



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

2003/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL
Vertrieb Publikationen
CH-3003 Bern

www.bbl.admin.ch/
bundespublikationen

Preis Einzelnummer:
CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.--
(Form: 701.000.03/3)

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

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

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
--------------------------------------	-----

2003/3

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

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

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

Oktober / octobre / ottobre 2003

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	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	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	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	
C	Pratique des tribunaux civils	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	Développements	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	Divers	

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	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	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**2003/3**

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

1. Vorsorgliche Massnahmen
Mesures provisionnelles
Misure cautelari

1. ETA SA Fabriques d'Ebauches 504

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Credit Suisse/Bank Linth 514

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft) 529
 2. Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG 549
 3. Schlachtbetrieb St. Gallen AG 552
 4. Coop/Waro 559
 5. Total Holdings UK Ltd./Samsung General Chemicals Co. Ltd. 602
 6. Candover/Cinven mit BertelsmannSpringer 606

7. Stellungnahmen
Préavis
Preavvisi

1. Vernehmlassung zu den Ausführungsbestimmungen zum
 Landwirtschaftsgesetz und zum Tierseuchengesetz
 (Agrarpolitik 2007) 611

9. Diverses
Divers
Diversi

1. Vergabe zusätzlicher GSM 1800 Frequenzen 617
 2. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 1. September
 2003 zuhanden der Preisüberwachung über die Aus-
 legung von Artikel 33 HMG 623

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

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

1. BKW FMB Energie AG 639
 2. Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse 653

B 4 Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

1. Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse AG,
Migros-Genossenschafts-Bund, Wettbewerbskommission,
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen 695
2. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. 707

D Entwicklungen**Développements****Sviluppi****D 2 Bibliografie**

Bibliographie

Bibliografia 712

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 716**Index (deutsch, français e italiano) 719**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. ETA SA Fabriques d'Ebauches

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG

Pratiques illicites d'entreprise en position dominante, art. 7 LCart

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato, art. 7 LCart

Décision de la Commission de la concurrence du 17 février 2003 en l'affaire ETA SA Fabriques d'Ebauches concernant l'amendement des mesures provisionnelles ordonnées dans la décision de la Commission de la concurrence du 18 novembre 2002

A. En fait

1. Le 18 novembre 2002, la Commission de la concurrence (ci-après "Comco") a rendu une décision incidente dans l'affaire ETA SA Fabriques d'Ebauches (ci-après "ETA"), Granges. Cette décision ordonnait des mesures provisionnelles fondées sur un accord amiable négocié par le secrétariat de la Comco avec ETA.

2. ETA est une société du Swatch Group SA, Bienne. Son activité consiste dans le développement et la production de masse de composants horlogers, de mouvements et de montres. Il convient de mentionner également que la raison sociale de ETA a récemment été modifiée et que cette société s'appelle dorénavant ETA SA Manufacture horlogère suisse.

3. Dans la décision du 18 novembre 2002, la Comco oblige d'abord ETA à poursuivre, pour la durée de la procédure menée devant elle, les livraisons à ses clients existants sous forme de 85% d'ébauches et de 15% de mouvements terminés (ch. 1.1. du dispositif, DPC 2002/4, p. 603). La décision prévoit ensuite que les prix couvrent les coûts ("kostendeckend") et comprennent une marge habituelle pour l'industrie ("marktübliche Marge") (cf. ch. 1.5.a. du dispositif, DPC 2002/4, p. 604). Enfin, ETA s'engage à se soumettre à un tribunal arbitral en cas

de désaccord avec un de ses clients (ch. 1.6. du dispositif, DPC 2002/4, p. 605).

4. Le 21 et le 25 novembre 2002, les entreprises dénonciatrices dont Sellita Watch Co SA (ci-après "Sellita"), la Chaux-de-Fonds, ont retiré leur demande de mesures provisionnelles suite à la décision de la Comco.

5. Sellita est une société anonyme de droit suisse avec siège à la Chaux-de-Fonds. L'activité principale de Sellita est le montage de mouvements mécaniques, c'est-à-dire l'assemblage d'ébauches auxquelles est rajouté l'assortiment pour former un mouvement terminé.

6. Le 28 novembre 2002, le secrétariat de la Comco a reçu à titre d'information une liste de prix pour l'année 2003 lors d'une rencontre avec des responsables de la maison ETA. Le secrétariat de la Comco ne s'est toutefois jamais prononcé sur l'admissibilité de ces prix.

7. Le 13 décembre 2002, Sellita a envoyé un courrier dans lequel elle se plaignait des prix annoncés par ETA qui pouvaient représenter, sur certains calibres, 20% à 25% d'augmentation par rapport à l'année 2002.

8. Le 16 décembre 2002, Sellita (ci-après "la requérante") a déposé une requête de mesures provisionnelles, demandant que la décision du 18 novembre 2002 soit amendée en complétant le chiffre 5 lettre a du dispositif de la décision de la Comco du 18 novembre 2002 comme suit:

"Kommt zwischen der ETA und den Kunden keine Einigung zustande, so kann die ETA ab 1. Januar 2003 die Preise verlangen, die am 18. November 2002 galten, erhöht um höchstens 3,5%. Diese Preise gelten bis und mit drei Monate nach Rechtskraft des Urteils des gemäss Ziffer 6 angerufenen Schiedsgerichts. Falls das Schiedsgericht feststellt, dass für bestimmte Ebauches ab 1. Januar 2003 Preise gerechtfertigt gewesen wären, die über den am 18. November 2002 geltenden, um 3,5% erhöhten Preisen liegen, so kann die ETA die Differenz nachverlangen."

9. Le 17 décembre 2002, le secrétariat de la Comco a informé ETA des reproches qui lui étaient adressés par la requérante. Le 23 décembre 2002, ETA a réagi en précisant qu'elle respectait la décision du 18 novembre 2002 et que c'était au tribunal arbitral d'examiner la question de l'admissibilité des augmentations de prix.

10. Le 17 décembre 2002, le secrétariat de la Comco a également répondu au courrier de la requérante en lui indiquant la possibilité qu'elle avait de saisir un juge civil ou le tribunal arbitral pour régler le différend qu'elle avait rapporté dans ses courriers du 13 et 16 décembre 2002.

11. Le 18 décembre 2002, la requérante a demandé que la Comco se détermine formellement sur sa requête de modification de la décision de la Comco du 18 novembre 2002.

12. Le 14 janvier 2003, le secrétariat de la Comco a demandé à la requérante des informations plus détaillées en relation avec les conditions requises pour modifier des mesures provisionnelles.

13. Le 22 janvier 2003, la requérante a fourni des explications qui ont donné lieu, le 24 janvier 2003, à un courrier du secrétariat de la Comco dans lequel celui-ci faisait part de ses interrogations quant à certaines des explications fournies et demandait à la requérante de confirmer sa volonté d'obtenir une décision formelle concernant sa demande d'amendement de la décision de la Comco du 18 novembre 2002 (cf. n. 1).

14. Le 28 janvier 2003, la requérante a apporté certaines précisions aux explications fournies dans ses courriers précédents. En outre, elle a confirmé sa demande d'amendement et a requis une décision formelle de la part de la Comco.

15. Le 4 février 2003, le secrétariat de la Comco a soumis le projet de décision à la requérante dans le cadre de son droit d'être entendu.

16. Le 10 février 2003, la requérante a fait parvenir une prise de position écrite.

B. En droit

I Compétence

17. La prise de mesures provisionnelles présuppose qu'une enquête selon l'article 27 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251) soit ouverte. Cette condition est remplie dans le cas présent puisqu'une enquête a été ouverte le 4 novembre 2002 contre ETA.

18. La Comco est compétente pour modifier les mesures provisionnelles qu'elle a prises si la situation l'exige, même si sa décision n'a pas été attaquée.

II Conditions matérielles

19. Les mesures provisionnelles sont des dispositions qui sont prises au commencement d'une procédure cartellaire ou durant celle-ci. Matériellement, elles ont pour but de régler provisoirement une situation jusqu'à l'achèvement de la procédure principale. Formellement, il s'agit d'une décision incidente qui est l'aboutissement d'une procédure sommaire (DPC 1998/2, p. 211).

20. La modification de mesures provisionnelles existantes - ou l'addition de nouvelles mesures - nécessite un examen des conditions nécessaires pour la prise de toute mesure provisionnelle.

21. Ces conditions, cumulatives, sont au nombre de quatre: (a) la requête au fond ne doit pas apparaître d'emblée dénuée de toutes chances de succès; (b) le requérant doit subir un préjudice difficilement réparable; (c) la mesure ordonnée doit être dictée par l'urgence; (d) la mesure ordonnée doit être proportionnelle (DPC 1999/3, p. 396; DPC 1998/2, p. 211).

22. La requérante fait valoir que les décisions incidentes, telles que la décision de la Comco du 18 novembre 2002, peuvent être modifiées après un examen allégé des conditions ("unter erleichterten Voraussetzungen abänderbar"). On ne peut suivre ce raisonnement en l'espèce. La requérante demande à la Comco de modifier unilatéralement des mesures provisionnelles qui reposent sur un engagement volontaire d'ETA qui a permis un examen allégé des conditions d'application dans la décision de la Comco du 18 novembre 2002 (cf. n. 16, DPC 2002/4, p. 597). Par conséquent, une telle modification nécessite que l'on examine à nouveau les quatre conditions pour ordonner des mesures provisionnelles.

23. En outre, la partie qui demande la modification de mesures provisionnelles a un devoir particulier de collaboration avec l'autorité, notamment en alléguant les faits et en présentant les moyens de preuve qui doivent conduire à une telle modification.

24. Dans sa demande d'amendement de la décision du 18 novembre 2002, la requérante motive, du moins partiellement, les quatre conditions susmentionnées (cf. n. 21). Les connaissances actuelles de la Comco permettent l'analyse suivante:

1. Pronostic favorable

25. Dans le cadre du pronostic favorable, la Comco examine s'il est vraisemblable que les restrictions à la concurrence soulevées dans la requête existent ou se réalisent et que les mesures provisionnelles soient confirmées par la décision finale (DPC 1998/4, p. 590, DPC 1998/2, p. 211).

26. En l'espèce, il s'agit de déterminer s'il est vraisemblable que les augmentations de prix annoncées par ETA constituent un abus de position dominante. L'analyse contenue dans la décision du 18 novembre 2002 peut servir de base à la réflexion. Toutefois, l'imposition unilatérale de mesures provisionnelles exige de la Comco qu'elle établisse les diverses conditions avec un degré de preuve plus élevé que dans une décision fondée sur un accord amiable, telle que celle du 18 novembre 2002.

27. Cette exigence liée au degré de la preuve oblige la Comco à établir avec plus de rigueur d'une part la position dominante et d'autre part le caractère abusif des pratiques en question. Toutefois, cette question peut rester ouverte si au moins une autre condition pour l'adoption de mesures provisionnelles n'est pas remplie (cf. n. 31 ss.).

1.1. Entreprise en position dominante

28. Par entreprise en position dominante, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart). Afin d'établir une position dominante, il convient au préalable de déterminer le marché de référence (DPC 2001/2, p. 271).

29. Pour l'établissement de la position dominante d'ETA sur le marché pertinent, la requérante n'apporte pas directement d'éléments nouveaux mais se réfère à ses écritures passées, y compris à celles ayant servi à la décision de la Comco du 18 novembre 2002, ainsi qu'à la décision elle-même du 18 novembre 2002.

30. La Comco a fondé sa décision du 18 novembre 2002 sur des indices claires de la position dominante d'ETA sur le marché pertinent (DPC 2002/4, p. 598 s.). Il n'y a pas lieu d'y revenir.

1.2. Pratiques abusives

31. La requérante reproche à ETA les pratiques suivantes. Premièrement, les augmentations de prix pratiquées par ETA auraient pour but de torpiller ("torpedieren") les mesures prises par la Comco dans sa décision du 18 novembre 2002 (Die beantragte Ergänzung soll gewährleisten, "dass die ETA den von der Weko angeordneten vorläufigen Rechtsschutz nicht durch [...] Preiserhöhungen unterläuft und sabotiert"). Deuxièmement, les augmentations de prix de 20% à 25% seraient en soi un abus de position dominante qui s'apparente à un refus de livrer ("Die Ankündigung der betreffenden Preiserhöhungen zeigt in optima forma, dass die ETA marktbeherrschend ist - sie bestimmt ihr Verhalten ohne auf [nicht vorhandene] Konkurrenten, welche mechanische [Swiss made] Ebauches anbieten würden, Rücksicht nehmen zu müssen - und dass sie diese Stellung missbraucht", "[...] Preiserhöhungen [wirken sich] gleich oder annähernd gleich wie ein Lieferstopp [aus]"). Troisièmement les augmentations de prix seraient abusives car elles visent principalement les calibres que la requérante commande en quantité importante, ce qui constitue donc une discrimination ("Die ETA [erhöht] die Preise gezielt weitaus in grösstem Umfang bei den Kalibern, welche die Sellita in beträchtlichen Mengen bezieht").

32. La Comco est d'avis que les mesures prises par ETA ne torpillent pas sa décision du 18 novembre 2002. En obligeant ETA à poursuivre ses livraisons d'ébauches, la Comco était consciente des litiges qui pouvaient naître entre ETA et ses clients, notamment en ce qui concerne les prix. C'est pourquoi, elle a intégré à sa décision le point 6 de la déclaration d'engagement ("Verpflichtungserklärung") qui prévoit un tribunal arbitral chargé de trancher ce type de litige entre ETA et un de ses clients.

33. En l'espèce, le litige sur les prix mentionné par la requérante relève des relations bilatérales entre elle-même et ETA. La requérante n'établit pas que ce litige va au-delà de ces relations bilatérales.

2. Préjudice difficilement réparable

34. Dans le cadre du préjudice difficilement réparable, la Comco examine si la concurrence efficace et - si une requête a été déposée - le requérant risquent de subir un préjudice difficilement réparable avant que la décision finale puisse être prise.

35. Un dommage est difficilement réparable notamment lorsqu'il est essentiellement immatériel, ou risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, ou si la solvabilité du cité semble douteuse (ATF 114 II 368 consid. 2a, DPC 1998/2, p. 212). Le préjudice est difficile à chiffrer en particulier lorsque le requérant risque de perdre une partie de sa clientèle ou de voir d'une manière ou d'une autre sa position économique affaiblie; il est également difficile à compenser lorsque le dommage causé ne pourra pas être réparé, ainsi lorsqu'il est porté atteinte à la réputation du requérant (DPC 1999/2, p. 302). Il en va également ainsi lorsqu'il y a un risque de changement de structure grave et irréversible sur le marché concerné (DPC 1998/4, p. 595). Enfin, il faut un lien de causalité entre un tel dommage et la restriction illicite à la concurrence dont la vraisemblance a été établie (DPC 1998/2, p. 204 ss.).

36. A juste titre, la requérante souligne que la LCart protège à la fois l'institution de la concurrence et les entreprises victimes d'un comportement abusif d'une entreprise dominante ("Art. 7 KG schützt im Übrigen nicht nur die Funktion des Wettbewerbs an sich, sondern durchaus auch einzelne Firmen, die Opfer einer missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens sind"). Toutefois, la requérante semble dire qu'un dommage difficilement réparable pour la concurrence efficace n'a pas besoin d'être rendu vraisemblable pour ordonner des mesures provisionnelles. La Comco est d'avis que, pour pouvoir ordonner des mesures provisionnelles, il faut établir que la concurrence efficace subit un dommage difficilement réparable en raison du comportement contesté (DPC 2002/4, p. 585 ss., n. 82 ss.).

2.1. Pour la requérante

37. Premièrement, la requérante fait valoir que les calibres auxquels elle a droit selon la décision de la Comco du 18 novembre 2002 ont subi des augmentations de prix très importantes (jusqu'à 25% par rapport aux prix de 2002), alors que ceux utilisés au sein du groupe Swatch n'ont subi que des augmentations mineures ("Die ETA diskriminiert mit den Preiserhöhungen speziell die Sellita [auf den ihr in grossen Mengen bezogenen Kalibern erfolgen Preiserhöhungen von über 20% bis über 25%, während die vorwiegend von den Unternehmen der Swatch Group verwendeten Kaliber weit tiefere Preiserhöhungen erfahren].") Une telle augmentation ciblée peut certes repré-

senter un dommage. Toutefois, ce dommage n'est pas difficilement réparable. Au contraire, le paiement d'un prix trop élevé est quantifiable, et donc réparable au cas où les augmentations de prix imposées par ETA devaient constituer un abus de position dominante.

38. Deuxièmement, la requérante fait valoir que certains de ses clients, fabricants de montres, ont renoncé à acheter ses mouvements au profit de mouvements chinois ou sont sur le point de le faire ("Gerade heute telefonierte wieder ein Abnehmer aus Hongkong und teilte dem Direktor der Sellita mit, dass er künftig chinesische [Werke] kaufen werde, weil für ihn die erhöhten, in Schweizer Franken fakturierten Preise für Sellita-Mouvements die Vorteile des "Swiss Made" nicht mehr aufzuwiegen vermöchten"). Elle évoque le caractère irréparable d'un changement de fournisseur dans l'industrie horlogère, sans pour autant démontrer que cette remarque isolée ait porté à conséquence.

39. Dans sa prise de position du 10 février 2003, la requérante modifie quelque peu la teneur de son argument. Elle avance qu'en raison des augmentations de prix pour les calibres auxquels elle a droit, elle va perdre une partie de ses clients qui vont préférer s'approvisionner en mouvements mécaniques assemblés auprès d'ETA ou vont abandonner le marché des mouvements mécaniques pour s'approvisionner en mouvements à quartz ("die beanstandeten exorbitanten, die Gesuchstellerin diskriminierenden Preiserhöhungen würden bewirken, dass die Abnehmer der Sellita abspringen und - insbesondere bei der ETA - andere mechanische [Swiss made] Mouvements beziehen, oder dass sie den Markt mechanischer [Swiss made] Movement verlassen").

40. La Comco considère que ces affirmations de la requérante ne sont pas suffisamment fondées. La requérante ne mentionne qu'une possibilité théorique sans apporter d'éléments qui permettent d'établir qu'une telle situation existe ou est même vraisemblable. Les connaissances actuelles de la Comco ne laissent en rien entrevoir une telle issue comme vraisemblable.

41. Troisièmement, lorsqu'elle évoque la proportionnalité de l'amendement proposé, la requérante affirme qu'il y va de sa pérennité et de sa survie ("[...] das Interesse der Gesuchstellerin an der Weiterexistenz und Fortführung ihrer kreativen, qualitativ hoch stehenden Tätigkeit [...]"). En l'espèce, cette affirmation est insuffisamment motivée par la requérante. Il semble que si les augmentations de prix entament la capacité concurrentielle de la requérante, elles ne mettent toutefois pas en danger sa survie économique. Au vu des connaissances actuelles, la Comco considère donc que la requérante n'est pas menacée dans son existence.

2.2. Pour la concurrence efficace

42. Premièrement, la requérante fait valoir qu'elle n'est pas la seule touchée par ces mesures ("Die Sellita ist sodann nicht die einzige, wenn auch die am intensivsten betroffene Firma"). Au vu des connaissances actuelles de la Comco, les augmentations de prix décidées par ETA ne risquent pas de provoquer un changement de structure grave et irréversible sur le marché des acheteurs d'ébauches. Les dommages que fait valoir la requérante relèvent d'une relation bilatérale et doivent dès lors faire l'objet d'une procédure devant un juge civil ou devant le tribunal arbitral prévu par la décision de la Comco du 18 novembre 2002.

43. Deuxièmement, la requérante fait également valoir que la concurrence efficace est atteinte parce que ses clients sont également concernés par les augmentations de prix décidées par ETA ("Die von [Sellita] belieferten Unternehmen sind mittelbar betroffen"). Au vu des connaissances actuelles de la Comco, les augmentations de prix imposées par ETA ne causent pas un préjudice difficilement réparable aux marques de montre, clientes de la requérante, et ne mettent pas en danger leur existence économique. En effet, le prix de l'ébauche ne représente qu'une petite portion du prix final d'une montre mécanique "Swiss made". La requérante a la possibilité de répercuter les augmentations de prix des ébauches sur ses clients. Les augmentations imposées par ETA sur les ébauches ne désavantagent pas les marques de montre au point de mettre en péril la structure actuelle du marché.

44. Troisièmement, la requérante fait valoir que son exclusion du marché des ébauches mécaniques serait constitutif d'un dommage irréparable pour la concurrence efficace puisqu'elle est, et de loin, l'acheteur d'ébauches mécaniques le plus important ("Missbraucht die ETA ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Ebauches, um ihren wichtigsten Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Mouvements abzuwürgen, so schaltet sie den auf diesem Markt zweitwichtigsten Marktteilnehmer aus, was sicher die Struktur gravierend modifiziert"). D'après les connaissances de la Comco, la requérante est le plus important client d'ébauches mécaniques d'ETA. Toutefois, la Comco est d'avis que les augmentations de prix imposées par ETA ne mettent pas en danger l'existence économique de la requérante et ne vont pas entraîner son exclusion du marché (cf. n. 42 et 44). Dès lors, le risque d'un dommage difficilement réparable n'est pas vraisemblable en raison des augmentations de prix imposées par ETA.

2.3. Conclusion provisoire

45. Au vu des développements précédents, il découle que l'exigence d'un préjudice difficilement réparable n'est pas réalisée.

3. Urgence

46. Dans le cadre de la condition de l'urgence, la Comco examine si le requérant rend vraisemblable que le dommage difficilement réparable se produira avant que la décision principale ne soit rendue (DPC 2002/4, p. 601, n. 28).

47. La requérante fait valoir le fait que des clients sont sur le point de chercher une nouvelle source d'approvisionnement pour leurs mouvements ("es besteht die Gefahr, dass die durch das Vorgehen der ETA nun erneut verunsicherte Kundschaft der Sellita rasch zusammenschmilzt").

48. En l'espèce, cette question peut rester ouverte puisque la deuxième condition, l'exigence d'un dommage difficilement réparable, n'est pas remplie.

4. Proportionnalité

49. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, la Comco examine si les mesures provisionnelles sont aptes à supprimer le préjudice, sont nécessaires pour le supprimer et si l'intérêt à ordonner de telles mesures est plus grand que les intérêts opposés (DPC 2002/4, p. 601, n. 29).

50. La requérante fait valoir que l'amendement des mesures provisionnelles demandé est proportionnel parce que d'un côté, il y va de la pérennité et de la survie de la requérante et, de l'autre, le marché des ébauches ne concerne qu'un pour-cent (1%) du chiffre d'affaires du groupe Swatch ("Das öffentliche Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs [...] sowie das Interesse der Gesuchstellerin an der Weiterexistenz und Fortführung ihrer kreativen, qualitativ hoch stehenden Tätigkeit überwiegen bei weitem das Interesse der Gesuchsgegnerin: nach eigener Erklärung der Swatch Group macht der Rohwerkbereich lediglich 1% ihres Umsatzes [ca. €[...] Mia.] aus").

51. En l'espèce, cette question peut rester ouverte puisque la deuxième condition, l'exigence d'un dommage difficilement réparable, n'est pas remplie.

52. Néanmoins, on peut se poser la question de savoir si la modification des mesures provisionnelles serait proportionnelle, vu que la requérante a renoncé jusqu'à ce jour à s'adresser à un juge civil ou à faire usage de la procédure arbitrale prévue dans la décision de la Comco du 18 novembre 2002.

C. Frais

53. Selon l'Ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart, RS 251.2), celui qui occasionne une procédure administrative est tenu de s'acquitter d'un émolument (art. 2 Ordonnance sur les émoluments LCart).

54. En l'espèce, la requérante a initié et a maintenu sa demande de décision formelle: c'est donc elle qui a occasionné la présente procédure.

55. Selon l'article 4 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré et 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.

56. En l'espèce, la Comco ne voit aucune raison de réduire ou d'augmenter l'émolument. Par conséquent, il convient d'appliquer un tarif horaire de CHF 130.- pour les [...] heures consacrées à la présente procédure au 17 février 2003. Cette durée correspond uniquement au travail nécessaire pour traiter la requête de modification des mesures provisionnelles, à l'exclusion du temps consacré à l'enquête au fond. L'émolument s'élève donc à CHF [...] ([...] heures x CHF 130.-). A ce montant s'ajoute une majoration forfaitaire pour les frais de port, fax, copies et téléphones de 1,5%, soit CHF [...], ce qui porte les frais à un montant total de CHF [...].

D. Conclusions

La Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. rejette la requête.
 2. [Frais]
 3. [Voie de recours]
 4. [Notification]
-

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Credit Suisse/Bank Linth

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Abschreibungsverfügung vom 19. Mai 2003 in Sachen Untersuchung der Kooperation Credit Suisse - Bank Linth gemäss Artikel 27 KG betreffend allfällig unzulässiger Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG) und allfälligem Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung der Credit Suisse (Art. 7 KG). Die im Mai 2002 eröffnete Untersuchung sollte aufzeigen, welche Auswirkungen eine enge Zusammenarbeit im Informationstechnologie-Bereich zwischen einer Gross- und Regionalbank auf das wettbewerbliche Verhalten der beiden Institute haben könnte. Bedenken erweckten insbesondere die über die IT-Zusammenarbeit hinausgehenden Kooperationsbereiche. Die Weko befürchtete, dass die breite Kooperationsbasis als Grundlage für eine Verhaltensabstimmung über Preise, Absatzgebiete oder Kunden dienen könnte. Fraglich war auch, ob die Credit Suisse durch die vorgesehene Kooperation eine allenfalls (kollektiv) marktbeherrschende Stellung im IT-Markt für Bankdienstleistungen sowie im Markt für KMU-Kredite missbrauchen könnte. Das Verfahren wurde infolge Aufgabe des Kooperationsvorhabens eingestellt.

Décision du 19 mai 2003 dans l'enquête concernant la coopération Credit Suisse - Banque Linth selon l'article 27 LCart portant sur un éventuel accord (art. 5 LCart) et un éventuel abus de position dominante (collective) de la part de Credit Suisse (art. 7 LCart). L'enquête, ouverte en mai 2002, avait pour but de démontrer les conséquences possibles d'une collaboration étroite d'une grande banque avec une banque régionale dans le domaine de la technologie de l'information (IT) sur les comportements concurrentiels des deux instituts. La coopération, particulièrement celle allant au-delà du domaine IT, a éveillé des soupçons. La Comco craignait que cette coopération étendue serve de base à un accord de prix, de répartition géographique des marchés ou en fonction des partenaires commerciaux. La Comco a aussi cherché à savoir si Credit Suisse, par le biais de la coopération prévue, pouvait abuser de son éventuelle position dominante (collective) sur le marché IT pour les services bancaires ainsi que sur le marché des crédits com-

merciaux aux PME. La Comco a clôturé la procédure suite à l'abandon du projet de coopération.

Decisione del 19 maggio 2003 di chiudere, senza seguito, l'inchiesta sulla cooperazione Credit Suisse - Bank Linth giusta l'articolo 27 LCart relativa a possibili accordi illeciti (art. 5 LCart) e eventuale abuso di posizione dominante (collettiva) del Credit Suisse (art. 7 LCart). L'inchiesta, aperta nel maggio 2002, aveva come scopo di mostrare, quali conseguenze avrebbe avuto, sul loro comportamento concorrenziale, una stretta collaborazione nell'ambito della tecnologia dell'informazione (IT) fra una grande banca e una banca regionale. Erano soprattutto i settori di cooperazione fra i due istituti che andavano oltre la collaborazione nell'ambito dell'IT a sollevare riserve. La Comco temeva, che un'ampia cooperazione avrebbe potuto servire quale base per concordare i comportamenti relativi ai prezzi, alla clientela o alla ripartizione territoriale. In dubbio era anche il fatto che il Credit Suisse avrebbe potuto, attraverso la prevista cooperazione, abusare di un'eventuale posizione dominante (collettiva) sul mercato IT dei servizi bancari e sul mercato dei crediti commerciali alle PMI. La Comco ha chiuso la procedura in seguito all'abbandono del progetto di cooperazione.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die beiden Banken Credit Suisse, mit Sitz in Zürich (nachfolgend: "CS"), und Bank Linth, mit Sitz in Uznach/SG (nachfolgend: "BL"), unterzeichneten am 19. November 2001 eine Kooperationsvereinbarung, wonach die beiden Unternehmen die Entwicklung einer neuen Vertriebsform für den schweizerischen Retailmarkt zum Ziel hatten.
 2. Die CS ist als Tochtergesellschaft der Credit Suisse Group mit der Winterthur Versicherung in der Geschäftseinheit Credit Suisse Financial Services zusammengefasst. Sie ist als Universalbank sowohl in der Schweiz wie auch weltweit tätig und bietet neben dem Vermögensverwaltungsgeschäft (Private Banking) die für Firmen- und Individualkunden (Corporate and Retailbanking) typischen Bankprodukte und -dienstleistungen (Sparen und Vorsorgen, Zahlungsverkehr, Hypothekar-, Firmen-, Privatkredite usw.) an.
 3. Die BL ist als Regionalbank im Einzugsgebiet der Linthebene (oberes Zürichseeufer, Linthebene, Sarganserland) tätig und bietet ebenfalls typische Retaildienstleistungen an. Bis Ende 2003 wird die BL Aktionärin der RBA-Holding sein und diverse Dienstleistungen bei deren Tochtergesellschaften (RBA-Finanz, RBA-Zentralbank, RBA-Service, RBA-Dienste) beziehen.
 4. Die Kooperationsvereinbarung vom 19. November 2001 sah vor, dass sich die CS in der Grössenordnung von 5% an der BL beteiligt und
-

mittelfristig den Anteil am Aktienkapital auf 1/3 erhöhen kann, sollte die BL aus der RBA-Gruppe ausscheiden oder den Aktionärsbindungsvertrag mit den übrigen RBA-Banken aufheben. Weiter sah die Vereinbarung vor, dass die BL die CS als Aktionärin anerkennt und "mit allen Rechten einer Aktionärin ins Aktienbuch einträgt". Zudem würde die BL, sollte die CS dies beantragen, der ordentlichen Generalversammlung der BL eine von der CS empfohlene Persönlichkeit den Aktionären zur Wahl in den Verwaltungsrat vorschlagen. Das von der CS vorgeschlagene VR-Mitglied sollte "keine Vorrechte irgendwelcher Art" haben.

5. Im Hinblick auf die Erhöhung der Beteiligung auf einen Drittel vereinbarten die Parteien in der Kooperationsvereinbarung, dass sie eine Optimierung des Geschäftsstellennetzes auf dem heutigen Tätigkeitsgebiet der BL prüfen würden. Dabei bekundeten die beiden Banken die Absicht, "im Rahmen der Bereinigung des Geschäftsstellennetzes kleinere und mittlere Kunden (Firmen- und Privatkunden) bei der BL und Kunden mit komplexeren Bedürfnissen bei der CS zu betreuen". Gleichzeitig erklärte die CS in der Vereinbarung, die Schliessung kleinerer Geschäftsstellen im gemeinsamen Gebiet zu prüfen.

6. In der Vereinbarung erklärte die BL zudem ausdrücklich, sie werde "freiwillig keine neuen und weiteren Verpflichtungen mehr gegenüber der RBA-Gruppe eingehen". Zudem würden "bestehende Verbindungen aller Art mit Banken ausserhalb der RBA-Gruppe laufend zu Gunsten von neuen Zusammenarbeitsformen mit der CS aufgelöst". Für den Fall des Austritts der BL aus der RBA-Gruppe bot die CS der BL zwecks ordentlicher Weiterführung des Bankgeschäfts die "nötigen Dienste und Sicherheiten" an (insbesondere Migration von der IT-Plattform der RBA-Gruppe auf diejenige der CS und Backoffice-Betrieb im weitesten Sinne, Erbringung von Dienstleistungen des Cash-Managements oder Abwicklung von Zahlungsverkehrs-, Geldmarkt-, Börsen- und Devisengeschäften, Unterstützung bei Audit, Compliance, Rechtsdienst, Sicherheit und Ausbildung).

7. Vorgesehen war in der Kooperationsvereinbarung auch eine Refinanzierung der BL durch die CS "in einer noch zu bestimmenden Höhe (CHF [...])". Der vereinbarte Rahmenkredit sollte zum Zwecke der Refinanzierung [...] sowie zur [...] dienen.

8. Weiter enthielt die Kooperationsvereinbarung eine Erklärung der BL, wonach sie beabsichtige, "in allen Bereichen mit der CS zusammen zu arbeiten, sofern dies unter Einhaltung der Verträge mit der RBA-Gruppe möglich und zulässig sei". Beide Parteien erklärten zudem, dass "die Vereinbarung gemäss der wirtschaftlichen Entwicklung und der Veränderung der Bankenwelt weiter entwickelt werden könne und solle". Gleichzeitig nahm die BL zustimmend zur Kenntnis, dass die CS frei sei, "ausserhalb des Geschäftsgebiets der BL gleiche oder

ähnliche Regelungen mit anderen Banken oder Institutionen einzugehen".

9. Mit Schreiben vom 19. Februar 2002 reichten die Parteien beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") eine Zusammenschlussmeldung über das geplante Vorhaben ein. Darin machten diese insbesondere geltend, bei der Kooperationsvereinbarung vom 19. November 2001 handle es sich lediglich um eine Absichtserklärung, welche nicht unmittelbar umsetzbar sei, weshalb die Bestimmungen im Einzelnen durch vertragliche Regelungen umgesetzt werden müssten. Gleichzeitig wurde dem Sekretariat zur Kenntnis gebracht, dass die CS in diesem Zeitpunkt bereits Aktien der BL im Umfang von 1,5% des Aktienkapitals respektive der Stimmen erworben und der BL zusätzlich [...] einen Rahmenkredit von CHF [...] für die Refinanzierung [...] eingeräumt hatte.

10. Am 29. April 2002 unterzeichneten CS und BL sodann zuhanden des Sekretariats ein Dokument mit dem Titel "Auslegende Erklärung zur Vereinbarung vom 19. November 2001" (im Folgenden: Erklärung). Darin vertraten beide Unternehmen erneut den Standpunkt, dass die Vereinbarung lediglich eine Absichtserklärung darstelle und die darin aufgeführten Bestimmungen mittels Umsetzungsvereinbarungen (sog. Service Level Agreements) konkretisiert werden müssten. Sie betonten dabei, dass der Vereinbarung - mit Ausnahme des Punktes betreffend "Mitteilung an die Öffentlichkeit" (Ziffer 8 der Vereinbarung) - kein rechtlich bindender Charakter zukomme. In Bestätigung ihrer Vereinbarung vom 19. November 2001 verpflichteten sich die Parteien aber ausdrücklich, "in guten Treuen über den Abschluss künftiger Umsetzungsvereinbarungen zu verhandeln".

11. Weiter teilten die Parteien dem Sekretariat mit, dass die CS bisher weniger als 3% der Aktien der BL erworben habe und nach wie vor die Kreditlimite von CHF [...] für die Refinanzierung offen halte. Eine Umsetzung weiterer Punkte aus der Vereinbarung vom 19. November 2001, insbesondere die Aufstockung der Beteiligung auf 5%, die Einsitznahme in den Verwaltungsrat der Bank Linth und eine Erhöhung der Rahmenkreditfazilität über die bisherige Limite hinaus, sei vorderhand nicht vorgesehen. Ebenso werde die BL erst nach Abschluss einer Umsetzungsvereinbarung auf die IT-Plattform der CS migrieren.

12. Anlässlich der Sitzung mit dem Sekretariat vom 13. Mai 2002 erläuterte der gemeinsame Rechtsvertreter der beiden Institute das weitere Vorgehen bezüglich Fortführung der Vertragsverhandlungen. Dabei orientierte der Rechtsvertreter über den Umstand, dass sich beide Banken zunächst auf den Wechsel der IT-Plattform durch die BL konzentrierten und deshalb in diesem Bereich eine entsprechende Umsetzungsvereinbarung abschliessen wollten. Zudem war vorgesehen, gleichzeitig mit einer solchen IT-Kooperation auch Vertragsver-

handlungen zum Vertrieb von Produkten aufzunehmen. Ebenfalls geplant war eine kurzfristige Erhöhung der Beteiligung der CS auf 5%.

13. Hingegen wurden die Verhandlungen zu den übrigen Kooperationsbereichen (Einsitznahme in den Verwaltungsrat, Abstimmung des Filialnetzes, Auftrennung der Kundensegmente, Refinanzierung und übrige Dienstleistungen) auf das Frühjahr 2003 vertagt.

14. Mit Schreiben vom 29. August 2002 orientierte der gemeinsame Rechtsvertreter der beiden Bankinstitute das Sekretariat über den Vollzug des Austritts der BL aus dem RBA-Aktionärspool und die gleichzeitige Veräusserung der Beteiligung an der RBA-Holding per 31. Dezember 2003. Danach war von der BL geplant, die Migration von der IT-Lösung der RBA-Gruppe zu einer anderen IT-Plattform zwischen dem 30. September 2003 und dem 1. Juli 2004 durchzuführen.

15. Die Parteien reichten dem Sekretariat am 29. November 2002 den Entwurf zum IT-Kooperationsvertrag (Erbringung von Informatik- und Abwicklungsdienstleistungen) sowie dazugehörige Anhänge ein. Danach war insbesondere vorgesehen, dass:

- ?? die CS ihre IT-Plattform sowie darauf laufende und für Dritte zugängliche Applikationen der BL zur Verfügung stellt;
- ?? die CS im Auftrag der BL Applikationen und Zusatzfunktionalitäten erweitert respektive weiter entwickelt und
- ?? die CS für die BL bestimmte Transaktionen, welche in einem speziellen Anhang definiert werden, sowie weitere Dienstleistungen über die IT-Plattform abwickelt.

16. Am 24. Februar 2003 orientierte der Rechtsvertreter der beiden Bankinstitute das Sekretariat sowohl mündlich wie auch schriftlich über den Umstand, dass die geplante Kooperation zwischen der CS und der BL von beiden Parteien nicht mehr weiter verfolgt würde. Der Abbruch der Verhandlungen wurde von der BL mit den hohen Kosten und der mangelnden Ausrichtung der IT-Plattform der CS auf ihre Bedürfnisse begründet.

A.2 Verfahren

17. Mit Einreichung der Notifikation vom 19. Februar 2002 eröffnete das Sekretariat am 20. Februar 2002 eine vorläufige Prüfung nach Artikel 32 Absatz 1 KG. Am 18. März 2002 entschied die Wettbewerbskommission sodann auf Antrag des Sekretariates, ein viermonatiges Prüfungsverfahren (Art. 32 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 KG) einzuleiten, da die Sachverhaltsermittlung Indizien für die Begründung oder Verstärkung einer (allenfalls kollektiv) marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. ergab.

18. Mit Schreiben vom 25. April 2002 zog die CS die Zusammenfassungsmeldung vom 19. Februar 2002 zurück und beantragte die Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit. In der Folge

reichten beide Parteien dem Sekretariat zudem die Erklärung vom 29. April 2002 ein.

19. In ihrer Sitzung vom 6. Mai 2002 entschied die Wettbewerbskommission, aufgrund des Rückzuges der Zusammenschlussmeldung das Prüfungsverfahren nach Artikel 32 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 33 KG als gegenstandslos abzuschreiben. Gleichzeitig beschloss sie, aufgrund der nach wie vor gültigen Kooperationsvereinbarung vom 19. November 2001 und der Erklärung vom 29. April 2002 ein Untersuchungsverfahren gegen die CS und die BL wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG respektive möglichem unzulässigem Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung durch die CS (und allenfalls weiteren Banken) nach Artikel 7 KG einzuleiten (Art. 27 KG).

20. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt. Ebenfalls wurden die Akten aus dem Zusammenschlusskontrollverfahren nach vorgängiger Orientierung der beiden Parteien und der Adressaten der Fragebogen in das Untersuchungsverfahren übernommen.

21. Im Verlauf der Untersuchung hat das Sekretariat die Parteien wiederholt auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass eine Umsetzung der Vereinbarung vom 19. November 2001 möglicherweise geeignet wäre, die Kontrolle der CS über die BL herbeizuführen, was eine Wiederaufnahme des Zusammenschlussverfahrens zur Folge habe.

22. Letztmals wies das Sekretariat mit Schreiben vom 27. August 2002 an den Rechtsvertreter auf seine Bedenken hin, nachdem die BL ihrerseits das Sekretariat über die bevorstehende Aufkündigung der Verträge mit der RBA-Gruppe orientiert hatte. Die BL stellte sich jedoch auf den Standpunkt, ihr stünden durchaus andere Verhandlungsalternativen offen.

23. Das Sekretariat lud die Parteien anlässlich der Besprechung vom 13. Mai 2002 ein, binnen kurzem die IT-Umsetzungsvereinbarung zur kartellrechtlichen Prüfung vorzulegen, damit die BL für die Migration noch rechtzeitig ihre notwendigen Dispositionen treffen konnte. Das entsprechende Schreiben ging jedoch erst Ende November 2002 beim Sekretariat ein.

24. In der Folge begann dieses mit der kartellrechtlichen Prüfung sowohl der einzelnen inhaltlichen Bestimmungen wie auch des IT-Vertragsentwurfs im Gesamtkontext mit der Kooperationsvereinbarung vom 19. November 2001 und der Erklärung vom 29. April 2002. Gleichzeitig teilte es den Parteien mit, dass das Untersuchungsverfahren sich an den Bestimmungen des Kartellgesetzes orientiere und die von den Parteien und namentlich von der BL infolge Austritts aus der RBA herbeigeführte Dringlichkeit eines Plattformwechsels selber zu verantworten sei.

25. Im Anschluss an eine erste summarische Prüfung lud das Sekretariat die Parteien für den 7. Februar 2003 zu einer Orientierung über den Stand der Würdigung und das weitere Vorgehen ein. Dabei kam auch die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Artikel 29 KG zur Sprache.

26. Am 24. Februar 2003 informierte der Rechtsvertreter der Parteien das Sekretariat mündlich und schriftlich über die Aufgabe des geplanten Kooperationsvorhabens.

27. Im Rahmen des Untersuchungsverfahrens hatten die Parteien zur Wahrung des rechtlichen Gehörs mehrmals umfassend die Gelegenheit, sowohl mündlich wie auch schriftlich zum Verfahrensgegenstand sowie zu den Vorhalten oder Fragen des Sekretariats Stellung zu nehmen. Insbesondere fanden am 13. Mai 2002, 15. Oktober 2002, 25. November 2002 und letztmals am 7. Februar 2003 zwischen dem Sekretariat und den Parteien respektive deren Rechtsvertreter je eine Besprechung zum Verfahrensgegenstand, zum Stand der Würdigung und zu den notwendigen Sachverhaltsermittlungen statt.

28. Mit Schreiben vom 16. Juli 2002 versandte das Sekretariat auf Gesuch der Parteien hin je ein Aktenverzeichnis der beiden Verfahren (Zusammenschlusskontroll- und Untersuchungsverfahren). Dem Gesuch um Akteneinsicht folgte das Sekretariat mit Schreiben vom 10. Januar 2003 und stellte dem Rechtsvertreter von CS und BL die gesamten Akten aus den beiden Verfahren (Zusammenschlusskontrolle und Untersuchung) zu.

29. Am 18. März 2003 wurden die Parteien eingeladen, zum Verfügungsantrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurden diese wiederholt auf das bestehende Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht. Die Frist zur Stellungnahme wurde auf Gesuch hin bis zum 22. April 2003 verlängert.

30. Mit Schreiben vom 22. April 2003 reichte der Rechtsvertreter der beiden Banken eine gemeinsame Stellungnahme ein. Darin wurde gegenüber dem Sekretariat beantragt, den Verfügungsantrag gemäss den eingereichten Änderungsvorschlägen zu kürzen. Eventualiter sei für den Fall der ungekürzten Vorlage des Verfügungsantrages an die Wettbewerbskommission den Parteien eine kurze Nachfrist für die Einreichung von Detailkorrekturen anzusetzen. Subeventualiter sei der Entscheid der Wettbewerbskommission vor Publikation nochmals den Parteien für eine Stellungnahme einzureichen.

31. Am 2. Mai 2003 reichten die Parteien sodann eine (elektronisch) korrigierte Version des Verfügungsantrages nach, welche bereits die gemäss Eventualbegehren gewünschten Detailkorrekturen enthielt.

32. Die Parteien erhielten ebenfalls zwecks Einsicht- und Stellungnahme eine Kopie des Gutachtens von Herrn Prof. Dr. Ernst Kilgus zum Thema "IT-Entwicklung im Bankensektor". Das Gutachten wurde von

der Wettbewerbskommission ausserhalb dieses Untersuchungsverfahrens in Auftrag gegeben und diene dem Sekretariat zur Veranschaulichung bisheriger und künftig zu erwartender Tendenzen bei der Aufbrechung der Wertschöpfungskette im Bereich Banken-Informationstechnologie.

B. Erwägungen

B.1 Prozessuales

33. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG mittels Abschreibungsverfügung einzustellen, wenn die Parteien, gegen welche die Untersuchungshandlungen gerichtet sind, ihre möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Handlungen im Laufe des Verfahrens aufgeben und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht (vgl. Lokoop AG vs. SBB AG, RPW 2002/1, S. 75; Watt/Migros - SIE, RPW 2001/4, S. 691).

34. Da Artikel 4 Absatz 1 KG auf Vereinbarungen zutrifft, welche Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken, ist letztlich unerheblich, ob das aufgegebene Verhalten der Parteien bereits wettbewerbsbeschränkende Wirkungen erzielt hat oder ob sich das Verhalten lediglich auf das Mitwirken an einer Abrede beschränkt, welche aber immerhin eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (vgl. auch STOFFEL Walter, Wettbewerbsabreden, in: SIWR V/2, Basel 2000, S. 62). Aus diesem Grund gilt auch als Unterziehung das Abstand nehmen von einer Vereinbarung, welche eine solche Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

35. Im vorliegenden Fall haben CS und BL gegenüber dem Sekretariat erklärt, die geplante Kooperation nicht mehr fortzusetzen und damit von der Vereinbarung vom 19. November 2001 und der Erklärung vom 29. April 2002, soweit Letztere die weitere Umsetzung der Kooperationsvereinbarung zum Gegenstand hat, Abstand zu nehmen.

36. Nach Abschluss seiner Untersuchung stellt das Sekretariat sowohl den Parteien zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs wie auch der Wettbewerbskommission den Verfügungsantrag zu. Ab diesem Zeitpunkt ist das Verfahren somit vor der Wettbewerbskommission hängig, und diese ist für die Behandlung sämtlicher von den Parteien in den Stellungnahmen gemachten Anträge zuständig.

37. Mit der Einladung zur Stellungnahme erhalten die Parteien die Möglichkeit, sich zur Sachverhaltsermittlung, zum Beweisergebnis und allenfalls zur rechtlichen Würdigung des Sekretariats zu äussern (vgl. KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 313). Hingegen besteht nach Eingang der Stellungnahme beim Sekretariat kein Anspruch der Parteien auf Ergänzung und Wiedervorlage eines Verfügungsantrags. Auf den Hauptantrag wird deshalb nicht eingetreten.

38. Im Übrigen wurde den Parteien das rechtliche Gehör gewährt, obwohl darauf hätte verzichtet werden können, da die Verfügung den Begehren der Parteien voll entspricht (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG). Auf Gesuch hin wurde auch die Frist zur Stellungnahme verlängert. Eine zweite Fristverlängerung braucht nicht gewährt zu werden, zumal die Parteien ihrem Begehren um Detailmodifikationen bereits nachgekommen sind. Mangels Interesse wird auch auf das Eventualbegehren nicht eingetreten.

39. Letztlich muss auch der Antrag zur nochmaligen Unterbreitung des Verfügungsentwurfes vor Publikation, sofern überhaupt darauf einzutreten ist, abgewiesen werden. Die Parteien erhalten gemäss ständiger Praxis die Gelegenheit, vor Publikation eines Entscheides zu den Geschäftsgeheimnissen nochmals Stellung zu nehmen.

B.2 Untersuchungsergebnisse

40. Gestützt auf die Erkenntnisse aus dem Prüfungsverfahren erachtete die Wettbewerbsbehörde zunächst einmal die Tatsache, dass die Migration der IT von der RBA-Plattform zu einem Unternehmen erfolgte, welches als schweizweit zweitgrösste Bank die BL gerade auch auf den Vertriebsmärkten des Retailbanking erheblich zu konkurrenzieren vermag, als möglicherweise problematisch. In diesem Zusammenhang stellte sich vorab die Frage, ob die CS aufgrund der Migration der BL auf ihre Plattform Letztere soweit beeinflussen könnte, dass diese ihre Produktstrategie respektive Preispolitik mit derjenigen der CS abstimmen oder sogar ihre strategische und operative Eigenständigkeit verlieren würde. Letzteres könnte nach Meinung der Wettbewerbsbehörde beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein IT-Kooperationsvertrag eine verhältnismässig lange Dauer vorsieht und einen Ausstieg in finanzieller oder auch technischer Hinsicht faktisch verunmöglicht respektive stark behindert.

41. Diese Bedenken der Wettbewerbsbehörde wurden insofern noch verstärkt, als die Vereinbarung der Parteien vom 19. November 2001 mehrere über die IT-Kooperation hinausgehende Punkte enthielt, deren Umsetzung zu einer - für normale Konkurrenzverhältnisse sehr weitgehende - Annäherung der beiden Institute sowohl auf strategischer wie auch operativer Ebene geführt hätte, so insbesondere die Bestimmungen zur Beteiligung am Aktienkapital und zur Wahl einer Person in den Verwaltungsrat der BL, die Abstimmung des Filialnetzes und Auftrennung der Kundensegmente, die Refinanzierung sowie auch die Verpflichtungen der BL, freiwillig keine Engagements mehr innerhalb der RBA-Gruppe einzugehen und sämtliche Kooperationen mit Drittbanken zu Gunsten der CS zu beenden.

42. Fraglich war in diesem Zusammenhang auch, ob die CS durch das Eingehen solcher IT-Kooperationen und damit verbunden einem möglichen Ausbau des Vertriebs ihrer eigenen Produkte die Marktstruktur auf den einzelnen nachgelagerten Vertriebsmärkten zu ihren eigenen

Gunsten beeinflussen könnte (Marktstrukturmissbrauch) oder ob die vorgesehene Kooperation anderweitig als möglicherweise missbräuchliches Verhalten infolge Ausnutzung der (allenfalls kollektiv) marktbeherrschenden Stellung auf einzelnen Vertriebsmärkten qualifiziert werden könnte.

43. Das Sekretariat hatte bereits im Rahmen der vorläufigen Prüfung eine erste sachliche und räumliche Marktabgrenzung vorgenommen. Es stützte sich dabei auf die bisherigen Entscheide aus früheren Zusammenschlusskontrollverfahren, in denen die typischen Dienstleistungen des Retailbanking definiert worden waren (so insbesondere im Entscheid UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 282 ff., und Valiant Holding/Bank in Langnau, RPW 1997/4, S. 517 f.). Aufgrund der Angaben zu den Geschäftsfeldern der BL wurden im Sinne einer Arbeitshypothese folgende Märkte ausgedehnt:

- ?? traditionelles Banksparen (Sparkonti und -anlagen, Kassenobligationen)
- ?? Depotgeschäft (Aufbewahrung und Verwaltung von Wertschriften, Vermietung von Schrankfächern etc.)
- ?? Hypothekarkredite (sämtliche Ausleihungen mit Sicherstellung durch direktes oder indirektes Grundpfand)
- ?? Firmenkredite unter CHF 2 Mio. (zeitlich begrenzte Vorschüsse und Darlehen [sog. Investitionskredite] sowie die Kontokorrentkredite [sog. Betriebskredite])

44. Vorerst nicht untersucht wurden die Märkte für Leasinggeschäfte (Automobil- und Investitionsgüterleasing) und Privatkredite (Konsumkredite), da die Parteien zwar auch den Vertrieb dieser Produkte über die BL als Vertriebskanal in Erwägung zogen, die BL aber selber keine solche in ihrem Angebot führte (was im Lichte einer kartellrechtlichen Würdigung weder mit einer Veränderung der Marktstruktur noch mit einem wettbewerbsbeschränkenden Verhalten verbunden war).

45. Als räumlich relevanter Markt wurde der Wirtschaftsraum Linthebene, welcher sich aus den Teilgebieten oberes linkes und rechtes Zürichseebecken, Linthebene und Sarganserland zusammensetzt, definiert. In diesem Wirtschaftsraum waren neben den beiden Parteien unter anderem auch die UBS AG, die Kantonalbanken der Kantone Zürich, St. Gallen, Schwyz und Glarus (jeweils auf dem entsprechenden Kantonsgebiet), die Migrosbank, die Bank Coop AG, diverse Raiffeisenbanken und noch andere kleine Regionalbanken tätig.

46. Gleichzeitig stellte die Wettbewerbsbehörde im Finanzdienstleistungssektor neue Entwicklungstendenzen im Bereich Informationstechnologie sowie bei der Herstellung und Vertrieb von Finanzdienstleistungsprodukten fest. Sie erkannte namentlich, dass auch im Bankensektor zunehmend eine Trennung von Produktion und Vertrieb

von Finanzdienstleistungen erfolgt (Aufbrechung der Wertschöpfungskette) und im Zuge dessen zusätzlich zu den traditionellen Absatzmärkten neu auch die Beschaffungsmärkte abzugrenzen sind.

47. Gerade im Bereich des Retailbanking konnte bei kapitalintensiven Dienstleistungen sowie bei IT-unterstützten Produkten zwecks Kosteneinsparung eine Aufbrechung der Wertschöpfungskette mittels Auslagerung nachgewiesen werden¹. Dies veranschaulicht unter anderem auch das Programm "Bank for Banks" der UBS AG, welches solche Dienstleistungen zu Gunsten von Konkurrenten anbietet. Das Sekretariat behielt sich deshalb vor, Sachverhaltsermittlungen auch zu den Beschaffungsmärkten durchzuführen.

48. Im vorliegenden Fall sah die Kooperation insbesondere den vollständigen Wechsel der IT-Plattform von der bisherigen RBA-Service zur CS vor. Zwecks Erstellung einer Arbeitshypothese definierte das Sekretariat dabei als sachlich relevanten "Beschaffungsmarkt" den Markt für Hardware (inkl. Unterhalt) und für informationstechnologisch gestützte Dienstleistungen (sog. Software and Information Technology Services [SITS]; vgl. Swisscom AG/AGI IT Services AG, RPW 2001/4, S. 754 ff.). Letzterer kann dabei im vorliegenden Fall in folgende Teilmärkte abgegrenzt werden:

- ?? Systems Infrastructure Software: Entwicklung und Vertrieb von Software zum Betrieb von IT-Systemen (Betriebssystemen) und Systemkomponenten (Netzwerke, Sicherheitssysteme)
- ?? Tools: Entwicklung und Vertrieb von Software für Datenbanksysteme und für Archivierung und Management von Dokumenten, von Software zur Unterstützung der Softwareproduktion sowie von Software für Datenaustausch
- ?? Project Services: Consulting, Implementierung, Customisation und Unterhalt von IT-Systemen sowie die Schulung von Mitarbeitern, sowie
- ?? Outsourcing/Processing: Betrieb von ganzen IT-Systemen und Applikationen für Kunden

Die zur Beurteilung stehende IT-Kooperation zwischen der CS und der BL umfasste dabei sowohl die Hardware wie die vorerwähnten Teilmärkte (die Parteien sprechen in diesem Sinne von einer weitgehenden Auslagerung der Geschäftsbereiche IT und Operations durch die BL und somit von einem Stadium nur knapp unter der Schwelle eines so genannten "Full Insourcing" auf der IT-Plattform der CS).

¹ T.D. COCCA/P. CSOPORT, Positionierung des schweizerischen Bankwesens im internationalen Strukturwandel des Finanzsektors, in: Working Paper Nr. 31, Institut für schweizerisches Bankwesen der Universität Zürich, Januar 2002

49. Die Wettbewerbsbehörde beurteilte in einem ersten Schritt anhand von Parteiaussagen und Antworten der Konkurrenzinstitute auf den Fragebogen in der vorläufigen Prüfung die Marktstellung der CS und der BL auf den vorerwähnten Vertriebsmärkten. Sie kam dabei zum Schluss, dass in den Märkten Hypothekarkredite, Firmenkredite unter CHF 2 Mio. und dem Depotgeschäft allein die BL im Wirtschaftsraum Linthebene je einen Marktanteil von [10%-20%] für sich in Anspruch nehmen konnte. Bei den Firmenkrediten betrug der alleinige Marktanteil der BL sogar über [20%-30%]. Zusammen erzielten beide Institute in den Märkten Hypothekarkredite und Depotgeschäft einen Marktanteil von nicht weniger als [20%-30%], bei den Firmenkrediten betrug dieser sogar [30%-40%].

50. Unter Berücksichtigung des aktuellen sowie des potenziellen Wettbewerbs in diesen drei Märkten gelangte die Wettbewerbsbehörde sodann zum Schluss, dass namentlich der Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. als problematisch einzustufen wäre und zum Gegenstand einer weiter gehenden Sachverhaltsermittlung gemacht werden müsste. Insbesondere konnte festgestellt werden, dass in diesem Markt zusammen mit der CS und der BL lediglich zwei weitere grössere Marktteilnehmer - die UBS AG sowie die St. Galler Kantonalbank - über annähernd gleich hohe Marktanteile verfügten und damit auch der Markt stark konzentriert ist.

51. Zu dieser Würdigung kam die Wettbewerbskommission auch im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, indem ihr Sekretariat im Sinne der U.S. Merger Guidelines die Marktkonzentration mittels Berechnung des Herfindahl-Hirschmann-Index (HH-Index) prüfte. Danach war der HH-Index auf dem Markt für Firmenkredite unter CHF 2 Mio. bereits vor der Ankündigung der Kooperation mit 1'965 Punkten auf einem Niveau, welches nach internationaler Praxis auf einen stark konzentrierten Markt schliessen liess. Durch eine allfällige Kontrollübernahme der CS über die BL wäre dieser Index um 540 Punkte gestiegen, was dem Fünffachen der in den USA bereits als bedenklich taxierten Zunahme von 100 Punkten entspricht. Daraus durfte die Wettbewerbskommission auch Rückschlüsse in Bezug auf die Frage nach der Erheblichkeit einer möglichen Wettbewerbsabrede auf besagtem Markt ziehen.

52. In Anlehnung an den UBS-Entscheid konnte die Wettbewerbsbehörde zudem davon ausgehen, dass der Druck der Marktgegenseite auf dem Markt für Firmenkredite als gering einzustufen ist (vgl. UBS/SBV, RPW 1998/2, S. 307 f.). So steht eine grosse Anzahl von Kreditnehmern einer sehr kleinen Zahl von Anbietern gegenüber. Ausserdem ist die Beschaffung von Vergleichszahlen für Firmenkredite für die kleineren und mittleren Unternehmen relativ schwierig und zeitaufwändig und die switching costs im Vergleich zu den möglichen Ersparnissen vergleichsweise hoch.

53. In einem zweiten Schritt beurteilte die Wettbewerbsbehörde sodann das Verhalten der beiden Parteien. Dabei stützte sie sich vorwiegend auf die Vereinbarung vom 19. November 2001 sowie die Erklärung der beiden Parteien vom 29. April 2002 wie auch auf bestimmte Verhaltensweisen von CS und BL, welche bereits eine konkrete Umsetzung einzelner Punkte der Vereinbarung zum Gegenstand hatten (Erwerb von Aktien von weniger als 3%, Gewährung eines Rahmenkredites von CHF [...] zwecks Refinanzierung, Austritt der BL aus der RBA-Gruppe).

54. Insbesondere erachtete sie die Kombination der IT-Migration (und damit einhergehend einer aus wirtschaftlichen Gründen länger andauernden, eventuell sogar irreversiblen Bindung) zusammen mit der finanziellen Beteiligung, der Wahl einer von der CS vorgeschlagenen Person in den Verwaltungsrat der BL, die Einräumung eines Rahmenkredites zwecks Refinanzierung der Kundenausleihungen und insbesondere auch die Verpflichtung der BL, freiwillig keine weiteren Verbindlichkeiten gegenüber der RBA-Gruppe einzugehen respektive alle bestehenden Kooperationen mit Drittbanken zu Gunsten der CS aufzulösen, als geeignet, die Geschäftspolitik wie auch das operative Geschäft zumindest aufeinander abzustimmen.

55. Weiter prüfte die Wettbewerbsbehörde den von den Parteien im November 2002 eingereichten IT-Kooperationsvertrag inklusive Anhänge - soweit diese bereits beigebracht werden konnten - auf kartellrechtlich problematische Bestimmungen. Sie kam dabei zum vorläufigen Schluss, dass der IT-Kooperationsvertrag alleine, so wie er von den Parteien im Zeitpunkt der Untersuchung beabsichtigt war, keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken hervorrufen konnte.

56. Hingegen qualifizierte sie die Vereinbarung vom 19. November 2001 im Ganzen als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG. Die Bestimmungen betreffend Optimierung des Geschäftsstellennetzes respektive Aufteilung der Kundensegmente erfüllten möglicherweise sogar den Tatbestand einer Abrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG. Aufgrund der vorzeitigen Aufgabe des Kooperationsvorhabens konnte jedoch auf eine weiter gehende materiellrechtliche Prüfung verzichtet werden.

57. Nicht Gegenstand bisheriger Sachverhaltsermittlungen des Sekretariats war die Frage, ob die CS auf einem für Bankprodukte und -dienstleistungen vorgelagerten Beschaffungs- oder Vertriebsmarkt des räumlich betroffenen Wirtschaftsgebiets (eventuell gemeinsam mit der BL und/oder mit anderen Bankinstituten) eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und falls ja, ob diese allenfalls missbraucht werde (vgl. Rz. 42).

B.3 Beendigung des als möglicherweise unzulässig beurteilten Verhaltens

58. Am 24. Februar 2003 teilte der Rechtsvertreter der beiden Bankinstitute dem Sekretariat sowohl mündlich wie auch schriftlich mit, dass die CS und die BL auf die Weiterverfolgung der geplanten Kooperation verzichten würden.

59. Damit entfällt nach Auffassung der Wettbewerbskommission der einer Beurteilung zu Grunde liegende Verfahrensgegenstand. Das Verfahren ist somit als gegenstandslos abzuschreiben.

B.4 Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung

60. Nach bisheriger Praxis der Wettbewerbskommission kann ein ausreichend öffentliches Interesse an der Fortführung einer Untersuchung in Fällen bestehen, in welchen die Parteien ihr vermutungsweise wettbewerbsbeschränkendes Verhalten im Laufe des Verfahrens, beispielsweise aufgrund von Anregungen des Sekretariates, aufgegeben haben (vgl. Lokoop AG vs. SBB AG, RPW 2002/1, S. 75; Watt/Migros - SIE, RPW 2001/4, S. 691).

61. Im vorliegenden Fall haben die Parteien ihre Kooperation bereits zu Beginn der Sachverhaltsermittlung aufgegeben. Es sind keine ausreichenden öffentlichen Interessen ersichtlich, welche eine Fortsetzung der Untersuchung erforderlich machen würden.

B.5 Ergebnis

62. In Würdigung aller Umstände kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Untersuchung gegen die CS und die BL als gegenstandslos abzuschreiben ist.

C. Kosten

63. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist gemäss Artikel 2 unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatinnen.

64. In Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Danach gilt auch als Unterziehung, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt werden muss (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f., Rz. 6.1). Folglich haben die Parteien im vorliegenden Verfahren die Kosten vollständig, das heisst je zur Hälfte, und unter solidarischer Haftung zu übernehmen.

65. 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).

66. 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 [...].

67. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission nimmt Vormerk, dass die Parteien von der Kooperationsvereinbarung vom 19. November 2001 Abstand nehmen.
 2. Das Verfahren wird als gegenstandslos abgeschrieben.
 3. [Verfahrenskosten]
 4. [Rechtsmittelbelehrung]
 5. [Eröffnung]
-

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)

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

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

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

Stellungnahme vom 21. Oktober 2002

I. Sachverhalt

1. Verfahrensablauf

1. Am 26. Juni 2002 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") die Meldung des besagten Zusammenschlussvorhabens Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food. Danach beabsichtigte die Emmi-Gruppe (Emmi), mittels Beteiligungserwerb an verschiedenen Unternehmen in der Milchverarbeitungsindustrie, welche bisher zur Swiss Dairy Food (SDF) gehörten, das Sortenkäsegeschäft zu erwerben (vgl. dazu Rz. 8).

2. Mit Schreiben vom 8. Juli 2002 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung vom 26. Juni 2002. Die Monatsfrist gemäss Artikel 32 KG endete somit am 29. Juli 2002 (Art. 20 Abs. 3 VwVG).

3. Das Sekretariat führte im Rahmen des Vorprüfungsverfahrens eine umfangreiche Befragung durch. Es wurden die massgeblichen Käseproduzenten, Affineure¹, verschiedene Sorten- und Branchenorganisationen im Bereich der Milchverarbeitung und der Käseherstellung sowie der Detailhandel befragt. Daneben wurde das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), die Revisionsstelle der SDF sowie die UBS als Leadmanagerin bezüglich der Finanzierung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens befragt.

4. Aufgrund der oben erwähnten Befragung entschied die Wettbewerbskommission (Weko) auf Antrag des Sekretariats am 24. Juli 2002, ein Prüfungsverfahren gemäss Artikel 10 und Artikel 33 ff. KG durchzuführen. Dies nachdem sich Anhaltspunkte für die Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung durch den beabsichtigten Zusammenschluss ergaben.

¹ Als Affinage wird derjenige Produktionsschritt nach der eigentlichen Käseherstellung verstanden, welcher die Reifung des Käses beinhaltet.

5. Mit Schreiben vom 7. August 2002 stellten SDF und Top Cheese Switzerland AG (eine Tochtergesellschaft der SDF) ein Gesuch, der Vollzug des Zusammenschlussvorhabens sei entsprechend Artikel 33 Absatz 2 KG vorläufig zu bewilligen. Diesem Gesuch gab die Weko mit Entscheid vom 22. August 2002 statt.

6. In verschiedenen Eingaben an das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) und die Weko machte SDF auf ihre prekäre finanzielle Eigenmittelbasis und Liquidität aufmerksam.

7. Am 18. September 2002 entschied die Weko in einer dringlich einberufenen Kammersitzung, das Zusammenschlussvorhaben definitiv ohne Auflagen und Bedingungen zuzulassen.

2. Beschreibung des Fusionsvorhabens

8. Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist grundsätzlich das so genannte Sortenkäsegeschäft. Unter Sortenkäse werden die traditionellen Rohmilch-Käsesorten der Schweiz zusammengefasst, welche in gewerblichen Dorfkäsereien hergestellt und anschliessend gepflegt und gelagert (affiniert) werden. Als Sortenkäse gelten insbesondere Emmentaler, Greyerzer, Sbrinz, Appenzeller, Tilsiter, Vacherin, Raclettekäse und Tête de Moine.

9. Vom gemeldeten Fusionsvorhaben nicht betroffen ist die industrielle Käseproduktion (Frisch- und Weichkäse, mit Ausnahme von Schmelzkäse). Die SDF bleibt weiterhin eine führende Anbieterin von verschiedenen Halbhartkäsen, so insbesondere von Raclette und Schweizer Edamer.

10. Gemäss Angaben der Parteien ist es Ziel der übernehmenden Gesellschaft, auf den Käseexportmärkten über die notwendige Grösse zu verfügen, um auf diesen Märkten erfolgreich tätig zu sein.

3. Die beteiligten Unternehmen

3.1. Emmi

11. Meldende Unternehmen sind die Emmi AG, Luzern (als Konzernmutter der Emmi-Gruppe), sowie deren drei Konzerntöchter: Emmi Käse AG, Luzern; Emmi International AG, Luzern; Emmi Käse AG Kirchberg, Rüdtligen-Alchenflüh.

12. Die Emmi Gruppe ist das führende Molkerei-Unternehmen der Schweiz. Sie erwirtschaftete 2001 einen konsolidierten Gruppenumsatz von CHF [...] Mio. Mit Ausnahme der Glace-Produktion ist die Emmi-Gruppe in allen Segmenten der Milchverarbeitung tätig. Sie befasst sich insbesondere mit Herstellung und Handel von Frischprodukten (Jogurt, Spezialitäten, Mozzarella, Quark etc.), Molkereiprodukten (Milch, Rahm, Butter, Milchpulver etc.), Käse und Schmelzkäse (Zingg AG). Einzig die beiden letzten Geschäftsbereiche sind vom beabsichtigten Kontrollerwerb über das SDF Sortenkäse-Geschäft sowie die Gerberkäse AG, Thun, betroffen. Die Hauptaktivitäten der am Zusammen-

schlussvorhaben beteiligten Tochtergesellschaften lassen sich wie folgt zusammenfassen:

13. Die **Emmi AG** ist die Konzerngesellschaft der Emmi-Gruppe. Mehrheitsaktionär ist der zentralschweizerische Milchverband (ZMP).

14. Die **Emmi Käse AG** ist eine 100%ige Konzerntochter. Sie ist innerhalb des Emmi-Konzerns mit der Käseproduktion befasst.

15. Die **Emmi International AG** ist ebenfalls eine 100%ige Konzerntochter. Sie zeichnet sich verantwortlich für das Exportgeschäft und ist deshalb in das gemeldete Kaufgeschäft, welches schwergewichtig eine Stärkung auf den Exportmärkten bezweckt, stark involviert.

16. Die **Emmi Käse AG Kirchberg** ist eine 100%ige Tochter der Emmi Schweiz AG, welche ihrerseits zu 100% der Emmi AG gehört. Sie entstand aufgrund der Übernahme des Coop Käsezentrums Kirchberg und befasst sich mit der Affinage und Konfektionierung von Käse sowie dem Käsehandel im Gebiet der Schweiz.

3.2. SDF

17. Veräusserndes Unternehmen ist die Swiss Dairy Food AG (SDF) mit Sitz in Ostermundigen. Die SDF ist die Konzerngesellschaft der Swiss Dairy Food Gruppe als früher umsatzstärkster Molkereikonzern der Schweiz. Die SDF entstand aus dem Zusammenschluss der Toni AG mit zahlreichen Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG und "war nach diesem Zusammenschluss rein nach der Papierlage Marktleader" (vgl. RPW 1999, S. 93). In der Folge ist es ihr nach Aussagen der Parteien jedoch nie gelungen, die mit der Fusion übernommenen Altlasten in den Griff zu bekommen. Die SDF kämpft heute um ihr wirtschaftliches Überleben.

4. Die für das Zusammenschlussvorhaben relevanten Verträge

18. Dem geplanten Zusammenschlussvorhaben liegen im Wesentlichen folgende vier Verträge zu Grunde²:

?? Kaufvertrag zwischen Emmi und SDF³

² Es ist zu beachten, dass es sich bei SMP und Holding SMP um zwei verschiedene Unternehmen handelt. SMP ist der Genossenschaftsverband der Milchproduzenten und keine Tochtergesellschaft der Holding SMP. Holding SMP ist ein Unternehmen, das hauptsächlich im Käseexport tätig und daneben massgeblich an der Gerberkäse AG, Thun, beteiligt ist.

³ Obschon formalrechtlich vier Gesellschaften als Erwerberinnen auftreten, handelt es sich wirtschaftlich betrachtet um ein einheitliches Zusammenschlussvorhaben. Das direkte Engagement der drei Konzerntöchter (Emmi Käse AG, Luzern; Emmi International AG, Luzern; Emmi Käse AG Kirchberg, Rüdtiligen-Alchenflüh) hat den einzigen Zweck, dass die jeweiligen Aktivitäten innerhalb der Gruppe ohne weitere Umstrukturierungen sofort entsprechend den organisatorischen Bedürfnissen der Emmi Gruppe platziert werden können.

- ?? Kaufvertrag zwischen der Genossenschaft Schweizer Milchproduzenten (SMP) und SDF
- ?? Zusammenarbeitsvertrag zwischen Emmi und SMP
- ?? Kaufvertrag zwischen Emmi und Holding SMP

4.1. Kaufvertrag zwischen Emmi und SDF

19. Im Einzelnen übernimmt die Emmi von der SDF folgende Beteiligungen:

- ?? 11'000 Namenaktien der Top Cheese Switzerland AG, Zollikofen, entsprechend 100% des gesamten Aktienkapitals
- ?? 1'333 Namenaktien der Holding der Schweizerischen Milchproduzenten, Zollikofen, entsprechend 13,33% des gesamten Aktienkapitals
- ?? 577 Namenaktien der Gerberkäse AG, Thun, entsprechend 36,06% des Aktienkapitals
- ?? 540 Namenaktien der Goldbach + Roth AG, Lützelflüh, entsprechend 51,24% des Aktienkapitals
- ?? 1'076 Namenaktien der Fromco S.A. Moudon, Moudon, entsprechend 51,24 % des Aktienkapitals
- ?? 630 Namenaktien der Säntis Fromsuisse AG, Gossau, entsprechend 63% des Aktienkapitals
- ?? 533 Namenaktien der FDS Fromagerie de Saignelégier SA, Saignelégier, entsprechend 50,76% des Aktienkapitals
- ?? 817 Namenaktien der Lesa Laitaira Engiadinaisa SA, Bever, entsprechend 54,47% des Aktienkapitals
- ?? 300 Genossenschaftsanteile der Genossenschaft Reifungslager Bündner Käse, Igis (Landquart), entsprechend 28,63% des Genossenschaftskapitals
- ?? 1'000 Namenaktien der Käsespezialitäten AG Utzenstorf, Utzenstorf, entsprechend 50% des Aktienkapitals
- ?? Sämtliche Stammanteile an der SDF Deutschland GmbH

20. Neben diesem Erwerb von Anteilen verschiedener Tochtergesellschaften der SDF haben die Parteien ein Konkurrenzverbot vereinbart. Demnach verpflichtet sich die SDF für einen Zeitraum von fünf Jahren, weder direkt noch indirekt die Emmi im Bereich des zu übernehmenden Sortenkäsegeschäfts zu konkurrenzieren. Ferner verpflichtet sich die SDF, die Marke TONI nicht für Sortenkäseprodukte an Dritte zu lizenzieren.

4.2. Kaufvertrag zwischen SMP und SDF

21. Neben SDF und Emmi ist ferner die Genossenschaft Schweizer Milchproduzenten (SMP) an der Transaktion beteiligt. Nach Angaben der Parteien ist Emmi auf die finanzielle Unterstützung der SMP angewiesen. SMP will mit seinem Engagement für einen in der Zukunft funktionierenden Käseabsatz beitragen. SMP übernimmt von der SDF Aktienpakete an folgenden Gesellschaften: Holding SMP, Fromco S.A. und FDS Fromagerie de Saignelégier S.A. Im Einzelnen erwirbt SMP folgende Beteiligungen:

- ?? 3'000 Namenaktien der Holding der Schweizerischen Milchproduzenten, Zollikofen (Holding SMP), entsprechend 38% des gesamten Aktienkapitals
- ?? 294 Namenaktien der Fromco S.A. Moudon, Moudon, entsprechend 14% des Aktienkapitals
- ?? 397 Namenaktien der FDS Fromagerie de Saignelégier SA, Saignelégier, entsprechend 34,95% des Aktienkapitals

4.3. Zusammenarbeitsvertrag zwischen Emmi und SMP

22. Ebenfalls im Zusammenhang mit dem geplanten Zusammenschlussvorhaben haben Emmi und die SMP einen Zusammenarbeitsvertrag mit einer Verkaufs- beziehungsweise Kaufspflicht der Parteien bezüglich der Tochtergesellschaften der Holding SMP abgeschlossen. Aufgrund dieses Vertrages verpflichtet sich die Holding SMP als Mehrheitsaktionärin von Emmental AG und Röthlisberger AG dafür zu sorgen, dass Letztere zu marktkonformen Konditionen exklusiv an Emmi liefern beziehungsweise ihre Dienstleistungen erbringen kann. Emmi hat aufgrund dieses Zusammenarbeitsvertrages die Option, eine Mehrheit der Aktien der Holding SMP zu erwerben. Die Vertragsdauer ist unbefristet und erstmals kündbar per 31. Dezember 2017. Aufgrund der verschiedenen Vertragsbestimmungen wird Emmi in die Lage versetzt, die faktische Kontrolle über die Holding SMP auszuüben.

4.4. Kaufvertrag zwischen Emmi und Holding SMP

23. Schliesslich überträgt die Holding SMP der Emmi mit separatem Kaufvertrag ein Aktienpaket der Gerberkäse AG, Thun. Gemäss diesem Kaufvertrag erwirbt Emmi 256 Namenaktien, entsprechend 16% des gesamten Aktienkapitals der Gerberkäse AG, Thun.

II. Meldepflicht

24. Vorliegend handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a KG. Die für die Beurteilung der Meldepflicht massgeblichen Schwellenwerte bemessen sich aufgrund der Umsatzzahlen von 2001 und umfassen die Verkaufserlöse sämtlicher verbundener Unternehmen (Art. 4 VKU).

25. Die Emmi-Gruppe erwirtschaftete im Geschäftsjahr 2001 weltweit einen konsolidierten Umsatz von CHF [...] Mio. Davon wurde der überwiegende Anteil im Betrag von CHF [...] Mio. in der Schweiz erzielt. Die in der Schweiz erwirtschafteten Umsätze der zu erwerbenden SDF-Unternehmensteile betragen gesamthaft beinahe CHF [...] Mio. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher gemäss Artikel 9 KG Absatz 1 KG meldepflichtig.

III. Erwägungen

1. Vorbemerkungen

1.1. Besonderheiten des schweizerischen Milchmarktes

26. **Umbruch in den schweizerischen Agrarmärkten:** Anfangs 1999 wurden praktisch alle Preis- und Absatzgarantien aufgehoben. Anstelle einer staatlichen Abnahmegarantie traten die so genannten Direktzahlungen an die Produzenten. Im Milchmarkt wurde als Orientierungsgrösse der so genannte Zielpreis eingeführt. Zur Förderung der Käseproduktion richtete der Bund neben der Siloverbotzulage von vier Rappen eine Verkäsungszulage von 12 beziehungsweise 20 Rappen je Kilo verkäster Milch aus. Mit Inkrafttreten der neuen Milchmarktordnung wurde die halbstaatliche Käseunion aufgelöst.

27. Im Rahmen der damals geltenden internationalen Verpflichtungen wurde der Schutz an der schweizerischen Grenze vorerst beibehalten. Im Bereich des Käsemarktes erfolgt eine stufenweise Marktöffnung ab dem 1. Juli 2002 aufgrund der bilateralen Verträge mit der Europäischen Gemeinschaft (Käseabkommen). Im Rahmen dieses Abkommens verpflichten sich die Vertragspartner zu einer schrittweisen Liberalisierung des Käsemarktes (Abbau der bestehenden Zölle, Gewährung von Nullzoll-Kontingenten, Abbau von Exportbeiträgen, Aufhebung von Mindestpreisen und Beseitigung von technischen Handelshemmnissen). Fünf Jahre nach Inkrafttreten, das heisst Mitte 2007, soll eine vollständige Liberalisierung des gegenseitigen Käsehandels erreicht sein.

28. Ausgehend von dieser Liberalisierung erwarten alle befragten Marktteilnehmer einen zunehmenden Importdruck, da der Preis für Milch in der EU mit rund 50 Rappen pro Kilo Milch rund 30 Rappen tiefer liegt als in der Schweiz. Allein diese Preisdifferenz verursacht bei den in Frage stehenden Sortenkäse eine spürbare Preisdifferenz.

29. Die befragten Unternehmen betonen diesbezüglich die Wichtigkeit des Marketings im In- sowie im Ausland, um gegenüber dem Importdruck standhalten und auf den ausländischen Märkten die notwendige Marktpenetrierung sicherstellen zu können.

30. **Starke Exportabhängigkeit des schweizerischen Käsemarktes, insbesondere für Hartkäse:** Der schweizerische Käsemarkt (v.a. Hartkäse) kennzeichnet sich durch eine starke staatliche Exportförde-

zung. Von den rund 80'000 Tonnen Hartkäse⁴, die in der Schweiz produziert werden, ist rund die Hälfte für den Export bestimmt.

1.2. Die Praxis der Weko bzw. der Kartellkommission

31. Der schweizerische Milchmarkt bildete verschiedentlich Gegenstand von Verfahren der Wettbewerbsbehörden. Zu nennen sind diesbezüglich die Untersuchung der Kartellkommission bezüglich der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Milchmarkt (VKKP 1993/3), das Zusammenschlussvorhaben Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 93 ff.) sowie Vorabklärungen des Sekretariats bezüglich der Sortenorganisation (RPW 2002/1, S. 62 ff.).

32. **Untersuchung auf dem Milchmarkt (VKKP 1993/3):** Diese im Jahre 1989 eröffnete Untersuchung hatte insbesondere den Milchmarkt auf der Grundlage der damaligen gesetzlich festgelegten Milchmarktordnung (Milchkontingentierung, staatliche Milchverwertungslenkung mittels Butter- und Käseproduktion) zum Gegenstand. Der Käsemarkt wurde nur am Rande untersucht und ist aufgrund der Neuausrichtung der Agrarpolitik für die vorliegende Untersuchung nicht mehr von ausschlaggebender Bedeutung.

33. **Zusammenschlussverfahren Toni/Säntis (RPW 1999/1, S. 93 ff.):** In diesem Verfahren wurde zwischen den Beschaffungs- und den Absatzmärkten im Käsemarkt unterschieden.

34. **Absatzmärkte für Käse:** Bezüglich der Absatzmärkte unterschied die Weko aufgrund des Nachfrageverhaltens der Konsumenten (Gastronomiebetriebe, Grossisten und Detailhändler) sowie des Herstellungsprozesses sachlich zwischen Hart-, Halbhart-, Weich- und Schmelzkäse (RPW 1999/1, S. 103).

35. In geografischer Hinsicht ging die Weko in Bezug auf Hart-, Weich- und Schmelzkäse sowie für einzelne spezielle Käsesorten von einem europäischen Markt aus. Dies aufgrund des stark reduzierten Zollansatzes (präferenzzieller Zollansatz) und der Gesetzgebung (RPW 1999/1, S. 107).

36. **Beschaffungsmärkte für Käse:** Diesbezüglich ging die Weko von einem Beschaffungsmarkt für Käse, insbesondere Hartkäse aus. Verschiedene gewerbliche Molkereien und Käsereien fragen die Absatzmöglichkeiten der Milchverbände, Grossisten und Detailhandelsketten nach (RPW 1999/1, S. 106). In geografischer Hinsicht grenzte die Weko den Markt für Käse europäisch ab (RPW 1999/1, S. 108).

⁴ Darunter fallen insbesondere Emmentaler, Greyerzer und Sbrinz

37. **Vorabklärungen des Sekretariats (RPW 2002/1, S. 63 ff.):** In Anlehnung an den Fall Toni/Säntis unterschied das Sekretariat in sachlicher Hinsicht zwischen Hart-, Halbhart-, Weich- und Schmelzkäse (RPW 1999/1, S. 103). In geografischer Hinsicht wurden die Verkäufe an die Detaillisten und an die Endkonsumenten berücksichtigt. Das Ergebnis der geografischen Marktabgrenzung war ein nationaler Markt.

2. Sachliche Marktabgrenzung

38. Die Befragung der vertieften Prüfung des Sekretariats hat ergeben, dass in sachlicher Hinsicht zwischen Herstellungsphasen (vgl. nachfolgend Ziff. 39 ff.) und Märkten für den fertig produzierten Käse (vgl. nachfolgend Ziff. 57 ff.) unterschieden werden muss.

2.1. Herstellungsphasen von Käse

39. Was die sachlich relevanten Märkte betrifft, sind die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in mehreren Märkten tätig. Diese lassen sich einerseits aufgrund der verschiedenen Herstellungsphasen und andererseits in Bezug auf das Produkt (Käse) unterteilen.

40. Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist (mit Ausnahme der Gerberkäse AG, Thun) das so genannte Sortenkäsegeschäft (vgl. dazu Rz. 8).

41. Sortenkäse sind in der Produktion verhältnismässig aufwändig und teuer, was mit dem verwendeten Ausgangsstoff (Rohmilch, die nur beschränkt über weitere Strecke transportiert bzw. über längere Zeit gelagert werden kann) zusammenhängt. Dadurch kann die Herstellung nicht gleichermaßen zentralisiert werden, wie dies bei (den aus pasteurisierter Milch) **industriell** hergestellten Käsesorten der Fall ist. Hinzu kommt die verhältnismässig lange und aufwändige Lagerung, bis der Käse sein volles Aroma entfaltet (Affinage).

42. Verfolgt man die Käseherstellung von der Milchproduktion bis zur Vermarktung, so lassen sich die folgenden Phasen unterscheiden:

43. **Milchproduktion:** Die Milchproduktion erfolgt dezentral bei den einzelnen Landwirten. Dieselben sind ihrerseits mehrheitlich genossenschaftlich zusammengeschlossen und besorgen die Milchverarbeitung, sei es im Verkauf oder zum Beispiel in der Verkäsung. Seit der Milchmarktliberalisierung im Jahre 1999 wird dieses traditionelle Konzept zunehmend durch einzelbetriebliche Milchkaufverträge abgelöst. Verhandlungspartner bleibt der Milchproduzent, der seine Milch grundsätzlich frei verkaufen kann.

44. **Käseproduktion:** In der lokalen Käserei wird die Rohmilch zu Käse verarbeitet. Bei der Käseherstellung fallen verschiedene Nebenprodukte wie Milch-, Sirtenrahm und Schotte an.

45. Wirtschaftlich entscheidend ist für den Käser der Käseverkauf. Die Käsereien sind deshalb durch das gemeldete Zusammenschlussvorha-

ben insoweit betroffen, als ein möglicher Abnehmer zukünftig wegfällt.

46. **Affinage:** Hart- und Halbhartkäse bedürfen der Affinage, wobei Hartkäse am längsten affiniert werden muss. Schmelz-, Frisch-, Weich- und Industriekäse müssen nicht affiniert werden. Sie können direkt nach der Herstellung vermarktet werden.

47. Die Affinage besteht darin, dass der noch junge Käse nach der eigentlichen Herstellung durch die Käsereien noch Monate lang regelmässig gesalzen, gewendet, gewaschen und teilweise auch mit speziellen Würzprodukten gepflegt wird. Als Affinageräumlichkeiten dienen in der Regel Käsekeller mit konstanten Klimaverhältnissen. Die Affinage verleiht dem Käse das charakteristische Aroma und dauert in der Regel je nach Sorte zwischen drei und achtzehn Monate.

48. Die Lagerung und die Affinage sind das traditionelle Gebiet des so genannten Käsehandels im weitesten Sinne. Von den dörflichen Käsereien übernimmt der Käsehandel den noch jungen Käse (einige Wochen alt) und lagert denselben aus. Hartkäse bedarf dabei der längeren Lagerung als Halbhartkäse.

49. Die Affinage ist kapitalintensiv und traditionell in der Handelsstufe integriert. Anzumerken bleibt, dass die Verzahnung zwischen den einzelnen Marktstufen sehr gross ist, und es gibt keine schematische Struktur. Die entsprechenden Abweichungen sind jedoch für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ohne Relevanz.

50. **Konfektionierung:** Diese Etappe der Herstellung besteht darin, die Laibe in Portionen zu schneiden und sie zu verpacken. Mehrheitlich muss Käse vor dem Verkauf konfektioniert werden. Die Konfektionierung erfolgt jedoch kundenspezifisch (Grosshandel, Restauration, Detailhandel, Export).

51. **Ausschuss-Verwertung:** Käse ist ein empfindliches Naturprodukt. Trotz aller Bemühungen um Qualitätssicherung resultiert daher immer auch Ausschussware. Zudem gibt es bei der Konfektionierung zwangsläufig Randstücke und so weiter, welche nicht als solche verkauft werden können. Die Verwertung solcher Überschussware erfolgt grösstenteils in der Schmelzkäse-Industrie, welche Käseprodukte wie Schachtelkäse, Fertig-Fondue und so weiter herstellt. In der Schmelzkäse-Industrie sind die Marktstufen Herstellung und Konfektionierung so eng verbunden (Schmelzkäse wird nicht affiniert), dass sie eine einzige Marktstufe darstellen.

52. **Vertrieb:** Der Vertrieb des ausgelagerten und konfektionierten Käses wird von den Käsehändlern durchgeführt. Der Vertrieb erfolgt im Inland mehrheitlich über den Detailhandel, im Export in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Importeuren und/oder Exportgesellschaften.

53. Zusammenfassend können folgende Marktstufen unterschieden werden, wobei die Milch- und eigentliche Käseproduktion (mit Ausnahme von Schmelzkäse) vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen sind:

- ?? Milchproduktion
- ?? Käseproduktion (inkl. Schmelzkäse)
- ?? Affinage
- ?? Konfektionierung
- ?? Vertrieb

54. Diese Aufteilung wird von den in der vertieften Prüfung des Sekretariats befragten Unternehmen, den Branchenverbänden sowie Sortenorganisationen geteilt.

2.2. Käsemärkte

55. Ein sachlich relevanter 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).

a) Einführung: Wichtigste Produktgruppen

56. Die Käseorganisation Schweiz (KOS) unterscheidet fünf wichtige Produktgruppen im Käsebereich: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse. Diese Produktgruppen werden nachfolgend kurz beschrieben und deren Produktionszahlen für das Jahr 2001 in der Schweiz wiedergegeben.

- ?? **Frischkäse** (35'909 to): davon Mozzarella (12'135 to), Quark (10'197 to) und anderer Frischkäse (13'577 to)
- ?? **Weichkäse** (6'980 to): bestehend aus Weisseschimmelkäse, Tommes und anderen Weichkäsen
- ?? **Halbhartkäse** (48'165 to): davon Raclette (14'264 to), Appenzeller (8'791 to), Tilsiter (6'168 to), Vacherin fribourgeois (2'071 to), Tête de moine (1'644 to), andere (15'227 to)
- ?? **Hartkäse** (80'524 to): davon Emmentaler (45'659 to), Greyerzer (27'040 to) und Sbrinz (3'041 to), andere (4'784 to)
- ?? **Schmelzkäse** (19'406 to): davon Fertigfondue (8'416 to) sonstige Schmelzkäse (10'990 to)

b) Marktabgrenzung aufgrund hergestellter Produktgruppen

57. Aufgrund der durchgeführten Befragung anlässlich der Vorprüfung und der vertieften Prüfung durch das Sekretariat können zusammenfassend die folgenden fünf sachlich relevanten Märkte unterschieden werden: Frisch-, Weich-, Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse.

58. **Frischkäse** ist aus produktionstechnischen und aus Gründen der Nachfrage von den restlichen Produktgruppen zu unterscheiden. Die kurzen Produktionszeiten und die sehr beschränkte Lagerfähigkeit sind nach Angaben der befragten Unternehmen ein wesentlicher Unterschied zu den anderen Käsesegmenten (z.B. gegenüber Halbhart- und Hartkäse). Die Herstellung von Frischkäse setzt zudem spezifische Produktionseinrichtungen und Know-how voraus. Diese produktspezifischen Eigenschaften des Frischkäses beeinflussen auch den Handel mit Frischkäse. Ob der Markt für Frischkäse noch enger abzugrenzen ist, kann vorliegend ebenfalls offen bleiben, da der Markt für Frischkäse nicht Gegenstand des geplanten Zusammenschlussvorhabens ist.

59. Entsprechend den Ausführungen zum Markt für Frischkäse ist ein Markt für **Weichkäse** abzugrenzen. Die im Handel tätigen Unternehmen betrachten den Markt für Weichkäse als eigenen Markt (z.B. Weichkäse ist kein Substitut für Hart-, Halbhartkäse). Ob der Markt für Weichkäse noch enger abzugrenzen ist, kann vorliegend ebenfalls offen bleiben, da der Markt für Weichkäse nicht Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist.

60. Das charakteristische Merkmal des **Hart- und Halbhartkäses** ist einerseits der Ausgangsrohstoff (Rohmilch) und andererseits die Affinage (vgl. dazu auch die Ausführungen unter Rz. 47). Hart- und Halbhartkäse bedürfen einer relativ langen und aufwändigen Lagerung und Pflege (Affinage), bis der Käse sein charakteristisches Aroma entwickelt hat. Dieser Prozess dauert in der Regel zwischen drei und achtzehn Monate und findet in so genannten Käsekellern statt, welche sich für die dazu notwendigen, konstanten Klimabedingungen besonders gut eignen. Affinage ist der Prozess, welcher den Hart- und Halbhartkäse von den anderen Produktgruppen unterscheidet. Der Affinageprozess setzt spezifische Lager und Know-how voraus. Aufgrund der unterschiedlichen Lagerdauer kann zwischen Hart- und Halbhartkäse unterschieden werden. Auf Seite Handel wird diese Unterteilung in der Regel gleich gehandhabt, weil die Konsumenten schlussendlich diese Kategorien als eigenständiges Produkt betrachten. Die meisten der befragten Unternehmen teilen diese Auffassung. Ob der Markt enger einzustufen ist, kann hier offen bleiben, weil die Marktanalyse nicht zu anderen Resultaten führen würde (vgl. Rz. 76 ff.).

61. Die **Schmelzkäseindustrie**, welche Käseprodukte wie Schachtelkäse, Fertig-Fondue und so weiter produziert, stellt die Verwertung der Über- und Ausschussware der verschiedenen Käseprodukte dar. Damit ist die Schmelzkäseindustrie oft eine wichtige Abnehmerin der Affineure und der Käseproduzenten. Auch Schmelzkäse (ein so genanntes industriell hergestelltes Produkt) setzt spezifische Produktionseinrichtungen und Know-how voraus. Auf Seite Handel wird diese Kategorie spezifisch unterteilt, weil die Konsumenten Schmelzkäse als

eigene Kategorie von Käse betrachten. Die befragten Unternehmen teilen diese Auffassung im Wesentlichen.

62. Aufgrund der durchgeführten Befragungen durch das Sekretariat und den vorstehenden Darlegungen können zusammenfassend die folgenden fünf sachlich relevanten Märkte unterschieden werden (wobei Frisch- und Weichkäse vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen sind):

- ?? Frischkäse
- ?? Weichkäse
- ?? Halbhartkäse
- ?? Hartkäse
- ?? Schmelzkäse

63. Diese Marktaufteilung entspricht der bisherigen Praxis der Weko beziehungsweise der Kartellkommission (vgl. Rz. 31 ff.).

2.3. Zusammenfassung der sachlichen Marktabgrenzung

64. Tabellarisch lässt sich die sachliche Marktabgrenzung für den vorliegenden Fall wie folgt darstellen.

Produktionsstufe	Produktgruppe		
	Halbhartkäse	Hartkäse	Schmelzkäse
Affinage	x	x	- ⁵
Konfektionierung	x	x	x
Vertrieb	x	x	x

65. Anzumerken bleibt, dass die Marktstufe Konfektionierung in theoretischer Hinsicht einfach abzugrenzen ist, jedoch praktisch eigentlich keine klare Marktstufe darstellt. Die Parteien bekundeten grosse Mühe mit der Erhebung von detaillierten Zahlen pro Käsemarkt, denn die vorhandenen Zahlen beziehen sich auf die Gruppe Weich-, Halbhart-, Hartkäse insgesamt. Da die Konfektionierung nur einen kleinen Teil der gesamten Wertschöpfungskette darstellt, ist der Mangel detaillierter Informationen kein wesentliches Problem für die Beurteilung des vorgesehenen Zusammenschlusses. Somit wird die Marktstufe Konfek-

⁵ Schmelzkäse wird nicht affinert, und es ergibt sich somit kein sachlich relevanter Markt in diesem Bereich.

tionierung global behandelt und nicht spezifisch auf die verschiedenen Käsemärkte. Es ist jedoch hinzuzufügen, dass die wettbewerbsrechtliche Beurteilung im Wesentlichen nicht zu anderen Ergebnissen kommen würde.

3. Geografisch relevante Märkte

3.1. Affinage von Halbhart- und Hartkäse

66. Diese beiden Produktgruppen können für die geografische Marktabgrenzung gemeinsam behandelt werden. Die Affinageleistungen werden für in der Schweiz hergestellte Halbhart- und Hartkäse exklusiv in der Schweiz angeboten⁶. In der Regel wird zwischen AOC- und anderem Käse unterschieden. Käse, welcher nicht aufgrund von AOC-Vorgaben hergestellt wird, umfasst maximal das Gebiet der Schweiz. Theoretisch wäre es möglich, Schweizer Käse im Ausland zu affinieren. Es gibt jedoch mehrere Gründe, weshalb Schweizer Käse nur in der Schweiz affiniert wird:

- ?? **Historische Gründe:** Hohe, noch vorhandene Produktionskapazitäten im Bereich der Affinage; diese wiederum begründet durch die frühere Milchmarktordnung und die Aktivitäten der Käseunion
- ?? **Spezifisches Know-how und Rezepte:** Jede Käsesorte ist eine Spezialität und muss unter ganz spezifischen Bedingungen produziert und affiniert werden.
- ?? **Technische Gründe:** Ausländische Lager sind nicht unbedingt angepasst an die Affinage von Schweizer Käse.
- ?? **Ökonomische Gründe:** Insbesondere Transportkosten, Wiederimport von exportiertem Käse
- ?? **Staatliche Regelungen:** Käseexport für gewisse Sorten wird nur dann subventioniert, wenn dieser zuvor mindestens drei Monate lang in der Schweiz affiniert worden ist.

67. Für AOC-geschützte Produkte (Emmentaler, Greyerzer, Vacherin Fribourgeois) ist der gesamte Produktionsprozess auch in örtlicher Hinsicht streng reglementiert beziehungsweise eingeschränkt. Nicht AOC-geschützte Produkte unterliegen ähnlichen Vorschriften mittels markenrechtlichen Nutzungsvorschriften. Greyerzer darf zum Beispiel nur in den von den AOC-Richtlinien definierten Regionen affiniert werden, ansonsten darf der Käse nicht unter dem (geschützten) Markennamen "Le Gruyère" vermarktet werden. Da sich die schweizerischen AOC-Bestimmungen zwangsläufig auf das Territorium Schweiz beschränken, ist dieser Markt wettbewerbsrechtlich national abzugrenzen.

⁶ Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die meisten Sortenorganisationen entsprechende Vorschriften in ihren Reglementen und Statuten enthalten.

68. Aufgrund der oben definierten sachlichen Märkte (Halbhart- und Hartkäse, vgl. Rz. 58 ff.) und der Antworten der befragten Unternehmen in der vertieften Prüfung gelangt die Weko zum Ergebnis, dass der geografisch relevante Markt für die Affinage von Halbhart- und Hartkäse das Gebiet der Schweiz umfasst.

3.2. Konfektionierung von Käse

69. Die in der vertieften Prüfung durchgeführten Befragungen des Sekretariats ergaben, dass die Konfektionierung in der Regel von den Affineuren selber vorgenommen wird. Nur in Einzelfällen wird damit ein Drittunternehmen beauftragt⁷. Nach Aussagen der Parteien ist die Konfektionierung eine wichtige Etappe im Produktionsablauf, jedoch von der Wertschöpfungskette her betrachtet von untergeordneter Bedeutung. Konfektionierung von Käse im Ausland, welcher für den inländischen Markt bestimmt ist, ist nicht rentabel, was von den befragten Unternehmen bestätigt worden ist. Der Markt für Konfektionierung ist daher für Schweizer Käse national abzugrenzen. Anzuführen bleibt, dass der Markt für Konfektionierung klein ist, da die meisten Affineure selber konfektionieren.

3.3. Vertrieb von Halbhart-, Hart- und Schmelzkäse

70. Diese drei Produktgruppen können für die geografische Markt- abgrenzung gemeinsam behandelt werden, weil die Problematik im Wesentlichen gleichartig ist.

71. Die in der vertieften Prüfung durchgeführten Befragungen bestätigten die Auffassung, wonach der räumlich relevante Markt auf die Schweiz einzugrenzen ist. Als Grund dafür ist der nach wie vor existierende Grenzschutz anzuführen. Obwohl die abgeschlossenen bilateralen Verträge mit der EU eine schrittweise Marktöffnung bewirken, wird der Schweizer Käsemarkt aufgrund weiterer Vorschriften im Käsemarkt nicht einem vollumfänglichen Wettbewerb ausgesetzt sein.

72. Für eine nationale Marktabgrenzung spricht zudem die Strukturierung der verschiedenen Unternehmen in in- und ausländische Vertriebsgesellschaften. Als typisches Beispiel sei die Emmi Gruppe erwähnt (vgl. Rz. 11 ff.). Bei der SDF ist die Situation vergleichbar (Top Cheese Switzerland AG als Exportgesellschaft für Sortenkäse). Diese operationelle Trennung des Unternehmens spricht für das Vorhandensein von separaten Märkten. Die meisten vom Sekretariat befragten Unternehmen teilen diese Auffassung.

73. Die Weko gelangt daher zum Schluss, dass von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist.

⁷ Z.B. Mifroma, ein Tochterunternehmen der Migros, welche im Bereich der Konfektionierung über einen beträchtlichen Marktanteil verfügt, jedoch nicht affiniert und ausschliesslich die Migros beliefert.

4. Marktanalysen auf den verschiedenen betroffenen Märkten

74. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

75. Betroffen sind vorliegend die Märkte für Affinage und Vertrieb von Hart- und Halbhartkäse, Konfektionierung und der Vertriebsmarkt für Schmelzkäse.

4.1. Marktanteile auf Affinagemärkten

a. Marktanteile Affinage-Hartkäse (2001, in to und %)

Total Produktion CH	Emmi	SDF	Emmi & SDF	Lust. + Dürst	Fromalp	Von Mühlenen	Andere
80'500 100%	25'100 31,2%	22'500 28,0%	47'600 <u>59,2%</u>	6'300 7,8%	5'900 7,3%	5'600 6,9%	15'100 18,8%

76. Auf dem Affinagemarkt für Hartkäse hat das geplante Zusammenschlussvorhaben wesentliche Marktanteilsadditionen zur Folge (31%+28%). Der Zusammenschluss führt zur Bindung der zwei grössten Unternehmen im Markt. Der nächst grössere Wettbewerber nach der Fusion wäre Lustenberger + Dürst mit einem achtmal kleineren Marktanteil. Weitere Wettbewerber sind Fromalp und Von Mühlenen, mit je ungefähr 7% des Marktes. Da diese Marktanteilsadditionen die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nicht von vornherein ausschliessen lassen, wäre eine vertiefte Prüfung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs angezeigt. Darauf kann im vorliegenden Fall jedoch verzichtet werden, weil die Voraussetzungen der Failing Company Defense gegeben sind.

b. Marktanteile Affinage-Halbhartkäse (2001, in to und %)

Total Produktion CH	Emmi	SDF*	Emmi& SDF	SDF (Rest)**	Andere
48'100 100%	6'250 13,0	5'500 11,4%	11'750 <u>24,4%</u>	6'100 12,7%	30'250 62,9%

* Top Cheese Switzerland AG

** SDF (Rest) ist nicht Teil der Transaktion

77. Auf dem Affinagemarkt für Halbhartkäse führt der geplante Zusammenschluss ebenfalls zu Marktanteilsadditionen (13%+11% im Jahre 2001). Weitere Wettbewerber sind SDF (Rest) und Dritte mit rund 60% Marktanteil. Aufgrund der Marktanteilsadditionen erscheint die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Emmi nach dem Zusammenschluss eher unwahrscheinlich. Der Wettbewerbsdruck der restlichen Marktteilnehmer (75%) sollte es Emmi nicht erlauben, sich unabhängig von seinen Wettbewerbern verhalten zu können.

4.2. Marktanteile auf Konfektionierungsmärkten von Halbhart- und Hartkäse und zum Teil Weichkäse (2001, in to und %)

Total Produktion CH	Emmi	SDF*	Emmi& SDF	SDF (Rest)**	Andere
48'100 100%	6'250 13,0%	5'500 11,4%	11'750 <u>24,4%</u>	6'100 12,7%	30'250 62,9%

* Top Cheese Switzerland AG

** SDF Rest ist nicht Teil der Transaktion

78. Die oben stehende Tabelle entspricht nicht exakt den vorgenommenen Markttabgrenzungen, weil die befragten Unternehmen bezüglich der Konfektionierung nur Angaben über alle drei Märkte insgesamt verfügten.

79. Im Bereich der Konfektionierung von Halbhart- und Hartkäse und zum Teil Weichkäse führt der geplante Zusammenschluss zu einer geringen Marktanteilsaddition (im Jahr 2001, 33%+1%). Die existierende Marktstruktur wird deshalb durch den geplanten Zusammenschluss nur marginal verändert. Marktleader bleibt Migros mit rund 47% Marktanteil.

4.3. Marktanteile auf Vertriebsmärkten

a. Marktanteile Vertrieb Hartkäse (2001, in to und %)

	Pro- duk- tion CH	Import	Ge- samt- markt- zahlen CH*	Emmi	SDF	SDF Gos- sau**	Dritte
Total	80'500		88'100 100%	28'300 32,1%	21'300 24,2%	2'300 2,6%	36'200 41,1%
In- land	40'500	7'600	48'100 100%	14'500 30,1%	7'600 15,8%	2'300 4,8%	23'700 49,3%
<i>Export</i>	40'000		40'000 100%	13'800 34,5%	13'700 34,3%	0 0%	12'500 31,3%

* Produktion Schweiz plus Import minus Export

** SDF Gossau ist nicht Teil der Transaktion

80. Auf dem Vertriebsmarkt für Hartkäse führt der geplante Zusammenschluss zu wesentlichen Marktanteilsadditionen im Inland (im Jahre 2001, 30%+16%) und Emmi würde neu Marktleader. Auch hier wäre eine vertiefte Prüfung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs angezeigt, da die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von Emmi nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Da jedoch die Voraussetzungen der Failing Company Defense gegeben sind, erübrigt sich eine solche Prüfung.

b. Marktanteile Vertrieb Halbhartkäse (2001, in to und %)

	Pro- duk- tion CH	Import	Ge- samt- markt- zahlen CH*	Emmi	SDF**	SDF (Rest) ***	Dritte
Total	48'200		52'600 100%	13'100 24,9%	5'900 11,2%	8'100 15,4%	25'500 48,5%
Inland	40'500	4'400	44'900 100%	12'500 27,8%	3'800 8,5%	8'100 18%	20'500 45,7%
<i>Export</i>	7'700		7'700 100%	600 7,8%	2'100 27,3%	0 0%	5'000 64,9%

* Produktion Schweiz plus Import minus Export

** Top Cheese Switzerland AG

*** SDF Rest ist nicht Teil der Transaktion

81. Auf dem Vertriebsmarkt für Halbhartkäse führt der geplante Zusammenschluss im Inland zu spürbaren Marktanteilsadditionen (28%

+8% im Jahre 2001). Allein aufgrund der Marktanteilsadditionen erscheint die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Emmi nach dem Zusammenschluss eher unwahrscheinlich, da rund zwei Drittel des Marktes von anderen Wettbewerbern gehalten werden.

c. Marktanteile Vertrieb Schmelzkäse (2001, in to und %)

	Produktion CH	Gesamtmarkt-zahlen CH*	Emmi	SDF	Tiger	Fromalp	Direktimport Migros	Direktimport Dritte
Total	19'400	21'800 100%	5'200 23,9%	5'900 27,1%	4'700 21,6%	3'600 16,5%	1'200 5,5%	1'200 5,5%
Inland	9'700	12'100 100%	2'600 21,5%	3'500 28,9%	1'200 9,9%	2'400 19,8%	1'200 9,9%	1'200 9,9%
Export	9'700	9'700 100%	2'600 26,8%	2'400 24,7%	3'500 36,1%	1'200 12,4%	0 0%	0 0%

* Produktion Schweiz plus Import minus Export

82. Auf dem Schmelzkäsemarkt führt der geplante Zusammenschluss zu wesentlichen Marktanteilsadditionen (21%+29% im Jahre 2001). Es ist ein Zusammenschluss der führenden Unternehmen in diesen Märkten. Der zweitgrösste Wettbewerber nach der Fusion wäre Fromalp mit ungefähr einem fünfmal kleineren Marktanteil. Weitere Wettbewerber sind Tiger und Migros (mit importierten Produkten) mit je ungefähr 10% des Marktes. Die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung von Emmi kann nicht ausgeschlossen werden. Es wäre eine vertiefte Prüfung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs angezeigt. Auf eine solche Prüfung kann jedoch in Anbetracht des Vorliegens der Voraussetzungen der Failing Company Defense verzichtet werden.

83. Zusammenfassend hat die Weko drei Märkte identifiziert, auf denen der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung von Emmi begründen könnte. Es handelt sich um folgende Märkte in der Schweiz:

- ?? Affinage für Hartkäse
- ?? Vertrieb für Hartkäse
- ?? Vertrieb von Schmelzkäse

IV. Failing Company Defence

84. Sind bei einem Zusammenschluss die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG erfüllt, kann ausnahmsweise der Rechtfertigungsgrund der Sanierungsfusion angerufen werden. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten eines oder mehrerer der beteiligten Unternehmen können bei der materiellen Beurteilung eine wesentliche Rolle spielen, wenn der geplante Zusammenschluss nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur anzusehen ist (fehlender Kausalzusammenhang).

85. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Praxis in zwei Fällen auf die von ausländischen Wettbewerbsbehörden entwickelte "Failing company defence" abgestellt und beide Zusammenschlüsse trotz "möglicher Beseitigung wirksamen Wettbewerbs" zugelassen (Le Temps, RPW 1998/1, S. 40 ff.; Batreco AG/Recymet SA, RPW 1999/1, S. 173 ff.). Sie hat in diesen beiden Entscheiden Kriterien entwickelt, unter welchen sie einen Zusammenschluss nicht als eigentliche Ursache für die Verschlechterung der Marktstruktur erachtet. Dies ist dann der Fall, wenn die folgenden drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- ?? Eine Zusammenschlusspartei würde ohne Unterstützung innert Kürze vom Markt verschwinden.
- ?? In diesem Fall würde das andere am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen die meisten oder sämtliche Marktanteile des verschwundenen Unternehmens absorbieren.
- ?? Es gibt keine für den Wettbewerb weniger schädliche Lösung als das Zusammenschlussvorhaben.

86. In der Meldung machen die Parteien auf die finanzielle Lage der SDF aufmerksam. Aus der Presse ist bekannt, dass die Zukunft von SDF unter anderem auch von der Entwicklung der Eigenkapitalquote sowie von der Umsetzung der neu implementierten Geschäftsstrategie abhängen wird. Durch das geplante Zusammenschlussvorhaben kann die SDF mit dem Käuferlös ihre Eigenkapitalquote erhöhen.

87. Die Befragung in der Vorprüfung durch das Sekretariat ergab weitere Indizien, wonach die finanzielle Zukunft der SDF längerfristig nicht als gesichert angesehen werden kann. Hingegen ergaben sich keine konkreten Hinweise über einen bevorstehenden Konkurs der SDF. Die Banken haben mit der SDF ein bis am 30. Juni 2003 befristetes Stillhalteabkommen abgeschlossen.

88. Der am 24. Juli 2002 von der Weko getroffene Entscheid (vgl. Ziff. 4) hatte zur Folge, dass die SDF nicht wie geplant über die dringend notwendigen flüssigen Mittel in Form des vereinbarten Kaufpreises verfügen konnte. Für das jeweils Ende Monat fällige Milchgeld im August 2002 war die SDF auf einen zusätzlichen Kredit des Bankenkon-

sortiums in zweistelliger Millionenhöhe angewiesen. Dieser wurde der SDF schlussendlich gewährt.

89. Aufgrund dieser Umstände konzentrierten sich die zusätzlichen Abklärungen und Befragungen des Sekretariats neben der vertieften Befragung der Marktteilnehmer auf die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Anwendung der Failing Company Defence Doktrin vorliegend erfüllt sind oder nicht.

90. Die oben geschilderte Entwicklung der Finanzlage der SDF sowie die Ergebnisse der Befragung des Sekretariats legten den Schluss nahe, dass die SDF ohne weitere finanzielle Unterstützung innert Kürze den Konkursrichter benachrichtigen muss, mithin die erste Voraussetzung für die Failing Company Defence erfüllt ist.

91. Was die zweite Voraussetzung der Failing Company Defence anbelangt, gelangte die Weko aufgrund der Befragungen der verschiedenen Unternehmen in der Vorprüfphase zur Überzeugung, dass die meisten Geschäftsaktivitäten der SDF im Bereich des Sortenkäsegeschäfts von der Emmi im Falle eines Konkurses der SDF absorbiert würden. Emmi ist das einzige Unternehmen, welches über das entsprechende Know-How, über die notwendige Finanzkraft, Logistik und über das notwendige Gesamtsortiment verfügt.

92. Die SDF hat in ihren Eingaben glaubhaft dargelegt, dass sich weder andere in- noch ausländische Unternehmen potenziell für einen Kauf des gesamten Geschäftsbereichs Sortenkäse interessierten, obwohl die SDF mit mehreren möglichen Kaufinteressenten Verkaufsgespräche führte. Die Ermittlungen der Weko stützen die Aussagen von SDF. Aufgrund dieser Tatsachen schliesst die Weko auf das Nichtbestehen von wettbewerblich besseren Alternativen als das geplante Zusammenschlussvorhaben.

93. Zusammenfassend gelangt die Weko zum Ergebnis, dass vorliegend die Failing Company Defence Doktrin zur Anwendung kommt. Das geplante Zusammenschlussvorhaben kann nicht als die eigentliche Ursache für die Änderung der Marktstruktur angesehen werden (fehlender Kausalzusammenhang). Damit entfällt auch die Möglichkeit der Weko, das Zusammenschlussvorhaben zu untersagen oder nur unter Auflagen oder Bedingungen zuzulassen.

V. Ergebnis

94. Die vorläufige Prüfung des Sekretariats ergab Anhaltspunkte gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG für eine Begründung einer marktbeherrschenden Stellung. Die in der vertieften Prüfung durchgeführten Befragungen bestätigten diese wettbewerbliche Beurteilung. Zusammenfassend hat die Weko drei Märkte identifiziert, auf denen das Zusammenschlussvorhaben möglicherweise eine marktbeherrschende Stellung der Emmi begründen könnte. Dabei handelt es sich um folgende Märkte in der Schweiz:

- ?? Affinage für Hartkäse
- ?? Vertrieb für Hartkäse
- ?? Vertrieb von Schmelzkäse

95. Aufgrund der von der Weko durchgeführten Prüfung gemäss Artikel 10 KG sowie relevanter Veränderungen des Marktes nach dem Beschluss der Weko, das geplante Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung zu unterziehen, gelangte die Weko zur Auffassung, dass die Voraussetzungen des Rechtfertigungseinwandes der Failing Company Defence im vorliegenden Fall erfüllt sind und somit das geplante Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen und Bedingungen genehmigt werden kann.

VI. Kosten

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

B 2.3	2. Zürich Invest Bank AG/AIG Privat Bank AG
-------	--

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

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

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

Mitteilung nach Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 23. Juni 2003

1. Sachverhalt

1. Am 14. Juni 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben zwischen der Zürich Invest Bank AG (im Folgenden: ZIB) und der AIG Privat Bank AG (im Folgenden: AIGPB) eingegangen. Danach beabsichtigt die AIGPB die Übernahme gewisser Unternehmensteile der ZIB. Im Speziellen ist die Übertragung von Sparkonten inklusive den dazugehörigen Kunden- und Kontoinformationen sowie von Aktien- und Anlagesparplänen vorgesehen.

2. Unter der Firma AIGPB besteht eine unter schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Die AIGPB ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der American International Group inc. mit Sitz in New York. Die AIGPB verfügt über eine Bewilligung gemäss Artikel 3 des Bankengesetzes und ist als Bank hauptsächlich im Bereich der Vermögensverwaltung und Anlageberatung für private und institutionelle Kunden weltweit tätig.

3. Die AIGPB verfügt über Filialen in Genf und Lugano sowie über Vertretungen in Hongkong, Singapur und Sao Paulo. Des Weiteren besitzt die AIGPB im Wesentlichen sechs Tochtergesellschaften:

- ?? AIG Fondsleitung (Schweiz) AG, Dübendorf
- ?? AIG Global Investment Corp. (Schweiz) AG, Zürich
- ?? AIG Private Equity Management Ltd., Bermuda
- ?? AIG Financial Services AG, Wien
- ?? AIG Real Property Advisors Ltd., Bermuda
- ?? IFS Independent Financial Services AG, Zürich

4. Unter der veräussernden Firma, der ZIB, besteht eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Illnau-Effretikon. Die ZIB verfügt über eine Bewilligung im Sinne von Artikel 3 des Bankengesetzes und erbringt als Bank verschiedene Dienstleistungen im Finanzbereich für Privatpersonen. Im Speziellen bietet die ZIB ihren Kunden die folgenden Produktlinien an: Sparkonten, Aktien- und Anlagesparpläne, Vorsorgekonten 3a, Freizügigkeitskonten und Hypotheken.

5. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beabsichtigt die AIGPB die Übernahme von Kunden der ZIB mit Sparkonten und Aktien- beziehungsweise Anlagesparplänen, nicht jedoch der übrigen Geschäftsbereiche. Konkret bilden die folgenden Konten den Gegenstand der Transaktion:

Kontoart	Anzahl Konten	Gesamtbestand (Mio.)
Sparkonten	[...]	CHF [...]
Aktiensparpläne	[...]	CHF [...]
Anlagesparpläne	[...]	CHF [...]

6. Zum Wesen der Sparkonten bedarf es keiner weiteren Erörterung. Bei den Aktien- beziehungsweise Anlagesparplänen handelt es sich um zwei Subfonds des SICAV Zürich Invest (Lux) nach luxemburgischem Recht. Im Falle der Aktiensparpläne besteht ein reiner Aktien-Subfonds (Zürich Invest [Lux] - Selected Equity) und im Falle der Anlagesparpläne einen aus Obligationen- und Aktienanlagen gemischten Subfonds (Zürich Invest [Lux] - Selected Portfolio).

7. Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass es sich bei der vorliegenden Übernahme von Sparkonten sowie Anlage- und Aktiensparplänen um den Kontrollerwerb eines Unternehmensteils im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG handelt.

2. Meldepflicht

8. Die Bilanzsumme der American International Group inc. beläuft sich weltweit auf über US\$ [...] Mia. Bei Anwendung der 10%-Regel nach Artikel 9 Absatz 3 KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG wird die erforderliche Aufgreifschwelle von CHF 2 Mia. bei weitem übertroffen. Die konsolidierte Bilanzsumme der AIGPB in der Schweiz beläuft sich auf CHF [...] Mia. Folglich ist auch die Aufgreifschwelle von CHF 500 Mio. gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG erreicht.

9. Nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG müssen beide der beteiligten Unternehmen einen Umsatz von mindestens CHF 100 Mio. in der Schweiz erzielen. Im vorliegenden Fall betragen die von der ZIB zu transferierenden Vermögenswerte zirka CHF [...] Mia. Daraus folgt, dass die Aufgreifschwelle nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG auch für die ZIB erreicht ist. Der geplante Unternehmenszusammenschluss ist folglich meldepflichtig.

10. Meldepflichtig ist gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b die AIGPB als übernehmende Gesellschaft.

3. Zuständigkeit

11. Zur Abklärung der Zuständigkeit informiert das Sekretariat, gemäss Artikel 10 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU), die Eidgenössische Bankenkommision über die Meldung von Zusammenschlussvorhaben von Banken. Dies geschah am 13. Juni 2003. Mit Schreiben vom 16. Juni 2003 bestätigte die Eidgenössische Bankenkommision, dass sie keine kartellrechtliche Prüfungskompetenz aus Gründen des Gläubigerschutzes beansprucht.

4. Erwägungen

12. Gemäss Praxis der WEKO (vgl. Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG, RPW 2002/4, S. 609) können im Bereich des Retail-Banking folgende sachlichen Märkte unterschieden werden: Markt für traditionelles Banksparen (Sparhefte und Kassenobligationen), Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen etc.), Hypothekarkredite, Firmenkredite unter CHF 2 Mio. und Depotgeschäft. Was die von der ZIB zu übernehmenden Konten anbelangt, ist zweifellos der Markt für traditionelles Banksparen betroffen. Die Aktien- und Anlagesparpläne müssen hingegen gemäss den oben definierten sachlichen Märkten dem Bereich Vermögensverwaltung und Anlageberatung zugeordnet werden.

13. Der räumlich relevante Markt für den Bereich des traditionellen Banksparens umfasst mindestens die Schweiz (vgl. Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG, RPW 2002/4, S. 610). Ebenfalls ist für den Bereich Vermögensverwaltung und Anlagebera-

tung von einem nationalen, allenfalls sogar von einem internationalen Markt auszugehen. Wie die folgenden Ausführungen zeigen, sind in diesen räumlichen Märkten die Marktanteile der beteiligten Unternehmen marginal.

14. Nach Angaben der jüngsten SNB-Bankenstatistik (Die Banken der Schweiz, 2001) betragen die Verbindlichkeiten der Schweizer Banken gegenüber inländischen Kunden in Form von Sparkonten über CHF 200 Mia. Da die AIGPB bis anhin keine reinen Sparkonten angeboten hat, ist die geplante Übernahme von rund [...] Sparkonten im Wert von knapp CHF [...] unbedenklich.

15. Nach Angabe der Swiss Funds Association SFA (vgl. Jahresbericht 2002) summierte sich das in der Schweiz verwaltete Fondsvermögen Ende 2002 auf CHF [...] Mia. Nach einer Berechnung der "Finanz und Wirtschaft" (Samstag 1. Februar 2003, Nr. 9) verfügte die AIGPB Ende 2002 in diesem Bereich über einen Marktanteil von deutlich unter 1%. Die Übernahme von zirka [...] Aktiensparplänen im Wert von CHF [...] sowie von rund [...] Anlagesparplänen im Wert von CHF [...] wird den Marktanteil der AIGPB nur unwesentlich erhöhen und kann deshalb als unbedenklich eingestuft werden.

5. Ergebnis

16. Die Wettbewerbskommission ist aufgrund der vorstehenden Ausführungen der Meinung, dass der Zusammenschluss zwischen der ZIB und der AIGPB aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch ist. Es kann deshalb auf die Eröffnung einer vertieften Prüfung verzichtet werden.

B 2.3	3. Schlachtbetrieb St. Gallen AG
-------	---

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

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

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

Stellungnahme vom 28. Mai 2003

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 9. Mai 2003 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung der Micarna SA, Bazenheid (nachfolgend Micarna), der Fenaco Genossenschaft, Bern (nachfolgend Fenaco), und der Ernst Sutter AG, Gossau (nachfolgend Sutter AG), eingegangen. Fenaco und die Sutter AG sind die bisherigen Hauptaktionäre der Schlachtbetrieb St. Gallen AG, Gossau (nachfolgend SBAG). Das Zusammenschlussvorhaben umfasst (nach vorhergehender Kapitalerhöhung) eine Beteiligung von Micarna, Fenaco und

der Sutter AG von rund 88% des Aktienkapitals der SBAG und einen Aktionärbindungsvertrag zwischen Micarna, Fenaco und der Sutter AG.

2. Micarna ist eine Tochtergesellschaft des Migros-Genossenschaftsbundes, Zürich (nachfolgend Migros). Micarna ist der zweitgrösste schweizerische Fleischverarbeitungsbetrieb, der an den Standorten Bazenheid und Courtepin die Schlachtung von Schlachtvieh durchführt und insbesondere im Kauf, Verkauf, Import, in der Fleischverarbeitung und im Handel mit Vieh und Fleisch tätig ist (vgl. RPW 2001/2, S. 256, Rz. 4 ff.).

3. Die Fenaco ist eine Unternehmensgruppe, die in zahlreichen nationalen Produktions- und Konsumgütermärkten tätig ist. Die Fenaco ist in der Fleischverarbeitungsindustrie durch eine Tochtergesellschaft, die Carnavi-Holding AG, Freienbach (nachfolgend Carnavi), vertreten. Carnavi, der drittgrösste Marktteilnehmer auf Stufe Fleischverarbeitung in der Schweiz, hat vier Tochterunternehmen, die in den Bereichen Fleischverarbeitung sowie Herstellung und Verkauf von Fleisch- und Wurstwaren tätig sind und zum Teil selber Schlachtungen durchführen: Fleisch- & Wurstwaren AG, St. Gallen; J. Gattiker AG, Freienbach; Reber AG, Langnau i.E., und Viaca AG, Geuensee.

4. Die Sutter AG ist in den Bereichen Herstellung und Vertrieb von Fleisch- und Wurstwaren tätig und lässt die anfallenden Schlachtungen von der SBAG durchführen. Die vor allem in der Produktion von Wurstwaren tätige Metzgerei Gemperli AG, Gossau (nachfolgend Gemperli AG), ist eine Tochtergesellschaft der Sutter AG, die ebenfalls am Aktienkapital der SBAG beteiligt ist.

5. Die SBAG ist ein Schlachtbetrieb, der im Auftrag von Fleischverarbeitungsbetrieben und Metzgereien die Schlachtung von Schlachtvieh durchführt. Die SBAG fragt somit selber kein Schlachtvieh bei Produzenten und Zwischenhändlern nach, sondern tritt ausschliesslich als Dienstleistungsbetrieb auf, in dem sie für Fleischverarbeitungsbetriebe Schlachtungen im Auftragsverhältnis durchführt. Neben der Fenaco, der Sutter AG und neu der Micarna halten nach dem Vollzug des Zusammenschlusses weitere Fleischverarbeitungsbetriebe und Metzgereien sowie die Stadt St. Gallen zusammen rund 12% des Aktienkapitals der SBAG. Auch Unternehmen, die nicht Aktionär der SBAG sind, können ihre Schlachtungen von der SBAG verrichten lassen. Die Statuten der SBAG sehen vor, dass die Generalversammlung ihre Beschlüsse und Wahlen mit mindestens 5/6 der vertretenen Aktienstimmen fasst.

6. Das Zusammenschlussvorhaben steht im Zusammenhang mit dem geplanten Neubau von zwei Schlachthöfen. Die im Jahr 1995 in Kraft getretene Fleischhygieneverordnung (FhyV, SR 817.190) sieht mit einer Übergangsfrist bis 2005 strengere Anforderungen für Grossbetriebe vor. Insbesondere verlangt die FhyV eine stärkere Trennung zwischen den zur Schlachtung von Schweinen vorgesehenen Anlagen von den

Anlagen zur Schlachtung der anderen Tierarten. Da die bestehenden Anlagen der SBAG in St. Gallen und der Micarna in Bazenheid diesen neuen Anforderungen nicht vollumfänglich gerecht werden, beschliessen die SBAG und Micarna, gemeinsam den Neubau von zwei artenreinen Schlachthöfen zu finanzieren. Im neuen Schlachthof in Bazenheid werden künftig nur noch Schweine geschlachtet und im neuen Schlachthof in St. Gallen nur noch Haarvieh (Rinder, Kälber, Lämmer usw.). Nach Fertigstellung des neuen Schlachthofs in Bazenheid wird Micarna ihre eigene Schlachtstätigkeit in Bazenheid einstellen.

II. MELDEPFLICHT

1. Gemeinschaftsunternehmen

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt unter anderem jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht kontrollierten, stellt gemäss Artikel 2 Absatz 1 VKU einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen a) als Vollfunktionsunternehmen auftritt, b) eine selbstständige wirtschaftliche Einheit darstellt und c) auf Dauer angelegt ist (vgl. RPW 1997/2, S. 199, Rz. 17 ff., und RPW 2002/3, S. 501 f., Rz. 6 ff.).

8. Nach dem Zusammenschluss übt Micarna gemeinsam mit Fenaco und der Sutter AG die Kontrolle über die SBAG, die als Vollfunktionsunternehmen auftritt, alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und auf Dauer angelegt ist, aus. Damit sind die oben genannten Voraussetzungen gegeben.

2. Umsatzschwellen

9. Der weltweite Umsatz der Migros im Jahr 2002 betrug rund CHF [...] Mia., derjenige der Fenaco rund CHF [...] Mia. und derjenige der Sutter AG rund CHF [...] Mia. Die genannten Umsätze wurden grösstenteils in der Schweiz erwirtschaftet.

10. Damit sind die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 KG erfüllt, weshalb das Zusammenschlussvorhaben der Meldepflicht unterliegt.

III. BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

1. Relevante Märkte

1.1. Sachlich relevante Märkte

11. 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).

12. Als Marktgegenseite sind im vorliegenden Fall Fleischverarbeitungsbetriebe und Metzgereien zu betrachten, welche die Schlachthöfe mit der Schlachtung von Schlachtvieh beauftragen. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft die Schlachtung von Schlachtvieh der Rindergattung (Stiere, Ochsen, Kühe, Rinder und Kälber), von Schlachtschweinen und anderem Schlachtvieh (Schafe, Ziegen und Pferde). Vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert ist die Schlachtung von Geflügel. Die Schlachtung von Geflügel erfolgt in spezialisierten Schlachthöfen und bildet namentlich aufgrund der fehlenden Angebotsumstellungsflexibilität zu den im vorliegenden Zusammenschlussverfahren betrachteten Märkten einen eigenen relevanten Markt (vgl. Bell/SEG-Poulets AG, RPW 1998/3, S. 392 ff.).

13. Es stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall von einem Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh (ohne Geflügel) auszugehen ist, oder ob die Schlachtung der verschiedenen Schlachtviehgattungen als eigene relevante Märkte zu betrachten sind. Die EU-Kommission ging in bisherigen Entscheiden betreffend den in dieser Hinsicht allerdings nur bedingt mit der Schweiz vergleichbaren dänischen Markt davon aus, dass namentlich aufgrund der unterschiedlichen Schlachtanlagen auf der Stufe Schlachtung keine Angebotssubstituierbarkeit zwischen der Schlachtung von Rindern und der Schlachtung von Schweinen besteht, weshalb die Schlachtung von Rindern und die Schlachtung von Schweinen als eigene sachlich relevante Märkte zu betrachten seien (Case No. IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier vom 9. März 1999 und Case No. COMP/M.2662 - Danish Crown/Steff-Houlberg vom 14. Februar 2002). In der EU sind auf bestimmte Schlachtviehgattungen spezialisierte Schlachthöfe verbreitet. In der Schweiz erfolgt die Schlachtung von Schlachtvieh aller Gattungen (ausser Geflügel) in der Regel in denselben Schlachthöfen, wobei die Schlachtung von Schlachtvieh der Rindergattung und die Schlachtung von Schlachtschweinen auch in der Schweiz mit unterschiedlichen Verfahren und in untereinander nicht austauschbaren Schlachtlinien erfolgt. Was die Marktentwicklung anbelangt, ist davon auszugehen, dass auch in der Schweiz ein Trend hin zu artenreinen Schlachthöfen nicht auszuschliessen ist (vgl. Rz. 6).

14. Aufgrund der obigen Ausführungen könnte es angebracht erscheinen, den Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh der Rindergattung und den Markt für die Schlachtung von Schlachtschweinen, sowie allenfalls die Märkte für die anderen genannten Schlachtviehgattungen, als eigene sachlich relevante Märkte zu betrachten. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann diese Frage letztlich offen bleiben, da sich die Wettbewerbssituation auf Stufe Schlachtung bei allen Schlachtviehgattungen (ausser Geflügel) ähnlich gestaltet, weshalb sich bei einer weiten Marktabgrenzung (Schlachtung von Schlachtvieh) die Beurteilung gegenüber einer engen Marktabgrenzung (Schlachtung von Tieren der Rindergattung und Schlach-

tion von Schweinen als separate Märkte) nicht ändert. Im Folgenden wird von einem sachlich relevanten Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh (ohne Geflügel) ausgegangen.

1.2. Räumlich relevante Märkte

15. 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).

16. Die Fleisch- und Schlachtviehmärkte unterliegen einem restriktiven Importregime. Gemäss Proviande (Der Fleischmarkt im Überblick 2001, Seite 21) liegt der Selbstversorgungsgrad der Schweiz bei Kalb-, Rind- und Schweinefleisch jeweils bei über 90%. Dies würde allerdings nicht grundsätzlich ausschliessen, dass inländisches Schlachtvieh im angrenzenden Ausland geschlachtet und das Fleisch in die Schweiz reimportiert wird. Ein solches Vorgehen wird allerdings von den Marktteilnehmern aus verschiedenen Gründen nicht praktiziert (vgl. hierzu Bell/SEG, S. 35 f., Rz. 25). Im vorliegenden Fall ist der räumliche Markt somit nicht grösser als die Schweiz. Die EU-Kommission ging auf dem - allerdings nur bedingt vergleichbaren - dänischen Markt ebenfalls von einer nationalen räumlichen Marktabgrenzung aus (Case No. IV/M.1313 - Danish Crown/Vestjyske Slagterier vom 9. März 1999 und Case No. COMP/M.2662 - Danish Crown/Steff-Houlberg vom 14. Februar 2002).

17. In der Schweiz weisen die Märkte für die Schlachtung von Schlachtvieh namentlich aufgrund der zahlreichen kommunalen Schlachthöfe, welche vor allem eine Nachfrage aus ihrer unmittelbaren Umgebung befriedigen, auch regionale Charakteristika auf. Neben den Transportkosten bei der Beschaffung sind aber auch die Transportkosten bei der Schlachtabfallentsorgung, die weitgehend zentral erfolgt, zu berücksichtigen. Die Beschaffung von Schlachtvieh durch die Fleischverarbeitungsbetriebe, welche die Schlachthöfe mit der Schlachtung von Schlachtvieh beauftragen, erfolgt grundsätzlich gesamtschweizerisch. Aufgrund der gesamtschweizerisch homogenen Wettbewerbssituation kann im vorliegenden Fall letztlich offen gelassen werden, ob der räumlich relevante Markt national oder regional abzugrenzen ist. In den nachfolgenden Erwägungen wird von einem nationalen Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh (ohne Geflügel) ausgegangen.

2. Stellung auf den betroffenen Märkten

18. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Wo diese Schwellen nicht erreicht

werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung (RPW 2002/2, S. 305, Rz. 44).

19. Aus folgender Tabelle sind die Marktanteile der am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen und der drei grössten Konkurrenten auf dem Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh (ohne Geflügel) ersichtlich:

	2000	2001	2002
SBAG	5,6%	6,1%	6,3%
Micarna (Bazenheid und Courtepin)	13,3%	11,7%	14,5%
Fenaco (Freienbach und Langnau i.E.)	7,4%	7,3%	7,8%
Total SBAG, Micarna und Fenaco	26,3%	25,1%	28,6%
Bell (Basel, Oensingen, Chesaux, Hinwil)	20,4%	21,6%	21,8%
Schlachthof Zürich	6,0%	6,7%	6,5%
Schlachthof Bern	5,7%	6,4%	6,5%

20. Somit handelt es sich beim Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh um einen betroffenen Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Die separaten Marktanteilsdaten über die Schlachtung von Tieren der Rindergattung (Stiere, Ochsen, Kühe, Rinder und Kälber), von Schlachtschweinen und von anderem Schlachtvieh (Schafe, Ziegen und Pferde) ergeben vergleichbare Werte, so dass auf eine genaue Aufschlüsselung nach den verschiedenen Schlachtviehgattungen verzichtet werden kann. Bei den oben genannten Marktanteilszahlen ist zu berücksichtigen, dass neben den aufgeführten Marktanteilen der SBAG nur zirka die Hälfte der Marktanteile der Micarna (die des Schlachthofs in Bazenheid) in das Gemeinschaftsunternehmen einfließen, so dass sich der Marktanteil der SBAG nach Inbetriebnahme des neuen Schlachthofs in Bazenheid auf rund 14% belaufen dürfte. Die Schlachthöfe der Micarna in Courtepin und der Fenaco in Freienbach und Langnau i.E. sind nicht Bestandteil des hier betrachteten Gemeinschaftsunternehmens. Micarna, Fenaco und die anderen an der SBAG beteiligten Unternehmen stehen nach dem Zusammenschluss weiterhin in einem Konkurrenzverhältnis.

21. Der Zusammenschluss bewirkt insbesondere, dass Micarna im Betrieb in Bazenheid einen Arbeitsschritt (nämlich die Schlachtung) nicht mehr betriebsintern durchführt, sondern vom Gemeinschaftsunternehmen SBAG durchführen lässt, an dem sie nunmehr beteiligt ist. Es besteht branchenweit ein hohes Ausmass an vertikaler Integration zwischen Schlachtbetrieben und Fleischverarbeitungsbetrieben respektive Metzgereien, so dass der Stufe Schlachtung insgesamt eine relativ geringe eigenständige Bedeutung zukommt. Die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Wettbewerb sind deshalb als gering zu betrachten. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf der Stufe Schlachtung von Schlachtvieh kann ausgeschlossen werden, da mit dem grössten schweizerischen Fleischverarbeitungsbetrieb, der Bell Holding AG, Basel (nachfolgend Bell), ein starker Konkurrent auf dem Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh präsent ist. Ausserdem sind auf dem schweizerischen Markt zirka 20 weitere grössere und zahlreiche kleinere Schlachtbetriebe tätig, die den Spielraum der SBAG wirksam begrenzen.

22. Aufgrund der genannten Marktgegebenheiten bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine allfällige kollektiv marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Schlachtung von Schlachtvieh entstehen oder verstärkt werden könnte. Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass durch den Zusammenschluss in den Bereichen Beschaffung von Schlachtvieh, Verarbeitung zu und Vertrieb von Frischfleisch und Fleischprodukten keine wesentlichen wettbewerbsrelevanten Veränderungen zu erwarten sind.

IV. ERGEBNIS

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

B 2.3	4. Coop/Waro
-------	---------------------

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 19. Mai 2003

A. Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 6. Januar 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Sekretariat") die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben. Danach beabsichtigt Coop, Basel (nachfolgend "Coop"), mittels Aktienkauf die Kontrolle über die Waro AG, Spreitenbach (nachfolgend "Waro"), zu erlangen.

2. Coop ist die Dachgesellschaft der schweizerischen Coop-Gruppe, zu welcher zahlreiche Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen gehören. Coop ist eine der führenden Detailhandelsketten für Food-Produkte und Non-Food-Produkte in der Schweiz. Das Kerngeschäft der Coop-Gruppe bilden ihre Supermärkte. Daneben ist die Coop-Gruppe unter anderem auch in den Bereichen Gastronomie (Coop Restaurants) und Tankstellen (Coop Mineralöl) tätig.

3. Waro ist ein im schweizerischen Detailhandel tätiges Unternehmen, deren Geschäftstätigkeiten hauptsächlich im Bereich der Verbrauchermärkte mit einem breiten Food und Near Food Sortiment liegen. Daneben ist Waro in beschränktem Ausmass in den Bereichen Gastronomie und Mineralölhandel aktiv. Waro gehört zur Denner-Gruppe.

4. Die Rast Holding SA ist die Dachgesellschaft der Denner-Gruppe. Die Denner-Gruppe ist ein in der Schweiz tätiger Detailhandelskonzern. Zur Denner-Gruppe gehören neben den Waro-Geschäften die Denner-Superdiscount-Geschäfte, welche ein Discountsortiment im Food- und im Near Food-Bereich anbieten.

5. Sowohl die Denner-Gruppe wie auch die Waro AG erfordern eine Restrukturierung. Nach eigenen Angaben ist die Rast Holding SA finanziell nicht in der Lage, neben der Renovation ihres Denner-Filialnetzes auch noch die 28 Waro-Verkaufsstellen zu sanieren. Ferner habe Waro im Schweizer Detailhandel einen eher schweren Stand und nicht die nötige Grösse. Die Denner-Gruppe sei daher bestrebt, sich auf ihre Kerngeschäfte zu fokussieren. Die eher grossflächigen Waro-Geschäfte entsprechen nicht der von der Denner-Gruppe primär verfolgten Discounter-Strategie. Um das Waro-Geschäft in seinem jetzi-

gen Umfang zu erhalten, komme daher nur ein Verkauf beziehungsweise eine Übernahme durch einen finanzstarken Partner in Frage.

6. Es ist das Ziel der Rast Holding SA, die Waro AG als Ganzes zu verkaufen. Die Waro-Verkaufspunkte seien flächenmässig zu gross, um als Denner-Filialen geführt zu werden. Zudem sollten keine Waro-Verkaufspunkte geschlossen werden, da ein Verlust von Arbeitsplätzen vermieden werden soll.

7. Gemäss Auskunft der Rast Holding SA wurden für den Verkauf von Waro vier Hauptinteressenten evaluiert: Carrefour, Spar, Migros und Coop. Mit diesen vier Hauptinteressenten sei parallel verhandelt worden. Diese seien in den Verkaufsgesprächen zudem gleich behandelt worden. Die Rast Holding SA nahm an, dass ein Verkauf von Waro an Carrefour oder Spar kartellrechtlich keine Probleme darstellen würde, was die Angebote dieser Interessenten aufwertete.

8. Die ersten Gespräche mit Carrefour ergaben, dass diese nur an den Waro-Hypermärkten (vgl. Rz. 36) interessiert waren. Spar interessierte sich dagegen nur für die Waro-Supermärkte (vgl. Rz. 36). Die Rast Holding SA erklärte sich jedoch damit einverstanden, dass Carrefour und Spar ein gemeinsames Angebot einreichten. Zu diesem Zeitpunkt lagen die ersten Angebote von Migros und Coop bereits vor. Nach einer Betriebsbesichtigung und Due-Diligence-Gesprächen teilte Spar mit, dass sie definitiv nur an gewissen Waro-Supermärkten interessiert sei. Auf das Angebot von Carrefour/Spar, eine Offerte für 21 (von 28) Waro Verkaufsstellen zu unterbreiten, wollte die Rast Holding SA zudem nicht eingehen, da sie sonst auf sieben Waro Verkaufsstellen sitzen geblieben wäre, welche als Denner-Filialen infolge zu grosser Fläche nicht in Frage kamen. Carrefour führte aus, dass es für sie aus logistischen Gründen (unterschiedliche logistische Strukturen) nicht rentabel sei, sämtliche Waro-Filialen, also auch die Supermärkte, zu übernehmen.

9. Im Gegensatz zu Carrefour war Coop bereit, sämtliche Filialen, Arbeitsverhältnisse und Lieferantenverträge von Waro zu übernehmen. Coop führte aus, mit dem vorliegenden Zusammenschluss ihr Detailhandelsnetz ergänzen und in diesem Bereich die kritische Grösse überwinden zu wollen. Synergien sollen dank der Ausnützung von Verbundvorteilen vor allem in der Lagerbewirtschaftung, Logistik, Informatik und Administration erfolgen. Coop sei bei den Megastores (Grösse Hypermarkt) mit [0%-10%], insbesondere im Vergleich zu Migros, schwach vertreten. Diese strukturellen Defizite seien auszumerzen, unter anderem durch die Aquisition von Waro.

A.2 Das Verfahren

10. Mit Schreiben vom 12. November 2003 reichten die Parteien einen Meldungsentwurf ein. Mit Datum vom 6. Januar 2003 reichten die Parteien dem Sekretariat die definitive Meldung des Zusammenschlusses

ein. Am 6. Januar 2003 stellte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung fest.

11. Am 3. Februar 2003 hat die zuständige Kammer Produktemärkte der Wettbewerbskommission (nachfolgend "Weko") gestützt auf Artikel 10 Absatz 1 Kartellgesetz (KG; SR 251) sowie auf Antrag des Sekretariates das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung allein oder gemeinsam durch den beabsichtigten Zusammenschluss bejaht und die Eröffnung eines Prüfungsverfahrens gemäss Artikel 10 und 33 ff. KG beschlossen.

12. Die Eröffnung des Prüfungsverfahrens wurde am 12. Februar 2003 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 18. Februar 2003 im Bundesblatt publiziert.

13. Am 19. Februar 2003, am 2. April 2003 und am 16. April 2003 stellten die Parteien einen Antrag auf Akteneinsicht. Die gewünschten Akten, abgesehen von Dokumenten mit Geschäftsgeheimnissen, wurden den Parteien am 24. Februar 2003 beziehungsweise am 4. April 2003 und 22. April 2003 zugestellt.

14. Die detaillierte Begründung zur Einleitung des Prüfungsverfahrens wurde den Parteien mit Schreiben vom 17. Februar 2003 mitgeteilt.

15. Im Rahmen der durch das Sekretariat durchgeführten Abklärungen wurden Fragebogen an Konkurrenten (je 2 an 11, wovon alle geantwortet haben) und Lieferanten (83, wovon 67 geantwortet haben) von Coop und Waro sowie an verschiedene Verbände (5, wovon alle geantwortet haben) sowie an Konsumentenschutzorganisationen (3, wovon alle geantwortet haben) versandt. Zudem wurden mit Denner, Migros, Coop, Carrefour, Promarca und Waro Hearings durchgeführt.

16. Anlässlich der Sitzung vom 14. April 2003 beschloss die zuständige Kammer Produktemärkte, das Zusammenschlussvorhaben an die Weko zu überweisen.

17. Mit Datum vom 16. April 2003 versandte das Sekretariat den Parteien den Zwischenbericht. Am 30. April 2003 nahmen die Parteien dazu Stellung.

18. Anlässlich der Kommissionssitzung vom 5. Mai 2003 beauftragten die Kommissionsmitglieder den Präsidenten der Weko und der Kammer Industrie und Produktion, mit Coop in einem Treffen die wettbewerblich problematischen Punkte des Zusammenschlusses zu besprechen. Am 7. Mai 2003 fand in den Räumlichkeiten der Weko die entsprechende Sitzung unter Anwesenheit des Präsidenten und des Sekretariates der Weko sowie Coop statt.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmenszusammenschluss

20. Coop übernimmt mittels Aktienkauf 100% der Aktien von Waro. Der Erwerb von 100% des Aktienkapitals ist als Kontrollerwerb und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

B.1.2 Meldepflicht

21. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2001 in der Schweiz einen gemeinsamen Umsatz von CHF [>13 Mia.]. Getrennt betrug der Umsatz für Coop CHF [...] Mio. und jener von Waro CHF [< 1 Mia.]. Damit sind die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erfüllt.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

22. Gemäss Artikel 10 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

23. Laut Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen 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.

24. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben und inwiefern sie sich in wesentlichem Umfang von den in der vorangehenden Ziffer genannten Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten vermögen.

B.2.1 Relevante Märkte

25. Vorab gilt es festzustellen, in welchen Märkten der Zusammenschluss allenfalls zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen könnte.

26. In Bezug auf die relevanten Märkte sind die Unternehmen (Coop, Waro) im Vertrieb einer Vielzahl von Produkten auf der Stufe des Detailhandels in der Schweiz tätig. Für alle diese Produkte ist im Rahmen der wettbewerblichen Analyse grundsätzlich zu unterscheiden zwischen

- a) den Absatzmärkten, auf denen sich die Detailhändler als Anbieter den Endkonsumenten gegenübersehen, und
- b) den Beschaffungsmärkten, auf denen sich die Detailhändler als Nachfrager den Herstellern gegenübersehen.

27. Vorab ist Folgendes anzumerken:

- a) Zwischen den Absatz- und Beschaffungsmärkten bestehen Interdependenzen. Die Detailhandelsketten beeinflussen über ihre Aktivitäten in den Absatzmärkten das Einkaufsvolumen und ihre Stellung in den Beschaffungsmärkten. Diese Stellung beeinflusst ihrerseits die Einkaufskonditionen. Je größer das Einkaufsvolumen, desto günstiger sind in der Regel die Einkaufskonditionen, die dem Handelsunternehmen von seinen Lieferanten eingeräumt werden. Günstige Einkaufskonditionen können wiederum auf verschiedene Weise dazu benutzt werden, die Marktposition auf dem Handelsmarkt zu verbessern (z.B. durch internes oder externes Wachstum, aber auch durch gezielte gegen Wettbewerber gerichtete Niedrigpreisstrategien).
- b) Das Ausüben von Nachfragemacht, die zur Erzielung günstigerer Einkaufsbedingungen führt, ist in Bezug auf die gesamtwirtschaftliche Wirkung differenziert zu beurteilen. Wenn die Lieferantenseite selbst sehr konzentriert ist und die nachfragemächtigen Käufer auf ihren eigenen Absatzmärkten wirksamem Wettbewerb ausgesetzt und somit gezwungen sind, erzielte Einkaufsvorteile an ihre eigenen Abnehmer weiterzureichen, kann Nachfragemacht verhindern, dass auf Angebotsseite Monopol- oder Oligopolgewinne realisiert werden. Verfügt jedoch das nachfragemächtige Unternehmen auf seinem Absatzmarkt selbst über eine starke, vom Wettbewerb nicht mehr hinreichend kontrollierte Stellung, so ist ohne weiteres nicht mehr zu erwarten, dass erzielte Einkaufsvorteile an die Abnehmer weitergegeben werden.
- c) Ein weiterer Zusammenhang zwischen Absatz- und Beschaffungsmärkten basiert auf der Intermedialfunktion der Detailhandelsketten zwischen Lieferanten und Endkonsumenten. Die Notwendigkeit dieser Vermittlerrolle ergibt sich aus den Eigenschaften der Konsumenten, die oft als wenig mobile und nur lückenhaft informierte Nachfrager zu charakterisieren sind¹. Damit tre-

¹ London Economics, 1997: Competition in Retailing, OFT Research Paper 13, Kapitel 2

ten die grossen Detailhandelsketten im Ergebnis für die Konsumenten, die Einkäufe in relativ geringem Umfang tätigen, den Lieferanten entgegen (Gegenmachthypothese). Zudem bringen die Detaillisten die Produkte zu den (immobilen) Konsumenten und bündeln für die (uninformierten) Konsumenten Informationen über Angebot, Preise und Qualität von Produkten².

- d) Obwohl die jeweiligen Produkte in ihren physischen Eigenschaften auf dem Beschaffungs- und Absatzmarkt identisch sind, können sie sich aus ökonomischer Sicht durchaus unterscheiden. Für Lieferanten und Konsumenten spielen beim Verkauf beziehungsweise Kauf eines Produktes typischerweise nicht nur das Produkt an sich, sondern auch die dazugehörigen komplementären Dienstleistungen des Detailhändlers (Transport, Information etc.) eine Rolle.

28. Die eben erwähnten Ausführungen führen jedoch nicht zwingend dazu, dass die so genannte "Spiegelbildtheorie" zur Anwendung kommt. In den Fällen Migros/Globus und Coop/EPA (RPW 1997/3, S. 364 ff.; RPW 2002/3, S. 505 ff.) wurden die Beschaffungs- und Absatzmärkte symmetrisch definiert. Dies führte insbesondere dazu, dass die Spiegelbildtheorie zur Anwendung kam. Wenn die beiden Marktsegmente jedoch nicht symmetrisch sind (Marktsegmentation), lässt sich die Spiegelbildtheorie nicht unbesehen anwenden. Das ist vorliegend der Fall. Einzelne Beschaffungsmärkte sind - im Gegensatz zu den Absatzmärkten - agrarrechtlich weitgehend konditioniert und gegenüber dem Ausland nur zum Teil offen. Deshalb sind die Beschaffungsmärkte nachfolgend unter Berücksichtigung der noch verbleibenden Interdependenzen zwischen Beschaffung und Absatz gesondert zu untersuchen.

B.2.2 Sachlich relevante Märkte

29. 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). Nachfolgend werden zunächst die Absatz-, dann die Beschaffungsmärkte bestimmt.

² Vgl. zu dieser Rz. BÖHEIM M., 2002: Ökonomische Analyse der Wettbewerbssituation im österreichischen Lebensmitteleinzelhandel, Wifo Monatsberichte, S. 325 ff.

I Absatzmärkte

30. Gemäss den Weko-Entscheiden Migros/Globus und Coop/EPA werden die Absatzmärkte im Detailhandel nach Sortimenten unterteilt. Dem Sortimentskonzept liegt der Gedanke zu Grunde, dass der durchschnittliche Konsument ein mehr oder weniger umfassendes Güterbündel an einem Verkaufspunkt erstehen will, um so die Transaktionskosten (Such-, Transport- und Zeitkosten etc.) eines Einkaufs zu minimieren. Detailhandelsketten richten ihr Sortiment auf dieses Bedürfnis der Konsumenten aus. Das Sortimentskonzept ist sowohl auf Konsumgüter des täglichen Gebrauchs wie auch auf dauerhafte Güter des nicht täglichen Gebrauchs anwendbar, wobei das Sortiment bei höherwertigen Gütern tendenziell enger abzugrenzen ist. Zunächst werden - in enger Anlehnung an die Weko-Entscheidung Migros/Globus (RPW 1997/3, S. 364 ff.) sowie Coop/EPA (RPW 2002/3, S. 505 ff.) - 16 sachlich relevante Märkte unterschieden (vgl. Rz. 30 ff.).

31. Im Entscheid Coop/EPA wurde zwischen den folgenden 16 sachlich relevanten Märkten beziehungsweise Sortimenten unterschieden (RPW 2002/3, S. 505 ff.):

- ?? Nahrungs- und Genussmittel
- ?? Kosmetik/Hygiene/Reinigung
- ?? Küchen- und Haushaltgeräte
- ?? Herrenbekleidung
- ?? Damenbekleidung
- ?? Kinderbekleidung
- ?? Schuhe
- ?? Möbel
- ?? Heimtextilien
- ?? Uhren/Bijouterie
- ?? elektrische Apparate/Unterhaltungselektronik
- ?? Sportwaren
- ?? Spielwaren
- ?? Bücher/Zeitschriften
- ?? Do-it-yourself

32. Aufgrund der unten genannten Erklärungen kommt diese Markt-
abgrenzung nicht mehr zur Anwendung:

33. Die Markt-
abgrenzung lässt sich anhand der Typen von Einkaufs-
läden, in welchen die Konsumenten ihre Einkäufe tätigen, vornehmen.
Diese sich am EU-Recht orientierende Markt-
abgrenzung (Rewe/Meinl EU IV/M.1221, REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/

M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684) stellt massgeblich auf das Verhalten der Konsumenten sowie auf das Angebot der von verschiedenen Akteuren offerierten Waren des täglichen Bedarfs ab. Im Gegensatz zur Definition in den Entscheiden Migros/Globus und Coop/EPA (RPW 1997/3, S. 364 ff.; RPW 2002/3, S. 505 ff.) bildet das Sortiment vorliegend daher nicht eine einzelne Produktgruppe. Vielmehr besteht das Sortiment vorliegend aus einer Vielzahl von Produktgruppen, welche gemeinsam den täglichen Bedarf der Konsumenten abdecken. Ein solches Angebot besteht aus Food, Near-Food und Non-Food Produkten, mit einem Schwergewicht im Bereich der Food-Produkte, davon vorwiegend Frischprodukte. Dieses Angebot bildet den sachlich relevanten Markt.

34. Es bestehen im Detailhandel verschiedene Vertriebsformen, die sich etwa nach Breite und Tiefe des Sortiments und Größe der Verkaufsfläche unterscheiden. Für den Detailhandel wird daher von einem Markt ausgegangen, der alle Einzelhandelsgeschäfte, mit einem für den Detailhandel typischen Sortiment von Food-, Near-Food und Non-Food Produkten umfasst (d.h. unter Ausschluss von Spezialgeschäften wie etwa Metzgereien und Bäckereien). Demgegenüber sind die Parteien der Auffassung, dass der Konsument die Wahl zwischen einer Vielzahl von Vollsortiments- und Teilsortimentsanbietern hat, dazu zählen insbesondere Supermärkte, Verbrauchermärkte, Discounter, Spezialgeschäfte des Fachhandels, Warenhäuser, Kioske sowie Tankstellen und Bahnhofshops.

35. Die Ermittlungen haben jedoch ergeben, dass die Konsumenten (a) den Spezialhandel, (b) Tankstellenshops oder Bahnhofshops (c), Discounter und (d) Warenhäuser nicht als gute Substitute für den Detailhandel sehen.

- a) Der Konsument verlangt nach einem Warenangebot für den täglichen Gebrauch, welches sowohl Food-Produkte wie auch Near-Food und Non-Food-Produkte enthält und will dabei von den Vorteilen des "One-Stop-Shopping" profitieren. Das Angebot des Spezialhandels ist dabei typischerweise auf ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Produktgruppe beschränkt und steht im Hinblick auf das Warenkonzept, die Verkaufsflächen und das durchschnittliche Preisniveau nicht im direkten Wettbewerb mit den Vertriebsformen des Detailhandels. Das Angebot des Spezialhandels dient daher in erster Linie der Ergänzung des Angebots des Detailhandels.
 - b) Die Größe der Verkaufsfläche bei Tankstellen- oder Bahnhofshops ist durchschnittlich sehr gering. Sie verfügen nur über ein eingeschränktes Sortiment, das sich auf Getränke und Impulsartikel konzentriert. Zudem ist bei diesen Shops im Regelfall eine wesentliche Preisdifferenz gegenüber dem Detailhandel festzustellen. Der Konsument ist daher bereit, insbesondere wegen der flexible-
-

ren Öffnungszeiten deutlich höhere Preise zu zahlen. Wegen der unterschiedlichen Beweggründe für den Einkauf bei Tankstellen oder Bahnhofshops und den Vertriebsformen des Detailhandels sind beide Distributionskanäle für den Konsumenten nicht austauschbar.

- c) Fraglich ist, ob Discounter wie Denner oder Pick Pay und so weiter in den sachlich relevanten Markt ausgeschlossen werden sollten, weil sie über ein kleines oder gar kein Sortiment von Frischprodukten verfügen. Aus der Sicht des Konsumenten verfügen die Discounter somit nicht über ein ausreichendes Angebot zur Deckung des täglichen Bedarfs. Des Weiteren ist die durchschnittliche Zahl der angebotenen Artikel in Discountmärkten relativ gering. Zudem deutet auch der geringere Service auf ein nur eingeschränktes Wettbewerbsverhältnis hin. Ob Discountmärkte im vorliegenden Fall für die wettbewerbliche Prüfung des Zusammenschlussvorhabens in den relevanten Markt mit einzubeziehen sind oder nicht, kann jedoch offen bleiben, da sich die wettbewerbliche Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht ändern würde.
- d) Fraglich ist demnach auch, ob sämtliche grosse Warenhäuser wie Globus und Loeb und so weiter auszuschliessen sind, weil diese, obwohl sie über ein breites Sortiment verfügen, ihren Schwerpunkt nicht im Food-Bereich aufweisen. Ob Warenhäuser in den Markt mit einzubeziehen sind oder nicht, kann jedoch offen bleiben, da sich die wettbewerbliche Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht ändern würde.

36. In Anlehnung an das Sortimentskonzept kann ebenfalls eine Unterteilung nach der Grösse der jeweiligen Verkaufspunkte (Verkaufsfläche) und damit nach dem Umfang des angebotenen Gesamtsortiments in Betracht kommen. Zwischen den Vertriebsformen im Detailhandel bestehen Unterschiede hinsichtlich der Breite und Tiefe der Sortimente, der Qualität, der Preise und der Grösse der Verkaufsflächen. Im Allgemeinen werden drei Typen von Verkaufspunkten anhand der Verkaufsfläche beziehungsweise Sortimentsbreite unterschieden:

- a) Hypermärkte: Zentren mit sehr grossen Verkaufsflächen, meist in der Nähe von Autobahnausfahrten.
- b) Supermärkte: Zentren mit grossen Verkaufsflächen in Städten oder in Agglomerationen.
- c) Kleine Supermärkte von mittlerer Grösse in Quartieren und Dörfern.

37. Eine Unterteilung des Marktes in drei Segmente (Hyper-, Super-, kleine Supermärkte) liesse sich aus den folgenden Gründen rechtfertigen:

- a) Die unternehmerischen Probleme sind je nach Marktsegment sehr verschieden. Die erforderliche Logistik - etwa für die Belieferung eines Netzes von Quartierläden oder von Hypermärkten - ist sehr unterschiedlich. Auch ist die Gestaltung eines Sortiments im Hypermärkte-Segment mit einem solchen im Quartier-Segment kaum vergleichbar (>5'000 Referenzen im Gegensatz zu rund 1'000 Referenzen).
- b) Carrefour, die vor kurzem neu in den Schweizer Markt eingetreten ist, ist ausschliesslich im Hypermärkte-Segment tätig. Auf der anderen Seite sind Akteure wie Primo, Vis-à-vis, Volg oder Spar nur im kleinen Supermärkte-Segment tätig.
- c) Schliesslich werden diese drei Segmente auch seitens der Konsumenten unterschieden. Die Hypermärkte dienen den Wochen- oder sogar Monateinkäufen. Konsumenten fahren am Wochenende mit dem Auto zu diesen grossen Einkaufsstellen und kaufen eine grosse Menge Artikel ein. Unter der Woche werden noch einige Artikel in kleineren Geschäften gekauft, typischerweise in Quartierläden.

38. Ob es sich bei den drei oben genannten Segmenten um eigenständige Märkte handelt, kann offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der gesamten Abklärungen nicht beeinflussen würde.

39. Zu beachten ist, dass Detailhandelsketten neben den Sortimenten mit weiteren Parametern im Wettbewerb stehen. Die wichtigsten Detailhändler in der Schweiz heben in diesem Zusammenhang namentlich die Preissetzung, inklusive der Durchführung von Verkaufsaktionen und Treueprogrammen, aber auch die Wahl geeigneter Standorte sowie die Höhe und Qualität von Verkaufsdienstleistungen (Atmosphäre in den Geschäften, Image bzw. Reputation der Detailhandelskette, Verkaufsförderung, Beratung während und nach dem Verkauf etc.) hervor³. Bei der Analyse der Marktstellung von Coop und Waro auf den betroffenen Märkten sind diese Wettbewerbsparameter ebenfalls in Betracht zu ziehen.

II Beschaffungsmärkte

40. Bei den Beschaffungsmärkten bilden die Lieferanten von Produkten, die über das Vertriebsnetz des Detailhandels verkaufen wollen beziehungsweise müssen, die Marktgegenseite. Der Detailhandel erbringt in seiner intermediären Stellung auf der Beschaffungsseite Dienstleistungen, die es einem Lieferanten erlauben, mit seinem Produkt an den Endkonsumenten zu gelangen.

³ Vgl. hierzu auch: London Economics, 1997: Competition in Retailing. OFT Research Paper 13, Kapitel 2.3. sowie: accenture, 2002: KonsumGüter 2010: Handel - Macht - Marken, S. 13 f.

41. Die Bedürfnisse des Endkonsumenten wirken sich über den Detailhandel auf den Hersteller aus, weshalb den Verhältnissen auf den Absatzmärkten bei der Abgrenzung der Beschaffungsmärkte Rechnung zu tragen ist (vgl. Rz. 27 a).

42. Bei der Abgrenzung der Beschaffungsmärkte sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Hersteller und deren Absatzalternativen massgeblich. Die Hersteller stellen in der Regel einzelne Produkte oder Produktgruppen (z.B. Molkereiprodukte, Brot und Backwaren) her und sind daher normalerweise nicht in der Lage, ihre Produktion ohne weiteres auf andere Produkte umzustellen. Der Lebensmittelhandel fragt zwar ein Gesamtsortiment nach, da sich die Nachfrage seiner Kunden ebenfalls auf ein Sortiment richtet. Ein Einzelhändler ist jedoch nicht in der Lage, dieses Gesamtsortiment komplett von ein und demselben Hersteller zu beziehen. Es kann daher nicht von einem einheitlichen Beschaffungsmarkt für den Lebensmittelhandel ausgegangen werden, sondern es sind nach Produktgruppen verschiedene Märkte zu unterscheiden (vgl. Rewe/Meinl EU IV/M.1221; REWA/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684).

43. Für die Marktabgrenzung sind im Wesentlichen folgende Produktgruppen zu unterscheiden, ohne dabei Modifikationen bei der Unterteilung zwischen und innerhalb der einzelnen Gruppen auszuschliessen:

- ?? Milchprodukte/Eier
 - ?? Brot/Backwaren
 - ?? Fleisch
 - ?? Tiefkühlprodukte
 - ?? Traiteur/Convenience (frisch und gekühlt)
 - ?? Gemüse/Salate
 - ?? Obst/Früchte
 - ?? Konserven/Saucen
 - ?? Suppen/Kochzutaten
 - ?? Grundnahrungsmittel/Backzutaten
 - ?? Warmgetränke/Cerealien
 - ?? Süswaren/Backwaren
 - ?? Snacks/Apéro
 - ?? Tiernahrung/Tierbedarf
 - ?? Alk. Getränke
 - ?? Erfrischungsgetränke
-

- ?? Körperpflege/Kosmetik
- ?? Wasch-/Reinigungsmittel
- ?? Papier-/Hygieneprodukte
- ?? Sonstige

44. Der Einkauf auf Seite des Detailhandels ist in der Regel ebenfalls nach den oben aufgeführten Produktgruppen organisiert. Coop beispielsweise wendet das Category Management an und unterteilt ihr Angebot in verschiedene Food-Kategorien (vgl. Rewe/Meinl EU IV/M. 1221 und ferner Geschäftsbericht Coop 2001, S. 89).

45. Aus der Sicht der Lieferanten sind demnach die verschiedenen Vertriebsmöglichkeiten (Absatzkanäle) zum Endkonsumenten in Bezug auf die oben genannten Produktgruppen massgeblich (vgl. Rz. 43). Für die Marktabgrenzung auf der Beschaffungsseite sind die Substitutionsmöglichkeiten dieser Absatzkanäle zu beurteilen. Dies ist gleichbedeutend mit der Beurteilung der Frage nach den Marktverhältnissen zwischen den Anbietern von Absatzkanälen (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 380, Rz. 84).

46. Zwar ist der Detailhandel in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Produkten des Detailhandel-Sortiments zur Verfügung steht. Neben dem Detailhandel bietet sich für die Hersteller namentlich die Möglichkeit des Vertriebes über spezialisierte Teilsortimentsanbieter (z.B. Bäckereien, Drogerien, Kioske etc.), den Grosshandel (z.B. zur Deckung der Nachfrage der Gastronomie und Hotellerie), den Direktvertrieb und neuerdings ebenfalls das E-Commerce und den Export. Diese Vertriebskanäle unterscheiden sich hinsichtlich der durchschnittlichen Qualität der Produkte, der Preise, der Grösse der Verkaufsfläche, der Erreichbarkeit, der Ausprägung des angebotenen Sortimentes, der Verkaufsatmosphäre und so weiter. Vor allem können über die aufgelisteten Absatzkanäle meist nur bestimmte Kundengruppen (wie private Konsumenten oder Gastronomiebetriebe) bedient werden.

47. Die Abklärungen der Weko haben jedoch ergeben, dass sich die Bedeutung der verschiedenen Absatzkanäle für die Lieferanten je nach Kundengruppen und Produkteigenschaften erheblich unterscheiden können. Der Detailhandel ist für die meisten Produktgruppen mit einem Anteil von mehr als 50% mit Abstand der wichtigste Absatzkanal. Auch die unterschiedliche Verteilung der Absatzkanäle spricht für eine Abgrenzung des Beschaffungsmarkts nach Produktgruppen.

48. Die Parteien machen in ihrer Stellungnahme geltend, dass die verschiedenen Absatzkanäle aus Sicht der Lieferanten substituierbar seien. Dass dabei einzelne Abnehmer geringere Mengen abnehmen als andere, bewirke nicht, dass die verschiedenen Abnehmer nicht mitein-

ander im Wettbewerb stehen. Es könne daher nicht allein aufgrund quantitativer Unterschiede in der abgenommenen Menge auf unterschiedliche Märkte geschlossen werden.

49. Zwar stimmt es, dass die Substituierbarkeit der verschiedenen Absatzkanäle nicht einzig aufgrund quantitativer Elementen beschlossen werden kann. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Absatzkanäle für die Hersteller nicht ohne weiteres austauschbar sind. Unterschiedliche Gebindegrößen, Aufmachung und Verpackung, unterschiedliche Verkaufsstrategien, das Erfordernis von unterschiedlichen Kenntnissen und Kontakten für verschiedene Vertriebswege und unterschiedliche Logistik erschweren den Wechsel zwischen verschiedenen Absatzkanälen. Zahlreiche Produkte (insbesondere Impuls- und Markenartikel) sind ausdrücklich für den direkten Verkauf an Letztverbraucher konzipiert. Für diese Produkte gibt es neben dem Detailhandel nur wenige Absatzalternativen. Eine kurzfristige und problemlose Substitution eines verloren gegangenen Detailhandel-Kunden durch Absatz über andere Absatzwege ist nach den Ermittlungen der Weko in den meisten Produktgruppen nicht möglich. Ein Wechsel von Absatzkanälen würde vielmehr - soweit überhaupt möglich - zum Teil erhebliche Investitionen und Umstellungen der Produktions- und Vertriebsorganisation sowie der Kostenstruktur der Unternehmen erfordern.

50. Beschaffungsseitig bilden vorliegend die Vertriebsdienstleistungen des Detailhandels, welche es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten in eine Produktgruppe aufgenommen zu werden und damit letztlich an die (zumeist privaten) Konsumenten zu gelangen, den sachlich relevanten Markt. Ob die Absatzkanäle Gastronomie, Spitäler, Spezialgeschäfte (inkl. Tankstellen, Märkte) und Export Teil des relevanten Marktes sind, kann vorliegend offen gelassen werden. Diese werden im Rahmen der Analyse der einzelnen Produktgruppen in die Beurteilung einbezogen, da diese eine disziplinierende Wirkung ausüben. Im Übrigen hat dieser Ausschluss keinen Einfluss auf das Ergebnis der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses.

B.2.3 Geografisch relevante Märkte

51. 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).

I Absatzmärkte

52. In geografischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 505 ff.), aber auch europäischer Rechtsprechung⁴ auf zwei Ebenen ab, nämlich einerseits auf

⁴ Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, Rewe/Billa EU IV/M.803, Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161, Carrefour/Promodes EU IV/M.1684

der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufsläden und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerblichen Analyse des Detailhandels in Betracht zu ziehen.

53. Aus Sicht der Nachfrager ist der geografisch relevante Markt lokal, da die Transaktionskosten in einem begrenzten Gebiet gering ausfallen und es sich infolgedessen für den Nachfrager lohnt, den Weg zu einem Verkaufspunkt auf sich zu nehmen. Typischerweise bevorzugt ein Nachfrager bei Gütern des täglichen Gebrauchs einen Verkaufspunkt in der näheren Umgebung; oft sogar den Nächstgelegenen. In geografischer Hinsicht ergibt sich damit ein Marktkreis mit dem nächstgelegenen Verkaufspunkt als Zentrum.

54. Zu beachten ist, dass sich die Marktkreise (je nach zur Verfügung stehenden Transportmittel, Verkehrsinfrastruktur, Transaktionskostenvorteilen [z.B. Verbundvorteile dank umfassender Sortimente in einem Geschäft], Preisen, Präferenzen der Nachfrager etc.) erheblich unterscheiden können. So weisen Verkaufspunkte mit Konsumgütern des täglichen Gebrauchs deutlich kleinere Einzugsgebiete auf als jene mit dauerhaften und meist teureren Gütern des nicht täglichen Gebrauchs. In diesem Zusammenhang wird oft von der Reichweite eines Gutes (oder vorliegend eines Gütersortiments) gesprochen.

55. Die Europäische Kommission ging bis anhin für den Detailhandel von Marktkreisen mit einem Radius von 10-30 Autofahrminuten aus. Die Weko (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 505 ff.) definierte die Marktkreise mit einem Radius von 20 Autofahrminuten.

56. Eine gewisse Anzahl Elemente der wettbewerblichen Analyse im Detailhandel sind hingegen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang zu beurteilen. Folgende Wettbewerbsparameter können für eine Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse auf der Stufe der jeweiligen Vertriebsnetze im Detailhandel sprechen, die in der Schweiz typischerweise von nationaler Ausdehnung sind:

- ?? Im besiedelten Gebiet existieren im Detailhandel (bezogen auf die Reichweite der Produkte) allgemein dichte und flächendeckende Vertriebsnetze.
- ?? Die wettbewerblichen Entscheide werden im Detailhandel in der Regel zentral gefasst und koordiniert. Derartige Entscheide betreffen zum Beispiel Preispolitik, Werbung, Anpassungen des Vertriebsnetzes, Sortimentsgestaltung, Marketing, Verkaufsaktionen und so weiter.

II Beschaffungsmärkte

57. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt nationale Dimensionen auf (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 505 ff.; ferner Unilever/Bestfoods, RPW 2001/4, S. 702 f.). Als räumlich relevanter Markt

gelten die Vertriebskanäle des Detailhandels, welche es den Lieferanten erlauben, mit ihren Produkten an die Konsumenten in der Schweiz zu gelangen.

58. Daran ändert nichts, dass zahlreiche Lieferanten von Coop und Waro, wie von den Parteien vorgebracht wurde, international tätige Grossunternehmen sind. Als Gründe für eine nationale Abgrenzung lassen sich vorbringen:

- a) International tätige Unternehmen sind in der Regel über eine nationale Vertretung tätig.
- b) Für die befragten Lieferanten ist (wenn überhaupt) nur eine Substitution zwischen schweizerischen Vertriebskanälen möglich. Für die Belieferung ins Ausland bestehen nach Ansicht der meisten Lieferanten erhebliche Hindernisse und Kosten.
- c) Die staatliche Regulierung (Bewilligungen, Vorschriften etc.) ist Angelegenheit der jeweiligen nationalen Behörden.
- d) Es bestehen Unterschiede zwischen den nationalen Kundenpräferenzen.

B.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.3.1 Vorbemerkungen

I Konzentrationsprozess im europäischen Vergleich

59. In den letzten Jahren verzeichnete der Detailhandel in der Schweiz und in Europa ein schwaches Wachstum in Bezug auf die Nachfrage. Dies hat zur Folge, dass ein Unternehmen sein Wachstum grundsätzlich in erster Linie mittels folgender Massnahmen steigern kann:

- ?? Erhöhung seiner Marktanteile auf dem nationalen Markt
- ?? Verstärkung seiner Position auf dem ausländischen Markt
- ?? Eintritt in einen neuen Markt ausserhalb des Detailhandels

60. Es kann festgestellt werden, dass die Konzentration in den letzten zehn Jahren in zahlreichen europäischen Ländern zugenommen hat, obwohl diesbezüglich unter den Mitgliedern der europäischen Union bestimmte Diskrepanzen bestehen. So herrscht in einigen Ländern ein Duopol, in anderen ein Triopol oder ein Oligopol, oder es herrscht lediglich ein dominantes Unternehmen vor. Diese Unterschiede lassen sich namentlich mit den verschiedenen Grössen der nationalen Märkte begründen: Kleinere Länder, wie auch die Schweiz, verfügen im Detailhandel zumeist über ein einzelnes dominantes Unternehmen oder ein Duopol. Dies zeigen unter anderem auch folgende (von den Parteien ins Recht gelegte) Daten.

Tabelle

	K5
Norwegen	97,0
Grossbritannien	96,1
Schweden	92,0
Niederlande	87,5
Finnland	83,4
Schweiz	83,0
Österreich	78,9
Dänemark	77,8
Frankreich	76,9
Belgien	75,2
Irland	68,8
Spanien	65,3
Deutschland	64,4
Portugal	64,2

Quelle: M+M Planet Retail

	K2
Niederlande	69,7
Finnland	66,9
Schweiz	66,3
Schweden	64,0
Norwegen	58,5
Dänemark	55,6
Grossbritannien	54,8
Österreich	47,9
Belgien	45,6
Portugal	41,4
Spanien	41,0
Irland	39,3
Frankreich	38,7
Deutschland	23,5

Daten für 2001

- ?? **K5** bildet die Summe der fünf grössten Marktteilnehmer und ergibt deren Konzentrationsgrad.
- ?? **K2** bildet die Summe der Marktanteile der zwei grössten Marktteilnehmer und ergibt ebenfalls deren Konzentrationsgrad.
61. Die Konzentration in Europa lässt sich wie folgt zusammenfassen:
- Oligopole: Auf den grossen Märkten wie Deutschland und Frankreich herrscht in der Regel die schwächste Konzentration. Die Grösse des Marktes erlaubt die Existenz von mehreren grossen Detailhändlern nebeneinander. Grossbritannien weist trotz seines intern bedeutenden Marktes eine eher hohe Konzentration auf.
 - Duopole: Zahlreiche Länder wie beispielweise die Niederlande, Finnland, Schweden oder die Schweiz weisen mit 60% Marktanteil oder mehr eine deutlich duopolistische Marktstruktur auf.

62. Der erwähnte Konzentrationsprozess lässt sich im Wesentlichen wie folgt begründen:

- a) Infolge der Globalisierung und Internationalisierung der Unternehmen ist es für die Detailhandelsketten immer schwieriger, die Kosten für Transport und Logistik zu decken, falls sie nicht über eine bestimmte Mindestgrösse verfügen.
- b) Die Ansprüche der Konsumenten sind gestiegen (angenehmere Verkaufsatmosphäre, breiteres Sortiment, bequemer Zugang zu einem Verkaufspunkt etc.). Um Kunden zu gewinnen, sind die Detailhandelsketten gezwungen, neue Mittel einzusetzen, was eine gewisse Finanzkraft und Mindestgrösse voraussetzt.
- c) Mit einer gewissen Grösse erlangen Detailhandelsketten bei den Lieferanten bessere Einkaufskonditionen (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 516, Rz. 27 und 49 f.).

63. Anzuführen bleibt, dass die ersten beiden Aspekte eher auf dem Vorhandensein von Wettbewerbsdruck basieren beziehungsweise auf der Realisierung von Effizienzgewinnen beruhen. Hingegen könnte der letzte Punkt wettbewerbsrechtliche Probleme aufwerfen, da die besseren Verkaufskonditionen nicht nur auf der Realisierung von Effizienzgewinnen, sondern auch auf der Ausübung von Nachfragemacht durch Detaillisten basieren können.

64. Angesichts der heutigen Situation in der Schweiz im Vergleich mit dem Detailhandelsmarkt in den Ländern der Europäischen Union sowie der Tendenz zu einer grösseren Konzentration, ist nach Einschätzung der Weko das Entstehen eines symmetrischen Triopols in absehbarer Zukunft nicht zu erwarten.

II Stellungnahme der Konsumentenschutzorganisationen

65. Die Befragung der Konsumentenschutzorganisationen (Fédération Romande des Consommateurs, Konsumenten-Vereinigung Nordwestschweiz und Stiftung für Konsumentenschutz) hat Folgendes ergeben:

- a) Die Konsumentenschutzorganisationen führen aus, dass die Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Detailhandel unbefriedigend seien und weisen auf die starke Marktposition von Coop und Migros hin. Es herrsche praktisch ein Duopol, was die Konsumenten in Bezug auf Preispolitik und Produktauswahl den beiden Grossunternehmen ausliefere. Coop und Migros verfügten über eine enorme Verhandlungsmacht, was insbesondere für die Landwirtschaft gravierende Auswirkungen im Zusammenhang mit der Preisfixierung habe.
 - b) Die Fédération Romande des Consommateurs hält demgegenüber fest, dass der Schweizer Detailhandelsmarkt durchaus offen sei für Neueintritte, wie der Markteintritt von Carrefour zeige.
-

III Daten

66. Die Ausführungen zur Datenerhebung sind mit folgenden Bemerkungen einzuleiten:

- a) Die Marktanteile im Detailhandel können je nach Datenquelle (bzw. Datenerhebung) Unterschiede aufweisen.
- b) Für die Berechnung der Marktanteile in der Schweiz stützt sich die Weko im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf die Angaben der IHA-GfK⁵. Umsätze der Teilsortimentgeschäfte (wie z.B. Metzgerei oder Bäckerei) sind in den IHA-GfK Daten nicht inbegriffen.

B.3.2 Absatzmärkte

67. Bei der wettbewerbsrechtlichen Analyse ist zunächst die aktuelle Konkurrenz zu evaluieren. Die Frage nach potenzieller Konkurrenz (inkl. Markteintrittsschranken) stellt sich erst dann, wenn feststeht, dass es an aktueller Konkurrenz mangelt.

68. Im Rahmen einer Untersuchung ist nebst dem Umstand, dass der Marktanteil eines Unternehmens dadurch zunimmt, auch zu berücksichtigen, dass diejenigen von anderen Unternehmen abnehmen könnten (vgl. Rz. 116).

I Betroffene Märkte

69. Aufgrund der oben vorgenommenen Definition erfolgt die Analyse des aktuellen Wettbewerbs zunächst nach dem Sortimentskonzept des täglichen Bedarfs (vgl. Rz. 32) und nach Segmenten, das heisst Hyper-, Super-, kleine Supermärkte.

70. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU gelten aufgrund der oben stehenden Erwägungen zur Marktabgrenzung die nachfolgend grau unterlegten Bereiche als betroffene Märkte.

Umsatz 2001, in %	Coop	Waro	Coop + Waro
Hypermärkte	∅%-10%?	∅%-10%?	∅%-10%?
Supermärkte	∅40%-50%?	∅%-10%?	∅40%-50%?
Kleine Supermärkte	∅40%-50%?	∅%-10%?	∅40%-50%?
TOTAL	∅30%-40%?	∅%-10%?	∅30%-40%?

⁵ IHA-GfK AG, Publikation des Schweizerischen Marketing-Forums, Detailhandel Schweiz 2002/03

71. Die Analyse auf dem nationalen Markt basiert im Wesentlichen auf den Marktanteilsdaten, welche anhand der Daten des IHA-GfK eruiert wurden. Infolge der engen Definition des sachlich relevanten Marktes (lediglich Grossverteiler unter Ausschluss von Warenhäusern, Spezialgeschäften und Discountern) verbleiben die Konkurrenten Carrefour, Denner Satelliten, Primo, Vis-à-vis, Volg und Spar (Magro als kleines Unternehmen wurde nicht in die Analyse miteinbezogen, was das Ergebnis der vorliegenden Analyse jedoch nicht beeinflusste). Die Marktanteile auf den drei Märkten der Grossverteiler (Hyper-, Super-, kleiner Supermarkt) sind der unten stehenden Tabelle zu entnehmen. Es handelt sich um die Marktanteilszahlen des Jahres 2001; sie basieren auf dem jeweils erzielten Umsatz (die Marktanteilszahlen berechnet anhand der Verkaufsflächen unterscheiden sich nur in geringem Masse von den unten stehenden).

II Nationale Ebene

72. Soweit es um den nationalen Gesamtdetailhandelsmarkt geht, ist der vorliegende Zusammenschluss nicht zu beanstanden:

Umsatz 2001 in %	Coop + Waro	Migros	Carrefour	Denner-Satelliten	Primo	Vis-à-vis	Volg	Spar	Total
Hypermarkt	30%-10%?	60%-70%?	20%-30%?	-	-	-	-	-	100
Supermarkt	40%-50%?	50%-60%?	-	-	-	-	-	-	100
Kleine Supermärkte	40%-50%?	20%-30%?	-	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	100
TOTAL	30%-40%?	40%-50%?	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	0%-10%?	100

- a) Der vorliegende Zusammenschluss erhöht den Marktanteil von Coop von [30%-40%] um [0%-10%]. Diese geringe Marktanteilsaddition ist im Lichte des Umstandes, dass Coop auch nach dem Zusammenschluss die Nummer zwei bleibt, nicht als wettbewerbsrechtlich problematisch einzustufen.
- b) Obwohl der Detailhandelsmarkt einen hohen Konzentrationsgrad aufweist, sind auf der nationalen Ebene einige wichtige Konkurrenten tätig. Allen voran verfügt Migros über einen bedeutenden Marktanteil [40%-50%] und bleibt somit Marktleader. Weitere Wettbewerber sind Carrefour, Denner, Spar, Volg, Vis-à-vis und Primo. Diese sind somit in der Lage, einen disziplinierenden Effekt

auf Coop auszuüben. Die Frage nach einer kollektiven Marktherrschaft wird nachfolgend eingehend erläutert (vgl. Rz. 77 ff.).

- c) Der Markteintritt der französischen Carrefour zieht einen neuen Wettbewerbsdruck nach sich. Insbesondere der Preiswettbewerb wurde erheblich verstärkt. Der Eintritt hat zwar die Anzahl Wettbewerber auf dem schweizerischen Markt nicht erhöht, da Carrefour Jumbo ersetzt hat. Trotzdem erfahren die sich bereits auf dem Markt befindenden Konkurrenten infolge der grossen Finanz- und Einkaufskraft der französischen Detailhandelskette einen höheren Wettbewerbsdruck. Das im Vergleich zu Coop und Migros unterschiedliche und ebenfalls breite Sortiment von Carrefour, insbesondere durch ausländische Produkte, erhöht den Wettbewerb somit erheblich.
- d) Es ist auf den nicht vernachlässigbaren Einfluss des E-Commerce hinzuweisen, das trotz seines tiefen Entwicklungsstandes in gewissen Bereichen zunehmend an Bedeutung gewinnt (vgl. Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 516).

73. Die Daten auf den Marktsegmenten zeigen, dass aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine Bildung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Coop ausgeschlossen werden kann:

- a) Supermarkt-Segment: Mit der restriktiven Marktdefinition verbleiben lediglich Migros, Coop und Waro als Konkurrenten auf dem Supermarkt-Segment. Nach dem Zusammenschluss von Coop/Waro verfügen die Parteien über einen Marktanteil von [40%-50%], wobei Waro [0%-10%] beisteuert. Migros bleibt mit [50%-60%] Marktleader. Die Entstehung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Coop liegt daher nicht vor. Die Frage nach einer kollektiven Marktherrschaft wird nachfolgend behandelt.
- b) Kleine Supermärkte-Segment: Mit rund [40%-50%] hat Coop auf diesem Segment eine Leaderposition inne. Waro hingegen ist auf diesem Segment nur mit einer einzigen Filiale (von insgesamt 28) vertreten, was einen Zuwachs von [<1%] ergibt. Migros verfügt über einen Marktanteil von knapp [20%-30%]. Im Übrigen verbleiben zahlreiche Konkurrenten in diesem Segment wie Primo, Vis-à-vis, Volg, Spar und Denner Satelliten [alle mit Marktanteilen <10%].

III Lokale Ebene

74. Für die lokale Ebene liegen keine Daten bezüglich der oben definierten Märkte (Sortimentskonzept des täglichen Bedarfs, Supermarkt, kleine Supermärkte) vor. Es ist den Parteien zudem nicht möglich, solche Daten zu liefern, da sie die Daten ihrer Konkurrenten nicht kennen. Es ist daher äusserst schwierig, eine präzise Analyse der Konkur-

renz in Bezug auf das Sortimentskonzept des täglichen Bedarfs, Supermarkt und kleiner Supermarkt auf lokaler Ebene vorzunehmen. Dennoch können, auch ohne genaues Zahlenmaterial, einige Schlüsse gezogen werden.

Anzahl Verkaufsstellen (2002)	Coop + Waro	Migros	Carrefour	Denner-Satelliten	Primo	Vis-à-vis	Volg	Spar	Total
Hypermarkt	5+3	37	11	-	-	-	-	-	56
Supermarkt	221+20	201	0	-	-	-	-	-	442
Kleine Supermärkte	662+1	292	0	255	343	897	643	141	3234
TOTAL	888+24	530	11	255	343	897	643	141	3732

75. Auf der lokalen Marktebene des Sortimentskonzepts des täglichen Bedarfs können sich die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den verschiedenen lokalen Märkten deutlich unterscheiden. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist auf den lokalen Märkten aber ausreichend aktuelle Konkurrenz vorhanden, um das Verhalten von Coop/Waro zu disziplinieren.

a) Da eine genaue Abgrenzung von lokalen Märkten, infolge der Dichte der schweizerischen Detailhandelsnetze und der Verteilung der Verkaufspunkte, schwierig vorzunehmen ist, hat die Weko entschieden, für die vorliegende Untersuchung den jeweiligen Verkaufspunkt von Waro als Ausgangspunkt für die Analyse zu wählen.

b) Es wurden sämtliche Gebiete untersucht, auf denen sich ein Verkaufspunkt von Waro befindet. In keinem dieser Gebiete zieht das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wettbewerbliche Probleme nach sich. Im Umkreis von 20 Autofahr-Minuten von einer Waro-Filiale entfernt finden sich immer eine Migros-Filiale sowie kleinere Supermarkt-Filialen, beispielsweise Primo, Vis-à-vis, Volg oder Denner.

76. Die Daten aus den Marktsegmenten zeigen, dass die Bildung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Coop aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ausgeschlossen werden kann:

a) Supermarkt-Segment: Aufgrund der restriktiven Marktdefinition sind momentan lediglich Migros, Coop und Waro Teil des Supermarkt-Segmentes. Durch die geplante Fusion ergeben sich für Coop/Waro 241 Verkaufspunkte, während Migros über 201 Ver-

kaufspunkte verfügt. Das Territorium wird komplett von Coop und Migros besetzt, was bedeutet, dass praktisch keine Lücke in diesem Verkaufsnetz der beiden Parteien besteht. Im Umkreis von 20 Autofahr-Minuten von einer Coop-Filiale findet sich immer eine Migros-Filiale.

- b) Kleine Supermärkte-Segment: Coop besitzt 662 Filialen im kleine Supermärkte-Segment in der Schweiz. Waro ist in diesem Gröszenbereich praktisch nicht vertreten. Von den insgesamt 28 Waro-Filialen ist lediglich eine in diesem Segment anzusiedeln. Nach der Fusion würde Coop also über 663 kleine Supermarkt-Filialen verfügen. Neben Migros, welche über 292 kleine Supermarkt-Filialen verfügt, sorgen Primo mit 343, Vis-à-vis mit 879 und Volg mit 643 Verkaufspunkten dieser Art für ein dichtes Netz kleinerer Supermärkte.

IV Kollektive Marktbeherrschung von Coop und Migros

77. Die Analyse des Detailhandelmarktes ist mit der Analyse der kollektiven Marktbeherrschung zu vervollständigen. Dabei gilt es zu eruieren, ob die fraglichen Unternehmen über beträchtliche Marktanteile verfügen und sich in Bezug auf ihr Verhalten absprechen beziehungsweise parallel verhalten.

78. Die Voraussetzung der nötigen Marktanteile der Unternehmen ist erfüllt. Es kann dabei auf die diesbezüglichen oben gemachten Ausführungen verwiesen werden.

79. Die Beantwortung der Frage nach einem parallelen Verhalten der beiden fraglichen Unternehmen gestaltet sich schwieriger, da die Unternehmen eine Vielzahl von Verkaufsprodukten aufweisen. Anstatt den Unternehmen ein paralleles Verhalten nachzuweisen, ist daher auf einer globalen Ebene zu untersuchen, ob Migros und Coop in einem wahren Konkurrenzverhältnis stehen.

80. Die Analyse der folgenden Elemente gibt Hinweise darauf, ob eine kollektive marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird:

- ?? Anzahl der beteiligten Unternehmen
- ?? Symmetrien
- ?? Stabile Marktverhältnisse
- ?? Transparenz des Marktes
- ?? Sanktionsmechanismen
- ?? Stellung der Marktgegenseite
- ?? Potenzielle Konkurrenz

81. Vor der Analyse dieser Elemente sind zunächst die Wettbewerbsparameter Preis, Qualität, Standort und Sortimente zu untersuchen

(Rz. 39). Diese Analyse ist eine empirische Überprüfung des Verhaltens der Marktteilnehmer.

a) Analyse der Wettbewerbskriterien

82. Nach den Hearings, welche das Sekretariat im Rahmen des Fusionsverfahrens mit den betroffenen Unternehmen durchführte, herrscht unter den schweizerischen Grossverteilern eine effektive Konkurrenz. Sowohl die Konkurrenten von Coop wie auch die Lieferanten bestätigten diese Auffassung.

a.1) Preise

83. Migros ist nach eigenen Aussagen bestrebt, billiger zu sein als Coop, was auch in der Praxis teilweise umgesetzt wird. Denner und Carrefour halten ihre Preise nochmals tiefer als Migros und profilieren sich als Discounter. Die grossen Warenhäuser sind generell teurer. Die grosse Vielfalt der Preisniveaus ist ein Indikator, der gegen eine kollektive Marktbeherrschung unter den Marktteilnehmern spricht.

84. Zur Feststellung eines allfälligen parallelen Verhaltens in Bezug auf die Preisfestsetzung wurde eine Serie von Preisen der grössten Detailhändler, zusammengestellt aus 164 nach IHA definierten Märkten, untersucht. Dabei wurden die Preise von Migros, Coop und des Marktdurchschnittes herangezogen.

85. Als erstes gilt es, dabei abzuklären, ob sich die Unternehmen in der Preisfestsetzung gegenseitig beeinflussen. Dafür wurden zwei lineare Regressionen erstellt, von denen jede sowohl die Preise von Coop und Migros im Vergleich zu den Preisen des jeweiligen Konkurrenten während der gleichen Zeitperiode wie auch im Vergleich zu den Preisen des Unternehmens, des Marktes und des Konkurrenten im vorangegangenen Jahr zeigen (Coop 2001 bezeichnet zum Beispiel die Preise von Coop im Jahre 2001).

Coop 2002			Migros 2002		
R ²	0,98		R ²	0,99	
	<i>Koeff</i>	<i>t-Stat</i>		<i>Koeff</i>	<i>t-Stat</i>
Markt (2001)	0,153*	3,05	Markt (2001)	0,172	7,25
Coop 2001	0,884	12,76	Migros 2001	0,985	37,87
Migros 2001	-0,162	-1,05	Coop 2001	-0,188	-3,75
Migros 2002	0,132	0,89	Coop 2002	0,037	0,89
Summe	1,007		Summe	1,006	

*Fett gedruckte Ziffern: Signifikanter Koeffizient

86. Die Resultate dieser linearen Regressionen zeigen auf, dass sich die Preise der beiden Unternehmen sehr an den eigenen Vorjahrespreisen orientieren. Des Weiteren konnte festgestellt werden, dass die Unternehmen, bezogen auf eine bestimmte Zeitperiode, nicht von den Preisen des jeweiligen Konkurrenten beeinflusst wurden, sondern von den Marktbedingungen.

87. Sowohl die Summe der Koeffizienten wie auch die Koeffizienten des vorangegangenen Jahres liegen sehr nahe bei 1. Diese Tatsache deutet darauf hin, dass die Resultate nach einem Error Correcting Model (ECM) interpretiert werden können: $Y = Y(-1) + r(X - Y[-1])$.

88. Wenn r Null ist, hat dies zur Folge, dass die Zahlenreihe Y nicht zur Serie X konvergiert, da Y dann $Y-1$ entspricht. Und umgekehrt: wenn $r = 1$ ist, konvergiert die Serie Y sofort zur Serie X ; Y entspricht dann $X(-1)$. Befindet sich r zwischen den beiden Extremen, stellt dies einen Indikator für die Geschwindigkeit dar, mit welcher sich die beiden Serien einander annähern.

89. Für den vorliegenden Fall sind zwei Arten von Konvergenzen möglich. Entweder passen die beiden grossen Detailhändler ihre Preise generell den Preisen auf dem Markt an oder sie passen ihre Preise den Preisen ihres jeweiligen Konkurrenten an.

90. Es ist daher einerseits die Differenz zwischen den Marktpreisen und den Preisen eines Detailhändlers zu berechnen, andererseits sind die Preisdifferenzen zwischen den beiden Detailhändlern zu bestimmen. Die lineare Regression zeigt die Werte dieser beiden Koeffizienten auf. Wenn der Koeffizient der Differenz zwischen den Marktpreisen und den Preisen eines Detailhändlers nahe bei 1 liegt, zeigt dies, dass dieser Detailhändler stark von den Marktpreisen beeinflusst ist. Wenn der Koeffizient der Preisdifferenzen der beiden Detailhändler

nahe bei 1 liegt, bedeutet dies eine starke Beeinflussung durch die Preise des jeweiligen Konkurrenten.

91. Die Resultate dieser linearen Regressionen sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst:

Coop(2002)			Migros(2002)		
Coefficient de détermination R ²	0,168		Coefficient de détermination R ²	0,387	
	<i>Koeff</i>	<i>t-Stat</i>		<i>Koeff</i>	<i>t-Stat</i>
Konstante	0,195	1,26	Konstante	0,108	1,32
Markt-Coop (2001)	0,185	4,31	Markt-Migros (2001)	0,182	8,02
Migros-Coop (2001)	-0,037	-1,32	Coop-Migros (2001)	-0,158	-4,86

92. Coop wie Migros zeigen ein Verhalten, welches ihre Preise in die Nähe der ermittelten Marktpreise rückt, was sich in einer Preisänderung von 18% der Differenz zu den Marktpreisen für die fragliche Periode niederschlägt. Dies zeigt, dass der fragliche Markt konvergent ist und kein Anbieter gewinnbringend von einem mittleren Preisniveau abrücken kann.

93. Die Koeffizienten der Preisunterschiede der beiden Konkurrenten sind beide negativ. Es kann festgestellt werden, dass die beiden Grossverteiler sehr viel stärker auf die Bewegungen des Marktes als auf die Verhaltensweisen ihrer Konkurrenten reagieren.

94. Es kann des Weiteren festgehalten werden, dass, weil Migros als auch Coop Teil des Marktes sind, eine Erhöhung der Preise durch Migros während eines Jahres um einen Franken eine durchschnittliche Erhöhung der Marktpreise um zirka 50 Rappen zur Folge hätte; die Variable Markt-Coop erhöht sich dabei um ebenfalls zirka 0,5, die Variable Migros-Coop um 1. Das Resultat in Bezug auf die Preisentwicklung von Coop in den kommenden Jahren lässt sich daher folgendermassen berechnen: $-0,037 + 0,185/2 = +0,055$. Im Durchschnitt werden die Preise von Coop im folgenden Jahr also um zirka fünf Rappen steigen. Für Migros gilt folgende Formel: $-0,157 + 0,182/3 = -0,096$. Im Gegensatz zu Coop werden die Verkaufspreise bei Migros im kommenden Jahr im Durchschnitt um zirka zehn Rappen sinken.

95. Diese Werte sind mit Vorsicht zu verwenden. Ziel dieser empirischen Analyse ist nicht die präzise Erfassung der Preispolitik der beiden

Unternehmen, sondern eine allgemeine Schlussfolgerung in Bezug auf ein allfälliges paralleles Verhalten von Coop und Migros bei der Preisfestsetzung.

96. Es kann festgehalten werden, dass die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Unternehmen in Bezug auf die Preisfestsetzung sehr schwach ist, aber dass beide sich den Schwankungen des Marktes anpassen.

a.2) Qualität

97. In Bezug auf die Qualität kann ebenfalls nicht von einer kollektiven Marktbeherrschung ausgegangen werden. Die Einführung von Bio-Produkten beispielsweise unterstützt diese Schlussfolgerung. Sowohl Migros wie Coop haben den Anteil an Bio-Produkten bei den Frischprodukten in den letzten zehn Jahren massiv erhöht. Die Einführung von Bio-Produkten wurde von den beiden Unternehmen unabhängig voneinander vorgenommen. Bei Migros fand die Einführung über die Linien M-Sano und M-Bio statt, Coop arbeitet mit der Vereinigung Bio-Suisse (Dachorganisation der Biolandwirte) zusammen. Die beiden Unternehmen unterscheiden sich dabei bezüglich der entwickelten Produkte, des Zeitpunkts des Markteintritts und der Kommunikation. Diese Entwicklung ist eher als Indiz für eine Konkurrenzsituation unter den Unternehmen als für ein abgestimmtes Verhalten zu werten.

a.3) Standorte

98. In Bezug auf die Standorte muss eine kollektive Marktbeherrschung ebenfalls verneint werden. Die grossen Center beim Stadtausgang oder an Autobahnen sind unter den Grossverteilern sehr begehrt, wobei Coop auf diesem Gebiet ein Defizit gegenüber Migros beklagt. Des Weiteren geht die Tendenz in Richtung Schliessung der ganz kleinen Verkaufspunkte und Konzentration auf die mittleren und grossen Verkaufspunkte. Diese Tendenz folgt einer Entwicklung des Kaufverhaltens der Konsumenten. Der damit verbundene Transformationsprozess bedeutet einen grossen finanziellen Aufwand für die Detailhändler. Würden die Unternehmen eine Möglichkeit sehen, diese Kosten durch abgestimmtes Verhalten zu senken, hätten sie von dieser Möglichkeit wahrscheinlich Gebrauch gemacht.

a.4) Sortimente

99. Bezüglich ihrer Sortimente weisen Coop und Migros klare Unterschiede auf. Coop unterhält im Wesentlichen ein Sortiment von Markenartikeln, wogegen Migros mehr als 90% Eigenmarken verkauft. Der Konsument hat demnach die Auswahl zwischen zwei relativ verschiedenen Sortimenten, auch wenn die Sortimentsbreite und -tiefe ähnlich sind. Der Markteintritt von Carrefour bewirkte eine Konkurrenzsteigerung in Bezug auf die Sortimente, da das französische Un-

ternehmen eine Sortimentsvielfalt anbietet, die sich wesentlich von den traditionellen Angeboten in der Schweiz unterscheidet.

a.5) Zusammenfassung

100. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Analyse der wettbewerblichen Parameter Preis, Qualität, Standort und Sortiment zurzeit keine Hinweise auf das Bestehen einer kollektiven Marktbeherrschung von Coop und Migros ergab.

b) Kriterien, die die Wahrscheinlichkeit einer kollektiven Marktbeherrschung steigern

b.1) Anzahl beteiligter Unternehmen⁶

101. Dieses Kriterium zeigt auf, dass je weniger an der potenziellen kollektiven Marktbeherrschung beteiligte Unternehmen vorhanden sind, desto grösser ist die Wahrscheinlichkeit, eine solche anzunehmen. Vorliegend ist dieses Kriterium mit zwei beteiligten Unternehmen (Migros und Coop) in Bezug auf den Detailhandel erfüllt.

b.2) Symmetrien

102. Dieses Kriterium geht davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit der Kollusion der Unternehmen steigt, wenn diese symmetrische Strukturen (beispielsweise in Bezug auf Kosten, das Netz von Standorten etc.) aufweisen. Im Endeffekt bedeutet dies, dass strukturell ähnliche Unternehmen die Tendenz haben, ähnliche Strategien anzuwenden, wodurch der Anreiz zu parallelem Verhalten verstärkt wird.

103. Coop und Migros unterscheiden sich stark in ihren Strukturen: Coop ist vertikal kaum integriert, Migros hingegen sehr stark. Sie unterscheiden sich auch wesentlich in Bezug auf die Grösse der Verkaufsflächen: Coop ist in den kleinen Supermarkt- und Supermarkt-Segmenten stark vertreten, Migros in den Supermarkt- und Hypermarkt-Segmenten. Dies führt zu einer unterschiedlichen Kosten- und Logistikstruktur. Das Kriterium der Symmetrie der Unternehmen kann zurzeit für Migros und Coop daher nicht schlüssig nachgewiesen werden.

b.3) Stabile Marktverhältnisse

104. Dieses Kriterium gibt einen Hinweis auf die Dynamik des Marktes. Verhalten sich die Marktanteile stabil und sind die Lancierung neuer Produkte sowie die Markteintrittsschranken gering, kann von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit von Absprachen unter den Unternehmen ausgegangen werden.

⁶ Die Kriterien werden hier für Migros und Coop analysiert. Wenn weitere Wettbewerber eingeschlossen worden wären, würden sich die Folgen der Analyse der kollektiven Marktbeherrschung im Wesentlichen nicht ändern.

105. Der Detailhandel befindet sich momentan in einer Restrukturierungsphase. Die Marktanteile variieren von Jahr zu Jahr, was für eine wettbewerbliche Dynamik spricht. Zudem trat Carrefour neu in den Schweizer Markt ein. Aus diesem Kriterium kann daher keine kollektive Marktbeherrschung von Coop und Migros abgeleitet werden.

b.4) Transparenz des Marktes

106. Dieses Kriterium basiert auf der Möglichkeit der Unternehmen, sich gegenseitig zu observieren. Je ausgeprägter die Möglichkeit der gegenseitigen Beobachtung ist, desto eher besteht die Möglichkeit, sich gegenseitig auf die Einhaltung des kollusiven Verhaltens zu kontrollieren und bei Abweichungen entsprechend zu reagieren.

107. Es besteht eine gewisse Transparenz im Detailhandelsmarkt, da die Unternehmen Zugang zu den Verkaufspreisen der Konkurrenten haben.

108. Auf der Ebene des Beschaffungsmarktes ist die Transparenz eher schwach. Migros hat keine Kenntnis darüber, zu welchen Konditionen Coop beliefert wird, und Coop kann die Produktionskosten von Migros nicht abschätzen, weil diese in eine vertikale Struktur integriert sind (abgesehen von gewissen Agrarmarkt-Segmenten). Dies hat zur Folge, dass die Unternehmen ihre gegenseitigen Margen nur schlecht kennen, was es für die Unternehmen schwierig macht, sich über gemeinsame Preise abzusprechen.

b.5) Sanktionsmechanismen

109. Dieses Kriterium erlaubt es zu verifizieren, ob allfällige glaubwürdige Sanktionen (i.d.R. der Übergang von einer kollusiven zu einer wettbewerblichen Verhaltensweise), welche die Unternehmen für den Fall verhängen, dass sich ein Unternehmen nicht an eine gemeinsame Absprache hält, bestehen. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens wurden keine Hinweise für das Vorhandensein derartiger Sanktionen entdeckt.

b.6) Stellung der Marktgegenseite

110. Dieses Kriterium indiziert die Möglichkeit der Marktgegenseite, die kollektive Marktbeherrschung der beteiligten Unternehmen aufzubrechen, was wahrscheinlicher ist, wenn die Marktgegenseite über eine gewisse Gegenmacht verfügt.

111. Im vorliegenden Fall bilden die Konsumenten die Marktgegenseite. Diese verfügen als Einzelne nicht über die nötige Macht, eine kollektive Marktbeherrschung zu destabilisieren.

b.7) Potenzielle Konkurrenz

112. Dieses Kriterium bezeichnet die Schwelle beziehungsweise die Möglichkeit des Markteintritts für einen neuen Konkurrenten, welcher eine allfällige kollektive Marktbeherrschung sprengen könnte.

113. Vor kurzem ist Carrefour in den Schweizer Markt eingetreten. Dieser Markteintritt führt zu einer bedeutenden Belebung des Marktes. Er zeigt, dass die Destabilisierung einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung möglich ist und potenzielle Konkurrenz besteht.

c) Schlussfolgerung

114. Der Zusammenschluss erfüllt die Kriterien für die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung derzeit noch nicht, wie die Analyse ergeben hat. Indes ist festzustellen, dass sich die Verhältnisse durch den Zusammenschluss insoweit ändern, als nunmehr die Kriterien für das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung von Coop und Migros auf dem schweizerischen Grossverteilermarkt eher erfüllt werden können.

115. Die Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine alleinige oder kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop auf dem Absatzmarkt begründet oder verstärkt wird, haben sich nicht bestätigt.

V Weitere Erwägungen

116. Die Beurteilung der Marktstellung von Coop nach einer allfälligen Integration von Waro hängt auch - unter Umständen sogar vorwiegend - von der relativen Stärke der neben Migros noch verbleibenden Marktteilnehmer ab. In diesem Zusammenhang hat der Wegfall des Konkurrenten Waro mit einem Marktanteil von [0%-10%] ein gewisses Gewicht. Der Wegfall, gemessen an den neben Coop und Migros verbleibenden Anteilen, ist grundsätzlich bedeutsam.

117. Beim vorliegenden Zusammenschluss wird die Bedeutung dieses Wegfalles jedoch durch besondere Umstände aufgewogen. Diese bestehen vorerst darin, dass die Verkäuferin der Waro, die Rast Holding SA, zu welcher insbesondere die Denner AG gehört, auf dem Markt verbleibt. Die Verkäuferin legte dar, dass sie Waro veräussern möchte, um sich auf jenen Bereich zu konzentrieren, welchen sie zu ihren Kerngebieten zählt (vgl. Rz. 72 b).

118. Wie bereits erwähnt, setzte der erfolgreiche Markteintritt von Carrefour den schweizerischen Detailhandelsmarkt im gegenwärtigen Zeitpunkt einem neuen Wettbewerbsdruck aus, insbesondere bezüglich Preisen und Sortiment. Diese Entwicklung verstärkt nicht nur den aktuellen Wettbewerb, sondern zeigt, dass der Markt neuen Anbietern offensichtlich offen steht und somit einer disziplinierenden Wirkung des potenziellen Wettbewerbs unterliegt (vgl. Rz. 72 c).

B.3.3 Beschaffungsmärkte

119. Die Weko hat die Beschaffungsmärkte unter den folgenden Gesichtspunkten analysiert.

- 1) Zunächst wurde jedes Marktsegment einzeln analysiert, und zwar unter Anwendung der Methode, welche im Rahmen des Zusam-

menschlusses Coop/Epa (vgl. Coop/Epa, RPW 2002/3, Rz. 62 ff.) entwickelt wurde (Rz. 120 ff.).

- 2) Der zweite Ansatzpunkt besteht darin, die Beschaffungsmärkte in globaler Weise zu analysieren, wobei der Problematik der Einführung von Innovationen und der Situation der unabhängigen Hersteller Rechnung getragen wird (Rz. 145 ff.).

I Analyse für jedes Marktsegment

120. Die Methode, welche im Rahmen des Zusammenschlusses Coop/Epa entwickelt wurde, ist folgende:

- 1) Der erste Schritt besteht in der Identifizierung einzelner Lieferanten, welche sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zu Coop befinden. Die Lieferanten von Coop und Waro wurden dafür einer Beurteilung nach bestimmten Kriterien unterzogen. Im vorliegenden Verfahren wurden diese Kriterien gegenüber dem Verfahren Coop/EPA verfeinert beziehungsweise genauer definiert.
- 2) Der zweite Schritt besteht in einer vertieften Analyse der Märkte auf denen die gemäss 1) identifizierten Lieferanten aktiv sind (all-fällige marktbeherrschende Stellung von Coop).

121. Die Kriterien zur Bestimmung der zu identifizierenden Lieferanten sind die folgenden:

- 1) **Absatzkanäle, über welche ein Lieferant momentan vertreibt:** Der Lieferant verfügt gegenwärtig, abgesehen von Coop/Waro, über genügend Absatzkanäle, selbst wenn Coop/Waro den Vertrieb seines Produktes einstellen würde. Die Weko geht davon aus, dass bei einem Vertriebsanteil eines Lieferanten von weniger als 20% über Coop/Waro genügend weitere Absatzkanäle offen stehen.
 - 2) **Absatzkanäle, welche sich ein Lieferant potenziell erschliessen könnte:** Im Falle eines Abbruchs der Lieferbeziehungen mit Coop/Waro könnte ein Lieferant den Verlust des Verkaufsvolumens entweder durch die Eröffnung neuer Absatzkanäle oder durch die Erhöhung des Volumens bei bestehenden Absatzkanälen ausgleichen. Dabei geht die Weko von einer Schwelle von 50% des Umsatzverlustes aus, bei deren Kompensierung von einem potenziellen Absatzkanal ausgegangen werden kann.
 - 3) **Verhandlungsmacht:** Der Lieferant verfügt seinerseits über eine ausreichend hohe Verhandlungsmacht, weshalb Coop seine Bedingungen nicht einseitig durchsetzen kann. Die Weko zieht diese Möglichkeit namentlich in Betracht, wenn das vertriebene Produkt eine renommierte Marke darstellt und die Präferenzen des Konsumenten für diese Marke derart hoch sind, dass dieser eher eine Substitution der Verkaufspunkte als eine Substitution der Marke vornimmt. Dieses Kriterium ist restriktiv zu handhaben.
-

Gemäss einer Studie⁷ ist der Konsument lediglich bei Leadermarken bereit, diese anderweitig zu beschaffen. Bei zweitrangigen Marken ist er eher bereit, darauf zu verzichten, als die Marke anderweitig zu beschaffen.

- 4) **Konkurrenz Coop/Waro:** Es ist zu fragen, inwiefern Waro ein aktueller Konkurrent von Coop ist. Falls der Umsatz von Waro 20 Mal kleiner ist als jener von Coop, ist die Weko der Ansicht, dass der vorliegende Zusammenschluss die Lage der Lieferanten nur unwesentlich beeinflussen würde.

122. Das Sekretariat hat 83 Fragebogen an die Lieferanten von Coop und Waro versandt. Insgesamt 67 Lieferanten haben geantwortet. Bei den befragten Lieferanten handelt es sich um Grosslieferanten, internationale Unternehmen und KMU, die auf nationaler, lokaler beziehungsweise regionaler Ebene tätig sind.

123. Die Analyse der Antworten ergab, dass 17 Lieferanten die vier oben genannten Kriterien erfüllen beziehungsweise sich in einem Abhängigkeitsverhältnis zu Coop befinden (vgl. Rz. 121).

124. Diese 17 Lieferanten sind auf 14 (vgl. in der nachfolgenden Tabelle als "identifizierte Märkte" grau bezeichnet) der oben identifizierten 20 Produktgruppen-Märkte (vgl. Rz. 43) aktiv.

125. In der Folge wurde geprüft, ob der Zusammenschluss auf diesen 14 Märkten eine marktbeherrschende Stellung von Coop begründen oder verstärken würde. Die Weko hat die Wettbewerbssituation in den verschiedenen Märkten untersucht und dabei den Schwerpunkt auf die Beziehung der Abhängigkeiten zwischen Lieferanten und Detaillisten gelegt.

126. Es gilt festzuhalten, dass damit nicht der Schutz eines einzelnen, individuellen Lieferanten beabsichtigt ist. Vielmehr soll damit die Gesamtstruktur der Beziehungen zwischen Coop und ihren Lieferanten analysiert werden (marktstrukturelles Abhängigkeitsverhältnis).

127. Deshalb untersuchte die Weko die folgenden Parameter:

- a) Marktanteil Coop/Waro
- b) Struktur der Angebotsseite
- c) Potenzielle Absatzmärkte
- d) Auswirkungen des Zusammenschlusses

⁷ Schweiz Verkaufsförderungs-Forum - Vagabundia 98, Fuhrer & Partner GDI Gottlieb Duttweiler Institut, IHA GfM Institut für Marktanalysen AG

Tabelle

Identifizierte Märkte (die grau bezeichneten erfüllen die oben genannten Kriterien gemäss Rz. 109)	Marktanteil Coop/Waro >30% (grau)	Struktur der Angebotsseite, Ausmass der Konzentration (grau)	Potenzielle Absatzkanäle (grau: keine vorhanden)	Auswirkung des Zusammenschlusses (weiss: Waro 20x kleiner)
Milchprodukte/Eier	>30%	KMU/CHU Konzentr. (Gm von Emmi)	Prüfung offen gelassen	ja
Brot/Backwaren	>30%	KMU/CHU Keine Konzentr. (keine Gm)	Prüfung offen gelassen	ja
Fleisch	>30%	KMU/CHU Keine Konzentr. (keine Gm)	Gastronomie	ja
Tiefkühlprodukte	>30%	Gemischt Keine Konzentr. (keine Gm)	Prüfung offen gelassen	ja
Traiteur/Convenience (nur frisch, gekühlt)	>30%	IU Keine Konzentr. (keine Gm)	Prüfung offen gelassen	ja
Gemüse/Salate	>30%	KMU Keine Konzentr. (keine Gm)	Prüfung offen gelassen	ja
Obst/Früchte	>30%	KMU Keine Konzentr. (keine Gm)	Prüfung offen gelassen	ja
Konserven/Saucen	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Suppen/ Kochzutaten	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Grundnahrungsmittel/Backzutaten	>30%	Gemischt Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Warmgetränke/ Cerealien	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Süsswaren/ Backwaren	>30%	Gemischt Wenig Konzentr. (keine Gm)	Export	ja

Snacks/Apéro	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Tiernahrung/ Tierbedarf	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Alk. Getränke	>30%	Gemischt Keine Konzentr. (keine Gm)	Gastronomie	nein
Erfrischungs- getränke	>30%	Gemischt Keine Konzentr. (keine Gm)	Gastronomie	nein
Körperpflege/ Kosmetik	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Wasch-/ Reinigungsmittel	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein
Papier-/Hygiene- Produkte	>30%	IU Konzentr. (Gm)	Prüfung offen gelassen	nein

Legende:

KMU: Kleine und mittlere Unternehmen

IU: Internationale Unternehmen

Gm: Gegenmacht

CHU: Schweizerisches Unternehmen

a) Marktanteil von Coop/Waro

128. Es gilt festzuhalten, dass präzise Daten in Bezug auf den Beschaffungsmarkt schwierig zu erlangen sind. Die Weko verfügt über IHA-Daten, welche das Verkaufsvolumen der verschiedenen Detailhändler in Bezug auf einzelne Produktgruppen aufzeigen. Die Weko betrachtet die Marktanteile der verschiedenen Detailhändler auf den einzelnen Beschaffungsmärkten als annähernd so gross wie die Marktanteile in den entsprechenden Absatzmärkten, ohne jedoch gewisse Abweichungen auszuschliessen.

129. Coop/Waro besitzt für jede Produktgruppe sehr hohe Marktanteile, wie die oben stehende Tabelle zeigt.

130. Die Weko hat die Lieferanten aufgefordert, den Prozentsatz des Umsatzes bekannt zu geben, ab dem ein Verlust eines oder mehrerer Abnehmer existenzbedrohend wäre. Die eingeholten Auskünfte ergaben eine durchschnittliche Schwelle von 20%-30% Umsatzverlust. Jenseits dieses Anteils könnte ein Lieferant einen Kunden, wenn überhaupt, dann nicht ohne erhebliche finanzielle Verluste ersetzen. Dieser Prozentsatz stimmt bei den meisten Lieferanten mit demjenigen Umsatzanteil, den sie mit Coop erzielen, überein. Ein Marktanteil von Coop in einer Produktgruppe von mehr als 30% kann daher als Indiz für eine wirtschaftliche Abhängigkeit des auf dem betreffenden Markt

tätigen Lieferanten gedeutet werden. Es ist festzuhalten, dass es sich dabei um einen Mittelwert handelt und daher nicht auf die Abhängigkeit sämtlicher Lieferanten auf dem entsprechenden Markt geschlossen werden kann.

131. Dass Coop auf allen identifizierten Märkten einen Anteil von mehr als 30% inne hat, ist also ein Indiz für die wirtschaftliche Abhängigkeit der entsprechenden Lieferanten von Coop.

b) Struktur der Angebotsseite

132. Wie unter Ziffer 59 gezeigt wurde, weist die Marktstruktur auf der Nachfrageseite (im vorliegenden Fall die Grossverteiler) eine starke Konzentration auf. Die Lieferanten sehen sich mindestens zehn verschiedenen Absatzkanälen gegenüber, wovon nur zwei das gesamte Gebiet der Schweiz mit sämtlichen Segmentarten (Hyper-, Super-, kleine Supermärkte) abdecken (Coop und Migros). Es gilt nun zu untersuchen, ob die Struktur der Angebotsseite eine genügende Konzentration aufweist, um ein Gegengewicht zur Nachfrageseite zu schaffen.

133. Die Struktur der Angebotsseite ist je nach Produktgruppe unterschiedlich. Gemäss den Daten der Weko sind die Anbieter von Milchprodukten/Eier, Brot/Backwaren, Fleisch, Gemüse/Salate und Obst/Früchte (einige Ausnahmen vorbehalten) Schweizer Unternehmen, die ihre Aktivität auf den nationalen Markt beschränken und in ihrer Mehrzahl KMU sind (Kriterien: nicht mehr als CHF 60 Mio. Umsatz und weniger als 250 Mitarbeiter). Grosse internationale Unternehmen bilden die Ausnahme. Was Tiefkühlprodukte, Grundnahrungsmittel/Backzutaten, Süsswaren, alkoholische Getränke und Erfrischungsgetränke anbelangt, haben die internationalen Gruppen und die KMU je einen gleich grossen Anteil am Schweizer Markt inne. Die restlichen Produkte werden im Wesentlichen durch internationale Gruppen geliefert.

134. Somit lässt sich auf den folgenden Märkten eine Konzentration der Angebotsseite feststellen (vgl. in oben genannter Tabelle, als "Struktur der Angebotsseite" bezeichnet, weisse Felder): Near-Food (Procter & Gamble, Beiersdorf oder Lever-Fabergé), Kolonialwaren (Nestlé, Unilever Bestfoods), Warmgetränke (Kraft foods), Snacks (Zweifel) und Tiernahrung (Masterfoods oder Vitakraft). Die Angebotsseite scheint also auf diesen Märkten (trotz sehr hoher Marktanteile von Coop/Waro) genügend konzentriert zu sein, um gegenüber den Grossverteilern ein Gegengewicht darzustellen⁸.

⁸ Quellen: "l'industrie des produits alimentaires et des boissons en Suisse, édition 2003", Schweiz Kosmetik- und Waschmittelverband und Angaben von PROMARCA zu den jeweiligen Unternehmen

135. Im Gegensatz dazu ist die Angebotsseite in anderen Märkten weit weniger konzentriert (vgl. in oben genannter Tabelle, als "Struktur der Angebotsseite" bezeichnet, graue Felder) als die Nachfrageseite. Im Besonderen trifft dies für den Frischwarenmarkt zu, der eine grosse Anzahl von anbietenden Unternehmen aufweist⁹. Obwohl die Milchproduktebranche durch viele kleine Unternehmen gekennzeichnet ist, muss festgestellt werden, dass die Emmi Gruppe nach der Übernahme eines grossen Teils von Swiss Dairy Food eine gewisse Gegenmacht gegenüber Coop/Waro ausüben kann.

c) **Potenzielle Absatzkanäle**

136. Die Weko hat untersucht, ob im Falle des Verlustes eines Grosskunden (im vorliegenden Fall Coop) potenzielle Absatzkanäle ausserhalb des Detailhandels vorhanden wären. Gemäss den Informationen der befragten Lieferanten bringt jede Veränderung in den Absatzkanälen für sie erhebliche Probleme mit sich.

137. Als potenzielle Absatzkanäle kommen in Frage: (a) Spezialgeschäfte, (b) Export und (c) die Gastronomie.

- a) Der Absatzkanal der Spezialgeschäfte würde es den Lieferanten erlauben, einen Teil der an die Grossverteiler verkauften Produkte auf andere Weise abzusetzen. Er kann jedoch in keinem Fall einen Kunden wie Coop gänzlich ersetzen, was insbesondere mit den unterschiedlichen Umsatzvolumina zu tun hat. Der Absatzkanal der Spezialgeschäfte bildet zwar eine Alternative, insbesondere für Frischprodukte (Milchprodukte, Fleisch, Obst und Gemüse) und Süsswaren. Ob dieser aber auf Coop eine disziplinierende Wirkung auszuüben vermag, kann im Zusammenhang mit dem vorliegenden Zusammenschluss jedoch offen gelassen werden, da sie auf das Schlussresultat keinen Einfluss hat.
- b) Nach den Ermittlungen der Weko ist für Frischprodukte der Export als alternativer Absatzkanal auszuschliessen, da die hohen Produktionskosten, die Zollschranken sowie weitere Handelshemmnisse es den betreffenden Lieferanten nicht erlauben, im Ausland konkurrenzfähig zu sein (Ausnahme: Käse). Ob der Absatzkanal des Exports für andere Produktgruppen eine genügende Alternative darstellt, kann vorliegend offen gelassen werden, da das Ergebnis einer solchen Analyse keinen Einfluss auf das Endresultat des Zusammenschlusses hätte.
- c) Schliesslich bleibt die Gastronomie eine Alternative für gewisse Hersteller, insbesondere für Fleischhersteller oder für die Getränkeliieferanten (vgl. in oben genannter Tabelle, als "Potenzielle Absatzkanäle" bezeichnet, weisse Felder). Unterschiede bezüglich

⁹ vorerwähnt

Verpackung und Produktpräsentation in unterschiedlichen Absatzkanälen bilden ein Hindernis für einen schnellen und einfachen Wechsel des Absatzkanals. Auch Unterschiede im Bereich Logistik und Vertriebsstruktur, welche verschiedene Anforderungen an die Unternehmen stellen, wirken sich hemmend aus. Ob der Absatzkanal Gastronomie für andere Produktgruppen eine genügende Alternative darstellt, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden, da das Ergebnis einer solchen Analyse keinen Einfluss auf das Endresultat des Zusammenschlusses hätte.

138. Hinzu kommt die Tatsache, dass die wichtigsten Lieferanten bereits einen grossen Teil der verschiedenen Vertriebskanäle besetzen und schon bei allen grossen Detailhandelsunternehmen, welche Nahrungsmittel anbieten, vertreten sind. Der Wechsel zu anderen Vertriebskanälen ist schwierig, teuer und in manchen Fällen sogar, zumindest in angemessener Frist, unmöglich.

d) Auswirkungen des Zusammenschlusses

139. Gemäss Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a KG ist zu bestimmen, inwiefern der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung von Coop, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet beziehungsweise verstärkt. Dafür ist eine Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und der Verschlechterung des Wettbewerbs erforderlich.

140. Die Analyse hat ergeben, dass der Zuwachs an Marktanteilen von Coop durch den Zusammenschluss von [$<2\%$] beträgt und somit als gering bezeichnet werden kann. Im Übrigen ist festzustellen, dass der Marktanteil von Waro auf den potenziell problematischen Märkten 20 Mal kleiner oder noch kleiner als derjenige von Coop und somit besonderes klein ist (vgl. Rz. 121, Kriterium Coop/EPA; vgl. Tabelle). Der Zusammenschluss wird die wettbewerbliche Situation von Coop daher im Wesentlichen nicht verändern. Demgegenüber bedeutet der Zusammenschluss für Denner eine Möglichkeit, sich auf dem Markt stärker zu positionieren. Es ist aus Wettbewerbsicht wünschbar, wenn Denner stärker wird, da eine Disziplinierung von Coop und Migros möglich wird.

141. Auf Lieferantenseite wird der geplante Zusammenschluss keine namhaften Veränderungen nach sich ziehen, da die meisten Waro-Lieferanten auch schon Coop beliefern. Coop verpflichtet sich, die übrigen Waro-Lieferanten aufzunehmen, sofern eine Integration unter Berücksichtigung der Kriterien des Coop Category Managements möglich ist.

142. Gegenüber den Waro-Lieferanten, deren Produkte den Anforderungen des Coop Category Managements nicht genügen, verpflichtet sich Coop, eine individuelle Lösung für eine Fortsetzung der Lieferbeziehungen zu suchen, wenn sie sonst als unmittelbare Folge des Zu-

sammenschlusses ihre wirtschaftliche Existenz verlieren würden. Derartige individuelle Lösungen werden darin bestehen, dass sich Coop auf Anstrengung der betroffenen Händler hin bereit erklärt, [...].

e) Zwischenfazit

143. Diese Feststellungen zeigen, dass die Abhängigkeit der Lieferanten gegenüber Coop/Waro stärker ist als jene von Coop/Waro gegenüber ihren Lieferanten. Die Flexibilität in Bezug auf die Gestaltung des Warensortiments im Detailhandel ist grösser als diejenige der Hersteller bei der Produktion und dem Vertrieb ihrer Produkte beziehungsweise Produktgruppen. Es ist für einen Detailhändler einfacher, auf den Kauf eines bestimmten Produktes zu verzichten, als es für einen Produzenten ist, auf die Herstellung eines Gutes zu verzichten.

144. Nach den obigen Ausführungen und angesichts des hohen Marktanteils von Coop sowie der nur wenig konzentrierten Struktur der Angebotsseite ergibt sich, dass Coop/Waro eine Marktmacht innehat. Ob Coop auf den oben genannten Märkten (vgl. die Tabelle) eine marktbeherrschende Stellung besitzt, kann vorliegend offen gelassen werden, da der Zusammenschluss diese Märkte nicht wesentlich beeinflusst und damit weder eine marktbeherrschende Stellung begründen noch verstärken würde, wenn denn bereits eine solche Stellung bestehen würde.

II Vertikale Integration und Einführung neuer Produkte

a) Beurteilung

145. Da die Struktur des Schweizer Detailhandels besonders von vertikalen Integrationen geprägt ist, hat die Weko noch die Wettbewerbslage im Segment der Einführung neuer Produkte überprüft. Unter Berücksichtigung dieser Struktur stellt sich die Frage, wie ein Produkt auf dem Schweizer Markt eingeführt werden kann.

146. Zur Analyse der vertikalen Integration erkundigte sich die Wettbewerbsbehörde bei Coop/Waro und anderen Verteilern (Migros, Globus, Manor, Carrefour, Denner, Spar, Volg, Pick-pay, Primo und Vis-à-vis) nach dem Grad der vertikalen Integration in den Bereichen Food und Near-Food.

147. Die Analyse der vertikalen Integration in den Bereichen Food und Near-Food ergab die folgenden Resultate:

Tabelle: Prozentsatz des Grades der Integration (Eigenmarken¹⁰ und Kompetenz-Marken¹¹) in Bezug auf die Gesamtheit des Einkaufsvolumens

	Migros	Coop	Andere Verteiler	Insgesamt
Food	>80%	>40%	>10%	53,4%
Near-Food	>90%	<20%	<10%	34%

- a) Bei Migros ist der Integrationsgrad in den Segmenten Food und Near-Food sehr hoch. Somit haben unabhängige Markenhersteller wenig Zugang zu diesem Distributionskanal.

Der Presse war zu entnehmen, dass Migros eine neue Markenpolitik verfolgen und in ihren Verkaufsstellen vermehrt Markenartikel anbieten werde. Diese Berichte wurden von Migros dementiert beziehungsweise dahingehend präzisiert, dass nur gewisse führende Markenartikel (Zweifel, Kellog's), welche bereits über eine starke Stellung im Markt verfügen, ins Sortiment aufgenommen werden. Diese "Öffnung" ändert an der Situation der übrigen Hersteller von Markenartikeln nichts; für sie bleibt dieser Vertriebskanal weiterhin verschlossen. Eine Politik der Migros, ihre Regale grundsätzlich für Hersteller von Markenartikeln zu öffnen, scheint in absehbarer Zukunft nicht wahrscheinlich.

- b) Bei Coop ist die Integration im Bereich Near-Food schwach, aber relativ hoch im Bereich Food. Coop ist in gewissen Märkten ebenfalls vertikal integriert. Bei Coop setzt sich das Sortiment für ein Produkt in der Regel wie folgt zusammen:

- ?? Marktführende Marke
- ?? Coop Eigenmarke
- ?? 1 bis 2 Marken anderer Hersteller

¹⁰ Unter Eigenmarken versteht man Produkte, die entweder vom Detailhandel selbst produziert werden (vertikale Integration) oder von einem unabhängigen Hersteller unter der Eigenmarke (längerfristige Beziehung).

¹¹ Unter Kompetenzmarken versteht man Produkte, die von Lieferanten (längerfristige Beziehung) für den Detailhandel produziert werden unter Berücksichtigung von vom Detailhandel erstellten Richtlinien.

Die jeweils führende Marke im entsprechenden Bereich ist bei Coop grundsätzlich im Sortiment enthalten. Für die Hersteller nicht führender Marken gibt es somit in diesen Bereichen zwischen den Eigenmarken und den führenden Marken Platz. Coop schliesst dort mit einzelnen unabhängigen Herstellern Verträge ab.

- c) Die anderen Verteiler weisen zusammen genommen einen schwachen Integrationsgrad von ungefähr 10% auf. Somit ist der Zugang für Markenhersteller bei diesen Dritten sehr offen und stellt eine Alternative zu den Migros- oder Coop-Vertriebskanälen dar. Die Grösse dieses Drittkanals ist jedoch kleiner als jener von Migros oder Coop.

148. Für einen Hersteller ist es somit von Bedeutung, bei Coop vertreten zu sein. Coop bietet die rentabelste Möglichkeit, in der Schweiz ein neues Markenprodukt auf nationaler Ebene, das heisst flächendeckend beziehungsweise gesamtschweizerisch, zu platzieren und bekannt zu machen. Coop ermöglicht mit seiner gesamtschweizerischen Medienpräsenz und über knapp tausend Verkaufspunkten eine nationale Abdeckung. Diese Situation führt dazu, dass Coop für die Einführung neuer Markenprodukte eine starke Verhandlungsposition innehat.

149. Die 11 befragten Grossverteiler wurden ausserdem gebeten, ihre zehn Hauptlieferanten anzugeben. Die Auswertung der Antworten hat ergeben, dass fünf Lieferanten in mindestens acht Vertriebsnetzen erscheinen. Diese Lieferanten werden in der weiteren Beurteilung als Lieferanten führender Marken bezeichnet.

150. Wenn ein Produkt marktführend ist und somit einen grossen Bekanntheitsgrad beim Publikum genießt, sind treue Kunden eher dazu bereit, sich ihre bevorzugte Marke bei einem anderen Warenhaus zu beschaffen, wenn das bisherige Warenhaus die entsprechende Marke nicht mehr im Sortiment führt, anstatt sich ein Substitut zu beschaffen. Somit kann das betreffende Produkt weiterhin auf dem Umweg über die Konkurrenten von Coop und Migros auf dem Schweizer Markt verteilt werden. Die Auslistung eines Markenartikels würde dazu führen, dass der mit Coop erzielte Umsatz für den Hersteller zwar verloren ginge, dass aber dieser Umsatzrückgang durch gesteigerte Verkaufszahlen in den anderen Vertriebskanälen mindestens zu einem Teil kompensiert würde. Im Gegensatz dazu würde Coop den durch dieses Produkt generierten Umsatz verlieren, während mit dem neu angebotenen Produkt nur diejenigen Kunden gehalten werden könnten, die der führenden Marke nicht treu bleiben. Somit ist der Hersteller einer

führenden Marke gegenüber Coop in einer ausgeglichenen, wenn nicht sogar vorteilhaften Verhandlungsposition¹².

151. Demgegenüber wird ein Hersteller eines Markenartikels, dessen Marke nicht führend ist, den verlorenen Umsatz nicht anderweitig kompensieren können, wenn das betreffende Produkt in einer Warenhauskette durch eine Konkurrenzmarke ersetzt wird, da die Konsumenten auf das Substitut umstellen werden. Der Verlust an Marktanteilen ist ebenso gross wie der Erlös aus den bisher bei diesem Verteiler getätigten Verkäufen. Diese Einbusse verringert den Gewinn aus Werbe- und Promotionskampagnen. Die Stellung des betroffenen Unternehmens wird so weiter geschwächt und die Marke riskiert, gänzlich vom Markt zu verschwinden. Diese Unternehmen haben somit gegenüber Coop eine eher schwache Verhandlungsposition.

152. Somit entsteht ein "Wettbewerb um den Zuschlag", ähnlich dem Submissionmarkt. Der zugelassene Hersteller erhält den ganzen Anteil und die anderen Hersteller gehen leer aus ("The winner takes it all"). Wenn der Aufbau eines effizienten Marktes das Bestehen eines einzelnen Unternehmens mit sich bringt, dann konkurrenzieren die Lieferanten beziehungsweise Hersteller unter sich, um zu bestimmen, wer das einzelne Geschäft abschliessen kann.

153. Alle Markenhersteller versuchen, Coop das beste Produkt zum besten Preis anzubieten. Somit kann Coop die Rolle des Schiedsrichters übernehmen und entscheidet sich nur für den Hersteller, der ihm das passendste Angebot unterbreitet. Man muss festhalten, dass ein unabhängiger Anbieter eine genügende Grösse aufweisen muss, um die Nachfrage von Coop überhaupt befriedigen zu können. Wenn das Unternehmen nicht in der Lage ist, die entsprechende Nachfrage zu befriedigen, dann reichen die restlichen vorhandenen Absatzkanäle aus, um die hergestellten Produkte absetzen zu können.

154. Diese Marktstruktur führt die Hersteller dazu, die bestmöglichen Produkte zu den bestmöglichen Konditionen anzubieten. Die Produkte sind konkurrenzfähig, aber die Auswahl für den Konsumenten verringert sich in der Folge. Da der Markt aber umkämpft ist, sind die Hersteller weiterhin daran interessiert, vorteilhafte Angebote zu unterbreiten.

¹² Arbeitspaper Nr. 58 "Marken- und Einkaufsstättentreue bei Konsumgütern - Empirische Analyse anhand von Haushaltspaneldaten", Universität Erlangen-Nürnberg Betriebswirtschaftliches Institut, Mai 1997

155. Ein Hersteller, der eine Innovation auf den Markt bringen will, ist praktisch gezwungen, das Produkt auf dem Weg des Vertriebskanals von Coop zu lancieren. Es besteht zum Beispiel die Befürchtung, dass Coop einen möglichst grossen Teil des zu erwartenden Gewinns für sich beanspruchen würde, was die Amortisation der getätigten Investitionen seitens des Herstellers unmöglich machen und somit zur Aufgabe des Projekts führen würde.

156. Die Nachfragemacht Coop hat einen erheblichen Einfluß darauf, welche Produkte auf den Markt kommen und damit für den Verbraucher erhältlich sind. Produkte, die von Coop nicht abgenommen werden, haben wenig Chancen, den Endverbraucher zu erreichen, da es den Lieferanten an alternativen Absatzmöglichkeiten mangelt. Damit entscheidet letztlich Coop über die Erfolgsaussichten von Produktinnovationen, obwohl die Marktanalysen dabei eine sehr wichtige Rolle spielen.

157. Es muss jedoch unterstrichen werden, dass die Anreize eines innovativen Herstellers und die Anreize von Coop weitgehend übereinstimmen, wenn es um die Einführung einer Innovation geht. Wenn die Innovation auf dem Markt tatsächlich Erfolgsperspektiven aufzeigt, wäre es nur schwer zu verstehen, warum Coop eine solche Innovation nicht ins Sortiment aufnehmen sollte. Wenn die Innovation aber auf dem Markt keine Erfolgsperspektiven aufzeigt, würde Coop weder den Lieferanten noch den Konsumenten dienen, wenn sie einer solchen Innovation eine Chance gäbe. Aus diesen Gründen ist der Entscheid seitens Coop, eine Innovation ins Sortiment aufzunehmen, weitgehend von den Marktbedingungen abhängig.

158. Zu beachten bleibt, dass zwischen dem Absatz- und Beschaffungsmarkt Interdependenzen bestehen (vgl. Rz. 27). Wenn Konkurrenten von Coop zum Beispiel neue Produkte erfolgreich einführen, kann sich Coop nicht leisten, solche Innovationen nicht auch ins Sortiment aufzunehmen. Es besteht deshalb ein Wettbewerbsdruck auf Absatzseite, der sich direkt auf die Beschaffungsseite für die Einführung neuer Produkte überträgt. Aus diesem Grund ist der Entscheid seitens Coop, eine Innovation ins Sortiment aufzunehmen, weitgehend vom Wettbewerbsdruck auf Absatzseite abhängig.

159. Von beiden Elementen geht in der gegenwärtigen Situation eine disziplinierende Wirkung auf die Marktmacht von Coop aus. Überdies legte Coop gegenüber der Weko das Verfahren bei der Einführung neuer Produkte dar, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz und den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung. Das Verfahren kann wie folgt zusammen gefasst werden:

?? Coop ist aufgrund der Marktverhältnisse gezwungen, keine sich stellende Gelegenheit für die erfolgreiche Einführung einer Neuheit auszulassen, und hat entsprechend für verbindlich erklärt, dass sämtliche ihr vorgelegten Neuheiten nach objektiven Krite-

rien geprüft werden; darüber hinaus prüft Coop auch auf eigene Initiative regelmäßig weiter Neuheiten.

- ?? Zur Sicherstellung der Ausrichtung auf die Konsumentenbedürfnisse, aber auch in Hinblick auf die Vielzahl der Lieferanten und Produkte hat Coop verbindlich erklärt, bei der Prüfung der Marktchancen von Neuheiten ein standardisiertes Verfahren anzuwenden.

Gegenstand dieses Verfahren ist:

- ☞ Sämtliche angebotenen und selbstverständlich auch die von Coop initiierten Neuheiten werden ausnahmslos in das standardisierte Prüfungsverfahren einbezogen.
- ☞ Der Prüfungsablauf ist für sämtliche Lieferanten und Produkte gleich; er erfolgt nach den Vorgaben des Coop-Category-Managements. Diese Vorgaben werden zu Beginn des Prüfungsprozesses dem betroffenen Lieferanten bekannt gemacht; der Lieferant ist im Rahmen eines Dialogs in das Prüfungsverfahren mit einbezogen.
- ☞ Die Prüfungsergebnisse werden dem Lieferanten in nachvollziehbarer Weise mitgeteilt. Der Lieferant hat Gelegenheit, die Prüfungsergebnisse mit den Verantwortlichen des Coop-Category-Managements zu besprechen und im Falle eines negativen Prüfungsergebnisses Gelegenheit, Verbesserungsvorschläge für sein Produkt zu unterbreiten, welche anschließend von Coop nach den im ursprünglichen Prüfungsverfahren geltenden Bedingungen erneut evaluiert werden.

f) Zwischenfazit

160. Es kann festgehalten werden, dass Coop rentabelsten Zugang für Neueintritte vom Markenprodukten zum Schweizer Markt darstellt. Coop hat eine starke Stellung im Bereich von Einführungen von Markeninnovationen auf dem Schweizer Detailhandelsmarkt.

161. Die Frage, ob Coop eine marktbeherrschende Stellung im Bereich von Einführungen neuer Markenprodukte zukommt, kann offen gelassen werden: Da Waro in diesem Bereich eine unwesentliche Rolle spielt, wird der Zusammenschluss auch in diesem Bereich keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, selbst wenn Coop bereits eine marktbeherrschende Stellung innehaben sollte. Waro verfügt weder über die nötige Kapazität noch über die geografische Abdeckung, um für die Lieferanten eine Alternative von Coop zu bilden. Somit ist die Wettbewerbssituation im Bereich Einführungen neuer Markenprodukte vom Zusammenschluss nicht betroffen.

C. Schlussfolgerungen

162. Aufgrund der vorstehenden Untersuchung, der Darlegungen der Markt-Teilnehmer sowie der Ausführungen der Parteien gelangt die

Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine alleinige oder kollektiv marktbeherrschende Stellung von Coop auf dem Absatz- oder Beschaffungsmarkt begründet oder verstärkt wird, sich nicht bestätigt haben:

- ?? Die Anzeichen für eine Behinderung oder gar einen Ausschluss anderer Wettbewerber beim Kauf von Waro ("Blockierkauf") wurden durch die Untersuchung nicht erhärtet.
- ?? Die Prüfung zeigte, dass zurzeit starker Wettbewerb im Detailhandel in der Schweiz herrscht. Coop alleine verfügt nicht über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Absatzmarkt. Der erfolgreiche Markteintritt ausländischer Akteure im schweizerischen Detailhandel führte zu neuer Bewegung. Es bestehen keine Hinweise für das Vorhandensein künstlicher Eintrittsbarrieren. Der Markt ist der disziplinierenden Wirkung potenziellen Wettbewerbs aus dem Ausland ausgesetzt.
- ?? Die Prüfung bestätigte auch das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Coop zusammen mit Migros auf dem Absatzmarkt nicht. Sie förderte keine Nachweise für einen Parallelverlauf in der Preisentwicklung der beiden Grossverteiler zu Tage. Die Ergebnisse weisen darauf hin, dass auch grosse Akteure sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht unabhängig auf den Absatzmärkten verhalten können.
- ?? Auch auf den Beschaffungsmärkten insgesamt führt der relativ geringe Zuwachs an Marktanteilen durch den Erwerb von Waro unter diesen Voraussetzungen zurzeit nicht zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Coop.
- ?? Die Bedenken der Wettbewerbskommission hinsichtlich der Einführung von Innovationen auf dem Markt sowie hinsichtlich besonderer Abhängigkeitsverhältnisse einzelner Lieferanten auf bestimmten Beschaffungsmärkten, in welchen Coop über Marktmacht verfügt, konnten im Verlaufe des Verfahrens ausgeräumt werden.

163. Die Weko nimmt zur Kenntnis, dass:

1. Coop den vom Zusammenschluss besonders betroffenen Lieferanten eine angepasste Lösung anbieten wird (vgl. Rz. 142).
 2. Coop hinsichtlich der Einführung neuer Markenartikel eine Gleichbehandlung und eine Beurteilung nach objektiven Kriterien garantiert (vgl. Rz. 159).
-

B 2.3	5. Total Holdings UK Ltd./Samsung General Chemicals Co. Ltd.
-------	---

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 7 juillet 2003

Le secrétariat de la Commission de la concurrence propose à la Commission de la concurrence, en l'affaire Total Holdings UK Ltd. et Samsung General Chemicals Co. Ltd. de renoncer à un examen approfondi et de publier intégralement le présent rapport en tant que prise de position de la Commission de la concurrence.

Cette recommandation est fondée sur les motifs suivants:

A. En fait

1. Le 20 juin 2003, la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) a reçu une notification annonçant que les entreprises Total Holdings UK Ltd. (ci-après: Total Holdings) et Samsung General Chemicals Co. Ltd. (ci-après: SGC) ont décidé d'acquérir, par la conclusion de plusieurs contrats signés le 10 juin 2003, le contrôle en commun de l'entreprise Samsung-Atofina Limited (ci-après: Joint Venture).

2. Total Holdings, ayant son siège à Londres, est contrôlée à 100% par Total Holdings Europe, elle-même filiale de Total SA (ci-après: Total). Total, société anonyme de droit français, a été créée en avril 2000 suite à la fusion entre Total et Fina (1999) puis TotalFina et Elf Aquitaine (2000). Total exerce ses activités dans les domaines de la production du pétrole et du gaz, le raffinage, la distribution de produits pétroliers, la pétrochimie et la chimie. Dans le secteur chimique, Total, à travers une de ses filiales Atofina, est active dans trois domaines, à savoir la chimie de base et les grands polymères, les produits intermédiaires et polymères de performance et la chimie des spécialités. Les activités du groupe Total sont principalement situées en Europe et en Amérique du Nord.

3. SGC, ayant son siège à Seosan City en Corée, est une filiale du groupe Samsung (ci-après: Samsung). Samsung est active dans une grande variété d'industries et de marchés, telle que l'électronique, l'informatique, les produits de télécommunication, la mécanique, l'électromécanique et la chimie. SGC est également une société qui fabrique des produits pétrochimiques de base et des polymères de base, à l'exclusion de produits d'intermédiaires, de polymères de performance et de chimie spécialisée. Les activités de SGC sont principalement situées en Asie.

4. La nouvelle entité juridique de droit coréen, dont le siège sera à Seosan City, sera principalement active dans le secteur pétrochimique en Asie, incluant notamment les produits pétrochimiques de base et les polymères, et ne déploiera que des activités négligeables sur le continent européen.

5. Le but visé par l'opération est d'une part de permettre à SGC d'accéder à de nouvelles ressources financières et d'autre part à Total d'augmenter sa présence sur les marchés pétrochimiques en Asie, y compris en Chine, où le marché est en forte croissance. Il est ainsi d'une importance stratégique pour Total, en tant qu'acteur mondial, de se positionner sur le marché pétrochimique en Asie. En outre, cette opération vise à maintenir et à augmenter la compétitivité de Total et SGC au niveau mondial et plus particulièrement en Asie, notamment face à d'autres groupes intégrés verticalement (BASF, Exxon Mobile, DOW Chemicals).

6. Le projet de concentration a été notifié à la Commission européenne le 18 juin 2003.

B. En droit

B.1. Obligation de notifier

7. Une opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une entreprise jusque-là indépendante est considérée comme une concentration d'entreprise au sens de l'article 4 alinéa 3 lettre b de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart, RS 251).

8. L'obligation de notifier suppose que les seuils prévus par l'article 9 LCart soient atteints. Les entreprises participantes ont réalisé ensemble en 2002 un chiffre d'affaires de €[...] mio. (Total €[...] mio.; Samsung: €[...] mio.) au niveau mondial et un chiffre d'affaires individuel en Suisse de €[...] mio. (Total) et de €[...] mio. (Samsung).

9. Compte tenu de ce qui précède, il s'agit d'une opération de concentration soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 1 LCart.

B.2 Examen préalable

B.2.1 Marchés de référence

10. L'article 11 alinéa 3 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE, RS 251.4) indique que les marchés de référence doivent être délimités dans leur dimension matérielle (marché des produits) et géographique (marché géographique).

11. Tous les marchés des produits touchés par la présente concentration ne sont pas définis ci-dessous. En effet, seul les marchés sur lesquels les entreprises sont actives en Suisse et sur lesquels elles conti-

nueront de l'être par le biais de la Joint Venture sont définis dans le présent rapport.

B.2.1.a Marchés des produits

12. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE, les marchés des produits comprennent 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.

13. En Suisse, SGC n'est active que sur le marché des polyéthylènes. Le polyéthylène est issu de la polymérisation de l'éthylène et existe sous deux formes, qui se distinguent par leur procédé de fabrication et leurs utilisations.

- a) le polyéthylène à basse intensité (LDPE) (0,93 de masse spécifique) obtenu en soumettant de l'éthylène à des pressions très élevées (plus de 1000 atm à 200°C).
- b) le polyéthylène à haute intensité (HDPE) (0,96 de masse spécifique) obtenu par polyaddition à pression normale en présence d'un catalyseur.

14. Si ces deux types de produits sont pour certaines utilisations substituables, cela n'est pas le cas pour toutes. La Commission européenne considère ainsi le LDPE et le HDPE comme constituant deux marchés des produits distincts (cf. Case No IV/M.269 Shell/Montecatini 1994, Case No COMP/M.1751 Shell/Basf-Project-Nicole 2002).

B.2.1.b Marché géographique

15. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, 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 des produits.

16. Au vu de la localisation des unités de production et de la destination de leurs productions, le marché géographique des polyéthylènes HDPE et LDPE est au moins celui de l'EEE (plus la Suisse), voir mondial. Par ailleurs, la question de savoir si l'on peut définir le marché de manière plus étroite ou plus large peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, la concentration envisagée ne posera pas de problèmes concurrentiels en Suisse.

B.2.2 Analyse concurrentielle

17. Parmi les marchés des produits définis ci-dessus, aucun n'est affecté au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE. Il n'est donc pas nécessaire d'analyser la situation concurrentielle de manière approfondie.

18. Tout d'abord, les actifs apportés à la Joint Venture sont situés en Corée, ce qui signifie qu'il est improbable que la Joint Venture développe à l'avenir des activités commerciales substantielles en Europe. De plus, étant donné que les parts de marché de la nouvelle entité sont

peu élevées aussi bien sur le marché géographique pertinent (Tableau 1) que sur le marché suisse (Tableau 2), la concentration ne risque pas de créer de problème concurrentiel.

19. Il convient de préciser que le but visé par cette concentration est de permettre à Total Holdings de pénétrer le marché asiatique pour rivaliser avec les plus importants acteurs de cette industrie sur ce marché. Par ailleurs, la Joint Venture n'est active que très marginalement sur le continent européen.

Tableau 1: parts de marché en Europe des entreprises participantes pour les produits touchés par la concentration

année 2002	total du marché en Europe (en kilo tonnes)	part de marché de Total (en kilo tonnes)	part de marché de Total (en %)	part de marché de SGC (en kilo tonnes)	part de marché de SGC (en %)	part de marché de Total et de SGC en %)
HDPE	[...]	[...]	[10-20]	[...]	[0-1]	[10-20]
LDPE	[...]	[...]	[0-5]	[...]	[0-1]	[0-5]

Tableau 2: parts de marché en Suisse des entreprises participantes pour les produits touchés par la concentration

année 2002	total du marché en Suisse (en kilo tonnes)	part de marché de Total (en kilo tonnes)	part de marché de Total (en %)	part de marché de SGC (en kilo tonnes)	part de marché de SGC (en %)	part de marché de Total et de SGC (en %)
HDPE	[...]	[...]	[0-10]	[...]	[0-1]	[0-10]
LDPE	[...]	[...]	[0-10]	[...]	[0-1]	[0-10]

C. Conclusion

20. Compte tenu de ce qui précède, l'opération de concentration envisagée n'est pas en mesure de créer ou renforcer une position dominante de SGC et de Total tant sur le marché suisse que sur le marché pertinent.

21. Sur la base de ces considérations, le secrétariat de la Commission de la concurrence est d'avis que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi au sens de l'article 10 LCart ne sont pas remplies.

B 2.3

6. Candover/Cinven mit BertelsmannSpringer

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 21. Juli 2003

A ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 27. Juni 2003 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Firmen Candover und Cinven (nachfolgend C&C), die Firma BertelsmannSpringer (nachfolgend BS) zu übernehmen. Candover und Cinven haben bereits im Januar 2003 die Firma KAP Global BV (nachfolgend KAP) übernommen. Nun beabsichtigen C&C, die beiden Firmen BS und KAP zu fusionieren und unter dem Namen "Springer" neu zu firmieren. Konkret umgesetzt werden soll das Vorhaben durch die Gründung diverser Tochtergesellschaften in verschiedenen Ländern zur Übernahme der einzelnen Teile des BS-Konzerns. In der Schweiz soll die Firma Schück & Söhne (Teil des BS-Konzerns) die anderen vier Schweizer Ableger des BS-Konzerns übernehmen und dann direkt durch KAP kontrolliert werden.

2. Candover Partners Limited ist eine unter englischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in London. Sie wird von Candover Investment plc. direkt zu 9,8% und über Candover Services Ltd. indirekt zu 90,2% gehalten. Candover Investments plc. ist eine nach englischem Recht konstituierte und an der Londoner Börse kotierte Investmentgesellschaft. Candover ist im Bereich der Investitionsmanagementberatung und damit zusammenhängenden Dienstleistungen in Europa und den USA tätig.

3. Cinven Limited ist eine unter englischem Recht konstituierte GmbH mit Sitz in London. Sie ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Cinven Group Ltd., einer unter englischem und walisischem Recht konstituierten Gesellschaft mit Sitz in London. Cinven ist eine Venture Kapitalgesellschaft und ist auch im Bereich der Investitionsmanagementberatung und damit zusammenhängenden Dienstleistungen tätig.

4. KAP Global BV ist eine unter holländischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Dordrecht (Niederlanden). Sie wird gemeinsam

von Candover und Cinven indirekt kontrolliert. KAP ist im Bereich des Verlags von Informationsprodukten und Dienstleistungen der akademischen und industriellen Forschung tätig. Die Produkte von KAP sind über den Online-Buchhandel, den traditionellen, auf akademische Titel spezialisierten Buchhandel, den Zwischenhandel, über elektronische Bibliotheken und über Büchereien erhältlich. KAP erzielt auch in der Schweiz Verkaufserlöse.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde auch bei der Europäischen Kommission gemeldet. Eine Entscheidung wird Ende Juli 2003 erwartet.

B MELDEPFLICHTIGER UNTERNEHMENSZUSAMMENSCHLUSS

6. Nach Artikel 4 Absatz 3 Kartellgesetz (KG) gilt unter anderem als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

7. C&C haben zur Durchführung der Übernahme von BS die Firma Wing mit Sitz in Düsseldorf gegründet. Diese soll zusammen mit der Firma KAP und von ihr noch zu gründenden Gesellschaften sämtliche Unternehmen der BS-Gruppe direkt oder indirekt zu 100% übernehmen. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist es, die beiden Firmen BS und KAP zu fusionieren und unter dem Namen "Springer" neu zu firmieren.

8. Das Vorhaben ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren, wobei C&C als gemeinsam kontrollierende Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) anzusehen sind.

9. Die Umsätze der betroffenen Unternehmen aus dem Jahr 2002 sind in nachfolgender Tabelle zusammengefasst (in CHF Mio.):

	Weltweit	Schweiz
Candover	> 1'000	> 100
Cinven	> 1'000	> 100
BS	> 100	< 100

10. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Jahr 2002 einen weltweiten Umsatz von über CHF [...] Mia. Ferner liegen die Schweizer Umsätze zweier beteiligter Unternehmen über CHF [...] Mio. Damit sind

die Grenzwerte in Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist folglich meldepflichtig.

C BEURTEILUNG DES ZUSAMMENSCHLUSSVORHABENS

C.1 Relevante Märkte

C.1.1 Sachlich relevante Märkte

11. 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).

12. Im vorliegenden Fall können aufgrund der Aktivitäten von KAP und BS zwei Märkte sachlich voneinander unterschieden werden: ein Markt für wissenschaftliche Publikationen im Bereich STM (Science, Technologie und Medizin) und ein Markt für berufsspezifische Publikationen. Letzterer kann noch nach Leser- und Anzeigemärkten unterschieden werden.

13. Unter wissenschaftlichen Publikationen versteht man Publikationen von Büchern, Zeitschriften, CD-ROMs und Online-Datenbanken für Forscher und Akademiker. Der Bereich STM kann unterschieden werden in Wissenschaft, Technologie und Medizin.

14. Berufsspezifische Publikationen richten sich an bestimmte Berufssparten und behandeln für diese meist anwendungsbezogene Sachfragen. Grob können vier Richtungen unterschieden werden: Bauwesen, Transport/Automobil, Medien/Kommunikation und Medizin.

C.1.2 Räumlich relevante Märkte

15. 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).

16. Im Bereich der wissenschaftlichen Publikationen im Bereich STM kann im vorliegenden Fall von einer internationalen Ausdehnung ausgegangen werden, da die meisten Publikationen in englischer Sprache verfasst werden und sich an ein weltweites Publikum richten.

17. Bei den berufsspezifischen Publikationen kann von einer nationalen Ausdehnung des Marktes ausgegangen werden, da sich diese aufgrund unterschiedlicher Gegebenheiten meist an ein nationales Publikum wenden. Eine sprachregionale Abgrenzung wäre auch denkbar.

18. Ob die räumlichen Abgrenzungen für die beiden letztgenannten Märkte zutreffen, kann offen bleiben, da sich unabhängig von der in Betracht gezogenen Markt-Abgrenzung durch das Zusammenschlussvorhaben keine wettbewerbsrechtlichen Probleme ergeben.

C.2 Betroffene Märkte

19. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

20. Die geschätzten Marktanteile von KAP und BS im Bereich "wissenschaftliche Publikationen im Bereich STM" sind in folgender Tabelle abgebildet:

	KAP	BS	Summe
Wiss. Publikationen STM	0 - 10	0 - 10	0 - 10
Wissenschaft	0 - 10	0 - 10	0 - 10
Technologie	0 - 10	0 - 10	0 - 10
Medizin	0 - 10	0 - 10	0 - 10

21. Die geschätzten Marktanteile von BS im Bereich "berufsspezifische Publikationen" sind in folgender Tabelle abgebildet. KAP ist in diesem Markt nicht aktiv.

	Vertrieb	Anzeigen
Bauwesen	0 - 10	20 - 30
Transport/Automobil	0 - 10	0 - 10
Medien/ Kommunikation	20 - 30	30 - 40
Medizin	0 - 10	0 - 10

22. Aus den beiden Tabellen geht hervor, dass nur der Markt "Berufsspezifische Publikationen für Medien und Kommunikation im Bereich Anzeigen" ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU darstellt (fett dargestellt). Die folgenden Ausführungen beschränken sich daher auf diesen Markt.

C.3 Marktstellung

23. In folgender Tabelle werden die geschätzten Marktanteile von BS (Media-Daten) sowie deren wichtigsten Konkurrenten der letzten drei Jahre im Bereich Anzeigen dargestellt (in Prozent):

	2000	2001	2002
Media-Daten	40 - 50	40 - 50	30 - 40
Marketing + Kommunikation	10 - 20	10 - 20	10 - 20
Persönlich	10 - 20	10 - 20	20 - 30
Viscom	10 - 20	20 - 30	20 - 30
Graphia	0 - 10	0 - 10	0 - 10
Summe	100	100	100

24. Aus den obigen Zahlen wird ersichtlich, dass es innerhalb von zwei Jahren zu deutlichen Marktanteilsverschiebungen gekommen ist. Während Media-Daten von zirka 40% bis 50% Marktanteil auf etwa einen von 30% bis 40% zurückfällt, kann Persönlich seinen Marktanteil verdoppeln. Forschung und Entwicklung, Innovationen, Innovationszyklen, Patente und andere Schutzrechte spielen nur eine untergeordnete Rolle.

25. Ferner sind Marktzutrittskosten und andere Markteintrittsbarrieren insbesondere auch wegen der aufkommenden Verbreitung von wissenschaftlichen Publikationen auf dem Internet als gering einzustufen, so dass mit raschen Markteintritten gerechnet werden kann.

26. Der Wettbewerb ist folglich als hoch einzustufen. Auf eine eingehendere Analyse der potenziellen Konkurrenz kann daher verzichtet werden.

D ERGEBNIS

27. Da im einzigen betroffenen Markt keine Marktanteilsadditionen vorliegen und der Wettbewerb als hoch einzustufen ist, kann das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich bezeichnet werden.

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

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zu den Ausführungsbestimmungen zum Landwirtschaftsgesetz und zum Tierseuchengesetz (Agrarpolitik 2007)

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

I. Allgemeine Bemerkungen

Die Wettbewerbskommission begrüsst den laufenden Reformprozess in der Landwirtschaftspolitik, der voraussichtlich in einzelnen Bereichen zu mehr Wettbewerb und zu einem effizienteren Ressourceneinsatz führen wird. Indes besteht in der Landwirtschaft nach wie vor eine hohe Regulierungsdichte, was sich in weiten Bereichen wettbewerbshemmend auswirkt.

Die Agrarpolitik 2007 ändert grundsätzlich wenig daran, dass auf wichtigen landwirtschaftlichen Märkten der Wettbewerb seine dynamische Funktion nicht voll entfalten kann. Zahlreiche landwirtschaftspolitische Regulierungen beeinflussen ebenfalls den Wettbewerb auf den nachgelagerten Stufen, insbesondere in der Verarbeitungsindustrie und im Detailhandel, und führen in diesen Bereichen zu Wettbewerbsverzerrungen unter den Marktteilnehmern oder wirken als Markteintrittsbarriere. Wenig effiziente Produktionsstrukturen, in Verbindung mit einem nicht in vollem Umfang wirksamen Wettbewerb, führen bei landwirtschaftlichen Rohprodukten gleichermassen wie bei verarbeiteten Produkten zu einem im europäischen Vergleich hohen Preisniveau.

Die Agrarpolitik 2007 beinhaltet neue sektorspezifische Regulierungen, die in direktem Zusammenhang zur Wettbewerbssituation auf den einzelnen Märkten stehen. Zu nennen ist hierbei insbesondere der neu geschaffene Artikel 8a LwG, der regelt, unter welchen Bedingungen die Publikation von Richtpreisen durch Branchen- und Produzentenorganisationen generell zulässig sein soll. Inwieweit Artikel 8a LwG eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 KG darstellt, wird die kartellrechtliche Praxis zeigen müssen. Zu befürchten ist, dass durch Artikel 8a LwG das Eingreifen der Wettbewerbsbehörden im Falle von volkswirtschaftlich schädlichen Preisabreden im Agrarbereich behindert werden kann. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission sollte die politisch gewollte Unterstützung der Landwirtschaft

durch die Schaffung von wettbewerbskonformen Rahmenbedingungen und mittels wettbewerbsneutralen Direktzahlungen erfolgen und nicht durch den Schutz der Marktteilnehmer vor dem Kartellgesetz.

Die Haltung der Wettbewerbskommission zu den wichtigsten wettbewerbsrelevanten Problemkreisen der Agrarpolitik 2007 (Übertragung von öffentlichen Aufgaben an private Organisationen, Branchen- und Produzentenorganisationen, Grenzschutz und Verteilung der Importkontingente, produktspezifische Subventionen usw.) wurde in der Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007 dargelegt (publiziert in RPW 2002/1, S. 174 ff.).

II. Bemerkungen zu den einzelnen Verordnungsänderungen

Die vorgelegten Verordnungsänderungen beschränken sich mehrheitlich auf administrative und technische Fragen. Die wettbewerbsrelevanten Weichenstellungen wurden grösstenteils bereits im Zuge der Gesetzesrevision gelegt. Trotzdem erscheint es angezeigt, zu einigen Punkten aus wettbewerbspolitischer Sicht Stellung zu nehmen:

1. Verordnung über die Verwertung der inländischen Schafwolle

Der neue Artikel 51bis LwG enthält die Grundlage für die weitere Unterstützung der Verwertung der inländischen Schafwolle. Die vorliegende Verordnung sieht die Aufhebung der Monopolstellung des Schafzuchtverbandes bei der Verwertung von inländischer Schafwolle vor. Neu sollen auch Selbsthilfeorganisationen Beiträge erhalten, die sich aus Schafhaltern sowie Verwertern zusammensetzen, eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, Sitz in der Schweiz haben und die Schafwolle im Inland verarbeiten. Grundsätzlich ist die vorgesehene Marktöffnung zu begrüßen. Es stellt sich allerdings die Frage, weshalb die im Landwirtschaftsgesetz vorgesehenen Beiträge auf eng definierte Selbsthilfeorganisationen begrenzt werden sollen. Hiermit wird bereits implizit vorweg genommen, dass es sich bei inländischer Schafwolle nicht um ein marktfähiges Produkt handelt.

Die geplante Ausrichtung von Beiträgen für "innovative Projekte" zur Verwertung der Schafwolle zum Beispiel als Wärme- und Schalldämmung in der Bauindustrie beinhaltet die Gefahr, dass knappe Ressourcen nicht effizient und öffentliche Mittel nicht zielgerichtet eingesetzt werden und dass der Wettbewerb zulasten von industriell hergestellten Substituten - wenn auch in geringem Ausmass - verfälscht wird. In anderen Bereichen hat die Unterstützung von "innovativen Projekten" zum Aufbau von Strukturen geführt, die nur mit der dauerhaften Ausrichtung von staatlichen Beihilfen am Leben erhalten werden können. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission müsste deshalb zumindest eine zeitliche Befristung dieser Massnahmen vorgesehen werden.

2. Qualitätssicherungsverordnung

Diese Verordnung soll die Subventionierung von Qualitätssicherungsdiensten für Schweizer Landwirtschaftsprodukte ermöglichen. Einerseits ist gemäss den Vernehmlassungsunterlagen zu erwarten, dass verschiedene Branchen, die bereits solche Systeme aufgebaut haben, sich mit einem Gesuch um finanzielle Unterstützung an den Bund wenden werden, andererseits soll diese Verordnung keine Grundlage für die Finanzierung von Systemen darstellen, die über den Markt abgegolten werden können.

In den Vernehmlassungsunterlagen werden keine Gründe für ein allfälliges Marktversagen genannt, weshalb sich grundsätzlich die Frage stellt, ob die staatliche Unterstützung von Qualitätssicherungsdiensten, für die offenbar eine zu geringe Nachfrage besteht, ökonomisch sinnvoll ist. Gerade bei bereits bestehenden Qualitätssicherungssystemen ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission nicht klar ersichtlich, weshalb diese nicht über den Markt abgegolten werden können. Falls diese neue Verordnung hauptsächlich eine versteckte Subventionierung von einzelnen Branchen bewirken sollte, wäre diese Vorlage aus unserer Sicht aufgrund der damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen und Fehlallokationen nicht wünschenswert.

3. Landwirtschaftliche Beratungsverordnung

Die landwirtschaftliche Beratungsverordnung regelt die Aufgaben der Beratungsdienste sowie die öffentlichen Finanzhilfen, die hierfür entrichtet werden. Das Bestreben, privaten Anbietern den Marktzutritt zu erleichtern, ist grundsätzlich begrüssenswert. Die fraglichen Beratungsdienstleistungen tragen den Charakter von privaten Gütern. Die Vernehmlassungsunterlagen enthalten keine Hinweise auf ein allfälliges Marktversagen. Aus grundsätzlichen ökonomischen Erwägungen erscheint die Subventionierung von Beratungsdienstleistungen deshalb fragwürdig, da als Folge davon ein ineffizient hohes Ausmass an Beratung konsumiert wird.

In den Vernehmlassungsunterlagen wird ausgeführt, dass Landwirte im Berggebiet generell ein tieferes Einkommen erwirtschaften und sich folglich in geringerem Ausmass an den Kosten für die Beratungsdienstleistungen zu beteiligen hätten. Diese Verknüpfung von Einkommen und Höhe der Beiträge an die Beratungsdienstleistungen ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission abzulehnen. Allfällige regionalpolitisch motivierte Umverteilungen zu Gunsten der Randgebiete könnten vergleichsweise transparent und effizient durch eine entsprechende Ausgestaltung der Direktzahlungen erfolgen.

4. Landwirtschaftliche Absatzförderungsverordnung (SR 916.010)

a) Absatzförderung auf regionaler Ebene

Bisher konnten Vorhaben für die Absatzförderung auf regionaler Ebene während der Aufbau- und Entwicklungsphase für die Dauer von maximal vier Jahren vom Bund mit maximal 50% finanziell unterstützt werden. Da die meisten der unterstützten Projekte gemäss den Vernehmlassungsunterlagen ohne weitere Bundeshilfen nicht in der Lage sind, in der bisherigen Form weiter zu bestehen, sollen die Projekte neu während weiterer vier Jahre mit maximal 20% finanziell unterstützt werden.

Grundsätzlich erscheint es fragwürdig, Projekte weiter zu unterstützen, die sich auf dem Markt als nicht überlebensfähig erwiesen haben. Die Verlängerung der Unterstützung von Projekten, denen ein relativer Misserfolg beschieden war, nährt bei den Marktteilnehmern die Erwartung, dass auch bei Inangriffnahme von wenig erfolgsversprechenden Projekten die Unterstützung der öffentlichen Hand nicht versiegen wird, das heisst, es entsteht das Problem der dynamischen Inkonsistenz. Eine rigide eingehaltene zeitliche Befristung der staatlichen Unterstützung könnte dazu beitragen, die durchschnittliche Qualität der in Angriff genommenen Projekte zu erhöhen.

b) Absatzförderung für Wein

Mit der Änderung der landwirtschaftlichen Absatzförderungsverordnung wird bezweckt, die Absatzförderung von Schweizer Wein auf die Finanzierung von Werbung im Inland auszudehnen. Den Vernehmlassungsunterlagen ist zu entnehmen, dass bei Schweizer Konsumenten die Präferenz für Schweizer Wein niedrig sei und dass statt dessen ausländische Erzeugnisse bevorzugt würden. Grundsätzlich bedeutet die geplante Verordnungsänderung einen Eingriff in den Wettbewerb auf dem schweizerischen Weinmarkt. Auch hier gilt, dass die Unterstützung der Landwirtschaft mit Massnahmen erfolgen sollte, die einen möglichst geringen Einfluss auf die Produktions- und Investitionsentscheidungen der Akteure und auf die relativen Preise ausüben. Sollte sich der Absatz von Schweizer Weinen tatsächlich durch gezielte Marketingmassnahmen erhöhen lassen, hätten die Produzenten auch ohne staatlichen Fingerzeig ein Interesse daran, diese Massnahmen von sich aus zu ergreifen.

5. Verordnung über den Rebbau und die Einfuhr von Wein (Weinverordnung, SR 916.140)

Die bereits für das Jahr 2004 geltende Regelung, wonach bei einer Produktionsumstellung von Chasselas und Müller-Thurgau auf weisse Spezialitäten und rote Rebsorten Umstellungsbeiträge gewährt werden, soll bis ins Jahr 2011 verlängert werden. Wettbewerb ist ein Entdeckungsverfahren, mit dessen Hilfe die einzelnen Akteure unter Be-

rücksichtigung der vom Preismechanismus ausgesendeten Signale dezentral ihre Produktions- und Investitionsentscheidungen treffen. Werden wie im vorliegenden Fall die Investitionsanreize von zentraler Stelle koordiniert, besteht die Gefahr, dass die Marktteilnehmer die vom Preissystem übermittelten Informationen nicht vollumfänglich nutzen und zu Fehlinvestitionen verleitet werden.

6. Schlachtviehverordnung (SV, SR 916.341)

a) Versteigerung der Importkontingente

Die wichtigste Änderung der Schlachtviehverordnung betrifft den aus wettbewerbsspolitischer Sicht begrüssenswerten Übergang von der Verteilung der Importkontingente nach Massgabe einer Inlandleistung zu einem Versteigerungsverfahren. Die in den Vernehmlassungsunterlagen erläuterten Versteigerungsmodalitäten sind nach unserer Beurteilung grundsätzlich wettbewerbskonform. Einzig beim Antragsrecht der interessierten Kreise (Organisationen gemäss Art. 25 SV) stellt sich die Frage, inwieweit hier die Wettbewerbsneutralität gewährleistet ist. Unseres Erachtens kann auf dieses Antragsrecht verzichtet werden. Damit könnte die in der Vergangenheit zumindest vereinzelt aufgetretene Verknüpfung von Schlachtviehpreisen und beantragten Importmengen und Wettbewerbsverzerrungen zulasten von aussenstehenden Unternehmen vermieden werden. Die Wettbewerbskommission befürwortet deshalb eine Streichung des in Artikel 16 Absatz 1 SV geregelten Antragsrechts der interessierten Kreise.

b) Infrastrukturbeiträge für öffentliche Märkte im Berggebiet

In der geplanten Verordnungsänderung ist ebenfalls die Ausrichtung von Infrastrukturbeiträgen für öffentliche Märkte im Berggebiet geplant. Der Bund übernimmt dabei 50% der Kosten (aber maximal CHF 50'000.- pro Projekt) für die Anschaffung und Installation von Anbindeeinrichtungen, Abschränkungen, Waagen und so weiter.

Die volkswirtschaftlichen Auswirkungen dieser Regulierung sind zweifellos marginal. Trotzdem stellt sich die grundsätzliche Frage, inwieweit mit den getroffenen Massnahmen verhindert werden kann, dass falsche Investitionsanreize gesetzt werden. Dem mit dieser Massnahme verfolgten Ziel des Erhalts der öffentlichen Viehmärkte im Berggebiet könnte vermutlich auch mit weniger verzerrenden Direktzahlungen Rechnung getragen werden.

7. Milchkontingentierungsverordnung (MKV, SR 916.350.1)

Die Milchkontingentierung soll per 30. April 2009 aufgehoben werden. In der Zwischenzeit obliegt die Bestimmung der produzierten Menge in erster Linie den berechtigten Branchenorganisationen, die beim Bundesrat entsprechende Kontingentsanpassungen beantragen können.

Den Vernehmlassungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die produzierte Milchmenge bis zum Ausstieg aus der Milchkontingentierung auf die von der ETH berechnete Gleichgewichtsmenge von 3,6 Mio. Tonnen erhöht werden soll, dass die Branche aber momentan das Ziel verfolge, den Produzentenpreis durch Mengeneinschränkungen möglichst hoch zu halten. Einerseits dürfte die Vorgabe einer "Gleichgewichtsmenge" kein geeignetes marktwirtschaftliches Instrument sein, andererseits ist eine von der gesamten Milchbranche koordinierte Mengeneinschränkung aus wettbewerbspolitischer Sicht als problematisch zu bewerten. Die Wettbewerbskommission würde es begrüßen, wenn der Ausstieg aus der Milchkontingentierung möglichst wettbewerbsverträglich - zum Beispiel mit den in den Vernehmlassungsunterlagen angedeuteten Massnahmen - vonstatten gehen würde.

8. Milchpreisstützungsverordnung (MSV, SR 916.350.2)

In den Vernehmlassungsunterlagen wird unter Bezugnahme auf Artikel 43 LwG ausgeführt, dass zwecks Schaffung von Transparenz bezüglich der kurz- und mittelfristigen Entwicklung der produzierbaren Milchmenge eine staatliche Mengenbeobachtung eingeführt werden soll. Diese Bestimmung, die ein Jahr vor Aufhebung der Milchkontingentierung in Kraft treten soll, sieht eine Meldepflicht der in den Kaufverträgen vereinbarten Milchmengen und der Vertragsdauer vor. Wir möchten an dieser Stelle darauf hinweisen, dass eine erhöhte Markttransparenz eine wichtige Grundvoraussetzung für das Zustandekommen und die Stabilität von kollusiven Verhaltensweisen darstellt. Bei der definitiven Ausgestaltung dieser Bestimmung sollte diesem Umstand Rechnung getragen werden, in dem bei der Veröffentlichung der Daten entsprechend restriktiv vorgegangen wird.

Die Ansätze für Butterbeihilfen werden gemäss den Vernehmlassungsunterlagen nicht mehr differenziert, so dass grundsätzlich die ganze Palette der Buttersorten unterstützt werden, die in Gewerbe und Industrie Verwendung finden. Dadurch können gemäss den Vernehmlassungsunterlagen Wettbewerbsverzerrungen zwischen verschiedenen Buttersorten vermieden werden. Gemäss den Vernehmlassungsunterlagen soll mit der Beschränkung auf Verarbeitung in Gewerbe und Industrie die Marktstützung dort greifen, wo die Konkurrenzsituation zu pflanzlichen Ölen und Fetten ausgeprägt ist. Wir weisen darauf hin, dass dadurch zwar allfällige Wettbewerbsverzerrungen zwischen verschiedenen Buttersorten vermieden werden können, dafür aber andere Wettbewerbsverzerrungen zulasten von pflanzlichen Fetten und Ölen entstehen, welche die Verarbeitungsbetriebe zu einem ineffizienten Ressourceneinsatz bewegen können.

9. Fazit

Der Mehrzahl der hier abgehandelten Ordnungsänderungen ist gemein, dass sie die Verwertung und den Absatz von einzelnen Produkten fördern oder die Investitions- und Produktionsentscheidungen

in eine bestimmte Richtung lenken wollen. Hierbei handelt es sich nach Auffassung der Wettbewerbskommission um Entscheidungen, die den Wettbewerbskräften überlassen werden sollten. Die Wettbewerbskommission befürwortet deshalb den Ersatz dieser Subventionen durch wettbewerbsneutralere Massnahmen wie Direktzahlungen.

B 2	9. Diverses Divers Diversi
B 2.9	1. Vergabe zusätzlicher GSM 1800 Frequenzen

Gutachten; Art. 47 und Art. 23 Abs. 4 Fernmeldegesetz

Avis; art. 47 et art. 23 al. 4 Loi sur les télécommunications

Pareri; art. 47 e art. 23 cpv. 4 Legge sulle telecomunicazioni

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 2. Mai 2003 gemäss Artikel 47 KG und Artikel 23 Absatz 4 Fernmeldegesetz zuhanden des Bundesamts für Kommunikation (Bakom) in Sachen Vergabe zusätzlicher GSM 1800 Frequenzen

A SACHVERHALT

1. Mit Schreiben vom 2. Mai 2003 hat das Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend "Bakom") die Wettbewerbskommission (nachfolgend "Weko") zur Stellungnahme in Sachen "Vergabe zusätzlicher GSM 1800 Frequenzen" aufgefordert.

2. Aufgrund eines Frequenzwechsels des Militärs sind im Bereich 1710-1785 MHz (uplink) und 1805-1880 MHz (downlink) per 1. Januar 2002 Frequenzen für die zivile Nutzung frei geworden. Diese sind nun für den GSM Standard vorgesehen und sollen für die Erbringung von Fernmeldediensten im Bereich Mobilfunk ausgeschrieben werden.

3. Gemäss Artikel 23 Absatz 4 des Fernmeldegesetzes (FMG) "... darf die Erteilung einer Funkkonzession wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen ... In Zweifelsfällen konsultiert die Konzessionsbehörde die Wettbewerbskommission."

4. Gemäss Schreiben des Bakom vom 2. Mai 2003 soll der zum Stillstand gekommene Wettbewerb im Bereich Mobilfunk durch die Vergabe der neuen Funkfrequenzen belebt werden. Das Bakom ist aufgrund seiner Analyse zum Schluss gekommen, dass unter den herrschenden Rahmenbedingungen ein vierter landesweiter Netzbetreiber nur geringe Chancen hätte, im Wettbewerb mit den drei anderen zu

bestehen. Für einzelne "innovative Projekte" in Teilmärkten gelte dies aber nicht.

5. Es ist geplant, 2x15 MHz in einem Kriterienwettbewerb so auszuscheiden, dass zwischen einer und drei Konzessionen vergeben werden können. Dabei sollen folgende Kriterien zur Anwendung gelangen: Marktbelebung, Innovationskraft, Leistungsfähigkeit, Finanzierbarkeit, technisches Konzept und Umsetzung, Realisierbarkeit, Geschäfts- und Dienstplanung. Pro Bewerber soll nur eine Konzession vergeben werden, und die aktuellen Mobilfunkanbieter (Orange, Sunrise und Swisscom Mobile) werden vom Verfahren ausgeschlossen. Auflagen sollen möglichst keine gemacht werden.

6. Das Bakom bittet die Weko, zu dieser Vorgehensweise aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Stellung zu nehmen und allenfalls sinnvolle Beurteilungskriterien mitzuteilen.

B BEURTEILUNG

7. Grundsätzlich ist das Bestreben des Bakom und der Comcom, den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt zu beleben, zu begrüssen. Die eingeschlagene Stossrichtung führt deshalb voraussichtlich zu einer Förderung des Wettbewerbs.

B.1 Förderung des Wettbewerbs

8. Eine geeignete Art, den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt zu beleben, wäre, wenn weitere Anbieter von mobilen Diensten im Markt auftreten könnten. Dazu gibt es verschiedene Möglichkeiten:

1. Ein weiterer Anbieter, der landesweit ein viertes GSM-Netz aufbaut.
2. Weitere Anbieter, die lokal für "innovative Projekte" ihr Netzwerk aufbauen.
3. Die Einführung von virtuellen Netzbetreibern.

9. Alle Varianten weisen jedoch Nachteile auf. Bei den ersten beiden Varianten könnte es geschehen, dass sich kein Fernmeldedienstanbieter für die ausgeschriebenen Frequenzen interessiert, da er diese Projekte als chancenlos erachtet. Ferner ist es von der Umweltbelastung her problematisch, wenn es noch weitere Betreiber geben würde, die ein zusätzliches eigenes, möglicherweise landesweites Netzwerk von Antennen aufstellen würden.

10. Die dritte Variante hat diese Probleme nicht, da kein eigenes Netzwerk erstellt werden muss. Folglich ist die Umweltbelastung geringer und auch die Investitionen für den neu Eintretenden halten sich in Grenzen. Es gibt aber unter dem aktuellen Rechtsrahmen keine Möglichkeit, die vorhandenen Betreiber zur Öffnung ihrer GSM-Netze zu zwingen. Was hingegen getan werden kann, ist Anreize zu setzen, welche die vorhandenen Betreiber zur Öffnung ihrer Netze bewegen.

11. Es stellen sich verschiedene Fragen, wenn man von "innovativen Projekten" eines vierten Netzbetreibers spricht: Chancen eines vierten Netzbetreibers? Beurteilung der Chancen? Wie können die Rahmenbedingungen geändert werden, um diese Chancen zu erhöhen?

12. Gemäss Schreiben des Bakom vom 2. Mai 2003 wurden die Erfolgchancen für einen vierten landesweiten Netzbetreiber aus drei Gründen als gering eingestuft:

1. Marktsättigung
2. Vorsprung der bestehenden Betreiber
3. Antennenwiderstand und NIS-Grenzwerte

13. Ein weiteres Problem eines vierten Netzbetreibers, vor allem wenn er "innovative Projekte" realisieren möchte, wird das nationale Roaming sein. Die drei vorhandenen Netzbetreiber dürfen kein Interesse daran haben, den Wettbewerb durch einen vierten Betreiber zu verschärfen, da sie ja nur Marktanteile verlieren können. Die zentrale Frage lautet also, wie ein vierter Netzbetreiber mit einem "innovativen Projekt" nationales Roaming erhält. Wenn beispielsweise ein Projekt "Mobilfunkdienste für die Stadt Zürich" heisst, dann könnte folgendes Szenario Realität werden: Ein Mobilfunkkunde könnte nur in Zürich telefonieren und möglicherweise auch im Ausland, aber nicht in der restlichen Schweiz ausserhalb von Zürich. Die Frage lautet also, welche Anreize für die bestehenden Betreiber geschaffen werden könnten, damit diese mit einem innovativen Projekt kooperieren.

14. Die wahrscheinlich wirkungsvollste Methode zur Förderung des Wettbewerbs im Mobilfunkmarkt wäre, wenn die vorhandenen Netzbetreiber zur Öffnung ihres Netzes zu bewegen wären, so dass so genannte virtuelle Netzbetreiber in der ganzen Schweiz mobile Dienste über deren Netze anbieten könnten. Dazu sind aber im regulatorischen Umfeld und insbesondere in den Konzessionen die nötigen Vorschriften nicht vorhanden. Offenbar sind im Gegensatz zu ausländischen Erfahrungen die vorhandenen Netzbetreiber auch nicht der Ansicht, dass in der Schweiz mit virtuellen Netzbetreibern eine "win/win-Situation" erreicht werden kann.

15. Ein Vorschlag, der in diesem Zusammenhang Anreize für die Öffnung der Netze bieten könnte, ist folgender: Das Bakom gibt einen Teil oder alle frei gewordenen Frequenzen durch eine Auktion oder eventuell kostenlos demjenigen Betreiber, welcher sein Netzwerk zu marktüblichen Bedingungen für virtuelle Netzbetreiber öffnet. Um solche Bedingungen zu formulieren, können vergleichbare Konditionen aus dem Ausland herangezogen werden. Es ist durchaus plausibel, dass unter diesen Umständen ein bestehender Betreiber sein Netz öffnet, um seine Überkapazitäten abzubauen. Damit könnte der Wettbewerb im Mobilfunkmarkt mit relativ einfachen Mitteln belebt werden.

B.2 Kriterienwettbewerb oder Auktion?

16. Grundsätzlich gibt es verschiedene Möglichkeiten, Frequenzen an private Unternehmen zu verteilen. Es haben sich aber zwei Verfahren durchgesetzt: Der Kriterienwettbewerb und die Auktion. Die Auktion ist etwas in Verruf geraten aufgrund schlechter Erfahrungen bei den UMTS-Auktionen. Es ist an dieser Stelle aber wichtig zu erwähnen, dass aus den Erfahrungen im Zusammenhang mit UMTS nicht geschlossen werden kann, dass die Vergabe von Frequenzen mittels Auktion kein geeignetes Vergabeverfahren sei. Das Gegenteil ist der Fall. Die negativen Erfahrungen in einigen Europäischen Staaten und auch in der Schweiz beruhten vielmehr auf Fehleinschätzungen der UMTS-Technologie und der damit zukünftig zu erzielenden Gewinne.

17. Generell spricht für die Vergabe von Funkfrequenzen mittels Auktionen, dass

1. sie schnell gehen,
2. die Bieter ihre Wertschätzungen der zu ersteigenden Güter preisgeben,
3. diese Wertschätzungen verzerrungsfrei der Allgemeinheit zukommen,
4. durch die Transparenz Absprachen zwischen Bietern und dem Auktionator unwahrscheinlich werden, und
5. der Markt über den Wert der Frequenzen entscheidet und nicht der Regulator.

18. Es stellt sich bei all diesen Vorteilen, welche eine Auktion gegenüber der anderen Vergabeverfahren hat, die Frage, warum die Comcom beziehungsweise das Bakom wieder zur herkömmlichen Methode des Kriterienwettbewerbs übergehen möchte. Grundsätzlich sind es die in den in Frage kommenden Märkten tätigen Unternehmen, die am besten beurteilen können, welche Projekte im Mobilfunkmarkt eine Chance haben. In gleiche Richtung argumentiert P. BIRRER in seiner Diplomarbeit "Rahmenbedingungen für die Vergabe von weiteren GSM-Frequenzen", welche eigens für dieses Vergabeverfahren erstellt wurde. Hier heisst es explizit auf Seite 39: "Allgemein gültige Aussagen über die Erfolgspotenziale (von lokalen Netzen) sind somit nicht möglich. Die Chancen und Risiken beschränken sich auf kleine Teile der Wirtschaft" und wenig später "Eine abschliessende Aussage, ob ein MVNO Erfolg haben wird, ist nicht möglich."

19. Auch Y. LENGWILER ist in seinem Artikel "Die Schweizer UMTS-Auktion" der Ansicht, "... dass die Telecom-Firmen selber viel besser als das Bakom beurteilen können, was eine Konzession wert ist, denn diese Firmen haben sehr viel mehr Ressourcen, um die technischen und ökonomischen Aspekte des ... Marktes zu beurteilen, und sie haben ein vitales Interesse, diese Beurteilung so sorgfältig und umfassend

wie möglich vorzunehmen ... Eine klug gestaltete Auktion nutzt genau diesen Informationsvorteil der Telekomfirmen."

20. Die Weko ist daher der Ansicht, dass das Bakom und die Comcom im vorliegenden Fall keinen Kriterienwettbewerb durchführen sollten. Die Frage, welche "innovativen Projekte" und wie viele solcher Projekte im Markt eine Chance haben, sollte dem Markt und damit den Unternehmen überlassen werden. Dies kann nicht im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs geschehen, da hier die Comcom letzten Endes über beide Fragen entscheiden würde.

21. Bei der Ausgestaltung einer Auktion können auch die Vorteile eines Kriterienwettbewerbs mitberücksichtigt werden. So können Bedingungen gestellt werden, unter denen eine Konzession vergeben wird und unter denen ein Kandidat an der Auktion überhaupt teilnehmen kann. So könnte beispielsweise eine Bedingung für bestehende Betreiber folgendermassen lauten: Sie dürfen nur dann mitbieten und damit eine Konzession erwerben, wenn sie bereit sind, ihre Netze für virtuelle Netzbetreiber zu marktüblichen Bedingungen zu öffnen.

22. In jedem Fall ist eine klug gestaltete Auktion einem Kriterienwettbewerb vorzuziehen.

B.3 Merkmale eines Kriterienwettbewerbs

23. Obwohl die Weko grundsätzlich eine Auktion bevorzugt, nimmt sie nachfolgend trotzdem zur gestellten Frage nach sinnvollen Beurteilungskriterien Stellung.

24. Laut einer Studie von Wik-Consult, "Eckpunkte zur Ausgestaltung eines möglichen Handels mit Frequenzen", welche das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit in Deutschland in Auftrag gegeben hat, sind die folgenden Kriterien sinnvoll:

1. Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bewerber,
2. Eignung der Planungen für die Erbringung der ausgeschriebenen Telekommunikationsdienstleistung,
3. Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbs.

25. Die vorgeschlagenen Kriterien (siehe Rz. 5) gehen in die richtige Richtung. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Schwelle für einen neu eintretenden Marktteilnehmer möglichst niedrig gehalten werden sollte, um einen Markteintritt möglichst attraktiv zu gestalten. So kann man sich fragen, inwiefern in einzelnen Punkten bis ins Detail gegangen werden muss.

26. Ferner muss sichergestellt sein, dass ein vierter Netzbetreiber unabhängig von den drei Vorhandenen ist und folglich zu einem echten Konkurrenten zu den Bestehenden wird.

27. Ob jedoch die vom Bakom vorgeschlagenen Kriterien geeignet sind, den Zuschlag dem besten Bewerber zu erteilen, kann die Weko

nicht beurteilen, weil es sich um branchenspezifische und technische Vorgaben handelt. Das Bakom und die Comcom als sektorspezifische Behörden sind dagegen für die Vornahme einer solchen Beurteilung typischerweise besser in der Lage.

28. In jedem Fall sollten die Bedingungen und deren Gewichtung bei der Bewertung transparent dargestellt und bei der Beurteilung rigoros eingehalten werden, um ein Maximum an Transparenz zu erzeugen. So kann ein Nachteil gegenüber der Auktion - die mangelnde Transparenz und Willkür - etwas aufgefangen werden.

B.4 Ausschluss der bestehenden Betreiber

29. Durch den Ausschluss der bestehenden Betreiber werden drei Dinge bewirkt: Erstens wird damit sichergestellt, dass nur andere Betreiber in den Mobilfunkmarkt eintreten können. So wird unterbunden, dass beispielsweise ein bestehender Betreiber die Frequenzen strategisch erwirbt, um zu verhindern, dass ein vierter Anbieter in den Markt eintritt. Zweitens können nachher mit denselben Frequenzen aber keine Anreize geschaffen werden, dass die bestehenden Betreiber ihre Netze für virtuelle Netzbetreiber öffnen. Diese Variante wäre jedoch sehr zu begrüßen. Drittens wird der Wettbewerb um die freigegebenen Frequenzen verringert, da sich möglicherweise drei Interessenten weniger zu einem Kriterienwettbewerb oder einer Auktion bewerben werden. Dies würde sich bei einer allfälligen Auktion negativ auf die Auktionseinnahmen für den Staat auswirken.

30. In einer Auktion hätten beide Möglichkeiten einbezogen werden können: Dass ein neuer Betreiber mit einem innovativen Projekt in den Mobilfunkmarkt eintritt oder dass ein bestehender Betreiber die Frequenzen erwirbt, um sein Netz für virtuelle Betreiber zu öffnen.

31. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist der Ausschluss der vorhandenen Betreiber unproblematisch, wenn dadurch ein vierter Betreiber mit einem innovativen Projekt in den Markt eintreten kann. Durch den Ausschluss wird jedoch die Möglichkeit genommen, Anreize zu schaffen, damit die bestehenden Betreiber diese Frequenzen mit der Auflage erwerben könnten, dass sie zu marktüblichen Bedingungen ihre Netze für virtuelle Netzwerkbetreiber öffnen.

C ERGEBNIS DES GUTACHTENS

32. Zu den vom Bakom gestellten Fragen nimmt die Wettbewerbskommission wie folgt Stellung:

- Die Wettbewerbskommission begrüsst das Bestreben der Comcom und des Bakom, den Wettbewerb im Mobilfunkmarkt zu beleben. Die Vergabe der freigegebenen Frequenzen ist dazu ein geeignetes Mittel.
 - Die Ausgestaltung dieses Bestrebens kann verbessert werden, indem die relevanten Entscheidungen nicht vom Regulator, sondern
-

vom Markt getroffen werden. Die Vergabe der Frequenzen durch eine Auktion ist deshalb vorzuziehen.

- Eine wirksame Form, den Wettbewerb im Mobilfunk zu beleben, wäre die Einführung von virtuellen Netzbetreibern. Die freigegebenen Frequenzen sollte das Bakom beziehungsweise die Comcom dazu nutzen, Anreize zur Öffnung der Mobilfunknetze für virtuelle Netzbetreiber zu schaffen. Der Ausschluss der bestehenden Betreiber kann den Wettbewerb dann beleben, wenn er dazu führt, dass ein vierter Anbieter von Diensten im Mobilfunkmarkt eintritt.

B 2.9	2. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 1. September 2003 zuhanden der Preisüberwachung über die Auslegung von Artikel 33 HMG
-------	---

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 1. September 2003 zuhanden der Preisüberwachung in Sachen Auslegung von Artikel 33 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG, SR 812.21) gestützt auf Artikel 47 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR. 251)

A Verfahren

1. Anfangs des Jahres 2002 sind beim Preisüberwacher und dem Sekretariat der Wettbewerbskommission verschiedene Beschwerden von Spitalapotheken öffentlicher Spitäler eingegangen. Die Apotheker beklagten sich darüber, dass die Pharmaunternehmen mit Inkrafttreten des neuen Heilmittelgesetzes (HMG) am 1. Januar 2002 angekündigt hatten, gestützt auf Artikel 33 HMG und Artikel 56 Absatz 3 Krankenversicherungsgesetz (KVG) zukünftig auf die Gewährung jeglicher Rabatte zu verzichten und die Arzneimittel einheitlich zum Fabrikabgabepreis (Ex-factory-Preis) zu verkaufen.

2. Gleichlautende Bedenken äusserten Vertreter der GSASA (Gesellschaft Schweizerischer Amts- und Spitalapotheker) anlässlich des vom Bundesamt für Sozialversicherung (BSV) zu dieser Problematik anfangs November 2001 ins Leben gerufenen runden Tisches "Rabatte und Boni", an dessen Sitzungen Vertreter aus allen Bereichen des Gesundheitswesens (Pharma, Krankenversicherer, Apotheker, Ärzte, Spitäler, Behörden [BSV, Weko, PüW, Swissmedic]) teilnahmen. Ziel dieser Sitzungen war, Klarheit über die Anwendung der neuen Bestimmungen des Heilmittelgesetzes, insbesondere Artikel 33 HMG, zu schaffen. Zu diesem Zweck waren die verschiedenen Akteure bemüht, für ihre Berufsgruppe einen Code of Conduct auszuarbeiten, um die Einhaltung

der neuen Bestimmungen sicherzustellen. Seitens des Sekretariates der Wettbewerbskommission wurde anlässlich der Sitzungen darauf hingewiesen, dass sich die Beteiligten hinsichtlich der Gewährung von Vergünstigungen nicht absprechen dürfen (vgl. Protokoll vom 12.12.2001). In der Folge verabschiedete das BSV verschiedene Empfehlungen zu diesem Themenbereich (Empfehlung vom 21. Dezember 2001 betreffend das Versprechen, Annehmen und Anbieten geldwerter Vorteile beim Umgang mit Medikamenten, Pflicht zur Weitergabe erhaltener Vergünstigungen; Empfehlung vom 15. März 2002 betreffend die Weitergabe der beim Einkauf verwendungsfertiger Arzneimittel erhaltenen Vergünstigungen im stationären Bereich; Empfehlung vom 11. Juli 2002 betreffend die Weitergabe der beim Einkauf verwendungsfertiger Arzneimittel erhaltenen Vergünstigungen im ambulanten Bereich; Empfehlung vom 20. Dezember 2002 betreffend den Umgang mit und die Weitergabe von geldwerten Vorteilen, insbesondere im Zusammenhang mit Weiter- und Fortbildungen).

3. Die Wettbewerbskommission hat bereits im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum neuen HMG zur Frage der Rabatte und Boni Stellung genommen (RPW 1998/3, S. 436 ff.) und sich dahingehend geäußert, dass ein Vergünstigungsverbot weder aus gesundheitspolizeilichen noch gesundheitsökonomischen Gründen angebracht sei.

4. Mit Schreiben vom 17. Januar 2002 zuhanden der Tessiner Regierung sprach sich der Preisüberwacher gegen einen generellen Verzicht jeglicher Rabatte im stationären Spitalbereich gestützt auf Artikel 33 HMG aus.

5. Am 25. Januar 2002 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung in dieser Angelegenheit. Dabei wurden rund 70 Pharmaunternehmen zur Preis- und Rabattpolitik gegenüber den Spitalapothekern sowie deren Änderungen seit dem 1. Januar 2002 befragt. Zur Überprüfung deren Angaben wurden gleichzeitig einige Fragen an rund 30 Spitalapotheker öffentlicher Spitäler und einige Privatspitäler gestellt.

6. Mit Schreiben vom 28. Oktober 2002 informierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Pharmaunternehmen über die im Frühjahr 2002 erhobenen und ausgewerteten Daten. Es wies darauf hin, dass sich aus der Auswertung eine Abschaffung oder Reduktion der bisherigen Rabatte auf einheitlich maximal 20% abzuzeichnen scheine, was unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch erscheine. Dieser Auffassung stehe Artikel 33 HMG nicht entgegen. Aufgrund der im damaligen Zeitpunkt für das Jahr 2003 bereits angelaufenen Vertragsverhandlungen wartete das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit weiteren Verfahrenshandlungen zu.

7. Die vorliegende Problematik der durch die Abschaffung beziehungsweise Beschränkung der Rabatte verbundenen Kostensteigerung der Heilmittel im Spitalbereich war auch Gegenstand verschiedener parlamentarischer Vorstösse (vgl. Interpellation MAURY PASQUIER vom 21. März 2002; Postulat ROBBIANI vom 6. Juni 2002; Interpellation BÜHLMANN vom 3. Oktober 2002; Postulat GÜNTER vom 27. November 2002). Die Antworten des Bundesrates auf die parlamentarischen Interventionen haben bis zum heutigen Zeitpunkt keine Klarheit in Bezug auf die Zulässigkeit von Vergünstigungen, namentlich im stationären Spitalbereich, gebracht.

8. Mit Schreiben vom 19. August 2003 hat der Preisüberwacher die Wettbewerbskommission um ein Gutachten im Sinne von Artikel 47 KG zur Auslegung von Artikel 33 HMG ersucht.

B Gegenstand

9. Gegenstand dieses Gutachtens bildet die Auslegung von Artikel 33 HMG, der nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben wird:

Artikel 33 HMG Versprechen und Annehmen geldwerter Vorteile

¹ Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe eines Arzneimittels geldwerte Vorteile weder gewährt noch angeboten noch versprochen werden.

² Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, und Organisationen, die solche Personen beschäftigen, dürfen für die Verschreibung oder die Abgabe von Arzneimitteln geldwerte Vorteile weder fordern noch annehmen.

³ Zulässig sind jedoch:

- a. geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert, die für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind;
- b. handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken.

10. Weiter von Bedeutung sind im Zusammenhang mit Artikel 33 HMG auch Artikel 56 Absatz 3 KVG und Artikel 43 Absatz 6 KVG, die wie folgt lauten:

Artikel 56 Absatz 3 KVG Wirtschaftlichkeit der Leistungen

³ Der Leistungserbringer muss dem Schuldner der Vergütung die direkten oder indirekten Vergünstigungen weitergeben, die ihm:

- a. ein anderer in seinem Auftrag tätiger Leistungserbringer gewährt;
- b. Personen oder Einrichtungen gewähren, welche Arzneimittel oder der Untersuchung oder Behandlung dienende Mittel oder Gegenstände liefern.

Artikel 43 Absatz 6 KVG Grundsatz

- ⁶ Die Vertragspartner und die zuständigen Behörden achten darauf, dass eine qualitativ hoch stehende und zweckmässige gesundheitliche Versorgung zu möglichst günstigen Kosten erreicht wird.

11. Artikel 33 HMG und Artikel 56 Absatz 3 KVG sind im Kontext mit den Vorschriften der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV) und der Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV), die bereits am 1. Januar 2001 in Kraft getreten sind, zu sehen:

Artikel 67 KVV Preise

- ¹ Die Spezialitätenliste enthält die bei Abgabe durch Apothekerinnen und Apotheker, Ärztinnen und Ärzte sowie Spitäler und Pflegeheime massgebenden Höchstpreise.

^{1bis} Der Höchstpreis besteht aus dem Fabrikabgabepreis und dem Vertriebsanteil.

^{1ter} Der Fabrikabgabepreis gilt die Leistungen, Abgaben inbegriffen, der Herstellungs- und der Vertriebsfirma bis zur Ausgabe ab Lager in der Schweiz ab.

^{1quater} Der Vertriebsanteil gilt die logistischen Leistungen ab, insbesondere die mit dem Transport, der Lagerhaltung, der Abgabe und dem Inkasso verbundenen Betriebs- und Investitionskosten.

² Für die Erhöhung der in der Spezialitätenliste festgesetzten Preise bedarf es einer Bewilligung des BSV. Die Bewilligung kann nur erteilt werden, wenn:

- a. das Arzneimittel die Aufnahmebedingungen noch erfüllt;
- b. seit der Aufnahme oder der letzten Preiserhöhung mindestens zwei Jahre verstrichen sind.

^{2bis} Ergibt die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit nach Artikel 65 Absatz 6bis, dass der bei der Aufnahme verfügte Höchstpreis zu hoch war, so verfügt das BSV eine angemessene Preissenkung.

^{2ter} Übersteigt der bei der Aufnahme dem verfügbaren Höchstpreis zu Grunde gelegte Fabrikabgabepreis den bei der

Überprüfung der Wirtschaftlichkeit ermittelten Fabrikabgabepreis um mehr als drei Prozent und betragen die dadurch erzielten Mehreinnahmen mindestens CHF 20'000.-, kann das BSV das gesuchstellende Unternehmen zur Rückerstattung der seit der Aufnahme erzielten Mehreinnahmen an die Gemeinsame Einrichtung nach Artikel 18 des Gesetzes verpflichten.

- ³ Nach 15jährigem Eintrag in der Spezialitätenliste kann das BSV eine angemessene Preissenkung anordnen. Dabei fällt bei Originalpräparaten der Innovationszuschlag weg. Das BSV kann die Preissenkung mit den Herstellern oder den Importeuren vereinbaren.

Artikel 35 KLV Preisvergleich mit dem Ausland

- ¹ Der Fabrikabgabepreis eines Arzneimittels darf in der Regel den durchschnittlichen Fabrikabgabepreis, abzüglich der Mehrwertsteuer, dieses Arzneimittels in Ländern mit wirtschaftlich vergleichbaren Strukturen im Pharmabereich nicht überschreiten. Das BSV vergleicht mit Ländern, in denen der Fabrikabgabepreis aufgrund von Bestimmungen von Behörden oder Verbänden eindeutig bestimmt werden kann.
- ² Verglichen wird mit Deutschland, Dänemark, Grossbritannien und den Niederlanden. Subsidiär werden Frankreich, Österreich und Italien in den Vergleich einbezogen. Deren Preise können als generelle Indikatoren beigezogen werden. Es kann mit weiteren Ländern verglichen werden.
- ³ Der Fabrikabgabepreis in den erwähnten Ländern wird dem BSV vom Unternehmen, welches das Arzneimittel vertreibt, mitgeteilt. Das Unternehmen ermittelt ihn aufgrund von Regelungen von Behörden oder Verbänden und lässt ihn von einer Behörde oder einem Verband bestätigen. Er wird gestützt auf einen vom BSV ermittelten durchschnittlichen Wechselkurs über sechs Monate in Schweizer Franken umgerechnet.

Artikel 35a KLV Vertriebsanteil

- ¹ Der Vertriebsanteil für Arzneimittel, die aufgrund der Einteilung des Schweizerischen Heilmittelinstitutes, Swissmedic, verschreibungspflichtig sind, setzt sich zusammen aus einem im Verhältnis zur Höhe des Fabrikabgabepreises bemessenen Zuschlag (preisbezogener Zuschlag) und einem Zuschlag je Packung.
- ² Der preisbezogene Zuschlag gemäss Absatz 1 berücksichtigt insbesondere die Kapitalkosten für Lagerhaltung und ausstehende Guthaben.

- ³ Der Zuschlag je Packung berücksichtigt insbesondere die Transport-, Infrastruktur- und Personalkosten. Er kann nach der Höhe des Fabrikabgabepreises abgestuft werden.
- ⁴ Der Vertriebsanteil für Arzneimittel, die aufgrund der Einteilung des Schweizerischen Heilmittelinstitutes, Swissmedic, nicht verschreibungspflichtig sind, besteht aus einem im Verhältnis zur Höhe des Fabrikabgabepreises bemessenen Zuschlag (preisbezogener Zuschlag). Dieser berücksichtigt alle Kosten, die mit dem Vertriebsanteil abgegolten werden.
- ⁵ Das BSV kann den Vertriebsanteil je nach Leistungserbringer und Abgabekategorie unterschiedlich bemessen. Zudem kann es besondere Vertriebsverhältnisse berücksichtigen.

12. Schliesslich ist auf die beiden Strafbestimmungen von Artikel 92 Buchstabe d KVG und Artikel 87 hinzuweisen:

Artikel 92 Buchstabe d KVG Vergehen

Mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuches vorliegt, wird bestraft wer:

- d. Vergünstigungen nach Artikel 56 Absatz 3 nicht weitergibt.

Artikel 87 Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 2-6 HMG Übertretungen

¹ Mit Haft oder mit Busse bis zu CHF 50'000.- wird bestraft, wer vorsätzlich:

- b. gegen die Bestimmungen über die Werbung für Arzneimittel verstösst;

² Wer in den Fällen nach Absatz 1 Buchstaben a, b, e oder f gewerbmässig handelt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und mit Busse bis zu CHF 100'000.- bestraft.

³ Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu CHF 10'000.- bestraft.

⁴ Versuch und Gehilfenschaft sind strafbar.

⁵ Eine Übertretung und die Strafe für eine Übertretung verjähren in fünf Jahren.

⁶ In besonders leichten Fällen kann auf Strafverfolgung und Bestrafung verzichtet werden.

13. Im Folgenden geht es darum aufzuzeigen, ob und inwiefern im Lichte der oben genannten Bestimmungen Vergünstigungen (Rabatte)

zulässig sind und ob eine aufeinander abgestimmte Rabattpolitik der Pharmahersteller gerechtfertigt ist. Gestützt auf den Sachverhalt wird dabei insbesondere auf den stationären öffentlichen Spitalbereich eingegangen.

C Erwägungen

C.1 Auslegung von Artikel 33 Heilmittelgesetz

C.1.1 Vorbemerkungen

14. Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen namentlich die grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegungsmethode. Dabei geht die herrschende Lehre und Rechtsprechung vom *Methodenpluralismus* aus, das heisst, keiner Auslegungsmethode gebührt grundsätzlich der Vorrang. Gemäss Praxis des Bundesgerichts steht allgemein jedoch auch auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund¹.

C.1.2 Historische Auslegung

15. Bei der Auslegung von neuen Erlassen kommt der historischen Betrachtungsweise naturgemäss besondere Bedeutung zu. Es ist daher an dieser Stelle vorab auf die Entstehungsgeschichte von Artikel 33 HMG einzugehen.

16. Nach den Materialien² soll Artikel 33 Absätze 1 und 2 HMG die Gewährung oder Forderung von finanziellen Anreizen für das Verschreiben oder die Abgabe von Medikamenten verbieten. Die zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen sollen nicht durch finanzielle Anreize, sondern ausschliesslich durch die Regeln der medizinischen beziehungsweise pharmazeutischen Fachkunst geleitet werden.

17. Im Gesetzesentwurf war die Ausnahmebestimmung von Artikel 33 Absatz 3 HMG noch nicht vorgesehen. In der Botschaft³ wurde jedoch festgehalten, dass "handelsübliche" und "betriebswirtschaftlich gerechtfertigte" Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken, nicht ausgeschlossen werden sollten. Dies wurde damit begründet, dass Preisvorteile im wettbewerblichen Umfeld möglich sein müssten. Diese Vorteile sollten entweder dem selbstzahlenden Patienten direkt zugute kommen oder sich indirekt - via Rabatte an die Krankenversicherer - in der Prämienhöhe niederschlagen.

¹ Vgl. z.B. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage 2002, S. 43, Rz. 216 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

² Vgl. Amtl. Bull. SR 2000, S. 612, Votum von Ständerätin BEERLI; Botschaft, BBl 1999 III 3453 ff.

³ BBl 1999 III, S. 3518 f.

18. Daraus kann geschlossen werden, dass Artikel 33 HMG den Preiswettbewerb (bereits) nach der Fassung des Bundesrates nicht ausschliessen wollte und die Pharmahersteller nicht zu einem vollständigen Rabattverzicht verpflichtete.

19. Die nunmehr Gesetz gewordene Formulierung von Artikel 33 HMG wurde von der vorberatenden Kommission des Nationalrats (Erstrat) vorgeschlagen und im Rat ohne weitere Diskussionen angenommen⁴. Die Bestimmung wurde damit um den geltenden Absatz 3 ergänzt, welcher die Fälle zulässiger Vorteilsgewährung aufzählt.

20. Da dieser Entscheid diskussionslos erfolgte und der Wortlaut von Absatz 3 direkt auf die Botschaft abstellt, ist davon auszugehen, dass der Nationalrat damit der Ansicht des Bundesrates folgte, die zulässigen Ausnahmefälle jedoch ausdrücklich festschreiben wollte. Mit der Formulierung von Absatz 3 sollte also eine Beeinflussung der Arzneimittel abgebenden oder verschreibenden Personen vermieden, ein Preiswettbewerb jedoch nicht verhindert werden. Dementsprechend sieht Artikel 33 Absatz 3 Buchstabe b HMG insbesondere vor, dass "handelsübliche" und "betriebswirtschaftlich gerechtfertigte" Rabatte, die sich direkt auf den Preis auswirken, zulässig sind.

21. Wie diese Begriffe auszulegen sind, ist den Materialien nicht zu entnehmen. Diese enthalten lediglich eine Äusserung zu Artikel 33 Absatz 3 Buchstabe a HMG: Unter den zulässigen geldwerten Vorteilen von geringem Wert sind demnach in Anlehnung an die Praxis des Bundesgerichts zu den Artikeln 322ter ff. StGB Zuwendungen bis CHF 300.- zu verstehen⁵.

C.1.3 Grammatikalische Auslegung

22. Nach Artikel 33 Absätze 1 und 2 HMG gilt diese Bestimmung nicht nur für Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben, also Ärzte und Apotheker, sondern auch für Organisationen, die solche Personen beschäftigen. Unter "Organisationen" sind gemäss Wortsinn die öffentlichen und privaten Spitäler gemeint. Damit ist klargestellt, dass Artikel 33 HMG auch auf den (stationären) Spitalbereich anwendbar ist.

23. Auf die Definition des Begriffs "geldwerte Vorteile" braucht für die nachfolgende Beurteilung der Verhältnisse, namentlich im öffentlichen Spitalbereich, nicht weiter eingegangen zu werden, da Vergünstigungen (Rabatte) auf Arzneimitteln ohne weiteres vom Begriff "geldwerte Vorteile" erfasst sind.

⁴ Amt. Bull. NR 2000, S. 119

⁵ Vgl. hierzu Amtl. Bull. SR 2000, S. 612, Votum von Ständerätin BEERLI

24. Im vorliegenden Zusammenhang ist aber die Interpretation der Ausnahmebestimmung von Artikel 33 Absatz 3, insbesondere Buchstabe b, HMG von ausschlaggebendem Interesse. Im Verhältnis zu den Absätzen 1 und 2 stellt Absatz 3 zunächst klar, dass Artikel 33 HMG kein absolutes Verbot von Vergünstigungen (Rabatten) begründet. Zudem sagt der Gesetzestext nichts über die Höhe der zulässigen Vergünstigungen aus und legt insbesondere auch keine Obergrenze fest.

25. Bei der Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Vergünstigungen gemäss Artikel 33 HMG kommt es insbesondere auf die Auslegung der Wendung "handelsüblich und betriebswirtschaftlich gerechtfertigt" in Artikel 33 Absatz 3 Buchstabe b HMG an. Die beiden Begriffe "handelsüblich" und "betriebswirtschaftlich gerechtfertigt" sind im Gesetz einzeln aufgeführt, und es kommt ihnen eine eigenständige Bedeutung zu:

26. Der Begriff "handelsüblich" verweist auf die Verkehrssitte, das heisst, was in einem bestimmten Bereich gang und gäbe ist beziehungsweise seit geraumer Zeit getan oder beobachtet wird. "Handelsüblich" sind demnach Vergünstigungen (Rabatte), die sich über einen gewissen Zeitraum hinweg in einer bestimmten Branche (Markt) herausgebildet haben⁶.

27. Nach einer allgemeineren Betrachtungsweise können unter "handelsüblichen" Vergünstigungen (Rabatte) auch Preisvorteile verstanden werden, die im Konkurrenzkampf zur Erhaltung bestehender oder zur Gewinnung neuer Kunden eingesetzt werden⁷.

28. Der Begriff "betriebswirtschaftlich gerechtfertigt" beinhaltet die Wortverbindung "Betrieb" und "wirtschaftlich" und verweist damit auf den für Unternehmen allgemein geltenden Grundsatz des wirtschaftlichen Handelns (Wirtschaftlichkeitsprinzip⁸), wonach ein bestimmter Erfolg eines Unternehmens mit dem geringst möglichen Mitteleinsatz beziehungsweise mit einem bestimmten Mitteleinsatz der

⁶ Vgl. hierzu die Empfehlung des BSV vom 15.3.2002, wonach als "handelsübliche" Rabatte Vergünstigungen verstanden werden, welche bei bestimmten Produkten oder Produktgruppen im Einzelfall während längerer Zeit gewährt worden sind, betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte übersteigen und nicht gegen Art. 33 HMG verstossen. Nicht alle Vergünstigungen, die bisher gewährt wurden, sind jedoch im Lichte von Art. 33 HMG zulässig.

⁷ Vgl. hierzu auch SAXER, Korruption im Arzneimittelhandel - zum Vorteilsverbot gemäss Art. 33 HMG und dessen Koordination mit Art. 56 Abs. 3 KVG, in: AJP 12/2002, S. 1463 ff., S. 1472; derselbe in: NZZ vom 2.10.2002, S. 15

⁸ Dem Wort "gerechtfertigt" kommt im Zusammenhang mit dem Wirtschaftlichkeitsprinzip keine weiter gehende Bedeutung zu.

grösst mögliche Erfolg erzielt werden soll (Minimum- und Maximumprinzip)⁹. Als "betriebswirtschaftlich" können somit Vergünstigungen verstanden werden, welche die Unternehmen ihrem optimalen Kosten-/Nutzenverhältnis von Input-Output näher bringen. Nach der Arbeitsgruppe "Rabatte und Boni" sind unter "betriebswirtschaftlich gerechtfertigten" Vergünstigungen zum Beispiel Mengenrabatte, Skonti und Vergünstigungen, die eine Gegenleistung abgelten, zu verstehen¹⁰.

29. Nach dem Wortlaut von Artikel 33 Absatz 3 Buchstabe b HMG sind die beiden Begriffe "handelsüblich" und "betriebswirtschaftlich gerechtfertigt" durch die Konjunktion "und" verknüpft. Das bedeutet, dass die beiden Tatbestandsmerkmale für die Zulässigkeit einer Vergünstigung (Rabatt) nach dem Wortlaut grundsätzlich kumulativ, das heisst gleichzeitig vorliegen müssen (vgl. hierzu die teleologische Auslegung unter Ziffer C.1.5.).

C.1.4 Systematische Auslegung

C.1.4.1 Artikel 33 HMG i.V.m. Artikel 56 Absatz 3 KVG

30. Im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten von Artikel 33 HMG ist Artikel 56 Absatz 3 KVG von Bedeutung, wonach die im Bereich der Arzneimittel der Spezialitätenliste (SL) gewährten Vergünstigungen an den Schuldner der Leistung, das heisst den Versicherer (Krankenkasse) beziehungsweise den Versicherten weitergegeben werden müssen. Dadurch werden Vergünstigungen (Rabatte) im Zusammenhang mit der Verschreibung beziehungsweise Abgabe von Arzneimitteln nicht ausgeschlossen.

31. Es fragt sich jedoch, ob das Zusammenspiel dieser beiden Artikel dazu führt, dass in der Praxis für die SL-Medikamente keine Rabatte mehr gewährt werden, weil für die aushandelnden Ärzte, Apotheker und Spitäler kein oder nur ein geringer Anreiz dafür besteht, tiefe Preise auszuhandeln, da die Rabatte ohnehin weitergegeben werden müssen. Dadurch würde die Gewährung von Rabatten zwar nicht unmittelbar durch die gesetzliche Regelung verboten (sowohl Art. 33 HMG wie auch Art. 56 Abs. 3 KVG gehen von der Zulässigkeit von Rabatten aus), womöglich aber in der praktischen Ausgestaltung derart unattraktiv gemacht, dass von einem staatlich verursachten Fehlverhalten der Marktteilnehmer ausgegangen werden müsste.

⁹ Vgl. z.B. GABLER, Wirtschaftslexikon, Wiesbaden 1997, S. 4394 f.

¹⁰ Vgl. hierzu die Empfehlung des BSV vom 15.3.2002, wonach als "betriebswirtschaftlich gerechtfertigte" Rabatte angesehen werden: spezielle Zahlungskonditionen (Skonti), die Abgeltung des reduzierten logistischen Aufwandes beim Verkäufer (Grossmengenlieferung, reduzierte Lieferhäufigkeit oder Lagerhaltung durch den Käufer) sowie die Abgeltung anderer Dienstleistungen des Käufers wie Datenaufbereitung u.a.

32. Dazu ist als erstes zu erwähnen, dass die Weitergabepflicht bereits seit der Einführung des KVG 1996 besteht (mit dem Unterschied, dass die Nichtweitergabe heute nach Artikel 92 Buchstabe d KVG strafbar ist), ohne dass auf die Gewährung von Rabatten verzichtet worden wäre. Der Anreiz, Rabatte auszuhandeln, ist im Rahmen der gegebenen Möglichkeiten zwar allgemein als nicht allzu gross einzustufen. Es ist jedoch durchaus vorstellbar, dass gewisse Marktteilnehmer an tieferen Preisen und damit an der Aushandlung von Rabatten interessiert sind, selbst wenn diese weitergegeben werden müssen. Zu denken ist zum Beispiel an bestimmte Ärztemodelle wie HMO¹¹. Aber auch für die Spitäler, namentlich die öffentlichen, dürfte nach wie vor ein Anreiz bestehen, Rabatte auszuhandeln, da diese die Kostenbilanz der in der Regel ohnehin defizitär arbeitenden Betriebe verbessert.

C.1.4.2 Artikel 33 HMG i.V.m. Artikel 43 Absatz 6 KVG

33. Auch das in Artikel 43 Absatz 6 KVG statuierte Wirtschaftlichkeitsgebot der medizinischen Leistungen steht Vergünstigungen nicht entgegen. Auch wenn die Höchstpreise beziehungsweise die Ex-factory-Preise der SL-Arzneimittel im Falle regelmässiger und massiver Unterschreitung idealerweise durch das BSV (auf Ersuchen eines Pharmaherstellers) gesenkt werden sollten, werden Vergünstigungen auf diesen Preisen - weder vor noch nach der Preisanpassung durch das BSV - nicht ausgeschlossen¹². Beweis hierfür sind die in der Vergangenheit regelmässig gewährten Vergünstigungen.

34. Für die Nicht-SL-Arzneimittel gilt Artikel 43 Absatz 6 KVG nicht, so dass in diesem Bereich Vergünstigungen im Rahmen von Artikel 33 Absatz 3 HMG ohnehin zulässig sind¹³.

¹¹ Bei diesen Modellen wird ein bestimmtes Leistungsbudget vorgegeben, so dass der Anreiz besteht, möglichst tiefe Kosten zu verursachen.

¹² Nach dem Gutachten MOSER/SCHIPS vom 17.9.2001 sind im Rahmen der SL-Arzneimittel aufgrund von Art. 43 Abs. 6 KVG keine handelsüblichen Rabatte möglich. Werden solche dennoch gewährt, hat das BSV den Preis nicht nach ökonomischen Gesichtspunkten festgelegt und muss diesen daher nach unten anpassen (vgl. Gutachten S. 5). Die Empfehlung des BSV vom 15.3.2002 nimmt an, dass jedenfalls nicht alle Vergünstigungen, die bisher gewährt wurden, im Lichte von Art. 33 HMG immer noch zulässig sind.

¹³ Vgl. hierzu auch SAXER, Korruption im Arzneimittelhandel - zum Vorteilsverbot gemäss Art. 33 HMG und dessen Koordination mit Art. 56 Abs. 3 KVG, in: AJP 12/2002, S. 1463 ff., S. 1472; derselbe in: NZZ vom 2.10.2002, S. 15. Der Autor tritt dabei für eine strikte Trennung der beiden Bereiche SL/Nicht-SL ein.

C.1.4.3 Artikel 33 HMG i.V.m. Artikel 67 KVV, Artikel 35 KLV¹⁴

35. Die Wettbewerbskommission hat im Rahmen des Sanphar-Entscheidunges (RPW 2000/3, S. 347 ff.) festgehalten, dass die durch das BSV nach Artikel 52 Absatz 3 Buchstabe b KVG in Verbindung mit Artikel 67 KVV festgelegten Publikumshöchstpreise keine staatliche Margenordnung begründen. Ob es sich mit den damals im Entwurf vorgelegenen und seit 1. Januar 2001 in Kraft gesetzten neuen KVV- und KLV-Bestimmungen gleich verhält, wurde im Sanphar-Entscheid offen gelassen (vgl. RPW 2000/3, S. 348 f.). Die neuen Vorschriften bedürfen daher einer eigenständigen Prüfung.

36. Mit Blick auf die ehemalige Margenordnung Sanphar könnte das neue System (Ermittlung Ex-factory-Preis, dann Hinzurechnung des Vertriebsanteils, Höchstpreis als Ergebnis) als eine staatliche Margenordnung aufgefasst werden, da durch die Festlegung des Vertriebsanteils die Margen grundsätzlich festgelegt werden¹⁵. Hierzu ist festzuhalten, dass die Höhe der einzelnen Komponenten in der Verordnung nicht fix festgelegt sind. Die Tatsache, dass diese durch das BSV teilweise veröffentlicht werden, bedeutet nicht, dass es sich rechtlich gesehen um staatlich verbindliche Tarife handelt. Ob die Publikation durch die Behörden dazu führt, dass diese Margenordnung tatsächlich befolgt wird und daher faktisch als staatliche Margenordnung anzusehen ist, kann offen bleiben, da im vorliegenden Fall in erster Linie eine mögliche *Unterschreitung des Ex-factory-Preises* zur Diskussion steht. Über die Margen und Rabatte unterhalb des Ex-Factory-Preises wird in den KLV- und KVV-Bestimmungen nämlich nichts ausgesagt. Dies bedeutet, dass insbesondere der Fabrikabgabepreis, aber auch der SL-Preis, keine Fixpreise sondern bloss Höchstprieze darstellen, von denen im Einzelfall nach unten abgewichen werden kann.

¹⁴ Es ist fraglich, ob Verordnungsbestimmungen dem Erfordernis einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage zur Begründung eines Anwendungsvorbehalts nach Art. 3 KG genügen würden. Die Lehre verlangt grundsätzlich eine generell-abstrakte Norm in der Form eines formellen Gesetzes (Gesetz im formellen Sinn, vgl. RENTSCH, a.a.O., S. 172 f.). Ein Gesetz im materiellen Sinn (Verordnungen, KVV, KLV) genügt demnach grundsätzlich nicht zur Begründung eines Anwendungsvorbehalts nach Art. 3 KG. Diese Problematik braucht vorliegend jedoch nicht weiter verfolgt zu werden, da die entsprechenden Verordnungen materiell keinen Vorbehalt gegenüber dem KG begründen.

¹⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen im Gutachten MOSER/SCHIPS vom 17.9.2001: Die Autoren gehen im Grundsatz davon aus, dass es sich beim Ex-factory-Preis um einen staatlich festgelegten Fixpreis handle, von dem nur in Absprache mit dem BSV abgewichen werden darf.

37. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Ermittlung des Ex-factory-Preises durch das BSV nur der Berechnung des Höchstpreises dient. Damit stellt der Ex-factory-Preis lediglich eine Berechnungsgrösse dar, begründet aber keinen staatlich verbindlich festgelegten Verkaufspreis, so dass Abweichungen nach unten prinzipiell möglich sind¹⁶.

C.1.5 Teleologische Auslegung

38. Sinn und Zweck von Artikel 33 HMG ist, dass die Verschreibung beziehungsweise Abgabe von Arzneimitteln ausschliesslich nach medizinischer/pharmazeutischer Indikation und nicht durch finanzielle Anreize erfolgt. Unzulässig sind damit lediglich Vergünstigungen, welche das Verschreibungs- und Abgabeverhalten von Medizinalpersonen beeinflussen (korruptives Verhalten). Wann dies der Fall ist, kann nur im *Einzelfall beziehungsweise je nach Falltyp* bestimmt werden. Zu denken ist dabei etwa an die Beeinflussung von Ärzten, Apothekern und Drogisten durch geldwerte Vorteile wie Superboni, Reisen, Einladungen, Geschenke, Gratismuster und so weiter¹⁷. Andere, das Verschreibungs- und Abgabeverhalten nicht beeinflussende Vergünstigungen, welche letztlich nicht der verschreibenden beziehungsweise abgebenden Person, sondern dem Patienten, dem Krankenversicherer beziehungsweise der Allgemeinheit (Steuerzahler) zugute kommen, sind dagegen zulässig.

39. Da die Pharmaindustrie die Beschränkung ihrer Rabattpolitik insbesondere damit begründet, dass "handelsübliche" Rabatte mit dem Inkrafttreten von Artikel 33 HMG nicht mehr zulässig seien, soweit sie sich nicht auch "betriebswirtschaftlich" rechtfertigen lassen, ist daher nachfolgend kurz auf das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander in teleologischer Hinsicht einzugehen.

40. Nach der hier vertretenen Auffassung sind die beiden Begriffe "betriebswirtschaftlich gerechtfertigt" und "handelsüblich" nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen, das heisst als "und/oder"¹⁸. Müssten die beiden Tatbestandsmerkmale in jedem Fall kumulativ vorliegen, würde dies im Falle der engeren Umschreibung des Begriffs "handelsüblich" (vgl. vorne Rz. 26) dazu führen, dass "betriebswirtschaftlich gerechtfertigte" Vergünstigungen (Rabatte), die sich noch gar nicht als "handelsüblich" erweisen konnten (z.B. im Falle eines neu auf den Markt gebrachten Medikamentes), unzulässig wären. Dies dürfte kaum dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen.

⁶ Vgl. hierzu auch die Ausführungen im Gutachten BECHER vom Dezember 2001

¹⁷ Vgl. hierzu auch die Botschaft, BBl 1999 III, S. 3518

¹⁸ D.h. mindestens eines der beiden Tatbestandselemente

41. Im Rahmen der weiteren Definition von "handelsüblich" (vgl. vorne Rz. 27) sind vor dem Inkrafttreten von Artikel 33 HMG gewährte "handelsübliche" Rabatte auch unter dem neuen Recht ohne weiteres zulässig.

42. Selbst wenn man von einer kumulativen Interpretation des Wortes "und" zwischen den beiden Begriffen ausgehen würde, sind Vergünstigungen (Rabatte) auf Arzneimitteln im Bereich der öffentlichen Spitäler nicht generell ausgeschlossen und rechtfertigt die teleologische Auslegung eine abgestimmte Rabattpolitik nicht, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen.

43. Im stationären Spitalbereich stellt sich die Frage, ob und inwiefern das Verschreibungs- und Abgabeverhalten durch finanzielle Anreize überhaupt beeinflusst werden kann. Aufgrund der strikten Trennung zwischen dem Einkauf und der Verschreibung/Abgabe von Arzneimitteln kommen Vergünstigungen (Rabatte) auf denselben - zumindest in öffentlichen, meist defizitären Spitalern - nicht einem Einzelnen zugute, sondern der Allgemeinheit (Kosteneinsparungen)¹⁹. Damit ist ein korruptives Verhalten, zumindest durch die Gewährung von Rabatten auf Arzneimitteln, im Bereich der öffentlichen Spitäler praktisch ausgeschlossen.

44. Dies muss auch für die vor dem Inkrafttreten von Artikel 33 HMG in *erheblich höherem Ausmass* gewährten Rabatte auf Arzneimitteln im öffentlichen Spitalbereich gelten, da diese sonst allesamt ohne weiteres als zur Beeinflussung des Verschreibungs- beziehungsweise Abgabeverhaltens angesehen werden müssten.

45. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Transparenz, das heisst die Offenlegung der gewährten Rabatte und die Begründung deren Höhe im Einzelfall, Garant genug für die Gewährung gesetzeskonformer Rabatte sein sollte²⁰.

C.1.6 Zwischenergebnis

46. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass Artikel 33 HMG weder für sich allein noch im Kontext mit anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen Vergünstigungen (Rabatte) generell ausschliesst. In Bezug auf die Gewährung von Rabatten auf Arzneimitteln in den öffentlichen Spitalern im stationären Bereich erscheint die Anwendung von Artikel 33 HMG praktisch ausgeschlossen.

¹⁹ Vgl. hierzu den Jahresbericht der Gesellschaft schweizerischer Amts- und Spitalapotheker (GSASA) für das Geschäftsjahr 2002, S. 3 f.

²⁰ Vgl. hierzu z.B. QUELOZ/BORGHI/CESONI, *Processus de corruption en Suisse*, S. 316 f.

C.2 Anwendung des Kartellgesetzes

47. 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 (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG).

48. Gemäss Botschaft zum KG (Botschaft 1994, Sonderdruck, S. 72 f.) ist bei der Prüfung von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber beabsichtigte, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Dabei reicht die blosser Anwendung von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen oder die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nicht aus. Vielmehr muss eine wettbewerbsrechtliche Sonderstellung vorliegen²¹.

49. Wie oben dargelegt, kann Artikel 33 HMG nicht als Rechtfertigungsgrund für die Abstimmung der Rabattpolitik angeführt werden, weil dieser den Pharmaunternehmen nicht vorschreibt, in welcher Höhe zukünftig noch Rabatte gewährt werden dürfen, sondern lediglich eine bestimmte Art von Vergünstigungen, nämlich solche, die das Abgabe- beziehungsweise Verschreibungsverhalten von Arzneimitteln beeinflussen (können), verbietet. Es besteht demnach von Gesetzes wegen grundsätzlich keine (Ober-)Grenze für die Gewährung von Rabatten. Wo bei der Höhe der Rabattgewährung die Grenze zur Manipulation in der Praxis anzusiedeln ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Hierzu fehlen bis heute Präjudizien.

50. Es ist verständlich, dass die Pharmaunternehmen möglichst grosse Rechtssicherheit in Bezug auf ihre Preis-/Rabattpolitik haben möchten, um sich gesetzeskonform verhalten zu können und sich vor einer allfälligen Strafbarkeit zu schützen²². Zu diesem Zweck erscheint ihnen

²¹ ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern, 1999, S. 125 ff.; RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten, Diss. Basel 2000, S. 169, mit Hinweisen

²² Offen ist, ob die Strafbestimmung von Art. 87 Abs. 1 Bst. b HMG auf die Fälle von Art. 33 HMG überhaupt anwendbar ist. Nach den Materialien bezieht sich Art. 87 Abs. 1 Bst. b HMG nicht nur auf Art. 31 und 32 HMG, sondern auch auf Art. 33 HMG (vgl. Botschaft, BBl 1999 III, S. 3563). Dem Wortlaut zufolge ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch unklar, ob sich Art. 87 Abs. 1 Bst. b HMG auch auf das Versprechen und Annehmen geldwerter Vorteile (Art. 33 HMG) bezieht. Dies insbesondere mit Blick auf den in Art. 1 Strafgesetzbuch (StGB) statuierten Grundsatz, wonach nur strafbar ist, wer eine Tat begeht, die nach dem Gesetz *ausdrücklich* mit Strafe bedroht ist (vgl. zur Problematik der Auslegung, STRATEN-WERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, Bern 1996, S. 82 ff., 90 ff.). Ob die Formulierung von Art. 87 Abs. 1 Bst. b HMG genügend bestimmt ist und eine extensivere Auslegung (systematisch oder teleologisch) zulässig ist, welche eine Strafbarkeit auch begründet, wenn gegen Art. 33 HMG verstossen wird, wird durch die zuständigen Strafbehörden entschieden werden müssen.

die Schematisierung, das heisst die (einheitliche) Abschaffung beziehungsweise Beschränkung der Rabatte auf ein gewisses Ausmass ein geeignetes Mittel zu sein. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht kann dieses Verhalten aber eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellen.

51. Da Artikel 33 HMG weder für sich allein noch im Verhältnis zu anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen Vergünstigungen (Rabatte) generell verbietet, begründen Artikel 33 HMG und dessen verwandten Bestimmungen keinen Anwendungsvorbehalt im Sinne von Artikel 3 KG.

D Ergebnis

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss,

1. dass Artikel 33 HMG Vergünstigungen (Rabatte) nicht generell verbietet;
 2. dass Artikel 33 HMG nichts über die Höhe von Rabatten aussagt und keine Rabatt(ober)grenzen festlegt;
 3. dass in jedem Einzelfall beziehungsweise je nach Falltyp zu beurteilen ist, ob mit den gewährten Vergünstigungen das Abgabebeziehungsweise Verschreibungsverhalten in verbotener Weise beeinflusst werden sollte beziehungsweise wurde;
 4. dass der Anwendungsbereich von Artikel 33 HMG auch die Spitäler umfasst, aufgrund der strikten Trennung zwischen dem Einkauf und der Verschreibung/Abgabe von Medikamenten Rabatte, zumindest in öffentlichen Spitälern, nicht einem Einzelnen zugute kommen, sondern der Allgemeinheit, weshalb im Bereich der öffentlichen Spitäler ein verbotenes Verhalten durch die Gewährung von Rabatten praktisch ausgeschlossen ist, Artikel 33 HMG in diesem Bereich mithin keine Anwendung findet;
 5. dass Artikel 33 HMG weder für sich allein noch in Verbindung mit anderen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründet, soweit es nicht um geldwerte Vorteile geht, die das Verschreibungs- oder Abgabeverhalten von Arzneimitteln beeinflussen;
 6. dass eine aufeinander abgestimmte Rabattpolitik der Pharmaunternehmen, sei es durch die Abschaffung oder die Beschränkung der Rabatte, nicht durch das Argument der Rechtssicherheit in Bezug auf eine mögliche Strafbarkeit nach Artikel 86 ff. HMG gerechtfertigt werden kann;
 7. dass allfällige Absprachen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen der Pharmaunternehmen hinsichtlich der Preis-/Rabattpolitik der Beurteilung nach KG unterstehen.
-

B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. BKW FMB Energie AG

Beschwerdeentscheid vom 18. Juli 2003 in Sachen BKW FMB Energie AG (Verwaltungsbeschwerde vom 8. März 2000; Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2002) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 7. Februar 2000) betreffend Verfahrenskosten

Es hat sich ergeben:

A. Im März 1999 ersuchten die UMS Schweizerische Metallwerke AG (UMS) und die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) die Wettbewerbskommission, ein kartellrechtliches Verfahren gegen die BKW FMB Energie AG (BKW) zu eröffnen. Diese habe sich nach Kündigung ihres Liefervertrages durch die UMS auf Ende 1998 geweigert, ab 1999 gegen Entgelt elektrischen Strom der EGL über ihr Leitungsnetz zur UMS-Produktionsstätte in Boillat (Reconvilier BE) zu leiten. Dadurch habe die BKW ihre marktbeherrschende Stellung als Elektrizitätsversorgerin missbraucht.

Nach einer Vorabklärung eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) am 13. Juli 1999 eine Untersuchung gegen die BKW. Diese erhob dagegen Beschwerde vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und machte geltend, die Wettbewerbskommission sei sachlich nicht zuständig, die Rechtmässigkeit der von ihr verweigerten Stromdurchleitung zu beurteilen.

Am 17. Dezember 1999 schloss die UMS mit der BKW einen neuen Stromliefervertrag ab, in welchem die Versorgung ihrer Produktionsstätte Boillat durch die BKW ab 1. Januar 2000 vereinbart wurde. In der Folge löste die UMS gegen Bezahlung einer Abfindung den mit der EGL am 19. Oktober 1998 abgeschlossenen "Unterbeteiligungsvertrag mit Strombezugsrecht" auf.

Daraufhin stellte die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 7. Februar 2000 die Untersuchung gegen die BKW ein (Ziff. 1) und auferlegte ihr die Verfahrenskosten im Betrag von CHF [...] (Ziff. 2). Dazu führte sie aus, zwar sei die Kartellrechtswidrigkeit der beanstandeten Verhaltensweise der BKW nicht rechtsgenügend festgestellt worden, doch sei dies für die Frage der Gebührenpflicht unerheblich. Entscheidend für die Kostenpflicht der BKW sei einzig, dass diese durch ihr Verhalten das Verfahren verursacht habe.

In der Folge schrieb die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das bei ihr hängige Beschwerdeverfahren ab.

B. Gegen die von der Wettbewerbskommission verfügte Kostenaufgabe erhob die BKW am 8. März 2000 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie machte geltend, nach bernischem Energiegesetz erfülle sie mit der Stromversorgung eine öffentliche Aufgabe und sei dafür mit besonderen Rechten ausgestattet, die ihr eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung einräumten. Deshalb sei die Wettbewerbskommission nicht zuständig gewesen, eine kartellrechtliche Untersuchung durchzuführen. Abgesehen davon, dass die Kostenaufgabe gesetzlich nicht genügend abgestützt sei, habe die Wettbewerbskommission den Sachverhalt willkürlich festgestellt und die von ihr angerufenen Rechtfertigungsgründe fälschlicherweise nicht überprüft.

C. Mit Entscheid vom 3. Oktober 2001 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Verwaltungsbeschwerde gut und hob die angefochtene Kostenregelung auf. Zur Begründung führte sie aus, die Gebührenverordnung, auf der die strittige Kostenregelung basiere, stütze sich auf ein Bundesgesetz, das lediglich eine Generalermächtigung des Bundesrates zum Erlass von Gebührenregelungen enthalte und deshalb im Sinne der Bundesverfassung restriktiv auszulegen sei. Angesichts zahlreicher bundesgesetzlicher Spezialregelungen zur Kostentragung staatlicher Aufsichtstätigkeiten sowie gestützt auf die bisherige höchstrichterliche Praxis bilde diese Ermächtigungsnorm nur den Rahmen für Gebühren von Verfahren, in welchen der Staat im Interesse von Privatpersonen tätig geworden sei. Da kartellverwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren primär - im öffentlichen Interesse - dem Funktions- und nicht dem Individualrechtsschutz dienen und daher auch nicht primär im Interesse Privater getroffen werden, sprengte die Gebührenverordnung den Delegationsrahmen. Damit entbehre die strittige Kostenaufgabe einer gesetzlichen Grundlage. Insofern erübrige es sich, auf die weiteren Rügen der BKW einzugehen.

D. Mit Urteil vom 25. April 2002 hiess das Bundesgericht eine vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gut und hob den Beschwerdeentscheid vom 3. Oktober 2001 auf. Das Bundesgericht erkannte, dass die in der Gebührenverordnung zum Kartellgesetz statuierte Verursacherhaftung den gesetzlichen Delegationsrahmen insoweit einhalte, als sie sich mit dem "Unterliegerprinzip" deckt. Ferner schloss es nicht aus, dass die im angefochtenen Entscheid offen gelassenen Einwände der BKW, wonach ihr das kantonale Recht eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung einräume beziehungsweise wonach die Gegenstandslosigkeit des Untersuchungsverfahrens nur auf das Verhalten der UMS zurückzuführen sei, unter dem Blickwinkel des Unterlie-

gerprinzipes relevant sein könnten, und wies dementsprechend die Streitsache an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zurück.

E. Die Wettbewerbskommission beantragt mit Stellungnahme vom 19. August 2002 unter Verweis auf ihre bisherigen Eingaben Abweisung der Beschwerde der BKW. Den Einwand der BKW, wonach die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens einzig auf das Verhalten der UMS zurückzuführen sei, erachtet die Wettbewerbskommission als spitzfindig. Ein "Unterziehen" liege dann vor, wenn der Untersuchungsadressat das beanstandete Verhalten aufgebe. Der Rückzug des Antrags auf Stromdurchleitung sei auf das Einlenken der BKW zurückzuführen, da die Untersuchung auf die Weigerung der BKW gerichtet gewesen sei, billigeren Strom der EGL über ihr Netz zur Betriebsstätte der UMS zu leiten, und die BKW der UMS vertraglich erhebliche Preisnachlässe für die Stromlieferungen zugestanden habe. Somit habe die Verhaltensänderung der BKW das Untersuchungsverfahren gegenstandslos werden lassen. Des Weiteren sei auch der weitere Einwand der BKW unbegründet, wonach die Untersuchung mangels Zuständigkeit nicht hätte eröffnet werden dürfen. Das allfällige Bestehen eines kartellgesetzlichen Vorbehaltes sei unerheblich, weil die BKW bereits aufgrund des Unterziehens zur Tragung von Kosten verpflichtet werden dürfe, ohne dass das Untersuchungsverfahren zu Ende hätte geführt werden müssen. Zudem räume das einschlägige kantonale Recht dem Netzbetreiber keine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ein.

Am 26. August 2002 liess sich die BKW vernehmen mit dem Antrag, Ziffer 2 der Einstellungsverfügung vom 7. Februar 2000 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben. Unabhängig von der vom Bundesgericht mit Urteil vom 25. April 2002 entschiedenen Frage nach dem Bestehen einer genügenden gesetzlichen Grundlage sei die Kostenaufgabe bereits rechtswidrig, weil sie auf einem falsch ermittelten Sachverhalt beruhe. Überdies sei die Wettbewerbskommission mangels Zuständigkeit zur Untersuchung nicht berechtigt gewesen. Diese Frage sei bisher mit dem Hinweis auf die zwischenzeitliche Gegenstandslosigkeit des Untersuchungsverfahrens offen gelassen worden. Ferner habe die Wettbewerbskommission übersehen, dass Kosten nur auferlegt werden dürften, soweit ein Unternehmen unterliegt. Diese Situation liege hier nicht vor: Sie habe sich dem Begehren der UMS auf Durchleitung von Strom eines anderen Stromversorgungsunternehmens nie unterzogen. Die Wettbewerbskommission habe diesen Sachverhalt nie beurteilt, sondern das Verfahren eingestellt, weil die UMS ihre Anzeige zurückgezogen habe, nachdem neue Konditionen für Stromlieferungen mit der BKW vereinbart worden waren. Ein "Nachgeben" und damit ein Unterliegen ihrerseits wäre nur dann anzunehmen gewesen, wenn die Untersuchung nicht nur auf die Frage der Durchleitung, sondern auch auf die bestehenden Lieferkonditionen zwischen ihr und der UMS gerichtet gewesen wäre.

Davon abgesehen dürften bei Gegenstandslosigkeit eines Verwaltungsverfahrens Kosten nur dann überwältzt werden, wenn das beanstandete Verhalten - nach summarischer Prüfung der Sachverhaltslage - voraussichtlich Anlass zu Massnahmen gegeben hätte. Für eine negative Entscheidprognose indessen genügten Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen nicht. Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts wären ihr gegenüber keine Massnahmen wegen eines kartellrechtlichen Verstosses angeordnet worden, wenn die UMS ihre Anzeige aufrecht erhalten hätte. Auch dürfe ihr nicht zum Nachteil gereichen, dass sie im Untersuchungsverfahren keine Antworten zum Fragebogen vom 6. August 1999 eingereicht habe, da das Sekretariat die Beantwortungsfrist ausgesetzt habe. Zudem habe die Wettbewerbskommission die geltend gemachten objektiven Rechtfertigungsgründe für ihr Geschäftsverhalten nie geprüft.

Im Rahmen der Instruktion nahm die Wettbewerbskommission am 23. September 2002 zur Vernehmlassung der BKW Stellung. Darin verwies sie auf ihre bisherigen Eingaben und hielt an ihren Anträgen fest. Ergänzend fügte sie an, eine negative Entscheidprognose setze nicht voraus, dass die Unzulässigkeit des untersuchten Verhaltens rechtsgenügend festgestellt werde, sondern sei aufgrund der bekannten Fakten summarisch vorzunehmen. Im vorliegenden Fall sei eine Entscheidprognose gar nicht nötig gewesen, da die Kosten schon wegen des Unterziehens der BKW aufzuerlegen waren. Schliesslich bestünden entgegen der Behauptung der BKW auch keine Rechtfertigungsgründe, welche eine allfällige Entscheidprognose positiv ausfallen liessen.

Gleichen Tags liess sich die BKW zur Stellungnahme der Wettbewerbskommission vernehmen. Auch sie hält an ihren Anträgen fest und macht geltend, die Wettbewerbskommission gebe in ihrer Eingabe vom 19. August 2002 den Untersuchungsgegenstand aktenwidrig wieder. Der Hinweis auf den "billigeren" Strom suggeriere, dass sich die Untersuchung auch auf die Preisfestsetzung und damit auf die Höhe des Strompreises der BKW für Direktlieferungen an die UMS erstreckt habe. In Wirklichkeit sei im Untersuchungsverfahren die Höhe des Strompreises nie thematisiert, geschweige denn der Strompreis für Direktlieferungen an die UMS beanstandet worden. Bereits mit Eingabe vom 7. Mai 1999 an die Wettbewerbskommission habe sie auf ihre erfolglosen Versuche hingewiesen, mit der UMS die Bedingungen für direkte Stromlieferungen auszuhandeln. Die angefochtene Verfügung halte dazu richtig fest, die UMS habe angesichts des Unterbeteiligungsvertrags mit der EGL ihre Offerten abgelehnt, weil die UMS mit ihr gar keine direkte Lieferbeziehungen mehr weiterführen, sondern nur ihre Durchleitungsansprüche durchsetzen wollte. Gegenstand der Untersuchung sei einzig die Frage der Durchleitung gewesen. In diesem Punkt habe sie keinerlei Konzessionen gemacht, weshalb sie sich auch nie dem Verfahren unterzogen habe.

F. Im Rahmen der Instruktion hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 27. Januar 2003 eine Aufstellung betreffend Ausgaben und Einnahmen von Sekretariat und Wettbewerbskommission in den Jahren 1999-2001 zu den Akten gegeben.

Die BKW hat mit Schreiben vom 14. Februar 2003 auf eine Stellungnahme verzichtet.

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie rechtserheblich sind - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Die angefochtene Einstellungsverfügung 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). Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (vgl. Art. 2 Abs. 1 KG). Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder Vorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

Die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) regelt die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat für Verwaltungsverfahren nach dem Kartellgesetz sowie für im Zusammenhang mit diesem Gesetz erbrachte Gutachten und sonstige Dienstleistungen (Art. 1 KG-Gebührenverordnung). Nach Artikel 2 KG-Gebührenverordnung ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Artikel 1 veranlasst. Keine Gebühren bezahlen Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt, sowie Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt worden ist (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und b KG-Gebührenverordnung).

2. Mit Urteil vom 25. April 2002 (2A.482/2001, publiziert in: BGE 128 II 247) erkannte das Bundesgericht, dass sich die in Artikel 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010) statuierte Gebührenpflicht auf alle

erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bezieht, die von Organen der Bundesverwaltung durchgeführt werden. Laut Bundesgericht ist die in der Gebührenverordnung zum KG vorgesehene Verursacherhaftung von der Interessenlage unabhängig und sprengt den gesetzlichen Delegationsrahmen nicht; eingeschränkt wird diese Haftung indes durch das analog anwendbare "*Unterliegerprinzip*" (BGE 128 II 247 E. 5 und 6).

2.1. Laut Bundesgericht kann mit Verfahrenskosten belastet werden, wer den Wettbewerb unzulässig beschränkt und der Wettbewerbskommission damit Anlass zu Massnahmen gibt (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Die gesetzliche Basis erlaubt auch eine Kostenaufgabe, wenn die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung zwar als unzulässig beurteilt hat, der Bundesrat sie aber in Anwendung von Artikel 31 KG wegen überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise zulässt. Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden, was die Kostenaufgabe grundsätzlich erlaubt. Insofern decken sich auch das Unterlieger- und das in Artikel 2 f. KG-Gebührenverordnung erwähnte Verursacherprinzip. Selbst bei Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen ist eine Kostenaufgabe nicht ausgeschlossen; in solchen Fällen muss - in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Artikel 72 BZP (SR 273) - nach den Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit geprüft werden, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte (BGE 128 II 247 E. 6.1 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

Allerdings kann nach Bundesgericht nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung (bzw. jede Form des Verursachens) Grund zur Belegung mit Verfahrenskosten sein. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestattet, kann die Person, deren Verhalten untersucht wurde, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden. In solchen Fällen deckt sich das Verursacherprinzip nicht mit dem Unterliegerprinzip und es hat hinter dieses zurückzutreten. Zum andern sind die in Artikel 3 Absatz 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung

gibt, das heisst mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Artikel 30 KG auslöst, kann als "unterliegend" im hier interessierenden Sinne betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.2).

2.2. Auf den vorliegenden Fall bezogen würdigte das Bundesgericht kurz die von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen offen gelassenen Einwände der BKW und hielt fest, der Umstand, dass sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde hinsichtlich der fehlenden gesetzlichen Grundlage für eine Kostenaufgabe im Grundsatz als begründet erweise, bedeute noch nicht, dass die Kosten der Untersuchung im Sinne der erstinstanzlichen Verfügung der BKW auch zu überbinden seien. Denn die BKW bestreite zwar nicht die Bemessung der Gebühr nach den Ansätzen der KG-Gebührenverordnung, mache aber geltend, dass das kantonale Recht ihr eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung einräume. Zudem weise die BKW darauf hin, dass das Verfahren von der Wettbewerbskommission wegen des Abschlusses eines neuen Stromlieferungsvertrages zwischen ihr und der UMS und der damit verbundenen Rücknahme des Antrags der UMS auf Durchleitung als gegenstandslos geworden eingestellt worden sei. Die BKW führe die Gegenstandslosigkeit des Untersuchungsverfahrens nicht auf ihr Verhalten, sondern auf dasjenige der UMS zurück und bestreite daher das Vorliegen von erheblichen Zugeständnissen oder von einem Unterziehen.

Da im Sinne der bundesgerichtlichen Rückweisung die Argumentation der BKW unter dem Blickwinkel des Unterliegerprinzips beachtlich sein könnte (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.3), ist nachfolgend näher darauf einzugehen.

3. Als Hauptargument gegen die verfügte Kostenaufgabe führt die BKW an, Artikel 3 KG schliesse sie von der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes aus, zumal sie im Kanton Bern über ein rechtliches Monopol und damit über eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung verfüge. Denn nach Artikel 35 Absatz 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BE-KV, BSG 101.1) hätten der Kanton Bern und dessen Gemeinden für eine ausreichende Energieversorgung zu sorgen, wobei nach Artikel 8 des bernischen Energiegesetzes (BE-EnG, BSG 741.1) die Elektrizitätsversorgung eine von den Gemeinden zwingend zu übernehmende Aufgabe sei. Daher schlossen die Gemeinden mit ihr gestützt auf das BE-EnG öffentlich-rechtliche Konzessionsverträge ab, in welchen sie verpflichtet werde, das Gemeindegebiet mit Strom zu versorgen, und im Gegenzug auch exklusiv zur Stromdurchleitung berechtigt werde. Aufgrund der gesetzlichen Versorgungspflicht habe sie die für diesen Auftrag notwendigen Versorgungsinfrastruktureinrichtungen mit ausreichender Kapazität zur Verfügung zu stellen. Insofern erfülle sie eine öffentliche Aufgabe und sei zu diesem Zweck mit besonderen Rechten ausgestattet, insbesondere hinsichtlich ihrer Rech-

ten und Pflichten den Gemeinden gleichgestellt. Gemäss dem mit der Gemeinde Reconvilier seit dem 19. April 1951 bestehenden öffentlich-rechtlichen Konzessionsvertrag (insbesondere Art. 1 und 5) habe sie das exklusive Recht, das Stromnetz zu errichten, aber auch die Pflicht, Reconvilier mit Energie zu versorgen. Aufgrund der energiegesetzlichen Pflicht, Bevölkerung und Betriebe dort mit Energie zu versorgen, habe sie die dafür notwendige Infrastruktur erstellt. Daher sei das Elektrizitätsnetz angesichts der öffentlich-rechtlichen Konzessionsverträge nicht nur ein faktisches, sondern auch ein rechtliches Monopol, was betreffend Stromdurchleitung hier die Anwendbarkeit des KG ausschliesse (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Zudem werde die konzessionsvertragsrechtlich eingeräumte Monopolstellung durch die energiegesetzliche Vorschrift abgesichert, dass Streitigkeiten über Energieversorgung zwischen Verteilern und Bezüglern leitungsgebundener Energie als öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gälten, welche auf dem verwaltungsrechtlichen Beschwerdeweg auszutragen seien.

Die Wettbewerbskommission bestreitet demgegenüber ohne nähere Begründung die geltend gemachte wettbewerbsausschliessende Monopolstellung der BKW. Ausserdem erachtet die Wettbewerbskommission nach wie vor das allfällige Bestehen eines kartellgesetzlichen Vorbehaltes für unerheblich. Sie vertritt die Ansicht, die BKW dürfe bereits wegen ihres Unterziehens zur Tragung von Kosten verpflichtet werden, ohne dass das Untersuchungsverfahren hätte zu Ende geführt werden müssen.

3.1. Diese Auffassung der Wettbewerbskommission, wonach diese auch ungeachtet einer allfälligen wettbewerbsausschliessenden Sonderstellung der BKW und damit trotz eines kartellgesetzlichen Vorbehaltes Verfahrenskosten habe auferlegen dürfen, steht - wie die BKW zu Recht einwendet - im Widerspruch zur eingangs zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. E. 2.1). Das Bundesgericht hat das in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung allgemein formulierte Verursacherprinzip, welches die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung undifferenziert auf alle möglichen Formen von "Verursachung" anwenden wollte, durch das aus dem Prozessrecht stammende und hier analog anwendbare "Unterliegerprinzip" relativiert (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.1 f.). Im Sinne der verfassungsrechtlichen Bedenken der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat das Bundesgericht immerhin erkannt, dass Artikel 2 der KG-Gebührenverordnung, wonach gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht, zu weit gefasst ist und nicht in allen möglichen Anwendungsfällen über eine genügende gesetzliche Basis verfügt (BGE 128 II 247 E. 6.2). Insofern kann in Fällen, wo ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten gar nicht vorliegt oder aber aus besonderen Gründen zulässig ist, weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften (durch Ausschaltung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem betroffenen Markt) gestatten, die Person, deren Verhalten untersucht wurde, nicht als unterliegend be-

trachtet und mit Kosten belegt werden (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.2). Denn diesfalls deckt sich das Verursacherprinzip nicht mit dem Unterliegerprinzip und es hat hinter jenes zurückzutreten (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.2).

Zwar ist die Wettbewerbskommission im Rahmen der Abklärung des Geltungsbereiches (Art. 2 KG) beziehungsweise der Anwendbarkeit des KG (Art. 3 KG) ermächtigt, Untersuchungen anzuheben und zumindest bis zur Klärung dieser Fragen auch weiterzuführen (vgl. dazu: REKO/WEF 01/FB-004 E. 4.3 f., publiziert in: RPW 2002/4, S. 648 ff., sowie BGE 127 II 32 E. 3), nichtsdestoweniger hat sie gleichzeitig eine allfällige Kostenüberwälzung zwingend vom "Unterliegen" abhängig zu machen. Entzieht sich der untersuchte Sachverhalt dem Geltungsbereich des KG, oder findet es aufgrund eines Vorbehaltes nach Artikel 3 keine Anwendung, so hat die Wettbewerbskommission die Untersuchung ohne Ausscheidung von Verfahrenskosten einzustellen.

3.2. Die am Ausgangspunkt der Überlegungen stehende Kernfrage, ob die BKW aufgrund kantonal- beziehungsweise kommunalrechtlich vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung hat, welche mit der bundesverfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV, SR 101) vereinbar ist (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 2574), wurde von der Vorinstanz nicht beantwortet (vgl. Ziff. 28 der angefochtenen Verfügung, sowie im Übrigen dazu: RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht - Die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten, Basel 2000, S. 198 ff., mit Verweis auf FRITZ KILCHENMANN, Handkommentar zum Energiegesetz des Kantons Bern, Bern 1983, Rz. 35 zu Art. 8 BE-EnG, S. 35; vgl. auch: ANDRAS PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz [KG], AJP 3/2000, S. 298 ff., insbes. Ziff. 3.2.6 mit Hinweisen) und kann auch hier offen gelassen werden, da die Beschwerde aus anderen Gründen gutzuheissen ist.

4. Die Wettbewerbskommission geht in der angefochtenen Verfügung wie auch anlässlich ihrer Stellungnahme vom 19. August 2002 davon aus, dass der vorliegende Sachverhalt als "Unterliegen" der BKW aufzufassen ist, weshalb diese bereits ungeachtet eines möglichen Ausgangs des Untersuchungsverfahrens entsprechende Verfahrenskosten zu tragen habe.

Die Vorinstanz begründet ihren Standpunkt mit dem Hinweis, Gegenstand der Untersuchung sei die Frage gewesen, ob die BKW nach kartellrechtlichen Gesichtspunkten die Durchleitung von billigerem Strom der EGL über ihr Netz zur Betriebsstätte der UMS habe verweigern dürfen. Das Untersuchungsverfahren sei wegen des Rückzugs des Antrags gegenstandslos geworden. Dieser Rückzug sei - trotz der nach wie vor bestehenden Weigerung der BKW, die Durchleitung von Strom

eines Dritterzeugers über ihr Netz zuzulassen - erfolgt, weil die BKW der UMS - quasi als Durchleitungersatz - erhebliche Preisnachlässe für eigene Stromlieferungen vertraglich zugestanden habe, was in der Folge die Durchleitungsfrage habe bedeutungslos werden lassen. Im Ergebnis macht die Wettbewerbskommission die angefochtene Kostenüberwälzung vom Rückzug des Antrags der UMS abhängig, den sie wiederum auf das als "Einlenken" gewürdigte Verhalten der BKW zurückführen will.

Die BKW widerspricht dieser Auffassung grundsätzlich. Ihr zufolge hätte ein "Nachgeben" und damit ein Unterliegen nur angenommen werden dürfen, wenn die Untersuchung nicht nur auf die Frage der Durchleitung, sondern auch auf die bestehenden Lieferkonditionen zwischen ihr und der UMS gerichtet gewesen wäre, was aber nicht der Fall gewesen sei. Die Höhe des Strompreises sei während der Untersuchung nie thematisiert, geschweige denn ihre Strompreise für Direktlieferungen an die UMS kartellgesetzlich beanstandet worden. Die angefochtene Verfügung halte richtig fest, dass die UMS angesichts ihres Unterbeteiligungsvertrags mit der EGL ihre Offerten abgelehnt habe, weil die UMS mit ihr gar keine direkte Lieferbeziehungen mehr habe weiterführen, sondern nur ihre Durchleitungsansprüche habe durchsetzen wollen. Abgesehen davon dürften Verfahrenskosten nur auferlegt werden, soweit ein Unternehmen unterliege, weil dessen beanstandete Verhaltensweise durch Verfügung für unzulässig erklärt werde oder weil das Unternehmen im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung (oder ohne eine solche - um einer behördlichen Intervention zuvorzukommen) die beanstandete Verhaltensweise aufgeben. Keine dieser Situationen liege hier vor: Sie habe sich dem Begehren der UMS auf Durchleitung von Strom eines anderen Stromversorgungsunternehmens, welche einzig Gegenstand des Untersuchungsverfahrens gebildet habe, nie unterzogen. Die Wettbewerbskommission habe diesen Sachverhalt nie beurteilt, sondern das Verfahren eingestellt, weil die UMS ihre Anzeige zurückgezogen habe, nachdem neue Konditionen für Stromlieferungen mit der BKW vereinbart worden waren. Ein "Nachgeben" und damit ein Unterliegen ihrerseits hätte nur angenommen werden dürfen, wenn die Untersuchung nicht nur auf die Frage der Durchleitung, sondern auch auf die bestehenden Lieferkonditionen zwischen ihr und der UMS gerichtet gewesen wäre.

4.1. Zu Recht wendet die BKW ein, Thema der Untersuchung seien die Durchleitungsrechte für die EGL gewesen, damit die UMS bei diesem Strombedarf decken könne. Die in der Bekanntmachung der Untersuchung (BBI VI 1999, S. 5443) formulierte Fragestellung macht deutlich, dass sich die Untersuchung primär auf die Frage eines allfälligen Behinderungsmissbrauchs nach Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG erstreckte ("[...] ob die grundsätzliche Weigerung der BKW, Strom von der Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG zwecks Versorgung einer Betriebsstätte der UMS Schweizerische Metallwerke AG [Swissmetal] in

Reconvilier [BE] über ihre Leitungen gegen Entgelt durchzuleiten, eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG darstellt", vgl. BBl VI 1999, S. 5443).

Aufgrund der konsultierten Akten der Vorabklärung und der Akten der ersten Untersuchungsphasen ist ersichtlich, dass es dem untersuchenden Sekretariat in erster Linie um die Frage der Durchleitung ging und die Frage eines allfälligen Preismissbrauchs durch die BKW keine besondere Rolle zu spielen schien. Ein solcher Preismissbrauch wurde - jedenfalls während der wenigen Monate, in welcher die Untersuchung geführt, aber nicht abgeschlossen wurde - kaum und höchstens nur ansatzweise thematisiert. Zudem gab die BKW unbestrittenermassen das beanstandete Verhalten (d.h. die Verweigerung der Stromdurchleitung) nie auf und schloss lediglich einen neuen Stromliefervertrag mit der UMS ab. Unter diesen Umständen kann das Verhalten der BKW, insbesondere der gewährte Preisnachlass anlässlich des neu abgeschlossenen Stromliefervertrags vom 17. Dezember 1999 nicht ernsthaft als "Unterziehen" unter die Forderung der Durchleitung bezeichnet werden.

Insbesondere ist der gewährte Preisnachlass im Strombezugsvertrag vom 17. Dezember 1999 vorab unter Berücksichtigung der damals im Vorfeld der Abstimmung zum Elektrizitätsmarktgesetz vom 15. Dezember 2000 (E-EMG, BBl 2000 IV 6189) erwarteten staatlich umsichtig regulierten Strommarktöffnung zu würdigen. Damals - als die BKW und die UMS am 17. Dezember 1999 ihren neuen Stromliefervertrag abschlossen - kam es im Hinblick auf die erwartete Annahme des E-EMG (verworfen anlässlich der Referendumsabstimmung vom 22. September 2002, im Internet unter: www.admin.ch) zu einer Welle von Neuabschlüssen von Stromlieferverträgen zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und grösseren Unternehmen mit dem Ziel, sich diese Kunden bei einer allfälligen Marktöffnung zumindest für eine bestimmte Zeit zu sichern (vgl. JUDITH BISCHOF, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Zürich 2002, S. 128; BRIGITTA KRATZ, Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden - eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage, AJP 3/2003, Ziff. IV/1, S. 351). Insofern lässt sich selbst der von der BKW gewährte Preisnachlass im Strombezugsvertrag vom 17. Dezember 1999 auch nicht als "Eingeständnis" der Rechtswidrigkeit der bisher verweigerten Durchleitung interpretieren, welche sich als kostenbegründendes "Unterliegen" im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung interpretieren liesse.

4.2. Diese Beurteilung kann auch nicht mit dem Argument erschüttert werden, dass das Untersuchungsverfahren letztlich dem Hauptzweck diene, der UMS die Versorgung mit billigerem Strom zu ermöglichen, was durch das Einlenken der BKW erst möglich geworden sei.

Nachdem das Bundesgericht das in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung allgemein formulierte Verursacherprinzip durch das hier analog anwendbare "Unterliegerprinzip" relativiert hat (vgl. E. 3.1 und 2.1), darf - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - das Gegenstandsloswerden kartellverwaltungsrechtlicher Untersuchungsverfahren nicht bereits deswegen einer Partei zugeschrieben werden, weil es lediglich auf deren Zutun zurückzuführen ist. Folglich reicht es für eine Kostenüberwälzung nicht aus, wenn das Parteiverhalten, welches Grund für den Abbruch des Verfahrens setzt, in einem "lockeren" Kausalzusammenhang zum Gegenstandsloswerden steht. Um der Kostenüberwälzung die von der Gesetzesgrundlage her gebotenen Grenzen zu setzen, hat das Bundesgericht für kartellverwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren die vier denkbaren Fallkategorien definiert, in welchen sich das Unterliegerprinzip mit dem in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung erwähnte Verursacherprinzip deckt und nur unter dieser Voraussetzung eine Kostenüberwälzung an die unterliegende Person erlaubt (vgl. E. 2.1 erster Absatz). In diesem Sinn darf nur dann von einem mit der Kostentragungspflicht verbundenen "Unterliegen" einer Partei ausgegangen werden, soweit das die Gegenstandslosigkeit verursachende Verhalten einen direkten und unmittelbaren Bezug zur kartellrechtlich beanstandeten Verhaltensweise aufweist, indem diese Verhaltensweise entweder von der Wettbewerbskommission durch Verfügung als kartellgesetzwidrig untersagt oder vom Betroffenen (mit oder ohne einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG) aufgegeben wird (vgl. E. 2.1 mit Verweis auf BGE 128 II 247 E. 6.1 f.). Wie bereits in Erwägung 4.1 erwähnt, liegt hier ein "Unterziehen" unter die Forderung der Durchleitung nicht vor, was selbst die Wettbewerbskommission zu Recht auch nicht in Abrede stellt.

Somit ist hier im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einem Gegenstandsloswerden des Untersuchungsverfahrens aus "anderen Gründen" auszugehen, wobei solche "andere Gründe" eine Kostenüberwälzung - im Lichte des Unterliegerprinzips - nur dann erlauben, wenn das untersuchte Verhalten in sinngemässer Anwendung von Artikel 72 BZP summarisch beurteilt voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Artikel 30 KG gegeben hätte.

Insofern ist über den Kosten- und Entschädigungspunkt - ohne weitere Beweiserhebungen nach summarischer Prüfung - gemäss den Prozessaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit zu entscheiden. Hätte die Partei, deren Verhalten untersucht wurde, voraussichtlich Anlass zu Massnahmen nach Artikel 30 KG gegeben, kann sie sinngemäss als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.1).

4.3. Nach dem Gesagten bleibt im Sinne einer Entscheidprognose zu beurteilen, welchen Ausgang das Untersuchungsverfahren voraussichtlich genommen hätte. Da sich die BKW unbestrittenermassen immer

weigerte, eine Durchleitung von Strom der EGL über ihr Netz zuzulassen, stellt sich die Frage, wie dieser Umstand von der Wettbewerbskommission voraussichtlich beurteilt worden wäre, wenn die UMS nach wie vor an Stromlieferungen der EGL interessiert gewesen wäre.

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Wettbewerbskommission das Untersuchungsverfahren bereits in einem sehr frühen Stadium (d.h. nach knapp sieben Monaten) mit der Begründung einstellte, dass eine "abschliessende Abklärung des Sachverhalts" unverhältnismässig viel Zeit und Ressourcen in Anspruch nehmen und zudem keinem öffentlichen Interesse dienen würde (Ziff. 33 der angefochtenen Verfügung). Insofern räumte die Wettbewerbskommission auch freimütig ein, dass sie die angebliche Kartellrechtswidrigkeit der Verhaltensweise der BKW nicht rechtsgenügend festgestellt habe (Ziff. 36 der angefochtenen Verfügung), nachdem sie unter Verzicht auf entsprechende Sachverhaltsabklärungen alle für die rechtliche Qualifizierung des inkriminierten Verhaltens entscheidenden Fragen offen gelassen hatte (vgl. Ziff. 25 und 27 f. der angefochtenen Verfügung).

In der Tat fällt auf, dass die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall den für eine allfällige Ergreifung von Massnahmen erheblichen Sachverhalt erst sehr rudimentär ermittelt hat, wie die erst im Anfangsstadium einer Untersuchung befindlichen Akten zeigen. Ins Gewicht fällt, dass das Sekretariat am 6. August 1999 der BKW einen ausführlichen Fragebogen unterbreitete, wobei das Sekretariat die Frist für die Beantwortung auf Gesuch der BKW hin am 6. September 1999 bis zu einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (betreffend die Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbskommission) aussetzte. Damit liess die Wettbewerbskommission wesentliche Elemente des rechtserheblichen Sachverhalts offen.

Für eine einigermaßen seriöse Beurteilung des mutmasslichen Prozessausgangs müssten neben den Antworten der BKW zu den anlässlich der Untersuchung geltend gemachten Rechtfertigungsgründen (v.a. effizienzökonomische Gründe, wie sachlich gerechtfertigte Durchleitungspreise, technische Probleme bei der von der UMS bzw. der EGL vorgeschlagenen Durchführungsmodalitäten) darauf aufbauend zusätzlich eine von der Vorinstanz - wenn auch nur summarisch - vorgenommene Analyse und Subsumtion des erstellten Sachverhalts unter Artikel 7 KG vorhanden sein, welche die Frage beantwortet: Ist die BKW (1.) ein *dem KG unterstelltes Unternehmen*, welche (2.) auf dem *relevanten Markt* (3.) *marktbeherrschend* ist und sich (4.) in dieser Stellung *missbräuchlich verhält*? Diese - hier fehlenden - Entscheidungsgrundlagen wären um so notwendiger gewesen, als im vorliegenden Sachverhalt das Problem der Ambivalenz unternehmerischer Verhaltensweisen ins Auge sticht, welche generell die Abgrenzung der offenen kartellrechtlichen Schlüsselbegriffe wie "wirksamer Wettbewerb", "Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung" (vgl. Art. 7 KG) als

heikles Unterfangen erscheinen lassen (vgl. KATHARINA SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Bern 1998, S. 194 f.; JUDITH BISCHOF, a.a.O., S. 157 f.; zur Problematik der sachgerechten Bestimmung von Durchleitungspreisen: FRANK BODMER/SILVIO BORNER, Die Liberalisierung des Strommarktes in der Schweiz, Chur/Zürich 2001, S. 44 ff.; fundiert kritisch zur kartellgesetzlich abgestützten Strommarktöffnung durch die WEKO: EGBERT F. J. WILMS, Schweizer Strommarkt im Umbruch, Chur/Zürich 2001, S. 37 f.).

4.4. Fehlen hier angesichts des sehr früh abgebrochenen Untersuchungsverfahrens entscheidende möglicherweise belastende, aber auch gegebenenfalls entlastende Sachverhaltselemente, welche insbesondere von der BKW zu liefern gewesen wären, wenn nicht das Sekretariat darauf verzichtet hätte, so erweist sich eine willkürfreie Entscheidungsprognose als Ding der Unmöglichkeit. Mangels elementarster Fakten zum Sachverhalt sieht sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ausser Stande, ohne weitere Beweismassnahmen - die es in diesem Verfahren nicht zu treffen hat - gestützt auf eine summarische Beurteilung verlässliche Schlüsse zu ziehen, wie die Wettbewerbskommission in materieller Hinsicht voraussichtlich entschieden hätte, wenn die Untersuchung zu Ende geführt worden wäre. Somit ist unter diesen Umständen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Auflage von Verfahrenskosten zulasten der BKW ausgeschlossen (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.1; FELIX ADDOR, Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits, Bern 1997, S. 225 ff.).

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben.

5. Der obsiegenden BKW sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Zudem hat die obsiegende BKW für notwendige und verhältnismässig hohe Kosten Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 8 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0). Diese wird auf CHF [...] angesetzt.

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 wird aufgehoben.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Der BKW FMB Energie AG wird zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. Mehrwertsteuer) zugesprochen.
-

4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3	2. Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse
-----	--

Beschwerdeentscheid vom 29. August 2003 in Sachen Sellita Watch Co. SA (Beschwerdeführerin; Verwaltungsbeschwerde vom 28. Februar 2003) gegen ETA SA Manufacture Horlogère Suisse (Beschwerdegegnerin) und Wettbewerbskommission (Vorinstanz; Verfügung vom 17. Februar 2003) betreffend Vorsorgliche Massnahmen

Es hat sich ergeben:

A. Die ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, Grenchen (früher: ETA SA Fabriques d'Ebauches, nachfolgend: ETA SA), ist als Tochtergesellschaft der "The Swatch Group SA", Neuenburg, im Bereich der Herstellung und des Handels von Uhren, Uhrenbestandteilen und Uhrwerken tätig.

Vorab für den Produktionszweig mechanischer Luxusuhren ("Prestigemarken") stellt die ETA SA insbesondere diverse - als "Kaliber" (d.h. als eindeutig klassifizierte Werktypen) bezeichnete - "Rohwerke" (*ébauches*) her. Diese umfassen als Bausatz die Grundbauteile (z.B. Platinen, Brücken, Rädersatz, Stahlteile etc.) eines mechanischen Uhrwerkes (*mouvement*) und müssen für dessen Funktionsfähigkeit mit dem so genannten *assortiment* (dem Takt steuernden Kernelement bestehend aus Anker, Spiralfeder, Zugfeder, Unruhreif, Hemmung, ergänzt durch Zifferblatt und Zeiger) zusammengebaut werden (sog. "montiertes" Uhrwerk im Unterschied zu "modifizierten" Uhrwerken bei denen *ébauches* und *assortiment* beim Zusammenbau zu einem Uhrwerk mit weiteren individualisierenden Zusätzen wie Dekorationen, Grossdatum, Mondphasen [etc.] versehen werden). Verkauft werden diese "Rohwerke" einerseits an Unternehmen, welche als "Monteure" die mechanischen Uhrwerke nur "aufziehen" (d.h. die *ébauches* mit den *assortiments* zu "montierten Uhrwerken" zusammenbauen) und andererseits an Unternehmen, welche neben dem "Aufziehen" die mechanischen Uhrwerke durch Ausstattung zusätzlicher Merkmale und Funktionen "veredeln" (sog. "Modifizierer"). Als weitere Abnehmer von Rohwerken treten konzerninterne sowie konzernexterne Uhrenhersteller ("Uhrenmarken") auf, welche die mechanischen Uhrwerke selbst aufziehen und modifizieren oder von Dritten nach ihren Spezifikationen aufgezoogene (bzw. modifizierte) Uhrwerke in ihre Luxusuhren (mit Detailhandelspreisen von ca. CHF [..]) einbauen.

Im Juli 2002 teilte die ETA SA Abnehmern von *ébauches* mit, dass sie angesichts "gewaltiger logistischer Probleme" zur Verbesserung der

Qualität der Fertigprodukte entsprechende Lieferungen ab 1. Januar 2003 reduzieren und ab 1. Januar 2006 gänzlich einstellen werde; stattdessen werde sie von da an nur noch montierte mechanische Uhrwerke liefern. Für die "*phasing-out* Periode" versprach die ETA SA, im Umfang der wegfallenden Lieferungen von *ébauches* montierte Uhrwerke ("*mouvements mécaniques terminés*") zu liefern.

Diese Ankündigung veranlasste am 23. August 2002 die Sellita Watch Co. SA, La Chaux-de-Fonds, ein auf die Herstellung mechanischer Uhrwerke spezialisiertes Montagewerk (mit einer jährlichen Produktionsmenge von rund einer Million mechanischer Uhrwerke), die ETA SA beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) anzuzeigen. Im Wesentlichen rügte sie, die ETA SA missbrauche ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Rohwerke, um sie wie auch andere Montagewerke als Konkurrenten von der nachfolgenden Marktstufe der *mouvements* zu verdrängen. Am 23. September 2002 beantragte die Sellita Watch Co. SA den Erlass vorsorglicher Massnahmen, um die für sie existenziell notwendige ungekürzte Weiterbelieferung mit *ébauches* sicherzustellen.

Nachdem das Sekretariat bereits am 13. August 2002 auch von der auf Modifikation von "*Standard-ébauches*" spezialisierten Jaquet SA (La Chaux-de-Fonds) aufgefordert worden war, die ETA SA ebenfalls vorsorglich zur Weiterbelieferung mit *ébauches* zu verpflichten, eröffnete es am 3. Oktober 2002 eine Vorabklärung und am 4. November 2002 eine Untersuchung. Zum Thema der Untersuchung wurde ausgeführt, der Entscheid der ETA SA, ihre Lieferungen mechanischer Rohwerke ab Januar 2003 einzuschränken, um sie ab Januar 2006 definitiv einzustellen, sowie ihre Lieferungs- und Verkaufsbedingungen könnten sich für die Rohwerkabnehmer als missbräuchlich oder diskriminierend auswirken; zusätzlich könnten diese Verhaltensweisen zur Einschränkung der Erzeugung führen oder die Abnehmer zwingen, unerwünschte zusätzliche Leistungen anzunehmen.

Nach Besprechungen zwischen dem Sekretariat und der ETA SA vom 3. und 18. Oktober 2002 gab diese am 12. November 2002 eine Verpflichtungserklärung ab, welche "für die Dauer der Untersuchung eine einvernehmliche Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen" beinhaltete. Gestützt darauf verfügte die Wettbewerbskommission am 18. November 2002:

"1. Die Kommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen die nachstehende Verpflichtungserklärung der ETA SA Fabriques d'Ebauches, Grenchen, vom 12. November 2002:

1. *ETA liefert während der Dauer des Verfahrens vor der WEKO (bis und mit 30 Tagen nach Zustellung der Schlussverfügung) weiterhin me-*

chanische Ebauches an ihre bisherigen Kunden. Der Umfang der Lieferungen für einzelne Kaliber pro 12 Monate entspricht 85% der von den jeweiligen Kunden innerhalb der letzten drei Jahre (1999-2001) durchschnittlich abgenommenen Mengen dieser Kaliber.

2. ETA liefert auf Wunsch der jeweiligen Kunden die restlichen 15% in Form von Fertigwerken der gleichen Kaliber.
 3. Wenn ein Kunde Produkte eines bestimmten Kalibers nicht beziehen will, ist ETA nicht verpflichtet, eine entsprechende Menge von anderen Kalibern zu liefern. Wenn ein Kaliber von ETA nicht mehr produziert wird, ersetzt ETA die entsprechende Menge durch Lieferung von Kalibern, die den Eigenschaften der nicht mehr produzierten Kaliber entsprechen.
 4. Abweichende Vereinbarungen zwischen ETA und den einzelnen Kunden bleiben vorbehalten. Diese Vereinbarungen dürfen von der vorliegenden einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) nicht zulasten der Kunden abweichen, es sei denn, dass der Kunde einer abweichenden Lösung nach Genehmigung der Verpflichtungserklärung durch die WEKO ausdrücklich zugestimmt hat.
 5. Die Lieferverpflichtungen der ETA unterstehen den markt- und branchenüblichen Bedingungen, insbesondere den folgenden Konditionen:
 - a. Die von ETA verlangten Preise werden so gestaltet, dass sie kostendeckend sind und eine marktübliche Marge enthalten. Allgemeine Preiserhöhungen per Ende Jahr werden im Rahmen der Kostensteigerung vorgenommen (Lohnkosten, Materialkosten etc.). Bei grösseren Anpassungen erbringt die ETA den Nachweis, dass sie bisher ohne Gewinnmarge beziehungsweise mit einer ungenügenden Marge gearbeitet hat.
 - b. ETA wird mit ihren Kunden individuell eine Mengenplanung vornehmen (Jahresplanung und gestützt darauf eine rollende 4-Monats-Planung). Die in dieser Planung festgelegten
-

Mengen und Fristen sind für die Vertragsparteien verbindlich. Die Planung wird innerhalb von 30 Tagen ab der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen durchgeführt.

c. Werden die bestellten Produkte nicht innert der vereinbarten Zahlungsfristen bezahlt, wird ETA weitere Lieferungen einstellen, bis der Zahlungsverzug behoben ist.

6. *ETA verpflichtet sich, sich bei allfälligen Streitigkeiten aus dem Verhältnis zu ihren Kunden in Ausführung der einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verpflichtungserklärung) dem Entscheid eines Schiedsgerichts zu unterziehen. Für die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes und über die Modalitäten seines Verfahrens geltend folgende Vorgaben:*

a. Als Schiedsgericht gilt ein ständiges einzelrichterliches Schiedsgericht nach den Regeln des "Reglements über die Schiedsgerichtsbarkeit der Berner Handelskammer". Sitz des Schiedsgerichts ist Bern. Die Schiedskommission der Berner Handelskammer ernennt das Schiedsgericht innerhalb von 30 Tagen ab der von der Weko genehmigten einvernehmlichen Regelung betreffend vorsorgliche Massnahmen.

b. Das Schiedsgericht erlässt innerhalb von 30 Tagen seit Ernennung die für einen raschen Verfahrensablauf notwendigen Bestimmungen und macht diese den interessierten Parteien über das Sekretariat der Berner Handelskammer sowie über das Sekretariat der Weko zugänglich.

c. Ist innert der gemäss Buchstabe a genannten Frist kein Schiedsgericht bestimmt, legt Prof. Walter A. Stoffel, Vizepräsident der Weko, oder sein Stellvertreter die Bestimmungen über die Bestellung des Schiedsgerichtes fest, nötigenfalls nach Anhörung der ETA und anderer Personen oder Unternehmen.

d. ETA leistet die für die Bestellung (Konstituierung) des funktionsfähigen Schiedsgerichts erforderlichen Kostenvorschüsse.

7. *Diese Verpflichtungserklärung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der WEKO, jedoch während maximal 24 Monaten.*
2. Diese Genehmigung gilt für die Dauer des Verfahrens vor der Weko oder bis zum Erlass einer anders lautenden Verfügung durch die Weko.
3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.
4. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Ziffern 1 und 2 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
5. Über die Kosten wird mit der Hauptsache entschieden.
(...)."

Am 25. November 2002 teilte die Sellita Watch Co. SA dem Sekretariat mit, sie verzichte auf eine Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission zu den von ihr am 23. September 2002 gestellten Massnahmebegehren, welche über die verfügte vorsorgliche Regelung hinausgingen.

Am 13. Dezember 2002 beklagte sich die Sellita Watch Co. SA beim Sekretariat über die von der ETA SA erst kürzlich bekannt gegebenen Preiserhöhungen um bis zu 25 Prozent (im Vergleich zum Jahr 2000, d.h. bis zu + CHF [...] / Rohwerk) bei den von ihr hauptsächlich bezogenen Rohwerken. Gleichzeitig forderte sie neben der Gewährung von Akteneinsicht ein Einschreiten der Wettbewerbskommission "gegen den erneuten Machtmissbrauch der ETA", da er angeblich den angeordneten vorsorglichen Rechtsschutz unterlaufe. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2002 ersuchte die Sellita Watch Co. SA die Wettbewerbskommission, Ziffer 1.5/a des Dispositivs der Verfügung vom 18. November 2002 wie folgt zu ergänzen:

"Kommt zwischen der ETA und den Kunden keine Einigung zustande, so kann die ETA ab 1. Januar 2003 die Preise verlangen, die am 18. November 2002 galten, erhöht um höchstens 3,5%. Diese Preise gelten bis und mit drei Monate nach Rechtskraft des Urteils des gemäss Ziffer 6 angerufenen Schiedsgerichts. Falls das Schiedsgericht feststellt, dass für bestimmte Ebauches ab 1. Januar 2003 Preise gerechtfertigt gewesen wären, die über den am 18. November 2002 geltenden, um 3,5% erhöhten Preisen liegen, so kann die ETA die Differenz nachverlangen."

Auf Anfrage des Sekretariats teilte die ETA SA am 23. Dezember 2002 mit, dass sie die Verfügung vom 18. November 2002 befolgen und es Sache des eingesetzten Schiedsgerichtes sein werde, die Angemessenheit der Preiserhöhungen zu prüfen.

Anlässlich eines ausgedehnten Schriftenwechsels wurde die Sellita Watch Co. SA vom Sekretariat zuletzt mit Schreiben vom 24. Januar 2003 aufgefordert, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil hinsichtlich des wirksamen Wettbewerbs zu substantizieren. Nachdem die Sellita Watch Co. SA am 28. Januar 2003 an einer formellen Verfügung zu ihrem Ergänzungsantrag festgehalten hatte, nahm sie am 10. Februar 2003 zum beabsichtigten Verfügungsentwurf der Wettbewerbskommission Stellung.

B. Am 17. Februar 2003 wies die Wettbewerbskommission den Antrag der Sellita Watch Co. SA auf Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 ab und auferlegte ihr Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...].

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission aus, die am 18. November 2002 verfügten vorsorglichen Massnahmen gründeten auf einer einvernehmlichen Regelung und seien daher nicht unter erleichterten Voraussetzungen abänderbar, sondern einzig nach einer gründlichen Prüfung derselben. Die beanstandeten Preiserhöhungen der ETA SA "torpedierten" die Verfügung vom 18. November 2002 nicht. Vielmehr sehe die darin enthaltene Verpflichtungserklärung - wegen der Gefahr von Konflikten hinsichtlich der Preise - ein Schiedsgericht zur Regelung solcher Streitigkeiten vor.

Im Wesentlichen hielt die Wettbewerbskommission fest, vorsorgliche Massnahmen dürften insbesondere nur erlassen werden, wenn der wirksame Wettbewerb durch das gerügte Verhalten einen strukturelevanten und insofern nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleide. Dies sei hier nicht der Fall. Die beanstandeten Preiserhöhungen gefährdeten den wirksamen Wettbewerb nicht, da nicht mit einem schweren und irreversiblen Strukturwandel auf dem Nachfragemarkt von Rohwerken zu rechnen sei. Insbesondere bestehe keine Gefahr, dass die Sellita Watch Co. SA als wichtigste Abnehmerin mechanischer Rohwerke infolge der Preiserhöhungen vom Markt verdrängt würde. Die geltend gemachte Schädigung entstamme einzig der bilateralen Beziehung zwischen der Sellita Watch Co. SA und der ETA SA und sei durch den Zivilrichter (bzw. den eingesetzten Schiedsrichter) zu beurteilen. Des Weiteren bewirkten die beanstandeten Preiserhöhungen auch bei den Kunden der Sellita Watch Co. SA, den Uhrenmarken, keine nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile und gefährdeten auch nicht deren Existenz. Der Sellita Watch Co. SA stehe es frei, die Preiserhöhungen bezüglich der Rohwerke auf ihre Kunden zu überwälzen, zumal die Preise von Rohwerken nur einen kleinen Teil des Endpreises einer mechanischen "Swiss made" Uhr ausmachen.

Falls sich die Preiserhöhungen tatsächlich als missbräuchlich herausstellen sollten, könnten diese für die Sellita Watch Co. SA einen Schaden bedeuten, der jedoch leicht wieder gutgemacht werden könnte, da die Bezahlung zu hoher Preise quantifizierbar und damit "behebbar" ("*réparable*") sei. Wenig fundiert und bloss als theoretische Möglichkeit dargelegt seien auch die weiteren Rügen, wonach die angeblich exorbitanten und diskriminierenden Preiserhöhungen ihre Kunden dazu brächten, abzuspringen und insbesondere bei der ETA SA andere mechanische Uhrwerke zu beziehen oder sogar den Markt für mechanische Uhrwerke zu verlassen. Zwar schienen die Preiserhöhungen die Sellita Watch Co. SA als grösste Abnehmerin von ETA-Rohwerken in ihren "Wettbewerbskapazitäten anzugreifen" ("*entament la capacité concurrentielle*"), jedoch nicht ihre wirtschaftliche Existenz zu gefährden. Fehle hier bereits ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, erübrige sich die Prüfung der für den Erlass vorsorglicher Massnahmen weiteren relevanten Kriterien (Erfolgsprognose, Dringlichkeit sowie Verhältnismässigkeit). Ausserdem sei die Sellita Watch Co. SA wegen ihres Beharrens auf einer formellen Verfügung als Verursacherin des Verfahrens kostenpflichtig.

C. Gegen diese Verfügung erhob die Sellita Watch Co. SA (Beschwerdeführerin) am 28. Februar 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und stellte folgende Begehren:

- "1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003 sei aufzuheben und deren Verfügung vom 18. November 2002 sei wie folgt zu ergänzen:

"Kommt zwischen der ETA und den Kunden keine Einigung zustande, so kann die ETA ab 1. Januar 2003 die Preise verlangen, die am 18. November 2002 galten, erhöht um höchstens 3,5%. Diese Preise gelten bis und mit drei Monate nach Rechtskraft des Urteils des gemäss Ziffer 6 angerufenen Schiedsgerichts. Falls das Schiedsgericht feststellt, dass für bestimmte Ebauches ab 1. Januar 2003 Preise gerechtfertigt gewesen wären, die über den am 18. November 2002 geltenden, um 3,5% erhöhten Preisen liegen, so kann die ETA die Differenz nachverlangen."

2. Die Wettbewerbskommission sei zu verhalten, der Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten zu gewähren.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge"

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin vorab geltend, die ETA SA versuche sie als deren wichtigste Konkurrentin auf dem Markt für *mouvements* abzuwürgen. Nach der Verfügung vom 18. November 2002 dürfe die ETA SA die Preise nicht einseitig diktieren, sondern sie müsse die Gründe für eine Preiserhöhung nachweisen und dürfe ohne

Einigung mit ihren Kunden die Preise erst gestützt auf einen schiedsgerichtlichen Entscheid erhöhen. Da die Preisliste der ETA SA für alle Kunden gelte und auch ihre Abnehmer davon betroffen seien, liege hier entgegen der Auffassung der Wettbewerbskommission gerade keine bilaterale Auseinandersetzung vor. Weil die ETA SA die verfügte Lieferverpflichtung mit "exorbitanten" Preiserhöhungen auf den von ihr in grossen Mengen bezogenen *ébauches* "torpediere", würde eine Gutheissung ihres ersten Rechtsbegehren verhindern, dass die ETA SA während eines entsprechenden Schiedsgerichtsverfahrens den vorläufigen Rechtsschutz sabotieren könnte. Dieser setze nicht voraus, dass sie unmittelbar vor dem Konkurs stehe.

In formeller Hinsicht wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mehrere Verfahrensfehler vor.

Erstens habe das Sekretariat trotz diverser Eingaben von Unternehmen zum missbräuchlichen Verhalten der ETA SA die Eröffnung der Untersuchung sowie den notwendigen einstweiligen Rechtsschutz ungebührlich lange hinausgeschoben und sie für einen raschen Rechtsschutz an den Zivilrichter verwiesen. Dies sei jedoch unzumutbar, da sie sich zu ihrem individuellen und praktischen Nutzen auf Normen, welche auf Allgemeininteressen zielen, berufen dürfe und die Wettbewerbskommission das Kartellgesetz von Amtes wegen richtig durchzusetzen habe.

Zweitens habe die Wettbewerbskommission die zwingende Natur der Zuständigkeitsvorschriften missachtet. Die ETA SA sei am 18. November 2002 mit einer verwaltungsrechtlichen Verfügung öffentlich-rechtlich verpflichtet worden, vorläufig und zu marktüblichen Bedingungen *ébauches* zu liefern. Soweit aber die Wettbewerbskommission sich ihrer Verantwortlichkeit und Aufgabe entschlage, indem sie die Beurteilung der öffentlich-rechtlichen Pflicht der ETA SA, zu marktüblichen Konditionen liefern zu müssen, dem Zivil- beziehungsweise Schiedsrichter übertrage, dürfte die verfügte Delegation der Beurteilungskompetenz nichtig sein. Sollte dies zutreffen, dann

Wäre das Rechtsbegehren 1 beziehungsweise die zu erlassende Verfügung entsprechend so zu fassen, dass statt auf das Urteil des Schiedsgerichts über die Preisfrage auf den Entscheid der Weko über die gleiche Frage verwiesen wird."

Drittens habe das Sekretariat es versäumt, ihr vor Erlass der angefochtenen Verfügung in genügendem Umfang Akteneinsicht zu gewähren, weshalb sie nicht wisse, was sich in der Preisfrage zwischen der ETA SA und der Wettbewerbskommission abgespielt habe. Nachdem Vertreter der ETA SA ihr mitgeteilt hätten, dass die Preiserhöhungen am 28. November 2002 während einer Sitzung mit der Wettbewerbsbehörde besprochen worden seien, habe sie die Wettbewerbskommission am 13. Dezember 2002 ersucht, ihr das die Preiserhöhungen betreffende Dossier zur Einsicht zuzustellen. Statt Akteneinsicht zu gewähren, habe

das Sekretariat telefonisch das Bestehen eines "*dossier officiel*" in Abrede gestellt. Am 18. Dezember 2002 habe sie beim Sekretariat erneut um Akteneinsicht oder, wenn diese nicht gewährt würde, um eine förmliche Verfügung ersucht. Das Sekretariat habe ihr damals telefonisch mitgeteilt, die Akten könnten wegen Abklärungen betreffend Geschäftsgeheimnisse noch nicht eingesehen werden. Erst am 18. Februar 2003 habe ihr das Sekretariat ein Aktenverzeichnis zugestellt mit dem Hinweis, dass die nach dem 31. Dezember 2002 erstellten Akten noch nicht verfügbar seien. Zwar sei die Sitzung mit der ETA SA vom 28. November 2002 nicht im Aktenverzeichnis aufgeführt, aber es sei von der Existenz weiterer Akten auszugehen. Am 19. Februar 2003 sei ihr nur ein geringer Teil der Akten zugänglich gemacht worden. Die hier nicht gewährte Akteneinsicht stelle "eine Verweigerung einer Verfügung" dar.

In materieller Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, sie verfüge über keine andere Beschaffungsmöglichkeit für "*Swiss made ébauches*" und sei daher den Preiserhöhungen der ETA SA ausgeliefert. Angesichts der in den letzten Jahren bereits erfolgten sehr hohen Preiserhöhungen bei Rohwerken und einer tiefen Jahresteuern von nur 0,7% habe im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 18. November 2002 niemand mit den für das Jahr 2003 angekündigten (20%-25%igen) Preiserhöhungen von *ébauches* rechnen müssen. Das Vorgehen der ETA SA verstosse daher gegen Treu und Glauben. Sie werde von der ETA SA unzulässig diskriminiert, indem diese die Preise der von ihr in grossen Mengen bezogenen Kalibern um 20,33% bis 25,55% erhöhe, jedoch die Preise erheblich weniger anhebe bei Kalibern, welche von den auf dem Markt für *mouvements* schwächer auftretenden Unternehmen der "Swatch Group" nachgefragt werden.

Bisher habe die ETA SA die vorgenommenen Preiserhöhungen nicht rechtsgenügend begründet. Unbelegt und unglaubwürdig sei die von der ETA SA mit Schreiben vom 5. Februar 2003 vorgetragene Behauptung, sie habe bei den Kaliberfamilien 2820 bis 2846 und 2671 bis 2688 Verluste erlitten. Unglaubwürdig sei, dass die ETA SA in den vergangenen Jahren Rohwerke ohne Gewinn abgesetzt hätte, nachdem die Preise für die von ihr in grossen Mengen bezogenen Rohwerken in den Jahren 1995 bis 2002 in einer Bandbreite von 42% bis 58% erhöht worden waren. Wenig überzeugend sei auch die Erklärung, wonach angeblich CHF [...] Mio. in Fabrikationsanlagen für die in den Siebzigerjahren entwickelten Kaliber investiert worden seien. Die ETA SA versuche zur Rechtfertigung ihrer überrissenen Preiserhöhungen, der Produktion der von ihr zahlreich bezogenen Kalibern isoliert Kosten zuzurechnen, die nach kaufmännischen Grundsätzen in einem viel weiteren Rahmen zu verlegen wären. Auch der behauptete stark rückläufige Verkauf von einzelnen Kaliberfamilien um 55% bis 88% sei nicht ausgewiesen. Schliesslich wären die von der ETA SA angeführten Kosten für Infrastruktur, Versicherungen sowie Lohnkosten für das spezia-

lisierte Personal als Gemeinkosten auf die gesamte Produktion umzuschlagen - und nicht nur in Bezug zu den *ébauches* zu setzen - gewesen: von den in der "Swatch Group" hergestellten [...] Mio. Uhrwerken seien 99 Prozent Quarz-Uhrwerke und der mechanische Rohwerkbereich mache lediglich ein Prozent des Umsatzes aus.

Nach Kartellgesetz dürfe die ETA SA ihre marktbeherrschende Stellung nicht zur Erzielung unangemessener Preise missbrauchen. Die diskriminierenden Preiserhöhungen zeigten, dass die ETA SA marktbeherrschend sei und ihre Stellung missbrauche. Die erneuten exorbitanten Preiserhöhungen für *ébauches* schlugen bis zu den Fertiguhren durch und würden von den Konsumenten nicht oder nur noch reduziert akzeptiert. Sei der betroffene Markt einmal verloren, lasse er sich erfahrungsgemäss nicht mehr zurückgewinnen. Diverse ihrer Kunden hätten gegen die von ihr überwältigten Preiserhöhungen heftig protestiert. Die überrissenen Preiserhöhungen bewirkten eine Schrumpfung des Marktes für die mit den interessierenden Rohwerken hergestellten *mouvements* und den daraus weiterentwickelten Fertiguhren und führten daher zu einem nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil. Sei eine solche Schrumpfung einmal eingetreten, werde es später nicht mehr möglich sein, verlorene Markt- und Gewinnmöglichkeiten wettzumachen, wenn sich die Preiserhöhungen definitiv als überhöht herausstellen sollten.

Sodann habe die beanstandete Kostenaufgabe pönalen Charakter, da Kosten einstweiliger Verfügungen in der Regel zur Hauptsache geschlagen würden.

In einer zusätzlichen Eingabe vom 3. März 2003 führt die Beschwerdeführerin ergänzend aus, Vertreter der Wettbewerbsbehörden hätten ihr für den Fall, dass sie sich der einvernehmlichen Regelung widersetze, einen Entscheid für frühestens Ende 2002 in Aussicht gestellt. Eine solche amtliche Druckausübung sei jedoch eines Rechtsstaates unwürdig. Ohne Entscheid der Wettbewerbskommission im November 2002 hätte sie bis zu 90 Angestellte entlassen müssen.

Angesichts der vorläufig angeordneten Lieferpflicht zu marktüblichen Konditionen verhalte sich die Wettbewerbskommission widersprüchlich, wenn sie die angebehrte Ergänzung verweigere, welche ja nur dem Vollzug der Verfügung vom 18. November 2002 diene. Nicht relevant sei der Umstand, dass die Preise für Rohwerke nur den kleineren Teil der Preise von Fertiguhren ausmachten. Denn sie stelle aus mechanischen *Swiss made ébauches* nicht "Fertiguhren", sondern als Vorstufe dazu einzig Uhrwerke (*mouvements*) her.

Vor Erlass der ersten Verfügung vom 18. November 2002 habe sie das vorgesehene Schiedsgericht stets abgelehnt. Danach habe sie sich jedoch eine Anfechtung nicht leisten können. Sei ein Schiedsgericht - aufgrund des anwendbaren Verfahrensrechts und mangels kartellgesetzlicher Grundlage - als verwaltungsrechtlich nicht zuständige In-

stanz zu betrachten, erweise sich im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen einstweiligen Verfügungen die Einsetzung eines solchen Gerichts zur Beilegung von Streitigkeiten als nichtig. Zudem verstosse die Einsetzung eines Schiedsgerichts gegen das verfassungsmässige Verhältnismässigkeitsprinzip, zumal die Wettbewerbskommission ohnehin auch die Preisfrage untersuchen müsse und mit einem Schiedsgericht nur aufwandvermehrnde und kostenträchtige Doppelspurigkeiten verbunden seien. Trotzdem müsse sie aus Vorsicht ein schiedsgerichtliches Verfahren einleiten; indessen habe sie am 23. Dezember 2002 den von der Berner Handelskammer ernannten Schiedsrichter wegen Befangenheit abgelehnt.

Inakzeptabel sei schliesslich die von der Wettbewerbskommission begangene Verletzung des rechtlichen Gehörs hinsichtlich Aktenführungspflicht und Gewährung von Akteneinsicht, nachdem die Wettbewerbskommission die ETA SA am 28. November 2002 zu informellen Gesprächen über die Preisfrage empfangen habe, ohne dies aktenkundig zu machen.

Unaufgefordert reichte die Beschwerdeführerin am 10. März 2003 ein Protestschreiben einer Kundin ein und legte dar, sie habe mit Klage vom 7. März 2003 das Schiedsgericht vorsorglich ersucht, sich als sachlich unzuständig zu erklären, nachdem die erfolgte Einsetzung eines Einzelschiedsrichters nichtig und der verfügte einstweilige Rechtsschutz ausschliesslich verwaltungsrechtlich abzuwickeln sei.

D. Mit Vernehmlassung vom 3. April 2003 beantragt die ETA SA (Beschwerdegegnerin), die angebehrte Ergänzung der einvernehmlichen Regelung gemäss Verfügung vom 18. November 2002 sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, beziehungsweise sei eventualiter die Beschwerdeführerin innert einer gerichtlich festzulegenden Frist zu einer Sicherheitsleistung von CHF [...] zu verpflichten. Ferner sei der Antrag auf Akteneinsicht von Amtes wegen zu prüfen. Zur Begründung führt die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen aus, sie sei als Verfahrenspartei unmittelbar betroffen von der beantragten einseitigen Abänderung der einvernehmlichen Regelung. Indessen vermenge die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge der Verletzung von Akteneinsicht zwei unterschiedliche Themen, indem sie sinngemäss auch eine Rechtsverweigerungsbeschwerde führe.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdegegnerin geltend, sie verfolge auf dem behaupteten Markt für *ébauches* keine strategischen Ziele, sondern wolle sich aus diesem unattraktiven Segment zurückziehen. Die beanstandeten Preiserhöhungen verletzten den Geist der einvernehmlichen Regelung nicht. Alle Beteiligten hätten gewusst, dass die *ébauches* während Jahren massiv durch Quarzwerke quersubventioniert worden seien und dieser Umstand - wegen der Komplexität der Kostenrechnung - intern lange Zeit nicht erkannt worden sei. Daher könne die Beschwerdeführerin nicht ernsthaft behaupten, sie

sei durch die Preiserhöhungen überrascht worden. Werde sie selbst in planwirtschaftlicher Weise zur Belieferung Dritter gezwungen, sei sie gemäss Verfügung vom 18. November 2002 auch frei, eine angemessene Marge bei der Preisgestaltung festzusetzen. Problematisch sei hier nicht ein allfälliger Machtmissbrauch, sondern dass die Beschwerdeführerin auf industrielle Vorleistungen angewiesen sei, die heute kein nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführtes Unternehmen freiwillig übernehme. Obschon die Technologie zur Herstellung von *ébauches* gemeinfrei sei und demnach ihre Angebote leicht substituiert werden könnten, habe die Beschwerdeführerin bisher nie die geringsten Anstrengungen unternommen, die benötigten Rohwerke selbst oder gemeinsam mit ähnlich positionierten Unternehmen herzustellen.

Des Weiteren betont die Beschwerdegegnerin, dass sie sich zur einvernehmlichen Regelung nur bereit erklärt habe, weil sie sich habe überzeugen lassen, dass die im Sommer 2002 angekündigte Übergangsfrist zu knapp bemessen sei, um den betroffenen Unternehmen eine Neuorganisation ihrer industriellen Basis zu erlauben. Die Beschwerdeführerin habe in Kenntnis der Eckpunkte, welche die einvernehmliche Regelung tragen, der Konsenslösung zugestimmt. Die Beschwerdeführerin verletze daher Treu und Glauben, wenn sie nachträglich einzelne dieser Eckpunkte durch eine für sie günstigere Lösung ersetzen wolle. Die an sich prozessökonomisch effizienten "einvernehmlichen Lösungen" seien nur solange attraktiv, als man anschliessend darauf vertrauen dürfe, dass die eigene Konsensbereitschaft nicht als Grundlage für ein neues Massnahmegesuch missbraucht werde. Würde ihr daher im Falle einer Gutheissung der Beschwerde eine betriebswirtschaftlich korrekte Kalkulation verwehrt, würde sie auch die ihr auferlegte Lieferpflicht nicht mehr gegen sich gelten lassen. Sodann müsste die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin zu einer Sicherheitsleistung verpflichten als Ausgleich dafür, dass vorsorgliche Massnahmen bloss nach einer summarischen Prüfung erfolgen.

Ausserdem seien hier die Voraussetzungen für die beantragte vorsorgliche Massnahme nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin räume selbst ein, dass sie weder vor dem Konkurs stehe noch sonst in ihrer Existenz gefährdet sei, so dass die Preiserhöhungen die weitere Strukturentwicklung während der Untersuchung nicht präjudizierten. Somit bestehe der behauptete Nachteil einzig in einem vorübergehenden Margenverlust, der sich gegebenenfalls später finanziell leicht ausgleichen lasse, zumal ihre Bonität nicht in Frage stehe. Ferner vermöchten auch die erwähnten Protestschreiben von Kunden die behaupteten Nachteile nicht rechtsgenügend zu substantizieren. Zudem sei die Entscheidung prognose ungünstig. Hier werde eine Umstellungsfrist gewährt, die Wettbewerbskommission wolle keine Strukturpolitik fördern.

E. Mit Stellungnahme vom 11. April 2003 beantragt die Wettbewerbskommission, die Beschwerde sei, sofern darauf eingetreten werde, unter Kostenfolge abzuweisen. Gleichzeitig sei die Verfügung vom 17. Februar 2003 zu bestätigen.

Die Wettbewerbskommission führt zum Sachverhalt aus, die vorsorglichen Massnahmen seien mehr als ein Monat vor der beabsichtigten Umsetzung der Geschäftspraktiken der Beschwerdegegnerin und deshalb rechtzeitig erlassen worden, ohne dass Druck ausgeübt worden wäre. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin sei sie von der Beschwerdegegnerin nie über eine geplante Preiserhöhung orientiert worden. Vielmehr habe die Beschwerdegegnerin dem Sekretariat am 28. November 2002 eine als vertraulich bezeichnete Preisliste übergeben, die kommentarlos entgegen genommen und ins Aktenverzeichnis aufgenommen worden sei. Das Thema "Preise" sei nie Gegenstand von Besprechungen, Diskussionen oder Verhandlungen zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin gewesen. Die Beschwerdeführerin sei rund eineinhalb Wochen später über die Preiserhöhungen in Kenntnis gesetzt worden und habe daraufhin das entsprechende Verfahren um vorsorgliche Massnahme eingeleitet. Insofern sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin in ihren Verfahrensrechten verletzt sein solle. Auch treffe es nicht zu, dass das Sekretariat kein "offizielles Dossier" bezüglich des Falles ETA SA geführt habe; einzig im Zeitpunkt des Gesuchs um Akteneinsicht seien keine weiteren Unterlagen zur Preisfrage vorhanden gewesen. Abgesehen von der Phase der Vorabklärung habe die Beschwerdeführerin volle Akteneinsicht erhalten.

In materieller Hinsicht bringt die Wettbewerbskommission vor, sie habe keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erkennen können, der volkswirtschaftlich relevant wäre. Sie habe eingeräumt, dass die Preiserhöhungen für die Beschwerdeführerin finanziell nachteilig sein könnten; ein allfälliger Schaden wäre jedoch behebbar. Auch das isoliert und ohne Belege angeführte Beispiel des Abnehmers aus Hong Kong erbringe den Nachweis des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht. Bisher habe die Wettbewerbskommission weder die durch die beanstandeten Preiserhöhungen angeblich bewirkte Schrumpfung des Marktes noch irreversible oder gravierende Strukturveränderungen auf dem Markt für *ébauches* feststellen können. Zudem habe die Beschwerdeführerin nicht belegen können, dass einzelne Abnehmer bei ihr keine mechanischen *mouvements* mehr beziehen würden.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei gemäss der Verfügung vom 18. November 2002 ein Kunde, der Preiserhöhungen von *ébauches* ablehne, verpflichtet, auf dem zivilprozessualen Klageweg gegen die Beschwerdegegnerin vorzugehen. Sofern die klagende Partei eine schiedsgerichtliche Beurteilung wünsche, anerkenne die Be-

schwerdegegnerin die Schiedsgerichtsbarkeit sowie die sie betreffende Beweislastumkehr (d.h. die fehlende oder ungenügende Gewinnmarge wäre von ihr nachzuweisen). Nach dem Ablehnungsbegehren der Beschwerdeführerin sei am 10. Februar 2003 im Übrigen Prof. PIERRE TERCIER als Ersatzschiedsrichter gewählt worden.

Unzutreffend sei ferner die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach sie ihre Zuständigkeit unzulässigerweise an ein Schiedsgericht delegiert habe. Mit der in der Verfügung vom 18. November 2002 vorgesehenen Möglichkeit für Kunden der Beschwerdegegnerin, wahlweise ein Schiedsgericht anrufen zu können, sei lediglich eine alternative Instanz zur Verfügung gestellt worden, um eine beförderliche und sachkundige Erledigung bilateraler Streitsachen zu gewährleisten. Als Verwaltungsbehörde verfügten sie und die Zivilgerichte in Wettbewerbsfragen über parallele Zuständigkeiten, die sich gegenseitig nicht ausschlossen. Hätte sie fälschlicherweise nur das Schiedsgericht zur Behandlung der Anliegen der Beschwerdeführerin für zuständig gehalten, wäre sie auf deren Begehren gar nicht eingetreten. Im Übrigen sei das Verhalten der Beschwerdeführerin widersprüchlich, nachdem sie am 25. November 2002 den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zurückgezogen habe und in ihren seitherigen Eingaben an die Wettbewerbskommission (bzw. an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen) vom gültigen Bestand des Schiedsgerichtes ausgehe. Kostenpflichtig sei die Beschwerdeführerin, weil sie mit ihrem Gesuch das vorinstanzliche Verfahren verursacht und einen formellen Entscheid gefordert habe.

F. Am 11. April 2003 gelangte die Beschwerdeführerin erneut unangefordert an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit der Mitteilung, der am 7. März 2003 angerufene Einzelschiedsrichter habe mit Verfügung vom 7. April 2003 ihre Klage ohne Abstandsfolgen zurückgewiesen (d.h. materiell nicht behandelt). Auch wenn der Einzelschiedsrichter, dessen Ablehnungsverfahren noch hängig sei, nicht hätte verfügen dürfen, zeige die Klagerückweisung, dass sie nicht verpflichtet sei, die strittigen Preiserhöhungen schiedsgerichtlich beurteilen zu lassen, zumal sie das Schiedsgericht ablehne und weder einer Schiedsabrede noch einer Schiedsverfahrensordnung zugestimmt habe. Schiedsgerichte könnten zwar kartellprivatrechtliche Auseinandersetzungen beurteilen, nicht jedoch Streitigkeiten, die sich in der Ausführung von "kartellverwaltungsrechtlich" angeordneten vorsorglichen Massnahmen ergeben. Ferner sei die von der Beschwerdegegnerin beantragte Sicherheitsleistung von CHF [...] gesetzlich nicht abgestützt und daher unzulässig. Zudem liesse eine Gutheissung ihres Begehrens auf Ergänzung die Lieferpflicht der Beschwerdegegnerin nicht entfallen.

G. Am 11. Juli 2003 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Am 29. Juli 2003 reichte die Beschwerdeführerin unaufgefordert einen Zeitschriftenartikel ein mit der Bitte, diesen zu den Akten zu nehmen. Nachdem diese Eingabe (samt Beilage) den Parteien zur Kenntnis zugestellt worden war, liess sich die Beschwerdeführerin am 31. Juli 2003 unaufgefordert dazu vernehmen.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. 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; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Zur Verfahrenssprache ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin als Adressatin der angefochtenen Verfügung in La Chaux-de-Fonds domiziliert ist und bisher sämtliche anwaltlichen Eingaben an die Vorinstanz beziehungsweise an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in deutscher Sprache eingereicht hat. Nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 37 erster Satz) eröffnen Bundesbehörden Verfügungen in der Amtssprache, in der die Parteien ihre Begehren gestellt haben oder stellen würden. Insofern hätte die Wettbewerbskommission die angefochtene (französisch verfasste) Verfügung nicht in der vom Sekretariat gewählten, von der Beschwerdeführerin bislang übrigens nicht beanstandeten Arbeitssprache treffen sollen. Massgebliche Verfahrenssprache ist hier somit Deutsch (vgl. auch: REKO/WEF 96/FB-001 E. 1, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 135 f.).

1.2. Die angefochtene Verfügung ist gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) ergangen.

1.2.1. Das Kartellgesetz 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- und 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).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission ist von den Verwaltungsbehörden unabhängig. Sie kann sich in Kammern mit selbstständiger Entscheidungsbefugnis gliedern. Sie kann ein Mitglied des Präsidiums im Einzelfall ermächtigen, dringliche Fälle oder Fälle untergeordneter Bedeutung direkt zu erledigen (Art. 19 Abs. 1 KG).

Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es stellt der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt (Art. 23 Abs. 1 KG). Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG). Im Verfahren der Vorabklärung besteht kein Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 Abs. 3 KG). Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung. Eine Untersuchung wird in jedem Fall eröffnet, wenn das Sekretariat damit von der Wettbewerbskommission oder vom Departement beauftragt wird (Art. 27 Abs. 1 KG). Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 Abs. 2 KG).

Die Wettbewerbsbehörden wahren das Amts- und Geschäftsgeheimnis (vgl. Art. 25 KG).

1.2.2. Vorliegend sind vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 KG weder ersichtlich noch werden sie geltend gemacht. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes steht somit ausser Frage.

1.3. Angefochten ist hier einzig der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 17. Februar 2003, der als erstinstanzliche Verfügung ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ablehnt und daher, gleich wie im Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2

Buchstabe g VwVG, als Zwischenverfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 VwVG zu qualifizieren ist (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.3, a.a.O.; REKO/WEF 97/FB-005 E. 1.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.).

Diese Zwischenverfügung kann nach Artikel 44 KG 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 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

1.4. 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 angefochtenen Verfügung - wie hier - um eine Zwischenverfügung, ist diese nur dann selbstständig 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 Abs. 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c und BGE 127 II 132 E. 2a; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, publiziert in: RPW 1999/4, S. 618 ff.).

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 darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Damit das Interesse eines Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist, muss der Nachteil so beschaffen sein, dass er nicht wieder gutzumachen ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c; 127 II 132 E. 2b; 125 II 613 E. 4; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

1.4.1. Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin als Adressatin der angefochtenen Verfügung mit ihrem Antrag auf Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen und daher formell beschwert. Hingegen substantiiert sie die Voraussetzung des "nicht wieder gutzumachenden Nachteils" im Abschnitt "Formelles" ihrer Beschwerdeeingabe nicht ausdrücklich. Sie verweist jedoch auf ihre materiellen Ausführungen zum "nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil", der Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bildet. Sie argumentiert im Wesentlichen, die Preiserhöhungen der Beschwerdegegnerin könnten ihre Stellung als Abnehmerin von *ébauches* und als Anbieterin auf dem nachgelagerten Markt für *mouvements*, auf welchem sie als Konkurrentin der Beschwerdegegnerin auftritt, beeinträchtigen.

Dies ist bei der Prüfung der Beschwerdelegitimation von Amtes wegen zu berücksichtigen. Dass die Legitimation gemäss Artikel 45 VwVG einen "nicht wieder gutzumachenden Nachteil", der Erlass vorsorglicher Massnahmen dagegen "nur" einen "nicht *leicht* wieder gutzumachenden Nachteil" voraussetzt, kann nicht ins Gewicht fallen. Denn die Voraussetzungen des Eintretens auf die Beschwerde gegen eine Verfügung, die den Erlass vorsorglicher Massnahmen ablehnt, können nicht strenger sein als die materiellen Voraussetzungen solcher Massnahmen (vgl. PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: SPR V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 473).

1.4.2. Je nachdem, ob die Beschwerdeführerin die beanstandeten Preiserhöhungen auf ihre Kunden überwälzt oder nicht, könnten diese zu Margenschmälerungen oder Absatzrückgang oder, falls ihre Abnehmer auf günstigere Angebote ausweichen können, gar zu Marktanteilsverlusten führen. Während vorübergehende Margenschmälerungen später kompensiert werden könnten, vermag der Verlust von Kunden einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken, weil er - trotz allfälliger Kompensationszahlungen durch die Beschwerdegegnerin - in der Regel nur beschränkt rückgängig gemacht werden kann. Unter diesen Umständen ist ein nicht wieder gutzumachender Nachteil durch die angefochtene Verfügung zu bejahen, weshalb der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zuzuerkennen ist (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).

Ob demgegenüber der für im Kartellverwaltungsverfahren zu erlassende vorsorgliche Massnahmen vorausgesetzte, nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil glaubhaft gemacht ist, bildet Gegenstand der materiellen Prüfung (vgl. E. 5.2 f.).

1.5. Die Beschwerdefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat 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).

1.6. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beziehungsweise die Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 verlangt wird (Rechtsbegehren 1).

2. Neben der Ablehnung des Erlasses vorsorglicher Preisbegrenzungsmassnahmen in Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe vor Erlass der Verfügungen vom 18. November 2002 beziehungsweise vom 17. Februar 2003 ihre Verfahrensrechte dadurch rechtswidrig beschnitten, dass sie die Eröffnung der Untersuchung wie auch die Anordnung des

einstweiligen Rechtsschutzes verzögert und sie unzulässigerweise an Zivilgerichte verwiesen habe. Zudem sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör durch mangelhafte Aktenführung und verweigerter Akteneinsicht verletzt worden, weshalb die Nichtgewährung der Akteneinsicht als "Verweigerung einer Verfügung" zu beurteilen sei.

Diese weiteren Rügen der Beschwerdeführerin scheinen im Ergebnis auf den Vorwurf an die Vorinstanz hinauszulaufen, sie habe Verfügungsmässiges Handeln unrechtmässig verzögert oder gar verweigert. Wie sich der Begründung des zweiten Rechtsbegehrens entnehmen lässt, scheint die Beschwerdeführerin ihrer Eingabe teilweise den Gehalt einer Rechtsverweigerungsbeschwerde beizumessen. Im Rechtsbegehren 2 verlangt sie, die Vorinstanz sei anzuweisen, ihr Einsicht in die Akten zu gewähren. Diese Interpretation der Beschwerde als Rechtsverweigerungsbeschwerde wird auch von der Beschwerdegegnerin geteilt.

Indessen macht die Beschwerdeführerin gleichzeitig auch geltend, die angefochtene Verfügung vom 17. Februar 2003 sei aufgrund der oben erwähnten Verfahrensfehler zustande gekommen und daher aufzuheben. Da dies im Ergebnis einer Anfechtung der Verfügung wegen formeller Fehler gleichkommt, stellt sich nachfolgend vorab die Frage, wie diese behaupteten Verfahrensverstöße prozessual zu behandeln sind.

2.1. Nach Artikel 70 Absatz 1 VwVG kann gegen eine Behörde, die eine Verfügung unrechtmässig verweigert oder verzögert, jederzeit Beschwerde wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung an die Aufsichtsbehörde erhoben werden. Eine Behörde verweigert das Recht, wenn sie es ausdrücklich ablehnt oder stillschweigend unterlässt, eine Entscheidung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet ist (sog. "formelle Rechtsverweigerung"). Bei der *Rechtsverzögerung* (als abgeschwächter Form der Rechtsverweigerung) gibt die Behörde zwar zu erkennen, dass sie sich mit der Sache befassen will, indessen verzögert sie deren Behandlung über Gebühr, indem sie den Entscheid nicht binnen der Frist trifft, die nach der Natur der Sache und nach der Gesamtheit der übrigen Umstände als angemessen erscheint (ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel 1998, § 5 Rz. 5.4 ff., S. 169).

Heisst die Aufsichtsbehörde die Beschwerde gut, so weist sie die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (vgl. Art. 70 Abs. 2 VwVG). Allerdings darf die Aufsichtsbehörde die Sache einzig mit der Weisung an die Vorinstanz zurückweisen, unverzüglich zu entscheiden (ATTILIO R. GADOLA, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, S. 127, mit Hinweisen). Angesichts ihrer funktionellen Zuständigkeit ist es der Aufsichtsbehörde verwehrt, eine (bisher nicht verfügte und daher) noch zu verfügende Streitfrage materiell zu beurteilen oder der Vorinstanz verbindliche Weisungen zu erteilen,

wie sie materiell zu entscheiden oder welche Gesichtspunkte sie zu berücksichtigen habe (vgl. MOSER/UEBERSAX, a.a.O., § 5 Rz. 5.5, S. 169).

2.2. Ob die geltend gemachten Verfahrensverletzungen als Rechtsverweigerungs- beziehungsweise Rechtsverzögerungsbeschwerden entgegenzunehmen sind, hängt einerseits davon ab, ob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hier als *sachlich zuständige* Aufsichtsbehörde zu betrachten ist (vgl. nachfolgend: E. 2.2.1). Zudem muss die Beschwerdeführerin zur Behandlung ihrer Rügen über ein genügendes *aktuelles Rechtsschutzinteresse* verfügen (vgl. nachfolgend: E. 2.2.2), das einzig im Interesse bestehen kann, dass die zuständige Behörde tätig wird und die bisher zu Unrecht verzögerte oder gar verweigerte Verfügung erlässt. Hat die Verwaltung bereits einen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anfechtbaren Entscheid erlassen, kann grundsätzlich keine Rechtsverweigerung vorliegen. Indessen dauert nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Rechtsverweigerung fort, soweit sich der Entscheid mit den Anliegen der beschwerdeführenden Partei in keiner Weise befasst (MOSER/UEBERSAX, a.a.O., Rz. 5.4, S. 169, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

2.2.1. Zwar ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nach Artikel 44 KG primär Beschwerde- und nicht Aufsichtsinstanz im Sinne von Artikel 70 Absatz 1 VwVG. Steht jedoch in einer Streitsache der Beschwerdeweg ans Bundesgericht offen und sind diesem eidgenössische Rekurskommissionen vorgeschaltet, so müssen Beschwerden wegen Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung auch an diese Instanzen gehen (MOSER/UEBERSAX, a.a.O., § 5 Rz. 5.3, S. 168, mit Verweis auf: VPB 60.76 E. 1a sowie Entscheid des Bundesrates vom 7. Mai 1997; gl. M.: Rekurskommission EVD im unveröffentlichten Beschwerdeentscheid vom 26. September 2002 i.S. M. [02/HB-007 E. 1.2]).

Im vorliegenden Fall sind Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Zusammenhang mit Verfügungen der Wettbewerbsbehörden in Anwendung des KG grundsätzlich an das Bundesgericht weiterziehbar, da keine verfahrensrechtlichen Ausnahmebestimmungen greifen (vgl. Art. 97 ff. des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110). Steht hier der Beschwerdeweg ans Bundesgericht offen, ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sachlich zuständig, die Rügen der Beschwerdeführerin, wonach die Vorinstanz verfüungsmässiges Handeln unrechtmässig verweigert (bzw. verzögert) habe, als Rechtsverweigerungsbeschwerde (bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde) zu behandeln (MOSER/UEBERSAX, a.a.O., Rz. 5.3, S. 168; vgl. im Unterschied dazu die Konstellation in REKO/WEF 99/FB-009 E. 1.3, publiziert in: RPW 2000/1, S. 100 ff.).

2.2.2. Im vorliegenden Fall wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 17. Februar 2003 das Begehren der Beschwerdeführerin ab, die bean-

tragte Änderung der Verfügung vom 18. November 2002 vorzunehmen. Damit hat die Wettbewerbskommission einen anfechtbaren Entscheid erlassen. Die Beschwerdeführerin hat diese Verfügung unter anderem auch mit Berufung auf Verfahrensfehler angefochten, welche sich angeblich auf die verweigerte Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 ausgewirkt haben sollen. Gleichzeitig hat die Beschwerdeführerin auch vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Wesentlichen dasselbe Rechtsbegehren wie vor der Vorinstanz gestellt (vgl. Rechtsbegehren 1).

Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin ein aktuelles Rechtsschutzinteresse daran haben könnte, dass hier die angeblich verzögerte Eröffnung der Untersuchung beziehungsweise die angeblich verzögerte Anordnung des einstweiligen Rechtsschutzes sowie der ihrer Ansicht nach unzulässige Verweis an Zivilgerichte als selbstständige Rechtsverweigerungs- beziehungsweise Rechtsverzögerungsbeschwerden behandelt werden, nachdem diese Verfahrensrügen nachfolgend vorab im Zusammenhang mit dem vorinstanzlichen Verfahren zu prüfen sind, das zum Erlass der hier angefochtenen Verfügung geführt hat. Diese Überlegungen gelten sinngemäss auch in Bezug auf die angeblich verweigerte Akteneinsicht (vgl. dazu im Einzelnen: E. 4).

Auf die vorliegende Beschwerde ist daher nicht einzutreten, soweit darin Rechtsverweigerung (bzw. Rechtsverzögerung) geltend gemacht wird.

3. Wie bereits erwähnt, bemängelt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Erlass der angefochtenen Verfügung vorab, das Sekretariat habe - trotz Vorliegen von diversen Eingaben von Unternehmen zum missbräuchlichen Verhalten der ETA SA - die Eröffnung der Untersuchung sowie den notwendigen einstweiligen Rechtsschutz ungebührlich lange hinausgeschoben und sie für einen raschen Rechtsschutz an den Zivilrichter verwiesen. Dies sei jedoch nicht zumutbar und mit unnötigen Doppelspurigkeiten verbunden. Sie dürfe sich zu ihrem individuellen und praktischen Nutzen auf Normen berufen, welche auf den Schutz von Allgemeininteressen zielten. Die Wettbewerbskommission müsse als eigentliche sachkompetente Behörde das KG von Amtes wegen richtig durchsetzen. Vertreter der Wettbewerbsbehörden hätten ihr für den Fall, dass sie die einvernehmliche Regelung nicht akzeptiere, einen Entscheid für frühestens Ende 2002 in Aussicht gestellt. Eine solche amtliche Druckausübung sei rechtsstaatlich nicht zulässig.

Das Sekretariat hält diese Kritik für unbegründet. Die Wettbewerbskommission als Verwaltungsbehörde und die Zivilgerichte verfügten in Wettbewerbsfragen über parallele Zuständigkeiten, die sich gegenseitig nicht ausschlossen. Im vorliegenden Fall seien die vorsorglichen Massnahmen im Übrigen mehr als ein Monat vor der beabsichtigten

Umsetzung der Geschäftspraktiken durch die Beschwerdegegnerin und damit rechtzeitig erlassen worden. Auf die Beschwerdeführerin sei in keiner Weise Druck ausgeübt worden.

Angesichts der wesentlichen Meinungsdivergenzen der Parteien betreffend Wesen und Tragweite des nach KG *verwaltungsverfahrensmässig* implementierten vorsorglichen Rechtsschutzes und der daraus resultierenden Rechtspositionen ist vorab die einschlägige Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in Erinnerung zu rufen (E. 3.1). Vor diesem Hintergrund ist auf die Kritik der Beschwerdeführerin näher einzugehen (E. 3.2 f.).

3.1. Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass unter Umständen sofort nach Einleitung eines Verwaltungsverfahrens die Anordnung vorsorglicher Massnahmen notwendig sein kann. Solche Massnahmen zielen darauf ab, eine später zu treffende definitive Anordnung sicherzustellen, den Gegenstand der Anordnung zu sichern, einen gefährlichen Zustand zu beseitigen oder den Vollzug einer Verfügung zu gewährleisten. Als *sichernde* Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten, als *gestaltende* Massnahmen wollen sie ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in bestimmter Weise ordnen (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1089; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 290 ff.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 332; REKO/WEF 97/FB-005 E. 1.3.1, a.a.O.).

3.1.1. Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist die Wettbewerbskommission befugt, nach Einleitung eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens von sich aus oder auf Antrag (bzw. auf Anzeige) hin vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 3, a.a.O.; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts vom 3.11.1997 i.S. S. [2A.198/1997], publiziert in: RPW 1997/4, S. 618 ff.; REKO/WEF 97/FB-005 E. 1.3.1 und E. 2.1, a.a.O.; REKO/WEF 99/FB-007 E. 3.1, a.a.O.).

Zwar enthält das VwVG keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen in nicht streitigen Verwaltungsverfahren. Lehre und Rechtsprechung nehmen hier eine Lücke an und bejahen analog zu Artikel 56 VwVG die Zulässigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes, weil das Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts dies erheischen kann. Der Verweis in Artikel 39 KG auf das VwVG schliesst auch die im nicht streitigen Verfahren nach Lehre und Rechtsprechung zulässigen vorsorglichen Massnahmen ein (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 468, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Verschiedentlich wird die Grundlage des vorläufigen Rechtsschutzes unmittelbar in derjenigen materiellrechtlichen Norm erblickt, deren Durchsetzung vorläufig geschützt werden soll (PATRICK SCHÄDLER,

Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 42 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS, a.a.O., Rz. 1090, S. 212; ATTILIO R. GADOLA, a.a.O., S. 377; CHRISTOPH SCHAUB, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1990, S. 41 ff. und 61 ff.).

3.1.2. Im Kartellverwaltungsverfahren besteht sodann die Besonderheit, dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen *von Amtes wegen* im Vordergrund steht. Die zuständige Behörde hat dann einzuschreiten, wenn und soweit Sinn und Zweck der Anwendung des materiellen Rechts es erfordern (vgl. REKO/WEF 97/FB-005 E. 2, a.a.O.; ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 367). Weil die Wettbewerbskommission gesetzlich beauftragt ist (vgl. Art. 18 ff. KG), *das öffentliche Interesse am wirksamen Wettbewerb und seiner grundlegenden Funktionen zu wahren*, ist dieses ausschlaggebend für ein verwaltungsbehördliches Einschreiten mittels vorsorglicher Massnahmen (vgl. auch PAUL RICHLI, a.a.O., S. 470 f. mit weiteren Hinweisen, insbes. auf: REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1 f., a.a.O.; REKO/WEF 99/FB-001 E. 3.3, publiziert in: RPW 2000/4, S. 703 ff.; zustimmend: PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 98 ff.; STEFAN BILGER, a.a.O.; S. 316 ff.).

Insofern steht im *Kartellverwaltungsverfahren* - im Unterschied zu vorsorglichen Massnahmen im Zivilverfahren (vgl. Art. 17 KG) - nicht der Schutz privater Interessen im Vordergrund (REKO/WEF 99/FB-001 E. 3.3, a.a.O.). Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein betroffenes Unternehmen vorsorgliche Massnahmen beantragt. Denn die materiellen Bestimmungen des KG (vgl. Art. 5 ff.) sind als so genannte *Doppelnormen* zugleich öffentlich-rechtlicher wie auch privatrechtlicher Natur (vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 1 f.; CHRISTOPH G. LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000, S. 5 f.; zum Begriff der Doppelnormen: HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 268 ff.), weshalb das KG zum Schutz individueller Rechtspositionen - *komplementär* zum Verwaltungsverfahren - ein zivilrechtliches Verfahren vorsieht (REKO/WEF 99/FB-001 E. 3.3, a.a.O. mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; REKO/WEF 00/FB-001 E. 8, publiziert in: RPW 2001/4, S. 820 ff.; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 113 ff.; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 313 ff.).

3.1.3. Da vorsorgliche Massnahmen der Wettbewerbskommission in dringenden Situationen der vorgezogenen Durchsetzung des materiellen Rechts zum Schutz des *öffentlichen Interesses am wirksamen Wettbewerb* dienen müssen, stellt ihr Erlass relativ hohe Anforderungen an eine günstige Erfolgsprognose (vgl. im Allgemeinen: PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 128 ff.; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 328 f.).

Deshalb muss im Rahmen kartellgesetzlicher Untersuchungsverfahren wahrscheinlich sein, dass sich die Wettbewerbsabrede oder die Verhal-

tensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach erfolgter materieller Prüfung als unzulässig herausstellen wird. Lässt sich eine solche Beurteilung in einem Verfahren noch nicht vornehmen, ist bei verwaltungsrechtlichen vorsorglichen Massnahmen Zurückhaltung geboten. Dies folgt aus dem Legalitätsprinzip, nach welchem sich alles Verwaltungshandeln (d.h. hier die provisorische Anwendung des materiellen Rechts) auf eine gesetzliche Grundlage stützen muss (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 368 ff.). Da der Gesetzmässigkeitsgrundsatz Grundlage und Schranke allen staatlichen Handelns ist, wird in der Lehre betreffend vorsorgliche Massnahmen mit Recht darauf hingewiesen, dass solche Massnahmen ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage und ohne Regelung der Voraussetzungen und des Verfahrens problematisch sind (PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 46 ff., insbes. 157 ff.; vgl. allg.: ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 313 ff.). Im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit (d.h. zum Schutzes der Rechtsunterworfenen vor willkürlichen staatlichen Eingriffen) wäre die Schaffung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für das Kartellrecht, wie sie in der Lehre postuliert wird (vgl. PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 159), zu begrüssen.

3.2. Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die Eröffnung einer Untersuchung in unzulässiger Weise hinausgezögert, ist vorweg festzuhalten, dass das Sekretariat auf Anzeige der Beschwerdeführerin vom 23. August 2002 am 3. Oktober 2002 eine Vorabklärung und am 4. November 2002 eine Untersuchung eröffnete. Inwiefern dieser Zeitrahmen unzumutbar lang sei soll, ist nicht ersichtlich. Auch die Beschwerdeführerin hat diese Rüge nicht weiter substantiiert, weshalb sie ins Leere stösst.

In der Sache erweist sich diese Rüge zudem insbesondere aufgrund folgender Überlegungen als unbegründet. Es besteht weder ein Anspruch auf Durchführung einer Vorabklärung noch ein Anspruch auf Eröffnung und Durchführung einer Untersuchung (REKO/WEF 97/FB-005, E. 2.1, a.a.O.; REKO/WEF 99/FB-009 E. 1.2.2, a.a.O.; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 26, Rz. 12, Art. 27, Rz. 9; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 175 ff.). Die Ablehnung, eine Vorabklärung durchzuführen oder eine Untersuchung zu eröffnen, ist keine Verfügung, gegen welche ein Rechtsmittel offen stünde. Denn mit diesen Beschlüssen wird kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben, wie es der Verfügungsbegriff nach Artikel 5 Absatz 1 VwVG voraussetzt (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.5, a.a.O.; REKO/WEF 98/FB-001 E. 1.4, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655 ff.).

Ob eine Vorabklärung einzuleiten ist, liegt im pflichtgemässen Ermessen des Sekretariates der Wettbewerbskommission (REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, a.a.O.). Selbst wenn nach durchgeführter Vorabklärung konkrete Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschrän-

kung sowie ein öffentliches Interesse an deren Beseitigung bestünden, so dass eine Untersuchung grundsätzlich zu eröffnen wäre, heisst dies nicht, dass die Wettbewerbsbehörden (Sekretariat bzw. Wettbewerbskommission) sofort aktiv werden müssten; die Festlegung der Prioritäten obliegt im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten der Wettbewerbskommission (Art. 27 Abs. 2 KG; dazu auch: STEFAN BILGER, a.a.O., S. 170 ff.).

Besteht nach dem KG kein Anspruch auf Eröffnung einer Vorabklärung oder einer Untersuchung, können die Eröffnung der Vorabklärung und die Eröffnung der Untersuchung von den Wettbewerbsbehörden auch nicht in unzulässiger Weise verzögert worden sein.

Die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerin sind daher unbegründet.

3.3. Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin sinngemäss, die Wettbewerbsbehörden hätten die Anordnung des vorsorglichen Rechtsschutzes in unzulässiger Weise hinausgezögert. Ferner seien ihre Verfahrensrechte dadurch beschnitten worden, dass die Vorinstanz sie in Missachtung des gesetzlichen Auftrages, das KG einschliesslich des vorsorglichen Rechtsschutzes von Amtes wegen anzuwenden, fälschlicherweise an den Zivilrichter verwiesen habe. Weil die Wettbewerbskommission verpflichtet sei, das "Kartellverwaltungsrecht" von Amtes wegen anzuwenden, sei die Einsetzung eines Schiedsgerichts zur Prüfung von Preissmissbräuchen nichtig.

Implizit verlangt die Beschwerdeführerin mit diesen Rügen, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen solle die Vorinstanz im Falle der Gutheissung ihrer Beschwerde anweisen, ihre Anliegen hinsichtlich der Preisgestaltung (durch die Beschwerdegegnerin) ausschliesslich im Verwaltungsverfahren zu behandeln. Im selben Zusammenhang scheint die Beschwerdeführerin zusätzlich den Umstand zu bemängeln, dass die Wettbewerbskommission ihr zweites Gesuch um Prüfung der vorsorglichen Preisbegrenzungsmassnahme erst behandelte, nachdem sie den Verweis an das Zivil- beziehungsweise Schiedsgericht abgelehnt und auf einer formellen Verfügung beharrt hatte.

3.3.1. Zur Rüge, wonach die Vorinstanz die Anordnung des vorsorglichen Rechtsschutzes in unzulässiger Weise hinausgezögert habe, ist festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission bereits am 18. November 2002 (d.h. rund zwei Wochen nach Eröffnung der Untersuchung) vorsorglich anordnete, die Beschwerdeführerin sei weiterhin zu beliefern.

Wie das Sekretariat zu Recht betont, wurden zur Sicherstellung der Lieferpflicht der Beschwerdegegnerin mehr als ein Monat vor der beabsichtigten sukzessiven Lieferreduktion vorsorgliche Massnahmen erlassen, und die Behandlung des Begehrens um vorsorgliche Preisbegrenzung nahm nur rund zwei Monate in Anspruch. Auch hier erwei-

sen sich die Bedenken der Beschwerdeführerin als unbegründet, zumal nicht ersichtlich ist, inwiefern der von den Wettbewerbsbehörden beanspruchte Zeitrahmen unzumutbar lang gewesen sein soll. Dasselbe gilt auch in Bezug auf das Gesuch vom 16. Dezember 2002 um vorsorgliche Preisbegrenzungsmassnahmen, nachdem die Vorinstanz am 17. Februar 2003 auf dieses eingetreten ist (und es mangels Erfüllung der Voraussetzungen abgewiesen hat).

Somit kann weder für die Zeit vor der Eröffnung der Untersuchung noch für die Zeit danach von einer Verzögerung der Anordnung vorsorglicher Massnahmen die Rede sein.

3.3.2. Zur Frage des angeblich unzulässigen Verweises an den Zivilrichter ist festzuhalten, dass das KG zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Bestimmungen (Art. 5 ff. KG) zwei Verfahren vorsieht, ein zivilrechtliches (Art. 12 ff. KG) und ein verwaltungsrechtliches (Art. 18 ff. KG). Die Zuständigkeiten der Zivilgerichte und der Wettbewerbskommission sind parallel und damit bewusst "doppelspurig" ausgestaltet, was die Beschwerdeführerin zu verkennen scheint (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 3.2.3, a.a.O.; REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, a.a.O.; REKO/WEF 99/FB-007 E. 3.1, a.a.O.; REKO/WEF 00/FB-001 E. 8, a.a.O.; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 113 ff.; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 313 ff.).

Weder schliesst ein vor der Wettbewerbskommission hängiges Verfahren einen (parallelen) Zivilprozess in der gleichen Sache (oder in einem Teilbereich davon) aus, noch hindert ein anhängig gemachter Zivilprozess ein Einschreiten der Wettbewerbskommission. Allerdings ist die Behandlung paralleler Gesuche von den Zivilgerichten und der Wettbewerbskommission zu koordinieren (durch allfällige Sistierungen von Verfahren etc.), damit keine sich widersprechenden Entscheide ergehen (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 473; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 316; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 116 f.). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin existiert somit kein von der Wettbewerbskommission von Amtes wegen durchzusetzendes materielles "Kartellverwaltungsrecht". Das KG kennt nur als "materiellrechtliche Bestimmungen" bezeichnetes *einheitliches materielles Recht*, das je nach Sachlage zivilprozessrechtlich oder verwaltungsverfahrenrechtlich durchsetzbar ist (vgl. Überschrift zum 2. Kapitel des KG, Art. 5-11 KG sowie Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 522, nachfolgend: Botschaft KG; CHRISTOPH G. LANG, a.a.O., S. 12 f.; HUBERT STÖCKLI, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung - Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg 1999, S. 4 f.; sowie: E. 3.1.2).

Zwar wurden das Ziel des Kartellzivilrechts und seine Funktion anlässlich der Kartellgesetzrevision von 1995 nur in den Grundzügen geklärt (vgl. REGULA WALTER, Komm. KG, a.a.O., Vorb. Art. 12-17, Rz. 1 ff., Rz. 5, mit weiteren Hinweisen) und die Abgrenzung der beiden Verfahren nicht ausdrücklich geregelt. Aus der primären Aufgabe der Wettbe-

werbskommission, das öffentliche Interesse am wirksamen Wettbewerb und seinen grundlegenden Funktionen zu wahren (vgl. E. 3.1.2), ergibt sich jedoch, dass die Zivilgerichte in erster Linie zuständig sind zum Schutz privater Interessen vor unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen und indirekt zum Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 470 ff.; CHRISTOPH G. LANG, a.a.O., S. 3 ff.).

Die Doppelspurigkeit des Rechtswegs besteht nicht nur hinsichtlich der Hauptverfahren, sondern auch bezüglich vorsorglicher Massnahmen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat bereits verschiedentlich ausgeführt, dass auch für die Zeit nach eröffneter Untersuchung erhebliche Zweifel daran bestehen, ob im Verwaltungsverfahren ein Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen existiert (REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, a.a.O.). Denn die Bejahung eines solchen Anspruchs hätte zur Folge, dass die Beteiligten die Ausrichtung von Untersuchungen in einer Weise mitbestimmen könnten, welche der Wahrung der öffentlichen Interessen am wirksamen Wettbewerb zuwiderlaufen oder diese im Extremfall sogar vereiteln könnte. Es gilt zu verhindern, dass Beteiligte die Thematik des Endentscheides durch ihre Begehren determinieren. Ähnliche Überlegungen führen auch in Untersuchungsverfahren über die Wettbewerbsbestimmungen der Europäischen Union (Art. 81 f. EGV, ex-Artikel 85 f. EGV) zu eingeschränkten Antragsrechten der Beteiligten mit Bezug auf die Einleitung kartellrechtlicher Untersuchungen und den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch die Europäische Kommission (vgl. dazu: REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, mit Hinweisen auf die Rechtslage in der EU, a.a.O.).

Zum gleichen Schluss führt die Überlegung, dass das KG ein Zivilverfahren zur Verfügung stellt, das dieselben materiellrechtlichen Bestimmungen (Doppelnormen, vgl. E. 3.1.2) des KG implementieren will wie das Verwaltungsverfahren. Soll das "kartellzivilrechtliche Verfahren" seine Funktionalität neben dem "kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren" entfalten können, ist zu vermeiden, dass die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in einer Weise angewendet werden, welche das Zivilverfahren mehr oder weniger hinfällig machen. Eine solche *Entfunktionalisierung des Zivilverfahrens* könnte eintreten, wenn private Wirtschaftssubjekte durch Anträge an die Wettbewerbskommission mit geringem Prozessrisiko einen vorsorglichen Rechtsschutz zu erwirken berechtigt wären, der womöglich keinen funktionalen Zusammenhang mit der primären Aufgabe der Wettbewerbskommission hätte, im öffentlichen Interesse den wirksamen Wettbewerb zu schützen. Ihnen steht daher zur Wahrung ihrer Interessen in erster Linie der zivilrechtliche Weg wegen unzulässiger Behinderung im Wettbewerb offen, einschliesslich des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Artikel 17 KG (vgl. auch: REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, a.a.O.; gleicher Meinung: PAUL RICHLI, a.a.O., S. 472 f.).

Aus diesen Überlegungen folgt für die von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bisher offen gelassene Frage, ob im nicht streitigen Kartellverwaltungsverfahren nach eröffneter Untersuchung ein Rechtsanspruch privater Rechtssubjekte auf vorsorgliche Massnahmen besteht (vgl. REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, a.a.O.; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 99; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 317 ff.), dass ein solcher Anspruch im Kartellverwaltungsverfahren nur subsidiär und höchstens insoweit bestehen kann, als die Wahrung des öffentlichen Interesses das Einschreiten der Wettbewerbskommission verlangt. Dabei hat die Wettbewerbskommission darauf abzustellen, ob sie die beantragte Massnahme auch von Amtes wegen angeordnet hätte (vgl. PAUL RICHLI, a.a.O., S. 471).

Den von möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Unternehmen steht hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen somit keineswegs die freie Wahl zwischen dem zivil- und dem verwaltungsrechtlichen Verfahren zu, wie die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, wenn sie ausführt, sie habe das verwaltungsrechtliche Verfahren nicht gewählt, um an den Zivilrichter verwiesen zu werden. Die Beschwerdeführerin hätte in dieser Situation zur Wahrung ihrer Interessen parallel auch ein Gesuch bei den zivilrechtlich zuständigen Instanzen anhängig machen müssen.

3.3.3. Die Darlegungen der Beschwerdeführerin zu Zumutbarkeit, Zweckmässigkeit und Effizienz paralleler Zuständigkeiten sind unbehelflich, da das KG selber zwei parallele Verfahren zur Durchsetzung der einheitlichen materiellrechtlichen Bestimmungen vorsieht. Aus dem Argument, Private dürften sich auf Normen berufen, welche den Schutz von Allgemeininteressen betreffen, und das KG sei aus dem Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit gewachsen, ergibt sich ebenfalls keine gegenteilige Schlussfolgerung. Denn mit dem KG ist - im Unterschied zur altrechtlichen Ordnung (vgl. Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartelle und ähnliche Organisationen, AS 1986 874, 1992 288 Anh. Ziff. 12) - der Institutsschutz in den Vordergrund gerückt (Botschaft KG, S. 497 ff.; LANG, a.a.O., S. 3 ff.). Dass Private sich auf Normen berufen können, welche den Schutz öffentlicher Interessen bezwecken, entbindet sie nicht davon darzutun, inwiefern solche öffentliche Interessen tangiert sind.

Diese Erwägungen zeigen, dass sich das Vorgehen des Sekretariats, die Beschwerdeführerin an den Zivilrichter zu verweisen, und deren Gesuch um vorsorgliche Preisbegrenzung erst nach ihrem Beharren auf einem förmlichen Entscheid zu behandeln, im Grundsatz nicht beanstanden lässt. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen könnte die Vorinstanz allenfalls dann anweisen, sich mit einem solchen Begehren selber auseinander zu setzen, wenn sie einen Nichteintretensentscheid gefällt hätte, obwohl ein öffentliches Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs glaubhaft gemacht ist.

Hier teilte die Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin frühzeitig mit, die Voraussetzungen, um von Amtes wegen gegen die Preiserhöhungen einzuschreiten, seien nicht erfüllt. In der Folge hat die Wettbewerbskommission das Gesuch der Beschwerdeführerin, die beanstandeten Preiserhöhungen vorsorglich zu begrenzen, dennoch materiell behandelt. Dass sie dies erst tat, nachdem die Beschwerdeführerin auf einer förmlichen Verfügung beharrt hatte, ist aufgrund des Gesagten nicht zu beanstanden, zumal dieser Entscheid trotz allem innert nützlicher Frist erging (vgl. E. 3.3.1). Nachdem die Vorinstanz die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen im Verwaltungsverfahren materiell nur teilweise geprüft hat, könnte allenfalls eine abweichende Beurteilung der Nachteilsprognose durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen (vgl. E. 5.2).

3.3.4. Das in Ziffer 1.6 der Verfügung vom 18. November 2002 vorgesehene Schiedsgericht schliesslich kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht als "nichtig" Einsetzung einer unzuständigen Instanz interpretiert werden.

Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, so dass diese vom Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich ist. Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann *jederzeit* geltend gemacht werden (HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 955, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Nach der bundesgerichtlichen *Evidenztheorie* ist Nichtigkeit nur anzunehmen, wenn eine Verfügung (1) einen besonders schweren Mangel aufweist, der (2) offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein muss. Zudem darf die Annahme der Nichtigkeit (3) die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden (vgl. dazu: HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., Rz. 955 ff., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Ziffer 1.6 der Verfügung vom 18. November 2002 ist schon deshalb *nicht* als "nichtig" zu betrachten, weil das KG die beanstandete "Doppelspurigkeit" von zivilprozessualer und verwaltungsverfahrensrechtlicher Implementierung seiner materiellen Bestimmungen explizit vorsieht (vgl. E. 3.3.2).

Insofern hat die Vorinstanz keine Zuständigkeiten an eine andere Behörde "delegiert". Vielmehr bleibt die Beschwerdeführerin frei, beim ordentlichen Zivilrichter den Erlass vorsorglicher Massnahmen zu beantragen. Es erscheint jedoch vorteilhafter, das Schiedsgericht mit dieser Angelegenheit zu befassen, da die Unterziehung der Beschwerdegegnerin unter dieses eine Beweislastumkehr zu Gunsten klagender Parteien vorsieht. Dies kommt der Beschwerdeführerin prozessual zweifellos entgegen.

3.3.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass keine Pflicht der Wettbewerbskommission besteht, sich - unabhängig vom Vorliegen eines öffentlichen Interesses an Massnahmen zum Schutz wirksamen Wettbe-

werbs - mit Gesuchen Privater um vorsorglichen Rechtsschutz auseinander zu setzen. Entsprechend kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie hätte sich quasi als einzige Behörde mit dem Begehren der Beschwerdeführerin befassen müssen.

Schliesslich findet auch die von der Beschwerdeführerin vertretene Interpretation der Verfügung vom 18. November 2002, wonach die Beschwerdegegnerin nur nach vorgängiger Einigung mit ihren Abnehmern befugt sei, die Preise zu erhöhen, oder allenfalls *nachdem* das Schiedsgericht dies bewilligt habe, im Wortlaut der Verfügung keine Stütze.

4. Als weitere Verfahrensrüge bringt die Beschwerdeführerin schliesslich vor, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden.

Im Einzelnen argumentiert die Beschwerdeführerin, sie habe keine Kenntnis davon, was sich in der Preisfrage zwischen der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz abgespielt habe. Nachdem Vertreter der Beschwerdegegnerin ihr mitgeteilt hätten, die Preiserhöhungen seien am 28. November 2002 anlässlich einer Sitzung mit der Wettbewerbskommission besprochen worden, habe sie die Vorinstanz am 13. Dezember 2002 ersucht, ihr das diesbezügliche Dossier zur Einsicht zuzustellen. Statt Akteneinsicht zu gewähren, habe das Sekretariat ihr mitgeteilt, zu dieser Frage bestehe kein offizielles Dossier. Die Beschwerdeführerin befürchtet daher, zu dieser Frage bestünden inoffizielle Akten, die ihr vorenthalten würden. Sie rügt die Durchführung informeller Besprechungen mit einer Partei, die gegen das Verbot des Berichtens verstiesse. Die Aktenführung sei mangelhaft, da zu dieser Besprechung keine Aktennotiz existiere. Bei Lückenhaftigkeit der Akten bestehe keine Gewähr, dass das Einsichtsrecht umfassend und hinsichtlich aller Fragen, die Grundlagen einer späteren Verfügung sein könnten, wahrgenommen werden könne. Sie habe daher am 18. Dezember 2002 erneut um Akteneinsicht nachgesucht, eventualiter um eine verfügungsweise Ablehnung derselben. Erst am 18. Februar 2002 habe sie ein Aktenverzeichnis erhalten; die seit dem 31. Dezember 2002 eingegangenen Akten seien wegen Geschäftsgeheimnissen jedoch nach wie vor nicht verfügbar gewesen. Ferner beanstandet sie, dass Beteiligte anonym geblieben sind sowie im Vorfeld der Untersuchung Triagen vorgenommen worden sind.

Dem hält das Sekretariat entgegen, die Beschwerdegegnerin habe die Wettbewerbskommission nie über eine geplante Preiserhöhung orientiert, sondern vielmehr dem Sekretariat am 28. November 2002 eine als vertraulich bezeichnete Preisliste übergeben, die kommentarlos entgegen genommen und ins Aktenverzeichnis aufgenommen worden sei. Das Thema "Preise" sei nie Gegenstand von Besprechungen, Diskussionen oder Verhandlungen zwischen der Wettbewerbskommission und der Beschwerdegegnerin gewesen. Die Beschwerdeführerin sei rund eineinhalb Wochen später über die Preiserhöhungen in Kenntnis

gesetzt worden und habe daraufhin das entsprechende Verfahren um vorsorgliche Massnahme eingeleitet. Zur Untersuchung bestehe sehr wohl ein offizielles Dossier. Dieses habe aber zur Frage der Preisgestaltung im fraglichen Zeitpunkt nichts enthalten. Nur bezüglich der Preisgestaltung sei der Beschwerdeführerin mitgeteilt worden, es bestehe kein Dossier. Insofern sei nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin in ihren Verfahrensrechten verletzt sein soll. Abgesehen von der Phase der Vorabklärung habe die Beschwerdeführerin volle Akteneinsicht erhalten.

4.1. Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführerin vom Sekretariat, welches für die Gewährung von Akteneinsicht zuständig ist (vgl. Art. 23 Abs. 1 KG), mehrfach mündlich, schriftlich und mit einlässlicher Begründung darüber informiert wurde, dass und inwiefern ihr Gesuch um vorsorgliche Preisbegrenzungsmaßnahmen ein Einschreiten der Wettbewerbskommission im öffentlichen Interesse am wirksamen Wettbewerb nicht erlaube. Die Beschwerdeführerin hatte mehrfach Gelegenheit, ihre diesbezüglichen Ausführungen zu ergänzen und zu substantiieren, inwiefern die Voraussetzungen, die im Kartellverwaltungsverfahren an solche Massnahmen gestellt werden, erfüllt seien. Ferner konnte sie, ebenfalls in Wahrnehmung ihres Gehörsanspruchs, zum Verfügungsentwurf vorgängig Stellung nehmen. Die Verfügung enthält keine Elemente, zu welchen sich die Beschwerdeführerin nicht hätte äussern können.

Die Beschwerdeführerin war damit umfassend über die Gründe informiert, die zur Ablehnung ihres Begehrens führten, und wurde dazu wiederholt angehört. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt deshalb nicht vor.

Dass ihr keine Einsicht in preisrelevante Unterlagen gewährt werden konnte, da die Akten solche damals - mit Ausnahme der Preisliste, die der Beschwerdeführerin selbst vorlag - nicht enthielten (und angesichts der Entwicklung des Verfahrens auch nicht enthalten konnten, vgl. nachfolgende E. 4.2), ändert daran nichts.

4.2. Den Akten lässt sich ferner entnehmen, dass die Frage, ob die Preiserhöhungen der Beschwerdegegnerin als unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens qualifiziert werden müssen, Gegenstand des Hauptverfahrens ist. Diese Frage stellte sich im Untersuchungsverfahren erst, nachdem die Beschwerdeführerin die Preisaufschläge näher analysiert und die Vorinstanz auf "neuerliche Missbräuche" aufmerksam gemacht hatte. Dies geschah erst Mitte Dezember 2002. Die Vorinstanz erweiterte den zunächst auf die Frage des angekündigten Lieferstopps beschränkten Gegenstand der Untersuchung in der Folge auf einen möglichen Preissmissbrauch (vgl. den ausführlichen Fragebogen vom 25. Februar 2003 an die Beschwerdegegnerin).

Die Beschwerdeführerin wird die entsprechenden Unterlagen im Lauf des Verfahrens einsehen können. Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf die Untersuchungsakten, nicht auf die zur Vorabklärung zugehörigen und mit "Triage" bezeichneten Ordner (vgl. Art. 26 Abs. 3 KG). Bei der Gewährung des Akteneinsichtsrechts ist von Bedeutung, dass die Wettbewerbskommission (bzw. ihr Sekretariat) gemäss Artikel 25 KG Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten zu wahren hat. Diesbezüglich kann auch relevant sein, dass diverse Beteiligte mit Rücksicht auf ihre Stellung als Abnehmerinnen der Beschwerdegegnerin in den Akten nicht namentlich genannt werden wollen. Die Prüfung, welche Angaben welcher Beteiligter im Verhältnis zu welchen anderen Beteiligten unter das Geschäftsgeheimnis fallen und welchen Beteiligten welche Angaben in welchem Umfang offenbart werden dürfen, ist sachlich anspruchsvoll und zeitlich aufwändig. Dem Sekretariat muss die dafür erforderliche Zeit eingeräumt werden. Insofern ist nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin bereits - wie hier - in einem frühen Zeitpunkt der Untersuchung volle Akteneinsicht erhalten sollte.

4.3. Immerhin seien der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen folgende kritische Hinweise zum bisherigen Untersuchungsverfahren vor den Wettbewerbsbehörden gestattet, und zwar zum Zustandekommen der (hier nicht angefochtenen) Verfügung vom 18. November 2002. Diese Hinweise drängen sich im Interesse der Rechtssicherheit und der gebotenen Verbesserung der Führung erstinstanzlicher Kartellverwaltungsverfahren auf, auch wenn hier in den Bestand dieser rechtskräftigen Verfügung nicht eingegriffen werden kann.

4.3.1. Die Wettbewerbskommission stützte die Verfügung vom 18. November 2002 auf eine "einvernehmliche Regelung" mit der Beschwerdegegnerin ab, ohne von Amtes wegen zu prüfen, ob und inwiefern der unter anderem von der heutigen Beschwerdeführerin gemeldete Sachverhalt im öffentlichen Interesse am wirksamen Wettbewerb die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gebiete. Stattdessen wurde die verfügte Regelung mit der Beschwerdegegnerin ausgehandelt. Verfügt wurde - nach einigen Korrekturen im Anschluss an die spät eingeholten Stellungnahmen der Beschwerdeführerin und der Jaquet SA - im Wesentlichen das, was die Beschwerdegegnerin zuzugestehen bereit war. Die Vorakten zeigen beispielsweise, dass sich die Position des Sekretariats im Verlauf der Verhandlungen änderte: Wurde zunächst die Beibehaltung derselben Preise verlangt, schwenkte das Sekretariat anschliessend auf die Formulierungsvorschläge der Beschwerdegegnerin ein. Die Beschwerdeführerin und die Jaquet SA erklärten sich mit dem Vorgehen der Wettbewerbsbehörden nicht einverstanden und lehnten die auf der einvernehmlichen Regelung beruhende Verfügung ausdrücklich ab.

Die Wettbewerbskommission begründete dieses Vorgehen mit einer "analogen Anwendung" von Artikel 29 KG. Laut dieser Vorschrift

kann das Sekretariat, wenn es eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Die einvernehmliche Regelung setzt das Einverständnis der Beteiligten, das heisst der Verursacher einer Wettbewerbsbeschränkung, voraus und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (vgl. dazu im Einzelnen: Botschaft KG, a.a.O., S. 604; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 341).

Der hier nicht angefochtenen und insofern auch nicht im Einzelnen auf ihre Rechtmässigkeit hin zu prüfenden Verfügung vom 18. November 2002 liegt nun aber keine Situation zu Grunde, wie sie Artikel 29 Absatz 1 KG voraussetzt. Angesichts des Einverständnisses der Beschwerdegegnerin wurde ausdrücklich darauf verzichtet, die Zulässigkeit des Verhaltens der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Erfolgsprognose vorläufig zu beurteilen. Fehlt es an einer (auch nur vorläufigen) Beurteilung des Verhaltens und damit an einer Schlussfolgerung, das Verhalten könnte unzulässig sein, scheidet eine analoge Anwendung von Artikel 29 KG als Grundlage für vorsorgliche Massnahmen aus.

4.3.2. Als Verwaltungsinstanzen haben die Wettbewerbsbehörden das Recht, von Amtes wegen anzuwenden und prozessrechtlich nach dem VwVG zu verfahren, soweit das KG von diesem nicht abweicht (Art. 39 KG). Zu diesem Zweck ist die Wettbewerbskommission mit einer Verfügungskompetenz ausgestattet. Diese erlaubt es ihr, Rechtsverhältnisse gestützt auf das KG mit für alle Verfügungsbetroffenen bindender Wirkung einseitig und autoritativ zu regeln, ohne auf das Einverständnis bestimmter Rechtssubjekte angewiesen zu sein. Dies gewährleistet die Vollstreckbarkeit und die Rechtsbeständigkeit der verfügten Regelung (vgl. GYGI, a.a.O., S. 128).

Verhandeln die Wettbewerbsbehörden mit einem Unternehmen, das im Verdacht unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen steht, über den Gegenstand einer vorsorglichen Massnahme, anstatt gestützt auf das KG (und nach sorgfältiger Beurteilung der einschlägigen Kriterien solcher Massnahmen) von Amtes wegen zu verfügen, was im öffentlichen Interesse zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs erforderlich ist, widerspricht dies dem Gesetzmässigkeitsprinzip und dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Rechtsunterworfenen. Auf diesem Hintergrund wird das Misstrauen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Aktenführung verständlich, und ihre Kritik am Vorgehen von Sekretariat und Wettbewerbskommission erweist sich teilweise auch als berechtigt.

Mit ihrem Verhalten hat die Vorinstanz das Beharren der Beschwerdeführerin auf Einsicht in die Akten und die diesbezüglichen Rügen ein gutes Stück weit selbst bewirkt. Dass das "Aushandeln einvernehmlicher Regelungen" auch mit Blick auf die Rechtsbeständigkeit der Regelung problematisch ist, zeigt insbesondere die Haltung der Be-

schwerdegegnerin, die sich ungeachtet der Sanktionsdrohung nicht mehr an die einvernehmliche Lieferpflicht halten will, falls die Wettbewerbskommission die beantragte Preisbegrenzung verfügen sollte.

4.3.3. Bei der Prüfung von Beschwerden gegen Verfügungen der Wettbewerbsbehörden legt die Rekurskommission grosses Gewicht auf eine gewissenhafte Befolgung des Verfahrensrechts in den Bahnen des KG (vgl. REKO/WEF 98/FB-001, E. 6, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655; zustimmend: HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, AJP 7/99, S. 837 ff., inbes. S. 845).

Hätte eine der betroffenen Anzeigerinnen die Verfügung vom 18. November 2002 angefochten, hätte die Rekurskommission sie wohl aufheben müssen, da die Vorinstanz die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen nicht einmal im Ansatz geprüft hat, wie das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen es gebietet. Da sie offenbar im öffentlichen Interesse einen Handlungsbedarf ausmachte, wäre es ihr sicher möglich gewesen, diesen in Anwendung der einschlägigen Kriterien zu begründen. Eine Eskalation im Umgang mit den Parteien, wie sie im Laufe der Untersuchung und des Beschwerdeverfahrens eingetreten ist, hätte so wohl vermieden werden können.

Die Wettbewerbskommission wird ihre Prüfung beim Erlass vorsorglicher Massnahmen daher künftig wieder auf die einschlägigen Kriterien fokussieren müssen, anstatt ihnen einvernehmliche Regelungen mit Unternehmen zu Grunde zu legen, die den wirksamen Wettbewerb möglicherweise in unzulässiger Weise beschränken.

5. In materieller Hinsicht bleibt zu klären, ob die Wettbewerbskommission das Begehren der Beschwerdeführerin um Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 hinsichtlich der Preisfestsetzung zu Recht abgewiesen hat.

5.1. In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin vorab geltend, die Vorinstanz übersehe, dass sie nach dem Untersuchungsgrundsatz verfahren müsse. Wer einstweiligen Rechtsschutz anbegehre, müsse nicht den "vollen Beweis" für das Vorliegen der Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen erbringen, sondern diese nur glaubhaft machen.

Diese Rüge ist unbegründet. Zwar trifft zu, dass in Verwaltungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt, das heisst die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts der Streitsache gestützt auf Amtsermittlung zu erfolgen hat. Richtig ist auch, dass die Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen nicht bewiesen, sondern nur glaubhaft gemacht werden müssen. Die Beschwerdeführerin übersieht jedoch ihrerseits, dass das Untersuchungsprinzip in einem Verfahren, das auf Begehren einer Partei eingeleitet wird, abgeschwächt gilt (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). 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 eingehende 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).

Mit anderen Worten entscheidet die Behörde in der Regel aufgrund der Akten, ohne weitere Sachverhaltsabklärungen und Beweiserhebungen zu treffen. Dementsprechend haben antragstellende Unternehmen eine erhöhte Mitwirkungs- und insbesondere eine Substanziierungspflicht. Sie sind es, welche die Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahmen, insbesondere die Gefährdung des wirksamen Wettbewerbs, glaubhaft machen müssen. Verneint die Wettbewerbskommission in der Folge das Vorliegen der Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen, steht in der Regel nicht die Frage im Vordergrund, ob die Wettbewerbskommission den Untersuchungsgrundsatz verletzt habe, sondern ob sie das Kartellrecht in Wahrnehmung ihrer Aufgabe und gestützt auf die vorliegenden Unterlagen richtig angewendet hat oder nicht.

5.2. In kartellgesetzlichen Streitigkeiten setzen verwaltungsrechtliche vorsorgliche Massnahmen (1) eine *günstige Entscheidprognose* voraus. Ferner ist (2) ein *nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb und seine grundlegenden Funktionen* und subsidiär für das Unternehmen gefordert, das um Erlass der Massnahmen ersucht. Schliesslich setzen vorsorgliche Massnahmen (3) *Dringlichkeit* sowie (4) *Verhältnismässigkeit* voraus (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406 ff.; ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 633; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 127 ff.). Ist eines dieser Kriterien nicht erfüllt, brauchen die übrigen nicht geprüft zu werden, da vorsorgliche Massnahmen die Erfüllung aller vier Kriterien voraussetzen.

Die Vorinstanz hat die materielle Prüfung der Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme auf das Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils beschränkt, welcher dem wirksamen Wettbewerb und subsidiär dazu der Beschwerdeführerin erwachsen könnte, wenn mit einem Entscheid bis zum Abschluss der Untersuchung zugewartet würde. Sie verneinte das Vorliegen eines solchen Nachteils. Die weiteren Elemente (d.h. günstige Erfolgsprognose in der Hauptsache, Verhältnismässigkeit und Dringlichkeit) liess sie daher ausdrücklich offen (vgl. Ziff. 27, 48, 51 der angefochtenen Verfügung). Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Wettbewerbskommission habe die übrigen Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme (Erfolgsprognose, Verhältnismässigkeit und Dringlichkeit) in der angefochtenen Verfügung bejaht, ist daher unzutreffend.

Zur genannten Fragestellung, ob die Wettbewerbskommission das Begehren um Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 zu Recht abgewiesen hat, ist zweierlei vorzuschicken:

Nachdem die Wettbewerbskommission im beanstandeten Verfahren einzig den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil geprüft (und dessen Vorliegen verneint) hat, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nur zu prüfen, ob die Vorinstanz einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil für den wirksamen Wettbewerb als solchen und subsidiär dazu für die Beschwerdeführerin zu Recht verneint hat. Trifft dies zu, ist die Beschwerde unter diesem Titel ohne weiteres abzuweisen. Ist dies nicht der Fall, ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die Nachteilsprognose neu sowie des Weiteren die bisher offen gelassenen Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen prüfe. Sämtliche Argumente der Beschwerdeführerin, welche die Qualifikation der Preise als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens betreffen, sind in diesem Beschwerdeverfahren daher unbehelflich.

Es ist ausgeschlossen, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die angebehrte Massnahme, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, an Stelle der Wettbewerbskommission ausspricht. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen handhabt ihre Prüfung wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine Oberverwaltungsbehörde. Im Rechtsmittelverfahren kann es daher nicht ihre Aufgabe sein, stellvertretend für die Vorinstanz Kriterien zu beurteilen, welche diese nicht geprüft hat. Denn die Konkretisierung der materiellrechtlichen Vorschriften des KG und die Formulierung der Wettbewerbspolitik obliegt der Wettbewerbskommission, wobei ihr die Rekurskommission bei der materiellen Beurteilung einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum einräumt (vgl. REKO/WEF 98/FB-001 E. 6, a.a.O.; zustimmend: HANS-UELI VOGT, a.a.O., insbes. Ziff. 2e, S. 845; REKO/WEF 01/FB-005 E. 4, a.a.O.).

Gegen eine Prüfung der Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im vorliegenden Fall spricht auch der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin, welche sich im vorinstanzlichen Verfahren zum Massnahmegesuch nicht äussern konnte, weil die Wettbewerbskommission dies nicht für erforderlich erachtete, sonst eine Instanz verlöre.

5.3. Eine relativ kurzfristig greifende Einstellung der Belieferung eines Abnehmers mit Produkten, die er für den Bestand seines Unternehmens benötigt, und die Erhöhung der Preise für diese Produkte haben wettbewerblich nicht dieselben Wirkungen. Ist - wie hier - eine vorsorglich verfügte Weiterbelieferung auf dem "kartellverwaltungsrechtlichen" Massnahmenweg angezeigt, bedeutet dies nicht automatisch, dass auch die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Preisbe-

grenzung erfüllt sind, wie die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint. Die von der Beschwerdeführerin beanstandeten Preiserhöhungen stellen die Weiterbelieferung nicht in Frage und unterlaufen daher auch nicht die vorsorglich angeordnete Lieferpflicht, weshalb - entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin - auch keine Gefährdung des Vollzugs der Verfügung vom 18. November 2002 angenommen werden kann.

Daher muss ein nicht leicht wieder gutzumachender Schaden für den wirksamen Wettbewerb (und subsidiär für die Beschwerdeführerin als antragstellendes Unternehmen) auch bezüglich der Preiserhöhungen glaubhaft gemacht werden.

5.3.1. Zur Erfüllung der Nachteilsprognose ist erstens gefordert, dass der wirksame Wettbewerb als solcher einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleidet, wenn mit einem Einschreiten bis zum Entscheid in der Hauptsache zugewartet wird. Ein solcher Nachteil kann vorliegen, wenn ohne vorsorgliches Einschreiten der Wettbewerbskommission gravierende und irreversible Strukturveränderungen auf dem betroffenen Markt drohen (PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 138 ff., mit Verweis auf Verfügungen der WEKO publiziert in: RPW 1999/3, S. 397 E. 26 ff.; RPW 1999/2, S. 215 ff. E. 42 ff.).

Nach Auffassung der Vorinstanz in der angefochtenen Zwischenverfügung ist dies hier nicht der Fall. Die Wettbewerbskommission geht davon aus, die wirtschaftliche Existenz der Beschwerdeführerin sei durch die strittigen Preiserhöhungen der Beschwerdegegnerin nicht in Frage gestellt. Sie könne die Preiserhöhungen auf ihre Abnehmer überwälzen. Gravierende irreversible Veränderungen der Marktstruktur vor dem Entscheid in der Hauptsache seien daher nicht wahrscheinlich. Auf den nachgelagerten Märkten seien solche Strukturveränderungen auch nicht zu befürchten, da die Abnehmer der Beschwerdeführerin Preiserhöhungen angesichts ihrer geringen Auswirkungen auf die Kosten des Endprodukts verkraften könnten.

Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, ihre Weiterexistenz sei durch die beanstandeten Preiserhöhungen unmittelbar in Frage gestellt. Für ausschlaggebend hält sie vielmehr ihr Risiko, Kunden an die Beschwerdegegnerin zu verlieren oder eine anderweitige Schwächung ihrer wirtschaftlichen Position zu erleiden (Margenschmälerung, Entzug von Liquidität). Sie verfüge über keine anderen Beschaffungsmöglichkeiten für die produktionsnotwendigen *ébauches* und sei den Preiserhöhungen der Beschwerdegegnerin daher ausgeliefert. Damit sei der für vorsorgliche Massnahmen geforderte Nachteil ausreichend erstellt.

Für die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb vorliegend nicht glaubhaft gemacht. Weder substantiiert die Beschwerdeführerin, inwiefern sie ausser Stande ist, die Preiserhöhungen einst-

weilen zulasten der eigenen Margen aufzufangen, ohne ihren Marktaustritt zu riskieren, noch substantiiert sie in irgend einer Weise, inwiefern Unternehmen der nachgelagerten Marktstufen durch überwältigte Preiserhöhungen in ihrer Existenz gefährdet sein sollten oder sie durch die Beschwerdeführerin aus dem Markt gedrängt werden könnte. Gravierende irreversible Strukturveränderungen sind angesichts der bisher verfügbaren Informationen deshalb nicht wahrscheinlich.

5.3.2. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass es eines solchen Nachteils für den wirksamen Wettbewerb nicht bedürfe, ist unzutreffend. Im verwaltungsverfahrensrechtlichen Massnahmeverfahren ist ein fundamentaler Nachteil für den wirksamen Wettbewerb und sein Funktionieren Voraussetzung des Einschreitens, was sich daraus ergibt, dass die Vorinstanz vorsorgliche Massnahmen nur erlassen muss, soweit das öffentliche Interesse es gebietet (vgl. E. 3.1.2).

Möglicherweise sind neben gravierenden, irreversiblen Strukturveränderungen oder -zementierungen auf den betroffenen Märkten weitere Situationen denkbar, in welchen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb zu bejahen wäre. Die Vorinstanz sah hier jedoch keinen Anlass, die bisherige Umschreibung des geforderten Nachteils für den wirksamen Wettbewerb auszuweiten.

Die Beschwerdeführerin selber bringt diesbezüglich auch nichts vor. Sie beruft sich ausschliesslich auf die in der angefochtenen Verfügung ebenfalls zitierte Definition (vgl. Ziffer 35 der angefochtenen Verfügung), nach welcher ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vorliegt, wenn ein Schaden schwer zu beziffern ist. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn Kundenverluste oder anderweitige Schwächungen der wirtschaftlichen Position zu befürchten sind. Diese klassisch privatrechtliche Definition ist zwar geeignet, den nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil des Antrag stellenden Unternehmens zu umschreiben; für den gleichzeitig ebenfalls glaubhaft zu machenden Nachteil für den wirksamen Wettbewerb als solchen ist diese Umschreibung jedoch nicht massgeblich.

Somit ist auch nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der im Kartellverwaltungsverfahren geforderte nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil im vorliegenden Fall nicht glaubhaft gemacht.

5.3.3. Ist ein solcher Nachteil für die Nachteilsprognose notwendig, kann die subsidiäre Prüfung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für die Beschwerdeführerin unterbleiben. Denn selbst diese Prüfung könnte nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen, wenn zwar die Beschwerdeführerin durch die beanstandeten Preiserhöhungen einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil erleiden würde, nicht aber der wirksame Wettbewerb.

5.3.4. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vorinstanz die Nachteilsprognose zu Recht verneint hat, weshalb die Beschwerde auch in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen ist.

6. Die Beschwerdeführerin beantragt mit ihrem Begehren auf Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung vom 17. Februar 2003 schliesslich implizit auch die Aufhebung der darin vorgenommenen Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung). Sie beanstandet, diese habe pönalen Charakter, und üblicherweise würden Kosten einstweiliger Verfügungen in Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen zur Hauptsache geschlagen, wie dies auch in der Verfügung vom 18. November 2002 der Fall gewesen sei.

Dem hält die Vorinstanz entgegen, die Beschwerdeführerin sei kostenpflichtig, weil sie das vorinstanzliche Verfahren mit ihrem Gesuch verursacht und einen formellen Entscheid gefordert habe.

6.1. Nach der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2; Art. 2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren *verursacht*.

In diesem Zusammenhang erkannte das Bundesgericht im Urteil vom 25. April 2002 (2A.482/2001, publiziert in: BGE 128 II 247), dass die *Verursacherhaftung* von der Interessenlage der Partei unabhängig sei und einzig durch das analog anwendbare "*Unterliegerprinzip*" eingeschränkt werde (BGE 128 II 247 E. 5 und 6).

6.1.1. Demzufolge kann mit Verfahrenskosten belastet werden, wer den Wettbewerb unzulässig beschränkt und der Wettbewerbskommission damit Anlass zu Massnahmen gibt (vgl. Art. 30 Abs. 1 KG). Die gesetzliche Basis erlaubt eine Kostenaufgabe auch dann, wenn die Wettbewerbskommission eine Wettbewerbsbeschränkung zwar als unzulässig beurteilt hat, der Bundesrat sie aber in Anwendung von Artikel 31 KG wegen überwiegenden öffentlichen Interessen ausnahmsweise zulässt. Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden, was die Kostenaufgabe grundsätzlich erlaubt. Insoweit decken sich das Unterlieger- und das in Artikel 2 f. KG-Gebührenverordnung erwähnte Verursacherprinzip. Selbst bei Verfahrenserledigung zufolge Gegenstandslosigkeit aus anderen Gründen ist eine Kostenaufgabe nicht ausgeschlossen; in solchen Fällen muss - in

sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Artikel 72 BZP (SR 273) - nach den Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit geprüft werden, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte (BGE 128 II 247 E. 6.1, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

6.1.2. Allerdings kann nach Bundesgericht nicht jedes Setzen eines Anlasses zu einer Untersuchung (bzw. jede Form des Verursachens) Grund zur Belegung mit Verfahrenskosten sein. Erweist sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestattet, kann die Person, deren Verhalten untersucht wurde, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden. In solchen Fällen deckt sich das Verursacherprinzip nicht mit dem Unterliegerprinzip und es hat hinter dieses zurückzutreten. Zum andern sind die in Artikel 3 Absatz 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft zu verstehen. Nur wer hinreichend begründeten Anlass zu einer Untersuchung gibt, das heisst mit seinem Verhalten grundsätzlich Massnahmen nach Artikel 30 KG auslöst, kann als "unterliegend" im hier interessierenden Sinne betrachtet und mit Untersuchungskosten belastet werden (vgl. BGE 128 II 247 E. 6.2).

6.2. Bevor das Bundesgericht diese massgebenden Leitlinien formulierte, welche im Wesentlichen auf eine Kostenpflicht für "Verursacher von Wettbewerbsbeschränkungen" zielen, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bisher die Verursacherhaftung implizit immer bejaht, wenn - wie hier - Parteien mit ihren Begehren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen vor der Wettbewerbskommission nicht durchdrangen, also bezogen auf das Massnahmenverfahren "unterlegen" sind (REKO/WEF 97/FB-005 E. 3, a.a.O., i.V.m. RPW 1997/2, S. 155, Ziff. 23 ff.).

Insofern wäre auch die Beschwerdeführerin hier nach Massgabe des Verursacher- beziehungsweise Unterliegerprinzips ohne weiteres als kostenpflichtig zu betrachten, da sie in ihrem Schreiben vom 28. Januar 2003 (vgl. Ziff. 14 der angefochtenen Verfügung) in der Preisfrage auf Erlass einer formellen Verfügung betreffend Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 beharrt hat und als Verursacherin des vorinstanzlichen Massnahmeverfahrens mit ihren Begehren auch unterlegen ist.

Das Bundesgericht hat jedoch zur weiteren sachgerechten Einschränkung der "Verursacherhaftung" darauf hingewiesen, dass die in Artikel 3 Absatz 2 der KG-Gebührenverordnung erwähnten Fälle von Gebührenfreiheit nicht abschliessend sondern nur beispielhaft zu verstehen seien.

Dies führt zur Frage, ob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen an ihrer bisherigen Praxis (im Zusammenhang mit abgelehnten Anträgen betreffend vorsorgliche Massnahmen) festhalten kann.

Dies ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

6.2.1. Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Beharren auf einem formellen Entscheid Verfahrensbemühungen seitens der Wettbewerbsbehörden "verursacht" hat, welche sich in der angefochtenen Verfügung vom 17. Februar 2003 niedergeschlagen haben. Auch kann die Beschwerdeführerin insofern als "unterliegende" Partei betrachtet werden, als sie mit ihrem Begehren auf Ergänzung der Verfügung vom 18. November 2002 nicht durchdrang, was sie zum Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen veranlasste.

Indessen erweist sich diese Betrachtungsweise nur vordergründig als richtig. Gegen eine Kostenaufgabe spricht in Konstellationen der vorliegenden Art, dass im Kartellverwaltungsverfahren der Erlass vorsorglicher Massnahmen von *Amtes wegen* im Vordergrund steht, da solche Massnahmen der Wahrung des öffentlichen Interesses am wirksamen Wettbewerb und seinen grundlegenden Funktionen dienen (vgl. E. 3.1.2) und zudem, dass zweifelhaft bleibt, ob für die Zeit nach eröffneter Untersuchung gestützt auf das Verwaltungsverfahren ein Anspruch auf vorsorgliche Massnahmen existiert (vgl. E. 3.3.2).

Auch wenn die Beschwerdeführerin hier als "unterliegende Verursacherin" erscheint, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie *deshalb* in der Kostenfrage wesentlich anders (d.h. schlechter) behandelt werden sollte, als "Beteiligte", die eine Vorabklärung des Sekretariates (Art. 26 KG) verursacht haben und *Gebührenfreiheit* geniessen, auch wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hat (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung).

Wird dieser Massstab im Kartellrecht auf verwaltungsverfahrenrechtliche Massnahmen angewendet, ist nicht ersichtlich, weshalb ein "Anzeiger", der letztlich nur vorsorgliche Massnahmen im öffentlichen Interesse anregen kann (vgl. E. 3.1.2), in der Kostenfrage schlechter gestellt werden sollte als ein "Anzeiger", der eine Vorabklärung (und letztlich eine Untersuchung) veranlassen will gegen einen von ihm vermuteten "Verursacher" einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung, der im Rahmen der bundesgerichtlichen Kriterien (vgl. E. 6.1) letztlich integral für sämtliche Untersuchungskosten aufkommen müssen, falls festgestellt wird, dass er den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränkt. Dass diesfalls auch Kosten für im öffentlichen Interesse durchzuführende Massnahmeverfahren in Frage kommen können, scheint aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung jedenfalls nicht ausgeschlossen, da die Wettbewerbsbehörden diesem Aspekt im Rahmen der Untersuchung ohnehin Rechnung tragen müssen.

6.2.2. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Beschwerdeführerin die Verfahrensführung, welche dem Erlass der Verfügung vom 18. November 2002 voranging, zu Recht kritisierte. Diese Verfahrensführung hat hinsichtlich der Unparteilichkeit der mit der Sache betrauten Wettbewerbsbehörden ein Misstrauen hervorgerufen. Sie steht in einem massgeblichen Zusammenhang mit dem Aufwand der Wettbewerbsbehörden im hier zu beurteilenden Massnahmenverfahren (vgl. E. 4.3).

6.2.3. Angesichts dieser Überlegungen kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die beanstandete Kostenaufgabe in der angefochtenen Zwischenverfügung im Lichte des "Unterliegerprinzips" (vgl. E. 6.1) nicht haltbar und daher aufzuheben ist.

Daher ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen.

7. Bei diesem Verfahrensausgang wird die teilweise unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr zu tragende ermässigte Kostenanteil wird mit dem am 10. März 2003 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Nachdem die Beschwerdegegnerin zur begehrten Aufhebung der Verfahrenskosten keinen Antrag stellte, ist sie nicht als teilweise unterliegend zu betrachten. Deshalb sind ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Wettbewerbskommission werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Soweit die Beschwerdeführerin obsiegt, ist ihr zulasten der Wettbewerbskommission (vgl. Art. 64 Abs. 3 VwVG) eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beschwerdegegnerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Keiner der Rechtsvertreter hat eine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt wird (Art. 8 Abs. 1, 3, 4 und 6 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, teilweise gutgeheissen. Ziffer 2 der angefochtenen Zwischenverfügung vom 17. Februar 2003 wird aufgehoben. Soweit weiter gehend wird die Beschwerde abgewiesen.
 2. [Verfahrenskosten]
 3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. Mehrwertsteuer) zugesprochen.
-

4. Der Beschwerdegegnerin wird zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. Mehrwertsteuer) zugesprochen.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse AG, Migros-Genossenschafts-Bund, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Urteil vom 17. Juni 2003 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Elektra Baselland Liestal (EBL)/Watt Suisse AG, Migros-Genossenschafts-Bund, Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 17. September 2002

Sachverhalt

A.

Am 14. Februar 2000 ersuchten die Watt Suisse AG (im Folgenden: Watt) und der Migros-Genossenschafts-Bund (im Folgenden: Migros) das Sekretariat der Wettbewerbskommission darum, gegen die Elektra Baselland (EBL) eine Vorabklärung und Untersuchung im Sinne von Artikel 26 und 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) einzuleiten. Die Migros beantragte überdies, die EBL zu verpflichten, ihre Netze dritten Stromlieferanten für die Stromdurchleitung bis zur Migros-Betriebsstätte Mifa AG Frenkendorf (im Folgenden: Mifa) gegen eine Netzbenutzungsgebühr von insgesamt CHF [...] pro MWh zur Verfügung zu stellen. Die Gesuchstellerinnen begründeten ihre Begehren damit, dass die EBL die Durchleitung von Strom der Watt AG zur Mifa verweigere, was eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG darstelle; eine die Anwendung des Kartellgesetzes ausschliessende staatliche Marktordnung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehe nicht.

B.

Im Rahmen der Vorabklärungen machte die EBL am 5. April 2000 geltend, gemäss Paragraf 115 der basellandschaftlichen Kantonsverfassung und Paragraf 12 des kantonalen Energiegesetzes vom 4. Februar 1991 beziehungsweise dem darauf gestützten Konzessionsvertrag mit der Gemeinde Frenkendorf sei es ausschliesslich ihre Sache, Stromkunden in dieser Gemeinde mit Energie zu beliefern. Am 4. August 2000 (vgl. den Schlussbericht zu den Vorabklärungen vom 24. Juli 2000 in RPW 2000/4, S. 561 ff.) eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen die EBL eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG. Sie stellte dieser - wie den Anzeigern - am 12. September 2000 einen umfassenden Fragebogen zur Beantwortung zu, der unter anderem die Marktstellung der EBL, die Möglichkeiten zur Berechnung des Durchleitungsentgelts, den Vorschlag zum Verkauf von Strom, die Bezugsverträge der EBL mit der Aare-Tessin AG für Elektrizität (ATEL), technische Probleme der Elektrizitätsmessung, die Beendigung der Verhandlungen mit der Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL) sowie die Durchleitungsbegehren der EBL gegenüber den Centralschweizerischen Kraftwerken (CKW) betraf.

C.

Am 13. November 2000 beantragte die EBL, es sei eine Verfügung über die Zuständigkeit zur Durchführung der eingeleiteten Untersuchung zu erlassen und diese zu sistieren, bis über die Zuständigkeit rechtskräftig entschieden sei. Sie machte geltend, gemäss Paragraf 12 des basellandschaftlichen Energiegesetzes vom 4. Februar 1991 und der darauf gestützten kommunalen Konzession habe sie ein Versorgungsmonopol, das sie gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG vor kartellrechtlichen Durchleitungsforderungen schütze.

Ohne der EBL erneut Gelegenheit zur Äusserung gegeben zu haben, verfügte die Wettbewerbskommission am 7. Mai 2001 wie folgt (RPW 2001/2, S. 293 ff.):

1. Die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat sind zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens gegen die Elektra Baselland Liestal zuständig.
 2. Das hängige Untersuchungsverfahren Watt/Migros - EBL wird bis zum Eintreten der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides über die Zuständigkeit sistiert.
 3. Ab dem Tag der Rechtskraft des Entscheids über die Zuständigkeit hat die Elektra Baselland 30 Tage Zeit, die Fragen gemäss Schreiben vom 12. September 2000 zu beantworten.
-

4. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden der Elektra Baselland auferlegt.
5. [Rechtsmittelbelehrung]
6. [Eröffnung]

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission aus, die EBL falle gemäss Artikel 2 Absatz 1 KG unter den Geltungsbereich des Gesetzes, was zur Folge habe, dass Untersuchungshandlungen der Wettbewerbskommission zulässig seien. Artikel 3 Absatz 1 KG schränke weder den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern gegebenenfalls bloss den Anwendungsbereich des Gesetzes ein. Es erübrige sich deshalb, näher auf die Frage einzugehen, ob die von der EBL angerufenen kantonrechtlichen Bestimmungen tatsächlich die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 KG erfüllten. Es handle sich dabei um ein materiellrechtliches Problem, das im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens zu prüfen sein werde.

D.

Die EBL gelangte hiegegen am 18. Mai 2001 mit dem Antrag an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in Aufhebung von Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission sei festzustellen, dass diese zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens ihr gegenüber unzuständig sei; ferner seien die Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben. Die Rekurskommission wies die Beschwerde am 17. September 2002 ab. Sie verneinte eine Verletzung des Anspruchs der EBL auf rechtliches Gehör und hielt fest, dass es den Wettbewerbsbehörden freistehen müsse, innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes Untersuchungshandlungen vorzunehmen, um zu prüfen, ob in einem bestimmten Bereich gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG der Wettbewerb ausgeschlossen sei.

E.

Die EBL hat hiegegen am 30. September 2002 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht. Sie beantragt, den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission aufzuheben; in Annullierung von Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission sei festzustellen, dass diese nicht zur Einleitung und Durchführung eines Untersuchungsverfahrens befugt sei. Eventualiter sei der Beschwerdeentscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Rekurskommission, subeventualiter an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

Die Migros beantragt, Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben und diese anzuhalten, das hängige Verfahren weiterzuführen; ferner sei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzu-

weisen, eventualiter die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zur Durchführung einer Untersuchung festzustellen. Die Watt AG schliesst auf Abweisung der Beschwerde; eventualiter sei die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zu bestätigen. Die Wettbewerbskommission beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Die Rekurskommission hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

F.

Mit Verfügung vom 29. Oktober 2002 entsprach der Abteilungspräsident dem mit der Beschwerde verbundenen Gesuch um aufschiebende Wirkung, soweit dies angesichts der von der Wettbewerbskommission angeordneten Verfahrenssistierung noch erforderlich war.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die gestützt auf das 4. Kapitel des Kartellgesetzes erlassenen Verfügungen der Wettbewerbskommission sind verwaltungsrechtlicher Natur. Entsprechende Beschwerdeentscheide der Rekurskommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a). Die vorliegende Zwischenverfügung über die Zuständigkeit ist selbstständig anfechtbar (Art. 45 Abs. 2 Bst. a VWVG i.V.m. Art. 39 KG) und die Beschwerdeführerin, der ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht (vgl. E. 4.3 und BGE 125 II 613 E. 2a S. 619 f. mit Hinweis), als von der Untersuchung betroffenes Unternehmen hiezu legitimiert (Art. 103 Bst. a OG). Auf ihre frist- (vgl. Art. 106 Abs. 1 OG) und formgerecht (Art. 108 OG) eingereichte Eingabe ist einzutreten.

2.

Der Beschwerdegegner 2 beantragt, die Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 aufzuheben. Er hat indessen diese Verfügung nicht selber bei der Rekurskommission angefochten, obwohl er dies hätte tun können (Art. 48 Bst. a VwVG). Die Beschwerdeführerin ihrerseits hatte in ihrer Eingabe an die Rekurskommission die Aufhebung der Ziffer 2 nicht verlangt. Diese ist damit rechtskräftig geworden und kann im vorliegenden Verfahren somit nicht mehr in Frage gestellt werden; im Übrigen ist die Beschwerde - wie zu zeigen sein wird - teilweise gutzuheissen, womit für den entsprechenden Antrag so oder anders kein Raum bleibt.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt - wie bereits in der Beschwerde an die Rekurskommission - eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Wettbewerbskommission habe ihr vor dem Erlass der Zwischenverfügung keine Möglichkeit zur Äusserung gegeben. Dadurch seien Artikel 29 VwVG und Artikel 29 Absatz 2 BV verletzt wor-

den. Zudem habe sie in Missachtung von Artikel 30 Absatz 2 KG keine Gelegenheit erhalten, zum Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission Stellung zu nehmen. Schliesslich habe sie auch die Vorbringen der Anzeigerinnen nie zu Gesicht bekommen, wodurch ihr Recht auf Akteneinsicht verletzt worden sei.

3.2

3.2.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst namentlich die Befugnis, sich vor Erlass einer Verfügung äussern zu können (Art. 30 Abs. 1 VwVG). Die Behörde braucht die Parteien indessen nicht anzuhören, wenn sie deren Begehren voll entspricht (Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG). Wer ein Gesuch um Erlass einer Verfügung stellt, übt damit das ihm zustehende Anhörungsrecht aus und hat keinen Anspruch darauf, dass ihm die Behörde vor Erlass der nachgesuchten Verfügung noch einmal Gelegenheit gibt, sich zu äussern. Von der gesuchstellenden Partei darf nach Treu und Glauben erwartet werden, dass sie in ihrer Eingabe die ihr wesentlich erscheinenden Aspekte aufzeigt, zumal wenn sie - wie hier - anwaltlich vertreten ist (in BGE 127 I 164 ff. nicht publ. E. 2a; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 2000, S. 322 ff.; GEORG MÜLLER, Kommentar zur Bundesverfassung, Rz. 104 zu Art. 4 aBV).

3.2.2 Die Zwischenverfügung vom 7. Mai 2001 erging auf ausdrückliches Gesuch der Beschwerdeführerin hin. Diese hatte am 13. November 2000 den Erlass einer entsprechenden Verfügung beantragt und dabei ausgeführt, sie habe bereits in ihrer Eingabe vom 5. April 2000 die sachliche Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bestritten und die in diesem Zusammenhang anwendbaren öffentlich-rechtlichen Vorschriften genannt. Anschliessend erwähnte sie Artikel 3 Absatz 1 KG und hielt weiter fest, gemäss Paragraph 12 des basellandschaftlichen Energiegesetzes und der kommunalen Konzession verfüge sie über eine Monopolstellung, wodurch sie vor den Durchleitungsforderungen der Anzeiger geschützt sei. Sie bestreite daher die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission und beantrage den Erlass einer entsprechenden Verfügung. Damit hat die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten ihr Anhörungsrecht wahrgenommen. Die Wettbewerbskommission war nicht gehalten, ihr eine zusätzliche Gelegenheit zur Äusserung zu geben, solange sie nicht weitere Beweismassnahmen zu treffen beabsichtigte, zu deren Ergebnis gegebenenfalls ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen gewesen wäre.

3.2.3 Zu Recht hat die Rekurskommission im Übrigen darauf hingewiesen, dass sich der Gehörsanspruch an sich auf die (rechtserheblichen) Sachfragen beschränkt. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien bloss angehört werden, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen zu stützen gedenkt, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen mussten, sich die Rechtslage geändert hat oder ein besonders

grosser Ermessensspielraum besteht (BGE 127 V 431 E. 2b S. 435; 126 I 19 E. 2c S. 22 ff.). Vorliegend ging es ausschliesslich um die Anwendung von Bestimmungen, welche die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben selber genannt und zu denen sie sich geäussert hatte. Bei den von ihr angerufenen angeblichen Sachverhaltsfeststellungen, auf die sich die Rekurskommission gestützt haben soll, handelte es sich entweder um Selbstverständlichkeiten, die von ihr gar nicht in Frage gestellt werden (die Beschwerdeführerin sei ein im Bereich der Energieversorgung tätiges Unternehmen, das in ihrem Versorgungsgebiet über einen massgeblichen Einfluss verfüge), oder aber um rechtliche Probleme (Frage, ob das Elektrizitätsverteilungsmonopol ein natürliches oder ein rechtliches sei und ob die Beschwerdeführerin unter Art. 2 Abs. 1 KG falle).

3.3 Zu Unrecht behauptet die Beschwerdeführerin auch, sie habe die Anzeigen der Beschwerdegegner nie zu Gesicht bekommen. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat ihr diese, samt Beilagen, am 1. November 2000 zugestellt, soweit sie das hängige Verfahren betrafen und nicht Geschäftsgeheimnisse enthielten. Die entsprechende Einschränkung ist gesetzmässig (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; Art. 25 Abs. 1 und Art. 39 KG), ebenso der Umstand, dass die Akteneinsicht im Vorabklärungsverfahren noch nicht gewährt worden ist (Art. 26 Abs. 3 KG).

3.4 Nach Artikel 30 Absatz 2 KG können die Beteiligten zum Antrag des Sekretariats schriftlich Stellung nehmen, bevor die Wettbewerbskommission ihren Entscheid trifft. Diese Möglichkeit ist eine Erweiterung des nach der Verfassung beziehungsweise dem Verwaltungsverfahrensgesetz bestehenden Anspruchs auf rechtliches Gehör (BBI 1995 I 605; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Freiburg 2002, S. 275, 277), da dieser nicht auch das Recht umfasst, sich zum Entscheidentwurf der instruierenden Behörde gesondert äussern zu können. Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, die entsprechende Befugnis gelte nur für den Endentscheid, nicht aber für Zwischenentscheide. Diese Auffassung entspricht Wortlaut und Systematik des Gesetzes: Artikel 26 KG regelt die Vorabklärung, Artikel 27 KG die Eröffnung der Untersuchung, Artikel 28 KG deren Bekanntgabe und Artikel 29 KG die einvernehmliche Regelung. Der anschliessende Artikel 30 KG ist dem Entscheid der Wettbewerbskommission gewidmet; er gilt nur für die Verfügung am Ende der Untersuchung (BENOÎT CARRON, in: TERCIER/BOVET [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, Basel 2002, N 7 zu Art. 30 LCart). Artikel 30 Absatz 2 KG bezieht sich seinerseits bloss auf den "Entscheid" nach Absatz 1, nicht aber auch auf (Zwischen-)Verfügungen, die im Rahmen des Vorverfahrens (Art. 26 ff. KG) ergehen.

4.

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission.

4.1

4.1.1 Das KG 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). Zu diesem Zweck erklärt es namentlich bestimmte Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen als unzulässig (Art. 5 und 7 KG). Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so können die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung durchführen (Art. 27 KG) und gegebenenfalls Massnahmen ergreifen, um die Unzulässigkeit zu beheben (Art. 30 KG).

4.1.2 Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Indessen sind Vorschriften vorbehalten, soweit diese auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen keinen Wettbewerb zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Ein Verhalten, das aufgrund von Artikel 7 KG an sich unzulässig wäre, ist kartellrechtlich erlaubt, soweit es sich auf eine derartige Vorschrift stützt. Insofern gibt es keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, welche durch Entscheide gemäss Artikel 30 KG verboten werden könnten. Es besteht in diesem Fall somit auch kein Anlass, eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG zu führen, nachdem von Gesetzes wegen keine sanktionierbare Unzulässigkeit vorliegen kann (BGE 127 II 32 E. 3e S. 45; RPW 1998 S. 198, Ziff. 20, S. 202). Soweit eine den Wettbewerb ausschliessende Regelung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG besteht, können die Wettbewerbsbehörden keine Verfügungen nach Artikel 29 oder 30 KG treffen und insoweit auch nicht im Rahmen einer Untersuchung nach Artikel 27 KG das Verhalten des entsprechenden Unternehmens auf seine wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin prüfen. Möglich sind in solchen Fällen höchstens unverbindliche Empfehlungen, Stellungnahmen oder Gutachten (Art. 45 - 47 KG; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 127, Rz. 237).

4.2

Freilich kann - wie hier - in einem konkreten Fall fraglich und umstritten sein, ob überhaupt Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen. Diese Frage muss gegebenenfalls einer rechtsverbindlichen Entscheidung zugeführt werden können. Nach Artikel 18 Absatz 3 KG trifft die Wettbewerbskommission alle Verfügungen und Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde zugewiesen sind. Dies ist bei der Beurteilung, ob eine bestimmte Regelung die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 KG erfüllt, nicht der Fall (CARRON, a.a.O., N. 26 f. zu Art. 3 Abs. 1 LCart). Zwar hat das Bundesgericht

in BGE 127 II 32 ff. (E. 3e und g) die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zum Erlass von Zwangsmassnahmen gegenüber der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt verneint. Bei dieser handelte es sich aber um eine unselbstständige Anstalt des Bundes, so dass die Wettbewerbskommission, welche selber eine unselbstständige Bundesstelle ist, ihr gegenüber nicht hoheitlich auftreten konnte. Geht es hingegen um Unternehmen, die rechtlich gegenüber dem Bund selbstständig sind, gilt dies nicht. Insoweit ist die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission somit zu bejahen (ebenso BILGER, a.a.O., S. 165; JUDITH BISCHOF, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Zürich 2002, S. 145 f.).

4.3

Dies bestreitet die Beschwerdeführerin im Grunde auch nicht, hat sie doch selber gerade mit diesem Argument bei der Wettbewerbskommission um den Erlass einer entsprechenden Zwischenverfügung er sucht. Der Unterschied der Auffassungen liegt einzig darin, dass nach Ansicht der Beschwerdeführerin diese Prüfung offenbar vor Eröffnung einer Untersuchung (im Sinne von Art. 27 KG) zu erfolgen hat (und bei Bejahung der Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 KG die Eröffnung unterbleiben muss), während die Vorinstanzen davon ausgegangen sind, dass diese Prüfung erst im Rahmen der Untersuchung erfolgen könne. Es geht also im Grunde nicht um die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, sondern darum, in welchem Stadium (vor oder nach Eröffnung der Untersuchung) der Entscheid über die Anwendbarkeit von Artikel 3 Absatz 1 KG zu treffen ist und ob die Wettbewerbsbehörden berechtigt sind, bereits zuvor Untersuchungsmassnahmen vorzunehmen. Die praktischen Auswirkungen bestehen einerseits darin, dass die Eröffnung der Untersuchung amtlich publiziert wird (Art. 28 Abs. 1 KG), was für die betroffenen Unternehmen negative Konsequenzen haben kann. Andererseits sind mit den Untersuchungsmassnahmen weitere Umtriebe und die Pflicht verbunden, alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und relevanten Urkunden vorzulegen (Art. 40 KG). Nachdem die Eröffnung der Untersuchung hier bereits erfolgt und publiziert worden ist, beschränkt sich die praktische Tragweite des Streites darauf, ob die Beschwerdeführerin die ihr am 12. September 2000 unterbreiteten Fragen zu beantworten und allenfalls weitere Untersuchungshandlungen zu erdulden hat. Da ihr diesbezüglich ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 45 Abs. 2 Bst. d VwVG), ist auch insoweit eine beschwerdeweise Überprüfung zulässig (BGE 120 Ib 97 E. 1c und unveröffentlichte E. 7; BILGER, a.a.O., S. 249).

5.

5.1 Die Wettbewerbskommission hat die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin angerufenen kantonalrechtlichen Bestimmungen die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 KG erfüllen, offen gelassen, weil sie der Meinung war, diese beschränkten nicht den Gel-

tungsbereich sondern die Anwendbarkeit des Gesetzes, was eine materiellrechtliche Frage beschlage, die im Rahmen des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens zu prüfen sei. Auch die Rekurskommission hat sich zur Tragweite der fraglichen kantonalen Vorschriften nicht geäußert. Sie hat erwogen, es müsse zuerst der zeitlich, sachlich und räumlich relevante Markt bestimmt werden. Erst wenn dies geschehen sei, könne festgestellt werden, ob bezüglich dieses Marktes eine staatliche Regelung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehe. Bereits um dies bestimmen zu können, seien oft umfangreiche Abklärungen notwendig, welche sinnvollerweise im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens im Sinne von Artikel 26 ff. KG getroffen würden. Damit sei nicht gesagt, dass die Vorbehaltsfrage in jedem Fall erst nach Abschluss des Untersuchungsverfahrens geklärt werden müsse. Die Prüfung des Vorbehalts habe so rasch als möglich, je nach Sachverhalt allenfalls auch schon zu Beginn des Verfahrens, zu erfolgen.

5.2

5.2.1 Es trifft zwar zu, dass Artikel 3 Absatz 1 KG nicht den Geltungsbereich des Gesetzes berührt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass bei Vorliegen solcher Vorschriften Artikel 7 und 26 ff. KG eben nicht anwendbar sind (vorne E. 4.1.2). Wenn so oder anders keine Massnahmen nach Artikel 30 KG getroffen werden können, entfällt die sachliche Rechtfertigung, um zu prüfen, ob die Verhaltensweise - gäbe es keine Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG - im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig wäre oder nicht. Daraus folgt, dass in Fällen, in denen ein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in Frage kommt oder geltend gemacht wird, die Wettbewerbsbehörden zunächst zu klären haben, ob eine solche Regelung tatsächlich besteht. Zu beurteilen sind im Rahmen dieser vorfrageweisen Prüfung einzig Bestand und Tragweite der entsprechenden Regelung. Erweist sich, dass tatsächlich den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen, entfällt die Grundlage für ein weiteres Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden. Nur falls sich ergibt, dass keine solchen vorliegen, ist zu untersuchen, ob Artikel 7 KG verletzt ist (RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Basel 2000, S. 204).

5.2.2 Ob Regelungen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen, ist eine Rechtsfrage. Sie mag mitunter nicht einfach zu beantworten sein, da sich der Wettbewerbsausschluss auch bloss auf einen Teilbereich eines bestimmten Unternehmens beziehen kann (JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N. 5 zu Art. 3 KG; RENTSCH, a.a.O., S. 168 f.) und deshalb untersucht werden muss, auf welchem Markt die entsprechenden Vorschriften den Wettbewerb ausschliessen. Indessen geht es dabei einzig um Inhalt und Tragweite der in Frage stehenden Bestimmungen. Vorliegend verlangen die Beschwerdegegner eine Durchleitung, welcher die Beschwer-

deführerin gestützt auf ein behauptetes Versorgungsmonopol entgegentritt. Ob die einschlägige kantonale beziehungsweise kommunale Gesetzgebung tatsächlich ein solches Monopol zu ihren Gunsten enthält, ist Rechtsfrage. Wenn die rechtliche Auffassung der Beschwerdeführerin zutrifft, haben die Beschwerdegegner kartellrechtlich keinen Anspruch darauf, anderweitig eingekauften Strom über das Netz der Beschwerdeführerin zu leiten. Die (angebliche) Verweigerung der Durchleitung kann alsdann von vornherein keine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG bilden und dies unabhängig davon, welches bei wettbewerbsrechtlicher Betrachtung der relevante Markt wäre. Damit erübrigen sich weiter gehende Untersuchungen. Insbesondere sind dann auch die am 12. September 2000 gestellten Fragen nicht mehr erheblich. Sachverhaltsmässig ist höchstens noch abzuklären, ob beziehungsweise was für Monopolkonzessionen der Beschwerdeführerin erteilt worden sind.

5.2.3 Die Wettbewerbskommission bringt in ihrer Vernehmlassung vor, es bestehe kein genereller Anspruch auf Erlass einer selbstständigen Teilverfügung. Dies trifft grundsätzlich zu. Selbstverständlich muss auch in einem kartellrechtlichen Verfahren nicht für jedes Tatbestandselement eine gesonderte Teilverfügung erlassen werden. In Bezug auf die nach Artikel 3 Absatz 1 KG vorbehaltenen Vorschriften verhält es sich aber insofern anders, als durch solche Regelungen eben die weitere Anwendung des Kartellgesetzes und insofern dann auch die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden ausgeschlossen wird. Dies bedeutet nicht, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in jedem Fall in einer selbstständigen Teilverfügung entschieden werden müsste. Zumindest dann, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein solcher Vorschriften aber - wie hier - rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet, ist die Frage regelmässig vorab zu klären, weil davon einerseits die Zulässigkeit weiterer Untersuchungsmassnahmen (Art. 27 und 40 KG) und andererseits die allfällige Zuständigkeit anderer Behörden (vgl. BGE 127 II 32 E. 3c und d) abhängt (vgl. auch Art. 45 Abs. 2 Bst. a und d VwVG).

5.3

5.3.1 Insgesamt ist somit festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission zwar grundsätzlich zuständig ist, gegen die Beschwerdeführerin eine Untersuchung zu führen, dass sie dabei aber vorerst zu beurteilen hat, ob Vorschriften bestehen, welche den Wettbewerb im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ausschliessen. Ist dies zu bejahen, sind weitere Untersuchungshandlungen im Sinne der Artikel 26 ff. KG nicht mehr zulässig. Indem die Vorinstanzen die Frage offen gelassen haben, ob die angerufenen kantonalrechtlichen Vorschriften tatsächlich die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 KG erfüllen, haben sie gerade jene Frage unbeantwortet gelassen, die sie zuerst hätten klären

müssen. Solange dies nicht geschehen ist, besteht kein Anlass, Auskünfte von der am 12. September 2000 verlangten Art einzuholen, soweit sich diese nicht auf Artikel 3 KG und die entsprechende Problematik beziehen.

5.3.2 Es kann nicht Sache des Bundesgerichts sein, als erste Instanz zu untersuchen, ob tatsächlich Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen, zumal dabei kantonales und kommunales Recht massgebend ist. Die Sache ist daher an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen (Art. 114 Abs. 2 OG). Diese wird zu prüfen haben, ob - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - ein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegt. Ist dies der Fall, wird das Untersuchungsverfahren einzustellen sein. Bestehen keine solchen vorbehaltenen Vorschriften, können die weiteren Untersuchungsmassnahmen Platz greifen.

5.3.3 Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 erweist sich demnach als nicht völlig zutreffend. Deren Ziffer 1 ist zwar formal nicht falsch, doch ist vorab zu entscheiden, ob Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG vorliegen. Ziffer 3 der Verfügung wäre hingegen nur dann richtig, wenn feststünde, dass keine solchen bestehen, was zurzeit (noch) nicht gesagt werden kann; sie ist deshalb aufzuheben.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt, dass ihr zu Unrecht die Kosten der Zwischenverfügung auferlegt worden seien; Kosten für einen Zwischenentscheid seien nach den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen erst zusammen mit dem Schlussentscheid festzusetzen.

6.1 Die Rekurskommission hat erwogen, dass die Kosten einer Zwischenverfügung grundsätzlich zwar sinnvollerweise erst mit dem Endentscheid verlegt würden, doch sei im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin das Verfahren "klar" selber verursacht habe, indem sie den Antrag auf Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung gestellt habe. Der Ausgang in der Hauptsache habe keinen Einfluss auf die Kostenregelung dieses selbstständigen Verfahrens, weshalb es zulässig gewesen sei, ihr die entsprechenden Kosten zu überbinden.

6.2 Diese Ausführungen überzeugen nicht: Gemäss Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 2 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) bezahlt Gebühren, wer Verwaltungsverfahren der Wettbewerbsbehörden verursacht. Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese Verordnung zwar an sich verfassungs- und gesetzeskonform ist (BGE 128 II 247 E. 3 - 5), dass sie bei gesetzeskonformer Auslegung eine Kostenpflicht jedoch nur in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips erlaube (a.a.O., E. 6.1). Nicht jedes Setzen eines Anlasses

zu einer Untersuchung könne bereits die Kostenpflicht auslösen. Erweise sich ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus besonderen Gründen als zulässig, beispielsweise weil es die in Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften gestattet, könne die Person, deren Verhalten untersucht worden sei, nicht als unterliegend betrachtet und mit Kosten belegt werden (a.a.O., E. 6.2).

6.3 Wie ausgeführt, geht es vorliegend darum, ob Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG bestehen. Trifft dies zu, könnten der Beschwerdeführerin nach dem Gesagten keine Kosten auferlegt werden. Entgegen der Auffassung der Rekurskommission hat daher der Ausgang der noch vorzunehmenden Prüfung einen Einfluss auf die Kostenverlegung. Die Kosten des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission können daher - jedenfalls zurzeit - nicht der Beschwerdeführerin überbunden werden. Ziffer 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission ist deshalb ebenfalls aufzuheben.

7.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission und dem Bundesgericht richten sich nach Artikel 63 VwVG beziehungsweise Artikel 156 OG. Die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihrem Hauptantrag, da es nicht um die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission sondern um die Zulässigkeit von Untersuchungsmaßnahmen ging. Hingegen obsiegt sie mit ihrem Eventualbegehren. Es rechtfertigt sich daher, die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegner je zur Hälfte als obsiegend zu betrachten. Dementsprechend sind die Verfahrenskosten zu verlegen. Parteientschädigungen sind nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 und 3 OG; Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 17. September 2002 sowie Ziffern 3 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 werden aufgehoben. Die Sache wird zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

2.

[Kosten]

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

[Eröffnung]

B 4	2. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A.
-----	--

Arrêt du 22 mai 2003 de la IIe Cour de droit public concernant Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. contre Edipresse S.A., Commission de la concurrence et Commission de recours pour les questions de concurrence concernant la concentration d'entreprises, retrait de l'effet suspensif, recours de droit administratif contre la décision incidente de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 20 février 2003

Faits:

A.

Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, la Commission de la concurrence a annoncé que, lors de sa séance du 16 décembre 2002, elle avait approuvé le rachat du groupe Corbaz, qui édite les quotidiens "La Presse Riviera Chablais" et "La Presse Nord Vaudois", par le groupe de presse lausannois Edipresse. Elle indiquait que cette opération de concentration, quand bien même elle renforçait la position d'Edipresse sur le marché des quotidiens vaudois, n'était pas susceptible de supprimer la concurrence efficace sur ce marché.

B.

Le 30 janvier 2003, la société Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA, qui édite le journal de "La Côte", à Nyon, a saisi la Commission de recours pour les questions de concurrence d'un pourvoi tendant à l'annulation de l'acte du 16 décembre 2002 autorisant la concentration en cause, au maintien de l'effet suspensif attaché au recours et à l'adoption de diverses mesures provisoires.

Par décision incidente du 20 février 2003, la Commission de recours pour les questions de concurrence a retiré l'effet suspensif au recours du 30 janvier 2003 et, au surplus, a rejeté la requête de mesures provisionnelles.

C.

Agissant le 3 mars 2003 par la voie du recours de droit administratif, Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA demande au Tribunal fédéral, en tous les cas, d'annuler la décision précitée du 20 février 2003, principalement, de dire et constater que l'effet suspensif est attaché au recours adressé le 30 janvier 2003 à la Commission de recours pour les questions de concurrence et, subsidiairement, d'ordonner diverses mesures provisoires adéquates (art. 56 PA) de façon à maintenir la situation actuelle dans l'attente d'une décision définitive sur le recours du 30 janvier 2003.

Tant la Commission de recours pour les questions de concurrence que la Commission de la concurrence ont renoncé à se déterminer. Quant à Edipresse SA, elle conclut au rejet du recours.

D.

Par ordonnance présidentielle du 25 mars 2003, la requête d'effet suspensif au recours a été rejetée.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

1.1 La décision attaquée est une décision incidente. Selon l'article 101 lettre a OJ (a contrario), les décisions incidentes ne peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif que si celui-ci est également recevable contre la décision finale. Tel est bien le cas en l'espèce. Les décisions finales prises par la Commission de recours pour les questions de concurrence (cf. art. 44 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence [Loi sur les cartels, LCart; RS 251]) peuvent être attaquées par la voie du recours de droit administratif (art. 97 al. 1 et 98 lettre e OJ; ATF 129 II 18 consid. 1.1; 127 III 219 consid. 1a).

1.2 Encore faut-il que la décision incidente - qu'elle soit ou non expressément énumérée à l'article 45 alinéa 2 PA - puisse causer au recourant un dommage irréparable (voir art. 97 OJ en relation avec les art. 5 al. 2 et 45 al. 1 PA). Sont notamment considérées comme des décisions incidentes séparément susceptibles de recours, les décisions sur les mesures provisionnelles selon les articles 55 et 56 PA (art. 45 al. 2 lettre g PA). Dans un recours de droit administratif, un dommage de nature juridique n'est pas exigé; un dommage de pur fait, tel un préjudice économique important, est suffisant. Il faut donc que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 127 II 132 consid. 2a et les arrêts cités).

En l'occurrence, il est loin d'être certain que la décision entreprise soit de nature à causer un dommage irréparable à la société recourante. En effet, la décision attaquée ne l'empêche pas d'éditer le journal "La Côte", à Nyon. La recourante n'a pas non plus rendu vraisemblable que les recettes publicitaires de son journal auraient notablement diminué - ou baisseraient sensiblement au cours des prochains mois de l'année 2003 - si l'effet suspensif au recours du 30 janvier 2003 n'était pas maintenu. Enfin, on ne voit pas en quoi la société recourante subirait un préjudice irréparable du fait que le groupe Edipresse est autorisé, du moins provisoirement, à poursuivre les opérations de concentration d'entreprises durant la procédure de recours. A cet égard, on peut relever que, si le groupe Edipresse entend procéder à des investissements en vue de la concentration sans attendre l'issue définitive de la procédure de recours devant la Commission de recours pour les questions de concurrence, il le fait à ses risques et périls. En effet, il sait

que, le cas échéant, il peut être tenu de rétablir la situation dans l'état antérieur afin de se conformer au droit.

Point n'est cependant besoin de trancher définitivement le point de savoir si la condition du dommage irréparable est réalisée, du moment que le recours est de toute manière, comme on le verra ci-après, mal fondé.

1.3 Aux termes de l'article 103 lettre a OJ, a qualité pour former un recours de droit administratif "quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée". Dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises, seules les entreprises participantes ont qualité de partie (art. 43 al. 4 LCart). Dans la mesure où la société recourante ne fait pas partie du cercle des entreprises participantes, on peut se demander si elle a qualité pour former un recours administratif au regard de l'article 48 lettre a PA d'une part et un recours de droit administratif selon l'article 103 lettre a OJ d'autre part, étant précisé que ces deux dispositions légales s'interprètent de la même manière (cf. ATF 124 II 499 consid. 3b). Là encore, la question peut demeurer indécise, dès lors que le recours doit de toute façon être rejeté.

2.

2.1 La société recourante soutient que l'autorité intimée a abusé de son pouvoir d'appréciation, partant violé l'article 55 PA, en décidant de retirer l'effet suspensif au recours du 30 janvier 2003. A son avis, la pesée des intérêts en présence aurait été faite de manière erronée.

2.2 Le recours a effet suspensif (art. 55 al. 1 PA). Sauf si la décision porte sur une prestation pécuniaire, l'effet suspensif peut être retiré ou restitué par l'autorité de recours (art. 55 al. 2 et 3 PA). La loi n'indique pas quels motifs peuvent justifier le retrait de l'effet suspensif. L'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif résultent d'une comparaison entre les intérêts à l'exécution immédiate de la décision, d'une part, et au maintien du régime antérieur jusqu'à droit connu, d'autre part. Il s'agit donc de procéder à une pesée des intérêts publics et privés en présence. Le retrait de l'effet suspensif doit reposer sur des motifs clairs et convaincants. La règle de l'article 55 alinéa 1 PA, selon laquelle le recours a effet suspensif, n'a cependant pas pour conséquence que seules des circonstances exceptionnelles justifiaient le retrait d'un tel effet. Disposant d'une certaine liberté d'appréciation, l'autorité se fonde en général sur les pièces qui sont dans le dossier et qu'elle examine *prima facie*, sans ordonner de compléments de preuve. Il n'y a lieu de tenir compte de l'issue probable du procès au fond que si elle paraît manifeste. En cas de recours contre une décision portant sur l'octroi, le retrait ou la restitution de l'effet suspensif, le Tribunal fédéral - qui se limite à un examen provisoire du dossier - contrôle seulement si l'autorité intimée a commis un excès ou un abus de son pouvoir d'appréciation. Il n'annule sa décision que si elle a né-

gligé des intérêts essentiels ou fait une appréciation manifestement fautive (ATF 117 V 185 consid. 2b; 110 V 40 consid. 5b; 106 Ib 115 consid. 2a; 99 Ib 215 consid. 5 et la jurisprudence citée; voir aussi arrêt 4A.5/1996 du 30 janvier 1997, reproduit in: sic! 3/1997, p. 327).

2.3 Selon la décision attaquée, l'intérêt privé de la recourante au maintien de l'effet suspensif ne saurait l'emporter sur l'intérêt privé d'Edipresse SA à l'exécution immédiate, ou plutôt à la poursuite, de la concentration envisagée. En effet, cette dernière société a, de bonne foi, commencé le 1^{er} janvier 2003 les opérations de concentration des entreprises en procédant notamment à des investissements importants. Le maintien de l'effet suspensif aurait donc des conséquences graves non seulement sur Edipresse SA, qui est cotée en bourse, mais également sur les autres investisseurs impliqués dans la concentration en cause. De plus, il existerait un intérêt public (sécurité du droit) prépondérant à ce que ces opérations ne soient pas interrompues.

La société recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir omis de prendre en compte ses intérêts privés légitimes lors de la pesée des intérêts en présence. A titre principal, elle allègue - sans toutefois en apporter la moindre preuve - qu'en cas de retrait de l'effet suspensif, elle subirait un manque à gagner qu'elle chiffre entre CHF [...] et CHF [...] pour l'année 2003, ce qui entraînerait à terme la disparition du journal "La Côte". On a de la peine à suivre le raisonnement de la recourante lorsqu'elle affirme qu'avec la concentration projetée, le groupe Edipresse serait en mesure d'offrir aux annonceurs nationaux un taux de couverture et de pénétration suffisant pour leur permettre de se passer du journal "La Côte". En effet, il ne faut pas perdre de vue que le journal "La Côte" d'une part, et les journaux "La Presse Riviera Chablais" et "La Presse Nord Vaudois", d'autre part, qui sont tous des journaux à caractère régional, sont diffusés dans des zones géographiques différentes et s'adressent à un lectorat qui ne se recoupe pas. On ne voit donc pas pourquoi les annonceurs nationaux (et régionaux) cesseraient de faire paraître des annonces publicitaires dans le journal "La Côte" du seul fait du rachat du groupe Corbaz par Edipresse. Quoi qu'il en soit, la recourante n'a pas rendu suffisamment vraisemblable qu'en cas de retrait de l'effet suspensif, les recettes publicitaires du journal "La Côte" diminueraient sensiblement en raison de la concentration litigieuse.

Tout compte fait, il n'apparaît pas - sur la base d'un examen sommaire des pièces du dossier - que l'autorité intimée ait omis de tenir compte d'un intérêt important dans sa pesée des intérêts en présence et qu'elle ait commis un abus de son pouvoir d'appréciation en retirant l'effet suspensif au recours du 30 janvier 2003. Au contraire, il y a lieu de considérer que l'autorité intimée a procédé à une appréciation correcte de tous les intérêts publics et privés en cause dans le cadre de la pesée des intérêts et ce, indépendamment de la question de savoir si

l'autorisation de rachat du 16 décembre 2002 constitue ou non une "décision" et si la recourante a ou non qualité pour recourir devant la Commission de recours pour les questions de concurrence.

2.4 Les conclusions subsidiaires de la recourante tendant à l'adoption de mesures provisionnelles doivent être rejetées pour les mêmes motifs.

3.

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, avec suite de frais à la charge de la recourante (art. 156 al. 1 OJ). Obtenant gain de cause, la société intimée Edipresse SA, qui est assistée d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité équitable à titre de dépens (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

[Frais]

3.

[Notification]

D **Entwicklungen Développements Sviluppi**

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

AHLBORN Christian, ALLAN Bill, "The Napp Case: A Study of Predation?", *World Competition* 26/2(2003), S. 233 ff.

BISHOP Simon, "Pro-Competitive Exclusive Supply Agreements: How Refreshing!", *European Competition Law Review*, 24/5(2003), S. 229 ff.

COMPETITION LAW MONITOR, "Abuse of dominant position. Predatory Pricing and cross-subsidisation", *Competition Law Monitor*, Juni 2003, S. 10 ff.

COPENHAGEN ECONOMICS, "The internal market and the relevant geographic market. The impact of the completion of the Single Market Programme on the definition of the geographical market", DG Enterprise, Februar 2003

CROCIONI Pietro, VELJANOVSKI Cento G., "Price Squeezes, Foreclosure and Competition Law", *Journal of Network Industries*, 1/4(2003), S. 28 ff.

DE GRABA Patrick, "Volume Discounts, Loss Leaders, and Competition for More Profitable Customers", Discussion Paper FTC USA, April 2003

DUBOW Ben, "The Passing On Defence: An Economists Perspective", *European Competition Law Review*, 6/24(2003), S. 238 ff.

DUHAMEL Marc, TOWNLEY Peter G.C., "An Effective and Enforceable Alternative to the Consumer Surplus Standard", *World Competition*, 26/1(2003), S. 3

EICHLER M., GRASS M., KOELLREUTER C., KÜBLER T., "Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU - eine empirische Untersuchung zum Ausmass, zu Erklärungsansätzen und zu volkswirtschaftlichen Konsequenzen", Studie der BAK Basel Economics im Auftrag des Seco, Studienreihe Strukturberichterstattung Nr. 21, Bern 2003

EICHLER M., GRASS M., KOELLREUTER C., KÜBLER T., "Preisunterschiede Schweiz-EU: Eine branchenspezifische Bestandesaufnahme", *Die Volkswirtschaft*, 7/2003, S. 11 ff.

EVANS David S., PADILLA A. Jorge, "Demand-Side Efficiencies in Merger Control", *World Competition*, 26/2(2003), S. 167 ff.

FOX Eleanor, "We Protect Competition, You Protect Competitors", *World Competition* 26/2(2003), S. 149 ff.

- GAL Michal S., "Competition Policy for Small Market Economies", Harvard University Press, Cambridge Mass., und London, England, 2003
- GODDARD Garry, CURRY Elisa, "New Zealand's New Mergers Test: A Comparison of Dominance and Substantial Lessening of Competition in the Supermarket Industry", *European Competition Law Review*, 24/7(2003), S. 300
- GOODMANS, "Can Efficiencies Save Anti-Competitive Mergers in Canada?", *Goodmans, The Update, Competition*, May 2003
- GUAL Jordi, "Market Definition in the Telecoms Industry", CEPR Discussion Paper Series No 3988, Juli 2003
- HÄCKNER Jonas, "Vertical Integration and Competition Policy", *Journal of Regulatory Economics*, 24/2(2003), S. 213 ff.
- HARRIS Barry C., VELJANOVSKI Cento G., "Critical Loss Analysis: Ist Growing Use in Competition Law", *European Competition Law Review*, 24/5(2003), S. 213 ff.
- HETTICH Peter, "Wirksamer Wettbewerb. Theoretisches Konzept und Praxis", Haupt Verlag, Bern 2003
- ITEN R., PETER M., VETTORI A., MENEGALE S., "Hohe Preise in der Schweiz: Ursachen und Wirkung", Studie der Infrac im Auftrag des Seco, Studienreihe Strukturberichterstattung Nr. 10, Bern 2003
- ITEN R., PETER M., VETTORI A., MENEGALE S., "Hohe Preise in der Schweiz: Politischer Wille oder mangelnde Wettbewerbsintensität?", *Die Volkswirtschaft*, 7/2003, S. 5 ff.
- IVALDI M., JULLIEN B., REY P., SEABRIGHT P., TIROLE J., "The Economics of Tacit Collusion", Final Report for DG Competition, European Commission, März 2003
- IVALDI M., JULLIEN B., REY P., SEABRIGHT P., TIROLE J., "The Economics of Unilateral Effects", Interim Report for DG Competition, European Commission, März 2003
- KATZ Michael L., SHAPIRO Carl, "Critical Loss: Let's Tell the Whole Story", *Antitrust*, 17/2(2003), S. 49 ff.
- KNITTEL Christopher R., "Market Structure and the Pricing of Electricity and Natural Gas", *The Journal of Industrial Economics* LI/2(2003), S. 167 ff.
- LEVY Nicholas, "EU Merger Control: From Birth to Adolescence", *World Competition*, 26/2(2003), S. 195 ff.
- LEXECON, "Merger to Monopoly: NewsCorp/Telepiù", Competition Memo, June 2003
- LEXECON, "Minority Shareholding", Competition Memo, April 2003
-

LILICO Andrew, GLYNN Dermot, "Price discrimination. Virtuous price discrimination, pharmaceuticals, and parallel trade", *Competition Law Insight*, Mai 2003, S. 6 ff.

LOFARO Andrea, RIDYARD Derek, "Switching Costs and Merger Assessment: Don't Move the Goalposts", *European Competition Law Review*, 6/24(2003), S. 268 ff.

MARIN Pedro L., SICOTTE Richard, "Exclusive Contracts and Market Power: Evidence for Ocean Shipping", *The Journal of Industrial Economics* LI/2(2003), S. 193 ff.

MCNUTT Patrick A., "Taxonomy of Non-Market Economics for European Competition Policy", *World Competition*, 26/2(2003), S. 303 ff.

NALEBUFF Barry, "Bundling, Tying, and Portfolio Effects", DTI (Department of Trade and Industry) Economics Paper No. 1, Februar 2003

NAZZINI Renato, "Parallel Trade in the Pharmaceutical Market", *World Competition*, 26/1(2003), S. 53

NERA (NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES), "Switching Costs. Part one: Economic models and policy implications", Office of Fair Trading Discussion Paper 5, OFT 655, April 2003

NIKPAY Ali, HOUWEN Fred, "Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the Airtours Judgement", *European Competition Law Review*, 24/5(2003), S. 193 ff.

OECD, "Roundtable Discussion on Media Mergers - Note by the Secretariat", DAF/COMP(2003)13, 30. April 2003

OECD, "Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates", Series Roundtables on Competition, 40, 2003 (DAFFE/COMP(2002)21)

OECD, "Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers", Series Roundtables on Competition, 41, 2003 (DAFFE/COMP(2003)5)

PHILLIPS O.R., MENKHAUS S.J., COATNEY K.T., "Collusive Practices in Repeated English Auctions: Experimental Evidence on Bidding Rings", *The American Economic Review*, 93/3(2003), S. 965 ff.

PRICEWATERHOUSECOOPERS, "A tax on mergers? Surveying the time and costs of business of multi-jurisdictional merger reviews", Juni 2003

ROMEO Charles, PITTMAN R., FAMILANT N., "Do Newspapers JOAs Charge Monopoly Advertising Rates?", *Review of Industrial Organization*, 22(2003), S. 121 ff.

RYAN Michael H., "Structural Separation: A Prerequisite for Effective Telecoms Competition", *European Competition Law Review*, 6/24(2003), S. 241 ff.

SAPPINGTON David E., J. SIDAK Gregory J., "Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises", *Review of Industrial Organization*, 22(2003), S. 183 ff.

SCHEFFMAN David T., COLEMAN Mary, "Quantitative Analysis of Potential Competitive Effects for A Merger", Discussion Paper FTC USA, Juni 2003 (forthcoming *Georgetown Law Review*)

SCHEFFMAN David T., HIGGINS Richard S., "20 Years of Raising Rivals' Costs: History, Assessment, and Future", Juni 2003 (forthcoming *George Mason Law Review*)

SYMEONIDIS George, "In Which Industries is Collusion More Likely? Evidence from the UK", *The Journal of Industrial Economics*, LI/1(2003), S. 45 ff.

VAN OERS Monique, VAN DER MEULEN Bernd, "The Netherlands Competition Authority and its Policy on Fines and Leniency", *World Competition*, 26/1(2003), S. 25

WEISKOPF David A., "Merger Simulation", *Antitrust*, 17/2(2003), S. 57 ff.

WILLIAMSON Oliver E., "Economics and Antitrust Enforcement: Transition Years", *Antitrust*, Spring 2003, S. 61 ff.

WINCKLER Antoine, "Some Comments on Procedure and Remedies under EC Merger Control Rules: Something Rotten in the Kingdom of the EC Merger Control?", *World Competition*, 26/2(2003), S. 219 ff.

ZITZEWITZ Eric W., "Competition and Long-run Productivity Growth in the UK and US Tobacco Industries, 1879-1939", *The Journal of Industrial Economics*, LI/1(2003), S. 1 ff.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A		F	
AF	Arrêté fédéral	FF	Feuille fédérale
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	FMG	Fernmeldegesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	G	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
B		GU	Gemeinschaftsunternehmen
BA	Bundesamt	H	
BB	Bundesbeschluss	HGer	Handelsgericht
BBi	Bundesblatt	HMG	Heilmittelgesetz
BG	Bundesgesetz	I	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGer	Bundesgericht	J	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	JdT	Journal des Tribunaux
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	K	
BR	Bundesrat	KG	Kartellgesetz
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BV	Bundesverfassung	L	
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
C		LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
CC	Code civil	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
CE	Communauté Européenne	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Conseil des Etats	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
CF	Conseil fédéral	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CO	Code des obligations	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
Cost.	Costituzione federale	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LF	Loi fédérale / Legge federale
CPS	Code pénal suisse	LL	Legge federale sul lavoro
cst.	Constitution fédérale	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
D		LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	LOTC	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
DG	Direction Générale (UE)		
E			
EU	Europäische Union		

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)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	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	T	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		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	U	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
R		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	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
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 584
abgestimmte Verhaltensweise 638
Abrede 521, 526, 650, 661
Acquiring -
Anhörung 656
- B**
- C**
- D**
- E**
- Einstellung einer Untersuchung -
einvernehmliche Regelung 650, 654, 664,
668, 673, 684 ff., 700
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- H**
- I**
- Indizienbeweis -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 580 f., 584,
586
Kontrolle von Unternehmenszusammen-
schlüssen 551, 564, 607
Koppelungsgeschäft -
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- marktbeherrschende Stellung 511, 526, 546,
548, 558, 562, 580, 587 ff., 594 f., 600 f.,
610, 639, 662
Marktgegenseite 525, 538, 554 ff., 564, 568,
571, 580, 586, 608
Marktstruktur 522 f., 544, 547 f., 574, 592,
598, 689
Marktzutrittsschranken -
Meldepflicht 533, 551, 554, 562, 616
Missbrauch 514, 519, 651
- N**
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- Q**
- R**
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Submission -
Submissionskartell -
- T**
- Tarife 634
- U**
- Untersuchung 514 f., 519 ff., 526 f., 535, 576,
579, 600 f., 626, 639 ff., 644 f., 647 ff., 651
f., 654, 660, 664, 667 f., 670, 673, 676 ff.,
682 ff., 686 f., 692 f., 695 f., 698, 700 ff.,
704, 706, 712
unzulässige Wettbewerbsabrede 638
- V**
- vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede
-
Veröffentlichung 616
-

Verschulden -
vorbehaltene Vorschriften 611, 668

W

X

Y

Z
