen. Bei dieser Verbreitungsart von Fernsehsignalen über die Kabelnetze besorgt die Teleclub AG den "Transport" ihres Programms bis zu den Kopfstellen (*head-ends*) der Kabelnetzbetreiber. An den *head-ends* der Sendeanlagen der jeweiligen Kabelnetze bereiten die Kabelnetzbetreiber das Signal anschliessend auf, um es zum Kunden zu transportieren.

Programme können indessen nicht nur analog, sondern auch *digitalisiert* verbreitet werden, indem analoge Signale in Bits umgewandelt werden. Diese Digitalisierung ermöglicht mit Techniken der Datenreduktion und -kompression eine effizientere Nutzung von Übertragungsinfrastrukturen. Beansprucht beispielsweise ein Fernsehprogramm bei analoger Verbreitung eine Bandbreite von acht MHz, so können auf derselben Bandbreite digitalisiert bis zu zehn Programme verbreitet werden. Gleichzeitig wird bei einer digitalisierten Programmverbreitung die Verbreitungskaskade komplexer. Rundfunkangebote erreichen ihr Publikum erst, nachdem sie einen mehrstufigen Aufbereitungsweg durchschritten haben, der durch mehrere Engpässe

(sog. *bottlenecks*, Flaschenhalse) führt. Am Ende des Übertragungsweges braucht der Kunde für den Empfang digital gesendeter Fernsehsignale als Empfangsgerät eine so genannte Set-Top-Box, welche die codierten digitalen Signale entschlüsselt und so aufbereitete Pay-TV-Programme für die dazu Berechtigten freischaltet (sog. *conditional access system*). Auf diese Weise kann der Anbieter steuern, welches seiner Programme wann und von wem zu empfangen ist, indem er einen entsprechenden Entschlüsselungscode an die zugangsberechtigten Zuschauer übermittelt. Die eigentliche Freischaltung besorgt eine so genannte smart card, die den Kunden abgegeben und von diesen in die Set-Top-Box geschoben wird. Ist bei Set-Top-Boxen das individuelle *conditional access system* ausgelagert (sog. *external conditional access modul*) und die entsprechende Schnittstelle genormt (Einheitsschnittstelle: *common interface*), kann der Empfänger nicht nur alle freizugänglichen Sender empfangen, sondern auch - mittels entsprechender Decodersteckmodule, welche das *conditional access system* und die *smart card* des Programmherstellers enthalten - beliebig codierte Pay-TV-Programme empfangen, sofern dazu die entsprechenden Entschlüsselungscodes ausgestrahlt werden. Als Industrie-Norm für das Übertragen digitaler Signale setzt sich weltweit immer mehr der so genannte DVB (*digital video broadcasting*)-Standard durch.

Nach gescheiterten Versuchen in den Jahren 1998 und 1999, mit ihrer als "d-Box" bezeichneten Set-Top-Box ein digitales Programmangebot in der deutschen Schweiz einzuführen, liess die Teleclub AG die am DVB-Standard orientierte "ADB Set-Top-Box" entwickeln, welche in Übereinstimmung mit den amtlichen Auflagen den Empfang sämtlicher im Kabelnetz der Cablecom GmbH aufgeschalteten digitalen TV- und Radioprogramme ermöglichen soll. In der Folge gelangte die Teleclub AG unter anderem an die Cablecom GmbH, um ihre DVB-konform aufbereiteten Programme inskünftig digitalisiert über deren Kabelnetze zu verbreiten. Im Laufe der Verhandlungen mit der Cablecom GmbH (bzw. mit Swisscable) bestand jene jedoch darauf, dass bei einer digitalen Übertragung der Teleclub-Programme ausschliesslich ihre SwissFun Set-Top-Boxen zu verwenden seien.

Vorab aus diesem Grund ersuchte die Teleclub AG, vertreten durch die Rechtsanwälte [...], mit Eingabe vom 9. April 2002 die Wettbewerbskommission, gegen die Cablecom GmbH und die zur gleichen Gruppe gehörenden Unternehmen sowie gegen Swisscable eine Untersuchung zu eröffnen und zur Sicherung wirksamen Wettbewerbs auf dem Pay-TV-Markt (insbesondere in Bezug auf technische Innovationen bei der Set-Top-Box Infrastruktur) folgende vorsorgliche Massnahmen zu erlassen:

- "1. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verant-

wortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

a) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Backbone-Netz zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;

b) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;

2. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) für die digitale Übertragung der Teleclub-Programme den Zugang zum von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Cablecom Backbone-Netz von einer Einigung über den Zugang zu den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen abhängig zu machen;

b) die digitale Übertragung der Teleclub-Programme in den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom UVEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen.

3. Es sei dem Verband Swisssable unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) seine Mitglieder aufzufordern, bezüglich der digitalen Übertragung der Fernsehsignale der Teleclub AG mit dieser in keine Geschäftsbeziehungen zu treten;

b) die Geschäftsbeziehungen von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom UVEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen."

---

Gleichzeitig beantragte die Teleclub AG, dass einer allfälligen Beschwerde der Gesuchsgegnerinnen gegen die zu erlassenden vorsorglichen Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu entziehen sei.

Mit Stellungnahme vom 16. Mai 2002 beantragte die Cablecom GmbH, vertreten durch die Rechtsanwälte [...], die Abweisung des Gesuchs vom 9. April 2002 um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie die Abweisung des Antrags, die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission zu entziehen. Am 16. Mai 2002 liess sich Swisscable mit denselben Anträgen wie die Cablecom GmbH zum Gesuch der Teleclub AG vernehmen.

Nach durchgeführter Vorabklärung eröffnete die Wettbewerbskommission am 23. September 2002 gegen die Cablecom GmbH eine Untersuchung und ordnete gleichzeitig Folgendes an:

"1. [...]

2. Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.

3. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 2, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen." [...]

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, die Teleclub AG habe glaubhaft gemacht, dass dringliche Gründe die Anordnung vorsorglicher Massnahmen aufdrängten, um der Teleclub AG - als einzige Wettbewerberin - baldmöglichst den Eintritt in den digitalen Pay-TV-Markt zu erlauben und gleichzeitig zu verhindern, dass die Teleclub AG von der Cablecom GmbH aus diesem Markt gedrängt werde. Gleichzeitig würden die angeordneten vorsorglichen Massnahmen auch den Innovationswettbewerb in Bezug auf die technische Infrastruktur (Set-Top-Boxen) sichern.

---

Des Weiteren betonte die Wettbewerbskommission, dass im Zusammenhang mit Set-Top-Boxen "Netzeffekte" auftreten können, sollte es einem Veranstalter gelingen, auf dem digitalen Pay-TV-Markt als *first mover* mit eigenen Set-Top-Boxen eine kritische Masse zu erreichen, und so mittels positiver Feed-backs letztlich eine "de facto-Standardisierung" zu erzwingen. Dies könnte Konkurrenten, die sich diesem Standard nicht anschliessen wollen, insofern vor hohe Marktzutrittsbarrieren stellen, als sie ihr Publikum von der Anschaffung einer zweiten Set-Top-Box überzeugen müssten, was indessen kaum gelingen dürfte. Die mit diesen Netzeffekten drohenden irreversiblen Strukturveränderungen auf dem gegenwärtig neu zu erschliessenden digitalen Pay-TV-Markt wären mit wirksamem Wettbewerb unvereinbar. Die dringlich gebotenen vorsorglichen Massnahmen sollen die Endverbraucher digitaler Pay-TV-Programme in die Lage versetzen, zwischen verschiedenen Set-Top-Boxen zu wählen. Dies wiederum wäre geeignet, den Innovations- und Infrastrukturwettbewerb auf dem digitalen Pay-TV-Markt zu intensivieren und die Schaffung schwer reversibler Marktstrukturen zu verhindern.

Schliesslich hielt die Wettbewerbskommission fest, die Cablecom GmbH habe die von ihr geltend gemachten technischen Schwierigkeiten bei einem parallelen Betrieb zweier "Plattformen" ("Störungs- und Schadenspotenzial für das Kabelnetz") nicht hinreichend überzeugend substantiiert. Insofern bejahte die Wettbewerbskommission die günstige Entscheidprognose, den drohenden, nicht wieder gutzumachenden Nachteil, die Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der verfügbaren vorsorglichen Massnahmen.

B. Dagegen erhob die Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin), vertreten durch ihre Rechtsanwälte, am 7. Oktober 2002 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und beantragte die Wiederherstellung der dieser Beschwerde entzogenen aufschiebenden Wirkung sowie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung habe die Wettbewerbskommission die Sachlage völlig falsch eingeschätzt und den Entscheid ungeachtet des damit für sie verbundenen massiven Schädigungspotenzials getroffen. Deshalb sei im Zweifelsfall die aufschiebende Wirkung zu belassen.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihre Prüfungs- und Begründungspflicht verletzt und übersehen, dass ihr Kabelnetz über keine freien Kanalkapazitäten verfüge und im Falle einer Aufschaltung eine Migrationsphase notwendig wäre, welche zufolge doppelter Ausstrahlung mehr Kapazitäten belegt. Des Weiteren sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, indem ihr die

---

Vorinstanz eine Stellungnahme des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) vom 18. September 2002 zur entscheidenden Frage der Netzoperabilität und -integrität beim parallelen Betrieb zweier Plattformen zu Unrecht vorenthalten habe, obwohl sie sich ausdrücklich dazu hätte äussern wollen. Auch im Zusammenhang mit der wichtigen Frage des Parallelbetriebes mehrerer digitaler Plattformen im Netz der technischen Betriebe Wil und dem Netz der IFAC Pratteln habe sich die Vorinstanz ausschliesslich auf Aussagen der Teleclub AG gestützt, ohne ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Schliesslich unterstelle ihr die Vorinstanz fälschlicherweise, sie habe von der Teleclub AG die Übergabe der Kundenverwaltung verlangt.

In materieller Hinsicht kritisiert die Beschwerdeführerin, dass keine der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erfüllt sei und die angefochtene Verfügung inhaltlich zu unbestimmt sei, um problemlos vollzogen werden zu können. Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz würde mit den angeordneten Massnahmen aufgrund einer eklatanten Fehleinschätzung des relevanten Marktes (bzw. ihrer Marktstellung) im Bereich des digitalen Pay-TV jeglichen Wettbewerb ausser Kraft setzen und die Entwicklung des digitalen Fernsehens abbremsen. Entgegen der Einschätzung der Vorinstanz könne sie sich auf dem Markt für Breitbanddienste nicht unabhängig verhalten, da objektiv zumutbare Alternativen für die Übertragung digitaler Signale (wie z. B. DVB-T) bestünden. Auch treffe es nicht zu, dass sie auf dem Pay-TV-Markt als direkte Konkurrentin der Teleclub AG auftrete, da sie - trotz ihrer Veranstalterkonzession - lediglich Programminhalte Dritter weiterverbreite.

Missbräuchliches Verhalten könne ihr nicht vorgeworfen werden, da sich die Teleclub AG die Nichtaufschaltung ihrer digitalen Programme selbst zuzuschreiben habe. Die Integration einer eigenen digitalen Plattform auf ihrem Kabelnetz sei für die unternehmerische Tätigkeit der Teleclub AG nicht notwendig, zumal auch deren Programme mittels SwissFun Set-Top-Boxen empfangen werden können. Der gewünschte Einsatz der ADB-Set-Top-Boxen, welche nur auf den *pay-per-view channel* Bereich beschränkt seien und alle neuen Mediendienste ausklammerten, bedeute für sie letztlich den Verlust der entsprechenden Kabelnetzkunden, da kaum zu erwarten sei, dass sich diese eine weitere Set-Top-Box anschaffen. Damit strebe die Teleclub AG letztlich an, den künftigen Wettbewerb unter den Anbietern auf dem Pay-TV-Markt zu verhindern. Daher habe sie ein legitimes Geschäftsinteresse, die Aufschaltung der digitalen Teleclub Pay-TV-Programme von der Verwendung der SwissFun Set-Top-Boxen abhängig zu machen, wogegen die Vorinstanz gesetzlich nicht ermächtigt sei, eine zwangsweise Entbündelung ihres Netzwerkes anzuordnen, um die Teleclub Plattform gegen ihren Willen in ihr Kabelnetz zu integrieren. Insbesondere wären mit einer solchen Integration erhebliche technische Schwierigkeiten und ein erhöhtes Störpotenzial vorprogrammiert, was bei meh-

rerer Zugangssystemen zu einer erhöhten Störungsanfälligkeit der Netzinfrastruktur führen würde und mit deutlich erhöhten operativen Kosten verbunden wäre.

C. Mit Vernehmlassung vom 17. Oktober 2002 nahm die Wettbewerbskommission vorerst zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Verwaltungsbeschwerde Stellung und beantragte dessen Abweisung.

Zu dieser Frage liess sich gleichentags auch die Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), vertreten durch ihre Rechtsanwälte, vernehmen, mit demselben Antrag auf Abweisung.

D. Mit Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2002 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab.

E. Mit Vernehmlassung vom 7. November 2002 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, die Anforderungen der Beschwerdeführerin zum rechtlichen Gehör führten zu einer für die Wettbewerbskommission unzumutbaren Übersteigerung der Begründungspflicht. Auch sei der Gehörsanspruch nicht verletzt worden, nachdem sich die Vorinstanz auf keine Angaben gestützt habe, zu denen sich die Beschwerdeführerin nicht hätte äussern können. Die Wettbewerbskommission habe die vorsorglichen Massnahmen nach einer sorgfältigen Prüfung der einschlägigen Voraussetzungen angeordnet. Zu Recht habe die Vorinstanz es als glaubhaft erachtet, dass die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz missbrauche und keine sachlichen Gründe für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (bzw. die Koppelung des Vertragsabschlusses an die Abgabe der Kundenverwaltung) und die Verbreitung über die SwissFun Plattform (bzw. mittels SwissFun Set-Top-Box) ersichtlich seien. Haltlos sei sodann die Ansicht der Beschwerdeführerin, die angefochtenen Massnahmen führten zu einer Behinderung des wirksamen Wettbewerbes im Pay-TV-Markt. Auch gehe es im vorliegenden Verfahren weder um eine Entbündelung des Zugangs zum Netzwerk der Beschwerdeführerin, noch verlange sie einen direkten Zugriff auf deren Infrastruktur noch die zwangsweise Vermietung von blosser Bandbreite, sondern eine vollständige Verbreitungsdienstleistung für die angelieferten digitalen Programmsignale. Dass der parallele Betrieb verschiedener Set-Top-Boxen zu technischen Störungen führen könnte, habe die Beschwerdeführerin bisher nur pauschal behauptet, ohne nähere Belege dafür zu liefern. Schliesslich weist die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die Multicrypttauglichkeit ihrer ADB Set-Top-Box den Zugang für alle sichere und so den Markt auch für anderssprachige digitale Pay-TV-Programme öffne.

---

Zudem seien die TV-Konsumenten ja frei, statt oder neben ihrer Set-Top-Box eine andere Set-Top-Box zu verwenden.

Mit Eingabe vom 18. November 2002 nahm die Wettbewerbskommission zur Hauptsache Stellung und beantragt ebenfalls Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie unter anderem aus, der Beschwerdeführerin seien keine rechtserheblichen Dokumente vorgehalten worden. Vielmehr habe sie sich nach vorgenommener Akteneinsicht in alle rechtserheblichen rechtzeitig beigebrachten Akten vor Erlass der Verfügung zur Sache äussern können. Auch habe sie Gelegenheit erhalten, erhebliche Beweise beizubringen, indessen darauf verzichtet, Beweisanträge zu stellen, welche hätten gehört werden können. Betreffend den sachlich relevanten Markt und die marktmächtige Stellung der Beschwerdeführerin habe sie die Wettbewerbssituation umfassend begründet. Insbesondere verkenne die Beschwerdeführerin, dass sich der relevante Markt nur um diejenigen Alternativen erweitere, die von den Nachfragern tatsächlich als substituierbar angesehen werden. Auch habe sie die beherrschende Position der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt sowie deren missbräuchliches Verhalten der Teleclub AG gegenüber hinreichend begründet. Des Weiteren seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Stellung der Beschwerdegegnerin auf dem *content* Markt unerheblich, zumal diese über keine *gate keeper* Position mehr verfüge. Zudem sei die Integration des Teleclub Angebots in das SwissFun Programm unzumutbar, weil die Parteien als Veranstalter gegenseitig im Wettbewerb stünden und eine Integration für die Beschwerdegegnerin die Aufgabe der unternehmerischen Selbstständigkeit zur Folge hätte. Insbesondere seien die Vorbringen, welche die Kompatibilität beziehungsweise die Offenheit der Set-Top-Boxen der Teleclub AG in Zweifel ziehen, nicht zu hören. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin die angeblichen technischen Schwierigkeiten, die aus einem parallelen Betrieb zweier Plattformen resultieren würden, nie rechtsgenügend substantiiert.

Die Beschwerdegegnerin reichte am 19. Dezember 2002 unaufgefordert eine Eingabe ein. Darin teilte sie die am 16. Dezember 2002 erfolgte Aufschaltung ihres digitalen Fernsehprogramms in der Deutschschweiz mit und betonte, dass die parallele Verbreitung ihres digitalen Programmangebotes zu keinen technischen Schwierigkeiten oder Netzstörungen geführt habe. Mit Schreiben vom 8. Januar 2003 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert die jüngste Korrespondenz zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin ein. Gleichzeitig machte die Beschwerdeführerin geltend, im Rahmen der Aufschaltung (bzw. der vorangehenden Test- und Integrationsphase) seien beim Parallelbetrieb der zwei Plattformen Probleme aufgetaucht in Form von Störungen beim Einsatz von *common interface* Modulen. Hiezu erklärte die Beschwerdegegnerin am 16. Januar 2003 unaufgefordert, es sei längst bekannt, dass die *common interface* Schnittstellen der SwissFun Set-

Top-Boxen mit ihren *common interface* Modulen nicht funktionierten; indes behauptete die Beschwerdeführerin zu Recht nicht, die Aufschaltung des digitalen Fernsehsignals habe zu technischen Schwierigkeiten oder Störungen ihres Netzes geführt.

Mit einer weiteren Eingabe vom 31. Januar 2003 übermittelte die Beschwerdeführerin erneut unaufgefordert ihre jüngste Korrespondenz mit der Teleclub AG. Gleichzeitig berichtete sie der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dass bei Tests Probleme mit den *common interface* Modulen aufgetreten seien, welche indessen nicht auf mangelhafte Set-Top-Boxen zurückzuführen seien. Sie bemühe sich gemeinsam mit der Beschwerdegegnerin, von der Herstellerfirma NagraVision eine Lieferung fehlerfreier *common interface* Modulen zu erhalten. Dieses Schreiben samt Beilagen wurde am 7. Februar 2003 der Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz zur Kenntnis gebracht.

Am 7. Februar 2003 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Mit Schreiben vom 17. Februar 2003 nahm die Beschwerdegegnerin zur jüngsten Eingabe der Beschwerdeführerin unaufgefordert Stellung. Dieses Schreiben wurde der Beschwerdeführerin am 18. Februar 2003 zur Kenntnis gebracht.

Auf die einzelnen Vorbringen 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. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 121 II 72 E. 1a; 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 stellt eine Zwischenverfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 2). Denn im erstinstanzlichen Verfahren erlassene vorsorgliche Massnahmen sind gleich wie vorsorgliche Massnahmen in Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe g VwVG als Zwischenverfügungen zu qualifizieren (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; REKO/WEF 99/FB-007 E. 1, publiziert in: RPW 1999/4, S. 618 ff.).

Diese Zwischenverfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisa-

tion und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

1.2. Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Handelt es sich bei der fraglichen Verfügung - wie vorliegend - um eine Zwischenverfügung, ist diese nur anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Andernfalls kann sie lediglich im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1 und 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

In seiner neueren Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, dass für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse ausreicht, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der Nachteil muss so beschaffen sein, dass er nicht wieder gutzumachen ist, damit das Interesse eines Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c; BGE 127 II 132 E. 2b; 125 II 613 E. 4; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin als Adressatin der angefochtenen Zwischenverfügung mit ihren Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen, weshalb sie formell beschwert ist. Was die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils angeht, befürchtet sie im Wesentlichen, der parallele Betrieb zweier Plattformen beinhalte ein gewichtiges "Störungs- und Schadenspotenzial für ihr Kabelnetz", das zu "erheblichen finanziellen Einbussen" führen werde. Ferner geht sie von einem beträchtlichen "Mehraufwand zur Gewährleistung der Netzintegrität" aus, falls - wie verfügt - zwei parallele digitale Plattformen betrieben würden.

Mit dem angefochtenen Massnahmeentscheid regelte die Vorinstanz nicht nur das Verhältnis zwischen den Parteien, sondern griff hoheitlich zu Lasten der Beschwerdeführerin in den digitalen Pay-TV-Markt ein. Mit den angefochtenen Massnahmen sollen Voraussetzungen geschaffen werden, welche es der Beschwerdegegnerin ermöglichen würden, die Beschwerdeführerin bei den digitalen Pay-TV-Angeboten direkt zu konkurrieren und entsprechende Marktanteile zu gewinnen. Soweit die Beschwerdeführerin hinsichtlich der angeordneten vorsorglichen Massnahmen den Eintritt eines Schadens befürchtet, könnte sie einen Schadenersatzanspruch im Lichte der herrschenden Praxis zum Legalitätsprinzip nur geltend machen, soweit dies ein Rechtssatz vorsieht. Indessen regeln weder das einschlägige Rundfunkrecht (RTVG, zitiert in E. 2.1) noch das VwVG, unter welchen Voraussetzungen die

---

Beschwerdegegnerin (als Antragstellerin) für den gegebenenfalls durch ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen verursachten Schaden haftbar gemacht werden könnte (vgl. PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 199 ff., mit Verweis auf REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4 S. 604 ff.). Ebenfalls nicht hinreichend klar ist, inwiefern hier im Schadensfall (infolge ungerechtfertigter vorsorglicher Massnahmen) die Verschuldenshaftung nach Artikel 41 OR oder eine Kausalhaftung nach Artikel 84 BZP [SR 273] beziehungsweise eine abgeschwächte Kausalhaftung nach Artikel 28f Absatz 1 ZGB erfolgreich als Rechtsgrundlage angerufen werden könnte (vgl. REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 604 ff., sowie PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 199 ff.). Andererseits ist ebenfalls ungewiss, ob angesichts der strengen verantwortlichkeitsrechtlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 3 Verantwortlichkeitsgesetz, VG, SR 170.32) bei einem allfälligen Schaden die Wettbewerbskommission für die von ihr angeordneten vorsorglichen Massnahmen haftbar gemacht werden könnte (vgl. ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II 255 ff., insbes. S. 394 ff.; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 191 ff.).

Angesichts der durch die Massnahmeverfügung vorgezeichneten direkten Konkurrenzsituation und der haftungsrechtlichen Ungewissheiten bei der Liquidation allfälliger tatsächlicher Schäden kann ein nicht wieder gutzumachender Nachteil nicht ausgeschlossen werden. Der Beschwerdeführerin ist somit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zuzuerkennen (Art. 45 Abs. 1 VwVG; vgl. auch RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1238). Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob der befürchtete angebliche Mehraufwand zur Gewährleistung der Netzintegrität beim Betrieb zweier paralleler digitaler Plattformen nicht wieder gutzumachende finanzielle Nachteile zur Folge hätte (vgl. E. 5.3.2).

1.3 Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Die angefochtene Zwischenverfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von

---

Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (vgl. Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

Da solche Vorschriften geeignet sind, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes zu beschränken, ist nachfolgend vorab das Verhältnis zu weiteren Rechtsvorschriften zu prüfen.

2.1. Betreffend den Vorbehalt von Artikel 3 KG könnten hier allenfalls Vorschriften des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) wesentlich sein.

Das RTVG regelt die Veranstaltung, die Weiterverbreitung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen (vgl. Art. 1). Veranstalter ist, wer Programme schafft oder zusammenstellt und sie verbreitet oder durch Dritte vollständig und unverändert verbreiten lässt (vgl. Art. 2 Abs. 1 RTVG). Verbreitung ist die fernmeldetechnische Ausstrahlung von Programmen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind (Art. 2 Abs. 2 erster Satz RTVG). Weiterverbreitung ist das zeitgleiche, vollständige und unveränderte Übernehmen und Verbreiten von Programmen, die von Veranstaltern an die Allgemeinheit gerichtet sind und drahtlos ausgestrahlt werden (Art. 2 Abs. 3 RTVG). Ein Kabelnetz ist ein Leitungsnetz zur Versorgung der angeschlossenen Abonnenten mit Rundfunkprogrammen (Art. 2 Abs. 4 RTVG).

Wer Programme veranstalten oder weiterverbreiten will, braucht eine Konzession (vgl. Art. 10 und 39 RTVG). Der Weiterverbreitungskonzessionär ist in der Auswahl der Programme, die er weiterverbreiten will, unter Vorbehalt der Artikel 47 und 48 RTVG grundsätzlich frei (vgl. Art. 42 Abs. 1 RTVG). Das RTVG regelt, welche Programme er mindestens verbreiten muss, ohne dafür ein Entgelt verlangen zu können (vgl. Art. 42 Abs. 2). Von dieser Verpflichtung kann er sich befreien lassen, soweit sie ihm aus Kapazitätsgründen nicht zuzumuten ist (vgl. Art. 42 Abs. 3 RTVG).

Die zuständige Behörde kann den Weiterverbreiter auf Gesuch eines konzessionierten Veranstalters hin verpflichten, dessen Programm zu verbreiten, wenn die Anlage des Weiterverbreiters freie Kapazitäten

---

aufweist, dem Veranstalter das Erstellen einer eigenen technischen Infrastruktur nicht zuzumuten ist und der Veranstalter dem Betreiber die Aufwendungen abgilt (vgl. Art. 47 RTVG).

2.2. Die Pay-TV-Programme der Teleclub AG gehören nicht zu den in Artikel 42 Absatz 2 RTVG aufgezählten "Pflichtprogrammen", zu deren Weiterverbreitung die Beschwerdeführerin als Weiterverbreitungskonzessionärin verpflichtet werden könnte. Dagegen ist ein auf Artikel 47 RTVG gestütztes Gesuch der Teleclub AG hängig, doch scheinen weder das BAKOM noch die Parteien einer Meinung zu sein in der Frage, ob die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Bestimmung zur Weiterverbreitung der Pay-TV-Programme der Teleclub AG verpflichtet werden könnte.

Selbst wenn dies möglich wäre, liesse sich daraus nicht schliessen, dass der Teleclub AG eine Berufung auf das Kartellgesetz deshalb versagt bliebe beziehungsweise dass die Wettbewerbskommission eine solche Verpflichtung gestützt auf das Kartellgesetz nicht verfügen dürfte, soweit wirksamer Wettbewerb durch Abreden oder andere Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in unzulässiger Weise beschränkt wird. Denn das RTVG enthält wie dargestellt keine Vorschriften, die Wettbewerb auf einem bestimmten Markt nicht zulassen, nachdem die erforderlichen Konzessionen einmal erteilt sind (vgl. E. 2.1 sowie E. 5.6.2). Die rundfunkrechtliche Normierung bildet eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst (vgl. wenn auch im Zusammenhang mit dem FMG [SR 784.10]: Urteil des Bundesgerichts vom 3. Oktober 2001 i.S. Comcare AG und Swisscom [2A.503/2000 bzw. 2A.505/2000, E. 6c], abrufbar im Internet unter: [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

Somit existieren im Bereich der Übertragung digitaler Fernsehsignale über Kabelnetze keine nach Artikel 3 KG vorbehaltene Vorschriften, welche im vorliegenden Fall einer Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen.

3. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist die Wettbewerbskommission gestützt auf Wahrscheinlichkeitsüberlegungen befugt, nach Einleitung eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen, wenn dies erforderlich ist, um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 2 und 3, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 3. 11. 1997 i.S. S. [2A.198/1997], publiziert in: RPW 1997/4, S. 618 ff.; sowie REKO/WEF 97/FB-005, E. 1.3.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 604 f.; REKO/WEF 99/FB-007 E. 3.2, a.a.O.). Vorsorgliche Massnahmen zielen darauf ab, den Gegenstand einer Anordnung zu sichern, einen gefährlichen Zustand zu beseitigen oder den Vollzug einer Verfügung zu gewährleisten (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwal-

tungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 120 f., Rz. 330 f.). Als sichernde Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten, als gestaltende (regelnde) Massnahmen ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in bestimmter Weise zu gestalten (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1089; ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 290 ff.). In diesem Sinne ist die Wettbewerbskommission zuständig zum Erlass rechtsgestaltender vorsorglicher Massnahmen, wenn mögliche missbräuchliche Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Diskussion stehen, falls die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung nur so sichergestellt werden kann (und die allgemeinen Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen erfüllt sind; vgl. dazu nachfolgende E. 5).

Im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen wird der Sachverhalt aus Gründen der Dringlichkeit in der Regel nur summarisch abgeklärt. Wegen akuter Gefährdung muss eine Verfügung ganz oder teilweise vorweg, das heisst ohne weitere Sachverhaltsabklärungen, durchgesetzt werden. Vorsorgliche Massnahmen stehen daher im Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach raschem Handeln einerseits sowie der Wahrheitsfindung und damit der richtigen Rechtsanwendung andererseits (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 331). Vorsorgliche Massnahmen ergehen demzufolge aufgrund einer lediglich summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1093), und es genügt der Beweisgrad der Glaubhaftmachung der Voraussetzungen (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 289). Nach einer alten, aber immer noch zutreffenden bundesgerichtlichen Definition heisst Glaubhaftmachen, "dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptung überzeugt zu werden braucht, sondern dass es genügt, ihm aufgrund objektiver Anhaltspunkte (...) den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen zu vermitteln, ohne dass er den Vorbehalt preisgeben müsste, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten" (zitiert in: MICHAEL LEUPOLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 4/2000, S. 273, mit weiteren Hinweisen).

4. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin in verschiedenen Punkten eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts formeller Natur und hat ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge (BGE 120 Ib 379 E. 3b).

Diese Rügen sind daher zu prüfen, bevor auf die materiellen Voraussetzungen der verfügten vorsorglichen Massnahmen näher eingegangen wird.

---

4.1. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gewährleistet der Gehörsanspruch allen Personen, die vom Ausgang eines Verfahrens mehr als die Mehrheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme (vgl. dazu: LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBl 3/1998 S. 97 ff., insbes. S. 100, mit Hinweis auf BGE 116 Ia 94 E. 3b). Dazu gehören eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 122 I 53 E. 4a; 120 Ib 379 E. 3b, je mit weiteren Hinweisen). Sodann ordnet das Bundesgericht auch die Begründungspflicht dem Gehörsanspruch zu (KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 100, mit Hinweis auf BGE 121 I 54 E. 2c).

Aus der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör folgt wie gesagt grundsätzlich die Aufhebung einer Verfügung, welche in Verletzung dieses Anspruchs ergangen ist. Dieser Grundsatz kennt indes eine Ausnahme: Nach der Praxis des Bundesgerichts kann eine im erstinstanzlichen Verfahren erfolgte Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, wenn die Beschwerdeinstanz in Sach- und Rechtsfragen über dieselbe Kognition verfügt wie die erste Instanz und dem Betroffenen dieselben Mitwirkungsrechte wie vor dieser zustehen (vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, S. 517; KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 102 ff., sowie BGE 115 V 297 E. 2.h und 124 II E. 2.d). In neueren Entscheiden ist das Bundesgericht allerdings deutlich zurückhaltender und will die Heilung nur noch zulassen, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht besonders schwer wiegt (vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, S. 358, N. 1709 ff., mit Verweisen auf BGE 126 I 68 sowie auf etliche Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts).

4.2. Zunächst rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass für die Weiterverbreitung des digitalen Programms der Teleclub AG keine freien Kapazitäten zur Verfügung stünden, dass während der Migrationsphase ein zusätzlicher Bedarf an Bandbreite bestehe, wie sich aus der Eingabe der Teleclub AG an das BAKOM vom 21. Februar 2002 ergebe, und dass durch die Aufschaltung möglicherweise gewisse Programme abgeschaltet werden müssten. Die Vorinstanz verletze ihre Prüfungs- und Begründungspflicht, indem sie nicht erwähne, wie sich die vorsorglichen Massnahmen mit der Tatsache der vollständigen Belegung des Kabelnetzes vertragen sollten. Sie habe die Äusserung der Teleclub AG, das Kabelnetz habe ausreichend Kapazität beziehungsweise es werde sogar künstlich verknappert, insofern zurückgewiesen, als die Kapazität nie künstlich ver-

knappt worden sei. Ferner habe sie belegt, dass alle Kanäle entweder belegt oder reserviert seien.

4.2.1. Die Wettbewerbskommission führt zu diesen Rügen aus, als verfügende Behörde müsse sie sich nur mit den wesentlichen Parteistandpunkten auseinander setzen. Selbst dies könne auf konkludente Weise dadurch geschehen, dass die Urteilsgründe schlüssig in Erscheinung träten. Daher sei es kein Verfahrensfehler, wenn sie sich nicht mit der Frage der Kanalbelegung auseinander gesetzt habe. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin selber nie behauptet, für die Aufschaltung des digitalen Teleclubsignals bestehe keine Kapazität. Sie habe nur in Abrede gestellt, die Kapazitäten künstlich verknappt zu haben. Ferner habe sie geäußert, die Kanäle seien praktisch allesamt belegt, und im Übrigen seien Reservekanäle erforderlich. Die Kapazitätsfrage bilde im Übrigen Gegenstand der Untersuchung.

Die Teleclub AG bestätigt, dass während einer beschränkten Übergangszeit (Migrationsphase) ein zweiter Kanal erforderlich sei. Dies sei aber kein Problem: Bereits früher, als diverse Decoder ausgewechselt werden mussten, sei ein Parallelbetrieb nötig und möglich gewesen. Die Beschwerdeführerin habe nicht behauptet, die Reservekanäle würden ausnahmslos genutzt. In den Verhandlungen zwischen ihr und der Beschwerdeführerin sei die Kabelkapazität auch nie ein Thema gewesen.

4.2.2. Die Frage freier Kanalkapazitäten kann sicher nicht als unwesentlich bezeichnet werden, auch nicht im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. In summarischen Verfahren haben jedoch die Verhandlungsmaxime und das Rügeprinzip erhöhtes Gewicht, zumal ein prima-facie-Entscheid zu treffen ist. In der Regel können sich die Behörden auf die Akten abstützen und haben daher keine weiteren Sachverhaltsabklärungen zu treffen. Prima-facie-Entscheid bedeutet auch, dass die rechtliche Prüfung eingeschränkt ist, weil nicht genügend Zeit zur Klärung der Rechtsfragen besteht (vgl. ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 371 f.).

Dass der Sachverhalt im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur summarisch abzuklären und auf Beweiserhebungen grundsätzlich zu verzichten ist (vgl. auch REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.2.4, publiziert in RPW 1997/4, S. 602 ff.; vgl. ferner BGE 99 Ib 215 E. 5), übersieht die Beschwerdeführerin in ihrer Argumentation. Entscheidend ist hier, dass die Beschwerdeführerin als Adressatin möglicher Massnahmen selbst nicht geltend macht, sie verfüge für eine Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals nicht über genügend freie Kanäle. Dies hat sie weder in ihren Eingaben zuhanden der Vorinstanz, noch in der hier zu beurteilenden Beschwerde, noch im hängigen Beschwerdeverfahren - seit der Aufschaltung des Teleclub-Signals im Dezember 2002 - behauptet.

Reservierte Kanäle sind nicht belegte Kanäle. In diesem Sinn durfte die Vorinstanz im Rahmen der ihr auferlegten summarischen Prüfung da-

von ausgehen, dass freie Kapazitäten auch für die Übergangsphase bestehen, und dass die Kapazitätsfrage für die einstweilige Weiterverbreitung des Teleclub-Signals kein Hindernis darstellt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ihr diesbezüglich somit nicht vorgeworfen werden. Ausserdem fällt auf, dass die Beschwerdeführerin Kapazitätsprobleme nicht geltend macht, soweit sie in ihrer Beschwerde die Möglichkeit der Verbreitung des Teleclub-Signals über ihre SwissFun Set-Top-Box diskutiert. In der Tat wäre nicht einzusehen, weshalb sie jahrelang mit der Teleclub AG über die Bedingungen einer Aufschaltung verhandeln sollte, wenn die erforderlichen Kapazitäten gar nicht vorhanden wären. Dies kann ebenfalls als Indiz dafür gewertet werden, dass die Kapazitätsfrage für die Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals kein grundsätzliches Hindernis ist.

4.3. Sodann rügt die Beschwerdeführerin, die Stellungnahme des BAKOM vom 18. September 2002 sei ihr zu Unrecht nicht zur Kenntnis gebracht worden, obwohl sie sich eine Äusserung dazu in der Eingabe vom 30. August 2002 noch ausdrücklich vorbehalten habe.

In der erwähnten Stellungnahme schrieb das BAKOM als Antwort auf eine Frage des Sekretariats der Wettbewerbskommission, im Ausland existierten gegenwärtig keine Kabelnetze mit parallelen digitalen Plattformen. Indessen erachtete die Vorinstanz diese Auskunft nicht als rechtserheblich. Nach Ansicht der Vorinstanz wäre diese Stellungnahme nur dann von Bedeutung gewesen, wenn das BAKOM ausländische Beispiele hätte nennen können; diesfalls hätten daraus Schlüsse über die technische Machbarkeit paralleler Plattformen gezogen werden können. Nachdem die Antwort des BAKOM keine solchen Schlüsse zugelassen habe, sei die besagte Stellungnahme der Beschwerdeführerin nicht zugestellt worden. In gleichem Sinne äussert sich auch die Teleclub AG.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezieht sich der Anspruch auf rechtliches Gehör auf alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erheblich sind. Insofern haben die Parteien das Recht, sich zu allen wichtigen Fragen zu äussern (vgl. BGE 112 Ia 3 E. 3c; BGE 124 I 49 E. 3c). Der Umstand, dass im Ausland zurzeit keine Kabelnetze mit parallelen digitalen Plattformen existieren, erlaubt jedoch keinerlei Schluss, ob solche Plattformen unproblematisch oder im Gegenteil risikobehaftet sind. Die Vorinstanz hat in ihrer Verfügung aus der entsprechenden Auskunft des BAKOM für die Frage der Funktionsfähigkeit denn auch keine Schlussfolgerung gezogen. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt somit auch diesbezüglich nicht vor.

4.4. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, in der entscheidenden Frage des Parallelbetriebs mehrerer digitaler Plattformen habe sich die Wettbewerbskommission massgeblich auf eine Aussage der Teleclub AG in einem Schreiben vom 14. Juni 2002 abgestützt, zu der sie sich

ebenfalls nie habe äussern können. So erkläre die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, es existierten bereits Kabelnetze, auf denen verschiedene digitale Plattformen parallel einwandfrei liefen, nämlich die Kabelnetze in Wil und Pratteln. Diese Parteibehauptung sei ungeprüft übernommen und ihr das rechtliche Gehör insofern verweigert worden.

Die Wettbewerbskommission bestreitet nicht, dass sie der Beschwerdeführerin das fragliche Schreiben nicht zugestellt hat, macht aber geltend, die darin genannten Beispiele seien für ihre Folgerung nicht entscheidend gewesen. Der Schluss, wonach der parallele Betrieb digitaler Plattformen möglich sei, habe sich unter anderem bereits aus der Stellungnahme des BAKOM ergeben.

Tatsächlich nennt jedoch die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung - unter Verweis auf das genannte Schreiben der Teleclub AG - die Beispiele Wil und Pratteln gleich an erster Stelle als Beleg für die Unbegründetheit der technischen Einwände der Beschwerdeführerin. Erst an zweiter Stelle wird sodann die Aussage des BAKOM wiedergegeben. Insofern erweist sich die Erklärung der Vorinstanz, wonach das Schreiben der Teleclub AG vom 14. Juni 2002 für ihre Einschätzung nicht ausschlaggebend war, als aktenwidrig. Selbst im Rahmen des Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen wäre es angesichts der immer wieder vorgebrachten Befürchtungen der Beschwerdeführerin möglich und nötig gewesen, dieser das fragliche Schreiben zur Kenntnis zu bringen, zumal ihm immerhin ausreichende Wichtigkeit beigemessen wurde, um es gleich als ersten Beleg für das Funktionieren paralleler Plattformen anzuführen.

Indem die Vorinstanz dieses Schreiben der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis brachte, hat sie deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

4.5. Vorliegend hatte die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren jedoch Gelegenheit, sich zu allen Aspekten der Verfügung, einschliesslich der ihr zuvor nicht zur Kenntnis gebrachten Schriftstücke, zu äussern. Insofern kann die Verletzung ihres Gehörsanspruchs im Beschwerdeverfahren geheilt werden, wenn die Gehörsverletzung nicht besonders schwer wiegt beziehungsweise die in Erwägung 4.1 erwähnten Voraussetzungen vorliegen. Dies ist nachfolgend zu untersuchen:

4.5.1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verfügt in Sach- und Rechtsfragen über dieselbe Kognition wie die Vorinstanz (vgl. Art. 49 VwVG), und die Beschwerdeführerin hat dieselben Mitwirkungsrechte. Eine Heilung der Gehörsverletzung ist daher grundsätzlich möglich.

4.5.2. Die Beschwerdeführerin hat sich zur Gehörsverletzung nicht nur in ihrer Verwaltungsbeschwerde geäussert, sondern auch in ihrer seit-

herigen Korrespondenz mit der Teleclub AG, die der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zugestellt und zu den Akten genommen wurde. Folgendes führt sie zu den als Beleg für die Funktionsfähigkeit paralleler digitaler Plattformen genannten Beispiele von Wil und Pratteln aus:

- (1) Die Netze Wil und Pratteln seien als bloss lokale Netze nicht mit ihrem mehrstufigen Netz vergleichbar, da dieses höherkomplexer und daher störungsanfälliger sei. Die Frage der Kompatibilität einer zusätzlichen Plattform stelle sich in diesen Netzen nicht.
- (2) Aus dem bidirektionalen Internetzugang auf ihrem Netz folge nicht, dass parallele digitale Plattformen betrieben werden könnten, da unterschiedliche Technologien keine gegenseitigen Störeinflüsse generieren würden. Demgegenüber seien ihre Technologie sowie die der Teleclub AG engstens verwandt, was die Störanfälligkeit erhöhe.
- (3) Im Rahmen der Test- und der Integrationsphase vor der Aufschaltung seien durch den Parallelbetrieb zweier Plattformen erhebliche Probleme aufgetaucht. Beim Einsatz von *common interface* Modulen sei es zum Absturz von Set-Top-Boxen gekommen. Die Parteien seien daran, die Schwierigkeiten gemeinsam zu lösen.

Die Hinweise zum ersten Argument hat die Beschwerdeführerin nicht näher substantiiert oder belegt. Die Teleclub AG erachtet sie als haltlos und verweist auf zwei mehrstufige Netze mit parallelen Plattformen in Suhr und in Geissacher. Die Beschwerdeführerin hat seither nicht bestritten, dass in den neu genannten mehrstufigen Netzen parallele Plattformen funktionieren. Laut einer Internetrecherche der Vorinstanz vom 4. November 2002 wird das SwissFun Programm auf dem Netz in Wil (nebst Teleclub) verbreitet. Es mag offen bleiben, ob der parallele Betrieb digitaler Plattformen auf den Netzen Wil und Pratteln mangels Mehrstufigkeit Schlussfolgerungen für das Netz der Beschwerdeführerin zulässt. Aufgrund der Akten erscheint immerhin glaubhaft, dass dies in den Beispielen der mehrstufigen Netze Suhr und Geissacher der Fall ist.

Auch die Hinweise beim zweiten Argument sind nicht näher belegt. Die Teleclub AG wundert sich, dass eng verwandte Technologien Störeinflüsse generieren sollen, unterschiedliche dagegen nicht. Aufgrund der Akten lässt sich nicht entscheiden, ob die Existenz eines bidirektionalen Internetzugangs neben einer digitalen TV-Plattform den Schluss erlaubt, dass zwei technologisch eng verwandte digitale TV-Plattformen parallel auch funktionieren. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, nachdem Beispiele dafür glaubhaft gemacht wurden und das BAKOM die Funktionsfähigkeit nicht in Frage stellt, sofern die verwendeten Set-Top-Boxen technisch nicht fehlerhaft sind.

---

Vor allem aber macht die Beschwerdeführerin mit dem dritten Argument nur geltend, es sei bei der Aufschaltung (bzw. in der vorangehenden Test- und Integrationsphase) zu Problemen gekommen. Hinsichtlich des nachfolgenden Betriebs macht sie keine solchen mehr geltend. Die Darstellung der Teleclub AG, wonach die Schwierigkeiten in der Testphase nicht auf ihre Set-Top-Boxen zurückzuführen seien, sondern darauf, dass die *common interface* Schnittstelle der SwissFun Set-Top-Box mit ihren *common interface* Modulen nicht funktioniere, was längst bekannt sei, hat die Beschwerdeführerin in der Folge nicht bestritten. In diesem Zusammenhang hat sich die Beschwerdeführerin einzig gegen den Vorwurf gewandt, die erwähnten Probleme seien auf Softwarefehler der SwissFun Boxen zurückzuführen. Angesichts der Aktenlage erscheint es daher als glaubhaft, dass der Einsatz der Set-Top-Boxen der Teleclub AG keine Betriebsstörungen auf dem Kabelnetz der Beschwerdeführerin verursacht.

4.5.3. Gehörsverletzungen können nur geheilt werden, wenn sie nicht besonders schwer wiegen. Vorliegend ist diese Voraussetzung der Heilung erfüllt. Insbesondere die Tatsache, dass das BAKOM den störungsfreien Betrieb von zwei parallelen Plattformen auf einem Kabelnetz für technisch möglich hält, sowie der Umstand, dass die Set-Top-Box der Teleclub AG laut BAKOM die einschlägigen Standards und amtlichen Auflagen an ein offenes System erfüllt, untermauern die Schlussfolgerung der Vorinstanz im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen ausreichend. Auf die zwischen der Beschwerdeführerin und der Teleclub AG nach wie vor umstrittenen Beispiele der Netze in Pratteln und Wil braucht dazu nicht abgestellt zu werden. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass die Beschwerdeführerin ihre technischen Bedenken nie in einem Ausmass substantiiert belegt hat, das ernsthafte Zweifel an den Ausführungen der Vorinstanz aufkommen lassen könnte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass in summarischen Verfahren eine erhöhte Pflicht der Parteien besteht, Behauptungen zu substantiieren und die nötigen Belege beizubringen; verzichten sie auf solche Vorkehren, haben sie es sich selber zuzuschreiben, wenn bei der Entscheidfindung auf das vorhandene Aktenmaterial abgestellt wird. Schliesslich scheint auch aufgrund der jüngsten Entwicklungen nach der Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals glaubhaft, dass der parallele Betrieb bisher jedenfalls störungsfrei funktioniert.

4.5.4. Somit wurde die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens geheilt. Das bedeutet indessen nicht, dass die Wettbewerbskommission die Verfahrensrechte der Parteien missachten darf. Sie wird ihnen in Belangen von grundsätzlicher Tragweite auch bei vorsorglichen Massnahmen künftig besser Rechnung tragen müssen, insbesondere mit Blick auf eine sorgfältige Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes in einem Klima partnerschaftlicher Zusammenarbeit.

---

5. In materieller Hinsicht ist zu prüfen, ob die Wettbewerbskommission die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen zu Recht angeordnet hat.

Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen, die - wie hier - den Zweck haben, die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden Anordnung sicherzustellen, sind in kartellrechtlichen Streitigkeiten:

- a. eine günstige Entscheidprognose,
- b. ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb und für das Unternehmen, das um Erlass der Massnahmen ersucht hat,
- c. Dringlichkeit sowie
- d. Verhältnismässigkeit der Massnahmen (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 633).

Bevor nachfolgend geprüft werden kann, ob diese Voraussetzungen vorliegend glaubhaft sind (vgl. E. 5.3 ff.), müssen im Rahmen der Erfolgsprognose zunächst der relevante Markt ermittelt (E. 5.1) und die Stellung der Beschwerdeführerin auf diesem Markt geklärt werden (E. 5.2).

5.1. Das Kartellgesetz definiert nicht, auf welche Weise der sachlich relevante Markt abzugrenzen ist. Mit dieser Frage haben sich jedoch Lehre und Rechtsprechung intensiv befasst, und der Bundesrat formulierte in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) eine entsprechende Definition. Diese ist nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen aussagekräftig. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Entscheidend ist somit die funktionale Austauschbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite. Als Marktgegenseite kommt bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sowohl die Nachfrageseite als auch die Angebotsseite in Betracht (vgl. JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 18 zu Art. 4 KG sowie Rz. 10 zu Art. 5 KG). Der räumlich relevante Markt umfasst sodann dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; vgl. JÜRIG BORER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 5 KG).

Mit der Abgrenzung des hier massgeblichen sachlich und räumlich relevanten Marktes hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits auseinandergesetzt (vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 5.1.1, a.a.O.). Sie ist dabei zum Schluss gekommen, relevant sei der Markt für

---

die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz. Auf die entsprechenden Ausführungen kann verwiesen werden, zumal zwischenzeitlich keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist unbehelflich. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, erfolgt die Marktabgrenzung aus der Sicht der Marktgegenseite, und der sachlich relevante Markt umfasst diejenigen Alternativen, welche die Nachfrager tatsächlich als substituierbar ansehen. Den übrigen technisch möglichen Alternativen, welche die Beschwerdeführerin erwähnt, ist bei der Prüfung der Marktstellung der Beschwerdeführerin mit Blick auf die disziplinierende Wirkung des potenziellen Wettbewerbs Rechnung zu tragen. Dass die Wettbewerbskommission nicht sämtliche objektiv zumutbaren oder technisch möglichen Alternativen dem sachlich relevanten Markt zugeordnet hat, ist daher korrekt und steht in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung sowie Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU. Die Veranschlagung dieser Alternativen bei der potenziellen Konkurrenz ist entsprechend nicht inkohärent, Ausdruck einer angeblichen Unsicherheit der Vorinstanz oder gar rechtsstaatlich unhaltbar, wie die Beschwerdeführerin argumentiert, sondern korrekt und folgerichtig. Mit der genannten Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes durch die Vorinstanz hat es daher sein Bewenden.

5.2. 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). Wesentliche Elemente zur Beurteilung, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, bilden die Marktanteile, die Situation der Konkurrenten sowie die Marktzutrittsschranken (vgl. THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, in: AJP 3/1999, S. 295 ff.).

Mit der Marktstellung der Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ebenfalls bereits auseinandergesetzt (vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 5.1.2, a.a.O.). Auf diese Überlegungen ist zu verweisen und festzuhalten, dass zwischenzeitlich keine wesentlichen Änderungen eingetreten sind. Dass der Beschwerdeführerin in der angefochtenen Verfügung aufgrund des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs eine beherrschende Marktstellung zuerkannt wird, steht damit im Einklang.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind nicht geeignet, die Schlussfolgerungen der Vorinstanz zu entkräften oder zu widerlegen. Zunächst ist der Verfügung klar zu entnehmen, auf welchen Markt sich diese Stellung bezieht. Sodann wird sehr wohl begründet, weshalb Cablecom mit einem gesamtschweizerischen Marktanteil von 46% (für das Jahr 2000) eine beherrschende Stellung zukommt. Dieser

Schluss ergibt sich aus den Ausführungen zur aktuellen Konkurrenz, den Marktzutrittsschranken und damit dem potenziellen Wettbewerb. Aus diesem Grund geht auch der Hinweis der Beschwerdeführerin fehl, dass ihre Marktstellung in der Verfügung nach der Prüfung der aktuellen Konkurrenz nur als "herausragend" und nicht als "marktbeherrschend" bezeichnet wird, denn der letztere Schluss kann gerade erst nach der Prüfung von potenzieller Konkurrenz und Marktzutrittsschranken gezogen werden. Würde die Vorinstanz nicht so vorgehen, zöge sie ihre Folgerungen aufgrund einer unvollständigen Analyse, was die Beschwerdeführerin ihr bei der Marktabgrenzung zu Unrecht vorgeworfen hat. Dass die Vorinstanz schliesslich nur vorsorgliche Massnahmen gegen die Beschwerdeführerin und nicht auch solche gegen andere Kabelnetzbetreiber geprüft und verfügt hat, erklärt sich daraus, dass gegen andere Netzbetreiber keine Vorwürfe wegen missbräuchlichem Verhalten vorliegen.

Die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend Übernahme der Angaben der Teleclub AG zur Erschliessung ihrer Kunden über das Kabelnetz und über Satellit sind ebenfalls unbehelflich. Da die entsprechenden Zahlen dem Jahresbericht von Swisscable entnommen wurden und die Beschwerdeführerin sich zu diesen ihr zur Kenntnis gebrachten Angaben im erstinstanzlichen Verfahren nicht äusserte, kann sie nun nicht rügen, die Zahlen seien irreführend und beruhten auf reiner Parteibehauptung.

Dass sich die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt weitgehend unabhängig verhalten kann, folgt aus der geringen aktuellen und der fehlenden potenziellen Konkurrenz und kann somit nicht mit Hinweis auf die angeblich disziplinierende Wirkung einer ständig zunehmenden Konvergenz verschiedener Dienste und anderer Übertragungswege in Frage gestellt werden. Dasselbe gilt für die Einführung der von der Beschwerdeführerin als Substitut ihrer Übertragungswege erwähnte digitale terrestrischen Übertragungstechnologie DVB-T, die selbst nach Darstellung der Beschwerdeführerin erst für das Jahr 2008 prognostiziert wurde und somit keinesfalls kurz bevorsteht.

Entsprechend ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin auf dem relevanten Markt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren ist.

5.3. Mit Blick auf die *günstige Entscheidprognose* (als erste Voraussetzung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen) ist ferner zu untersuchen, ob unzulässige Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 KG glaubhaft gemacht sind.

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich laut dieser Bestimmung 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). Als solche Verhaltensweisen fallen nach Artikel 7

---

Absatz 2 KG insbesondere in Betracht: a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre), b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen, d) die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, e) die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung, f) die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Das unternehmerisch korrekte Verhalten lässt sich nicht ohne weiteres vom kartellrechtlich umschriebenen missbräuchlichen Verhalten abgrenzen. Insofern besteht im Zusammenhang mit marktbeherrschenden Unternehmen das grundlegende Problem der Doppelgesichtigkeit der meisten Verhaltensweisen, was sich in der Schwierigkeit ausdrückt, wettbewerbsbeschränkendes Einzelverhalten eines Unternehmens abzugrenzen gegenüber wettbewerbskonformem, auf höherer Leistungsfähigkeit beruhendem Verhalten (vgl. REKO/WEF 98/FB-001 E. 3.4, publiziert in: RPW1998/4, S. 655, mit Verweis auf MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/1996, S. 835, mit Beispielen). In der Botschaft des Bundesrates (vgl. BBl 1995 I 569) wird in diesem Zusammenhang erläuternd ausgeführt, ein marktbeherrschendes Unternehmen verhalte sich grundsätzlich dann unzulässig, "wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt". Das marktbeherrschende Unternehmen muss sich daher auf so genannte *legitimate business reasons* stützen können (vgl. auch JÜRGEN BORER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 7 KG).

5.3.1. Unbestrittenermassen macht die Beschwerdeführerin die Aufschaltung des digitalen Teleclub-Signals von der Verwendung ihrer SwissFun Plattform abhängig, und sie verweigert die Verbreitung des Signals, sofern die Teleclub AG ihre eigenen Set-Top-Boxen verwenden will. Es stellt sich die Frage, ob dieses Verhalten aufgrund einer vorläufigen Beurteilung der Aktenlage sachlich begründet und deshalb kartellrechtlich zulässig ist.

Die Wettbewerbskommission prüfte in der angefochtenen Verfügung vorerst die Vorwürfe von Koppelungsgeschäften (d.h. die Forderungen nach Abgabe der Kundenverwaltung und Verwendung der SwissFun Plattform), der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sowie der Einschränkung der technischen Entwicklung. Weitere angeblich unzulässige Verhaltensweisen verwies sie in das Untersuchungsverfahren. Da die Beschwerdeführerin die Aufschaltung der digitalen Teleclub-Programme in der Verwaltungsbeschwerde ausdrücklich nicht von der

Abgabe der Kundenverwaltung abhängig macht, erübrigen sich weitere Überlegungen zu dieser Forderung.

5.3.2. Gemäss der Veranstalter-Konzession für Cablecom Digital Cinema vom 26. Juni 2002 ist die Beschwerdeführerin verpflichtet, anderen Veranstaltern zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen Zugang zu den von ihr angebotenen Umwandlungs- und Entschlüsselungsgeräten (Set-Top-Boxen) zu gewähren (Art. 9 Abs. 1 der Veranstalterkonzession). Sie darf den Vertrag über das Abonnementsfernseh-Angebot nicht vom Kauf oder von der Miete einer ihrer Set-Top-Boxen abhängig machen (Art. 9 Abs. 2 der Veranstalterkonzession). Entsprechende Verpflichtungen enthält auch die Veranstalterkonzession der Teleclub AG. Darf die Beschwerdeführerin somit von ihren eigenen Abonnenten nicht die Verwendung einer bestimmten Box verlangen, darf sie dies indirekt auch nicht von den Abonnenten ihrer Konkurrentin.

Dagegen stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiberin von den Programmveranstaltern die Verwendung einer bestimmten Set-Top-Box verlangen darf, indem sie eine bestimmte Technologie quasi zum unverzichtbaren Bestandteil ihres Netzes erklärt. Diese Frage ist zu verneinen. Was ihr als Programmveranstalterin verwehrt ist, darf sie auch als Netzbetreiberin nicht tun. Anders zu entscheiden hätte die untragbare Folge, dass die Beschwerdeführerin als Netzbetreiberin und Veranstalterin von ihren Kunden und von denjenigen ihrer Konkurrenten das verlangen dürfte, was ihre Veranstalter-Konzession ausschliesst. Ergibt sich somit bereits aus der Konzession der Beschwerdeführerin, dass sie für den Empfang digitaler Programme aus ihrem Kabelnetz die Verwendung einer bestimmten Set-Top-Box nicht verlangen darf, stellt sich die Frage im Grunde nicht mehr, ob sich die Verwendung der SwissFun Box mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt. Denn was bereits die Konzession aus wettbewerbsrechtlichen Gründen verbietet, kann aufgrund einer kartellrechtlichen Prüfung nicht als zulässig gelten.

Selbst wenn man hier eine Prüfung von *legitimate business reasons* vornehmen möchte, was sich mit Blick auf einen möglichen künftigen Verzicht der Beschwerdeführerin auf ihre Veranstalterkonzession rechtfertigen könnte, erscheint die Verknüpfung von Aufschaltung und Verwendung der SwissFun Box als unzulässig.

Sowohl vor der Vorinstanz wie auch im Verwaltungsbeschwerdeverfahren begründet die Beschwerdeführerin ihre Forderung mit technischen Gründen. Sie macht diesbezüglich geltend, das einwandfreie Funktionieren des gesamten Netzes sei nur gewährleistet, wenn eine einzige standardisierte digitale Plattform verwendet werde. Auch aus wirtschaftlichen Gründen sei nur eine einzige Plattform vertretbar, da sich sonst die operativen Kosten erhöhten und der Störungsdienst aufwändiger würde. Den Fernsehkonsumenten könne die Miete be-

---

ziehungsweise der Kauf zweier Set-Top-Boxen nicht zugemutet werden. Überhaupt sei die SwissFun Box derjenigen der Teleclub AG technisch überlegen, weil sie auch interaktive Dienste verarbeiten könne; insofern sei die Set-Top-Box der Teleclub AG nicht, wie vom Bundesrat in seinem Beschwerdeentscheid vom 5. Juni 2001 gefordert, eine offene Box.

Mit diesen Argumenten hat sich die Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung auseinander gesetzt. Sie hat erkannt, dass die Forderung nach ausschliesslicher Verwendung der SwissFun Box sachlich nicht gerechtfertigt ist. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilt diese Ansicht aufgrund der Akten. Denn es ist gestützt auf die bisher vorgetragenen Darlegungen der Teleclub AG sowie der Wettbewerbskommission glaubhaft, dass der störungsfreie Netzbetrieb auch beim Einsatz zweier Plattformen gewährleistet ist, und zwar auch in mehrstufigen Netzen (vgl. E. 4.5.2). Zu beachten ist, dass die Beschwerdeführerin nach der Aufschaltung der digitalen Teleclub-Programme keine solchen Probleme mehr geltend machte. Hinsichtlich Störungsdienst bringt die Beschwerdeführerin keine neuen Argumente vor, die zusätzlich zu prüfen wären. Des Weiteren erscheint ein allfälliger tatsächlicher Mehraufwand nicht als unüberwindliches Hindernis, denn seine finanzielle Abgeltung liesse sich zwischen den Parteien ohne weiteres vertraglich regeln. Ins Gewicht fällt ausserdem, dass Pay-TV-Kunden nicht gezwungen werden, zwei Boxen zu kaufen oder zu mieten, da mit der von der Teleclub AG angebotenen Zusatzinfrastruktur in Form von *conditional access* Modulen (mit *smart card*) auch die Pay-TV-Programme anderer Veranstalter empfangen werden können. Wie die Teleclub AG glaubhaft versichert, sind ihre Kunden, welche die Zusatzdienste von SwissFun wollen, auch frei, die Teleclub-Box zurückzugeben und die SwissFun Box zu beschaffen. Sie erhalten diesfalls von der Teleclub AG ebenfalls die notwendigen Zusatzmodule zum Empfang der Teleclub-Programme.

Die Set-Top-Box der Teleclub AG ist erwiesenermassen eine offene Box. Dass auch die Beschwerdeführerin dafür zu sorgen hat, dass ihre SwissFun Set-Top-Box die erforderlichen funktionsfähigen Schnittstellen aufweist, versteht sich von selbst. Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin auf ihrer digitalen Plattform weiter gehende (d.h. interaktive) Dienste anbieten will, tut der bescheinigten Offenheit und Funktionsfähigkeit der Teleclub Set-Top-Box als reines Empfangsgerät keinen Abbruch, zumal es sich bei den erweiterten SwissFun Diensten teils um proprietäre Systeme zu handeln scheint. Die Teleclub-Infrastruktur wird abgesehen davon offenbar ihrerseits um weitere solche Funktionen erweitert.

5.3.3. Ganz grundsätzlich rügt die Beschwerdeführerin weiter, sie werde zu Unrecht als direkte Konkurrentin der Teleclub AG bezeichnet. Dass sie neuerdings auch eine Veranstalterkonzession habe, sei inso-

---

fern irrelevant, als sie keine eigenen Inhalte vermittele, sondern weiterhin ausschliesslich Distributionsformen zur Verfügung stelle. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Teleclub AG nicht nur als Veranstalterin auftrete, sondern vertikal als Rechteinhaberin (d.h. *content provider*) in den vorgelagerten Beschaffungsmarkt integriert sei. Als Teil der deutschen Kirch-Gruppe habe die Teleclub AG im Veranstaltungsbereich eine marktbeherrschende Stellung, an welcher der formale Auftritt der Cablecom GmbH als Veranstalterin von SwissFun nichts ändere. Die Teleclub AG habe sich die Nichtaufschaltung selbst zuzuschreiben, da sie auf ihrer eigenen Plattform beharre. Dies sei aber nicht erforderlich, weil das digitale Teleclub-Programm besser über ihre SwissFun Plattform verbreitet werden könnte. Die Beschwerdegegnerin beharre jedoch auf der eigenen Plattform, weil sie nur *pay-per-channel* anbietet und sich durch eine Anbindung möglichst vieler Kunden vor einer Konkurrenz durch die erweiterten SwissFun *pay-per-view*-Dienste abschirmen wolle. Auf diese Weise verhindere die Beschwerdegegnerin künftigen Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt. Darin liege die eigentliche wettbewerbsrechtliche Problematik des vorliegenden Verfahrens. Die Teleclub AG habe keinen Rechtsanspruch auf Verbreitung oder Weiterverbreitung ihrer Programme. Sie sei frei, einen Vertragsanschluss an Bedingungen zu stellen, die sich auf ihre legitimen Interessen stützen könnten.

Dem ist mit der Vorinstanz entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Veranstalterkonzession sehr wohl eine direkte Konkurrentin der Teleclub AG ist. Ob sie als Veranstalterin selber Inhalte produziert oder drittproduzierte Inhalte verwendet, ist im Lichte der gesetzlichen Definition des Veranstalters nicht massgeblich. Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin kaum um eine Veranstalterkonzession nachgesucht, wenn sie nicht als Veranstalterin auftreten wollte. Die Ausführungen zur Stellung und Verflechtung der Teleclub AG sind sodann nicht nur irrelevant, weil es vorliegend um Stellung und zulässiges Verhalten der Beschwerdeführerin geht, sondern auch nicht mehr aktuell. Die (Minderheits-)Beteiligung der Kirch-Gruppe an der Teleclub AG besteht seit Mai 2002 nicht mehr, und die Teleclub AG muss ihre Senderechte wie die Beschwerdeführerin bei den Rechteinhabern erwerben.

Die "Neuinterpretation" der wettbewerbslichen Bedeutung des Verfahrens durch die Beschwerdeführerin ist aus Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht nachvollziehbar. Die Teleclub AG verfügt nach den gescheiterten Versuchen, die proprietäre "d-Box" einzuführen, neu über eine geprüfte und für offen befundene Set-Top-Box. Die amtlichen Auflagen betreffend Offenheit sollen sicherstellen, dass die TV-Konsumenten, allenfalls unter Verwendung der erforderlichen Zusatzmodule, über alle Boxen das gesamte Programm empfangen können. Die Teleclub AG hat glaubhaft erklärt, dass sie dafür in jeder Hinsicht Gewähr bietet. Im Falle der Beschwerdeführerin

---

kann dies aufgrund der Akten nicht mit derselben Sicherheit gesagt werden. Die Frage ist somit nicht, ob es erforderlich ist, dass die Teleclub AG diese Box verwenden kann, sondern ob die Beschwerdeführerin von ihr verlangen darf, ihr Programmangebot in die eigene SwissFun Plattform zu integrieren. Dies ist im Interesse der unternehmerischen Freiheit und Selbstständigkeit der Teleclub AG offensichtlich unzumutbar und erscheint gestützt auf eine vorläufige kartellrechtliche Beurteilung unzulässig.

5.3.4. Die Beschwerdeführerin und die Teleclub AG haben unterschiedliche Auffassungen über das Angebot, das sie ihren Kunden offerieren wollen. Die Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin und nun auch als Veranstalterin will fremde und eigene Programme über ihr Netz weiterverbreiten und den TV-Konsumenten zusätzlich eine multifunktionale digitale Plattform anbieten, die sie quasi zum wesentlichen Bestandteil ihres Kabelnetzes erklärt. Diese Plattform sieht sie als die einzig zukunftssträchtige, allen Programmveranstaltern offen stehende Standard-, aber auch "Pflicht"-Plattform. Demgegenüber offeriert die Teleclub AG ihren Kunden diverse Programmpakete im Abonnement; ihre Set-Top-Box ist im Abonnementspreis inbegriffen. Abonnenten, die eine Set-Top-Box mit anderen oder weiter gehenden Möglichkeiten wünschen, erhalten von der Beschwerdegegnerin die nötigen Zusatzmodule, um das Teleclub-Programm über diese andere Box empfangen zu können. Die Teleclub Set-Top-Box verfügt ihrerseits über Funktionen, welche die SwissFun Set-Top-Box nicht aufweist. Nach Auffassung der Teleclub AG sollen die Kunden wählen können, ob sie eine relativ teure Box mit einer Vielzahl von Implementationen (Spiele, Filme auf Abruf etc.) kaufen oder ein aus wählbaren Bestandteilen zusammengestelltes Programm samt Set-Top-Box abonnieren wollen; der Markt soll zeigen, welche der digitalen Plattformen mit welchen Weiterentwicklungen sich im freien Spiel von Angebot und Nachfrage schliesslich durchsetzen wird.

Wettbewerbsrechtlich problematisch ist somit der Umstand, dass die Beschwerdeführerin als wahrscheinlich marktbeherrschende Kabelnetzbetreiberin und Inhaberin einer Veranstalterkonzession für digitales Pay-TV grundsätzlich wählen kann, mit welchen Veranstaltern sie zusammenarbeiten will. Diese Stellung erlaubt es ihr, ihre Vorstellungen über das wünschenswerte Angebot auch ohne sachlich gerechtfertigte Gründe durchzusetzen. Denn die Teleclub AG kann ihr Abonnementmodell nicht verwirklichen, wenn die Übertragung über die SwissFun Set-Top-Boxen laufen muss. Die eigene Plattform ist für die Teleclub AG sehr wohl Bestandteil der unternehmerischen Tätigkeit. Die Beschwerdeführerin vermag die Teleclub AG als einzige Konkurrentin und als Nachfragerin von Übertragungsdienstleistungen bei der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs entsprechend zu behindern beziehungsweise zu benachteiligen.

---

Lässt sich die Forderung der Beschwerdeführerin, die digitalen Programme der Beschwerdegegnerin nur dann aufzuschalten, wenn zum Programmempfang die SwissFun Box verwendet wird, nicht auf überzeugende sachliche Gründe stützen, und erweist sich diese Forderung auch vor dem Hintergrund der Veranstalter-Konzession als fragwürdig, so erweist sich eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 KG als glaubhaft.

Ob dieses Verhalten kartellrechtlich als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) oder als unzulässiges Koppelungsgeschäft (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG) einzuordnen ist, braucht hier nicht abschliessend entschieden zu werden. So oder anders können je nach Blickwinkel beide Tatbestände erfüllt sein:

a) Betrachtet man das gerügte Verhalten unter dem Aspekt der Forderung nach Verwendung der SwissFun Box als Bedingung des Vertragsschlusses, steht eine Würdigung als unzulässiges Koppelungsgeschäft im Vordergrund, da die Teleclub AG veranlasst wird, eine Leistung anzunehmen, die sie nicht will und die für die Weiterverbreitung ihres digitalen Signals jedenfalls aus technischen Gründen nicht erforderlich ist (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG). Der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach ein Koppelungsgeschäft nicht vorliege, weil die Übertragung über das Kabel und ihre digitale Plattform als ein Gesamtpaket zu betrachten seien, geht fehl, zumal die Beschwerdeführerin ihre Dienstleistung ohne technische Notwendigkeit unerwünschtermassen um ihre SwissFun Plattform erweitert und ohne sachlich zwingenden Grund auf der Abnahme dieser Leistung beharrt.

b) Betrachtet man das Verhalten unter dem Aspekt der Weigerung, das Signal aufzuschalten, solange die Teleclub AG ihre eigene Box verwenden will, steht eine unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Vordergrund (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung sei in diesem Punkt nicht begründet, trifft nicht zu, nachdem keine sachlichen Gründe für eine Weigerung sprechen. Zudem bestehen angesichts des *first mover advantage* und der resultierenden *lock in*- beziehungsweise "*Netzeffekte*" Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Verdrängungsstrategie. Die aus der Weigerung der Beschwerdeführerin resultierende Verzögerung des Marktauftrittes der Teleclub AG hat ihr selber den Vorteil des *first mover* zugetragen. Ob dies beabsichtigt war oder nicht, ist irrelevant, da es einzig auf die Wirkung ankommt. Auch der Einwand der Beschwerdeführerin, wonach die Teleclub AG, wenn nicht explizit, so doch faktisch einen entbündelten Zugriff auf ihr Netz verlange, geht fehl. Die Dienstleistung der Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin besteht in der Einspeisung eines (digitalen) Datenstroms. Der Umstand, dass die Teleclub AG nicht das um die digitale Plattform SwissFun erweiterte Dienstleistungspaket abnehmen will, kann nicht als "Entbündelung" bezeichnet werden (vgl. im Übrigen

die vorgenannten Ausführungen zu Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG; vgl. zur technischen Definition von "Entbündelung" im Kontext des RTVG: Botschaft vom 18.12.2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, Ziff. 1.3.9.3 und 2.1.3.4, abrufbar im Internet unter: <http://www.bakom.ch>).

c) Betrachtet man schliesslich das Anliegen der Beschwerdeführerin, einzig die SwissFun Plattform als Standard zuzulassen, unter dem Aspekt der Einschränkung der technischen Entwicklung (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), ist offensichtlich, dass dieses den Infrastrukturwettbewerb verunmöglicht. Daran ändert nichts, dass dieser Standard auf Boxen verschiedener Hersteller läuft und dass die Beschwerdeführerin ihre SwissFun Set-Top-Box nicht selber herstellt oder vertreibt. Die Qualitäten beziehungsweise allenfalls bestehenden Mängel der SwissFun und der Teleclub Set-Top-Box sind für die Einschränkung der technischen Entwicklung im Übrigen nicht relevant; vielmehr besteht der Kern des Problems darin, dass beim Einsatz einer einzigen Plattform kein Infrastrukturwettbewerb zum Tragen kommen kann. Die Kunden können unter diesen Umständen nicht zwischen preislich verschiedenen Produkten mit teilweise unterschiedlichen Funktionen wählen. Gleichzeitig muss die Beschwerdeführerin die von ihr favorisierte SwissFun Plattform nicht dem Markt aussetzen und ist mangels Wettbewerbsdruck auch kaum veranlasst, ihre Set-Top-Box entsprechend der Nachfrage weiterzuentwickeln.

5.3.5. Zusammenfassend ist somit glaubhaft, dass die gerügte Weigerung der Beschwerdeführerin, die digitalen Programme der Teleclub AG über ihr Kabelnetz zu übertragen, solange diese auf Einsatz ihrer ADB Set-Top-Box beharrt, einem Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung entspricht und zudem die Verpflichtungen aus ihrer Konzession verletzt. Eine für die Teleclub AG günstige Entscheidprognose ist daher zu bejahen.

5.4. Zweite Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist ein für den wirksamen Wettbewerb (bzw. für die gesuchstellende Person) *nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil*, der einträte, wenn bis zum Entscheid in der Hauptsache zugewartet würde. Das Eintreten der nachteiligen Folgen muss glaubhaft erscheinen, und die Nachteile müssen kausal auf die wahrscheinlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung(en) zurückzuführen sein. Für den wirksamen Wettbewerb liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil unter anderem vor, wenn auf den betroffenen Märkten unerwünschte und irreversible Strukturveränderungen oder -zementierungen drohen. Ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für ein von einer wahrscheinlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betroffenes Unternehmen liegt sicher dann vor, wenn dessen Marktzutritt gefährdet oder verunmöglicht wird.

---

5.4.1. Für den wirksamen Wettbewerb ergibt sich der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil daraus, dass die Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin und neu als Veranstalterin digitaler Pay-TV-Programme einzige direkte Konkurrentin der Teleclub AG ist und im Rahmen ihrer Geschäftspolitik ausschliesslich ihre eigene SwissFun Plattform zum Empfang digitaler Programme zulassen will. Ihre Stellung als Kabelnetzbetreiberin würde ihr ohne wettbewerbsrechtliche Eingriffe ohne weiteres erlauben, weitgehend selbst zu bestimmen, welchem Programmveranstalter sie zu welchen Bedingungen Zutritt zum digitalen Pay-TV-Markt gewähren will (sog. *gate-keeper* Position). Diese mächtige Stellung sowie die vom BAKOM und der Vorinstanz erwogenen Netzeffekte könnten somit die Beschwerdeführerin in die Lage versetzen, ihre technische Lösung als Standard durchzusetzen. Dieser wäre aber mangels Alternativen auf dem Markt nicht das Resultat von wirksamem Wettbewerb oder von Konsumentenpräferenzen. Soweit sich daher die Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin von Anfang an - einzeln oder kollektiv, mit anderen Netzbetreibern - auf ein System festlegt, wird die technologische Entwicklung eingeschränkt, und es können innert kurzer Zeit irreversible Strukturen resultieren.

Dies gilt nicht nur für den Bereich der technologischen Entwicklung der digitalen Geräte, sondern auch für den Pay-TV-Markt als Dienstleistungsmarkt. Denn die Teleclub AG könnte als (gegenwärtig) einzige Konkurrentin ohne kartellgesetzlich gestützte Intervention den Zutritt zum digitalen Pay-TV-Markt nicht rechtzeitig schaffen (und würde im Bereich analoger Programmübertragung über kurz oder lang wohl aus dem Markt scheiden), zumal jedenfalls bei Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen unklar war, ob ihre Programme über die SwissFun Set-Top-Box überhaupt empfangen werden können. Nebst diesen ohne ein rasches Einschreiten drohenden Nachteilen sind der Teleclub AG durch die Verzögerungen bei der Zulassung zum Kabelnetz im digitalen Bereich nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile vermutlich bereits erwachsen (z.B. Verlust der *first mover* Position, Rückstand beim Aufbau eines Kundenstamms, Amortisierbarkeit von Investitionen).

Da weitere potenzielle Anbieter digitaler Pay-TV-Programme in absehbarer Zeit nicht auszumachen sind und die Beschwerdegegnerin den grössten Teil ihrer Kunden nur über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin erreichen kann, erscheint es als geboten, im Interesse des wirksamen Wettbewerbs und der Teleclub AG durch die angeordneten vorsorglichen Massnahmen den Weg zu ebnen, dass möglichst rasch beide Systeme eingesetzt werden können und deren Weiterentwicklung im Wettbewerb ermöglicht werden kann.

Die hängige Untersuchung der Wettbewerbskommission könnte angesichts des Eifers, mit dem die Parteien ihre Positionen seit Jahren ver-

---

fechten, ohne weiteres längere Zeit dauern. Daher könnten die geschilderten Nachteile vor dem Entscheid in der Hauptsache eintreten, soweit dies nicht schon geschehen ist. Der Kausalzusammenhang zwischen der glaubhaft gemachten unzulässigen Verhaltensweise und diesen Nachteilen liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Erörterung.

Gestützt auf die Akten erscheinen aus diesen Gründen die für den Wettbewerb und die Teleclub AG befürchteten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile glaubhaft, die vor dem Entscheid in der Hauptsache eintreten könnten und kausal mit den geschilderten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen zusammenhängen.

5.4.2. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorträgt, vermag diese Einschätzung nicht zu erschüttern. Wirksamer Wettbewerb bei der technischen Infrastruktur digitaler Empfangsgeräte setzt verschiedene Angebote und echte Wahlmöglichkeiten der Abnehmer voraus. Eine bloße "Fortentwicklung" des eigenen Produkts kann diese nicht ersetzen, sondern läuft im Gegenteil auf die Fixierung eines Standards hinaus, der mit den Kundenwünschen nicht übereinzustimmen braucht und daher zu einer Entwicklung führen könnte, die am Markt vorbei läuft. Die Beschwerdeführerin kann nicht für sich in Anspruch nehmen, ihre eigenen Vorstellungen darüber, welches Angebot dem Konsumenten nützt, seien die einzig richtigen und zukunftssträchtigen, und der Wettbewerb werde beschränkt, wenn diese Vorstellungen durch Alternativen (wie die Set-Top-Box der Beschwerdegegnerin) in Frage gestellt werden. Immerhin ist diese Set-Top-Box für den Empfang anderer digitaler Programme offen und die Teleclub AG bietet die nötigen Zusatzmodule für den Empfang ihrer Pay-TV-Programme mittels anderer Set-Top-Boxen an, während dies im Fall der Beschwerdeführerin umgekehrt nicht im gleichen Masse der Fall zu sein scheint.

Wenn - wie hier - eine marktbeherrschende Kabelnetzbetreiberin gleichzeitig auf einem nachgelagerten Markt als Veranstalterin digitaler Fernsehprogramme auftritt und so ein gesteigertes Interesse an der Vermarktung ihrer eigenen Sendungen hat, befindet sie sich offensichtlich in einer *gate keeper*-Position, indem sie über die Zulassung von Konkurrenten und deren Modalitäten bestimmen kann. Genau hier setzt das kartellrechtliche Instrumentarium an, wenn unzulässige Verhaltensweisen zur Diskussion stehen. Der von der Beschwerdeführerin angerufene Artikel 42 RTVG, wonach der Weiterverbreitungskonzessionär in der Programmauswahl grundsätzlich frei ist, wird insoweit zurückgedrängt (vgl. E. 2.1 f.).

5.5. Sind die günstige Erfolgsprognose für die Teleclub AG und der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil für den wirksamen Wettbewerb zu bejahen, bleibt weiter zu prüfen, ob die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen *dringlich* sind. Dringlichkeit ist gegeben,

wenn davon auszugehen ist, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Denn je länger sich die Beschwerdeführerin als marktbeherrschende Kabelnetzbetreiberin und - als einzige Konkurrentin der Teleclub AG im Pay-TV-Markt - als alleinige Anbieterin des digitalen Abonnementsfernsehens betätigen kann, umso stärker wird in diesem Markt ihr Wettbewerbsvorteil als *first mover*, umso mehr Kunden vermag sie dauernd an sich zu binden, und umso nachhaltiger kann sie ihre eigene technische Infrastruktur als Standard für die Zukunft setzen. Auf diese Weise könnte sie sich innert kurzer Zeit als einzige Pay-TV-Anbieterin etablieren. Mit ihrem Verhalten könnte sie gegen ihre zurzeit einzige ersichtliche Konkurrentin beim digitalen Pay-TV eine praktisch unüberwindliche Marktzutrittschranke errichten, wodurch deren Wettbewerbsmöglichkeiten ausgehöhlt würden. Dieser Prozess war bei Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die Vorinstanz bereits im Gange.

Dass es der Teleclub AG freistünde, weiterhin als Anbieterin von analog gesendetem Pay-TV aufzutreten, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, ändert daran nichts und kann angesichts der als umwälzend eingestufteten Digitalisierung des Rundfunks keineswegs als Alternative verstanden werden. Auch die Kabelnetzbetreiber verstehen die analoge Übertragungsart als "Auslaufmodell", das mittel- und langfristig von der Digitalisierung abgelöst werden wird. Würde der Beschwerdegegnerin der beabsichtigte Umstieg auf digitale Programmverbreitung verwehrt, würde sie zwangsläufig aus dem Pay-TV-Markt gedrängt. Ob die Nachfrage nach Abonnementsfernsehen schnell oder langsam wächst, ist sodann nicht ausschlaggebend für die Frage, ob die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Stellung einen praktisch kaum mehr einzuholenden Vorsprung gewinnen und die künftigen Standards setzen könnte.

Was schliesslich den Einfluss der Teleclub Set-Top-Box auf die technologische Entwicklung angeht, wird der durch die vorsorglichen Massnahmen zu schützende wirksame Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt zeigen, welche Angebote sich durchsetzen und welche Weiterentwicklungen künftig erfolgreich sein werden. Dies unter Verweis auf die Weiterentwicklung des eigenen und unter Herabsetzung des Konkurrenzprodukts zu beurteilen, ist nicht Sache der Beschwerdeführerin.

Die Notwendigkeit eines dringlichen Einschreitens erscheint aus den genannten Gründen als glaubhaft und wurde von der Vorinstanz zu Recht bejaht.

5.6. Schliesslich bleibt die *Verhältnismässigkeit* der angeordneten vorsorglichen Massnahmen zu prüfen. Verhältnismässig sind vorsorgliche Massnahmen, wenn sie geeignet sind, den glaubhaft gemachten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden, wenn sie ferner zur Abwendung dieses Nachteils erforderlich sind, wobei das mildeste

---

Mittel gewählt werden muss, mit welchem das Ziel erreicht werden kann, und wenn die (öffentlichen und privaten) Interessen an der Anordnung der Massnahmen allfällige entgegenstehende Interessen überwiegen.

5.6.1. Die im vorliegenden Fall angeordneten Massnahmen sind geeignet, die drohenden Nachteile für den wirksamen Wettbewerb abzuwenden. Die verfügte Aufschaltung des Teleclub-Angebots ohne Verwendung der SwissFun Set-Top-Box beseitigt eine Marktzutrittschranke und ermöglicht so der Beschwerdegegnerin, im digitalen Pay-TV-Bereich als Konkurrentin aufzutreten. Gleichzeitig bannt diese Massnahme die Gefahr, dass die Beschwerdegegnerin angesichts der technischen Entwicklung als Anbieterin von analog gesendetem Pay-TV aus dem Markt gedrängt wird. Ferner entsteht durch die Massnahme auf der Ebene der technischen Infrastruktur Wettbewerb, indem die Kunden aus unterschiedlichen technischen Geräten auswählen können und nicht von Anfang an eine Standardisierung im Sinne der Plattform der Beschwerdeführerin entsteht. Die Eignung der verfügten Massnahme wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht bestritten.

5.6.2. Des Weiteren sind die verfügten Massnahmen mit Blick auf das angestrebte Ziel auch erforderlich. Die Teleclub AG ist auf den Zugang zum Kabelnetz der Beschwerdeführerin angewiesen, um ihre digitalen Pay-TV-Programme einer ausreichend grossen Zahl potenzieller Abnehmer anbieten zu können. Wirksamer Wettbewerb unter den konkurrierenden Anbietern - auch auf der Ebene der Technologie - ist nur unter dieser Bedingung möglich. Ohne vergleichbare Startvoraussetzungen der Anbieter kommt es angesichts der geschilderten Netzefekte nicht dazu.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Erforderlichkeit der Massnahme zu Unrecht. Eine mildere Massnahme als die verfügte - wie beispielsweise die Aufschaltung des Teleclub-Programms unter Verwendung der SwissFun Set-Top-Box - hätte den Zweck der Massnahme deshalb nicht erfüllt, weil auf diese Weise kein Innovations- beziehungsweise Infrastrukturwettbewerb ermöglicht würde. Die Konsumenten hätten ausser der SwissFun Standardplattform, welche nicht zwingend ihren Wünschen entspricht, keine Möglichkeit, auf eine andere Set-Top-Box auszuweichen.

Das weitere Argument der Beschwerdeführerin, wonach im vorliegenden Sachverhalt die zuständigen Behörden nach Artikel 47 RTVG eine allfällige Anwendung des rundfunkrechtlichen Verbreitungsanspruchs zu prüfen hätten, führt bezüglich der Erforderlichkeit der angefochtenen Massnahmen nicht zu einem anderen Schluss:

Erstens wird damit nicht gesagt, ob die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen mit Blick auf das (Wettbewerbs-)Ziel erforderlich sind, sondern nur, dass unter Umständen auch andere Rechtswege beschrit-

---

ten werden könnten, um das von der Beschwerdegegnerin angestrebte Ziel der digitalen Verbreitung ihres Pay-TV-Programmes über die Kabelnetze der Beschwerdeführerin zu erreichen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin nach Artikel 47 RTVG zur Aufschaltung der digitalen Pay-TV-Programme der Beschwerdegegnerin verpflichtet werden könnte, was das BAKOM (vgl. Art. 24 RTVV, SR 784.401) angesichts des gegenwärtig noch hängigen Gesuchs noch wird entscheiden müssen, würde dies, soweit die Beschwerdeführerin ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, der Anwendung des kartellrechtlichen Instrumentariums nicht entgegenstehen. Denn das RTVG enthält - wie bereits in Erwägung 2.2 erwähnt - keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG (vgl. auch E. 5.4.2). Wie in anderen Bereichen haben die Rechtssubjekte auch hier die Möglichkeit auszuwählen, auf welchem gesetzlich zur Verfügung stehenden Rechtsweg sie ihre Ansprüche durchsetzen wollen. In diesem Zusammenhang ist für den Ausgang dieses Verfahrens auch nicht entscheidend, ob und wie das BAKOM den vorliegenden Fall nach rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten entscheiden wird (bzw. eventuell bereits entschieden hat).

Die Argumentation der Beschwerdeführerin ist im Übrigen widersprüchlich: In ihrer Stellungnahme vom 30. August 2002 zu den Auskünften des BAKOM erklärte sie, eine auf Artikel 47 RTVG gestützte Verpflichtung zur Verbreitung des Pay-TV-Programms der Teleclub AG wäre unzulässig, weil sie nur bei einer Erstverbreitung, nicht im Falle der Weiterverbreitung, angeordnet werden dürfte. In ihrer Verwaltungsbeschwerde vom 7. Oktober 2002 stellt sie genau diese Möglichkeit als die zu verfolgende Alternative zum Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen dar.

5.6.3. Schliesslich erscheinen die verfügten Massnahmen durch überwiegende öffentliche und private Interessen gerechtfertigt. Zu veranschlagen ist einmal das öffentliche Interesse daran, dass hier wirksamer Wettbewerb zum Tragen komme und dass sich kein Konkurrent unter Ausnutzung seiner allfällig marktbeherrschenden Stellung als Kabelnetzbetreiber und aufgrund von Netzeffekten auf Kosten eines anderen Konkurrenten am digitalen Pay-TV-Markt etablieren und so wettbewerbsbehindernde Zutrittsschranken zu Lasten Dritter errichten kann. Ferner ist das private Interesse der Teleclub AG erheblich, die Umstellung auf die zukunftssträchtigere Digitaltechnologie sowie die Anpassung an sich ändernde Strukturen rechtzeitig zu schaffen. Und schliesslich gilt es, das private Interesse der Beschwerdeführerin als Kabelnetzbetreiberin zu berücksichtigen, die sich gegen den Einsatz einer zweiten digitalen Plattform wendet, weil sie davon Nachteile für ihr Netz befürchtet.

Die beiden erstgenannten Interessen sowie das Bestehen der tatsächlichen Voraussetzungen sind von der Vorinstanz überzeugend und glaubhaft dargelegt worden. Das Interesse der Beschwerdeführerin ist

---

demgegenüber auf der Stufe nicht rechtsgenügend substantzierter Befürchtungen anzusiedeln. Was die Beschwerdeführerin vorbringt, um ihr Kostenrisiko zu illustrieren, hat mit dem Einsatz der Set-Top-Box der Teleclub AG nichts zu tun. Soweit allfällige Kosten auf Mängel dieser Box zurückzuführen sind, hat sich die Teleclub AG im Übrigen verpflichtet, diese zu übernehmen.

Im Übrigen erscheinen die Zweifel der Vorinstanz am geltend gemachten enormen Kostenrisiko auch dadurch entkräftet, dass die Beschwerdeführerin der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Nachgang zur Aufschaltung der digitalen Teleclub-Programme im Deutschschweizer Kabelnetz bisher keine solchen Kosten zur Kenntnis gebracht hat.

Aus den genannten Gründen ist glaubhaft, dass die angefochtenen Massnahmen der Vorinstanz verhältnismässig sind.

5.7. Soweit die Beschwerdeführerin unter dem Titel "gesetzliche Grundlage" rügt, die Teleclub AG ziele letztlich auf die alleinige Nutzung von Teilen ihrer Infrastruktur ab, was einer zwangsweisen Entbündelung ihres Netzwerkes gleichkomme, sind ihre Vorbringen unbeachtlich.

Die angefochtenen vorsorglichen Massnahmen statuieren nicht eine Entbündelung von Teilnehmeranschlüssen, sondern die Verbreitung eines digitalen - statt wie bisher eines analogen - Rundfunksignals über die Kabelnetze der Beschwerdeführerin. Die Frage, ob ausserhalb des Kartellgesetzes für die verfügte Massnahme eine gesetzliche Grundlage besteht, stellt sich daher nicht.

5.8. Was schliesslich den letzten Vorwurf der Beschwerdeführerin angeht, die angefochtene Verfügung sei mangels inhaltlicher Bestimmtheit nicht vollstreckbar, ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass diese Verfügung insofern ausreichend klar ist, als sie festlegt, dass die Beschwerdeführerin die digitalen Pay-TV-Programme der Teleclub AG aufzuschalten hat und dies weder von der ausschliesslichen Verwendung ihrer SwissFun Set-Top-Box noch von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig machen darf.

Dass in der Verfügung nicht auch weitere Fragen wie die Preisgestaltung geregelt werden, ist nicht zu beanstanden. Dieser Problembereich könnte allenfalls im Rahmen des hängigen Untersuchungsverfahrens noch von Bedeutung werden, sofern die Parteien darin keine Einigung erzielen sollten. Im vorliegend zu beurteilenden Verfahren wäre eine Regelung der Preisgestaltung durch die Wettbewerbskommission jedenfalls unzulässig gewesen, nachdem sie dieser Frage nicht nachgegangen ist. Ferner kann die Regelung der technischen Fragen nicht Aufgabe einer Wettbewerbsbehörde sein. Grundsätzlich sind die von der Beschwerdeführerin angesprochenen technisch-preislichen Fragen der künftigen Zusammenarbeit (z.B. Einspeisepreise, Kosten

---

technischer Anpassungen im Zusammenhang mit der Aufschaltung) zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin vertraglich und mangels Einigung nötigenfalls auf dem Rechtsweg zu regeln.

6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass alle einschlägigen Voraussetzungen für den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen glaubhaft gemacht worden sind und keine weiteren Gründe Zweifel an der Rechtmässigkeit dieser Massnahmen aufkommen lassen.

Somit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zu betrachten. Sie hat daher die Verfahrenskosten, einschliesslich jener für die Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2002, zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 21. Oktober 2002 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin fällt ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG.).

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der unterliegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten der Vertretung zuzusprechen. Mangels einer detaillierten Kostennote wird die Entschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 2 Bst. a der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

**Demnach entscheidet  
die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde der Cablecom GmbH vom 7. Oktober 2002 wird abgewiesen.
  2. [Kosten]
  3. Der Teleclub AG wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF [...] zugesprochen.
  4. [Rechtsmittelbelehrung]
  5. [Eröffnung]
-

B 3	<b>3. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A.</b>
-----	--

*Décision incidente du 16 mai 2003 concernant Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. contre Edipresse S.A. et Commission de la concurrence en matière de concentration d'entreprises*

**Vu:**

- la requête du 21 mars 2003 des recourants tendant à obtenir, d'une part, l'accès au dossier de la concentration Edipresse-Corbaz et, d'autre part, la possibilité de répliquer aux réponses du 10 mars 2003 de l'intimée et de l'instance inférieure,
- l'ordonnance du 31 mars 2003 de la Commission de recours pour les questions de concurrence fixant un délai jusqu'au 28 avril 2003 à l'intimée ainsi qu'à l'instance inférieure pour déposer une prise de position sur la requête des recourants,
- la prise de position du 28 avril 2003 de l'intimée qui demande à ladite Commission de refuser aux recourants l'accès au dossier ainsi que la possibilité de répliquer,
- la prise de position du 28 avril 2003 de l'instance inférieure qui estime qu'il serait plus judicieux de traiter la question encore ouverte de la qualité pour recourir avant de garantir un éventuel accès au dossier, et qui, pour le reste, s'en remet à l'appréciation de ladite Commission,
- le courrier du 6 mai 2003 des recourants à la Commission,
- les autres actes de la procédure

**et attendu:**

que le juge chargé de l'instruction clarifie au besoin l'état de faits et recueille les preuves (art. 12 ss. et 29 ss. PA) et qu'il peut prendre à cet effet des décisions incidentes et, en particulier, ordonner un nouvel échange d'écritures ou des débats placés sous sa direction (art. 22 al. 1 et 20 al. 5, de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage, RS 173.31);

que les recourants soutiennent qu'ils sont en droit de prendre connaissance du dossier en cause, celui-ci ayant été formellement annexé à la réponse de l'instance inférieure;

qu'ils allèguent l'existence d'une inégalité flagrante entre les parties au motif que l'intimée et l'instance ont fondé leur argumentation sur des éléments figurant dans ledit dossier;

qu'ils ajoutent que tant la question de l'objet du recours que celle de leur qualité pour recourir sont intimement liées à des éléments qui ne

---

peuvent manifestement pas être établis sans difficultés majeures en l'absence d'un accès aux pièces du dossier;

qu'ils relèvent que dans la mesure où le dossier pourrait contenir des secrets d'affaires, leur protection pourrait être efficacement garantie par un caviardage;

que, pour sa part, l'intimée soutient que les recourants doivent être considérés comme des tiers au vu de l'article 43, alinéa 4, de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 251) et qu'ils n'ont dès lors aucun droit de consulter le dossier, et ce, même s'il ne contient pas d'informations confidentielles;

que, selon l'article 26, alinéa 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), la partie ou son mandataire a le droit de consulter au siège de l'autorité appelée à statuer ou à celui d'une autorité cantonale désignée par elle les mémoires des parties et les observations responsives d'autorités, tous les actes servant de moyens de preuve ainsi que la copie de décisions notifiées;

qu'au sens de l'article 6 PA, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision;

qu'aux termes de l'article 43, alinéa 4, LCart, seules les entreprises participantes ont qualité de parties dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises;

qu'en cette affaire, la Commission de recours pour les questions de concurrence a rendu une décision datée du 20 février 2003 retirant l'effet suspensif au recours du 30 janvier 2003 et rejetant la requête de mesures provisionnelles du 12 février 2003 des recourants;

qu'à cette occasion, ladite autorité a considéré que la question de la qualité pour agir était douteuse, tout comme celle de la qualification juridique de l'acte attaqué;

que l'accès au dossier doit ainsi être refusé tant que la question de la qualité pour agir n'est pas tranchée;

que l'autorité de recours se réserve toutefois la possibilité de revenir sur cette question si elle était amenée à fonder sa décision sur une pièce du dossier dont les recourants n'ont pas eu connaissance;

que les recourants sollicitent également de la Commission de recours pour les questions de concurrence l'ouverture d'un second échange d'écritures;

qu'ils soutiennent à ce propos que la défense de l'intimée est largement fondée sur des arguments nouveaux et que cette dernière fait

---

amplement référence aux résultats de l'instruction devant l'instance inférieure;

que l'intimée considère que le droit de répliquer devient sans objet dès lors que l'accès au dossier de concentration doit être refusé aux recourants;

que l'instance inférieure ne s'est pas prononcée sur ce point;

que selon l'article 57, alinéa 2, PA, l'autorité de recours peut, à n'importe quel stade de la procédure, inviter les parties à un échange ultérieur d'écritures ou procéder à un débat;

que cette disposition confère à l'autorité de recours un large pouvoir d'appréciation pour décider de l'ouverture d'un second échange d'écritures, contrairement à l'article 110, alinéa 4, de la loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire (OJ, RS 173.110) qui ne le prévoit qu'exceptionnellement;

que l'autorité de recours décide librement si un échange ultérieur d'écritures est utile (PIERRE MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol II, Berne 2002, 2<sup>ème</sup> éd., p. 678);

que l'autorité de recours peut procéder à un nouvel échange d'écritures lorsque la réponse au recours contient de nouvelles allégations de faits dont l'exactitude ne ressort pas sans autre du dossier et qu'elle les considère comme importantes pour la décision à prendre (GABRIEL BOINAY, La procédure administrative et constitutionnelle du canton du Jura, Porrentruy 1993, p. 271);

que ladite autorité peut y procéder également en présence de moyens de preuve ou de considérants nouveaux (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1983, p. 194);

qu'on ne peut guère nier que tant la réponse au recours de l'intimée que celle de l'instance inférieure contiennent des éléments de faits, tout comme des éléments de droit, dont les recourants n'avaient pas connaissance au moment de déposer leur recours;

qu'il se justifie dès lors d'ouvrir un second échange d'écritures;

que, pour autant qu'elle cause un préjudice irréparable, la présente décision incidente peut faire l'objet d'un recours de droit administratif à interjeter dans les dix jours (art. 106 OJ) auprès du Tribunal fédéral (art. 97 OJ en relation avec l'art. 45 PA);

**la Commission de recours  
pour les questions de concurrence:**

1. Refuse au sens des considérants d'accorder aux recourants l'accès au dossier de la concentration Edipresse-Corbaz.
  2. Ordonne un second échange d'écritures et invite les recourants à nous faire parvenir leur réplique jusqu'au 10 juin 2003.
-

3. [Voie de recours]
4. [Notification]

<b>B 4</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	<b>1. Cablecom GbmH</b>

*Verfügung vom 7. Mai 2003 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG, Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend vornehmliche Massnahmen (Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über Kabelnetz), Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003*

**Es wird in Erwägung gezogen:**

1.

1.1 Die Cablecom GmbH, Zürich, betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Diese bestehen aus einem Hauptnetz für die Grobverteilung von (analogen und digitalen) Fernsehsignalen an lokale Kabelnetze sowie aus zahlreichen lokalen Kabelnetzen, auf denen die Feinverteilung an die angeschlossenen Haushalte erfolgt. Seit Juni 2002 ist die Cablecom GmbH neu auch als Programmveranstalterin konzessioniert. Sie betreibt gesamtschweizerisch ein digitales Abonnementsfernsehen (Pay-TV), wobei sie ihre Digitalplattform SwissFun einsetzt. Es handelt sich dabei um eine so genannte Set-Top-Box, ein Gerät, das die Rückwandlung der digitalisierten Signale in analoge Signale und die Entschlüsselung der im Rahmen von Pay-TV verschlüsselt versendeten Signale erlaubt. Der Cablecom GmbH kommt, was die Übertragung von Fernsehsignalen via Kabel betrifft, eine starke Marktposition zu.

Die Teleclub AG, Zürich, bietet als deutschschweizerische Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an. Seit Jahren verbreitet sie Pay-TV-Programme in analoger Form über Kabel, wobei sie die Kabelnetze der Cablecom GmbH beansprucht, ferner auch über Satellit. Seit einiger Zeit will sie Programme in digitalisierter Form auch über Kabel an ihre Kunden verbreiten. Sie gelangte diesbezüglich an die Cablecom GmbH. Dabei kam es zum Streit insbesondere über die Frage, ob die Teleclub AG hierfür ihren Kunden die von ihr entwickelte Digitalplattform ADB Set-Top-Box zur Verfügung stellen könne. Die Cablecom GmbH stellte sich auf den Standpunkt, dass die Ausgestal-

tion ihres eigenen Netzes mitsamt den Infrastruktureinrichtungen, wozu auch die Digitalplattform gehöre, ihre Sache sei, weshalb sie darauf beharrte, dass bei Aufschaltung der Programme der Teleclub AG auf ihrem Netz allein ihre SwissFun Set-Top-Box verwendet werde.

1.2 Am 9. April 2002 gelangte die Teleclub AG an die Wettbewerbskommission mit dem Ersuchen, gegen die Cablecom GmbH eine Untersuchung zu eröffnen und vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Nach durchgeführter Vorabklärung eröffnete die Wettbewerbskommission am 23. September 2002 gegen die Cablecom GmbH gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) eine Untersuchung und traf gleichzeitig folgende Anordnungen:

"1. [...]

2. Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.

3. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der Swiss Fun Set-Top-Box abhängig zu machen.

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 2, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen [...]."

Gegen diese Verfügung erhob die Cablecom GmbH am 7. Oktober 2002 Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte sie um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Mit Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2002 wies der Vizepräsident der Rekurskommission das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Mit Beschwerdeentscheid vom 20. März 2003 wies die Rekurskommission die Beschwerde der Cablecom GmbH vom 7. Oktober 2002 ab.

1.3 Am 31. März 2003 hat die Cablecom GmbH gegen den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwal-

tungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt vollumfängliche Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002, allenfalls Aufhebung von Ziffer 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um eine vorsorgliche Massnahme des Inhalts, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vollzug von Ziffer 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 bis zum Entscheid der vorliegenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde einstweilen auszusetzen.

Die Vorinstanz stellt die hinsichtlich des Gesuchs um aufschiebende Wirkung vorzunehmende Regelung dem Ermessen des Bundesgerichts anheim. Die Wettbewerbskommission stellt das Begehren, auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht einzutreten, eventualiter es abzuweisen. Die Teleclub AG beantragt, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

2.

2.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine Verfügung, die nicht zu einer Geldleistung verpflichtet, hat nur aufschiebende Wirkung, wenn der Präsident der urteilenden Abteilung sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügt (Art. 111 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1). Der Abteilungspräsident nimmt beim Entscheid über eine derartige vorsorgliche Massnahme eine Interessenabwägung vor. Die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist die Ausnahme und wird dann erteilt, wenn triftige Gründe dafür sprechen, so wenn ein - öffentliches oder privates - Interesse an einem vorläufigen Vollstreckungsaufschub dem Interesse am uneingeschränkten Wirksamwerden der mit der angefochtenen Verfügung verbundenen Anordnungen vorgeht. Dabei trifft der Abteilungspräsident keine zeitraubenden tatsächlichen oder rechtlichen Abklärungen; er stellt auf die zur Verfügung stehenden Akten ab. Eine Rolle spielt namentlich der Gesichtspunkt einer gewissen Kontinuität im Verfahren. Prognosen über den Ausgang des Rechtsstreits sind nur zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig sind.

2.2 Vorliegend bildet Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen während der Dauer einer wettbewerbsrechtlichen Untersuchung. Wiewohl damit gestaltend in den Wettbewerb eingegriffen wird, liegt noch keine abschliessende Beurteilung der Rechtslage durch die zuständige Behörde vor. Ist ein derartiger Entscheid angefochten, welcher seinerseits bloss provisorischer Natur ist, muss beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels erst recht Zurückhaltung geübt werden. Die durch die vorsorgliche Massnahme geschaffene Lage soll ohne Not nicht verändert werden, erscheint doch bei einer solchen Konstellation die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in gewissem Sinne als Vor-

wegnahme des Entscheids über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde selber.

3.

Sowohl die Wettbewerbskommission wie auch die Teleclub AG weisen auf den Umstand hin, dass das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Verfahren vor der Vorinstanz durch einen Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2002 abgewiesen und gegen diesen verfahrensleitenden Entscheid nicht fristgerecht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben worden sei. Dies allein schliesst jedoch, entgegen der Ansicht der Wettbewerbskommission, nicht aus, dass der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung in Bezug auf Ziffer 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 erteilt werden könnte:

Mit dem Zwischenentscheid vom 29. Oktober 2002 ist einzig abschliessend beurteilt worden, ob der Vollzug der fraglichen Anordnung der Wettbewerbskommission während der Dauer des vorinstanzlichen Beschwerdeverfahrens gehemmt werden solle. Grundlage des Entscheids der Wettbewerbskommission über den Entzug der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise des Entscheids der Vorinstanz über die Ablehnung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bildete Artikel 55 (Abs. 1-3) VwVG. Mit dem Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission ist die Frage der aufschiebenden Wirkung gemäss Artikel 55 VwVG dahingefallen. Im Verfahren vor Bundesgericht ist - ausschliesslich - Artikel 111 Absatz 2 OG massgeblich, und es ist allein gestützt darauf über das Gesuch um aufschiebende Wirkung zu befinden. Richtig ist bloss, dass die Tatsache der Nichtwiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im vorinstanzlichen Verfahren bei der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden kann (Kontinuität im Verfahren).

4.

4.1 Der Ausgang des Beschwerdeverfahrens über die streitigen vorsorglichen Massnahmen erscheint hinsichtlich der Fragen der Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kartellgesetzes und der Zuständigkeit der kartellrechtlichen Behörden offen; zumindest lässt sich nicht sagen, das Gesuch um aufschiebende Wirkung müsse bereits wegen diesbezüglich klar überwiegender Erfolgsaussichten der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutgeheissen werden.

4.2 Bei - provisorischer und zurückhaltender (E. 2.2) - Prüfung der Ausführungen im angefochtenen Entscheid und in den Rechtsschriften sowie der Aktenlage lässt sich Folgendes festhalten:

Streitig sind die Wettbewerbsverhältnisse am Pay-TV-Markt im Bereich der digitalen Kabelübertragung. Die Vermutung der Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerin sich auf diesem begrenzten, in massivem Aufbau begriffenen Markt einen erheblichen Vorsprung verschaffen

---

könnte, was den Einsatz der Digitalplattform betrifft, wenn sie die Verwendung ihrer Set-Top-Box gegenüber der Beschwerdegegnerin durchsetzen dürfte, und dass Konkurrenten es schwer haben würden, nach Abschluss der Untersuchung der Wettbewerbskommission ihren Rückstand in diesem Bereich aufzuholen, sollte die Wettbewerbskommission in ihrem endgültigen Entscheid zu Ungunsten der Beschwerdeführerin entscheiden, erscheint plausibel. Weiter ist zu berücksichtigen, dass keine Anzeichen dafür bestehen, dass die Beschwerdegegnerin ihren Kunden die Verwendung ihrer Set-Top-Box aufzwingt; sie wäre dazu auch faktisch weniger in der Lage als die Beschwerdeführerin. Jedenfalls scheint eine nachhaltige Beeinflussung beziehungsweise Verfälschung des Wettbewerbs bei Vollzug der angefochtenen Massnahme eher weniger wahrscheinlich als im gegenteiligen Fall. Von Bedeutung ist sodann, dass die Beschwerdeführerin seit dem 23. September 2002 (bzw. seit dem 29. Oktober 2002) gehalten ist, der Beschwerdegegnerin den Zugang zu ihrem Kabelnetz zu gewähren, ohne dass sie berechtigt wäre, dieser ihre Digitalplattform aufzuzwingen. Es liegen - bisher - keine handfesten Hinweise dafür vor, dass dadurch, etwa bei parallelem Betrieb von zwei Set-Top-Boxen, unüberwindliche technische Schwierigkeiten entstanden sind. In diesem Zusammenhang ist zudem auf den Gesichtspunkt der Kontinuität im Verfahren hinzuweisen. Insgesamt erscheint jedenfalls eine Umkehrung der Verhältnisse bis zum in zeitlicher Hinsicht doch abzusehenden Entscheid des Bundesgerichts nicht geboten.

**Demnach wird gemäss Artikel 111 OG verfügt:**

1.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird abgewiesen.

2.

Diese Verfügung wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

---

**C Zivilrechtliche Praxis**  
**Pratique des tribunaux civils**  
**Prassi dei tribunali civili**

**C 1 Kantonale Gerichte**  
Tribunaux cantonaux  
Tribunali cantonali

C 1	<b>1. Handelsgericht des Kantons Aargau: Allgemeines Bestattungsinstitut</b>
-----	--

*Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 13. Februar 2003 in der Streitsache des Allgemeinen Bestattungsinstituts gegen den Kanton Aargau*

**Den Akten wird entnommen:**

**A.**

1. Der Kläger betreibt seit Beginn des Jahres 2000 an der Buchserstrasse 34 in Aarau ein Bestattungsinstitut.
2. Das Kantonsspital Aarau ist eine unselbstständige, öffentlich-rechtliche Anstalt des kantonalen Rechts (§ 4 Dekret über die Kantonsspitäler vom 25. März 1997; SAR 331.310). Es ist das Zentralspital für den Kanton Aargau, Schwerpunktspital für den westlichen Kantonsteil und Grundversorgungsspital für die Spitalregion Aarau (§ 2 Abs. 1 Dekret über die Kantonsspitäler). Die Spitalregion Aarau, für welche das Kantonsspital Aarau (beitragsrechtlich) die Funktion eines Regionalspitals erfüllt, umfasst 44 Gemeinden in den Bezirken Aarau (alle Gemeinden), Kulm (mehrere Gemeinden), Lenzburg (Mehrzahl der Gemeinden) und Zofingen (einzelne Gemeinden) (§ 16 Abs. 3 Spitalgesetz vom 19. Oktober 1971 i.V.m. § 1 Abs. 1 Bst. a und § 2 VO über die Klassierung der Spitäler und Krankenhäuser sowie die Zugehörigkeit der Gemeinden zu den Spitalregionen vom 23. Oktober 1971; SAR 331.100 und 335.111).
3. Bei einem Todesfall kommt dem Kantonsspital Aarau unter anderem die Aufgabe zu, für die Betreuung der Angehörigen eines verstorbenen Patienten zu sorgen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Tätigkeiten, die vom Kantonsspital Aarau in Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben erfüllt werden und denjenigen, die in den Aufgabenbereich privater Bestattungsinstitute fallen.
  - a) Im Rahmen der dem Kantonsspital Aarau zugewiesenen öffentlichen Aufgaben hat es die in der Klinik verstorbenen Personen in schicklicher Weise von den Pflegestationen in die Aufbahrungsräume zu überführen und dort die Weisungen ihrer Angehörigen abzuwarten. Diesen muss die Möglichkeit gewährt werden, in Würde von den

Verstorbenen einen ersten Abschied zu nehmen; dazu muss die Leiche zurechtgemacht werden. Diese Dienste müssen zu jeder Tages- und Nachtzeit verfügbar sein. Hinzu kommt die Koordination der Tätigkeit der verschiedenen Bestattungsunternehmen in den spitaleigenen Todesfallräumen sowie die den Angehörigen zu leistende Hilfe bei den ersten Todesfallformalitäten.

b) Für die anschliessende weitere Betreuung der Verstorbenen ist nicht mehr das Kantonsspital Aarau zuständig, sondern ein von den Angehörigen beauftragtes privates Bestattungsunternehmen. Diesem kommen insbesondere folgende Aufgaben zu:

- die Überführung der Verstorbenen
- das Bereitstellen der Särge
- das Einkleiden der verstorbenen Person inklusive Vorbereiten und Einsargen
- die Aufbahrung in der Kirche, Aufbahrungshalle und/oder im Trauerhaus
- das Bereitstellen von Sargbouquets, Blumenschmuck und Kränzen sowie von Urnen für Nischen und Gräber und von Grabschmuck
- das Herstellen von Leidzirkularen, Danksagungen und Todesanzeigen
- weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit einem Todesfall

4. a) Mit Vertrag vom 2. Juni 1986 hat der Beklagte die erwähnten, dem Kantonsspital Aarau bei einem Todesfall obliegenden öffentlichen Aufgaben dem privaten Bestattungsinstitut Caminada AG mit Sitz in Aarau übertragen. Die Vereinbarung vom 2. Juni 1986 lautete:

"1. Das Kantonsspital Aarau überträgt die Sarglieferung und das Einsargen von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen dem offiziellen Bestattungsinstitut Caminada AG, Inhaber E. Greutmann, Aarau.

2. Das Bestattungsinstitut verpflichtet sich, die Sarglieferungen und die Einsargarbeiten nach den Bestimmungen dieser Vereinbarung, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, auszuführen.

3. Das Bestattungsinstitut verpflichtet sich:

- die Feuerbestattungssärge bei der Kantonalen Strafanstalt Lenzburg zu beziehen,
- die Sarglieferung durch auswärtige offizielle Bestattungsinstitute für deren Vertragsgemeinde zu gestatten,

- die Überführung der im Kantonsspital Aarau Verstorbenen dem für die Wohngemeinde zuständigen offiziellen Bestattungsunternehmen zu überlassen,
  - die Einsargung mit der nötigen Achtung, ohne Beanspruchung von Spitalpersonal und unter Ausschluss von Drittpersonen (Ausnahme: Personal anderer offizieller Bestattungsinstitute in Begleitung eines Mitarbeiters des Bestattungsinstituts Caminada AG) vorzunehmen,
  - die Schweigepflicht im Sinne von Artikel 320 f. des Schweizerischen Strafgesetzbuches einzuhalten,
  - in den Einsargungsräumen für Ordnung und Sauberkeit besorgt zu sein, mit der Trauerfamilie und der Wohnortsgemeinde des Verstorbenen die Bestattungsformalitäten zu regeln. Die Anzeige des Todes an das Zivilstandsamt Aarau gemäss Artikel 76 der Verordnung über das Zivilstandswesen ist Sache des Kantonsspitals Aarau,
  - den Angehörigen, auf deren Wunsch hin, die Besichtigung im Aufbahrungsraum zu ermöglichen.
4. Das Kantonsspital Aarau verpflichtet sich:
- die Anzeige des Todes an das Zivilstandsamt Aarau zu erstatten,
  - dem Bestattungsinstitut den Todesfall durch die Patientenadministration telefonisch zu avisieren,
  - dem Bestattungsinstitut, nebst dem Bestattungsamt Zofingen, einen Zugangsschlüssel zu den Einsargungsräumen abzugeben,
  - die Angehörigen der Verstorbenen an das Bestattungsinstitut zu verweisen.
5. Das Bestattungsinstitut vergütet dem Kantonsspital Aarau für die Mitbenützung des Einsargraumes und des Aufbahrungsraumes einen Mietpreis. Dieser beträgt CHF [...] pro Jahr. Er ist vierteljährlich im Voraus zu entrichten.
- Die Nebenkosten für Heizung, allgemeine Beleuchtung, Wasser und Grundreinigung sind pauschal mit CHF [...] pro Jahr zu vergüten.
6. Der konkrete Arbeitsablauf zwischen dem Pathologischen Institut und dem Bestattungsinstitut wird in einer separaten Vereinbarung geregelt.
7. Diese Vereinbarung tritt auf den 1. April 1986 in Kraft und läuft bis zum 31. Dezember 1989. Falls diese nicht sechs
-

Monate vor Ablauf gekündigt wird, verlängert diese sich um ein weiteres Jahr.

[...]."

b) Aufgrund dieser Vereinbarung erliess das Kantonsspital Aarau die Betriebsnorm "Pflegerische Massnahmen Todesfall" des Kantonsspitals Aarau, die unter anderem folgenden Passus enthielt:

"4.2. Formalitäten/Beerdigungsinstitut

Zur Erledigung der Formalitäten sollen die Angehörigen zuerst telefonisch mit dem Beerdigungsinstitut Caminada in Aarau Kontakt aufnehmen.

Für die Angehörigen ist das Institut Caminada AG rund um die Uhr und auch an Wochenenden unter der Tel.-Nr. 062/824 25 84 erreichbar.

Die Visitenkarte (keine Kopie) des Institutes Caminada und der Situationsplan KSA wird von der Station an die Angehörigen abgegeben (Visitenkarten können über das [...] bezogen werden).

Adresse:	Offizielles Bestattungsinstitut Caminada AG Florastrasse 10 5000 Aarau Tel. 062/824 25 84
----------	--

Der Termin für die Aufbahrung wird durch das Institut Caminada mit den Angehörigen vereinbart.

Alle im KSA verstorbenen PatientInnen kommen in das Pathologische Institut Haus 19.

Verstorbene PatientInnen werden nie ins Institut Caminada AG überführt.

Die Todesbescheinigung kommt per Kurier an das Zivilstandsamt der Stadt Aarau, sie wird nicht den Angehörigen ausgehändigt (Kopien nicht erlaubt)."

c) Demgemäss waren die Angehörigen eines verstorbenen Patienten zwar grundsätzlich frei, ein beliebiges Bestattungsinstitut zu beauftragen. Wollten sie aber vom Verstorbenen Abschied nehmen oder erkundigten sie sich beim Spitalpersonal nach einem Bestattungsinstitut, wurden sie an die Caminada AG verwiesen, indem ihnen dieses Bestattungsunternehmen entweder namentlich genannt oder seine Visitenkarte abgegeben wurde. Wurde von den Angehörigen eines Verstorbenen ein anderes Bestattungsinstitut beauftragt, musste sich dieses an die Caminada AG wenden, um Zugang zu den Aufbahrungsräumen

---

zu erhalten. Nur die Caminada AG verfügte über einen entsprechenden Schlüssel.

5. a) Mit Schreiben vom 10. November 1999 wandte sich der Kläger an das Kantonsspital Aarau, gab die Eröffnung seines Bestattungsinstituts bekannt und ersuchte um eine enge Zusammenarbeit mit dem Kantonsspital Aarau. Die Verwaltungsdirektion des Kantonsspitals Aarau teilte dem Kläger daraufhin mit, es habe mit der Bestattungsfirma Caminada AG am 2. Juni 1986 einen Exklusivvertrag abgeschlossen. Damit seien die Räume für die Einsargung und Aufbahrung Verstorbener der Caminada AG vermietet worden. Anderen Bestattungsinstituten sei der Zugang zu den betreffenden Räumen nur im Einvernehmen mit der Caminada AG möglich.

b) Der Kläger machte in der Folge den Vorschlag, Angehörige von Verstorbenen ausser auf die Caminada AG auch auf sein Bestattungsinstitut hinzuweisen. Dies sollte in Form eines Merkblattes "Todesfall - Was tun?" geschehen, welches an die Angehörigen abgegeben werden sollte und aus dem die Adressen sowohl der Caminada AG als auch des Klägers ersichtlich sein sollten. Das Kantonsspital Aarau lehnte diesen Vorschlag ab.

## **B.**

1. a) Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. November 2000 stellte der Kläger unter anderem folgendes Rechtsbegehren:

"1. Dem Gesuchsgegner sei zu verbieten, den Gesuchsteller weiterhin bezüglich Mitteilungen/Informationen der Angehörigen der Verstorbenen durch die 41 Pflegestationen durch nicht neutrales Verhalten zu behindern, dies durch sofortige Beseitigung der bestehenden Diskriminierung mit der Auflage der Durchsetzung eines strikt neutralen Verhaltens ohne jegliche Empfehlung seitens des Personals des Gesuchsgegners, welches Bestattungsunternehmen zu wählen sei."

b) Mit vorsorglicher Verfügung vom 13. März 2001 erliess der Instruktionsrichter unter anderem folgende Anordnung:

"1. Dem Gesuchsgegner wird mit sofortiger Wirkung verboten, Angehörige von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Patienten nur an das Bestattungsinstitut Caminada AG, Aarau, zu verweisen, ohne diese in gleicher Weise insbesondere auch auf das Bestattungsinstitut des Gesuchstellers aufmerksam zu machen.

[...]."

---

c) Mit Urteil vom 25. Juni 2001 wies das Bundesgericht die vom Beklagten dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

2. Nach Zustellung der vorsorglichen Verfügung vom 13. März 2001 erliess die Spitalleitung des Kantonsspitals Aarau eine Weisung "Neues Vorgehen im Todesfall" mit einem den Angehörigen abzugebenden Merkblatt. Damit wurde den Angehörigen mitgeteilt, sie hätten selbst ein Bestattungsinstitut zu suchen (insbesondere mit Hilfe des Telefonbuchs) und dieses der zuständigen Pflegestation umgehend mitzuteilen. Der Name der Caminada AG wurde nicht mehr genannt, und zwar weder als Bestattungsunternehmen noch als erste Anlaufstelle für das Abschiednehmen des Verstorbenen. Die von den Angehörigen beauftragten Bestattungsunternehmen mussten sich aber weiterhin an die Caminada AG wenden, um Zugang zum Verstorbenen zu erhalten.

Diese Regelung erwies sich als unzweckmässig. Das Kantonsspital Aarau verwies daher in der Folge die Angehörigen an das Zivilstandsamt der Wohngemeinde des Verstorbenen. Namen und Adressen von Bestattungsinstituten wurden nicht mehr genannt.

### C.

1. Mit Klage vom 6. April 2001 stellte der Kläger folgende Rechtsbegehren:

"1. Der Beklagte sei zu einem strikten wettbewerbsneutralen Verhalten im Bestattungswesen für die Todesfälle im Kantonsspital Aarau zu verpflichten, insbesondere sei

a) dem Beklagten zu verbieten, Angehörige von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Patienten nur an das Bestattungsinstitut Caminada AG, Aarau, zu verweisen, ohne in gleicher Weise auch auf das Bestattungsinstitut des Klägers und allfällige andere Konkurrenzunternehmen aufmerksam zu machen.

b) der Vertrag zwischen dem Beklagten und der Firma Caminada AG vom 2. Juni 1986 insoweit als nichtig zu erklären, als damit eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung verbunden ist.

2. a) Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen finanziellen Ausgleich unter allen Titeln von CHF [...] für das Jahr vom 6. April 2000 bis zur Klageeinreichung zu bezahlen zuzüglich Zins ab Klageeinreichung. Für den Ausgleichsbetrag ist das richterliche Ermessen ausdrücklich vorbehalten.

b) Zusätzlich sei der Beklagte zu verpflichten, dem Kläger den allenfalls durch die kartellwidrigen Bestimmungen verursachten weiteren Schaden und/oder unrechtmässig erziel-

ten Gewinn ab dem 6. April 2001 herauszugeben im noch festzusetzenden Betrag.

3. Der Beklagte sei zu verpflichten, die Kosten des Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen vollumfänglich zu tragen und dem Kläger die Parteikosten im richterlich festzulegende Umfange zu ersetzen.

4. In prozessualer Hinsicht seien Geschäftsbücher des Klägers dem Beklagten nur mit dem ausdrücklichen Verbot, diese Konkurrenten des Klägers zugänglich zu machen, auszuhändigen.

5. Die Sicherheitsleistungen gemäss Ziffer 4 der Verfügung des Instruktionsrichters des Handelsgerichts von CHF [...] seien inklusive Zins freizugeben.

6. Unter Kosten und Entschädigungsfolge."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Verhalten des Beklagten stelle eine kartellrechtswidrige Behinderung auf dem Gebiet des Bestattungswesens dar. Das Kantonsspital Aarau habe dem Personal seiner 41 Pflegestationen die strikte Weisung erteilt, alle Angehörigen von im Spital Verstorbenen direkt oder indirekt exklusiv an das Bestattungsinstitut Caminada AG zu verweisen. Selbst solche Personen, die eine Betreuung durch den Kläger wünschten, würden zwingend an die Adresse der Caminada AG verwiesen. Der Kläger habe deshalb vom Kantonsspital Aarau die Gleichbehandlung bezüglich der Orientierung der Angehörigen von Verstorbenen verlangt, so dass diese auswählen könnten, mit welchem Bestattungsinstitut sie zusammenarbeiten wollten. Es gehe darum, das Kantonsspital Aarau zu einem neutralen Verhalten zu veranlassen, damit die freie Wahl des Bestattungsdienstes gewährleistet sei. Die Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Firma Caminada AG, wonach alle Todesfälle zwecks Erbringung der notwendigen Dienstleistungen im Bestattungswesen ausschliesslich der Caminada AG übertragen würden, stelle eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG dar. Gleichzeitig verhalte sich das Kantonsspital Aarau als marktmächtiges Unternehmen gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG in unzulässiger Weise, insbesondere durch:

- die Übertragung der Sarglieferungen und des Einsargens aller im Kantonsspital Aarau Verstorbenen an ein privates Bestattungsunternehmen gemäss Ziffer 1 der Vereinbarung;
  - das Vorschreiben eines einzigen Lieferanten für Särge gemäss Ziffer 3.1 der Vereinbarung;
  - die Zuweisung der Einsargung an einen Unternehmer gemäss Ziffer 3.4. der Vereinbarung;
-

- die Übertragung der Bestattungsformalitäten an einen Unternehmer gemäss Ziffer 3.7 der Vereinbarung;
- die Zuweisung der Überführung von Verstorbenen nach Hause oder ins Ausland an einen Unternehmer gemäss Ziffer 5.2 (recte: Ziffer. 4.2) der Betriebsnorm "Todesfall."

2. Mit Klageantwort vom 22. Juni 2001 stellte der Beklagte folgende Anträge:

"1. Die Klage sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Eventuell sei der Beklagte zu verpflichten, die Angehörigen von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen anlässlich der Bekanntgabe der vertraglichen, externen Todesfall-Anlaufstelle (Caminada AG) ausdrücklich darauf hinzuweisen, sie seien in der Wahl des Bestattungsunternehmens frei. Im Übrigen sei die Klage abzuweisen.

Unter Kosten und Entschädigungsfolgen."

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Spitalleitung ausschliesslich zur Sicherstellung der reibungslosen Durchführung des spitalinternen Todesfallwesens mit der Caminada AG zusammengearbeitet habe. Dies sei deshalb erforderlich gewesen, weil das chronisch überlastete Personal der Pflegestationen nicht in der Lage gewesen sei, die betreffenden Aufgaben rund um die Uhr wahrzunehmen. Bis 1986 seien verschiedene Möglichkeiten geprüft worden, wie den Angehörigen von Verstorbenen ein möglichst guter Service geboten werden könne. Zu diesem Zweck und um die Kosten für das Kantonsspital Aarau gering zu halten, habe man sich entschlossen, die betreffenden Aufgaben an die Caminada AG zu übertragen. Diese Zusammenarbeit habe die erhoffte Qualitätssteigerung der erbrachten Dienstleistungen zum Nutzen aller Beteiligten bewirkt. Mit der Vereinbarung vom 2. Juni 1986 sei ausschliesslich das spitalinterne Todesfallwesen geregelt worden. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb das Kartellrecht ein wirtschaftlich vernünftiges Outsourcing verbieten sollte. Die Gleichbehandlung des Klägers mit der Caminada AG sei auch deswegen nicht möglich, weil diesfalls alle weiteren im Kanton ansässigen Bestattungsinstitute mit den gleichen Begehren beim Kantonsspital Aarau vorsprechen könnten; deren Erfüllung sei indessen aus praktischen Gründen unmöglich. Der Beklagte bestreite auch den Kausalzusammenhang zwischen dem behaupteten Verhalten und dem Schaden beziehungsweise dem Gewinn des Beklagten. Grund für die geringen Umsätze des Klägers sei nicht das Verhalten des Beklagten, sondern die beim Einstieg in einen Markt, der seit langer Zeit von einem Unternehmen ohne Konkurrenz dominiert worden sei, stets zu überwindenden Schwierigkeiten.

---

3. Mit Replik vom 24. August 2001 hielt der Kläger mit Ausnahme von Ziffer 2.b an seinen Klagebegehren fest. Auf die ergänzenden Sachvorbringen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

4. Mit Duplik vom 11. September 2001 hielt der Beklagte an seinem Haupt- und Eventualantrag fest. Gleichzeitig verurkundete er einen neuen Vertrag zwischen ihm und der Caminada AG vom 29. August 2001, welcher denjenigen vom 2. Juni 1986 ersetzte. Diese neue Vereinbarung deckt sich inhaltlich grundsätzlich mit der alten Vereinbarung. In einigen Punkten enthält sie aber Präzisierungen. So unterscheidet die neue Vereinbarung ausdrücklich zwischen dem öffentlich-rechtlichen, spitalinternen Todesfall- und dem privatrechtlichen Bestattungswesen. Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien beschränken sich auf die Regelung des spitalinternen Todesfallwesens. Die Vereinbarung vom 29. August 2001 enthält namentlich folgende Bestimmungen:

"7. Im Bereich des spitalinternen Todesfallwesens ergeben sich die einzelnen Abläufe chronologisch wie folgt:

- Hinschied des Patienten
- Sofortige Benachrichtigung der Angehörigen (telefonisch, soweit sie nicht anwesend sind) unter Bekanntgabe des Beauftragten (der Caminada AG) an diese zur allfälligen Vereinbarung der Besichtigung des Verstorbenen - Überführung der Leiche in den spitaleigenen Einsargungsraum - Benachrichtigung des Beauftragten über den Todesfall (zwecks rechtzeitiger Disposition für eine allfällige Aufbahrung).

10. Das Kantonsspital ist besorgt für die sofortige Benachrichtigung der Angehörigen, für die Meldung des Todesfalls an das Zivilstandsamt Aarau und für die Überführung der Leiche in den spitaleigenen Einsargungsraum. Es weist seine (zurzeit 41) Pflegestationen an, den Angehörigen zwecks Vereinbarung einer allfälligen Besichtigung und Hilfestellung bei den ersten Todesformalitäten Adresse und Telefonnummer der Beauftragten (der Caminada AG) bekanntzugeben. Um dem Beauftragten die rechtzeitige Disposition im Hinblick auf eine allenfalls gewünschte Aufbahrung zu ermöglichen, teilt das Spital der Beauftragten jeden Todesfall sofort mit.

11. [...]

12. [...]

13. [...]

14. [...]

15. Für die Sondernutzung der spitaleigenen, im Verwaltungsvermögen des Auftraggebers stehenden Todesfallräume haben die darin tätigen Bestattungsunternehmen dem Auftraggeber Sondernutzungsgebühren zu entrichten.

16. Zwecks administrativer Vereinfachung verpflichtet sich der Beauftragte, dem Auftraggeber eine jährliche Sondernutzungsgebühr von CHF [...] zu leisten, zahlbar mit CHF [...] quartalsweise im Voraus; der Beauftragte ist berechtigt, diese Gebühr in Form von Entschädigungen anteilig pro Todesfall (unter Berücksichtigung der eigenen Bestattungsaufträge) den anderen in den spitaleigenen Todesfallräumen tätigen Unternehmen zu verrechnen."

5. Anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 11. Dezember 2001 wurden Frank Greutmann als Zeuge und der Kläger sowie der stellvertretende Verwaltungsdirektor des Kantonsspitals Aarau als Partei befragt.

6. Mit Verfügung vom 10. Januar 2002 ordnete der Instruktionsrichter in Anwendung von Artikel 15 Absatz 1 KG die Einholung eines Gutachtens der Wettbewerbskommission an.

Die Wettbewerbskommission hat ihr Gutachten am 7. Oktober 2002 erstattet. Die Parteien haben dazu mit Eingaben vom 30. Oktober 2002 (Kläger) und 25. November 2002 (Beklagter) Stellung genommen.

7. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2002 wurde die Streitsache an das Handelsgericht überwiesen. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Februar 2003 erstatteten die Rechtsvertreter der Parteien ihre Vorträge.

Das Handelsgericht zieht in

### **Erwägung:**

1. Das Kantonsspital Aarau ist als unselbstständige, öffentlich-rechtliche Anstalt nur parteifähig, soweit ihm das massgebende öffentliche Recht Parteifähigkeit verleiht. Die Bestimmung von Paragraph 7 Absatz 1 des Dekrets über die Kantonsspitäler, wonach das Departement "Verwaltung" des Kantonsspitals berechtigt ist, dieses "im Rahmen seiner Befugnisse rechtlich und finanziell zu vertreten und zu verpflichten", regelt ausschliesslich die Frage der Vertretungsbefugnis und äussert sich nicht zur Parteifähigkeit des Kantonsspitals als unselbstständige Anstalt. Einschlägige öffentlich-rechtliche Bestimmungen zu dieser Frage existieren nicht. Damit steht fest, dass das Kantonsspital Aarau als unselbstständige, nicht rechtsfähige, öffentlich-rechtliche Anstalt auch nicht parteifähig ist und deshalb richtigerweise der Kanton Aargau als Beklagter ins Recht gefasst worden ist.

2. Das Handelsgericht des Kantons Aargau hat in Anwendung von Artikel 15 Absatz 1 KG die Streitsache der Wettbewerbskommission

---

zur Begutachtung vorgelegt, da die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht und der vorliegende Fall wettbewerbsrechtliche Probleme aufwirft, deren Lösung nicht ohne weiteres auf der Hand liegt (vgl. Richtlinien der Wettbewerbskommission zur Vorlagepflicht gemäss Art. 15 Abs. 1 KG, RPW 1997, S. 593 ff.). Die Wettbewerbskommission hat mit Gutachten vom 7. Oktober 2002 zu den ihr vorgelegten Fragen Stellung genommen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass das Handelsgericht nicht an die gutachterliche Stellungnahme der Wettbewerbskommission gebunden ist, sondern eine selbstständige rechtliche Würdigung vorzunehmen hat (vgl. JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 15 KG N 11; JEAN-MARC REYMOND, in: TERCIER/BOVET (Ed.), Droit de la concurrence, Genève e.a. 2002, Art. 15 LCart N 98 ff., m. w. Nachw.).

3. Da es sich beim Kantonsspital Aarau um eine unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt handelt (§ 4 Dekret über die Kantonsspitäler vom 23. März 1997; SAR 331.110), ist zuerst die grundsätzliche Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den vorliegenden Sachverhalt zu prüfen.

a) Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG). Streitig ist, ob sich der Beklagte auf den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG berufen kann. Nach dieser Bestimmung ist das Kartellgesetz nicht anwendbar, wenn eine Unternehmung durch einen gesetzlichen Vorbehalt zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet worden ist. Der Vorbehalt von Artikel 3 KG soll nach der Intention des Gesetzgebers nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Staat aufgrund eines Marktversagens in den freien Wettbewerb eingegriffen hat. Das Kartellgesetz will in die entsprechende gesetzgeberische Interventionstätigkeit nicht eingreifen, sondern dem spezielleren Recht die Festlegung der nicht wettbewerbsfähigen Bereiche überlassen. Liegt dagegen keine wettbewerbsliche Sonderstellung vor, ist das Kartellgesetz anwendbar (ROLF H. WEBER, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5, S. 45 f.). Ausserdem ist ein Ausschluss der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nur dann anzunehmen, wenn er aus den vorbehaltenen Bestimmungen unmissverständlich hervorgeht (Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 17. September 2002, RPW 2002/4).

b) Dem Kantonsspital Aarau werden in Paragraph 41 der Kantonsverfassung sowie in Paragraph 56 des Gesundheitsgesetzes bestimmte öffentliche Aufgaben im Gesundheitswesen zugeteilt, allerdings nur in grundsätzlicher Weise. Die Wettbewerbskommission unterscheidet in ihrem Gutachten zwischen den von der Caminada AG zu Gunsten des Kantonsspitals Aarau erbrachten Bestattungsleistungen und den Be-

stattungsleistungen zu Gunsten der Hinterbliebenen. Während es unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich unbedenklich ist, dass die Koordinierung der Todesfälle und die Regelung der ersten Todesfallformalitäten durch das Kantonsspital Aarau selbst ausgeführt werden, trifft dies nicht auf die Delegation dieser Aufgaben an einen privaten Dritten zu. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass dem Kantonsspital Aarau aufgrund eines Marktversagens eine entsprechende Berechtigung eingeräumt worden ist. Vielmehr fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, welche das Kantonsspital Aarau zu einem derartigen Verhalten ermächtigen würde. Es liegt bezüglich dieser Delegation keine Ausstattung "mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgabe" im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG vor. Insoweit ist dem Gutachten der Wettbewerbskommission zu folgen.

Dies bedeutet nicht, dass eine Delegation der betreffenden Aufgaben in jedem Falle unzulässig wäre; findet sie aber statt, unterliegt sie den Restriktionen der Kartellgesetzgebung. Das gleiche ergibt sich auch aus dem Umstand, dass Artikel 3 KG eine Ausnahmenvorschrift darstellt (vgl. Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 539; BORER, a.a.O., Art. 3 KG N 5; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 3 KG N 14, m. Nachw.), so dass ein allfälliger Vorbehalt ohnehin auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, welche Grundlage der Ausstattung mit besonderen Rechten gewesen ist, beschränkt bleiben müsste. Damit verbundene weiter gehende Wettbewerbsvorteile müssten ebenfalls den Anforderungen des Kartellgesetzes genügen (vgl. WEBER, a.a.O., S. 47). Gerade im vorliegenden Fall würde eine entsprechende öffentlich-rechtliche Erlaubnis zur Übertragung der betreffenden Aufgaben auf die Caminada AG daher das Handelsgericht nicht davon entbinden, die daraus resultierenden, wettbewerblichen Auswirkungen auf ihre Konformität mit dem Kartellrecht zu überprüfen. Auch das Bundesgericht ist im Entscheid vom 25. Juni 2001 über die staatsrechtliche Beschwerde gegen die vorsorgliche Massnahme vom 13. März 2001 davon ausgegangen und hat die Auffassung des Instruktionsrichters geschützt, wonach die Erbringung von (spitalexternen) Bestattungsdienstleistungen (Einsargen, Verkauf von Särgen, Trauerdrucksachen und Pietätsartikeln, Leichentransporte) keine öffentliche Aufgabe darstelle, weshalb das Kantonsspital Aarau diesbezüglich dem Kartellgesetz unterstehe.

c) Das geltende Kartellgesetz ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. Es ist für die Beurteilung der Vereinbarung vom 2. Juli 1986 zwischen dem Kantonsspital Aarau und der Caminada AG anwendbar, da der Kläger seine Geschäftstätigkeit im Jahr 2000 aufgenommen hat und

---

die wirtschaftlichen Auswirkungen der Vereinbarung vom 2. Juli 1986 ab diesem Zeitpunkt eingetreten sind.

d) Das Kartellgesetz ist somit auf den zu beurteilenden Sachverhalt uneingeschränkt anwendbar.

4. a) Das im vorliegenden Fall relevante Wettbewerbsverhalten stellt eine so genannte Vertragsobstruktion dar, die darin besteht, dass die Abschlussmöglichkeiten des behinderten Unternehmens untergraben werden, indem dessen potenzielle oder gegenwärtige Vertragspartner vom behindernden Unternehmen - mit vertraglichen oder anderen Mitteln - dazu gebracht werden, vom Abschluss neuer Verträge abzusehen (Abschlussobstruktion) oder laufende Verträge zu beenden (Fortführungsobstruktion; vgl. dazu HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Freiburg 1999, N 381).

b) Der Kläger stützt seine Ansprüche auf Artikel 12 ff. KG. Das in Artikel 12 KG als Tatbestandselement mitenthaltene Behinderungsverhalten besteht in der Verringerung fremder Wettbewerbsmöglichkeiten. Damit das darauf gerichtete, an und für sich statthafte und normale Verhalten eines Unternehmens widerrechtlich ist, muss es auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede (Art. 5 f. KG) oder dem Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung beruhen (Art. 7 KG). Die Artikel 12-17 KG enthalten keine materiellzivilrechtlichen Bestimmungen, sondern haben lediglich eine dienende Funktion, um den materiellen Bestimmungen der Artikel 5-8 KG auf dem Wege des Zivilprozesses zum Durchbruch zu verhelfen (REGULA WALTER, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG N 10).

5. a) Fraglich ist, ob es sich bei den beiden vom Beklagten mit der Caminada AG abgeschlossenen Vereinbarungen vom 2. Juni 1986 und 29. August 2001, mit denen sich das Kantonsspital Aarau verpflichtete, die Angehörigen der im Kantonsspital Aarau Verstorbenen ausschliesslich an die Caminada AG zu verweisen, um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 KG handelt. Kann dies bejaht werden, muss geprüft werden, ob eine unzulässige Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt und ob sich der Beklagte im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG auf Rechtfertigungsgründe berufen kann.

b) Artikel 5 KG ist anwendbar auf Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen oder beseitigen. Die Wettbewerbskommission hat in ihrem Gutachten festgestellt, dass die Vereinbarungen des Beklagten mit der Caminada AG erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb im Bereich des Bestattungsgewerbes zeitigen. Insbesondere wird und wurde durch diese Vereinbarungen ein massgeblicher Anteil der Nachfrage nach Bestattungsdienstleistungen dem freien Markt entzogen und zu einem wesentlichen Teil der Caminada AG zugeteilt, wobei allfällige Konkurrenten benachteiligt werden und gleichzeitig eine Marktzu-

gangsschranke aufgebaut wird. Ob diese Wirkungen von den Vertragsparteien beabsichtigt worden sind oder nicht, ist unerheblich; auch eine unbeabsichtigte Nebenwirkung einer grundsätzlich wettbewerbsneutralen Abrede fällt unter die Definition der Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG (i.d.S. ausdrücklich BORER, a.a.O., Art. 4 N 5; WALTHER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterial- und Wettbewerbsrecht, Bd. 5, S. 62). Sowohl die geltende Vereinbarung vom 29. August 2001 als auch diejenige vom 2. Juni 1986 zwischen dem Beklagten und der Caminada AG sind damit als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren.

c) Die Frage der Wettbewerbswirkung einer konkreten Abrede stellt sich immer in Bezug auf einen bestimmten relevanten Markt, der in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht abgegrenzt werden muss.

aa) Die Definition des sachlich relevanten Marktes hat aus der Sicht der Marktgegenseite zu erfolgen. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Bei der Abgrenzung sachlich relevanter Nachfragemärkte kommt es auf die Umstellungsmöglichkeiten und die beziehungsweise Absatzflexibilität der Anbieter sowie auf die Substituierbarkeit der Nachfrager aus der Sicht der Anbieter an (FRANZ HOFFET, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, a.a.O., Art. 5 KG N 52).

Vorliegend geht es um den Markt für Bestattungsdienstleistungen, der unter anderem folgende Leistungen umfasst:

- Überführen der Verstorbenen
- Bereitstellen der Särge
- Einkleiden der Verstorbenen inklusive Vorbereiten und Einsargen
- Aufbahrung in der Kirche, Aufbahrungshalle und/oder im Trauerhaus
- Bereitstellen von Sargbouquets, Blumenschmuck, Kränzen sowie von Urnen für Nischen und Gräber und von Grabschmuck
- Herstellen von Leidzirkularen, Danksagungen und Todesanzeigen

Diese Dienstleistungen und Waren werden ausschliesslich von spezialisierten Bestattungsunternehmen angeboten. Da diese Leistungen ihrer Natur nach vergleichbar sind, werden sie von der Marktgegenseite, das heisst von den Hinterbliebenen eines Verstorbenen als Abnehmer der betreffenden Leistungen, als substituierbar angesehen. Es besteht dafür ein eigenständiger sachlicher Markt.

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). Die Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall die Abnehmer von Bestattungsdienstleistungen. Diese begründen eine Nachfrage nach Dienstleistungen all jener Bestatter, in deren Einzugsgebiet die Nachfrager wohnen. Somit erfasst der massgebliche räumliche Markt das Einzugsgebiet der beiden in Aarau niedergelassenen Bestattungsunternehmen, wie dies auch die Wettbewerbskommission in ihrem Gutachten festgehalten hat. Nicht zutreffend ist dagegen die Auffassung des Beklagten, wonach der massgebliche räumliche Markt das Einzugsgebiet des Kantonsspitals Aarau sei. Denn in Bezug auf die in Frage stehenden Leistungen bildet das Kantonsspital Aarau nicht die für die Definition des räumlichen Marktes relevante Marktgegenseite.

Bei Bestattungsinstituten ist eine gewisse Nähe zum Sterbeort sowie zum Ort der Beisetzung von erheblicher Bedeutung. So ist beispielsweise nicht anzunehmen, dass ein Bestattungsinstitut mit Standort Aarau durch die Erbringung von Dienstleistungen in Zürich oder Bern eine überlebenssichernde Marktposition erlangen kann. Dasselbe gilt auch für periphere Kantonsteile. Die Unternehmen stehen hauptsächlich auf lokaler Ebene miteinander in Konkurrenz. Aus der Sicht des Kunden erscheint es als Ausnahme, die Bestattung eines Angehörigen von einem Unternehmen ohne Bezug zum Sterbe- oder Bestattungsort durchführen zu lassen. Die Substituierbarkeit des Angebotes ist daher nur in einem relativ kleinen räumlichen Markt gegeben. Der Geschäftsführer der Caminada AG hat dies in der Parteibefragung bestätigt. Die Grenze des örtlichen Einzugsgebietes eines Bestattungsunternehmens ist daher verhältnismässig eng zu ziehen. Im vorliegenden Fall erscheint es sachgerecht, das massgebende Marktgebiet auf die Spitalregion Aarau einzugrenzen. Dies auch deshalb, weil in dieser Region mit der Caminada AG während langer Zeit lediglich ein einziges Bestattungsinstitut tätig war. Aber auch für die obere Grenze des räumlichen Marktes ist auf die Spitalregion Aarau abzustellen. Der Beklagte macht zwar geltend, der Kläger sei gemäss eigenen Angaben in 50 Gemeinden "institutionalisiert", indem er entweder über einen Schlüssel zum Aufbahrungsraum verfüge, oder er habe eine Kontaktperson, welche ihm den Zutritt zum Aufbahrungsraum ermögliche. Von einer regelmässigen Geschäftstätigkeit des Klägers in all diesen Gebieten kann aber keine Rede sein. Denn er hat im Jahr 2000 nach eigenen Angaben gesamthaft lediglich in 25 Todesfällen seine Dienstleistungen anbieten können, wovon fünf Fälle aus dem Kantonsspital Aarau stammten. Dazu kommt, dass der Kläger aufgrund des bestandenen Behinderungsverhaltens des Beklagten aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen war, sein Einzugsgebiet auszuweiten, weil ihm an seinem Geschäftsdomizil in Aarau nur die Erledigung einer geringen Anzahl von Todesfällen übertragen wurde. Als massgebender räumlicher Markt hat daher die Spitalregion des Kantonsspitals Aarau zu gelten.

---

cc) Es ist im vorliegenden Fall nicht angezeigt, eine zeitliche Markt-  
abgrenzung vorzunehmen. Denn die inkriminierten Vereinbarungen  
zwischen dem Beklagten und der Caminada AG vom 2. Juni 1986 und  
29. August 2001 sind zeitlich in dem Sinne unbefristet abgeschlossen  
worden, als sie sich ohne Kündigung jeweils stillschweigend um ein  
Jahr verlängerten beziehungsweise verlängern.

d) Mit Bezug auf den sachlich relevanten Markt kann nicht gesagt  
werden, dass eine vollständige Beseitigung des wirksamen Wettbe-  
werbs stattgefunden hat. Denn zumindest hinsichtlich der ausserhalb  
des Kantonsspitals Aarau verstorbenen Personen befinden sich die  
ortsansässigen Bestattungsinstitute nach wie vor im Wettbewerb. In  
Betracht kommt deshalb allein der Tatbestand der erheblichen Beein-  
trächtigung des Wettbewerbs.

e) Unter dem Gesichtspunkt der erheblichen Wettbewerbsbeein-  
trächtigung sind im Folgenden insbesondere die Ziffern 7, 10, 15 und  
16 der geltenden Vereinbarung vom 29. August 2001 zu prüfen. Die  
nachfolgenden Überlegungen gelten aber auch für die entsprechen-  
den Ziffern in der von den Parteien durch Übereinkunft aufgehobenen  
Vereinbarung vom 2. Juni 1986.

aa) Gemäss Ziffern 7 und 10 der Vereinbarung vom 29. August 2001  
ist das Kantonsspital Aarau verpflichtet, nach dem Hinschied eines Pa-  
tienten die Angehörigen des Verstorbenen zu benachrichtigen und  
ihnen gleichzeitig die Adresse und Telefonnummer der Caminada AG  
mitzuteilen, damit sich die Angehörigen für eine allfällige Besichti-  
gung des Verstorbenen sowie zwecks Unterstützung bei der Erledi-  
gung der ersten Todesfallformalitäten mit der Caminada AG in Ver-  
bindung setzen können. Gemäss Ziffer 10 der Vereinbarung wird diese  
Bekanntgabepflicht auch den Pflegestationen überbunden. Das Kan-  
tonsspital Aarau hat sich ausserdem verpflichtet, der Caminada AG je-  
den Todesfall unverzüglich selbst bekannt zu geben.

Weil somit die Angehörigen bei jedem Todesfall vom Kantonsspital  
Aarau an die Caminada AG verwiesen werden, ist es leicht vorstellbar,  
dass ein wesentlicher Bestandteil der Kundschaft die Dienste der Ca-  
minada AG nicht nur für die dem Kantonsspital Aarau übertragenen  
Aufgaben in Anspruch nimmt, sondern sich aufgrund des bereits her-  
gestellten Kontaktes auch für die nachfolgenden privaten Dienste an  
die Caminada AG hält. Zu berücksichtigen ist hierbei die besondere  
Situation der Betroffenen, die angesichts des vorangegangenen To-  
desfalls häufig weder Zeit noch Energie aufbringen werden, die ver-  
schiedenen Wettbewerber auszumachen und miteinander zu verglei-  
chen. Vielmehr werden viele sich ohne weiteres an die ihnen sofort  
und ausschliesslich genannte Caminada AG wenden. In vielen Fällen  
werden die Angehörigen sogar erleichtert darüber sein, dass ihnen die  
Suche und Auswahl eines Bestattungsunternehmens von einem Dritten  
abgenommen wird. Die Angestellten des Kantonsspitals Aarau genie-

---

sen zudem aufgrund ihrer Tätigkeit für eine öffentliche Anstalt und ihrer Erfahrung bei Todesfällen ein besonderes Vertrauen. Es kann sogar soweit kommen, dass sich Angehörige gebunden fühlen, weil die Caminada AG bereits gewisse Dienste erbracht hat. Dazu kommt, dass es sich bei der Caminada AG um eine erfahrene und bewährte Unternehmung handelt, so dass für die Betroffenen auch kein Grund besteht, sich nach einer Alternative umzusehen.

Die der Caminada AG mit den Vereinbarungen vom 2. Juni 1986 und 29. August 2001 eingeräumten Wettbewerbsvorteile treten bei Betrachtung der Angebotsseite noch deutlicher zu Tage. Aufgrund ihrer Position als Erbringerin der dem Kantonsspital Aarau bei Todesfällen obliegenden spitaleigenen Aufgaben erhält die Caminada AG Kenntnis von einer grossen Anzahl von Todesfällen. Sie wird von den Angehörigen geradezu als Beauftragte des Spitals wahrgenommen. Diese Stellung und entsprechende Informationen kommen allein ihr und keiner anderen Unternehmung in vergleichbarer Weise zugute. Unter unternehmerischen Gesichtspunkten liegt es auf der Hand, dass diese faktische Position auch wirtschaftlich ausgenutzt wird, indem die Vertreter der Caminada AG den Angehörigen konkrete Angebote über die nicht dem Spital obliegenden Aufgaben im Rahmen der privaten Bestattung unterbreiten und sich daraus in der Folge konkrete Auftragsverhältnisse ergeben.

Zu beachten ist im Weiteren die besondere Situation auf dem Markt der Bestattungsunternehmen. Die Angehörigen müssen in kurzer Zeit und unter den Nachwirkungen des Verlustes des Verstorbenen eine Entscheidung treffen. Es kann davon ausgegangen werden, dass viele von ihnen im Laufe ihres Lebens noch nie oder nur selten Kontakt zu einem Bestattungsunternehmen gehabt haben. Vor allem der Aufbau einer "Stammkundschaft" erscheint in diesem Gewerbe schwer vorstellbar. Weil somit die Bestattungsunternehmen - vor allem in grösseren Ortschaften - nicht nur von ihrem Ruf, sondern auch von einmaliger und zufälliger Kundschaft leben, kommt der Empfehlung des Kantonsspitals Aarau eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zu. Sie ist wohl in den meisten Fällen ausschlaggebend für die Entscheidung für ein bestimmtes Bestattungsunternehmen.

Der grundsätzlich erlaubte Beizug einer privaten Unternehmung für die Erledigung der dem Kantonsspital Aarau beim Tod eines Patienten zukommenden Aufgabe hat somit erhebliche Auswirkungen auf den Abschluss von Dienstleistungsverträgen zwischen den Angehörigen eines Verstorbenen und dem vom Kantonsspital Aarau allein genannten Bestattungsinstitut. Die Caminada AG kommt dadurch, und dies bestätigen auch die statistischen Zahlen, in den Genuss eines faktischen Monopols für die Bestattung der im Kantonsspital Aarau verstorbenen Personen. Sie allein erhält Zugang zu den potenziellen Kunden und Kundendaten. Dass dieser Wettbewerbsvorteil auch tat-

---

sächlich besteht, wird deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass sich die Caminada AG trotz ihres seit dem Jahr 1986 bestehenden Monopols auf dem Platz Aarau einverstanden erklärt hat, die dem Kantonsspital Aarau obliegenden öffentlichen Aufgaben unentgeltlich zu erbringen, ja für die Benutzung der Todesfallräume des Kantonsspitals Aarau sogar noch einen Unkostenbeitrag von jährlich CHF [...] zu bezahlen (Ziff. 16 der Vereinbarung vom 29. August 2001/Ziff. 5 der Vereinbarung vom 2. Juni 1986). Solange keine direkten Konkurrenten im gleichen Markt tätig sind, mag eine solche Praxis als unbedenklich erscheinen. Sobald aber ein solcher auftritt, wird dadurch nicht nur sein Markteintritt, sondern auch seine dauerhafte Etablierung im betreffenden Markt in erheblicher Weise erschwert. Für den Mitbewerber resultiert eine "Behinderung, die eine gewisse Intensität aufweist und vom Betroffenen auch als solche empfunden wird, weil sie seine Handlungsfreiheit unmittelbar oder mittelbar beeinflusst, ihn insbesondere zwingt auszuweichen oder Gegenmassnahmen zu ergreifen, um den Folgen der Diskriminierung zu entgehen" (BGE 112 II 276; vgl. auch die Ausführungen zur marktbeherrschenden Stellung in Erw. 7.c). Erschwerend kommt hinzu, dass es sich beim Kantonsspital Aarau um eine öffentliche Anstalt handelt, die bei ihrer Tätigkeit an die verfassungsmässigen Grundrechte gebunden ist, insbesondere an den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden. Das vorliegende Diskriminierungsverhalten erscheint in diesem Licht umso schwerwiegender.

Weil durch das dargelegte Behinderungsverhalten des Beklagten der massgebende Marktanteil fast vollständig der Caminada AG zugewiesen wird, ist die Erheblichkeit der Marktbeeinträchtigung in qualitativer Hinsicht zu bejahen. Zum gleichen Ergebnis kommt in diesem Punkt das Gutachten der Wettbewerbskommission.

bb) In quantitativer Hinsicht verlangt eine Bejahung der Erheblichkeit gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist (STOFFEL, a.a.O., S. 95). Als Anhaltspunkt dient der Umfang der durch die Abrede hervorgerufenen Wettbewerbsbeeinträchtigung in Bezug auf den in Frage stehenden Markt. Im vorliegenden Fall ist hiefür das Verhältnis zwischen der Anzahl der Todesfälle im Kantonsspital Aarau zur Gesamtzahl der Todesfälle im Einzugsgebiet eines Bestattungsinstitutes mit Sitz in Aarau massgebend.

Da das Kantonsspital Aarau keine eigene Todesfallstatistik führt, sondern nur gemeinsam mit der Klinik im Schachen, sind diesbezüglich keine exakten Zahlen erhältlich. Nach Angaben des Beklagten verstarben im Kantonsspital Aarau im Jahr 1999 559 Patienten. Der Anteil des Kantonsspitals Aarau betrug für die Territorien der Gemeinde Aarau 31,6%, des Bezirks Aarau 33,1% und der Spitalregion Aarau 30,7% der Todesfälle. Zwar ist es der schweizerischen Praxis noch nicht gelungen,

Grenzwerte für die quantitativ erheblichen Marktanteile festzusetzen. Ein Marktanteil von über 30% ist aber jedenfalls als quantitativ erheblich einzustufen. Die Europäische Kommission erachtet die relevante Schwelle für die Erheblichkeit von vertikalen Abreden schon bei 10% Marktanteil als erreicht (vgl. Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Art. 85 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen; dazu auch STÖCKLI, a.a.O., N 480).

f) Als Zwischenergebnis und in Übereinstimmung mit dem Gutachten der Wettbewerbskommission ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht erfüllt sind.

6. a) Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Bst. a). Den Beteiligten Unternehmen dürfen Wettbewerbsabreden in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Bst. b). Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG enthält einen numerus clausus der möglichen Rechtfertigungsgründe (RPW 2002/3, S. 455 und 463).

In prozessualer Hinsicht hat das behindernde Unternehmen, das nach Artikel 12 KG ins Recht gefasst wird, die erheblich wettbewerbsbeschränkende Abrede zu rechtfertigen, indem es Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nachweist. Die Tatsachen, aus denen das behindernde Unternehmen die wirtschaftliche Effizienz ableitet, hat es nach der allgemeinen Regel von Artikel 8 ZGB zu beweisen. Im Einzelnen obliegt es ihm darzulegen, dass das mit der Wettbewerbsabrede angestrebte Ziel zulässig, die Abrede selber verhältnismässig und eine Wettbewerbsbeseitigung nicht möglich ist (STÖCKLI, a.a.O., N 496).

b) Der Beklagte hat in seinen Rechtsschriften zwar die Unzulänglichkeiten der internen Organisation des Kantonsspitals Aarau in Bezug auf den Umgang mit verstorbenen Patienten vor dem Jahr 1986 dargelegt. Auch führt er die seither implementierten Verbesserungen auf. Aus seinen Darlegungen geht aber insbesondere nicht hervor, welchem Effizienzziel die streitigen Abreden dienen sollen; ebenso wenig wird ersichtlich, weshalb die inkriminierten Vereinbarungen vom 2. Juni 1986 und 29. August 2001 notwendig sein sollten, um die angeblich vor 1986 herrschenden unbefriedigenden Zustände zu verhindern. Insbesondere die ausschliessliche Bekanntgabe der Caminada AG als einziges in Betracht kommendes Bestattungsinstitut an die Hinterbliebenen ist nicht notwendig und verletzt das Verhältnismässigkeitsprinzip (so auch die Wettbewerbskommission in ihrem Gutachten; vgl. zum

Ganzen auch GUGLER/ZURKINDEN, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Hrsg.), a.a.O., Art. 5 LCart N 97). Insbesondere vermag die Tatsache, dass der frühere Zustand dazu geführt hatte, dass Leichen verwechselt wurden, keine Kartellrechtsverletzung zu rechtfertigen. Die Angestellten des Kantonsspitals Aarau sollten in der Lage sein, die bei Todesfällen notwendigen Dienste und Auskünfte den Angehörigen in befriedigender Weise anzubieten. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass die betreffenden, dem Kantonsspital Aarau obliegenden Dienste ausschliesslich nur von einem einzigen privaten Bestattungsunternehmen in der erforderlichen Qualität erbracht werden könnten. Als einziger Effizienzgewinn fällt die unentgeltliche Übernahme der dem Kantonsspital Aarau obliegenden Bestattungsaufgaben durch die Caminada AG in Betracht. Denn dadurch entstehen dem Kantonsspital Aarau gemäss Zugeständnis seines stellvertretenden Verwaltungsdirektors Einsparungen in Höhe von CHF [...] jährlich.

c) Diese Kosteneinsparung darf indessen nicht als Rechtfertigungsgrund für die vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsabrede herangezogen werden. Denn die auf eine Wettbewerbsabrede zurückzuführenden Einsparungen sind ausschliesslich aus der Sicht der Konsumenten zu beurteilen (vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 103; BORER, a.a.O., Art. 5 KG N 34, m. Hinw. auf die Botschaft). Die Kostensituation der an der Absprache beteiligten Parteien ist hingegen gerade nicht massgeblich (GUGLER/ZURKINDEN, a.a.O., Art. 5 LCart N 98). Dass aber für die Abnehmer von Bestattungsdienstleistungen aus den Einsparungen des Kantonsspitals Aarau ebenfalls Einsparungen resultieren, ist nicht ersichtlich. Vielmehr erscheint es aufgrund der bevorzugten Stellung der Caminada AG und der damit verbundenen erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht ausgeschlossen, dass die getroffene Vereinbarung sich zu Lasten der Abnehmer, das heisst Angehörigen von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen auswirkt. Als einziges beachtliches Gegeninteresse des Beklagten kommt der Verlust der bis anhin durch die Caminada AG unentgeltlich erbrachten, aber nach eigenen Angaben geldwerten Dienstleistungen in Betracht. Die Caminada AG bezahlt zwar dem Kantonsspital Aarau für die Nutzung seiner Todesfallräume pauschal CHF [...] pro Jahr (Ziff. 16 der Vereinbarung vom 29. August 2001 und Ziff. 5 der Vereinbarung vom 2. Juni 1986). Dabei handelt es sich aber um jenen Betrag, den das Kantonsspital Aarau früher, als es die betreffenden Leistungen noch selber erbrachte, den Angehörigen selbst in Rechnung gestellt hat. Für die Benutzung der spitaleigenen Todesfallräume wird denn auch von der Caminada AG ein Kostenbeitrag von CHF [...] an die Angehörigen weiter verrechnet, so dass am Ende für keine der Parteien Mehreinnahmen oder ein Mehraufwand resultiert. Dagegen hat sich die Caminada AG vertraglich verpflichtet, ohne Gegenleistung die bis zum Jahr 1986 vom Kantonsspital Aarau selbst erbrachte erste Betreuung der Angehörigen zu übernehmen. Während dies aus der Sicht des Kantonsspitals Aarau zu

einer willkommenen Entlastung geführt hat, erscheint es für die Caminada AG auf den ersten Blick als ungünstig, da ihr der aus dieser Verpflichtung entstehende Mehraufwand grundsätzlich nicht vergütet wird. Ihr diesbezügliches Interesse kann ausschliesslich darin bestehen, auf diese Weise eine Vielzahl von Kunden zu akquirieren, die sie auf andere Weise nicht oder nur unter grösserem Aufwand gewinnen könnte. Diese Auswirkungen waren zwar wettbewerblich ohne Belang, solange die Caminada AG in der Spitalregion Aarau als Monopolistin tätig war. Mit dem Eintritt eines zweiten Marktteilnehmers stellen sie aber eine schwerwiegende Verfälschung des Wettbewerbs dar. Die von der Caminada AG unentgeltlich erbrachte Entlastung des Kantonsspitals Aarau kann seither nur noch als Gegenleistung für die Einräumung einer privilegierten Marktstellung gesehen werden. Eine gesteigerte wirtschaftliche Effizienz für die Abnehmer von Bestattungsleistungen ist damit nicht verbunden. Auch das Gutachten der Wettbewerbskommission ist in diesem Punkt zum gleichen Schluss gelangt; auch das Bundesgericht hat in Erwägung 7 des Entscheides vom 25. Juni 2001 diesen Standpunkt ausdrücklich geschützt.

d) Es fehlt damit an einer Rechtfertigung der Vereinbarungen zwischen dem Beklagten und der Caminada AG vom 2. Juni 1986 und 29. August 2001 aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz. Damit steht fest, dass es sich bei diesen Vereinbarungen um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 KG handelt.

7. Ein Anspruch aus Artikel 12 KG kann sich auch daraus ergeben, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem massgeblichen Markt unzulässig verhält (Art. 7 KG).

a) Die Tatsache, dass bereits eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG bejaht worden ist, steht einer Anwendung von Artikel 7 KG nicht entgegen (vgl. HOFFET, a.a.O., Art. 5 N 132). Dies entspricht auch der Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden, welche Artikel 81 und 82 EGV nebeneinander anwenden.

b) Es ist offensichtlich, dass dem Kantonsspital Aarau im Markt der Bestattungsdienstleistungen keine Marktmacht zukommt, da es selbst nicht Anbieter der betreffenden Dienstleistungen ist. Zu beachten ist indessen, dass es sich beim Markt der Bestattungsdienstleistungen um einen Sekundärmarkt zum Markt der Pflege von sterbenden Menschen handelt, in welchem das Kantonsspital Aarau als Anbieter tätig ist. Mit den Vereinbarungen vom 2. Juni 1986 und 29. August 2001 ist der Caminada AG auf diesem Sekundärmarkt - wie dargelegt - eine privilegierte Marktstellung eingeräumt worden, was wettbewerbsrechtlich auch für die Frage der Marktmacht des Kantonsspitals Aarau relevant ist.

c) Nach der Legaldefinition von Artikel 4 Absatz 2 KG gilt ein Unternehmen als marktbeherrschend, wenn es in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu ver-

halten. Als wichtigstes Kriterium gilt dabei der Marktanteil. Bei dem im vorliegenden Fall festgestellten Marktanteil von über 30% (oben Erw. 5.e/bb) kann indes nicht ohne weiteres auf eine marktbeherrschende Stellung geschlossen werden. Es müssen vielmehr weitere Anhaltspunkte vorliegen, damit die vom Gesetzeswortlaut geforderte Autonomie gegenüber anderen Marktteilnehmern bejaht werden kann. Neben dem Kantonsspital Aarau sind zwar im räumlich massgebenden Markt (oben Erw. 5.c/bb) noch andere Kliniken, Altersheime, Spitex-Organisationen und so weiter tätig, die in vergleichbarer Weise zwischen Bestattungsinstituten und Angehörigen von Verstorbenen vermitteln. Trotzdem kommt dem Kantonsspital Aarau aufgrund seiner Grösse und der grossen Anzahl der von ihm angebotenen Pflegeplätze auf dem (Sekundär-) Markt für Bestattungsdienstleistungen eine herausragende Bedeutung zu.

Zu beachten ist überdies, dass die Vermittlung zwischen den Angehörigen eines Verstorbenen und einem Bestattungsinstitut im Allgemeinen grundsätzlich unentgeltlich stattfindet. Die Tatsache, dass es dem Kantonsspital Aarau möglich war, für diese Vermittlungstätigkeit eine Gegenleistung in Form der unentgeltlichen Übernahme bestimmter, spitaleigener Aufgaben durch die Caminada AG zu vereinbaren, macht deutlich, dass sich das Kantonsspital Aarau unabhängig von den anderen Marktteilnehmern verhalten konnte. Käme dem Kantonsspital Aarau im relevanten Markt nicht eine herausragende Stellung für die sich im Wettbewerb befindlichen Bestattungsinstitute zu, wäre die Caminada kaum bereit gewesen, die von ihr geleisteten spitaleigenen Dienste ohne Gegenleistung zu übernehmen, ja dafür zusätzlich noch eine jährliche Entschädigung von CHF [...] zu bezahlen. All dies ist darauf zurückzuführen, dass das Kantonsspital Aarau, obschon es im massgebenden Markt nur einen Marktanteil von zirka 30% besitzt, eine der grössten, wenn nicht sogar die einzige grössere Vermittlungsstelle für Bestattungsdienstleistungen im massgebenden Markt ist. Erst die Zusammenarbeit mit dem Kantonsspital Aarau eröffnet einem Bestattungsunternehmen ein relativ konstantes und ohne weitere Werbung erzielbares Auftragsvolumen. Für die Beurteilung der Marktherrschaft ist aber neben dem konkreten Marktanteil auch der Abstand zu den nächsten Anbietern und die Gesamtstruktur des Marktes entscheidungsrelevant. Das Vorliegen einer Marktbeherrschung ist aus diesen Gründen zu bejahen.

d) Steht die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens fest, muss im Weiteren geprüft werden, ob sich das Unternehmen unzulässiger Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG bedient hat.

Durch die Übertragung bestimmter Tätigkeiten des Kantonsspitals Aarau an die Caminada AG hat der Beklagte Marktmacht ausgeübt, indem er der Caminada AG einen Wettbewerbsvorteil eingeräumt und sie ohne weitere Gegenleistung dazu verpflichtet hat, selbst erhebli-

che Leistungen zu erbringen. Die sich daraus ergebende Folge, dass die Angehörigen eines Verstorbenen an die Caminada AG verwiesen werden müssen, ist zwar unter diesen Umständen unvermeidbar, darf aber nicht zu einer Benachteiligung der übrigen Wettbewerber führen. Vor allem werden vom Beklagten keine Entlastungsgründe (legitimate business reasons) aufgeführt, die eine solche Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen könnten. Als marktbeherrschendes Unternehmen muss das Kantonsspital Aarau vielmehr alle Geschäftspartner gleich behandeln (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, N 372). Aus der Sicht der Konkurrenten bildet die Art und der Inhalt der Information der Angehörigen eines im Kantonsspital Aarau Verstorbenen eine essential facility, deren Zugang gewährleistet sein muss und deren Verweigerung eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG darstellt (vgl. dazu ZÄCH, a.a.O., N 375). Auch hier kommt als erschwerender Umstand hinzu, dass das Kantonsspital Aarau bei seiner Tätigkeit an den verfassungsmässigen Gleichheitssatz und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden gebunden ist. Eine von ihm praktizierte Diskriminierung von Marktteilnehmern ist deshalb umso problematischer.

e) Im Ergebnis ist somit abweichend vom Gutachten der Wettbewerbskommission festzuhalten, dass im Verhalten des Kantonsspitals Aarau ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG zu sehen ist.

8. a) Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Artikel 12 KG vor, müssen auf der Rechtsfolgenseite Art und Umfang des klägerischen Anspruchs festgelegt werden. Der Kläger verlangt mit seinem Klagebegehren Ziffer 1.a ein strikt wettbewerbsneutrales Verhalten des Beklagten. Insbesondere soll ihm verboten werden, Angehörige von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Personen nur an das Bestattungsinstitut Caminada AG zu verweisen, ohne in gleicher Weise auch auf das Bestattungsinstitut des Klägers und auf allfällige andere Konkurrenzunternehmen aufmerksam zu machen. Zur Durchsetzung dieses Anspruchs soll die Vereinbarung zwischen dem Beklagten und der Caminada AG insoweit nichtig erklären, als damit eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung verbunden ist (Klagebegehren Ziff. 1.b).

b) Aufgrund der festgestellten Wettbewerbsbehinderung steht dem Kläger ein Unterlassungsanspruch gegenüber dem Beklagten zu (Art. 12 Abs. 1 Bst. a KG). Die Durchsetzung dieses Unterlassungsanspruchs kann gemäss Artikel 13 KG namentlich dadurch erfolgen, dass Verträge ganz oder teilweise für ungültig erklärt werden, oder dass der Verursacher der Wettbewerbsbehinderung verpflichtet wird, mit dem Behinderten einen Vertrag abzuschliessen. Das Gutachten der Wettbewerbskommission kommt mit Bezug auf die Ziffern 7, 10 und 14 der

---

Vereinbarung vom 29. August 2001 (und die entsprechenden Bestimmungen in der Vereinbarung vom 2. Juni 1986) zum Schluss, dass diese gegen das Kartellgesetz verstossen. Wie dargelegt, ist der Wettbewerbskommission in diesem Punkt zu folgen, so dass die Vereinbarung vom 29. August 2001 in Gutheissung von Klagebegehren Ziffer 1.b für nichtig zu erklären ist.

c) Der Kläger verlangt ausserdem, dem Beklagten zu verbieten, Angehörige von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Patienten nur an die Caminada AG zu verweisen, ohne in gleicher Weise auch auf sein und allfällige weitere Konkurrenzunternehmen aufmerksam zu machen. Da der sachlich relevante Markt auf die Spitalregion Aarau begrenzt ist (Erw. 5.c/bb), kommt gegenwärtig nur der Kläger als Konkurrenzunternehmen in Betracht, da - abgesehen von der Caminada AG - zurzeit nur er sein Geschäftsdomizil innerhalb des sachlich und räumlich relevanten Marktes hat. Wie dargelegt, verstösst die in Ziffer 7 und 10 der Vereinbarung vom 29. August 2001 vorgesehene Einräumung einer privilegierten Marktstellung an die Caminada AG gegen Artikel 5 und 7 KG. Kartellrechtswidrig ist namentlich die vertraglich vereinbarte, ausschliessliche Nennung der Caminada AG gegenüber den Angehörigen von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen. Da das unzulässige Behinderungsverhalten des Beklagten auf der Weigerung beruht, auch den Kläger oder allfällige weitere im massgebenden Markt tätige, zukünftige Mitbewerber den Angehörigen von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen bekannt zu geben, steht dem Kläger ein auf diese Weigerung gerichteter Unterlassungsanspruch mit dem in Klagebegehren Ziffer 1.a beantragten Inhalt zu. Dieses ist daher ebenfalls gutzuheissen.

9. Der Kläger verlangt im Weiteren Schadenersatz, Genugtuung sowie Herausgabe des Gewinns für das Jahr vor Klageeinreichung (Klagebegehren Ziff. 2.a). Die Voraussetzungen des Schadenersatz- und Genugtuungsanspruchs richten sich gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b KG nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts, das heisst nach Artikel 41 und 49 OR. Ausser der durch die festgestellte Wettbewerbsbeschränkung implizierten Widerrechtlichkeit sind somit der eingetretene Schaden, dessen Kausalität sowie das Verschulden des Beklagten und - für den Genugtuungsanspruch - das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung nachzuweisen. Für eine Gewinnherausgabe verweist Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe c KG auf die Bestimmungen der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR).

a) aa) Die Feststellung des durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dem Betroffenen entstandenen Schadens ist regelmässig nicht einfach (STÖCKLI, a.a.O., N 1061; CHRISTOPH G. LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, S. 123). Es muss nach Massgabe der

Differenzhypothese beurteilt werden, wie der Kläger ohne das rechtswidrige Verhalten finanziell dastehen würde. Dieses Problem stellt sich nicht nur beim vom Geschädigten zu beweisenden Schaden, sondern auch dann, wenn die Festlegung des Schadenersatzes gemäss Artikel 42 Absatz 2 OR Aufgabe des Richters ist.

bb) Im Kanton Aargau sind im Jahr 1999 gesamthaft 4'110 Personen verstorben; nach Angaben des Beklagten 521 davon im Kantonsspital Aarau. Im Jahr 2000 gelang es dem Kläger, seine Dienstleistungen bei lediglich fünf dieser 521 im Kantonsspital Aarau eingetretenen Todesfälle zu erbringen, was einem Marktanteil von rund 1% entspricht. Dagegen konnte die Caminada AG im gleichen Zeitraum zirka 60% dieser Todesfälle betreuen, das heisst zirka 300 Todesfälle. Pro Todesfall erzielen der Kläger und die Caminada AG einen durchschnittlichen Bruttoerlös von CHF [...] die variablen Kosten beliefen sich auf zirka CHF [...] Dies bedeutet, dass sowohl die Caminada AG als auch der Kläger pro Todesfall Mehreinnahmen in Höhe von CHF [...] brutto verzeichnen können.

Für die Schadensfeststellung ist überdies ausschlaggebend, welcher Anteil dieser 521 jährlichen Todesfälle bei nicht wettbewerbswidrigem Verhalten des Beklagten dem Kläger zugefallen wäre. Der Kläger macht geltend, in einem Vergleichsfall in Olten habe das neue Bestattungsinstitut im ersten Jahr einen Marktanteil von zirka 25% erreicht. Dies würde bedeuten, dass dem Kläger im ersten Jahr zusätzlich zu seinem bisherigen Anteil die Betreuung von 75 der zirka 300 im Kantonsspital Aarau eingetretenen und in Verletzung des Kartellrechts der Caminada AG zugewiesenen Todesfälle zugefallen wäre. Daraus hätten für ihn Mehreinnahmen von zirka CHF [...] resultiert. Dieser Betrag erscheint als plausible Schätzung des klägerischen Schadens. Denn es ist davon auszugehen, dass der Kläger im Falle einer Gleichbehandlung seines Unternehmens und der Caminada AG seine Dienstleistungen in einer erheblich grösseren Zahl von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen hätte erbringen können. Da es sich bei der Caminada AG aber um ein Unternehmen mit langjähriger Erfahrung im betreffenden Markt handelt, ist nicht davon auszugehen, dass sich die beiden Unternehmungen den massgebenden Markt schon kurze Zeit nach dem Markteintritt des Klägers zu gleichen Teilen aufgeteilt hätten. Vielmehr hätte die Caminada AG auch bei wettbewerbskonformem Verhalten des Beklagten einen grösseren Anteil als der Kläger für sich behalten. Eine Marktaufteilung von 25% zu 75% erscheint unter diesen Umständen als angemessen.

cc) Dieser Schaden ist kausal durch das wettbewerbsrechtswidrige Verhalten des Kantonsspitals Aarau entstanden.

dd) Das erforderliche Verschulden ist ebenfalls zu bejahen. Das Kantonsspital Aarau hat trotz gegenteiliger Aufforderung an seiner wettbewerbswidrigen Behinderung und Diskriminierung des Klägers fest-

gehalten, indem es sich weigerte, gegenüber den Angehörigen das Bestattungsunternehmen des Klägers bekannt zu geben. Der Beklagte muss sich das entsprechende Verhalten seiner mit der Geschäftsführung im Kantonsspital Aarau betrauten Organe anrechnen lassen (Art. 55 Abs. 1 ZGB). Es darf vorausgesetzt werden, dass die Entscheidungsträger des Kantonsspitals Aarau wissen, dass sie gegenüber privaten Anbietern an die durch das Kartellrecht gezogenen Schranken des zulässigen Wettbewerbsverhaltens gebunden sind. Die im vorliegenden Fall offensichtliche Ungleichbehandlung zweier Bestattungsunternehmen muss aus diesem Grund als vorsätzlich eingestuft werden. Die Voraussetzungen für den vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzanspruch gemäss Artikel 41 Absatz 1 OR sind damit erfüllt.

b) aa) Zusätzlich zum Schadenersatz macht der Kläger gestützt auf Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b KG einen Genugtuungsanspruch geltend. In tatsächlicher Hinsicht beruft er sich auf einen Imageverlust, der dadurch hervorgerufen worden sei, dass er beim Kantonsspital Aarau keine glaubwürdige Stellung (Akkreditierung) habe erlangen können.

bb) Der vom Kläger geltend gemachte Kreditverlust betrifft nicht eine für die Entstehung eines Genugtuungsanspruchs erforderliche immaterielle Unbill, sondern führt zu einem materiellen Schaden. Eine über einen derartigen materiellen Schaden hinausgehende schwere Persönlichkeitsverletzung hat der Kläger aber weder behauptet noch unter Beweis gestellt. Ein Genugtuungsanspruch steht ihm daher nicht zu.

c) aa) Gestützt auf Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe c KG macht der Kläger einen Anspruch auf Gewinnherausgabe geltend. Diese Bestimmung verweist bezüglich der Voraussetzungen und des Umfangs des Anspruchs auf die Geschäftsführung ohne Auftrag, insbesondere auf unechte Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Artikel 423 Absatz 1 OR (REYMOND, a.a.O., Art. 12 LCart N 124). In der Literatur zum Kartellgesetz wird dem Gewinnherausgabeanspruch teilweise mit Skepsis begegnet, handelt es sich doch dabei um einen Verweis auf die Grundsätze der Geschäftsanmassung gemäss Artikel 423 OR, die auf kartellrechtliche Sachverhalte nur in beschränkter Masse zu passen scheinen (vgl. LANG, a.a.O., S. 133; ZÄCH, a.a.O., N 535; a.A. aber WEBER, Basler Kommentar, Art. 423 OR N 16; SCHMID, Zürcher Kommentar, Art. 423 OR N 67, m. w. Nachw.). Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes und der Tatsache, dass das Kartellgesetz erst am 6. Oktober 1995 in Kraft getreten ist, sieht sich das Handelsgericht indessen an den unmissverständlichen Willen des historischen Gesetzgebers gebunden.

Eine Minderheit des Handelsgerichts vertritt demgegenüber die Auffassung, die über den tatsächlich eingetretenen Schaden hinausgehende Herausgabe der durch die rechtswidrige Vereinbarung erzielten Ersparnisse des Beklagten an den Kläger sei im vorliegenden Fall nicht angemessen. Die Einsparungen auf Seiten des Beklagten seien zwar

---

Folge der rechtswidrigen Vereinbarung zwischen dem Beklagten und der Caminada AG; dennoch seien sie nicht unmittelbar durch die Wettbewerbsbenachteiligung des Klägers entstanden. Dies treffe allein auf den durch die Vereinbarung bei der Caminada AG angefallenen Mehrerlös zu. Dieser entspreche aber betragsmässig dem Schaden des Klägers, wie er in vorstehender Erwägung 9.a ermittelt worden ist.

bb) Der Schadenersatzanspruch und der Anspruch auf Gewinnherausgabe können nicht kumuliert werden (LANG, a.a.O., S. 137, m. Nachw. in Fn. 824). Dem Betroffenen steht vielmehr ein Wahlrecht zwischen den beiden Ansprüchen zu (REYMOND, a.a.O., Art. 12 LCart N 140). Da der vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzanspruch geringer ist als sein Anspruch auf Gewinnherausgabe, sind auch dessen Voraussetzungen zu prüfen.

cc) Indem das Kantonsspital Aarau der Caminada AG mit den Vereinbarungen vom 2. Juni 1986 und 29. August 2001 verschiedene Exklusivrechte gewährt und sich auf diese Weise wettbewerbswidrig verhalten hat, hat es widerrechtlich in die Geschäftssphäre des Klägers eingegriffen (SCHMID, a.a.O., Art. 423 OR N 67, und ausführlich SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Freiburg 1992, N 1110 ff.). Der Kläger wurde durch das Verhalten des Kantonsspitals Aarau unmittelbar in seiner Geschäftstätigkeit behindert. Er hat daher auch einen Anspruch auf Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinns (vgl. STÖCKLI, a.a.O., N 1140).

dd) In der Lehre ist umstritten, ob der Anspruch aus Artikel 423 Absatz 1 OR Bösgläubigkeit voraussetzt oder ob auch die gutgläubige unechte Geschäftsführung ohne Auftrag zu einem Gewinnherausgabeanspruch der Geschäftsherren führen soll (vgl. dazu SCHMID, a.a.O., Art. 423 OR N 36; STÖCKLI, a.a.O., N 1153; REYMOND, a.a.O., Art. 12 LCart N 134, beide m. w. Nachw.). Diese Frage braucht hier nicht entschieden zu werden, da der Beklagte wie bereits festgestellt mit Vorsatz handelte und spätestens mit seiner negativen Antwort auf das Gesuch des Klägers ab dem 30. März 2000 dessen Benachteiligung gegenüber der Caminada AG bewusst in Kauf genommen hat. Der Kläger verlangt mit seinem Klagebegehren Ziffer 2.a die Gewinnherausgabe erst ab dem 6. April 2000 und nur für ein Jahr. In dieser Zeit handelten die mit der Geschäftsführung des Kantonsspitals Aarau betrauten Organe des Beklagten zweifellos bösgläubig, so dass die Voraussetzungen von Artikel 423 Absatz 1 OR auf jeden Fall gegeben sind.

ee) Der stellvertretende Verwaltungsdirektor des Kantonsspitals Aarau hat in der Parteibefragung zugestanden, dass die Vereinbarung vom 2. Juni 1986 zu jährlichen Einsparungen von CHF [...] geführt hat, weil ohne die von der Caminada AG vereinbarungsgemäss erbrachten Leistungen mehrere zusätzliche Personen hätten angestellt werden müssen. Bei der Ersparnis von CHF [...] handelt es sich damit um den

Nettogewinn, den der Beklagte durch das wettbewerbswidrige Verhalten erzielt hat.

ff) Dieser Gewinn ist kausal durch das rechtswidrige Verhalten der Organe des Kantonsspitals Aarau entstanden. Denn dieses kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass nicht auch der Gewinn für den Beklagten entfiere. Der erzielte Gewinn ist ausserdem eine unmittelbare Folge der praktizierten Wettbewerbsbehinderung.

gg) Ohne Belang ist die Frage, ob auch andere durch das widerrechtliche Verhalten des Kantonsspitals Aarau betroffene Marktteilnehmer in ihrer Geschäftstätigkeit behindert worden sind. Denn im Rahmen von Artikel 423 Absatz 1 OR besteht zwischen allen in ihren Rechten verletzten Personen Solidargläubigerschaft, sofern ihnen das beeinträchtigte Rechtsgut gemeinschaftlich zusteht (vgl. SCHMID, a.a.O., Art. 423 OR N 130; REYMOND, a.a.O., Art. 12 LCart N 137). Der Kläger kann deshalb vom Beklagten die Herausgabe des gesamten erzielten Gewinns verlangen.

hh) Irrelevant ist auch die durch die vorsorgliche Massnahme vom 13. März 2001 eingetretene Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse. Zwar wurde dadurch möglicherweise der Schaden des Klägers verringert. Dagegen hat sich dadurch der vom Kantonsspital Aarau erzielte jährliche Gewinn von CHF [...] nicht verändert. Da auch die Wettbewerbsbehinderung weiterhin fortgedauert hat, ist deshalb entsprechend dem Antrag des Klägers auch für die Zeit nach dem Erlass der vorsorglichen Verfügung vom 13. März 2001 der erzielte Gewinn an den Kläger herauszugeben.

ii) Mit seinem Klagebegehren Ziffer 2.a verlangt der Kläger einen "finanziellen Ausgleich unter allen Titeln" in Höhe von CHF [...] für die Zeit vom 6. April 2000 bis zur Klageeinreichung am 6. April 2001. Da es sich bei diesem Zeitraum genau um ein Jahr handelt und der Beklagte in dieser Zeit einen Nettogewinn von CHF [...] erwirtschaftete, ist dem Kläger der erzielte Gewinn in der mit Klagebegehren Ziffer 2.a verlangten Höhe von CHF [...] vollumfänglich zuzusprechen. Die Herausgabe des ganzen vom Kantonsspital Aarau auch nach dem 6. April 2001 erzielten Gewinns ist dagegen durch die Dispositionsmaxime ausgeschlossen (§ 75 Abs. 2 ZPO).

jj) Entsprechend dem Antrag des Klägers ist der ihm herauszugebende Gewinn mit 5% zu verzinsen (SCHMID, a.a.O., N 113 zu Art. 423 OR). Die Verzinsung beginnt mit dem mittleren Verfalltag vom 26. November 2000 zu laufen.

10. a) Am Klagebegehren Ziffer 2.b, welches den Ersatz des ab 6. April 2001 entstandenen Schadens beziehungsweise die Herausgabe des vom Kantonsspital Aarau ab diesem Zeitpunkt erzielten Gewinns zum Gegenstand hatte, hat der Kläger mit seinem Replikbegehren nicht mehr "festgehalten". Zur Begründung führte er an, er lasse die-

---

ses Rechtsbegehren "fallen", weil nach Bestätigung der vorsorglichen Verfügung vom 13. März 2001 durch das Bundesgericht "kein Anlass" mehr bestehe, weiteren Schaden "ins Recht zu setzen". Das Klagebegehren Ziffer 2.b sei "mangels Schaden" ab dem 6. April 2001 "überflüssig geworden". Dies beinhaltet keinen Klagerückzug, sondern nur eine "Modifikation des Klageantrages".

b) Mit diesen Prozessklärungen hat der Kläger hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er auf die materielle Beurteilung seines Anspruchs auf Ersatz des ihm ab 6. April 2001 entstandenen Schadens beziehungsweise auf Herausgabe des vom Kantonsspital Aarau ab diesem Zeitpunkt erzielten Gewinns verzichtet und daran kein Interesse mehr hat. Mit anderen Worten hat er replicando sein Desinteresse an dem mit Klagebegehren Ziffer 2.b verlangten Rechtsschutz erklärt. Das Dahinfallen der Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses während des Prozesses führt zu seiner Gegenstandslosigkeit. Das Klagebegehren Ziffer 2.b ist daher als gegenstandslos geworden abzusprechen.

c) Anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Februar 2003 hat der Kläger geltend gemacht, das Klagebegehren Ziffer 2.b. sei irrtümlich "zurückgezogen" worden, ohne aber seinen angeblichen Irrtum zu substantiieren.

In der Lehre wird die Zulässigkeit einer Anfechtung von Prozesshandlungen der Parteien wegen Willensmängeln grundsätzlich in Frage gestellt (vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A. 1979, S. 287 f). Aber selbst wenn die Bestimmungen von Artikel 23 ff. OR im Prozessrecht analog anwendbar wären, wäre im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die Frist von Artikel 31 Absatz 1 OR zur Geltendmachung eines Willensmangels ohnehin abgelaufen und das Anfechtungsrecht des Klägers verwirkt ist. Denn die fragliche Prozessklärung des Klägers datiert vom 24. August 2001.

11. a) Der Kläger hat anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Februar 2003 überdies beantragt, "die vorsorgliche Massnahme" sei "von Amtes wegen" dahingehend zu "präzisieren", dass das Kantonsspital Aarau verpflichtet wird, "den Hinterbliebenen beide zurzeit in Aarau ortsansässigen Bestattungsinstitute ... als Anlaufstelle zu nennen." Er beantragt damit eine Abänderung des vorsorglichen Massnahmeentscheides vom 13. März 2001. Hiefür ist das Handelsgericht weder sachlich noch funktionell zuständig (§ 416 ZPO). Auf diesen Antrag des Klägers ist daher nicht einzutreten.

b) Abgesehen davon dürfte der entsprechende vorsorgliche Rechtsschutzanspruch auch wegen des langen Zuwartens des Klägers mit seiner Geltendmachung verwirkt sein (vgl. D. RÜETSCHI, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, S. 420 ff.).

12. a) Ausgangsgemäss ist der Beklagte kostenpflichtig. Im Kostenpunkt ist entscheidend, dass die Klage dem Grundsatz nach begründet und gutzuheissen ist.

Die Gegenstandslosigkeit des Klagebegehrens Ziffer 2.b rechtfertigt kein Abweichen vom Unterliegens-/Obsiegensprinzip (§ 112 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte hat durch sein Verhalten Anlass zum entsprechenden Rechtsbegehren gegeben. Zwar stand zum Zeitpunkt der Klageeinreichung am 6. April 2001 die vorsorgliche Verfügung vom 13. März 2001 bereits in Kraft; deren Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit des Klägers waren aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht in vollem Umfang abschätzbar. Insbesondere war es für den Kläger nicht ersichtlich, ob durch die angeordneten vorsorglichen Massnahmen der Eintritt weiteren Schadens verhindert wird. Es war daher für den Kläger geboten, das Klagebegehren Ziffer 2.b vorerst einmal zu stellen. Er hätte überdies bei materieller Beurteilung des Klagebegehrens Ziffer 2b gute Aussichten gehabt, auch damit jedenfalls grundsätzlich durchzudringen. Bei der Kostenliquidation zufolge Gegenstandslosigkeit stellt aber der mutmassliche Prozessausgang, wie er bei materieller Beurteilung resultiert hätte, eines der massgebenden Kriterien dar, die vom Richter bei dem von ihm gemäss § 116 ZPO zu treffenden Ermessensentscheid zu beachten sind (BÜHLER, in: BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2.A., Aarau 1998, N 1 zu § 116, mit Hinw. auf die Judikatur).

b) Die mit vorsorglicher Verfügung vom 13. März 2001 noch nicht verteilten Kosten des Massnahmeverfahrens sind entsprechend dem Ausgang des Hauptverfahrens ebenfalls dem Beklagten aufzuerlegen.

Demgemäss wird mehrheitlich

#### **erkannt:**

1. In teilweiser **Gutheissung** der Klage wird:

a) der Vertrag des Beklagten mit der Firma Caminada AG, Aarau, vom 29. August 2001 nichtig erklärt.

b) dem Beklagten untersagt, Angehörige von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Personen nur an das Bestattungsinstitut Caminada AG, Aarau, zu verweisen, ohne in gleicher Weise auch auf das Bestattungsinstitut des Klägers hinzuweisen.

c) der Beklagte verpflichtet, dem Kläger CHF [...]nebst Zins von 5% ab 26. November 2000 zu bezahlen.

2. Für den Fall der Widerhandlung gegen das in vorstehender Dispositiv-Ziffer 1. Buchstabe b angeordnete Verbot wird den geschäftsführenden Personen und verantwortlichen Organen des Gesundheitsdepartements des Kantons Aarau sowie des Kantonsspitals Aarau die 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. a) Das Klagebegehren Ziffer 2.b wird zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abgeschlossen.
- b) Auf das anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. Februar 2003 gestellte Begehren betreffend Änderung der vorsorglichen Verfügung vom 13. März 2001 wird nicht eingetreten.
4. a) Die Gerichtskosten, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF [...] den Kanzleigebühren und Auslagen von CHF [...] insgesamt CHF [...] werden dem Beklagten auferlegt.
- b) Die Gerichtskosten des vorsorglichen Massnahmeverfahrens von CHF [...] werden dem Beklagten auferlegt.
5. a) Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger dessen Parteikosten für das vorliegende Hauptverfahren in der richterlich festgesetzten Höhe von CHF [...] (inkl. MWST) zu ersetzen.
- b) Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger dessen Parteikosten für das vorsorgliche Massnahmeverfahren in der richterlich festgesetzten Höhe von CHF [...] (inkl. MWST) zu ersetzen.
6. Zustellung dieses Urteils an den Rechtsvertreter des Klägers (zweifach; mit zwei Gutschriftanzeigen) und den Rechtsvertreter des Beklagten (zweifach; mit zwei Rechnungen); Mitteilung an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nach Rechtskraft).

[Rechtsmittelbelehrung]

---

## D      **Entwicklungen Développements Sviluppi**

<b>D 2</b>	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia
------------	--

AHLBORN Christian/EVANS David S./PADILLA A. Jorge, "The Anitrust Economics of Tying. A Farewell to Per Se Illegality", AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies, Related Publication 03-3, Februar 2003

ALESINA A./ARDAGNA S./NICOLETTI G./SCHIANTARELLI F., "Regulation and Investment", NBER Working Paper 9560, März 2003

BERGMAN Mats A./JAKOBSON M./RAZO C., "An Econometric Analysis of the European Commission's Merger Decisions", Arbeitspapier, Februar 2003

BOONE Jan, "Optimal Competition: A Benchmark for Competition Policy", Tilburg University, Discussion Paper, Januar 2003

BOVET Christian, "Swiss Competition Law 2001-2002", in: SZW/RSDA, 2/2003, S. 96 ff.

BÜHLER Stefan/SCHMUTZLER Armin, "Vertical Integration and Horizontal Expansion", Arbeitspapier Universität Zürich, Entwurf Februar 2003

CANOY Marcel/ONDERSTAL Sander, "Tight Oligopolies. In Search of Proportionate Remedies", CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, Document No 29, Februar 2003

COMPETITION COMMISSION, "Merger References: Competition Commission Guidelines", London, März 2003

CUENDET Sophie, "Positions dominantes collectives: Contre une application simultanée des articles 81 et 82 CE", Swiss Papers on European Integration 35, Stämpfli Bern, Schulthess Zürich 2003

EHRSAM Peter/PRESTINARI Urs, "Schutz des Wettbewerbs oder einzelner Wettbewerber?", Media Lex 1/2003, S. 65

GEROSKI Paul/GRIFFITH Rachel, "Identifying Anti-Trust Markets", IFS The Institut of Fiscal Studies WP 03/01, Januar 2003

JACKSON Diana, "Efficiencies in Merger Control", Competition Law Insight, März 2003, S. 3 ff.

KRAUSKOPF Patrick/CORGIER Laure, "La révision de la Loi sur les cartels", in: plädoyer 3/03, S. 46 ff.

MCCARTHY Thomas R., "Contracting Practices by Hospitals", Antitrust Insights, A Nera Perspective, März/April 2003

MONOPOLKOMMISSION, "Netzettbewerb durch Regulierung. Hauptgutachten 2000/2001", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003

PATERSON Ian/FINK M./OGUS A. et al., "Wirtschaftliche Auswirkungen einzelstaatlicher Regelungen für freie Berufe", IHS, Wien, Januar 2003, Studie für die GD Wettbewerb der Europäischen Kommission

PRÜMMER Felix, "Preisunterschiede zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz - Erklärungsansätze", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 3/2003. S. 247 ff.

SCHALLER Olivier, "Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, étude de droit cartellaire suisse et de droit comparé, thèse, Fribourg 2002

SCHOHE Gerrit/ZURKINDEN Philipp, "Gemeinschaftsrechtliche und schweizerische Anmerkungen zum Airtours-Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz", in: *SZW/RSDA*, 1/2003, S. 2 ff.

SCHWARZE Reimund, "Yardstick-Regulierung oder kartellrechtliches Vergleichsmarktkonzept - ein Vergleich am Beispiel der Wasserwirtschaft", *Wirtschaft und Wettbewerb*, 3/2003, S. 241 ff.

VALLETTI Tommaso M., "Is Mobile Telephony a Natural Oligopoly?", *Review of Industrial Organization*, 22/1(2003), S. 47 ff.

WERNER Martin, "On the Nature of Competition in the Markets for Communication", dissertation de., Verlag im Internet, 2003

WIND Christian, "B2B-Marktplätze aus der Optik des europäischen, amerikanischen und schweizerischen Kartellrechts", Schulthess, Zürich 2003

ZIMMERLI Daniel, "Literatur ohne Wirtschaft" - Die Gefahr aufgedrängter Wohltaten im Kartellrecht, in: *ZBJV* 2003, Heft 4, S. 290 ff.

---

## **E**      **Diverses** **Divers** **Diversi**

### **E 2**    **Gutachten** Avis Paperi

<b>E 2</b>	<b>1. Gutachten der Weko in Sachen Allgemeines Bestattungsinstitut Hans Baumann AG gegen den Kanton Aargau</b>
------------	--

*Gutachten der Wettbewerbskommission vom 7. Oktober 2002 gemäss Artikel 15 Absatz 1 Kartellgesetz für das Handelsgericht des Kantons Aargau im laufenden Zivilprozess (OR.2001.00021) in Sachen Allgemeines Bestattungsinstitut Hans Baumann AG, Buchserstrasse 34, 5000 Aarau, gegen den Kanton Aargau*

#### **SACHVERHALT**

1. Das Kantonsspital Aargau (KSA) ist eine unselbstständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts (§ 4 Dekret des Kantons Aargau über die Kantonsspitäler vom 25. März 1997; SAR 331.310). Es erfüllt die Aufgaben eines Spitals im Sinne von Paragraph 56 ff. des Gesundheitsgesetzes des Kantons Aargau vom 10. November 1987 (GesG; SAR 301.100). Das KSA funktioniert als Zentralspital für den Kanton Aargau, als Schwerpunktspital für den westlichen Kantonsteil und als Grundversorgungsspital für die Spitalregion Aarau (§ 2 Dekret des Kantons Aargau über die Kantonsspitäler).

2. Beim KSA fallen im Zusammenhang mit den dort verstorbenen Patienten folgende gesetzlichen Aufgaben an:

- ?? Überführung der verstorbenen Patienten von den Pflegestationen in die Aufbahrungsräume
- ?? Erstes Zurechtmachen der Leichname, damit die Hinterbliebenen (Angehörige oder andere gesetzliche Vertreter) in Würde von den Verstorbenen ersten Abschied nehmen können
- ?? Hilfestellung an die Angehörigen für erste Todesfallformalitäten
- ?? Koordination der Tätigkeiten der Bestattungsunternehmen

3. Am 2. Juni 1986 schloss das KSA mit dem Bestattungsunternehmen Caminada AG eine Vereinbarung ab (ersetzt durch die geltende Vereinbarung vom 29. August 2001), die in den Ziffern 1, 3 und 4 unter anderem Folgendes vorsah:

"1. Das Kantonsspital Aarau überträgt die Sarglieferung und das Einsargen von im Kantonsspital Aarau Verstorbenen dem öffentlichen Bestattungsinstitut Caminada AG, Inhaber E. Greutmann, Aarau.

3. Das Bestattungsinstitut verpflichtet sich:

- die Feuerbestattungssärge bei der Kantonalen Strafanstalt Lenzburg zu beziehen,
- die Sarglieferung durch auswärtige offizielle Bestattungsinstitute für deren Vertragsgemeinde zu gestatten,
- die Überführung der im Kantonsspital Aarau Verstorbenen dem für die Wohngemeinde zuständigen offiziellen Bestattungsunternehmen zu überlassen,
- die Einsargung mit der nötigen Achtung, ohne Beanspruchung von Spitalpersonal und unter Ausschluss von Drittpersonen (Ausnahme: Personal anderer offizieller Bestattungsinstitute in Begleitung eines Mitarbeiters des Bestattungsinstituts Caminada AG) vorzunehmen,
- [...]
- [...], mit der Trauerfamilie und der Wohnortsgemeinde des Verstorbenen die Bestattungsformalitäten zu regeln. Die Anzeige des Todes an das Zivilstandsamt Aarau gemäss Artikel 76 der Verordnung über das Zivilstandswesen ist Sache des Kantonsspitals Aarau,
- den Angehörigen auf deren Wunsch hin, die Besichtigung im Aufbahrungsraum zu ermöglichen."

4. Das Kantonsspital Aarau verpflichtet sich:

- die Anzeige des Todes an das Zivilstandsamt Aarau zu erstatten,
- dem Bestattungsinstitut den Todesfall durch die Patientenadministration telefonisch zu avisieren,
- dem Bestattungsinstitut, nebst dem Bestattungsamt Zofingen, einen Zugangsschlüssel zu den Einsargungsräumen abzugeben,
- die Angehörigen der Verstorbenen an das Bestattungsinstitut zu verweisen."

4. Gestützt auf diese Vereinbarung entstand die spitalinterne Weisung des KSA "Pflegerische Massnahmen Todesfall" mit unter anderem folgenden Bestimmungen:

---

#### "4.2 Formalitäten/Beerdigungsinstitut

Zur Erledigung der Formalitäten sollen die Angehörigen zuerst telefonisch mit dem Beerdigungsinstitut Caminada in Aarau Kontakt aufnehmen.

Für die Angehörigen ist das Institut Caminada AG rund um die Uhr und auch an Wochenenden unter der Tel.-Nr. [...] erreichbar.

Die Visitenkarte (keine Kopie) des Institutes Caminada und der Situationsplan KSA wird von der Station an die Angehörigen abgegeben.

[...]

Der Termin für die Aufbahrung wird durch das Institut Caminada mit den Angehörigen vereinbart.

[...]."

5. Das KSA verwies gestützt hierauf Hinterbliebene, die innerhalb des spitaleigenen Aufbahrungsraumes ersten Abschied vom Verstorbenen nehmen wollten und/oder sich beim Spitalpersonal nach einem Bestattungsinstitut erkundigten, an die Caminada AG. Wählten die Hinterbliebenen ein anderes Bestattungsinstitut, so musste sich dieses für den Schlüssel zum Aufbahrungsraum an die Caminada AG wenden.

6. Anfangs des Jahres 2000 nahm der Kläger seine Tätigkeit als Bestattungsunternehmer in der Region Aarau auf. Er stellte fest, dass er - trotz der rund 500 Sterbefälle im KSA - von den Hinterbliebenen der dort verstorbenen Patienten nur selten einen Bestattungsauftrag erhielt. Der Kläger führte dies auf die Vereinbarung vom 2. Juni 1986 zwischen dem KSA und der Caminada AG zurück und klagte deswegen beim Handelsgericht des Kantons Aargau (HGA) gegen den Kanton Aargau.

7. Am 13. März 2001 wies die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts die gegen den vorsorglichen Massnahmeentscheid des Instruktionsrichters des HGA erhobene staatsrechtliche Beschwerde des Kantons Aargau ab. Der vorsorgliche Massnahmeentscheid verbot dem KSA mit sofortiger Wirkung, die Angehörigen von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Patienten nur an die Caminada AG zu verweisen, ohne diese in gleicher Weise insbesondere auch auf das Bestattungsinstitut des Klägers (Hans Baumann AG) aufmerksam zu machen.

8. Das KSA reagierte auf das Verbot des Instruktionsrichters, indem es ein Merkblatt auflegte, welches die Hinterbliebenen über die Wahl eines Bestattungsinstitutes instruierte. Dieses Merkblatt wurde indes bald wieder aufgehoben. Hinterbliebene, die ein anderes Bestattungsinstitut wählen wollen, werden vom KSA seither an das jeweilige Zivilstandsamt der Wohngemeinde des Verstorbenen verwiesen.

---

9. Am 29. August 2001 ersetzen das KSA und die Caminada AG ihre Vereinbarung vom 2. Juni 1986 durch die geltende. Diese regelt die Abläufe und Zuständigkeiten im Sterbedienst folgendermassen:

"7. Im Bereich des spitalinternen Todesfallwesens ergeben sich die einzelnen Abläufe chronologisch wie folgt:

- Hinschied des Patienten
- Sofortige Benachrichtigung der Angehörigen (telefonisch, soweit sie nicht anwesend sind) unter Bekanntgabe des Beauftragten (der Caminada AG) an diese zur allfälligen Vereinbarung der Besichtigung des Verstorbenen - Überführung der Leiche in den spitaleigenen Einsargungsraum - Benachrichtigung des Beauftragten über den Todesfall (zwecks rechtzeitiger Disposition für eine allfällige Aufbahrung)."

"10. Das Kantonsspital Aarau ist besorgt für die sofortige Benachrichtigung der Angehörigen, für die Meldung des Todesfalls an das Zivilstandsamt Aarau und für die Überführung der Leiche in den spitaleigenen Einsargungsraum. Es weist seine (zurzeit 41) Pflegestationen an, den Angehörigen zwecks Vereinbarung einer allfälligen Besichtigung und Hilfestellung bei den ersten Todesfallformalitäten Adresse und Telefonnummer der Beauftragten bekanntzugeben. Um der Beauftragten die rechtzeitige Disposition im Hinblick auf eine allenfalls gewünschte Aufbahrung zu ermöglichen, teilt das Spital dem Beauftragten jeden Todesfall sofort mit."

"14. Im Bereich des Bestattungswesens gilt wie bis anhin zwischen den Beauftragten und allen übrigen Bestattungsunternehmen freie Konkurrenz. Der Beauftragte (die Caminada AG) ist verpflichtet, die übrigen Bestattungsunternehmen - vorbehältlich seiner Koordinationspflicht - gleichberechtigt zu behandeln. Der Auftraggeber behält sich vor, die Angehörigen anlässlich der Bekanntgabe der Beauftragten als erste Anlaufstelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, sie seien für die Vergabe des Bestattungsauftrages in der Wahl des Unternehmens frei."

## **I. VORBEHALT UND GELTUNGSBEREICH**

### **1. Allgemeiner Vorbehalt**

10. Im 3. Kapitel des Kartellgesetzes (KG; SR 251), überschrieben mit "Zivilrechtliches Verfahren" (Art. 12 ff. KG), wird in Artikel 15 KG unter dem Titel "Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung" festgelegt, dass eine Sache der Wettbewerbskommission (Weko) zur Begutachtung vorgelegt wird, wenn in einem zivilrechtlichen Ver-

---

fahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht.

11. Das KG regelt das Verhältnis zwischen dem zivil- und dem verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht detailliert. Daher hat die Weko zusammen mit dem Bundesgericht und kantonalen Gerichten Grundsätze über die Beziehung zu den Zivilgerichten festgelegt (RPW 1997/4, S. 593 ff., RPW 1998/4, S. 621 f.). Die Weko gibt Gutachten gestützt auf den vom Zivilgericht vorzulegenden bereinigten Sachverhalt ab (RPW 1998/4, S. 621, Erw. 3). Die Fragen des Zivilgerichts müssen klar formuliert sein und diejenigen Zusatzinformationen enthalten, die für die Beantwortung erforderlich sein könnten (RPW 1997/4, S. 595, Erw. 9). Bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung kann die Weko entsprechende Vorbehalte anbringen (RPW 1998/4, S. 621, Erw. 3).

12. Das HGA hat der Weko die Gerichtsakten des Hauptprozesses sowie die Akten betreffend den vorsorglichen Massnahmeentscheid und die staatsrechtliche Beschwerde zugestellt und eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts geliefert.

13. Mit Schreiben vom 7. Februar 2002 hat das Sekretariat das HGA auf die oben erwähnten (Rz. 11 f.) Grundsätze aufmerksam gemacht und es eingeladen mitzuteilen, ob am Gutachterauftrag festgehalten werde. Das HGA hat mit Schreiben vom 15. Februar 2002 seinen Gutachterauftrag bestätigt.

## **2. Geltungsbereich**

14. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen oder Marktmacht ausüben (Art. 2 Abs. 1 KG). Der Unternehmensbegriff wird im Kartellrecht weit ausgelegt. Er erfasst die Marktteilnehmer, welche - als Anbieter oder Nachfrager - selbstständig bei ihrer Marktgegenseite auftreten (vgl. RPW 1999/3, S. 419, Erw. 20, RPW 2000/3, S. 470 ff., Erw. 3 und RPW 2001/1, S. 213 ff., Erw. 2).

15. Die Caminada AG und der Kläger gelten ohne weiteres als Unternehmen im Sinne des KG. Das KSA gilt ebenfalls als Unternehmen im Sinne des KG, wie im Übrigen auch aus dem Entscheid des Bundesgerichts hervorgeht (Verfahren um die vorsorglichen Massnahmen).

16. Das geltende KG ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten. Es ist für die Beurteilung der Vereinbarung vom 2. Juni 1986 zwischen dem KSA und dem Bestattungsunternehmen Caminada AG im vorliegenden Verfahren insoweit anwendbar, als der Kläger seine Geschäftstätigkeit im Jahr 2000 aufgenommen hat und die vorliegend streitigen Auswirkungen der Vereinbarung ab diesem Zeitpunkt eintraten.

---

## II. BEANTWORTUNG DER FRAGEN

### Frage 1

***Kann sich das Kantonsspital Aarau auf den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG berufen?***

**Antwort: Nein. Soweit ein solcher Vorbehalt möglich wäre, ist die Vereinbarung nicht bestritten (Bestattungsleistungen an das KSA).**

### BEGRÜNDUNG

17. Als vorbehaltende Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG kommen in Frage: Das Gesundheitsgesetz des Kantons Aargau vom 10. November 1987, das Dekret über die Kantonsspitäler und die Verordnung über die Leichenschau.

18. Die Auslegung dieser staatlichen Norm ergeht in Berücksichtigung der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Diese vertritt in ihrem kürzlich ergangenen Entscheid vom 17. September 2002 in Sachen Elektra Baselland (EBL) die Auffassung, dass der Ausschluss der Anwendbarkeit des KG nur dann anzunehmen ist, wenn er aus den vorbehaltenen Bestimmungen klar hervorgeht (RPW 2002/4, S. 648 ff.).

19. Die Marktabgrenzung (vgl. unten Rz. 20 ff.) zeigt, dass die Vereinbarung zwei verschiedene Bereiche regelt. Beim ersten Bereich geht es um die spezifischen Bestattungsleistungen, welche das KSA bei der Caminada AG bezieht und für welche es Marktgegenseite ist (a). Beim zweiten, hier massgeblichen Bereich geht es um typische Bestattungsleistungen, für welche die Hinterbliebenen Marktgegenseite sind (b).

a) **Bestattungsleistungen zu Gunsten des KSA:** Die Vereinbarung ist insoweit nicht umstritten, als sie die Bestattungsleistungen regelt, welche die Caminada AG dem KSA erbringt und womit dieses Spital seine Aufgaben im Sterbedienst erfüllt. Diesbezüglich kann mangels Streitigkeit offen bleiben, ob vorbehaltene Bestimmungen zu beachten sind.

b) **Bestattungsleistungen zu Gunsten der Hinterbliebenen:** Der Streit ist dadurch entbrannt, dass das KSA die ihm zustehende Koordinationsaufgabe der Caminada AG übergeben hat, welche diese Position ausnützt (bzw. ausnutzen kann) um ihre Konkurrenten zu benachteiligen. Durch diese Sonderstellung im Sterbedienst des KSA gelingt es der Caminada AG, bei der massgeblichen Marktgegenseite (Hinterbliebene) bevorzugt aufzutreten und damit den Wettbewerb zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Vorliegend ist die Rechtmässigkeit dieses privilegierten Auftritts bei der Marktgegenseite (den Hinterbliebenen) zu beurteilen.

---

Für die eigentliche Aufgabe des KSA, die Tätigkeiten der Bestattungsunternehmen zu koordinieren (Koordinationspflicht) sowie den Hinterbliebenen bei den ersten Todesfallformalitäten Hilfe zu stellen (Hilfestellungspflicht), kann sich das KSA auf vorbehaltene Bestimmungen im Sinne von Artikel 3 KG berufen. Davon zu unterscheiden sind Inhalt und Umfang der Delegation dieser Aufgaben durch das KSA an die Caminada AG. Diesbezüglich besteht kein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 KG, auf den sich das KSA oder die Caminada AG berufen könnten.

## **Frage 2**

***Welches ist der relevante Markt, insbesondere in sachlicher und räumlicher Hinsicht?***

**Antwort: a) Der sachlich relevante Markt umfasst die typischen Bündel von Bestattungsleistungen, die von den Hinterbliebenen nachgefragt werden. b) Die räumliche Marktabgrenzung kann weiter (Einzugsgebiet der beiden Unternehmen) oder enger (Sterbefälle im KSA) erfolgen.**

## **BEGRÜNDUNG**

### **I. Sachlich relevanter Markt**

20. Der sachlich relevante 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 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU, SR 251.4). Er umfasst unter anderem folgende Leistungen:

- ?? Überführung der Verstorbenen
- ?? Bereitstellen der Särge
- ?? Einkleiden der Verstorbenen, Vorbereiten und Einsargen
- ?? Aufbahrung in Kirche, Aufbahrungshalle und/oder Trauerhaus
- ?? Bereitstellen von Sargbouquets, Blumenschmuck, Kränzen sowie Urnen, Gräbern und Grabschmuck
- ?? Leidzirkulare, Danksagungen und Todesanzeigen

21. Diese Aufzählung zeigt, dass nur die Hinterbliebenen und nicht auch das KSA als relevante Marktgegenseite von Bestattungsunternehmen in Frage kommen. Das KSA fragt zwar spezifische Bestattungsleistungen nach, aber nicht die typischen Leistungsbündel, wie es die Hinterbliebenen tun. Die Nachfrage des KSA ist auf die erste Phase nach dem Versterben beschränkt. Sie ist in zeitlicher und sachlicher Hinsicht gering im Vergleich zur Nachfrage der massgeblichen Marktgegenseite (Hinterbliebene). Sie fokussiert zudem auf die Kernaufgabe des Spitals, nämlich die Pflege von Patienten. Damit sie aufrecht

---

erhalten werden kann, genügt die Überführung der Verstorbenen von der Pflegestation in die Räume für den Sterbedienst.

## **II. Räumlich relevanter Markt**

22. 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).

23. Der räumlich relevante Markt kann anhand des Einzugsgebiets des Klägers und der Caminada AG abgegrenzt werden. Diese Abgrenzung zeigt die Bedeutung der Vereinbarung auf, weil die Todesfälle im KSA rund einen Fünftel aller Todesfälle im Einzugsgebiet der beiden Unternehmen ausmachen (vgl. Verfügung des HG Aargau vom 10. Januar 2002, S. 13).

24. Der räumlich relevante Markt kann indes auch enger, das heisst beschränkt auf die im KSA jährlich rund 500 Verstorbenen abgegrenzt werden. Diesbezüglich bildet das KSA ein Forum, wo sich der Wettbewerb um Bestattungsaufträge abspielt. Dieses Forum umfasst den im vorliegenden Fall umstrittenen Markt.

25. Auf diesem einen (vorliegend einzig umstrittenen) Markt hat die Caminada AG - aufgrund der Organisation des Forums durch das KSA - grosse Vorteile. Der Kläger kommt praktisch nie zum Zug.

### **Frage 3**

***Stellt die Vereinbarung zwischen dem KSA und der Caminada AG vom 2. Juni 1986 eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG dar? Inwiefern trifft dies auch auf die neue Vereinbarung vom 29. August 2001 zu?***

**Antwort: Die Ziffern 7, 10 und 14 der geltenden Vereinbarung vom 29. August 2001 enthalten Klauseln, die als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5 KG zu erachten sind. Gleiches gilt für die entsprechenden Klauseln in der Vereinbarung vom 2. Juni 1986 zwischen dem KSA und der Caminada AG.**

### **BEGRÜNDUNG**

26. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt sind.

#### **I. Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)**

27. Als Wettbewerbsabreden gelten namentlich rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen von Unternehmen verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Die fraglichen Vereinbarungen

---

zwischen dem KSA und der Caminada AG gelten als Wettbewerbsabreden im Sinne dieser Bestimmung:

- a) Die geltende Vereinbarung vom 29. August 2001 zwischen dem KSA und der Caminada AG ist, wie zuvor schon diejenige vom 2. Juni 1986, eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, weil sie eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt beziehungsweise bewirkt hat.
- b) Die Vereinbarung bewirkt ferner eine Wettbewerbsbeschränkung, soweit sie - über die Leistungsvereinbarung betreffend der vom KSA bezogenen Bestattungsleistungen hinaus - Klauseln enthält, welche das Verhältnis der Caminada AG zu ihrer Marktgegenseite (die Hinterbliebenen) regelt.

## II. Unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 KG)

Im Folgenden werden die Klauseln der geltenden Vereinbarung vom 29. August 2001 zwischen dem KSA und der Caminada AG geprüft. Die Erwägungen gelten indes auch für die frühere Vereinbarung vom 2. Juni 1986.

### a) Allgemein

28. Vorab ist zu prüfen, ob die in die Vereinbarung vom 29. August 2001 zwischen dem KSA und der Caminada AG aufgenommenen Klauseln in den Ziffern 7, 10 und 14 den Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich beeinträchtigen. Wenn dies der Fall ist, so muss geprüft werden, ob die erhebliche Beeinträchtigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (vgl. Antwort auf Frage 4). Darunter fällt vorab auch die Prüfung der Frage, ob die Beschränkung überhaupt notwendig ist. Diese Frage ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Wenn keine Rechtfertigung vorliegt, so ist die Klausel unzulässig.

### b) Im Einzelnen

29. Die in Ziffer 10 der Vereinbarung enthaltene Regelung der **Benachrichtigung** der Hinterbliebenen stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG dar.

a) *Gegenstand.* In den Ziffern 7 und 10 der Vereinbarung wird die Benachrichtigung der Hinterbliebenen nach dem Hinschied des Patienten geregelt und festgelegt, dass diesen die Caminada AG (als Beauftragte) bekannt gegeben wird. Diese Bekanntgabepflicht wird auch den Pflegestationen überbunden (Ziff. 10 der Vereinbarung und spitalinterne Weisung).

b) *Begründung.* Die Benachrichtigung der Hinterbliebenen (Marktgegenseite) löst die Nachfrage nach Bestattungsleistungen aus. Wenn anlässlich der Benachrichtigung die Caminada AG als Beauftragte des KSA in Erscheinung tritt, so gehen die Hinterbliebenen davon aus, beim KSA werde die Nachfrage nach Bestattungsleistungen von der Caminada AG reibungslos befriedigt und einzig dieses Unternehmen

---

sei vom Spital anerkannt. Die in der Vereinbarung festgelegte Bekanntgabe der Caminada AG als Beauftragte des KSA erzeugt einen Vermittlungseffekt. Daraus ergibt sich eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG.

Diese Wettbewerbsverzerrung besteht unbesehen davon, dass 20% der Sterbefälle im Einzugsgebiet der beiden Unternehmen (weite räumliche Marktabgrenzung) beziehungsweise die **Hinterbliebenen** bei jährlich rund 500 Sterbefällen (enge räumliche Marktabgrenzung) davon betroffen sind.

30. Die in Ziffer 10 der Vereinbarung enthaltene Regelung der **Hilfestellung bei den ersten Todesfallformalitäten** stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG dar.

a) *Gegenstand.* Diese Regelung steht im Zusammenhang mit der Anweisung an die Pflegestationen (vgl. unten Rz. 31a und 39), den Angehörigen zwecks Vereinbarung einer allfälligen Besichtigung Adresse und Telefonnummer der Beauftragten bekannt zu geben. Das KSA delegiert die ihm obliegende Hilfestellung bei den ersten Todesfallformalitäten an die Caminada AG und teilt ihr hiezu jeden Todesfall sofort mit.

b) *Begründung.* Die Caminada AG kann aufgrund dieser Befugnis gegenüber den Hinterbliebenen als Beauftragte des KSA auftreten. Damit erreicht dieses Unternehmen im Gegensatz zum Kläger einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil bei der Marktgegenseite.

31. Die in Ziffer 10 der Vereinbarung enthaltene Regelung der **Besichtigung** des Verstorbenen stellt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG dar.

a) *Gegenstand.* Gemäss Ziffer 10 der Vereinbarung weist das KSA alle seine Pflegestationen an, den Hinterbliebenen Adresse und Telefonnummer der Caminada AG bekannt zugeben zwecks Vereinbarung einer allfälligen Besichtigung und Hilfestellung bei den ersten Todesfallformalitäten.

b) *Begründung.* Die Benachrichtigung vom Tod löst das Bedürfnis der Hinterbliebenen aus, sich ihren Verstorbenen im KSA zeigen zu lassen. Da es dafür besondere Vorkehrungen braucht, entsteht daraus naturgemäss die Nachfrage nach entsprechenden Dienstleistungen. Da diese Klausel die Caminada AG direkt mit der Marktgegenseite zusammenbringt, läuft auch sie auf eine wettbewerbsverzerrende Vermittlung hinaus.

32. Die Übertragung des alleinigen freien Rechts auf **Zutritt zu den Sterberäumen** an die Caminada stellt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar.

---

a) *Gegenstand.* Das KSA räumt - in Umsetzung der Vereinbarung - der Caminada AG als einzigem Bestattungsunternehmen den freien Zutritt zu den Sterberäumen ein.

b) *Begründung.* Diese Praxis gibt der Caminada AG eine exklusive Stellung im KSA, die es ihr erlaubt, ihre Konkurrenten praktisch zu beaufsichtigen. Das ist ein Zustand, der sich in keinem Fall mit dem Gedanken des freien Wettbewerbs verträgt.

33. Die in Ziffer 10 der Vereinbarung enthaltene Regelung der **Aufbahrung der Verstorbenen im KSA** stellt - unter Berücksichtigung der oben dargelegten räumlichen Marktabgrenzung - eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG dar.

a) *Gegenstand.* Ziffer 10 der Vereinbarung legt fest, dass das KSA der Caminada AG jeden Todesfall sofort mitteilt im Hinblick auf die allenfalls gewünschte Aufbahrung.

b) *Begründung.* Diese Klausel sichert der Caminada AG einen Informationsvorsprung, dank dem praktisch nur sie in der Lage ist, rechtzeitig die notwendigen Vorbereitungen zu treffen, um die Nachfrage der Hinterbliebenen zu befriedigen.

34. Die in Ziffer 14 der Vereinbarung festgelegte **delegierte Koordinationspflicht** bewirkt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

a) *Gegenstand.* Ziffer 14 der Vereinbarung legt eine Übertragung der Koordinationsaufgabe an die Caminada AG fest. Die Caminada AG wird verpflichtet, "die übrigen Bestattungsunternehmen - vorbehaltlich seiner Koordinationspflicht - gleichberechtigt zu behandeln." Ferner wird festgelegt, dass das KSA sich vorbehält, "die Angehörigen anlässlich der Bekanntgabe der Beauftragten als erste Anlaufstelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, sie seien für die Vergabe des Bestattungsauftrages in der Wahl des Unternehmens frei."

b) *Begründung.* Durch die Delegation der Koordination erhält die Caminada AG einen Teil der "Haus- und Schlüsselgewalt" im KSA und damit zwangsläufig eine dominierende Rolle mit der Möglichkeit, andere Bestattungsunternehmen zu dirigieren und zu beaufsichtigen. Dadurch unterscheidet sie sich von ihnen. Die der Caminada AG auferlegte Verpflichtung (Gleichberechtigung anderer Bestattungsunternehmen) mildert die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der delegierten Koordinationspflicht nicht.

#### **Frage 4**

**Wenn ja, ist sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt?**

**Antwort:** Nein, eine Rechtfertigung der Klauseln in den Ziffern 7, 10 und 14 der Vereinbarung ist ausgeschlossen.

---

## BEGRÜNDUNG

### I. Allgemein

35. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG enthält einen "numerus clausus" an möglichen Rechtfertigungsgründen (vgl. Weko-Entscheid i.S. Citroën vom 19. August 2002; RPW 2002/3, S. 455 ff., Erw. 27).

36. Zudem ist erforderlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung der geltend gemachten Effizienz auch notwendig ist (vgl. oben erwähnten Weko-Entscheid i.S. Citroën, a.a.O., Erw. 27). Diese Voraussetzung ist Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips. Soweit bereits das Verhältnismässigkeitsprinzip gegen die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung spricht, kann die Prüfung der Effizienzgründe generell offen gelassen werden. Vorliegend ist bei den jeweiligen Wettbewerbsbeschränkungen daher im Einzelnen zu prüfen, ob sie notwendig sind, um den als Effizienzgrund vorgegebenen Zweck zu erfüllen.

### II. Im Einzelnen

37. Die in Ziffer 10 der Vereinbarung enthaltene Regelung der **Benachrichtigung** der Hinterbliebenen erfüllt die Rechtfertigungsvoraussetzungen gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG nicht. Die Frage, ob das KSA mit der damit bewirkten Vermittlung der Hinterbliebenen an die Caminada AG einen Effizienzgewinn im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG erzielt, kann offen gelassen werden. Eine solche Benachrichtigung ist gar nicht notwendig, damit das Spital seine Funktion erfüllt (d.h. es den Hinterbliebenen ermöglicht, mit der Marktgegenseite in Kontakt treten zu können). Damit ist das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt und die Klausel nicht zu rechtfertigen.

38. Die in Ziffer 10 der Vereinbarung enthaltene Regelung der **Hilfestellung bei den ersten Todesfallformalitäten** erfüllt die in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG erwähnten Voraussetzungen der Rechtfertigung nicht. Es ist davon auszugehen, dass diese Dienstleistung zu den üblichen Tätigkeiten von Bestattungsunternehmen und somit zum relevanten sachlichen Markt gehört und somit auch vom Kläger erbracht werden kann. Falls hierfür Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die nur beim KSA als Spital bestehen, erscheint die Delegation nicht möglich. Wenn das KSA den Hinterbliebenen für die Bestattungsleistungen ein einziges Bestattungsunternehmen zuweist, so stellt das eine Vermittlung dar. Diese verzerrt den Wettbewerb. Da ein Effizienzgewinn nicht über eine solche Delegation erfolgen kann beziehungsweise nur Tätigkeiten betrifft, die auch andere Bestattungsinstitute

---

übernehmen könnten, ist sie für das Spital nicht notwendig und von daher unverhältnismässig.

39. Es ist im Weiteren nicht ersichtlich, inwieweit das KSA einen Effizienzgewinn dadurch realisieren kann, dass es alle seine Pflegestationen anweist, den Hinterbliebenen Adresse und Telefonnummer der Caminada AG bekannt zu geben zwecks **Vereinbarung einer allfälligen Besichtigung** und Hilfestellung bei den ersten Todesfallformalitäten. Diese nicht notwendige Klausel verhindert, dass die Hinterbliebenen im KSA unbeeinflusst mit ihrer Marktgegenseite in Kontakt treten können. Sie verzerrt damit den Wettbewerb und ist mangels Notwendigkeit und Effizienz nicht zulässig.

40. Das KSA ist gesetzlich nicht verpflichtet, den Hinterbliebenen für die Besichtigung ein Bestattungsunternehmen zu vermitteln, sondern muss lediglich einem Bestattungsunternehmen (und dessen Kunden) ermöglichen, in den Sterberäumlichkeiten eine Besichtigung vorzunehmen. Diese Möglichkeit wird durch die exklusive Regelung des **Zutritts zu den Sterberäumen** (nur Caminada AG) eingeschränkt, was eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge hat. Eine solche Einschränkung der Schlüsselgewalt ist nicht notwendig für die Erzielung von Effizienzgewinnen. Sie ist unverhältnismässig und unzulässig.

41. Die Klausel in Ziffer 10 der Vereinbarung, wonach das KSA der Caminada AG jeden Todesfall im Hinblick auf eine allenfalls gewünschte **Aufbahrung der Verstorbenen** sofort mitteilt, verschafft der Caminada AG einen Zeitvorsprung gegenüber der Konkurrenz. Da sie ein Korrelat zu den Vermittlungsklauseln darstellt, gilt für sie das dort Gesagte (vgl. Rz. 46). Ein allfälliger Effizienzgewinn des KSA ist klein angesichts der Tatsache, dass die Klausel dem Kläger verunmöglichen kann, Bestattungsleistungen zu erbringen (Vorbereitungszeit fehlt). Dadurch schwindet seine Chance, einen Bestattungsauftrag zu erhalten. Die Klausel ist nicht gerechtfertigt und unzulässig.

42. Durch die **delegierte Koordinationspflicht** hat das KSA höchstens einen Effizienzgewinn, weil eine Aufgabe entfällt. Diese gesetzlich nicht vorgesehene Delegation ist nicht notwendig für die Erfüllung der Funktion als Spital. Die Delegation ist unverhältnismässig und daher nicht zu rechtfertigen. Vielmehr ist es dem KSA zumutbar, die Tätigkeiten der Bestattungsunternehmen selber zu koordinieren. Es ist unbestritten, dass die Hinterbliebenen bei einem Todesfall in der Regel unter Stress stehen. Sie sind in dieser Situation eher geneigt, ein naheliegendes Angebot zu ergreifen.

43. Wenn das KSA die Hinterbliebenen - als Abhilfe - derzeit an die Wohngemeinde verweist, so läuft das auf eine administrative Hürde hinaus, die in der Regel nicht überwunden wird. Die Abhilfe durch das KSA ändert somit nichts an der erheblichen Wettbewerbsbeschränkung, die durch die Delegation der Koordinationspflicht entstanden ist.

---

44. Für das KSA entsteht zwar eine Entlastung, wenn es gemäss Ziffer 14 der Vereinbarung den Hinterbliebenen nur die Caminada AG als erste Anlaufstelle angeben muss. Auch diese Delegation ist indes gesetzlich nicht vorgesehen und somit nicht notwendig für die Erfüllung der Funktion als Spital. Nachdem das KSA bei Todesfällen mit den Hinterbliebenen konfrontiert wird, ist es ihm zumutbar, verschiedene Bestattungsunternehmen zu nennen, und eine Auswahl zu ermöglichen. Die Beschränkung ist nicht notwendig und somit unverhältnismässig. Im Übrigen führt sie dazu, dass einer der Konkurrenten von vornherein bevorzugt wird, was eine Wettbewerbsverzerrung bewirkt. Die Beschränkung ist nicht zu rechtfertigen.

45. Soweit dem KSA durch die Bestattungsunternehmen Kosten entstehen, kann es diese auch gegenüber anderen Unternehmen geltend machen.

### **III. Zusammenfassend**

46. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich das KSA nicht billig seiner Aufgaben entledigen und Kosten sparen kann, indem es einen der Konkurrenten bevorzugt und ihm sachlich nicht gerechtfertigte Vorteile vermittelt, durch welche dieser Wettbewerber sich ohne Mehraufwand einen wesentlich grösseren Marktanteil ergattern kann. Die Entlastung erfolgt letztendlich zum Nachteil der Hinterbliebenen, die mangels Wettbewerb höhere Preise bezahlen müssen.

#### **Frage 5**

**Handelt es sich beim Kantonsspital Aarau um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG?**

**Antwort: Nein. Das Leistungsverhältnis (spezifische Bestattungsleistungen) zwischen dem KSA und der Caminada AG fällt nicht unter den relevanten Markt. Eine Prüfung der Nachfragemacht des KSA im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG beziehungsweise Artikel 7 KG entfällt daher.**

#### **BEGRÜNDUNG**

47. 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).

48. Nachdem das KSA weder die typischen Bündel von Bestattungsleistungen nachfragt noch Hinterbliebener ist, kann es für den sachlich relevanten Markt nicht Marktgegenseite sein. Das Leistungsverhältnis zwischen dem KSA und der Caminada AG bezüglich der dort vereinbarten Bestattungsleistungen fällt nicht unter den relevanten Markt. Damit entfällt die Frage nach einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung.

---

**Frage 6**

***Hat sich das KSA unzulässiger Verhaltenweisen im Sinne von Artikel 7 KG bedient, insbesondere in der Form***

***- der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG, indem es sich weigert, den Angehörigen der Verstorbenen auch das Bestattungsunternehmen des Klägers zu nennen?***

***- der Koppelung von Bedingungen an Verträge im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f, indem bei den Angehörigen von Verstorbenen der Anschein erweckt wird, mit dem allgemeinen Behandlungsvertrag sei zugleich eine Vereinbarung über die Wahl des Bestattungsinstituts verbunden?***

**Antwort: Diese Frage kann offen bleiben, da keine Marktherrschaft durch das KSA im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG vorliegt.**

**BEGRÜNDUNG**

49. Vergleiche obige Erwägungen.

**Ergänzende Bemerkungen**

**Die Weko hat keine ergänzenden Bemerkungen.**

---

**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	Bundesgesetz 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	Bundesgesetz 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	Bundesgesetz 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	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale 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 Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMaI	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
<b>M</b>		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
<b>N</b>			
<b>O</b>		<b>S</b>	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung 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	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	<b>T</b>	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
<b>P</b>		TApp	Tribunale d'Appello
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	<b>U</b>	
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
<b>Q</b>		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
<b>R</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	<b>V</b>	
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)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>W</b>	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
		WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

**X****Y****Z**

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

---

## Index

### A

abgestimmtes Verhalten -  
 abgestimmte Verhaltensweise 252 f., 261,  
 271, 278 f., 282 f., 391  
 Abrede 241 f., 252 ff., 259 ff., 278, 280, 284,  
 286, 288 f., 294, 421, 463 f., 468 f., 492  
 Acquiring -  
 Anhörung -

### B

### C

### D

### E

Einstellung einer Untersuchung -  
 einvernehmliche Regelung 271, 276, 292 ff.

### F

### G

geografische Beschränkungen -

### H

### I

Indizienbeweis -

### J

### K

kollektive Marktbeherrschung -  
 Kontrolle von Unternehmenszusammen-  
 schlüssen 242, 284, 305, 382, 426, 490  
 Koppelungsgeschäft 429, 434  
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

### L

legitimate business reasons 249, 254, 429 f.,  
 473

### M

marktbeherrschende Stellung 241 f., 246,  
 249, 303, 312 f., 352 f., 356, 366, 404, 412,  
 427, 432, 440, 472  
 Marktgegenseite 242 ff., 249, 284 f. 288, 290  
 f., 299, 301, 305, 311, 316, 318, 354, 357 f,  
 381, 384, 426 ff., 464 f., 488 ff., 495 ff.  
 Marktzutrittsschranken 427 f., 438 f.  
 Meldepflicht 299, 305, 316, 381  
 Missbrauch 241, 249, 393, 395, 428, 435, 463,  
 473

### N

### O

### P

Parallelverhalten -

### Q

### R

Reduktion der Sanktion -

### S

Submission -  
 Submissionskartell -

### T-

Tarife 271, 273, 278, 283, 291

### U

Untersuchung 265, 271 f., 274 ff., 280, 284,  
 294, 387 ff., 392 ff., 403 ff., 407, 409, 421,  
 436, 447 f., 450  
 unzulässige Wettbewerbsabrede 240, 242,  
 252, 255, 260, 264, 277 f., 387, 394, 457,  
 471, 491 f.

### V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede  
 -  
 Veröffentlichung 352

Verschulden 474 f.

**W**

vorbehaltene Vorschriften 242, 260, 277, 394,  
418

**X**

**Y**

**Z**

---