

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

2001/4

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

CH-3003 Berne
(Editeur)

CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

BBL/EDMZ
CH-3003 Bern

OFCL/EDMZ
CH-3003 Berne

UFCL/EDMZ
CH-3003 Berna

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

www.admin.ch/edmz

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

CHF 25.--

CHF 25.--

CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 80.--

CHF 80.--

CHF 80.--

(Form: 701.000.01/4)

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

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

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

2001/4

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.

Januar / janvier / gennaio 2002

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

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
7	Preavvisi	
8	Diversi	
B 3	Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
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**2001/4****B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**Secrétariat de la Commission de la concurrence
Segreteria della Commissione della concorrenza**1. Vorabklärungen****Enquêtes préalables****Inchieste preliminari**

- | | |
|--|-----|
| 1. Reparaturabwicklung von Elektrowerkzeugen | 633 |
| 2. Preiserhöhungen im Markt für Holzprodukte | 638 |

B 2 WettbewerbskommissionCommission de la concurrence
Commissione della concorrenza**2. Untersuchungen****Enquêtes****Inchieste**

- | | |
|--|-----|
| 1. Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung | 645 |
| 2. Watt/Migros - SIE | 688 |
| 3. Privatärztetarife im Kanton Zürich | 695 |

3. Unternehmenszusammenschlüsse**Concentrations d'entreprises****Concentrazioni di imprese**

- | | |
|--|-----|
| 1. Unilever/Bestfoods | 701 |
| 2. EWZ-Enron | 707 |
| 3. NOK-E.On-Watt | 712 |
| 4. Ericsson/Sony | 717 |
| 5. Tamedia/Belcom | 721 |
| 6. Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon | 744 |
| 7. Gemeinschaftsunternehmen von The Coca-Cola Company
und von Nestlé S.A. | 746 |
| 8. Swisscom AG und AGI IT Services AG | 752 |
| 9. UBS/CSG - Crossair | 760 |

6. Empfehlungen**Recommandations****Raccomandazioni**

- | | |
|--|-----|
| 1. Libéralisation du marché de l'assurance vie | 762 |
|--|-----|

2.	Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Aargau	768
3.	Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton St. Gallen	772
4.	Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Wallis	775
5.	Les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton du Jura	779
6.	Les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton de Neuchâtel	782
7.	Stellungnahmen	
	Préavis	
	Preavvisi	
1.	Vernehmlassung zur Elektrizitätsmarktverordnung	786
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	
	Commission de recours pour les questions de concurrence	
	Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1.	Kaladent AG	793
2.	Aerztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ	800
3.	BKW FMB Energie AG	820
D	Entwicklungen	
	Développements	
	Sviluppi	
D 2	Bibliografie	
	Bibliographie	
	Bibliografia	840
E	Diverses	
	Divers	
	Diversi	
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	842
	Index (deutsch, français e italiano)	845

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

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. Reparaturabwicklung von Elektrowerkzeugen

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 3. Oktober 2001 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Reparaturabwicklung von Elektrowerkzeugen wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Die Fachgruppe der Importeure für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen (im Folgenden: Fachgruppe) hat per 1. Januar 2000 eine Standardisierung der Reparaturabwicklung in Kraft gesetzt. Die Mitglieder der Fachgruppe benutzen seither zur Reparaturabwicklung ein gemeinsames Formular "Reparaturabwicklung für Elektrowerkzeuge", auf dem die Preise der Kostenvoranschläge, welche die Reparaturwerkstätten ihren Kunden in Rechnung stellen, einheitlich festgelegt werden.

2. In der Fachgruppe sind elf Importeure respektive Hersteller zusammengeschlossen. Diese führen mehrere Produktgruppen in ihrem Sortiment: Bohrmaschinen, Akku-Geräte, Sägen, Fräsen, Sauger, Schleifgeräte, Hobel, Heckenscheren und so weiter. Die Mitglieder der Fachgruppe vereinigten nach eigenen Angaben auf dem schweizerischen Markt für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen gemessen an der Anzahl verkaufter Geräte in den Jahren 1998 bis 2000 jeweils einen Marktanteil von zirka 70% auf sich.

3. Aufgrund einer Anzeige hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) am 24. Februar 2000 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Kartellgesetz (KG; SR 251) eröffnet. Gegenstand der Vorabklärung ist die Vereinheitlichung der Preise der

Kostenvoranschläge bei Reparaturen von Elektrowerkzeugen und Kleinmaschinen. Im Rahmen der Abklärungen wurden die Fachgruppe sowie drei Mitgliedfirmen befragt.

4. Nach Gesprächen mit dem Sekretariat hat die Fachgruppe am 28. September 2001 folgende Erklärung abgegeben:

"a) Die Fachgruppe der Importeure für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen ist dafür besorgt, dass jedes einzelne Mitglied ein markeneigenes Reparatur-Auftragsformular sowie eine individuelle Kostengestaltung der Reparaturen im Markt einführt. Demzufolge wird die Fachgruppe als solche keine brancheneigene Regelung mehr erlassen und umsetzen.

Das bisher branchenweit genutzte Reparatur- und Kostenvoranschlagsformular wird ab 1. Januar 2002 nicht mehr eingesetzt.

b) Die Fachgruppe der Importeure für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen verpflichtet sich, dem Sekretariat der Wettbewerbskommission bis 30. November 2001 mitzuteilen, wann, an wen und in welcher Form die Umsetzung der neuen Regelung kommuniziert wurde. Diese Mitteilung erfolgt in Form einer Zusammenstellung der geführten Korrespondenz der einzelnen Mitglieder mit ihren Einzelhandels- und Reparaturunternehmen".

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

a) Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten (RPW 2001/1, S. 28, Rz. 18). Die Mitglieder der Fachgruppe sowie die auf dem Markt für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen tätigen Reparaturwerkstätten sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

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

?? Die Standardisierung der Reparaturabwicklung sieht insbesondere Folgendes vor: Falls die Reparaturkosten 40% des empfohlenen Verkaufspreises eines zur Reparatur eingesandten Gerätes übersteigen, erhält der Kunde automatisch einen Kostenvoranschlag. Der Preis des Kostenvoranschlages richtet sich nach dem Verkaufspreis des Gerätes:

Verkaufspreis des Gerätes	Preis des Kostenvoranschlages
Bis CHF 150.--	CHF 20.--
Von CHF 150.-- bis CHF 800.--	CHF 30.--
Ab CHF 800.--	CHF 50.--

?? Der Kostenvoranschlag wird auch dann in Rechnung gestellt, wenn es zu keiner Reparatur kommt. Im Preis des Kostenvoranschlages ist eine allfällige Entsorgung des Gerätes inbegriffen. Von dieser Regelung nicht betroffen sind Reparaturen, die sofort ausgeführt werden, sowie Garantireparaturen.

?? Es bestehen keine Sanktionsmöglichkeiten gegen Reparaturwerkstätten und Händler, die sich nicht an die vereinheitlichten Preise der Kostenvoranschläge halten.

c) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die einheitliche Festsetzung des Preises für die Erstellung von Kostenvoranschlägen eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt und daher als Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren ist.

B.2 Beurteilung der Wettbewerbsabrede

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

B.2.1 Relevanter Markt

a) Sachlich relevanter Markt

7. a) Der sachlich relevante Markt umfasst - in sinngemässer Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) - alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. RPW 2001/2, "JC Decaux/Affichage", S. 317, Rz. 50).

b) Nachfrager von Reparaturen und Kostenvoranschlägen - und damit Marktgegenseite - ist der Endverbraucher von Elektrowerkzeugen und Kleinmaschinen. Zwischen den verschiedenen Produktkategorien (z.B. Bohrmaschinen und Schleifgeräte) bestehen keine oder nur sehr begrenzte Substitutionsmöglichkeiten. Die Reparatur von Geräten mit unterschiedlichem Verwendungszweck kann aber in der Regel durch

ein und dieselbe Reparaturwerkstatt erfolgen. Da die Marktgegenseite erst nach Erstellung des Kostenvoranschlages (unter den in Rz. 5 b aufgeführten Bedingungen) über die definitive Ausführung der Reparatur entscheidet, wird die Erstellung von Kostenvoranschlägen als eigenständiger, von der eigentlichen Reparaturleistung unabhängiger Markt betrachtet.

c) Der sachlich relevante Markt besteht somit in der Erstellung von Kostenvoranschlägen für Reparaturen von Elektrowerkzeugen und Kleinmaschinen.

b) Räumlich relevanter Markt

8. a) Der räumliche Markt umfasst - in Analogie zu Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b VKU - das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (RPW 2001/2, "JC Decaux/Affichage", S. 320, Rz. 63).

b) Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen sind in Spezialgeschäften, Baumärkten und zum Teil in Detailhandelsgeschäften mit Vollsortimenten erhältlich, können aber auch über den Versandhandel bezogen werden. Defekte Geräte dürften von den Konsumenten in der Regel in das Geschäft zurückgebracht werden, in dem das Gerät gekauft wurde, was auf eine regionale räumliche Marktabgrenzung hindeuten würde. Da sich die Wettbewerbsverhältnisse in den verschiedenen Regionen nicht wesentlich unterscheiden, kann indes auf eine regionale räumliche Marktabgrenzung verzichtet werden (vgl. RPW 1997/3, "Migros/Globus", S. 368 ff., Rz. 23 ff.). Es hat folglich keinen Einfluss auf das Ergebnis der Vorabklärung, ob der räumlich relevante Markt national oder regional abgegrenzt wird.

c) Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz abgegrenzt werden.

B.2.2 Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

Im vorliegenden Fall sind die Tatbestandselemente von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt: Die einheitlichen Preise der Kostenvoranschläge werden von Unternehmen angewandt, die miteinander im Wettbewerb stehen.

10. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (RPW 1999/3, S. 455, Ziff. 61).

a) Die Abklärungen haben gezeigt, dass die Mitglieder der Fachgruppe die vereinheitlichten Preise der Kostenvoranschläge in 50% bis 70% der Fälle anwenden. Es ist nicht abschliessend geklärt worden, ob allenfalls andere Hersteller oder Importeure, die nicht Mitglied der Fachgruppe sind, sich an diese Preise halten; der Fachgruppe sind keine Unternehmen bekannt, bei denen dies der Fall ist. Da die Mitglieder der Fachgruppe einen Marktanteil von zirka 70% auf sich vereinigen (vgl. Rz. 3), bedeutet das, dass die Vereinheitlichung der Preise der Kostenvoranschläge bei mindestens 35% der Reparaturen von Elektrowerkzeugen und Kleinmaschinen, bei denen die Reparaturkosten 40% des empfohlenen Kaufpreises übersteigen und die nicht sofort ausgeführt werden und nicht unter die Garantie fallen, angewandt wird.

b) Ob der vorhandene Innen- und Aussenwettbewerb ausreichend wäre, um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, kann offen gelassen werden. Mit der Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung vom 28. September 2001 konnten die kartellrechtlichen Bedenken des Sekretariates beseitigt werden.

C. Schlussfolgerungen

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

1. nimmt Kenntnis von der Erklärung der Fachgruppe der Importeure für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen vom 28. September 2001;
 2. stellt fest, dass die Fachgruppe der Importeure für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen beziehungsweise deren Mitglieder mit der Umsetzung der Verpflichtungserklärung vom 28. September 2001 die kartellrechtlichen Bedenken beseitigen;
 3. beschliesst demzufolge, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
 4. teilt der Fachgruppe der Importeure für Elektrowerkzeuge und Kleinmaschinen die Einstellung des Verfahrens mit.
-

B 1.1	2. Preiserhöhungen im Markt für Holzprodukte
-------	---

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites; art. 5 LCart

Accordi illeciti; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 23. Oktober 2001 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Preiserhöhungen im Markt für Holzprodukte wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) sind von September bis Dezember 2000 mehrere Anzeigen gegen den HWS (Holzwerkstoffe Schweiz; vormals Verband Schweizerischer Sperrholzhändler [VSSH]) und seine Mitglieder eingegangen:

a) Anzeige des Verbandes der Schweizer Möbelindustrie (im Folgenden: SEM) über Preiserhöhungen für Lieferungen bestimmter Produkte im Holzhandelssektor ab dem 1. September 2000 (überwiesen vom Preisüberwacher).

b) Anzeige des Verbandes Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten (im Folgenden: VSSM) über Preiserhöhungen im Zusammenhang mit der Einführung der leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe (im Folgenden: LSVA) auf den 1. Januar 2001.

2. Am 27. Februar 2001 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 Kartellgesetz (KG; SR 251). Aufgrund des Auskunftsbegehrens des Sekretariats reichte der HWS eine Stellungnahme ein.

3. In der Folge stellte das Sekretariat dem HWS am 31. Mai 2001 eine vorläufige Beurteilung zu, wonach die Preiserhöhungen von Anfang September 2000 unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG seien. In seiner Stellungnahme vom 25. Juni 2001 betonte der Verband seine Bereitschaft, die Angelegenheit einvernehmlich zu regeln.

4. Der HWS hat am 3. September 2001 folgende Verpflichtungserklärung unterzeichnet:

"1. Der HWS verzichtet in Zukunft auf die Herausgabe oder die Verbreitung von Preisempfehlungen.

2. Der HWS richtet sich bei einer allfälligen Herausgabe von Kalkulationshilfen nach den jeweils geltenden Bekanntmachungen der Wettbewerbskommission (aktuell publiziert in RPW 1998/2, S. 351) "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen".

3. Der HWS unterlässt in Zukunft jegliche Koordinations-tätigkeiten, die pauschale Preiserhöhungen zum Inhalt ha-ben.
4. Der HWS informiert seine Verbandsmitglieder anlässlich der kommenden Regionalversammlungen über die vorlie-gende Verpflichtungserklärung.
5. Der HWS setzt sich dafür ein, dass der bestehende Arti-kel 2 der Statuten einer Revision unterzogen wird, sodass die Bestimmung "... die eine Kontrolle und Sanierung des Sperrholzmarktes anstreben" sowie die Ziffer 3 des oben erwähnten Artikels nicht mehr in den Statuten enthalten ist. Das Sekretariat räumt dem Verband dazu Frist bis spätestens Ende 2002 ein.
6. Der HWS informiert das Sekretariat umgehend über die Umsetzung dieser Verpflichtungserklärung.
7. Das Sekretariat behält sich das Recht vor, eine Untersu-chung einzuleiten, falls die vorliegende Verpflichtungserklä-rung nicht eingehalten wird".

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder Nachfrager auftreten (RPW 2001/1, S. 98, Rz. 18).

Die Mitglieder des HWS (Holzhändler) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Dem Verband HWS, der die Preisempfehlungen beziehungsweise Preiserhöhungen an seine Mitglieder abgegeben hat, kommt im Kartellverwaltungsverfahren Parteistellung zu.

B.1.2 Wettbewerbsabreden

7. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhal- tensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstu- fen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die koordinierten pauschalen Preiser- höhungen per 1. September 2000 (a) und per 1. Januar 2001 (b) als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind.

- a) Soweit es um die Preiserhöhung per 1. September 2000 geht, haben die Ermittlungen unter anderem Folgendes ergeben:
- ?? Der HWS hat Ende August 2000 seinen Mitgliedern Musterschreiben für pauschale Preiserhöhungen zukommen lassen.
 - ?? Bis Anfang September 2000 ergingen praktisch identische Schreiben (43 Fälle liegen vor) verschiedener Holzhändler aus der gesamten Schweiz - mit Ausnahme des Kantons Tessin - an Abnehmer (i.d.R. Schreinereien und andere Holzverarbeitende Betriebe) mit der Ankündigung einer generellen Preiserhöhung von 6% für Lieferungen ab dem 1. September 2000. Begründet wurden die Preiserhöhungen mit den nachgebenden Marktpreisen für Holzwerkstoffe und steigenden Kosten sowie der erdölpreisbedingten Verteuerung der Roh- und Hilfsstoffe. Der Grossteil der Schreiben stammt von HWS-Mitgliedern. Die Preiserhöhungen betrafen insbesondere folgende Produkte: Spanplatten und Elemente auf Span-Trägerbasis, Sperrholz- und Multiplexplatten, Tischlerplatten, Massivholzplatten, Weich- und Hartfaserplatten sowie Kunstharzplatten.
 - ?? Da die Preisempfehlungen von den Mitgliedern des HWS mehrheitlich angewandt und umgesetzt worden sind, sind die tatbeständlichen Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllt.
- b) Fraglich ist, ob auch die Empfehlung des HWS für Preiserhöhungen per 1. Januar 2001 insgesamt als Wettbewerbsabrede im Sinne der gesetzlichen Bestimmung qualifiziert werden kann. Aufgrund der nachstehenden Ausführungen dürfte diese Frage zu bejahen sein. Nachdem sich der HWS allerdings verpflichtet hat, in Zukunft auf die Herausgabe oder die Verbreitung von Preisempfehlungen zu verzichten, kann eine abschliessende Beurteilung unterbleiben.
- ?? Die Akten enthalten unter anderem 75 nahezu identische Schreiben von Holzhändlern an Schreinereien und andere Holzverarbeitende Betriebe bezüglich Preiserhöhungen auf den 1. Januar 2001, ebenso wie die Briefvorlage, welche die HWS-Mitglieder für diese zweite Preiserhöhung verwenden sollten. Zur Begründung der Preisaufschläge wurde hauptsächlich die Verrechnung von Transportkosten aufgrund der Einführung der LSVA auf den 1. Januar 2001 angeführt.
 - ?? Die umwelt- und verkehrspolitisch motivierte LSVA-Abgabe belastet den Schwerverkehr nach dem Verursacherprinzip. Konkret bemisst sich die LSVA nach den gefahrenen Kilometern, dem höchstzulässigen Gesamtgewicht des Fahrzeugs sowie nach den Schadstoffwerten des Zugfahrzeugs (Art. 6 des Bundesgesetzes über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe [SVAG, SR 641.81]). Die LSVA ist somit keine Pauschalabgabe.
-

- ?? Die empfohlenen Preiserhöhungen auf den 1. Januar 2001 basieren laut HWS unter anderem auf einer pauschalen Verrechnung der LSVA von CHF 46.--/Ablad für die gesamte Branche. Die pauschale Verrechnung auf Branchenebene sei nach HWS gerechtfertigt, da "es keinem Betrieb zugemutet werden könne, für jede Tagestour und jede konkret angefahrene Abladestelle die LSVA minutiös zu berechnen". Abklärungen bei der für die LSVA verantwortlichen Oberzolldirektion haben ergeben, dass es bei Stückgütern tatsächlich sehr aufwändig ist, die LSVA für jeden Kunden individuell zu verrechnen. Die in den Lastwagen eingebauten Erfassungsgeräte enthalten keine kundenspezifischen Informationen, eine individuelle Verrechnung pro Ablad ist somit nicht möglich. Deshalb sei es auf Betriebsebene die Regel, die LSVA einerseits bei Stückgütern pauschal andererseits bei ganzen Wagenlieferungen oft kilometerweise zu verrechnen.
- ?? Die Ausführungen der Oberzolldirektion bezüglich der gerechtfertigten pauschalen Verrechnung der LSVA auf Betriebsebene können allerdings nicht auf die gesamte Branche übertragen werden. Artikel 5 SVAG sieht auf jeden Fall vor, die LSVA auf der Stufe des Fuhrhalters zu erheben. Zwischen den Betrieben gibt es erhebliche Unterschiede hinsichtlich der für die Höhe der LSVA relevanten Bemessungsgrundlagen. Die daraus resultierende unterschiedliche Höhe der LSVA zwischen den Betrieben widerspiegelt Unterschiede in den verursachten Kosten für die Allgemeinheit der jeweiligen Fuhrhalter. Mittel- und langfristig werden so auch Anreize für den Fuhrhalter geschaffen, die Kosten für die Allgemeinheit zu senken.
- ?? Zentral ist, dass die vom HWS vorgeschlagene pauschale Verrechnung der LSVA auf Branchenebene mit der Idee dieser Abgabe im Widerspruch steht. Das Ziel der Abgabe ist, umwelt- und verkehrspolitisch motivierte Korrekturen im Interesse der Allgemeinheit vorzunehmen. Dabei sollen die Unterschiede bei den Verursachern, nämlich den Fuhrhaltern, in der Höhe der Abgabe berücksichtigt, und allfällige Anstrengungen der Fuhrhalter zur Verringerung der Kosten für die Allgemeinheit belohnt werden. Pauschale Verrechnungen auf Branchenebene schwächen dieses Anliegen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

- a) Einzelne Ausführungen des HWS lassen sinngemäss auf das Vorliegen eines Vorbehalts im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG schliessen.
-

So wird geltend gemacht, der empfohlene pauschale LSVA-Preiszuschlag sei von der staatlich verordneten Abgabe gedeckt.

b) Die LSVA ist zwar eine vom Staat verordnete umweltpolitisch motivierte Abgabe, für die Unternehmungen stellt sie jedoch lediglich einen Kostenfaktor unter vielen dar. Sie gilt deshalb nicht als umfassende vom Staat verordnete Markt- oder Preisordnung und fällt somit nicht unter Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG.

c) Zusammenfassend kann gesagt werden, dass im zu beurteilenden Fall keine Vorschriften bestehen, die den Wettbewerb nicht zulassen würden.

B.3 Beurteilung der Wettbewerbsabrede

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

B.3.1 Relevanter Markt

a) Sachlich relevanter Markt

10. a) Der sachlich relevante Markt umfasst - in sinngemässer Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) - alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

b) Im vorliegenden Fall

?? gelten Schreinereien und andere Holzverarbeitende Betriebe als Marktgegenseite (bestätigt durch Angaben des HWS);

?? ist der Handel mit Holzwerkstoffen wie Spanplatten und Elementen auf Span-Trägerbasis, Sperrholz- und Multiplexplatten, Tischlerplatten, Massivholzplatten, Weich- und Hartfaserplatten sowie Kunstharzplatten der sachlich relevante Markt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Herstellung der genannten Produkte nicht durch die Mitglieder des HWS erfolgt.

c) Der sachlich relevante Markt kann somit als Handel mit Holzwerkstoffen wie Massivholzplatten, Schichtstoffplatten, plattenförmigen Werkstoffen auf Holzbasis und so weiter umschrieben werden. Auf eine abschliessende Marktabgrenzung kann aber aufgrund der Verpflichtungserklärung verzichtet werden.

b) Räumlich relevanter Markt

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

b) Die Beschaffung der in Randziffer 10 c genannten Produkte erfolgt sowohl im Ausland als auch im Inland. Bestimmte Produkte wie zum Beispiel Sperrholzplatten werden sogar ausschliesslich aus dem Ausland beschafft. Ausländische Produkte werden von Abnehmern in der Schweiz (Handel, Industrie und Grossabnehmer) entweder direkt importiert oder über Agenturen oder Grossverteiler in der Schweiz bezogen. Kleinabnehmer wie die Mitglieder des VSSM beziehen Holzwerkstoffe in der Regel von einem nahegelegenen Händler. Aufgrund der Bedeutung des Transportkostenanteils ist der Bezug von einem Händler aus der weiteren Umgebung nicht sinnvoll. Ein direkter Import seitens der Schreiner findet in der Regel nicht statt (gemäss den Auskünften des VSSM). Die Mitglieder des VSSM beziehen ihr Holz deshalb in der Regel auf dem lokalen Markt, wo sie wenige Substitutionsmöglichkeiten haben.

c) Die definitive Marktabgrenzung kann aber letztlich offen gelassen werden, da sowohl bei einer engen Marktabgrenzung (regional) wie auch bei einer weiten Marktabgrenzung (national) eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.

B.3.2 Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

Im vorliegenden Fall sind die Tatbestandselemente von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt: Die einheitlichen Preiserhöhungen auf den 1. September 2000 und den 1. Januar 2001 werden von Unternehmen befolgt, die miteinander im Wettbewerb stehen.

13. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb bestehen bleibt (vgl. RPW 1999/3, S. 455, Ziff. 61).

a) Die Abklärungen haben gezeigt, dass die Mehrheit der Verbandsmitglieder die Preisvorgaben angewandt hat.

b) Ob der vorhandene Innen- oder Aussenwettbewerb ausreichend wäre, um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, ist aufgrund des vorliegenden Sachverhalts zu bezwei-

fein. Dies trifft sowohl bei einer regionalen wie auch bei einer nationalen Marktabgrenzung zu. Diese Frage kann jedoch offen gelassen werden, da mit der Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung des HWS vom 3. September 2001 die kartellrechtlichen Bedenken des Sekretariats beseitigt werden konnten.

14. Der Vollständigkeit halber ist ein Zweifaches anzumerken:

a) Bei Abreden, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen, ist ein Anrufen von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG ausgeschlossen.

Selbst wenn die Befolgung der Preiserhöhung im September 2000 als "bloss" erheblich wettbewerbsbeeinträchtigende und somit der Rechtfertigung nach Artikel 5 Absatz 2 KG zugängliche Abrede zu qualifizieren wäre, sticht die vorgetragene Begründung (Berücksichtigung von steigenden Kosten sowie sinkenden Erlösen und der damit verbundenen schwierigen Ertragslage der Verbandsmitglieder) von vornherein ins Leere.

b) Gemäss der Bekanntmachung "Kalkulationshilfen" der Weko (RPW 1998/2, S. 351 ff.) gelten als Kalkulationshilfen standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG, welche den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder die Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung von Unternehmen gleicher Marktstufe zu berechnen oder zu bestimmen (Art. 2 der Bekanntmachung "Kalkulationshilfen"). Bei den Preisempfehlungen (vgl. Rz. 1, 7) des HWS in Form von Richtpreisen handelt es sich um Kalkulationshilfen im Sinne der Bekanntmachung.

Unter gewissen Umständen lassen sich solche Kalkulationshilfen rechtfertigen. Dies gilt etwa dann, wenn die Kalkulationshilfen keinen Austausch von Informationen beinhalten, die Aufschluss über das effektive Verhalten von einzelnen Beteiligten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung der Endpreise und Konditionen geben können (vgl. Bekanntmachung "Kalkulationshilfen" Art. 3 Bst. d bzw. Art. 4 Bst. c). Diese Rechtfertigung greift jedoch im vorliegenden Fall nicht, da die Preisempfehlungen genaue Frankenbeträge oder Prozentzahlen sowie Anweisungen zur koordinierten Inkraftsetzung enthalten und somit genauen Aufschluss über das effektive Verhalten der anderen Beteiligten geben.

C. Schlussfolgerungen

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

1. nimmt Kenntnis von der Verpflichtungserklärung des Fachverbandes Holzwerkstoffe Schweiz (HWS) vom 3. September 2001.

2. stellt fest, dass der HWS beziehungsweise dessen Mitglieder mit der Umsetzung der Verpflichtungserklärung vom 3. September 2001 die kartellrechtlichen Bedenken beseitigen.
3. beschliesst demzufolge, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
4. teilt dem HWS die Einstellung des Verfahrens mit.

B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG

Abkürzungsverzeichnis

AAV	Aargauischer Ärzteverband
AKV	Aargauischer Krankenkassen-Verband
BPV	Bundesamt für Privatversicherung
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum bzw. Verbindung der Schweizer Ärzte
H+	Dachverband der Schweizer Spitäler
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KSK	Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (seit 8. Juni 2001 "santésuisse")
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 2001 (SR 832.10)

RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs; Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
SLK	Spitalleistungskatalog
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
VAG	Bundesgesetz betreffend der Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 23. Juni 1978 (SR 961.01)
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)

A. Sachverhalt

1. Per 1. Januar 1999 trat im Kanton Aargau zwischen dem Aargauischen Ärzteverband als Vertreter der **ÄrztInnen** (Baden-Dättwil, nachfolgend AAV), den vier **Privatkliniken** (Klinik im Schachen, Aarau; Klinik Sonnenblick, Wettingen; Klinik Villa im Park, Rothrist; Klinik Schützen, Rheinfelden) sowie mehreren **Krankenversicherern** (Helsana Versicherungen AG, Zürich [nachfolgend Helsana], Concordia, Luzern, Unimedes, Luzern, und den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossenen Versicherer - vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband, Baden [nachfolgend AKV], - soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklären) **ein Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken** (nachfolgend *Halbprivatversicherungsvertrag*) in Kraft. Dieser Vertrag stellt eine Erneuerung einer Vertragsversion vom 1. Juli 1998 dar. Die CSS Versicherungen, Luzern (nachfolgend CSS), traten dem Vertrag per 1. Januar 2000 bei.

2. Der Halbprivatversicherungsvertrag gilt für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung (2er-Zimmer und freie Arztwahl) eines Privatspitals behandeln lassen (Art. 2 Halbprivatversicherungsvertrag).

3. Im Halbprivatversicherungsvertrag werden *die Taxen für medizinische Leistungen* in den Halbprivatabteilungen gemäss Randziffer 2 festgelegt. Die Taxen für die medizinischen Leistungen bestehen im Grundsatz aus den Fallpreispauschalen (vgl. Rz. 4)¹. Bei nicht fallpauschalisierten Leistungen bestehen die Taxen aus der Grundtaxe, den Spitalleistungen (Zusatztaxen) und den ärztlichen Leistungen (vgl. Rz. 5, 6, 7).

¹ Querverweise innerhalb des Verfügungsentwurfes sind nachfolgend mit "Rz." angegeben.

4. 40 medizinische Eingriffe (z.B. eine offene Prostataektomie) werden nach *Fallpreispauschalen* abgegolten. Die Fallpreispauschalen umfassen sämtliche Leistungen der ÄrztInnen, der BelegärztInnen und des Spitals sowie externer Leistungserbringer vom Eintritt bis zum Austritt der PatientInnen unter Berücksichtigung der vertraglich festgelegten Definitionen von Leistungen.
 5. Die Grundtaxe ist in eine Tages- und Pflorgetaxe unterteilt. Während mit der Tagestaxe die Leistungen bezüglich Unterkunft, Verpflegung und Bereitschaftskosten abgegolten werden, umfasst die Pflorgetaxe die Entschädigung für die Grund- und Behandlungspflege sowie Materialien für die Grundpflege wie etwa Gazebinden. Die Tagestaxe beträgt beispielsweise in der Klinik im Schachen für eine Wöchnerin mit gesundem Säugling CHF 240.-- pro Pflorgetag.
 6. Als Grundlage für die Verrechnung der *Spitalleistungen* - mit Ausnahme separat aufgeführter Einzelleistungen - dienen der Spitalleistungskatalog, der SUVA-Zahnarzttarif und die Eidgenössische Analysenliste (z.B. werden pro Benützung des Aufwachraumes 6 Taxpunkte verrechnet). Die Taxansätze (Taxpunktwerte) der Spitalleistungen richten sich nach den Vereinbarungen der Medizinaltarifkommission UVG, dem Dachverband der Schweizer Spitäler H+ und dem Physiotherapeutenverband sowie den Vorgaben des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV).
 7. Die Verrechnung der *ärztlichen Leistungen* (z.B. für eine Hämorridenoperation mehrzipflig) erfolgt auf der Grundlage des Zürcher Mittelstandstarifes. Die Taxansätze für ärztliche Leistungen entsprechen dem Zürcher Mittelstandstarif mit einem Abschlag von 7%. Vorbehalten bleiben Verrechnungen gemäss den Fallpreispauschalen.
 8. Am 21. August 1998 ersuchte der AAV das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat), den Halbprivatversicherungsvertrag auf unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) zu überprüfen und eine Untersuchung über allfällige Wettbewerbsbeschränkungen nach Artikel 27 KG durchzuführen. Das Gesuch des AAV wurde, zeitlich gesehen, nach den in der ersten Jahreshälfte von 1998 erfolgten Verhandlungen zwischen den Vertragsparteien und vor der Vertragsunterzeichnung vom 21. Januar 1999 für die Vertragsversion vom 1. Januar 1999 gestellt. Der AAV bezieht sich in seiner Bitte ursprünglich auf die vorangehende Version des Halbprivatversicherungsvertrages vom 1. Juli 1998 und erklärt seine Ausführungen auch für die Vertragsversion vom 1. Januar 1999 als gültig.
 9. Das Sekretariat eröffnete in dieser Angelegenheit am 8. Oktober 1999 eine Vorabklärung. Die Absprache zwischen den Parteien beziehungsweise der Halbprivatversicherungsvertrag bildet den Gegenstand der Vorabklärung.
-

10. Das Sekretariat führt Erhebungen bei den Vertragsparteien (Privatkliniken, Krankenversicherer, AAV) und dem Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer (KSK; seit 8. Juni 2001 "santé-suisse") durch.

11. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eröffnete das Sekretariat am 12. Mai 2000 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und teilte dies den Parteien am selben Tage mit.

12. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 23. Mai 2000 (SHAB 2000, Nr. 100, S. 3505) und im Bundesblatt vom 30. Mai 2000 (BBI 2000, Nr. 21, S. 3005) bekannt gegeben.

13. Im Nachgang zu den Fragebogen aus dem Vorabklärungsverfahren führte das Sekretariat zusätzliche Erhebungen bei den Vertragsparteien (Privatkliniken, Krankenversicherer, AAV), der Visana und dem kantonalen Gesundheitsdepartement durch.

14. Das Sekretariat teilte den Vertragsparteien am 14. September 2000 mit, dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen werden und klärte deren Gültigkeit ab.

15. Dem Gesuch der Krankenversicherer vom 6. Juli 2000 und der Privatkliniken vom 15. September 2000 zwecks Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht wurde gegenüber den Krankenversicherern am 29. August 2000 und gegenüber den Leistungserbringern am 28. September 2000 entsprochen. Am 22. Dezember 2000 stellte das Sekretariat den Parteien ein aktuelles Aktenverzeichnis zu und verwies auf das Recht zur Akteneinsicht. Am 21. Mai 2001 nahmen die Krankenversicherer erneut Akteneinsicht. Die Privatkliniken erhielten am 27. Juni 2001 auf Anfrage Akten zugestellt. Am 20. August 2001 nahmen die Krankenversicherer ein weiteres Mal Akteneinsicht.

16. Die Unimedes schlug am 8. März 2001 eine einvernehmliche Regelung gemäss Artikel 29 KG vor. Das Sekretariat wies das Gesuch am 21. März 2001 mit Begründung ab. Die Unimedes hielt nicht an ihrem Gesuch fest.

17. Das Sekretariat wandte sich am 1. März 2001 unter Bezugnahme auf deren Korrespondenz vom 27. Oktober 2000, 15. Januar 2001 und 12. Februar 2001 mit einem Vorschlag bezüglich der Behandlung der als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichneten Tatsachen an die Krankenversicherer. Nach dem Vorschlag sollten unter anderem die Zahl der halbprivat Versicherten im Kanton Aargau sowie der Anteil der ausserhalb des Kantons Aargau behandelten PatientInnen mit Halbprivatversicherung, die versicherungsmässig dem Kanton Aargau zugeordnet werden, jeweils pro Versicherer und Jahr (Ziff. 5 Bst. a des Schreibens vom 1. März 2001) umschrieben werden.

18. Die Krankenversicherer erklärten in ihrer Stellungnahme vom 23. März 2001, dass sie mit dem Vorschlag des Sekretariates bezüglich des Vorgehens bei zu umschreibenden Angaben nicht einverstanden seien; die fraglichen Zahlen seien absolut vertraulich zu behandeln, das heisst im Rahmen der Akteneinsicht auch nicht in umschriebener Form offen zu legen. Für den Fall des Festhaltens des Sekretariates an der vorgeschlagenen Umschreibungsweise ersuchten sie um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

19. Das Sekretariat wandte sich am 2. April 2001 an die Krankenversicherer, um am 13. März 2001 telefonisch vereinbarte Berichtigungen in Sachen Geschäftsgeheimnisse zu bestätigen. Die Krankenversicherer gaben dazu am 4. April 2001 ihr Einverständnis.

20. Am 19. April 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse an die Krankenversicherer. Diese wurde von den Krankenversicherern nicht angefochten.

21. Der Antrag des Sekretariates (Verfügungsentwurf) wurde den Parteien am 13. Juni 2001 zugestellt.

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

?? Die ÄrztInnen nahmen am 13. Juli 2001 fristgerecht Stellung.

?? Die Krankenversicherer reichten ihre Stellungnahme am 28. August 2001 nach einmaliger Fristverlängerung fristgerecht ein.

?? Die Privatkliniken haben ihre Stellungnahme nach zweimaliger Fristverlängerung am 17. September 2001 fristgerecht eingereicht.

23. Es wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

a) Die ÄrztInnen beantragen:

?? die Aufnahme der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler sowie aller weiteren privaten Leistungserbringer ins Verfügungsdispositiv (Antrag);

?? falls Abklärungen für den Antrag notwendig wären, es sei eine entsprechende Untersuchung gemäss Artikel 27 KG durchzuführen und die entsprechende Verfügung zeitlich mit der aktuellen Verfügung zu eröffnen (Eventualantrag).

b) Die Krankenversicherer beantragen:

?? Es sei festzustellen, dass der untersuchte Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des KG falle.

?? Es sei festzustellen, dass die Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) Wettbewerb mit Bezug auf die klassische Halbprivatversicherung nicht zulasse.

?? Eventualiter habe die Behörde in Anwendung der Untersuchungsmaxime die Gesetzmässigkeiten des hier vorliegenden Marktes und

die Auswirkungen (Mechanismen) der Abgeltung von Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung und Zusatzversicherungsleistungen im Spitalbereich zu analysieren und in ihrem Entscheid zu berücksichtigen und nach neuer Definition des sachlich relevanten Marktes den Vertrag aus Effizienzgründen für zulässig zu erklären.

- ?? Die Untersuchung sei einzustellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
- c) Die Privatkliniken beantragen:
 - ?? die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise Untersuchung gemäss KG betreffend Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in öffentlichen Spitälern;
 - ?? die Untersuchung gegen den Halbprivatversicherungsvertrag mit den Privatkliniken sei zu sistieren, bis betreffend dem Vertrag aus Antrag 1 ebenfalls eine Verfügung durch die Wettbewerbskommission eröffnet werde.

B. Erwägungen

B.1 Einstellung oder Sistierung des Verfahrens

24. In ihren Stellungnahmen beantragen die Krankenversicherer, das Untersuchungsverfahren sei zu sistieren beziehungsweise einzustellen (vgl. Rz. 23 b). Die Privatkliniken (vgl. Rz. 23 c) und sinngemäss auch die ÄrztInnen (vgl. Rz. 23 a) beantragen ebenfalls eine Sistierung des Untersuchungsverfahrens.

a) Ein Sistierungsentscheid (vorläufige Einstellung) eines hängigen Verwaltungsverfahrens vor der Wettbewerbskommission kommt namentlich dann in Betracht, wenn ihr Entscheid von einem anderen Entscheid oder Urteil abhängt oder wesentlich beeinflusst wird. Eine Sistierung kommt ferner in Frage, wenn eine Rechtsänderung bevorsteht, die für den Verfahrensausgang wesentlich ist. Definitiv eingestellt wird ein hängiges Untersuchungsverfahren, wenn die Wettbewerbsbehörde aufgrund ihrer Abklärungen zum Schluss kommt, dass kein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorliegt beziehungsweise ein solcher den Parteien nicht nachgewiesen werden kann (vgl. Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2000/3, S. 330 ff., Ziff. 21 mit weiteren Verweisen).

b) Nach Ansicht der Privatkliniken und der ÄrztInnen soll das vorliegende Untersuchungsverfahren bis zum Zeitpunkt der Eröffnung einer entsprechenden Verfügung betreffend Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in *öffentlichen und öffentlich subventionierten* Spitälern sistiert werden. Wie in Randziffer 26 d) gezeigt wird, entscheidet die Wettbewerbsbehörde unabhängig von Anträgen interessierter Personen über die Eröffnung von Untersuchungen. Aus

den dortigen Erwägungen ergibt sich, dass eine Sistierung des vorliegenden Untersuchungsverfahrens nicht begründet ist.

c) Die Krankenversicherer bringen folgende Gründe für eine Sistierung beziehungsweise Einstellung vor:

?? Die Partei stützt ihren Antrag zunächst auf Artikel 6 KG, insbesondere die Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezügliche Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen (Art. 6 Abs. Bst. b KG). Artikel 6 KG wäre insbesondere, falls der Halbprivatversicherungsvertrag als unzulässig beurteilt würde, zu berücksichtigen (vgl. Rz. 135).

?? Im Weiteren wird geltend gemacht, es sei nicht denkbar, dass jeder Krankenversicherer mit jedem einzelnen Spital und jedem Arzt/ jeder Ärztin separate Verträge abschliesst (Rz. 131 a).

?? Ausserdem machen die Krankenversicherer geltend, dass sie nicht ohne weiteres auf Privatkliniken und gewisse ÄrztInnen im Kanton Aargau verzichten könnten, da eben die PatientInnen ihr Privatspital in der Nähe wünschten und gemäss KVG Anspruch auf Behandlung in diesen Spitälern hätten. Hingegen seien die Spitäler nicht auf einzelne Krankenversicherer angewiesen, was wiederum zeige, dass die Marktmacht ungleich verteilt sei (vgl. Rz. 42, 86 b) und 131 b).

?? Ferner wird geltend gemacht, dass die Leistungserbringer (Spitäler und ÄrztInnen) in der Regel zusammen auftreten, so dass kleine Krankenversicherer keine Aussicht auf gute Verhandlungsergebnisse hätten (Rz. 131 b).

?? Es sei schliesslich zu bedenken, dass ausnahmsweise "harte Kartelle" vom grundsätzlichen Verbot des KG ausgenommen würden, wenn diese eine wirksame Gegenmacht gegenüber marktmächtigen Unternehmen darstellten. Ausserdem liege vorliegend kein "hartes" Kartell vor (Rz. 97, 106, 131 b).

?? Der untersuchte Vertrag falle nicht in den Anwendungsbereich des KG und die Auswirkungen des KVG liessen Wettbewerb mit Bezug auf die Halbprivatversicherung nicht zu (Rz. 23 b, 44).

?? Die Komplexität des Gesundheitsmarktes werde verkannt und der sachlich relevante Markt falsch definiert (vgl. Rz. 23 b, 58).

d) Die in Randziffer 24 c) vorgebrachten Gründe sind keine Gründe für eine Sistierung im Sinne der in a) gemachten Ausführungen. Indessen stellen diese Gegenstand der Untersuchung dar und werden im Verlaufe des Verfahrens aufgenommen. Im Rahmen der Behandlung dieser Argumente (vgl. oben genannte Rz.) wird gleichzeitig aufgezeigt werden, dass sie eine Einstellung der Untersuchung nicht zu begründen vermögen.

25. Die Sistierungs- und Einstellungsanträge werden daher abgewiesen.

B.2 Eröffnung einer Untersuchung/Ausdehnung des Untersuchungsgegenstandes auf den Bereich der öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken

26. In ihren Stellungnahmen beantragen die ÄrztInnen und die Privatkliniken, die Verfügung auch gegen die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken zu richten beziehungsweise die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken sowie alle weiteren privaten Leistungserbringer ins Verfügungsdispositiv aufzunehmen. Im Weiteren sei eine entsprechende Untersuchung gemäss Artikel 27 KG durchzuführen (vgl. Rz. 23 a und c).

a) Es werden folgende Gründe vorgebracht:

?? Da im Bereich der öffentlichen und der öffentlich subventionierten Kliniken der gleiche Vertrag wie im Bereich der Privatkliniken vorläge, sei es weder rechtlich noch wirtschaftlich statthaft, diese von der Verfügung auszunehmen.

?? Es sei nicht einzusehen, weshalb sich die Untersuchung nicht auch auf die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken erstreckt.

b) Das Sekretariat hat gestützt auf die Angaben des AAV zunächst den Vertrag mit den Privatkliniken als möglichen Verstoss gegen das Kartellgesetz betrachtet und dahingehend eine Vorabklärung durchgeführt (vgl. Rz. 9). Aus den Angaben des AAV und den Ergebnissen der Vorabklärung ging insbesondere hervor, dass zwischen den Krankenversicherern und den öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken ein ähnlicher Vertrag im Vergleich zum vorliegenden Halbprivatversicherungsvertrag besteht (vgl. Rz. 87). Bei Abschluss der Vorabklärung wurde beschlossen, dass Gegenstand der Untersuchung nur der vorliegende Halbprivatversicherungsvertrag mit den Privatkliniken darstellt und die Ähnlichkeit zum Vertrag mit den öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken zu prüfen ist (Rz. 11). Dies aus folgenden Gründen:

?? Es bildete erstmalig ein derartiger Vertrag im Bereich der Zusatzversicherung den Untersuchungsgegenstand. Der Untersuchungsbereich wurde damit wegen dem beispielhaften Charakter der Untersuchung im Bereich der Zusatzversicherung bewusst eng gehalten.

?? Es lagen keine rechtlichen Gründe vor, weshalb die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken ebenfalls zeitgleich untersucht werden mussten. Insbesondere bestand kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

- ?? Es lagen keine stichhaltigen ökonomischen Gründe vor, weshalb die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken ebenfalls zeitgleich untersucht werden mussten. Auch wenn den ÄrztInnen und Privatkliniken im Falle einer Unzulässigkeitsklärung des Halbprivatversicherungsvertrages ein momentaner Nachteil gegenüber den öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken und deren ÄrztInnen erwachsen könnte, indem sie neue Verträge aushandeln müssten, was mit Kosten verbunden wäre, würde dieser Nachteil später kompensiert, wenn der Vertrag mit den öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken in Folge der Ähnlichkeit auch als unzulässig erachtet werden müsste und demzufolge in einem späteren Verfahren als solches erklärt würde.
- ?? Das Sekretariat hat erst innerhalb der Untersuchung festgestellt, dass *weitgehend identische* Verträge zwischen den ÄrztInnen, den Krankenversicherern und den öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken bestehen. Von einer Ausweitung des Untersuchungsgegenstandes wurde aus oben genannten Gründen abgesehen.
- c) Der Antrag auf Ausdehnung der Untersuchung beziehungsweise Aufnahme der öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken sowie aller weiteren privaten Leistungserbringer als Adressaten der Verfügung ist aus den in Randziffer 26 b) genannten Gründen abzuweisen.
- d) Soweit die Eröffnung einer neuen Untersuchung gegen die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken beantragt wird, sei zudem darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbskommission unabhängig von den Anträgen interessierter Personen über die Eröffnung von Untersuchungen entscheidet; die ÄrztInnen und Privatkliniken können somit keinen Anspruch auf eine Untersuchungseröffnung erheben. Auf dieses Begehren ist somit nicht einzutreten.
27. Die Anträge auf Ausdehnung der Untersuchung werden somit abgewiesen und auf die Anträge auf Eröffnung einer neuen Untersuchung wird nicht eingetreten.

B.3 Geltungsbereich

28. Das KG gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 KG).

B.3.1 Unternehmen

29. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten (vgl. RPW 2000/4, S. 605, Ziff. 78).

30. Die in Randziffer 1 aufgeführten Vertragsparteien sind als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren.

B.3.2 Wettbewerbsabreden

31. Als Wettbewerbsabreden gelten nach Artikel 4 Absatz 1 KG insbesondere a) rechtlich erzwingbare Vereinbarungen b) von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die c) eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. RPW 2000/2, S. 172 f., Ziff. 29).

32. Nachfolgend wird dargelegt, dass der Halbprivatversicherungsvertrag die folgenden vier Wettbewerbsabreden enthält (vgl. Darstellung 1):

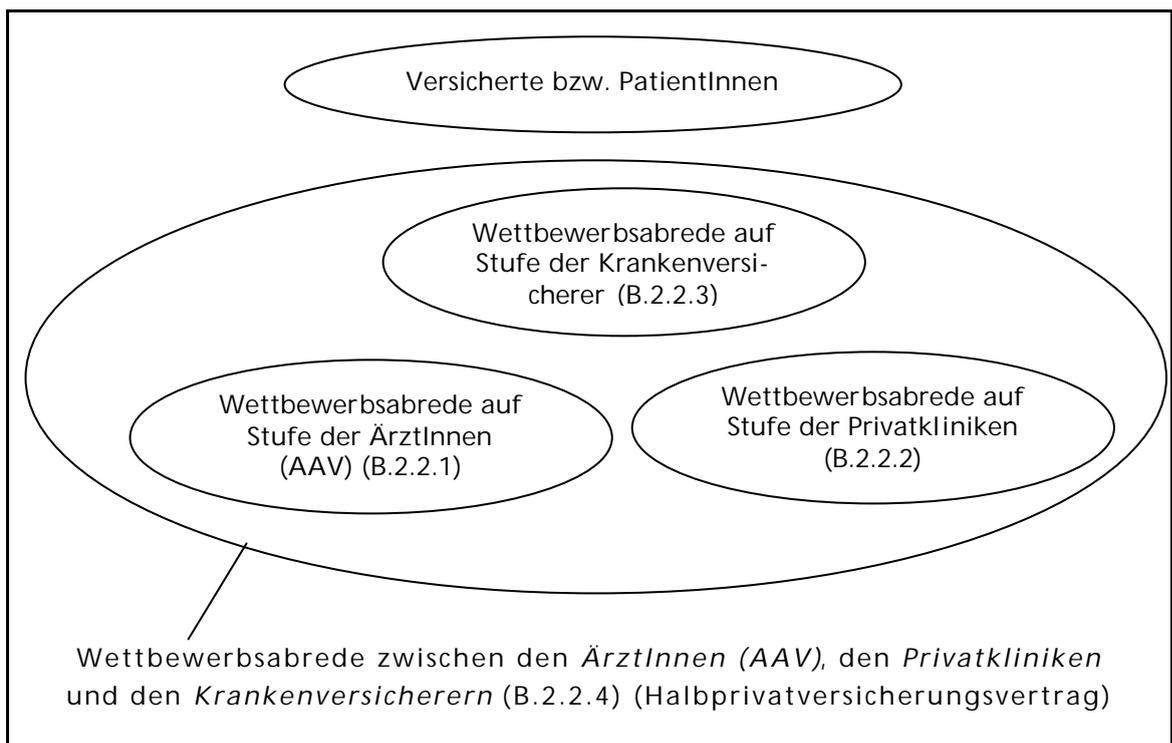
?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der *ÄrztInnen* (AAV) (B.2.2.1)

?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Privatkliniken* (B.2.2.2)

?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Krankenversicherer* (B.2.2.3)

?? Wettbewerbsabrede zwischen den *ÄrztInnen* (AAV), den *Privatkliniken* und den *Krankenversicherern* (B.2.2.4)

Darstellung 1: Wettbewerbsabreden des Halbprivatversicherungsvertrages



B.3.2.1 Wettbewerbsabrede auf Stufe der ÄrztInnen (AAV)

33. Der Halbprivatversicherungsvertrag ist als eine horizontale Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen beziehungsweise dem AAV (vgl. Rz. 1) im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren, da:

a) er Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken verbindlich festlegt (vgl. Rz. 3 ff.), die

per 1. Januar 1999 in Kraft traten (vgl. Rz. 1 f). Er stellt das Resultat der Verhandlungen dar, an denen der AAV für die ÄrztInnen organisierend mitgewirkt (Rz. 74) und gleichzeitig eine Vereinbarung der ÄrztInnen bewirkt hat;

b) er durch die ÄrztInnen als Unternehmen gleicher Marktstufe (bzw. durch den AAV als Vertreter seiner Mitglieder) mit entwickelt wurde und angewandt wird (Rz. 73 ff.);

c) er für den AAV die Taxen und damit die Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen fixiert (vgl. Rz. 3 ff.) und damit eine Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken bewirkt.

34. Aus diesen Gründen stellt der Halbprivatversicherungsvertrag eine horizontale Wettbewerbsabrede auf Stufe der ÄrztInnen des AAV im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar.

B.3.2.2 Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken

35. Der Halbprivatversicherungsvertrag ist als eine horizontale Wettbewerbsabrede zwischen den Privatkliniken (vgl. Rz. 1) im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren, da:

a) er Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken verbindlich festlegt (vgl. Rz. 3 ff.), die per 1. Januar 1999 in Kraft traten (vgl. Rz. 1 f.). Er stellt das Resultat der Verhandlungen dar, an denen die Privatkliniken mitgewirkt und gleichzeitig eine Vereinbarung der Privatkliniken bewirkt haben;

b) er durch Unternehmen gleicher Marktstufe mit entwickelt wurde und angewandt wird (Rz. 85 ff.);

c) er für die Privatkliniken die Taxen und damit die Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen fixiert (vgl. Rz. 3 ff.) und damit eine Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken bewirkt.

36. Aus diesen Gründen stellt der Halbprivatversicherungsvertrag eine horizontale Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar.

B.3.2.3 Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer

37. Der Halbprivatversicherungsvertrag ist als eine horizontale Wettbewerbsabrede zwischen den Krankenversicherern (vgl. Rz. 1) im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren, da:

a) er Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken verbindlich festlegt (vgl. Rz. 3 ff.), die

per 1. Januar 1999 in Kraft traten (vgl. Rz. 1 f.). Er stellt das Resultat der Verhandlungen dar, an denen die Krankenversicherer mitgewirkt und gleichzeitig eine Vereinbarung der Krankenversicherer bewirkt haben;

b) er durch Unternehmen gleicher Marktstufe mit entwickelt wurde und angewandt wird (Rz. 98 ff.);

c) er die Krankenversicherer die Taxen und damit die Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen fixiert (vgl. Rz. 3 ff.) und damit eine Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken bewirkt.

38. Aus diesen Gründen stellt der Halbprivatversicherungsvertrag eine horizontale Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar.

B.3.2.4 Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern

39. Der Halbprivatversicherungsvertrag zwischen dem AAV, den Privatkliniken und den Krankenversicherern (vgl. Rz. 1) ist als eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren, da:

a) er Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken definiert (vgl. Rz. 3 ff.), die per 1. Januar 1999 in Kraft traten (vgl. Rz. 1 f.). Er stellt das Resultat der Verhandlungen vom AAV, den Privatkliniken und Krankenversicherern dar;

b) er durch Unternehmen verschiedener Marktstufen entwickelt wurde und angewandt wird (Rz. 108 ff.). Die Krankenversicherer bieten den Vertriebskanal für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen an, welche die Privatkliniken und die in denselben tätigen ÄrztInnen des AAV nachfragen (vgl. Rz. 53);

c) er für den AAV, die Privatkliniken und die Krankenversicherer die Taxen und damit die Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen fixiert (vgl. Rz. 3 ff.) und damit eine Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken bewirkt.

40. Aus diesen Gründen stellt der Halbprivatversicherungsvertrag zwischen dem AAV, den Privatkliniken und den Krankenversicherern eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar. Diese gründet auf den Wettbewerbsabreden auf Stufen der ÄrztInnen, der Privatkliniken und der Krankenversicherer.

B.4 Vorbehaltene Vorschriften

41. 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 KG).

42. Im Bereich der Gesundheitsversorgung bestehen zahlreiche staatliche Vorschriften. Während für den Bereich der sozialen Krankenversicherung das Bundesgesetz über die Krankenversicherung zur Anwendung gelangt, unterliegt der Bereich der Zusatzversicherung gemäss Artikel 12 Absätze 2 und 3 KVG dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG). Das VVG gewährt weitgehende Vertragsfreiheit. So ist im Bereich der Zusatzversicherungen im Gegensatz zum Grundversicherungsbereich (Art. 46 KVG) nicht auf Gesetzesstufe vorgesehen, dass mehrere Versicherer und Leistungserbringer gemeinsam oder deren Verbände Tarifverhandlungen führen. Das VVG kennt ferner keine Vorschriften, welche Versicherungsleistungen anzubieten sind und nach welchen Verfahren die Leistungen durch Prämien finanziert werden. Das Bundesamt für Privatversicherung (BPV) prüft im Rahmen des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) lediglich, ob die Prämien nach vernünftigen Grundsätzen gerechnet sind und ob sie in einem akzeptablen Verhältnis zu den abgedeckten Risiken und den versprochenen Leistungen stehen².

43. Die Bestimmungen im VVG und VAG lassen Wettbewerb sowohl auf Stufe der ÄrztInnen, der Privatkliniken, der Krankenversicherer sowie zwischen den Krankenversicherern, Privatkliniken und ÄrztInnen grundsätzlich zu (vgl. auch Ausführungen der Wettbewerbskommission in der Verfügung vom 19. April 1999 betreffend Visana und CSS wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede sowie unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen "Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit", RPW 1999/2, S. 227, Ziff. 37 ff.).

44. Die Krankenversicherer vertreten die Ansicht, dass die Verflechtung zwischen der Grund- und Zusatzversicherung Wettbewerb im Zusatzversicherungsbereich nicht zulasse, insbesondere sei ein Ausschluss von Leistungserbringern wegen Artikel 102 KVG nicht möglich. Dazu bedürfte es gesetzlicher Änderungen im KVG (z.B. Aufhebung des Kontrahierungszwanges, Klarstellung der Spitalfinanzierung). Infolgedessen beantragen die Krankenversicherer, es sei festzustellen, dass der untersuchte Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des KG falle, und dass die Auswirkungen des KVG Wettbewerb mit Bezug auf die klassische Halbprivatversicherung nicht zulassen (vgl. Rz. 23 b).

² Bundesamt für Privatversicherung, *Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz 1999*, 114. Bericht, Bern 2000, S. E22.

45. Wie die Wettbewerbskommission in der Verfügung vom 19. April 1999 betreffend Visana und CSS wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede sowie unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen ("Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit", RPW 1999/2, S. 227, Ziff. 37 ff.) bereits feststellte, bestehen gewisse Koppelungen zwischen dem Bereich der Grund- und der Zusatzversicherung. Beispielsweise wird in der Grundversicherung durch die Spitalliste geregelt, welche Kliniken zulasten der Grundversicherung tätig sein können (Art. 39 KVG), und damit wird es für den Krankenversicherer faktisch schwierig sein, gerade in der Zusatzversicherung einzelne Kliniken auszuschliessen, da die Wahlfreiheit in der Halbprivatversicherung ein wesentliches Element darstellt (so auch die Ausführungen in Rz. 86 b). Die Krankenversicherer und Leistungserbringer haben trotz der gewissen Koppelungen zwischen Grund- und Zusatzversicherung die Möglichkeit (so auch betreffend dem genannten Beispiel), je Krankenversicherer und Leistungserbringer verschiedene Tarife auszuhandeln. Eine verbindliche Festlegung der Taxen für medizinische Leistungen in den Halbprivatabteilungen betreffend Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken beziehungsweise eine Fixierung der Preise für im Halbprivatbereich erbrachte medizinische Leistungen im Sinne der Wettbewerbsabreden (vgl. Rz. 32 ff.) ist nicht gesetzlich vorgesehen und drängt sich trotz der Koppelungen zwischen Grund- und Zusatzversicherung nicht auf.

46. Artikel 102 KVG ist eine Übergangsregelung zum neuen KVG und damit auch für die Trennung zwischen Grund- und Zusatzversicherung. Gemäss Artikel 102 Absatz 2 KVG sind die Krankenversicherer "verpflichtet, ihren Versicherten Versicherungsverträge anzubieten, die mindestens den bisherigen Umfang des Versicherungsschutzes gewähren". Damit besteht für die Krankenversicherer faktisch der Zwang, mit jedem Leistungserbringer einen Tarifvertrag abzuschliessen - zumindest dann, wenn die Krankenversicherer ein solches Versicherungsangebot vor Einführung des KVG angeboten haben und dies die Versicherten weiterhin wünschen. Es besteht aber gemäss Artikel 102 KVG kein Zwang zu Wettbewerbsabreden im Sinne von Randziffer 32 ff. beziehungsweise Artikel 102 KVG untersagt nicht, dass je Leistungserbringer und je Krankenversicherer unterschiedliche Tarife ausgehandelt werden könnten.

47. Im Weiteren ist trotz des faktischen Zwanges nach Artikel 102 KVG eine preisorientierte Lenkung der Versicherten durch die Krankenversicherer dergestalt möglich, dass die Versicherten aufgrund unterschiedlicher Zusatzversicherungsprämien bestimmte Leistungserbringer bevorzugen sollten, und damit die Leistungserbringer in dieser Weise in Preiskonkurrenz stehen (Rz. 67). Damit können mit allen Leistungserbringern Verträge abgeschlossen werden, aber je nach Versicherungsangebot wird lediglich ein Teil der Leistungserbringer in die-

sem Angebot berücksichtigt - mit entsprechender Prämie (auf solche Versicherungsprodukte wird in der Stellungnahme der Krankenversicherer explizit hingewiesen; vgl. Rz. 58).

48. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den ÄrztInnen und Privatkliniken auch nicht geltend gemacht.

49. Die Feststellungsbegehren in Form der Anträge 1 und 2 werden daher abgewiesen.

B.5 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden

50. Laut Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren und Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

51. Um festzustellen, ob die genannten Abreden im Einzelnen betrachtet erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung beziehungsweise eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bewirken, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.5.1 Relevanter Markt

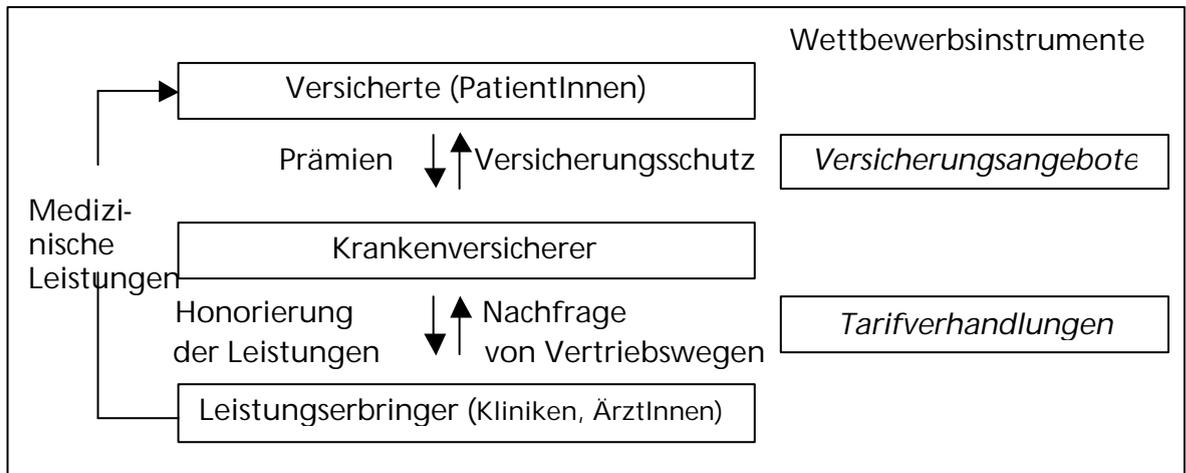
B.5.1.1 Sachlich relevanter Markt

52. Der sachliche Markt umfasst gemäss analoger Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

53. Die Leistungserbringer bieten eine Palette von Dienstleistungen (dem Einzelfall angepasste Spitalleistungen und ärztliche Leistungen, vgl. auch Rz. 4 ff.) an, welche die PatientInnen beziehungsweise Versicherten im Krankheitsfall in Anspruch nehmen. Für diese Dienstleistungen handeln die Krankenversicherer mit den Leistungserbringern entsprechende Konditionen aus und bieten ihren Kunden (Versicherte) entsprechende Versicherungsangebote beziehungsweise Versicherungsschutz an (vgl. Darstellung 2). In Konkurrenz stehende Krankenversicherer müssen ihren Versicherten ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis anbieten. Damit treten die Krankenversicherer gegenüber den Leistungserbringern als Einkäufer auf, die Honorierungsformen und -höhen aushandeln. Zugleich bieten sie Vertriebskanäle für medizinische Leistungen an. Für diese Leistungen suchen die Leistungserbringer Vertriebswege. Daher können die Krankenversicherer auch als Anbieter und die Leistungserbringer (und somit auch die ÄrztInnen) als Nachfrager von Vertriebswegen für ihre Leistungen bezeichnet

werden (vgl. RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 45 ff., RPW 1997/3, S. 380, Ziff. 83 ff.).

Darstellung 2: Wettbewerbskonzept im Gesundheitswesen



54. Der Begriff der Marktgegenseite bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmungen, welchen die unzulässige Abrede beziehungsweise das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird. In den vier zu behandelnden Wettbewerbsabreden wird die Marktgegenseite daher wie folgt bezeichnet:

- ?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der *ÄrztInnen* (AAV): Krankenversicherer
- ?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Privatkliniken*: Krankenversicherer
- ?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Krankenversicherer*: Leistungserbringer (ÄrztInnen und Privatkliniken)
- ?? Wettbewerbsabrede zwischen den *ÄrztInnen* (AAV), den *Privatkliniken* und den *Krankenversicherern*: Versicherte (PatientInnen)

55. Ferner gilt der Vertrag zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern für jene Versicherten, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung (2er-Zimmer und freie Arztwahl),³ das heisst stationär, eines Privatspitals behandeln lassen.

³ Die medizinischen Leistungen sowie Verpflegung und Unterkunft werden in drei Klassen unterteilt: allgemeine, halbprivate und private Abteilung. Analog verhält es sich mit den Versicherungsleistungen der Krankenversicherer.

56. Danach kann im vorliegenden Fall von Vertriebswegen für die Leistungen im Halbprivatbereich ausgegangen werden (analog zu RPW 1999/2, S. 229 f., Ziff. 45 ff.). Für diese Abgrenzung spricht auch der Umstand, dass sich der Halbprivatversicherungsvertrag beziehungsweise die Abreden auf diese Leistungen beziehen: Die Abrede regelt die Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivat-Abteilung in Privatkliniken und bezieht sich folglich auf die halbprivat erbrachten, stationären Gesundheitsdienstleistungen.

57. Somit kann der sachlich relevante Markt

?? für die Wettbewerbsabrede auf Stufe der *ÄrztInnen* (AAV),

?? für die Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Privatkliniken* und

?? für die Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Krankenversicherern*

als der **Markt für Vertriebswege für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen** und

?? für die Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, den Privatkliniken und den Krankenversicherern

als der **Markt für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen** definiert werden.

58. Die Krankenversicherer vertreten die Ansicht, die Behörde verkenne die Komplexität des Gesundheitsmarktes und definiere den sachlich relevanten Markt falsch (Rz. 23 b):

?? Es bestehe insbesondere eine triangulare Marktstruktur. Dahingehend stellte die Marktgegenseite der Leistungserbringer in erster Linie die Versicherten, zugleich aber auch die Krankenversicherer als Zahlstellen dar. Damit seien die Krankenversicherer ebenfalls der Nachfrageseite zuzuordnen und nicht als Anbieter von Vertriebswegen zu bezeichnen.

?? Die Substitute zu der klassischen Halbprivatversicherung blieben unberücksichtigt, weshalb der Geltungsbereich des beanstandeten Halbprivatversicherungsvertrages in einem zu engen Sinne gefasst sei. Es bestünden eine Reihe von weiteren Spitalzusatzversicherungen (wie etwa Spitalzusatzversicherung mit Spitalwahleinschränkung (privat und halbprivat), Spitalzusatzversicherung ohne Spitalwahleinschränkung (privat und halbprivat), Stand-by-Tarif etc.). Insbesondere würden sich auch die Leistungen der Grundversicherung (abgesehen vom Spitalkomfort und der freien Arztwahl) mit jenen des Halbprivatversicherungsvertrages decken.

59. Die von den Krankenversicherern aufgezeigte triangulare Marktstruktur des Gesundheitsmarktes ist im - in der Gesundheitsökonomie ebenfalls üblichen - zweistufigen Wettbewerbskonzept enthalten. In Bezug auf die Wettbewerbsabreden gilt es einerseits die triangulare Marktstruktur, welche im verwendeten zweistufigen Wettbewerbs-

konzept enthalten ist, in Bezug auf die vorliegenden Wettbewerbsabreden differenziert zu interpretierten, wozu sich andererseits das verwendete zweistufige Wettbewerbskonzept betreffend Darstellung der Rolle der Krankenversicherer, der Leistungserbringer und der Versicherten besser eignet (vgl. auch Darstellung 2):

- ?? Die Versicherten nehmen im Krankheitsfall medizinische Dienstleistungen in Anspruch und sind damit Nachfrager *in Bezug auf die in Randziffer 53 erwähnten Dienstleistungen*.
- ?? Den Versicherungsschutz für die Anspruchnahme dieser Dienstleistungen erhalten die Versicherten gegen Zahlung einer Prämie von den Krankenversicherern. Betreffend dem Versicherungsschutz beziehungsweise den Versicherungsangeboten, welche von den Krankenversicherern angeboten werden, sind die Versicherten die Nachfrager und die Krankenversicherer die Anbieter.
- ?? *In Bezug auf die Aushandlung der Tarife und Konditionen* für diese Dienstleistungen stehen sich ausschliesslich die Leistungserbringer und die Krankenversicherer gegenüber, diese handeln die Honorierungsformen und -höhen aus. Diesbezüglich können nicht die Versicherten die Marktgegenseite bilden (vgl. Rz. 54). Daher bilden hinsichtlich der *drei Wettbewerbsabreden auf Stufe der ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer*, welche sich auf die Aushandlung der Tarife beziehen, nicht die Versicherten die Marktgegenseite. Die Leistungserbringer wollen zulasten der Zusatzversicherung vergütet werden beziehungsweise fragen den honorierten Zugang zu den Versicherten nach. Damit sind sie Nachfrager von Vertriebswegen. Die Krankenversicherer bieten den Leistungserbringern diese Vertriebswege mittels der Zusatzversicherung an.
- ?? *In der Abrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern* wird zusätzlich der Einfluss der gemeinsam verhandelten Tarife auf die Versicherungsangebote betrachtet. Daher bilden die Versicherten diesbezüglich die Marktgegenseite (vgl. Rz. 54).

60. Tatsächlich besteht eine Reihe von verschiedenen Versicherungsangeboten, welche sich auch hinsichtlich ihrer Preise (Prämien) unterscheiden:

- ?? Betreffend die *drei Abreden auf Stufe ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer* beziehungsweise in Bezug auf die Aushandlung der Tarife und Konditionen stehen sich die Leistungserbringer und die Krankenversicherer gegenüber. Der sachlich relevante Markt wird daher als **Markt für Vertriebswege für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen** definiert. Der Wettbewerb auf Stufe der Versicherungsangebote und deren Preise kann an dieser Stelle nicht als Argument für Wettbewerb betreffend der *Abreden auf Stufe ÄrztIn-*

nen, Privatkliniken und Krankenversicherer angeführt werden (vgl. Rz. 53, 59 und 104).

- ?? Hingegen wird betreffend der Abrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern, in welcher die Versicherten die Marktgegenseite bilden, der sachlich relevante **Markt als Markt für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen** definiert. Damit sind alle Versicherungsangebote, welche sich auf die Anspruchnahme von medizinischen Leistungen im Halbprivatbereich in den Privatkliniken beziehen, eingeschlossen - ebenfalls die nur wenig verbreiteten "alternativen" Spitalzusatzversicherungen. Diesbezüglich bestehen im relevanten Markt auch keine weiteren Verträge zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern und keine buchhalterische Trennung der betreffenden Versicherungsangebote (vgl. Rz. 125). Ferner ist in Randziffer 106 ausdrücklich erwähnt, dass betreffend der Versicherungsangebote und deren Preise Wettbewerb besteht.
- ?? Die Versicherungsprodukte der *privaten* Zusatzversicherung sind betreffend die vorliegenden Wettbewerbsabreden, welche ausdrücklich die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der *Halbprivatabteilung in Privatkliniken* betreffen, nicht relevant. Die private Zusatzversicherung stellt vorwiegend eine Luxusversicherung dar. Es bestehen insbesondere andere Honorierungshöhen, der Komfort betreffend Unterkunft und Verpflegung ist entsprechend und die Prämien unterscheiden sich von der Halbprivatversicherung. Ferner gestaltet sich die Versichertenanzahl in der halbprivaten und privaten Zusatzversicherung im Kanton Aargau relativ stabil, was darauf hindeutet, dass diese Versicherungsprodukte keine Substitute darstellen. Im relevanten Markt existieren denn auch keine Verträge im Bereich der privaten Zusatzversicherung.
- ?? Im Weiteren werden in der Zusatzversicherung und auch mit dem vorliegenden Halbprivatversicherungsvertrag *zusätzliche Leistungen zur Grundversicherung* versichert. So mag beispielsweise eine "Geburt vaginal" (inklusive Episiotomie und Säugling) medizinisch gesehen in der Grund- und Zusatzversicherung die gleiche Leistung darstellen und insofern decken sich die angebotenen Leistungen in der Grund- und Zusatzversicherung. Jedoch ist diese "Geburt vaginal" im Bereich der Zusatzversicherung mit verschiedenen Zusatzleistungen verbunden. Es sind dies etwa die freie Wahl des Arztes oder Spitals, die Kontinuität der ärztlichen Behandlung, erweiterter Komfort bei Unterkunft und Verpflegung oder beispielsweise der Einfluss auf den Operationstermin. Dies drückt sich in den unterschiedlichen Prämien der Grund- und Zusatzversicherung aus. Folglich bestehen markante Unterschiede zwischen Grund- und Zusatzversicherung.
-

61. Daher ist das Eventualbegehren der Krankenversicherer abzuweisen.

B.5.1.2 Räumlich relevanter Markt

62. Der räumliche Markt umfasst gemäss analoger Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

63. Für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes müssen die in Randziffer 53 aufgezeigten Zusammenhänge zwischen Leistungserbringern, Krankenversicherern und PatientInnen beziehungsweise Versicherten im Gesamten betrachtet werden; die PatientInnen nehmen die Dienstleistungen der Leistungserbringer in Anspruch, während die Krankenversicherer mit den Leistungserbringern für diese Dienstleistungen entsprechende Konditionen aushandeln, welche sie in Form von Versicherungsangeboten an die Versicherten weitergeben. Der räumlich relevante Markt ist *für alle Abreden* und entsprechend *für die sachlich relevanten Märkte aus Randziffer 56* der Gleiche.

64. Grundsätzlich ist der Bereich der Zusatzversicherung in der Schweiz (halbprivat und privat) nicht an ein kantonales Territorium gebunden. So besitzt auch der Halbprivatversicherungsvertrag zwischen den Krankenversicherern und den im Kanton Aargau stationierten Privatkliniken (mit ihren ÄrztInnen) prinzipiell Gültigkeit für alle Versicherten der Schweiz, welche über eine Zusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung behandeln lassen (vgl. Angaben in Rz. 1). Trotz dieser grundsätzlichen Wahlfreiheit der PatientInnen (welche ihnen durch die Krankenversicherer angeboten wird), sich bei Bedarf bei Leistungserbringern in der ganzen Schweiz behandeln zu lassen, ist der räumlich relevante Markt kantonal abzugrenzen, wie aus den folgenden Ausführungen ersichtlich wird (Rz. 65 ff.).

65. Die Verträge in der Zusatzversicherung zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern werden meist kantonal abgeschlossen und besitzen zumindest kantonale Gültigkeit (RPW 1999/2, S. 230 f., Ziff. 52 ff.). Dies hängt insbesondere mit den Gegebenheiten der Grundversicherung (z.B. Spitalplanung) beziehungsweise der teilweisen Koppelung von Grund- und Zusatzversicherung zusammen (vgl. Rz. 42). Mit dem vorliegenden Halbprivatversicherungsvertrag verhält es sich ebenso: Der Halbprivatversicherungsvertrag wurde zwischen den Privatkliniken (mit ihren ÄrztInnen), die im Kanton Aargau stationiert sind, und den Krankenversicherern abgeschlossen.

66. Der Anteil der ausserhalb des Kantons Aargau behandelten PatientInnen, die versicherungsmässig dem Kanton Aargau zugeordnet sind, beträgt 6 bis 24 Prozent. Die Privatkliniken behandeln sechs bis

80 Prozent⁴ ausserkantonale PatientInnen. Ausserkantonale Behandlungen finden in Notfällen, aus medizinisch indizierten (z.B. Organtransplantation bzw. fehlende innerkantonale Ressourcen), psychologischen und topografischen Gründen und Gegebenheiten sowie auf Wunsch der PatientInnen statt. Damit kann einerseits gesagt werden, dass Behandlungen ausserhalb des Kantons nicht in erster Linie Ausdruck von Wettbewerb sind (lediglich der letztere Grund könnte Ausdruck von Wettbewerb sein, was aber aufgrund der Ausführungen in ebenfalls Rz. 67 verneint werden muss). Andererseits bleibt die Tatsache bestehen, dass trotz besonderer Gegebenheiten des Kantons Aargau (viele Angrenzungen an andere Kantone, verhältnismässig hohe Angebotsdichte und Spezialisierung in einigen Nachbarkantonen) und trotz der grundsätzlichen Wahlfreiheit der PatientInnen im Bereich der Zusatzversicherung PatientInnen zu einem grossen Anteil innerhalb des Kantons versorgt werden. Der Grund dafür liegt nicht zuletzt darin, dass die PatientInnen die Privatkliniken in der Nähe haben möchten.

67. Ferner besteht zu Leistungserbringern aus anderen Kantonen geringer Preiswettbewerb, im Sinne, dass kantonal unterschiedliche Tarife einen Einfluss auf den Entscheid der PatientInnen hätten, sich bei einem bestimmten Leistungserbringer beziehungsweise ausserkantonally behandeln zu lassen. Der Preiswettbewerb zwischen Leistungserbringern ist systembedingt als sehr gering zu betrachten⁵, insbesondere da:

?? die Preiselastizität der Nachfrage der PatientInnen relativ niedrig ist⁶;

⁴ Während sich dieser Anteil bei zwei Privatkliniken unter 25 Prozent bewegt, beträgt er bei den anderen zwei Privatkliniken über 60 Prozent.

⁵ Vgl. DAVID DRANOVE und MARK S. SATTERTHWAITTE, "The industrial organization of health care markets", in: ANTHONY J. QJLYER und JOSEPH P. NEWHOUSE, *Handbook of Health Economics*, Vol. 1B, Amsterdam usw. 2000, S. 1102 ff.; ALAIN ENTHOVEN, *Theory and practice of managed competition in health care finance*, Lectures in Economics, Bd. 9, Amsterdam 1988, S. 37; HEINZ LAMPERT, "Verfassung und Struktur der Märkte für Gesundheitsgüter als Problem und Aufgabenbereich der Gesundheitsökonomik", in: GÉRARD GÄFGEN und HEINZ LAMPERT (Hrsg.), *Betrieb, Markt und Kontrolle im Gesundheitswesen*, Gerlingen 1982, S. 279.

⁶ FRIEDRICH BREYER und PETER ZWEIFEL, *Gesundheitsökonomie*, 3. Aufl., Berlin usw. 1999, S. 231 ff.; SHERMAN FOLLAND, ALLEN C. GOODMAN, und MIRON STANO et al., *The economics of health care*, 2. Aufl., Upper Saddle River 1997, S. 135 ff.; PHILIP JACOBS, *The economics of health and medical care*, 2. Aufl., Maryland 1997, S. 87 f.

?? die PatientInnen beziehungsweise Versicherten normalerweise nicht über die Tarife orientiert sind (hinsichtlich des Problems der asymmetrischen Information vgl. etwa BREYER und ZWEIFEL, 1999, S. 161 ff., FOLLAND, GOODMAN und STANO 1997, S. 147 ff.);

?? PatientInnen unter dem Einfluss des Versicherungsschutzes ein geringes Interesse haben, sich über diese zu orientieren⁷.

Zudem ist im Kanton Aargau die preisorientierte Lenkung der Versicherten durch die Krankenversicherer wenig verbreitet (Rz. 60). Eine solche Lenkung kommt zustande, wenn die Versicherten Zusatzversicherungen zu niedrigeren Prämien abschliessen können, wenn sie im Krankheitsfall bestimmte Leistungserbringer bevorzugen. Mit solchen Verträgen sind die Leistungserbringer der Preiskonkurrenz ausgesetzt.

68. Aus diesen Gründen ist der räumlich relevante Markt **das Gebiet des Kantons Aargau** (vgl. auch RPW 1999/2, S. 230 f., Ziff. 52 ff.) für die

?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der ÄrztInnen (AAV),

?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken,

?? Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherern und

?? Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, den Privatkliniken und den Krankenversicherern.

B.5.2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden auf Stufe der ÄrztInnen (des AAV)

B.5.2.1 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

B.5.2.1.a Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

69. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wird gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG insbesondere bei Abreden über Preise vermutet, sofern die Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

70. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 [BBl 1995 I 567]). Damit ist für die Unterstellung unter

⁷ Vgl. ferner beispielsweise BREYER und ZWEIFEL (zitiert in Fussnote 6), S. 186 ff.; FOLLAND, GOODMAN und STANO (zitiert in Fussnote 6), S. 241 ff.; PETER ZWEIFEL und WILLARD H. MANNING, "Moral hazard and consumer incentives in health care", in: ANTHONY J. CULYER und JOSEPH P. NEWHOUSE, *Handbook of Health Economics*, Vol. 1A, Amsterdam usw. 2000, S. 409 ff.

diesen Vermutungstatbestand die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel entscheidend, mit dem diese erreicht wird⁸.

71. Die Abrede der ÄrztInnen im Rahmen des Halbprivatversicherungsvertrages sieht die einheitliche Rechnungsstellung gegenüber PatientInnen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken vor. Der Halbprivatversicherungsvertrag enthält die Festsetzung von Fallpreispauschalen, Grundtaxen, Spitalleistungen und ärztlichen Leistungen (vgl. Rz. 3). Damit bezweckt und bewirkt der Halbprivatversicherungsvertrag die Festsetzung von Tarifen, welche entgegen der Eingabe vom 27. Oktober 2000 unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen (vgl. auch RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 43; RPW 1997/4, S. 484, Ziff. 15 ff.) Somit stellt der Halbprivatversicherungsvertrag keine Kalkulationshilfe nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b KG beziehungsweise der Bekanntmachung "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" (RPW 1998/2, S. 351 ff.) dar.

72. Die an der Abrede beteiligten ÄrztInnen stehen der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb. Demzufolge ist vorliegend bezüglich der einheitlichen Rechnungsstellung der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt.

B.5.2.1.b Keine Widerlegung der Vermutung

73. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht (RPW 2000/3, S. 358, Ziff. 91 ff.).

74. Der AAV zählt rund 1'000 Mitglieder, womit dem AAV etwa 90% der im Kanton Aargau tätigen ÄrztInnen (mit und ohne Praxistätigkeit) angeschlossen sind; in den vier Privatkliniken sind rund 164 ÄrztInnen tätig (BelegärztInnen, ChefärztInnen, leitende ÄrztInnen, OberärztInnen und AssistenzärztInnen), wovon zirka 95% BelegärztInnen sind. Der AAV, als Vertreter seiner Mitglieder, bezweckt laut seinen Statuten unter anderem die Führung von Tarifverhandlungen auf kantonaler Ebene. Er handelt somit die Tarife aus, welche seine Mitglieder in der Folge anwenden⁹. So führte der AAV für die ÄrztInnen in Sachen Halbprivatversicherungsvertrag mit den Krankenversicherern die Tarifverhandlungen durch (vgl. Rz. 1): Damit arbeiten alle

⁸ FRANZ HOFFET, "Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabrede", in: ERIC HOMBURGER et al., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, Ziff. 115 ff. zu Art. 5 KG; JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1998, Rz. 25 zu Art. 5 KG.

⁹ Wobei er vom Verband Aargauischer Belegärzte an Privatkliniken (VABP) unterstützt werden kann.

ÄrztInnen des AAV in den Privatkliniken zu den vom AAV ausgehandelten Tarifen. Daher betrifft die Wettbewerbsabrede grundsätzlich 90% der ÄrztInnen des Kantons Aargau. Ferner treten im Kanton Aargau gemäss dem AAV keine ÄrztInnen unabhängig vom Verband in Verhandlungen auf. Wettbewerbsdruck durch die restlichen zirka 10% ist nicht zu erwarten (gemäss den Ausführungen in Rz. 67 besteht praktisch kein Preiswettbewerb zwischen ÄrztInnen).

75. Somit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer aktueller Aussenwettbewerb.

76. Als potenzielle Konkurrenten kommen vor allem StudienabgängerInnen, ÄrztInnen aus anderen Kantonen oder dem Ausland in Frage. Die ganze Schweiz betrachtet, nimmt denn auch der Bestand an ÄrztInnen beziehungsweise die ÄrztInnendichte kontinuierlich zu¹⁰. Die potenziellen Konkurrenten werden die Abrede jedoch aus folgenden Gründen nicht destabilisieren:

a) Einerseits ist anzunehmen, dass aufgrund der traditionellen Verbandzugehörigkeit der ÄrztInnen die meisten potenziellen Konkurrenten an der Abrede teilnehmen würden oder sich zumindest an den bestehenden Tarifverträgen orientieren würden.

b) Andererseits könnten auch Konkurrenten, welche nicht an der Abrede teilnehmen würden, nicht zu mehr Wettbewerb führen, wie aus folgenden Ausführungen ersichtlich ist: *Erstens* besteht aus den in Randziffer 67 genannten Gründen (trotz der an sich atomistischen Marktstruktur) praktisch kein Preiswettbewerb zwischen ÄrztInnen. Daher bewirken auch potenzielle Konkurrenten beziehungsweise die in der Schweiz ansteigende ÄrztInnendichte nicht mehr (Preis-) Wettbewerb¹¹. *Zweitens* könnten die Krankenversicherer nur beschränkt auf potenzielle Aussenseiter der Abrede ausweichen, denn es sind einerseits die Privatkliniken, welche für die Auswahl der in den jeweiligen Kliniken tätigen ÄrztInnen zuständig sind, und andererseits die Versicherten, welche die freie Arztwahl im Bereich der Zusatzversicherung erwarten sowie entsprechend die behandelnden ÄrztInnen auswählen (vgl. auch Rz. 64 und Ausführungen zur freien Arztwahl in Rz. 86 b) und c).

77. Damit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb.

¹⁰ Pharma Information, *Das Gesundheitswesen in der Schweiz. Leistungen, Kosten, Preise*, Basel 2000, S. 36 f.; Arbeitsgruppe Schweizer Gesundheitswesen ASG, *Aufruf zur Reform*, Zürich 1997, S. 77 ff.

¹¹ Vgl. BREYER und ZWEIFEL (zitiert in Fussnote 6), S. 241 ff.; Arbeitsgruppe Schweizer Gesundheitswesen ASG (zitiert in Fussnote 10), S. 79 ff.

78. Nach Angaben der Krankenversicherer und Leistungserbringer folgen die ÄrztInnen den Verhandlungsergebnissen des Verbandes und halten die Fallpreispauschalen und ärztlichen Honorare gemäss Halbprivatversicherungsvertrag ein. Abweichungen können nach Helsana und AKV in geringem Masse vorkommen (gemäss Helsana werden die ärztlichen Honorare zu einem sehr kleinen Teil [ca. 5%] nicht im Sinne der vertraglichen Bestimmungen festgelegt). Der Preiswettbewerb zwischen den ÄrztInnen des AAV spielt im vorliegenden Fall nicht. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist nicht durch die Relevanz anderer Wettbewerbsparameter zu widerlegen, sondern nur durch den Nachweis, dass der Preiswettbewerb spielt (RPW 2001/2, S. 410, Ziff. 5.4.2)¹².

79. Da sich die ÄrztInnen an den Halbprivatversicherungsvertrag beziehungsweise an die darin vereinbarten Preise halten, besteht somit auf dem relevanten Markt kein wirksamer Innenwettbewerb.

80. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen wird und deshalb die Wettbewerbsabrede auf Stufe der ÄrztInnen eine Wettbewerbsbeseitigung bewirkt.

B.5.2.2 Ergebnis

81. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der ÄrztInnen beziehungsweise des AAV über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken (Halbprivatversicherungsvertrag) beseitigt den wirksamen Wettbewerb. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der ÄrztInnen beziehungsweise des AAV ist daher nach Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

B.5.3 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken

B.5.3.1 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

B.5.3.1.a Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

82. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wird gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG insbesondere bei Abreden über Preise vermutet, sofern die Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

¹² Rekurskommission für Wettbewerbsfragen REKO/WEF (2001), Beschwerdeentscheid vom 21. Mai 2001 in Sachen Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband gegen Wettbewerbskommission betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

83. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 70 f. bezweckt der Halbprivatversicherungsvertrag die Festsetzung von Tarifen, welche unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen.

84. Die an der Abrede beteiligten Privatkliniken sind im selben Markt tätig und stehen der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb. Folglich ist vorliegend bezüglich der einheitlichen Rechnungsstellung der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt.

B.5.3.1.b Keine Widerlegung der Vermutung

85. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht (RPW 2000/3, S. 358, Ziff. 91 ff.).

86. In den Jahren 1996 bis 2000 erbringen die vier an der Abrede beteiligten Privatkliniken rund einen Drittel der im relevanten Markt beziehungsweise im Halbprivatbereich erbrachten, stationären Gesundheitsdienstleistungen. Rund zwei Drittel der im Halbprivatbereich erbrachten, stationären Gesundheitsdienstleistungen werden durch öffentliche und öffentlich subventionierte Kliniken erbracht^{13/14}. Ein Ausweichen der Krankenversicherer auf andere Kliniken als die Privatkliniken beziehungsweise Wettbewerbsdruck durch die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler ist, wie im Folgenden gezeigt wird, dennoch nur beschränkt möglich:

a) Kurz- bis mittelfristig ist nicht damit zu rechnen, dass die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler die in den Privatkliniken im relevanten Markt erbrachten Leistungen absorbieren könnten. Immerhin behandeln die Privatkliniken rund einen Drittel aller halbprivaten PatientInnen beziehungsweise Versicherten.

b) Die Krankenversicherer können die Privatkliniken aufgrund der faktisch freien Arzt- und Spitalwahl nicht ohne weiteres im Sinne einer preisorientierten Lenkung der Versicherten gemäss Randziffer 67 ausschliessen (etwa durch Listenprinzip), auch wenn den PatientInnen beziehungsweise Versicherten nach VVG kein Anspruch auf die Behandlung durch bestimmte Leistungserbringer zusteht (betreffend Art. 102 KVG vgl. Rz. 46 f.). Gerade im Bereich der Zusatzversicherung erwarten

¹³ Gemäss eigenen Berechnungen. Für die Jahre 1995, 1996 und 2000 wurden die Daten teilweise extrapoliert.

¹⁴ Die übrigen Privatkliniken im Kanton Aargau sind nicht wie die vier Privatkliniken im Akutbereich tätig.

die Versicherten die freie Arzt- und Spitalwahl¹⁵. Dies zeigen auch empirische Untersuchungen: Die freie Spitalwahl, als Korrelat zur freien Arztwahl, stellt für die Versicherten beziehungsweise PatientInnen eines der wichtigsten Elemente der Zusatzversicherung dar¹⁶. Die freie Spitalwahl ist vor allem in Kliniken, in welchen BelegärztInnen tätig sind, eng mit der freien Arztwahl gekoppelt und entsprechend von hoher Bedeutung.

c) Die in den Privatkliniken tätigen BelegärztInnen (ausser in der Klinik Schützen) haben die Möglichkeit, die PatientInnen aus der Tätigkeit in ihrer eigenen Praxis in den betreffenden Kliniken operativ zu behandeln, womit sie Einfluss auf den Behandlungsort beziehungsweise die Klinik nehmen können.

d) Es wird den PatientInnen beziehungsweise Versicherten eben durch die halbprivate Versicherung ermöglicht, den Zugang zum halbprivaten Bereich der Privatkliniken zu erhalten. So zeigt sich im Vergleich zwischen den Privatkliniken und den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern beziehungsweise den Anteilen der im halbprivaten Bereich erbrachten Leistungen, dass die halbprivat Versicherten in den Privatkliniken deutlich übervertreten sind: Die Privatkliniken erbrachten in den Jahren 1995-2000 durchschnittlich 42% ihrer Gesamtleistung im halbprivaten Bereich. Dieser Anteil beträgt bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern lediglich 14%.

87. *Zudem* besteht zwischen den Krankenversicherern und den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern für im Halbprivatbereich erbrachte, stationäre Gesundheitsdienstleistungen ein analoger Vertrag zum Halbprivatversicherungsvertrag (vgl. Rz. 11), womit praktisch kein (Preis-)Wettbewerb zwischen den Privatkliniken und den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern besteht: Jener Vertrag stellt für den Halbprivatversicherungsvertrag die Basis dar. Gemäss Angaben der Parteien sind die beiden Verträge weitgehend identisch. Die *Gemeinsamkeiten* bestehen insbesondere hinsichtlich der Tarifgrundlagen, der teilweise gleichen Fallpreispauschalen, der gleichen Tarifgrundlagen und Preise für Spitalleistungen und therapeutische Leistungen, gleicher Preise für Medikamente, medizinisches Verbrauchsmaterial, Implantate und Hebammentaxe, sowie des Geltungsbereichs hinsichtlich der Versicherten; die *Unterschiede* liegen

¹⁵ Tatsächlich ist im relevanten Markt die preisorientierte Lenkung der Versicherten durch die Krankenversicherer nur wenig verbreitet, dergestalt dass die Versicherten aufgrund unterschiedlicher Zusatzversicherungsprämien bestimmte Leistungserbringer bevorzugen sollten und damit die Leistungserbringer in dieser Weise in Konkurrenz stünden (vgl. Rz. 67).

¹⁶ PETRA HUTH und CLAUDE LONGCHAMP, *Wie das Stimmvolk das Gesundheitswesen sieht*, Basel 1998, S. 104 f.

in der Rechnungsstellung¹⁷, in den Tagestaxen (es besteht de facto praktisch kein Unterschied)¹⁸, in den in der Regel leicht tieferen Fallpreispauschalen und in der Basis für die Berechnung der ärztlichen Leistungen (jedoch besteht de facto praktisch kein Unterschied hinsichtlich den Tarifen bzw. Preisen)¹⁹. Da die beiden Verträge weitgehend identisch sind, namentlich hinsichtlich der Tarife beziehungsweise Preise, kann auf dem relevanten Markt praktisch kein (Preis-) Wettbewerb zwischen den Privatkliniken und öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken bestehen.

88. Somit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer aktueller Aussenwettbewerb.

89. Was den potenziellen Wettbewerb betrifft, existiert zwar theoretisch die Möglichkeit, dass neue Konkurrenten in den relevanten Markt eintreten, de facto besteht aber im Gesundheitswesen zunehmender Druck, die steigenden Kosten zu bekämpfen und vorhandene Überkapazitäten im Spitalbereich abzubauen. Damit ist im relevanten Markt eher mit Schliessungen als mit dem Aufbau zusätzlicher (öffentliche oder private) Spitäler zu rechnen. Für eine neue Privatklinik ist es praktisch unmöglich, in die kantonale Spitalliste aufgenommen zu werden. Nur unter dieser Bedingung wären sie jedoch berechtigt, mit den Krankenversicherern im Bereich der Grundversicherung ins Geschäft zu kommen, was für ihr wirtschaftliches Überleben in den meisten Fällen notwendig ist. Zusammen mit den Kosten sind damit die Schranken für den Markteintritt einer Privatklinik sehr hoch; die Kosten fielen bei einem eventuellen Ausscheiden aus dem Markt als beträchtliche Investitionsverluste ("sunk costs") an.

90. Damit besteht auf dem relevanten Markt geringer wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb.

¹⁷ Die privaten Spitäler stellen die Spitalleistungen und die ärztlichen Leistungen separat in Rechnung, während die öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken in der Regel Gesamtrechnungen für die Spitalleistungen und ärztlichen Leistungen erstellen.

¹⁸ Die Tagestaxen in öffentlichen und öffentlich subventionierten Kliniken sind für die Kantoneinwohner zwischen CHF 55.-- und CHF 100.-- tiefer, wobei diese Differenz durch die kantonalen Subventionen ausgeglichen wird, so dass praktisch kein Unterschied besteht. Für die Krankenversicherer besteht zwar ein Unterschied, jedoch lenken diese einerseits ihre Versicherten nicht (vgl. dazu auch Rz. 86 c und Fussnote 15) und andererseits sind die PatientInnen bzw. Versicherten nicht preissensitiv (vgl. Rz. 67), so dass sie die Kliniken mit tieferen Kosten bevorzugen würden.

¹⁹ Bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitalern wird als Tarifbasis für ärztliche Leistungen mit dem Spitalleistungskatalog (SLK) plus 50% gerechnet und bei den Privatkliniken mit dem Zürcher Mittelstandstarif minus 7%. Jedoch führen diese zwei Berechnungsmethoden gemäss den Angaben des AAV zu den gleichen Resultaten.

91. Nach Angaben der Krankenversicherer und Leistungserbringer folgen die Privatkliniken den Verhandlungsergebnissen und halten die Fallpreispauschalen, Grundtaxen und Spitalleistungen gemäss Halbprivatversicherungsvertrag ein. Der Preiswettbewerb spielt im vorliegenden Fall nicht. Andere Wettbewerbsparameter müssen an dieser Stelle nicht geprüft werden (RPW 2001/2, S. 410, Ziff. 5.4.2; vgl. Rz. 78).

92. Da sich die Privatkliniken an den Halbprivatversicherungsvertrag beziehungsweise an die darin vereinbarten Preise halten, besteht somit auf dem relevanten Markt kein wirksamer Innenwettbewerb.

93. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen wird und deshalb die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken eine Wettbewerbsbeseitigung bewirkt.

B.5.3.2 Ergebnis

94. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken (Halbprivatversicherungsvertrag) beseitigt den wirksamen Wettbewerb. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Privatkliniken ist daher nach Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

B.5.4 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer

B.5.4.1 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

B.5.4.1.a Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

95. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wird gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG insbesondere bei Abreden über Preise vermutet, sofern die Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

96. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 70 bezweckt der Halbprivatversicherungsvertrag die Festsetzung von Tarifen, welche unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen.

97. Die an der Abrede beteiligten Krankenversicherer stehen miteinander im Wettbewerb. Folglich ist vorliegend bezüglich der einheitlichen Rechnungsstellung der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt (entgegen der Eingabe vom 27. Oktober 2000 besteht gemäss KG kein grundsätzliches Verbot, sondern die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs wird für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vermutet).

B.5.4.1.b Keine Widerlegung der Vermutung

98. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht (RPW 2000/3, S. 358, Ziff. 91 ff.).

99. Für die Jahre 1997 bis 1999 beträgt der kumulierte Marktanteil der an der Abrede beteiligten Krankenversicherer im relevanten Markt 82%-92%. Per 1. Januar 2000 ist der kumulierte Marktanteil durch den Beitritt eines weiteren Krankenversicherers auf 90%-98% angestiegen. Lediglich ein sich im Markt befindender Krankenversicherer nimmt nicht an der Abrede teil. Wettbewerbsdruck durch nicht an der Abrede beteiligte Krankenversicherer ist daher praktisch nicht möglich. Unimedes, Helsana, Concordia und CSS bieten im genannten Zeitraum relativ konstant 39%-42% der Vertriebswege für die erbrachten, stationären Gesundheitsdienstleistungen im Halbprivatbereich an (je 5%-20%), der AKV 52%-58%²⁰.

100. Somit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer aktueller Aussenwettbewerb.

101. Auf dem relevanten Markt ist nicht mit neuen Konkurrenten zu rechnen. So reduziert sich die Anzahl an Krankenversicherern seit Jahrzehnten kontinuierlich: Während sich der Bestand der Krankenversicherer 1980 auf 555 und 1990 auf 228 belief, waren es 1999 nur noch 119. Es ist davon auszugehen, dass diese Entwicklung anhält. Darauf deutet insbesondere der Schwund kleiner Krankenversicherer hin²¹.

102. Damit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb.

103. Nach Angaben der Krankenversicherer und Leistungserbringer folgen die Krankenversicherer den Verhandlungsergebnissen und halten die Fallpreispauschalen, Grundtaxen und Spitalleistungen gemäss Halbprivatversicherungsvertrag ein. Der Preiswettbewerb spielt im vorliegenden Fall nicht. Andere Wettbewerbsparameter müssen an dieser Stelle nicht geprüft werden (RPW 2001/2, S. 410, Ziff. 5.4.2; vgl. Rz. 78).

²⁰ Marktanteile gemäss eigenen Berechnungen. Aufgrund der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse werden die exakten Marktanteile umschrieben.

²¹ Bundesamt für Sozialversicherung, *Statistik über die Krankenversicherung*, Bern 2000, S. 35 f. Diese Angaben beziehen sich auf die Grundversicherung, jedoch darf davon ausgegangen werden, dass diese Entwicklung im Bereich der Zusatzversicherung ebenso verläuft.

104. Der von den Krankenversicherern genannte Wettbewerb hinsichtlich Versicherungsprodukten kann an dieser Stelle nicht als Argument für Innenwettbewerb aufgeführt werden, da sich die vorliegende Abrede auf die Preise zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern bezieht und nicht auf das Verhältnis Krankenversicherer und Versicherte (vgl. Rz. 53 und 60).

105. Da sich die Krankenversicherer an den Halbprivatversicherungsvertrag beziehungsweise an die darin vereinbarten Preise halten, besteht somit auf dem relevanten Markt kein wirksamer Innenwettbewerb.

106. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen wird, und deshalb die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer eine Wettbewerbsbeseitigung bewirkt.

B.5.4.2 Ergebnis

107. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken (Halbprivatversicherungsvertrag) beseitigt den wirksamen Wettbewerb. Die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Krankenversicherer ist daher nach Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

B.5.5 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen (AAV), den Privatkliniken und den Krankenversicherern

B.5.5.1 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

B.5.5.1.a Vorliegen einer Preisabrede

108. Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG). Die Beseitigung wird gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG insbesondere bei Abreden über Preise vermutet, sofern die Abreden zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

109. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 70 f. bezweckt der Halbprivatversicherungsvertrag die Festsetzung von Tarifen, welche unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen.

110. Die Leistungserbringer bieten eine Palette von Dienstleistungen an, welche die PatientInnen beziehungsweise Versicherten in Anspruch nehmen. Für diese Dienstleistungen handeln die Krankenversicherer mit den Leistungserbringern entsprechende Konditionen aus und stellen entsprechende Versicherungsangebote zusammen, mit denen sie um die Versicherten konkurrieren (vgl. Rz. 53). Während also die an der Abrede beteiligten ÄrztInnen, Privatkliniken auf derselben

Marktstufe tätig sind, agieren die Krankenversicherer und Leistungserbringer auf zwei verschiedenen Marktstufen (vgl. Rz. 39, 53).

111. Problematisch sind jedoch im vorliegenden Fall nicht in erster Linie die möglichen vertikalen, sondern die horizontalen Wettbewerbswirkungen, welche sich auf Stufe der ÄrztInnen, der Privatkliniken und der Krankenversicherer ergeben. Die dem Halbprivatversicherungsvertrag unterliegenden horizontalen Abreden (vgl. Rz. 33, 35 und 37) sind je einzeln als horizontale Abreden über die Festsetzung der Preise auf Stufe der Leistungserbringer und Krankenversicherer im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG zu qualifizieren (dies resultiert auch aus den Abschnitten B.4.2, B.4.3 und B.4.4; vgl. auch "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz", RPW 1999/3, S. 454, Ziff. 55 ff.).

112. Folglich ist vorliegend bezüglich der einheitlichen Rechnungsstellung zwischen ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer der Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG erfüllt.

B.5.5.1.b Umstossung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

113. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht (RPW 2000/3, S. 358, Ziff. 91 ff.).

114. Die Leistungserbringer bieten eine Palette von Dienstleistungen an, welche die PatientInnen beziehungsweise Versicherten in Anspruch nehmen. Für diese Dienstleistungen handeln die Krankenversicherer mit den Leistungserbringern entsprechende Konditionen aus und stellen entsprechende Versicherungsangebote zusammen, mit denen sie um die Versicherten konkurrieren (vgl. Rz. 53). In den Randziffern 74, 86 f. und 99 (und entsprechenden Aktenverweisen) wird dargelegt, dass sowohl auf Stufe der ÄrztInnen, als auch der Privatkliniken und der Krankenversicherer kein wirksamer aktueller Aussenwettbewerb besteht. Somit betrifft die Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer einerseits grundsätzlich 90% der ÄrztInnen des Kantons Aargau und einen Drittel beziehungsweise weitgehend alle im relevanten Markt durch die Spitäler erbrachten, stationären Gesundheitsdienstleistungen - aufgrund der weitgehend identischen Verträge der Privatkliniken und der öffentlich und öffentlich subventionierten Spitälern. Andererseits betrifft sie 80%-92% (für die Jahre 1997 bis 1999) beziehungsweise 90%-98% (per 1. Januar 2000) der im relevanten Markt tätigen Krankenversicherer (vgl. Rz. 99), welche eben die mit den Leistungserbringern ausgehandelten Versicherungsangebote an die PatientInnen beziehungsweise Versicherten (der Marktgegenseite) weitergeben. Daher ist für

die Versicherten beziehungsweise PatientInnen ein Ausweichen hinsichtlich der im Halbprivatbereich erbrachten, stationären Gesundheitsleistungen praktisch nicht möglich beziehungsweise ist kein Wettbewerbsdruck durch andere Leistungserbringer und Krankenversicherer vorhanden (selbst wenn nur ein Drittel der durch die Spitäler erbrachten stationären Leistungen betroffen wäre, könnten die Versicherten nicht ohne weiteres ausweichen, vgl. Rz. 86 a).

115. Somit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer aktueller Aussenwettbewerb.

116. In den Randziffern 76, 89 und 101 wird dargelegt, dass sowohl auf Stufe der ÄrztInnen als auch der Privatkliniken und der Krankenversicherer kein wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb besteht. Somit kann auch bezogen auf die Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern kein wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb bestehen. Für die Versicherten beziehungsweise PatientInnen wird ein Ausweichen hinsichtlich der im Halbprivatbereich erbrachten, stationären Gesundheitsleistungen weiterhin nicht möglich sein.

117. Damit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb.

118. Wie in den Randziffern 78, 91 und 103 f. dargelegt, befolgen die Krankenversicherer und Leistungserbringer die Verhandlungsergebnisse und halten die Fallpreispauschalen, Grundtaxen, die ärztlichen Honorare und Spitalleistungen gemäss Halbprivatversicherungsvertrag ein. Damit existiert hinsichtlich der von den Leistungserbringern und Krankenversicherern ausgehandelten Konditionen beziehungsweise Taxen für medizinische Gesundheitsleistungen im Halbprivatbereich kein Preiswettbewerb zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern. Gemäss Angaben der Krankenversicherer besteht aber zwischen den Krankenversicherern hinsichtlich der Versicherungsangebote (für die Versicherten) und deren Preise (Prämien) Wettbewerb (Rz. 104). Damit ist zwar der Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern und Krankenversicherern beseitigt, was sich ebenfalls einschränkend auf die Versicherungsangebote und deren Preise auswirkt (vgl. Rz. 124), jedoch zwischen den Krankenversicherern in ihren Bemühungen um die Versicherten teilweise existent.

119. Somit ist der wirksame Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt zwar beschränkt, aber zum Teil existent.

120. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im relevanten Markt durch die Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern der Wettbewerb beseitigt ist, jedoch zwischen den Krankenversicherern gewisser Innenwettbewerb (auf Stufe der Prämien) besteht. Somit ist die Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern nicht unter

den Tatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG zu subsumieren. Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG).

B.5.5.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

B.5.5.2.a Qualitative Kriterien

121. Im Halbprivatversicherungsvertrag wird die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken geregelt (vgl. Rz. 1 f.). Diese Abrede enthält die Festsetzung von Fallpreispauschalen, Grundtaxen, Spitalleistungen und ärztlichen Leistungen und somit Festsetzung von Preisen (vgl. Rz. 3 ff., 70 f.). Der fehlende Preiswettbewerb zwischen den Leistungserbringern und Krankenversicherern beschränkt auch den Preisspielraum bezüglich der Versicherungsangebote, welchen die Krankenversicherer ihren Kunden, den Versicherten, bieten können. Der Preis stellt einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Horizontale Absprachen über Preise haben der Erfahrung nach negative Auswirkungen auf den Wettbewerb (RPW 1997/3, S. 334 ff., RPW 1998/3, S. 382 ff., RPW 1999/3, S. 441 ff., RPW 2000/3, S. 320 ff.). Die Preisabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. Rz. 69 ff.).

B.5.5.2.b Quantitative Kriterien

122. Weiter soll die Frage geprüft werden, ob die Abrede auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich ist, wird auf den aktuellen und potenziellen Aussenwettbewerb, den Innenwettbewerb und die Stellung der Marktgegenseite abgestellt.

123. Die in Randziffer 98 ff. gemachten Ausführungen belegen, dass die Abrede mangels aktuellen oder potenziellen Aussenwettbewerbs in quantitativer Hinsicht ohne weiteres erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

124. Aus Randziffer 118 ist ersichtlich, dass hinsichtlich der von den Leistungserbringern und Krankenversicherern ausgehandelten Taxen beziehungsweise Preisen für medizinische Gesundheitsleistungen im Halbprivatbereich kein, jedoch zwischen den Krankenversicherern hinsichtlich der Versicherungsangebote und deren Preise (Prämien) eingeschränkter Wettbewerb besteht. Vorliegend ist gemäss Randziffer 2 ein Versicherungsangebot betroffen (Art. 2 Halbprivatversicherungsvertrag), nämlich die *Spitalzusatzversicherung* für die Halbprivatabteilung. Der Preiswettbewerb betreffend Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung muss dahingehend relativiert werden, dass der

fehlende Preiswettbewerb zwischen den Leistungserbringern und Krankenversicherern (bei den Taxen) auch den Preisspielraum bezüglich dieses Versicherungsangebotes beschränkt²², welchen die Krankenversicherer ihren Kunden bieten können (zumal der Halbprivatversicherungsvertrag bzw. die darin festgelegten Tarife einen wichtigen Baustein für die Spitalzusatzversicherung darstellen). Mit anderen Worten wäre mehr Preisspielraum zwischen den Krankenversicherern betreffend Versichertenprämien vorhanden, wenn die ausgehandelten Tarife nicht für alle Versicherten aller an der Abrede beteiligten Krankenversicherer gleich wären, sondern der Versichertenstruktur der Krankenversicherer entsprächen. Diese Standardisierung auf Stufe der Tarife homogenisiert die Versichertenprämien der Spitalzusatzversicherung. Dies schwächt den Innenwettbewerb der Krankenversicherer.

125. Zudem muss der Wettbewerb betreffend der Spitalzusatzversicherung dahingehend relativiert werden, dass hinsichtlich der unterschiedlich zusammengesetzten Zusatzversicherungsangebote bei den Krankenversicherern oftmals keine klare buchhalterische Trennung²³ besteht - so ist auch die Wirkung des Halbprivatversicherungsvertrages auf das Versicherungsangebot der "Spitalzusatzversicherung" nicht eindeutig (als auch die Auswirkungen des Halbprivatversicherungsvertrages an sich) und kann nicht zahlenmässig belegt werden.

126. Damit ist festzuhalten, dass der wirksame Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich beeinträchtigt wird.

127. Ein weiteres Kriterium bei der Prüfung der Intensität einer Wettbewerbsbeeinträchtigung ist die Stellung der Marktgegenseite, das heisst der Versicherten beziehungsweise PatientInnen, da von der Marktgegenseite eine destabilisierende Wirkung auf die Abrede ausgehen kann (RPW 1999/2, S. 231, Ziff 58 ff.). Wie in Randziffer 53 aufgezeigt, nehmen die Versicherten im Krankheitsfall die Dienstleistungen der Leistungserbringer unter den von den Krankenversicherern ausgehandelten Konditionen in Anspruch. Folgende Ausführungen zeigen auf, dass die PatientInnen beziehungsweise Versicherten gegenüber den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer generell - so auch im Kanton Aargau - eine strukturell schwache Marktposition einnehmen und damit die Abrede nicht destabilisieren können:

a) Die PatientInnen beziehungsweise Versicherten können keinen Einfluss auf die Verhandlungen zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern nehmen. Aufgrund der fehlenden Markttransparenz ist nicht damit zu rechnen, dass die Versicherten überhaupt von

²² Die Krankenversicherer verfügen nicht über entsprechendes Zahlenmaterial.

²³ Obwohl gesetzlich vorgeschrieben (vgl. Rz. 132 b)

der Abrede Kenntnis haben. Jedenfalls fehlt ihnen das Marktwissen, um die Abrede beziehungsweise die Preise beurteilen zu können (vgl. auch Rz. 67). Zudem sind sie in der Regel heterogen und schlecht organisiert beziehungsweise organisierbar.

b) Die PatientInnen beziehungsweise Versicherten können der Wettbewerbsabrede im relevanten Markt nur sehr beschränkt ausweichen (vgl. Rz. 114 und 116), sofern sie eine Zusatzversicherung für die im Halbprivatbereich erbrachten, stationären Gesundheitsdienstleistungen wünschen, da die Abrede der Krankenversicherer und Leistungserbringer praktisch marktumfassend ist.

128. Somit befinden sich die PatientInnen beziehungsweise Versicherten auf dem relevanten Markt gegenüber den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern in einer relativ schwachen Stellung und können keine Destabilisierung der Abrede bewirken.

129. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Wettbewerbsabrede der ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer gegenüber den Versicherten eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, die gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG als erheblich zu qualifizieren ist.

B.5.5.3 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

B.5.5.3.a Fehlende Rechtfertigungsgründe

131. Die ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherer bringen folgende Effizienzgründe vor:

a) Verhandlungen zwischen jedem Krankenversicherer, jeder Klinik und jedem Arzt/jeder Ärztin wären hinsichtlich Zeit und Kosten zu aufwändig im Vergleich zu Gruppenverhandlungen. Einzelverhandlungen führten zu höherem Verhandlungsaufwand als gemeinsame Verhandlungen.

b) Die Krankenversicherer bringen vor, dass erst durch das gemeinsame Auftreten der Krankenversicherer ein Ausgleich in den Verhandlungspositionen zu Leistungserbringern stattfindet und so günstige Tarife ausgehandelt werden könnten. Insbesondere hätten kleine Krankenversicherer nicht die Chance, alleine Verträge abzuschliessen zu können.

132. Die behaupteten Effizienzgründe fallen unter die Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten. Die **Effizienzgründe genügen** indes der gesetzlichen Bestimmung von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG **nicht**. Dies aus folgenden Gründen:

a) *Zu den von den Leistungserbringern und Krankenversicherern vorgebrachten Effizienzgründen gemäss Randziffer 131 a):* Folgende Ausführungen zeigen auf, dass der tiefere Verhandlungsaufwand die gemeinsamen Verhandlungen von Leistungserbringern und Krankenversicherern nicht rechtfertigt beziehungsweise den gesetzlichen Bestimmung von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG nicht genügt:

?? Die Wettbewerbsabrede führt zu einer Standardisierung auf Stufe Tarife, welche sich auf die Versichertenprämien überträgt. Damit können die Krankenversicherer keine Tarife aushandeln, welche ihrer Versichertenstruktur entsprechen und den Leistungserbringern optimale Anreize für die Leistungserbringung vermitteln (vgl. dazu BREYER und ZWEIFEL 1999, S. 293 ff.). Ein Einheitsvertrag widerspricht dieser Aufgabe des Versicherers und führt deshalb zu Ineffizienzen infolge mangelnder Anpassung an die Präferenzen der Versicherten. Die Einsparungen durch die gemeinsamen Verhandlungen müssten die Kosten der Standardisierung auf Stufe der Tarife und deren Auswirkungen auf die Versichertenprämien aufwiegen. Die Parteien können diese Einsparungen nicht zahlenmässig belegen. Ferner wird im Randziffer 133 a) aufgezeigt, dass Einzelverhandlungen zwischen Krankenversicherern und Leistungserbringern auch Vorteile bringen, welche den Einsparungen durch gemeinsame Verhandlungen entgegenstehen.

?? Die gemeinsamen Verhandlungen bergen zudem die Gefahr einer Preisnivellierung auf Stufe der Tarife in sich. Die Krankenversicherer und Leistungserbringer arbeiten unabhängig von ihrer Qualität und Wettbewerbsfähigkeit mit den gleichen Tarifen, womit der Halbprivatversicherungsvertrag den Unterschieden zwischen den Leistungserbringern²⁴ (wie auch den Krankenversicherern, vgl. Rz. 133 b) ungenügend Rechnung trägt. Zwar unterscheiden sich die Tagestaxen der Privatkliniken: Dem muss entgegengehalten werden, dass diese Unterschiede gemäss Halbprivatversicherungsvertrag erstens nur zum Teil vorhanden und zweitens im restlichen Tarifwerk praktisch inexistent sind. Ferner zeigt die Erfahrung mit Kartellen, dass im Schutz des Einheitsvertrages ineffiziente Produzenten wirtschaftlich überleben. Im vorliegenden Fall sichert der

²⁴ Die Unterschiede bestehen etwa in der unterschiedlichen Spezialisierung der Kliniken, der unterschiedlichen Reputation der ÄrztInnen, unterschiedlichem Einzugsgebiet, technischer Ausstattung etc.

Einheitsvertrag das wirtschaftliche Überleben sowohl von Leistungserbringern als auch von Krankenversicherern, die bei Einzelverhandlungen nicht oder nicht zu solchen Bedingungen hätten existieren können. Aufgrund der ungenügenden Berücksichtigung von Unterschieden und dem Schutz allfällig ineffizienter Leistungserbringer und Krankenversicherer ist anzunehmen, dass die Preise nicht die optimalen Anreize für effizientes Handeln auf Stufe Leistungserbringer und Krankenversicherer vermitteln. Die dadurch entstehenden Kosten müssten durch die Einsparungen der gemeinsamen Verhandlungen aufgewogen werden. Die Parteien können die Einsparungen nicht zahlenmässig belegen.

?? Auch wenn die Kostenersparnisse durch die gemeinsamen Verhandlungen von Einkaufsgemeinschaften (so die Unimedes) die Kosten der Standardisierung und Preisnivellierung aufwiegen würden, ist nicht einsichtig, weshalb dazu marktumfassende Abreden notwendig sein sollten (vgl. Rz. 132 b) und 133).

b) *Zu den von den Leistungserbringern und Krankenversicherern vorgebrachten Effizienzgründen gemäss Randziffer 131 b): Folgende Ausführungen zeigen auf, dass die Leistungserbringer gegenüber den Krankenversicherern gewisse Marktvorteile besitzen^{25/26}:*

?? Die Versicherten erwarten die freie Arzt- und Spitalwahl, so dass die Leistungserbringer nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden können (vgl. Rz. 86).

?? Die Krankenversicherer sind in ihrer Marktposition schwächer, da die enge Bindung zwischen ÄrztInnen und PatientInnen traditionellerweise stärker ist als jene zwischen Versicherten und Krankenversicherern (zu Arzt-Patienten-Bindung vgl. etwa BREYER und ZWEIFEL, 1999, S. 243 ff.; FOLLAND, GOODMAN und STANO, 1997, S. 157 ff.)²⁷.

?? Während die Krankenversicherer mit Einführung des KVG den gesetzlichen Vorschriften, getrennte Rechnungen für die Grund- und Zusatzversicherung zu führen, entsprechen, erfassen die Spitäler in der Schweiz lediglich die Finanzierung, nicht aber die Kosten von Grund- und Zusatzversicherten (vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.

²⁵ Für die Beurteilung der Stellung der Krankenversicherer müssen über das Verhältnis Krankenversicherer - Leistungserbringer hinaus generelle Zusammenhänge im Gesundheitswesen angesehen (welche auch im Kanton Aargau Gültigkeit besitzen) und somit die PatientInnen bzw. Versicherten mit in die Betrachtung einbezogen werden (vgl. dazu Rz. 53).

²⁶ Die Ausführungen zeigen entgegen den Angaben der Privatkliniken, dass die Marktmacht der Krankenversicherer gegenwärtig im Vergleich zu jener der Leistungserbringer kleiner ist.

²⁷ Die Arzt-Patienten-Bindung wird zusätzlich verstärkt, da in den vom Halbprivatversicherungsvertrag betroffenen Privatkliniken vor allem BelegärztInnen tätig sind (nicht in der Klinik Schützen), welche die Behandlung der PatientInnen in der Regel durchführen oder zumindest mitbetreuen.

September 2000, S. 750 f. [BBI 2001 I 741]). Dazu fehlt es in den meisten Spitälern, ebenso in den hier betroffenen Privatkliniken, an einem adäquaten Rechnungswesen mit Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung. Deren Fehlen stärkt die Leistungserbringer in ihrer Markt- beziehungsweise Verhandlungsposition. So orientieren sich die den Versicherten beziehungsweise Krankenversicherern in Rechnung gestellten Kosten nicht am effektiven Aufwand, sondern an den angestrebten Deckungsbeiträgen der Spitäler.

- ?? Zwischen den Leistungserbringern besteht grundsätzlich geringer Wettbewerb und praktisch kein Preiswettbewerb (vgl. Rz. 67).
- ?? Die Leistungserbringer besitzen nach Angaben der Krankenversicherer prinzipiell einen diskretionären Spielraum hinsichtlich der Menge - selbst wenn die Krankenversicherer die Preise für medizinische Leistungen mitbestimmen oder bestimmen könnten.

Die obigen Ausführungen rechtfertigen jedoch nicht das gemeinsame Auftreten der Krankenversicherer gemäss Randziffer 131 b) beziehungsweise genügen sie den gesetzlichen Bestimmungen von Artikel 5 Absatz Buchstabe a 2 KG nicht:

- ?? Das gemeinsame Auftreten stellt lediglich Symptom- und keine Ursachenbekämpfung dar. So liegen etwa mit den bilateralen Verhandlungsformen (Rz. 133 a), mit der Verwendung prospektiver Vergütungsformen²⁸ Instrumente vor, mit welchen ebenfalls ein Marktgleichgewicht geschaffen werden kann.
- ?? Die Privatkliniken verfügen zwar nicht über ein adäquates Rechnungswesen mit Kostenstellen- und Kostenträgerrechnung, jedoch könnten die Krankenversicherer Versichertendaten (etwa PatientInnenendaten über Behandlungsdauer und -kosten) erheben, um differenzierte Auswertungen vorzunehmen, welche als Grundlage für die Tarifverhandlungen dienen würden (etwa Erarbeiten von Qualitätsstandards und Leitlinien für Behandlungen, Benchmarking von Leistungserbringern via Behandlungsabläufe und -erfolge etc.).
- ?? Kleinste Krankenversicherer müssen nicht alleine auftreten, sondern können sich wie die Unimedes in Form von Einkaufsgemeinschaften für gemeinsame Verhandlungen zusammenfinden.
- ?? Die Marktvorteile der Leistungserbringer zeigen lediglich auf, dass **zwingend sämtliche Abreden als unzulässig zu erachten** sind. Sollte eine der Abreden auf Stufe ÄrztInnen oder Privatkliniken bestehen bleiben, entstünden den Krankenversicherern Wettbewerbsnachteile.

²⁸ Vgl. ROBERT E. LEU, Spitalfinanzierung im Umbruch. Probleme und Lösungsmöglichkeiten, Bern 1999, S. 23 ff.

?? Im Übrigen können die Parteien, wie in Randziffer 132 a) aufgeführt, die Einsparungen durch günstige Tarife, welche durch die gemeinsamen Verhandlungen entstehen sollten, nicht zahlenmässig belegen. Jedoch ist anzunehmen, dass die gemeinsam ausgehandelten Preise weder optimale Anreize für effizientes Handeln auf Stufe Leistungserbringer und Krankenversicherer vermitteln, noch den Präferenzen der Versicherten beziehungsweise der Versichertenstruktur der Krankenversicherer entsprechen. Die dadurch entstehenden Kosten müssten durch die Einsparungen der gemeinsamen Verhandlungen aufgewogen werden.

B.5.5.3.b Keine Notwendigkeit der Abrede und die Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

133. Die Wettbewerbsabrede ist - wie aus nachstehenden Ausführungen ersichtlich - insbesondere **nicht notwendig**, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken:

a) Es ist möglich, dass die Verhandlungen zwischen Krankenversicherern und den Privatkliniken mit ihren ÄrztInnen einzeln geführt werden. Damit könnte insbesondere der engen Koppelung zwischen den Privatkliniken und ihren ÄrztInnen entsprochen werden, und es müssten nicht mit allen ÄrztInnen Einzelverhandlungen geführt werden. In solchen Verhandlungen bestünde mehr Wettbewerb, da es gerade möglich wäre, einzelne Verhandlungsparteien gegeneinander in Wettbewerb treten zu lassen. Die ganze Schweiz betrachtet, finden im Bereich der Zusatzversicherung bereits solche Verhandlungen zwischen Krankenversicherern und Kliniken mit deren ÄrztInnen statt. Die Anzahl solcher Verhandlungen im Verhältnis zur Gesamtzahl an Verhandlungen differiert (gemäss Angaben der Krankenversicherer) je nach Krankenversicherer zwischen zirka 5%-50%²⁹.

Die *Vorteile* solcher Verhandlungen liegen nach Angaben der Krankenversicherer und Privatkliniken vor allem im Bereich der Verhandlungsführung (höhere Effizienz), der Berücksichtigung individueller Vertragspositionen und der Organisation (Terminfindung und Vernehmlassung), die Nachteile primär im Bereich des zeitlichen Verhand-

²⁹ Während die ÄrztInnen Tarifverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung in der Regel innerhalb von Verbänden oder grösseren Gruppen durchführen, treten die Privatkliniken manchmal und Krankenversicherer meist (ausser die Kantonverbände) individuell oder in kleineren Gruppen auf (öffentliche und öffentlich subventionierte Kliniken führen die Tarifverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung immer innerhalb von Verbänden oder grösseren Gruppen durch). Dies hängt insbesondere vom konkreten Verhandlungsfall ab. Gewisse Krankenversicherer bevorzugen bereits heute bilaterale Verhandlungen mit den Kliniken (und deren ÄrztInnen), in welche sie die Leistungen der ÄrztInnen in einer zweiten Phase einbeziehen.

lungsaufwandes (etwa Vorbereitungs- und Reisezeit) und der eventuell uneinheitlichen Leistungserfassung bei den Kliniken und deren ÄrztInnen³⁰.

b) Bei Verhandlungen zwischen Krankenversicherern und Kliniken mit deren ÄrztInnen können die bestehenden, individuellen Unterschiede der Kliniken mit deren ÄrztInnen besser berücksichtigt werden. Damit können denn für die Leistungserbringer und Krankenversicherer optimale Anreize vermittelt werden (Rz. 132 a). Der AKV vertritt in dieser Sache eine andere Meinung, da in Verhandlungen mit allen Privatkliniken (und deren ÄrztInnen) Vergleichsanhaltspunkte vorhanden seien. Die Ersichtlichkeit von Unterschieden der Kliniken und deren ÄrztInnen sind jedoch nicht von gemeinsamen Verhandlungen abhängig.

B.5.5.3.c Zwischenergebnis

134. Da die behaupteten Effizienzgründe nicht den gesetzlichen Bestimmungen von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG genügen und diese nicht notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken sowie die Abrede die Möglichkeit gibt, dass wirksamer Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b KG beseitigt wird, ist die Wettbewerbsabrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt.

135. Eine Prüfung nach Artikel 6 KG muss im Rahmen der Prüfung einer Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG nicht vorgenommen werden. Artikel 6 KG ermächtigt den Bundesrat und die Wettbewerbskommission, in Verordnungen und allgemeinen Bekanntmachungen Voraussetzungen zu umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Die Wettbewerbskommission hat denn auch am 4. Mai 1998 in Bezug auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b KG die Bekanntmachung "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" beschlossen. Wie in Randziffer 71 dargelegt, fällt der Halbprivatversicherungsvertrag nicht unter den Begriff der Kalkulationshilfen nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b KG beziehungsweise der entsprechenden Bekanntmachung³¹.

³⁰ Dank dem heutigen Stand der Informatik lassen sich jedoch gleichzeitig und kostengünstig mehrere Vertragsvarianten abwickeln.

³¹ FRANZ HOFFET, "Art. 6 Gerechtfertigte Arten von Wettbewerbsabreden", in: ERIC HOMBURGER et al., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, S. 1 ff.

B.5.5.4 Ergebnis

136. Die Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken (Halbprivatversicherungsvertrag) bewirkt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG, welche sich nicht gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG rechtfertigen lässt. Diese Wettbewerbsabrede zwischen den ÄrztInnen, Privatkliniken und Krankenversicherern ist daher nach Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

C. Kosten

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

138. Im Verfahren der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten gegeben.

139. 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).

140. 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 [...].

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

142. In der Gebühr von Randziffer 140 und den Auslagen von Randziffer 141 sind die Kosten für die Zwischenverfügung von CHF [...] enthalten. Diese bestehen aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...].

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die folgenden Vereinbarungen im Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken vom 1. Januar 1999 zwischen dem Aargauischen Ärzteverband, der Klinik im Schachen, der Klinik Sonnenblick, der Klinik Villa im Park, der Klinik Schützen, der Helsana AG, der Concordia, der Unimedes, der CSS und den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossenen Versicherer (vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband) - soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben - sind nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG unzulässig:

a) Vereinbarung im Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken auf Stufe der ÄrztInnen (Aargauischer Ärzteverband);

b) Vereinbarung im Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken auf Stufe der Privatkliniken Klinik im Schachen, Klinik Sonnenblick, Klinik Villa im Park und Klinik Schützen;

c) Vereinbarung im Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken auf Stufe der Krankenversicherer Helsana AG, Concordia, Unimedes, CSS und den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossenen Versicherer (vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband) soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben.

2. Die folgende Vereinbarung ist nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig:

Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken vom 1. Januar 1999 zwischen dem Aargauischen Ärzteverband, der Klinik im Schachen, der Klinik Sonnenblick, der Klinik Villa im Park, der Klinik Schützen, der Helsana AG, der Concordia, der Unimedes, der CSS und den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossenen Versicherer (vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband) soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben.

3. Die Vereinbarungen gemäss Ziffern 1 und 2 dürfen nicht eingehalten werden.

4. Es wird dem Aargauischen Ärzteverband, der Klinik im Schachen, der Klinik Sonnenblick, der Klinik Villa im Park, der Klinik Schützen, der Helsana AG, der Concordia, der Unimedes, der CSS und den übrigen dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossenen Versicherern - soweit sie den Beitritt zu dem in Ziffer 1 des erwähnten Vertrags erklärt haben - (vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband) untersagt, Abreden zu treffen und zu praktizieren oder ihr Verhalten anderweitig in der Weise zu koordinieren, dass die mit

den gemäss Ziffer 1, 2 und 3 untersagten Vereinbarungen erzielte oder eine vergleichbare Wirkung eintritt.

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

6. [Kosten]

7. [Rechtsmittelbelehrung]

8. [Eröffnung]

Gegen diese Verfügung wurde Beschwerde eingereicht.

B 2.2	2. Watt/Migros - SIE
-------	-----------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Décision de la Commission de la concurrence du 3 septembre 2001 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart dans le cas Watt/Migros - SIE relatif à un prétendu comportement illicite selon l'article 7 LCart

A. Etat de fait

1. Le 14 février 2000, la Fédération des coopératives Migros (ci-après: Migros) et Watt Suisse AG (ci-après: Watt) ont dénoncé le Service Intercommunal de l'Electricité SA (ci-après: SIE) auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat). Elles allèguent que le refus du SIE de laisser transiter sur son réseau de l'électricité de Watt destinée à l'approvisionnement de trois sites Migros situés dans sa zone de distribution, à savoir le Centre commercial de Crissier (ci-après: MMM Crissier), la Centrale de distribution d'Ecublens (ci-après: la Centrale) et la boulangerie Jowa SA, à Ecublens également (ci-après: Jowa), constitue un abus de position dominante au sens de l'article 7 de la loi sur les cartels (LCart, RS 251).

2. Le SIE une société anonyme de droit privé dont les actionnaires sont les communes de Renens, Chavannes, Ecublens et Crissier. Il est actif dans l'achat, la vente, le transport et la distribution d'énergie électrique. Il ne produit pas lui-même d'électricité. Le siège de la société est à Renens.

3. Watt, dont le siège est à Emmen, fait partie du groupe Watt AG, Glarus. Son rôle au sein de ce groupe est l'approvisionnement d'acheteurs situés en dehors des zones de distribution des entreprises du groupes, comme notamment Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (ci-après: EGL).

4. Migros est une fédération de sociétés coopératives au sens des articles 921-925 CO, formée de 10 sociétés régionales, notamment Migros-Vaud, à laquelle la Centrale et MMM Crissier sont rattachés. Jowa est une filiale à 100% de Migros, avec siège à Volketswil, active dans la production de boulangerie.
 5. Le 21 juin 1999, Migros a conclu un contrat avec Watt portant sur la fourniture d'énergie électrique par Watt à l'ensemble des sites Migros importants en Suisse (ci-après: contrat multi-sites). Ce contrat concerne notamment MMM Crissier, la Centrale et Jowa. Ces trois sites sont situés dans la zone de distribution du SIE, qui les approvisionnait jusqu'alors, de manière à couvrir entièrement leurs besoins en énergie électrique.
 6. Afin de pouvoir mettre en œuvre le contrat multi-sites, Jowa a résilié pour le 1er novembre 1999, l'accord de livraison d'énergie qui la liait au SIE, par lettre du 24 août 1999. Migros-Vaud, au nom du MMM Crissier et de la Centrale, a résilié l'accord de livraison conclu avec la SIE pour le 1er février 2000, par lettre du 17 décembre 1999.
 7. Le SIE a refusé ces résiliations par courriers des 8 septembre (Jowa) et 21 décembre 1999 (MMM Crissier; Centrale), au motif principal que ces résiliations ne jouissent d'aucune base légale, le marché de l'électricité n'étant pas encore libéralisé.
 8. En outre, le SIE a supprimé les rabais qui étaient jusqu'alors consentis aux trois sites Migros, à compter du 1er novembre 1999 pour Jowa et du 1er février 2000 pour MMM Crissier et la Centrale. Suite à des négociations intervenues entre parties, le SIE a proposé à Migros de consigner un montant correspondant aux rabais consentis jusqu'alors, montant qui serait acquis au SIE à moins qu'un nouvel accord de livraison d'électricité ne soit conclu entre le SIE et Migros ou qu'une décision judiciaire entrée en force n'intervienne jusqu'à la fin de l'année 2000.
 9. De septembre 1999 à février 2000, de nombreux contacts ont été pris entre Watt, respectivement EGL, d'une part et le SIE et ses partenaires, Energie Ouest Suisse (ci-après: EOS) et le Service de l'électricité de Lausanne (ci-après: SEL) d'autre part, en vue du transit d'énergie de Watt sur le réseau du SIE. La position du SIE est la suivante : il n'entend accorder aucun transit sur son réseau tant que le marché de l'électricité ne sera pas libéralisé par l'entrée en vigueur de la loi sur le marché de l'électricité (ci-après: LME; cf. Message du conseil fédéral, FF 1999, p. 6646 ss.). EOS et le SEL adoptent une position semblable.
 10. Confrontées à ce refus de transit d'électricité, Watt et Migros ont dénoncé les faits auprès du secrétariat de la Commission de la concurrence le 14 février 2000, en lui demandant d'ouvrir une enquête à l'encontre du SIE pour abus de position dominante.
-

11. Le 7 mars 2000, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart à l'encontre du SIE. Dans le cadre de cette procédure, le SIE a pris position sur les différents griefs de Watt et Migros le 5 avril 2000 et a fourni divers documents.

12. Sur la base du rapport d'enquête préalable du 4 septembre 2000, le secrétariat, en accord avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, a ouvert une enquête au sens de l'article 27 LCart le 7 septembre 2000, en raison d'indices de restrictions à la concurrence au sens de l'article 7 LCart. L'ouverture de l'enquête ainsi que le rapport d'enquête préalable ont été communiqués aux parties.

13. Dans le cadre de l'enquête, le secrétariat a demandé, par voie de questionnaires, des informations auprès du SIE, de Watt et de Migros. Les réponses à ces questionnaires lui sont parvenues les 27 novembre (Migros) et 6 décembre 2000 (Watt; SIE). Tous trois ont également déposé de nombreuses pièces justificatives. Le SIE a en outre demandé à pouvoir consulter certaines pièces du dossier, qui lui ont été remises par le secrétariat.

14. A la suite d'un examen détaillé des réponses fournies et du dossier, le secrétariat a demandé, le 13 juin 2001, divers renseignements complémentaires au SIE, à Migros et à Watt. Il a également fait parvenir des questionnaires aux exploitants des réseaux limitrophes de celui du SIE, à savoir le SEL, Romande Energie et le Service de l'électricité de Bussigny (SEB). Le SEB a répondu au questionnaire le 11 juillet 2001. Watt en a fait de même le 13 juillet 2001. Le SIE a quant à lui demandé, et obtenu, une prolongation de délai jusqu'au 23 juillet 2001 pour fournir ses réponses aux questions complémentaires qui lui étaient posées. Sa réponse est parvenue au secrétariat dans ce délai prolongé.

15. Par courrier du 12 juillet 2001, Migros a retiré sa dénonciation du 14 février 2000 et a demandé à la Commission de la concurrence de classer le dossier. Migros a été invitée à s'expliquer sur les raisons de ce retrait.

16. Watt a pris position sur le retrait de Migros le 2 août 2001. Elle indique qu'elle a tacitement renoncé à la demande de transit à la base de la dénonciation, en concluant, le 7 juin 2001, un avenant au contrat multi-sites du 21 juin 1999 par lequel Watt renonce à approvisionner les sites Migros-Vaud, soit MMM Crisser et la Centrale. Dès lors, il ne peut plus y avoir de refus illicite de transit et Watt estime que l'affaire peut être classée par rapport à ces deux sites, puisqu'elle est devenue sans objet et qu'il n'existe pas d'intérêt public suffisant à la poursuite de la procédure par la Commission de la concurrence.

17. Par courrier du 15 août 2001, Migros a indiqué que le contrat multi-sites la liant à Watt avait été modifié le 7 juin 2001, en ce sens que les sites de Migros-Vaud ne font plus partie des sites devant être approvisionnés par Watt. Suite à cet avenant au contrat multi-sites,

Migros-Vaud a passé le 8 juin 2001 un contrat de partenariat avec Avenis Trading SA (ci-après: Avenis), portant sur l'approvisionnement en électricité de l'ensemble des sites Migros-Vaud, au nombre desquels figurent MMM Crissier et la Centrale.

18. Avenis et le SIE sont indirectement liés, dans la mesure où le SIE est un sous-distributeur du SEL, lui-même membre d'Avenis. L'acheminement d'énergie d'Avenis par le SIE sur son réseau, et partant, sa distribution, ne sont donc pas problématiques pour MMM Crissier et la Centrale. Dès lors, la demande de transit pour l'approvisionnement de ces deux sites est caduque et la procédure engagée suite à la dénonciation du 14 février 2000 devant la Commission de la concurrence est devenue sans objet et Migros demande à ce qu'elle soit classée.

19. Migros relève encore que Jowa, qui n'est pas une société de Migros-Vaud, fait encore partie du contrat multi-sites passé avec Watt. Néanmoins, Migros renonce à ce que la procédure dirigée contre le SIE soit poursuivie pour permettre l'approvisionnement de Jowa par Watt, pour des motifs d'opportunité et en raison des ressources nécessaires à la poursuite de la procédure, jugées trop importantes par rapport à l'intérêt public restreint à voir ce cas tranché, en particulier suite à la décision de la Commission de la concurrence dans la procédure dirigée contre les Entreprises électriques fribourgeoises (DPC 2001/2, p. 255 ss.).

20. Le 20 août 2001, Migros a remis au secrétariat de la Commission de la concurrence le contrat de partenariat conclu entre Migros-Vaud et Avenis le 8 juin 2001.

21. Le 24 août 2001, Watt a indiqué au secrétariat de la Commission de la concurrence que son intérêt à la poursuite de la procédure contre le SIE, afin d'obtenir du SIE un accord de transit pour l'approvisionnement de Jowa demeurerait entier et actuel. Le courrier de Watt du 2 août 2001, par lequel elle renonçait à la poursuite de la procédure, ne se rapportait donc qu'à l'approvisionnement des deux sites Migros-Vaud, qui ne font plus partie du contrat multi-sites.

B. Considérant

22. Il a y lieu de classer une procédure d'enquête au sens de l'article 27 LCart lorsque l'état de fait ayant donné lieu à cette enquête s'avère ne pas exister. Un premier cas de classement est celui où, au terme de l'enquête, les indices ayant amené à son ouverture n'ont pas pu être prouvés. Le second cas de figure dans lequel il y a lieu de classer une telle procédure est celui où le comportement prétendument illicite disparaît en cours d'enquête. Dans ce dernier cas néanmoins, la procédure ne sera classée que pour autant qu'il n'existe pas d'intérêt public suffisant à la poursuite de l'enquête (DPC 2000/1, p. 29 ss., ch. 21; DPC 1999/3, p. 463 ss., ch. 11).

a. Modification de l'état de fait à la base de la procédure

23. Au moment de l'ouverture de l'enquête, le 7 septembre 2000, l'objet de la procédure était d'examiner si le refus opposé par le SIE à la demande de transit que Watt avait formulée afin de pouvoir assurer l'approvisionnement en électricité de MMM Crissier, de la Centrale et de Jowa, conformément au contrat multi-sites, constituait un abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart.

a.a. Sites Migros-Vaud

24. Il ressort des informations fournies tant par Watt que par Migros que ces dernières ont conclu, le 7 juin 2001, un avenant au contrat multi-sites du 21 juin 1999. Par cet avenant, l'ensemble des sites Migros-Vaud est soustrait au contrat multi-site, qui ne leur est donc plus applicable. Par conséquent, Watt renonce expressément à approvisionner MMM Crissier et la Centrale.

25. Watt renonce en conséquence à sa demande de transit sur le réseau du SIE. Dès lors et en l'absence de demande de transit concrète, ce dernier n'est plus en position de refus d'acheminement d'électricité, qui pourrait constituer un indice de restriction à la concurrence. Par conséquent, les indices de restrictions à la concurrence au sens de l'article 7 LCart qui étaient à la base de l'ouverture de l'enquête ne sont plus donnés pour ces deux sites (DPC 2000/1, p. 29 ss., ch. 30 f.).

26. Pour le surplus, l'avenant a permis à Migros-Vaud et Avenis de conclure, le 8 juin 2001, un contrat relatif à la fourniture d'électricité des sites Migros-Vaud, indépendant du contrat multi-sites conclu entre Migros et Watt. Le SIE est indirectement lié à Avenis. En effet, le SIE, qui ne produit pas d'électricité, se fournit en électricité auprès du SEL, qui fait lui-même partie d'Avenis. Dès lors la problématique d'un éventuel refus illicite de transit d'énergie sur le réseau du SIE ne se pose pas dans le cadre de ce nouveau contrat.

27. La procédure est donc devenue sans objet s'agissant des deux sites Migros-Vaud faisant initialement l'objet du contrat multi-sites, en raison d'une modification de l'état de fait à la base de la procédure, intervenue ultérieurement à l'ouverture de l'enquête.

a.b. Jowa

28. Seule Jowa, située dans la zone de distribution du SIE, reste concernée par le contrat multi-sites Migros - Watt du 21 juin 1999.

29. Migros renonce néanmoins à ce que la procédure soit menée à son terme s'agissant de l'approvisionnement de Jowa uniquement, essentiellement pour des raisons d'opportunité, une telle poursuite de la procédure nécessitant trop d'investissements en temps et en ressources. En outre, elle estime qu'une telle procédure n'aurait pas d'intérêt public, dans la mesure où une décision portant sur un cas similaire a été prise dans la cadre de la procédure engagée contre les Entreprises

électriques Fribourgeoises. Dès lors, elle retire sa dénonciation du 14 février 1999 dans son ensemble, en ce qu'elle concerne le SIE.

30. Watt a déclaré avoir toujours un intérêt à ce que la procédure soit poursuivie à l'encontre du SIE dans le but de lui permettre l'approvisionnement de Jowa, conformément au contrat multi-sites.

b. Pas d'intérêt public suffisant à la poursuite de la procédure

31. La Commission de la concurrence n'est pas liée par les dénonciations qu'elle reçoit dans sa décision d'ouvrir ou non une enquête (Message LCart, FF 94.100 ; tiré à part p. 122). Par conséquent, elle n'est pas non plus liée par le retrait d'une telle dénonciation et peut décider de poursuivre d'office une procédure, si elle l'estime nécessaire, quand bien même les parties ont retiré leur dénonciation. Inversement, elle peut également classer une affaire d'office, quand bien même une dénonciation subsisterait.

32. Quand bien même un changement dans l'état de fait intervenant en cours de procédure met fin aux indices de comportement illicite, la procédure peut être poursuivie s'il existe un intérêt public suffisant à ce que l'affaire soit tout de même traitée au fond.

33. En l'espèce, les parties ont renoncé expressément à la demande de transit pour l'approvisionnement des deux sites Migros-Vaud visés par l'enquête. Elles n'ont donc plus aucun intérêt à ce que la procédure soit menée à son terme à cet égard. Pour le surplus, la problématique du refus par une entreprise électrique de laisser transiter de l'électricité de tiers sur son réseau en relation avec la loi sur les cartels a déjà fait l'objet d'une procédure menée à son terme par la Commission de la concurrence dans le cas des Entreprises Electriques Fribourgeoises, qui constitue une décision de principe en la matière (DPC 2001/2, p. 255 ss.). Il y a lieu de noter néanmoins qu'un recours contre cette décision est actuellement pendant devant la Commission de recours pour les questions de concurrence.

34. S'agissant de l'approvisionnement de Jowa, la demande de transit reste d'actualité, dans la mesure où Jowa est toujours visée par le contrat multi-sites. La procédure pourrait en conséquence être poursuivie afin de trancher cette question uniquement, où des indices de restrictions à la concurrence subsistent.

35. Migros a toutefois expressément renoncé à ce que cette question soit tranchée sur le fond, pour des motifs d'opportunité.

36. Pour sa part, Watt souhaite que la procédure soit menée à son terme sur ce point.

37. Il y a donc lieu de procéder à une pesée des intérêts en présence afin de déterminer si l'enquête doit être poursuivie dans le cas de Jowa, comme Watt le souhaite, ou si une telle démarche ne se justifie pas. A cet égard, il y a lieu de rappeler en premier lieu que Migros re-

nonce à ce que cette question soit tranchée. Notons que Migros est la partie qui a le plus grand intérêt privé, financier avant tout, à ce que Jowa puisse être approvisionnée en électricité par Watt. En effet, elle pourrait obtenir un prix de l'électricité plus avantageux dans le cadre du contrat multi-sites que celui offert par le SIE et pourrait être amenée à verser une indemnisation de Watt si elle se départissait du contrat multi-sites en ce qu'il concerne Jowa, si aucun accord de transit ne pouvait être trouvé avec le SIE. L'intérêt de Watt est également de nature privée, il s'agit avant tout de garantir l'exécution d'un contrat privé. Néanmoins, il y a lieu de constater qu'au niveau financier, Watt pourrait être indemnisée en cas de renoncement total au transit par Migros (indemnisation en raison d'une rupture de contrat privé) et ne subirait dès lors pas de dommage si aucun accord sur le transit ne pouvait être trouvé avec le SIE. L'intérêt de principe de Watt à voir tranchée la question du transit en général n'est pas très élevé, du fait de la décision rendue par la Commission de la concurrence dans le cas de Entreprises Electriques Fribourgeoises, qui constitue une décision de principe en la matière (DPC 2001/2, p. 255 ss.).

38. Une poursuite de la procédure n'apparaît dès lors pas comme nécessaire dans le cas d'espèce.

c. Résultat

39. Au vu de tout ce qui précède, il y a lieu de classer l'enquête ouverte le 7 septembre 2000 contre le SIE.

C. Frais

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

41. Il est indifférent au niveau de l'obligation de payer cet émolument que la procédure d'enquête au sens de l'article 27 LCart soit menée à son terme ou close en raison d'un changement dans l'état de fait, dans la mesure où des indices suffisants de restriction illicite à la concurrence ont pu être mis en lumière durant l'enquête préalable (art. 3 al. 2 let. a Ordonnance sur les émoluments LCart).

42. Dès lors que l'enquête préalable a relevé des indices sérieux de restriction à la concurrence de la part du SIE (cf. rapport d'enquête préalable du 4 septembre 2000, pièce 12, DPC 2001/1, p. 81 ss.), il y a lieu de le considérer comme étant celui qui a occasionné la procédure, qui a en conséquence l'obligation de supporter l'émolument y relatif.

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

que de l'objet en question (art. 3 al. 4 Ordonnance sur les émoluments LCart).

44. La Commission de la concurrence ne voit en l'espèce aucun motif permettant de diminuer (ou d'augmenter) les émoluments. Par conséquent, pour les [...] heures consacrées à la présente procédure, le montant de CHF 130.--/h est applicable. Les émoluments se montent dès lors à CHF [...].

45. Outre les émoluments, l'assujetti est également tenu de rembourser les débours (art. 5 al. 1 Ordonnance sur les émoluments LCart), qui se montent en l'espèce à CHF [...].

D. Dispositif

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

1. Classe la procédure d'enquête ouverte le 7 septembre 2000 contre le Service intercommunal de l'électricité, Renens.
2. [Frais]
3. [Voies de droit]
4. [Notification]

B 2.2	3. Privatärzttarife im Kanton Zürich
-------	---

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Einstellungsverfügung vom 5. November 2001 in Sachen Privatärzttarife der Aerztegesellschaft des Kantons Zürich, Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend allfällig unzulässiger Preisabsprachen nach Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Die Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich (nachfolgend AGZ) ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB mit Sitz in Zürich. Die AGZ ist die Standesorganisation der Zürcher Ärztinnen und Ärzte und kantonale Mitgliedgesellschaft der Verbindung der Schweizer Ärzte (nachfolgend FMH; vgl. Art. 1 und 2 der Statuten AGZ). Gemäss ihren Statuten versteht sich die AGZ unter anderem als Vertreterin der Ärzteschaft gegenüber der Bevölkerung, den Behörden und den anderen Institutionen.

2. Insgesamt in Zürich berufstätig waren im Jahr 2000: 5'213 Ärzte (FMH-Ärzttestatistik). Davon sind 3'764 in der AGZ, mithin sind also

72,2% aller berufstätigen Ärzte Mitglieder der AGZ. Betreffend den Geltungsbereich des Privattarifs ergibt sich jedoch ein anderes Bild, denn unter den berufstätigen Ärzten sind auch solche enthalten, die gar nie in eigener Verantwortung Patienten betreuen und Rechnung stellen (z.B. Ärzte, die in der Verwaltung tätig sind oder bei Versicherungen, in der Industrie etc. sowie z.B. Assistenzärzte). Im Bereich der angestammten Tätigkeit ist der Prozentsatz der Mitglieder der AGZ höher. Der FMH Ärztestatistik für das Jahr 2000 (vgl. <http://www.fmh.ch/>) ist zu entnehmen, dass im Jahr 2000 insgesamt 2'678 Ärzte im Kanton Zürich Praxistätigkeit ausübten. Der AGZ gehören unter den rund 3'764 Mitgliedern 2'384 freipraktizierende Ärztinnen und Ärzte an. Daraus ergibt sich, dass 89% der Ärzte mit Praxistätigkeit der AGZ angehören.

3. Nach der Definition der FMH sind Ärzte mit Praxistätigkeit, "Ärzte, die in irgendeiner Form eine Praxistätigkeit ausüben, das heisst Ärzte, die in eigener medizinischer Verantwortung Patienten behandeln, sowie Ärzte mit Spitaltätigkeit, die ihr Einkommen ganz oder teilweise aus Patientenhonoraren beziehen", beispielsweise also:

?? Ärzte mit privater Praxistätigkeit (Voll- und Teilzeit),

?? Spitalärzte (Chef-, Leitende, Beleg-, gegebenenfalls Oberärzte) mit Praxistätigkeit,

?? Ärzte mit Praxistätigkeit, die zusätzlich in irgendeiner Form auch angestellt sind,

?? Angestellte Ärzte, die zusätzlich eine Praxistätigkeit ausüben.

4. Im Kanton Zürich ist die Vergütung der ärztlichen Leistungen in einem Privattarif (nachfolgend Tarif) geregelt. Dieser wurde durch die AGZ auf den 3. April 1984 in Kraft gesetzt. Der Tarif bestimmt laut Artikel 1 den Rahmen für die Vergütung der ärztlichen Leistung in der ambulanten Praxis und im Spital. Einschränkend ist festzuhalten, dass der Privattarif heute nur noch für die Vergütung im stationären Bereich angewendet wird. Der Privattarif ist für alle Mitglieder der AGZ verbindlich. Artikel 2 des Privattarifes bestimmt, dass der Tarif insbesondere anwendbar ist bei Patienten, die sich als Privatpatienten zu erkennen geben, bei Patienten in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen gemäss Krankenversicherungsrecht sowie bei Patienten einer privaten Spitalabteilung. Er ist nicht anwendbar:

?? wenn ein Sozialversicherungstarif vorgeschrieben oder vereinbart ist,

?? für die Rechnungsstellung gegenüber Fürsorgestellen und -behörden,

?? gegenüber Patienten, die der Krankenversicherungspflicht unterstellt werden können und keinen zusätzlichen Versicherungsschutz geniessen,

- ?? ausnahmsweise bei ausdrücklicher anderweitiger Vereinbarung mit dem Patienten gemäss Artikel 4 des Privattarifes (d.h. bei ausserordentlichen operativen Eingriffen oder aussergewöhnlichen Anforderungen an den Arzt).
5. Artikel 13 des Tarifs sieht eine Anpassung des Tarifs für den Fall vor, dass sich der Landesindex der Konsumentenpreise um 10% gegenüber dem Stand am 1. Februar 1984 verändert oder dass eine Erhöhung der von den Spitälern erhobenen Abgaben erfolgt.
 6. Der Tarif wurde einseitig festgelegt und ist nicht Ergebnis von Verhandlungen mit Krankenkassen.
 7. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hatte am 3. Februar 1997 eine Vorabklärung über die Privattarife der Berner Ärztesgesellschaft eröffnet, nachdem ihm zur Kenntnis gebracht worden war, dass die Mitglieder der kantonalen Ärztesgesellschaft einen Rahmentarif für Leistungen im Privatversicherungsbereich vereinbart hatten. Auf Anregung des Sekretariates hin beschloss der Kantonalvorstand der Berner Ärztesgesellschaft, den Privattarif ersatzlos aufzuheben. Aufgrund der Umsetzung der Anregungen des Sekretariates wurde die Vorabklärung ohne Folge eingestellt (vgl. RPW 1997/4, S. 481 ff.).
 8. Anlässlich dieser Vorabklärung hatte das Sekretariat der Wettbewerbskommission festgestellt, dass Indizien dafür bestehen, dass die von den Ärztesgesellschaften erlassenen Tarife unzulässige Preisabreden nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG darstellen könnten. Eine im Juli 1998 zur Abklärung dieser Indizien eröffnete Untersuchung im Kanton Waadt wurde ebenfalls eingestellt, nachdem auch die Waadtländer Ärztesgesellschaft ihre Privattarife aufgehoben hatte.
 9. Daraufhin eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission zur kartellrechtlichen Abklärung der Privattarife in den übrigen 24 Kantonen am 19. Oktober 1998 eine Vorabklärung über die Tarife der Ärztesgesellschaften für die privatärztliche Tätigkeit.
 10. Im Rahmen dieser Vorabklärung wurde die Situation im Kanton Zürich näher untersucht. Dabei wurde festgestellt, dass Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 KG vorlagen.
 11. Gestützt auf Artikel 26 Absatz 2 KG räumte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der AGZ am 25. November 1999 unter Ansetzung einer am 17. Dezember 1999 bis zum 28. Februar 2000 verlängerten Frist die Möglichkeit ein, den Tarif noch vor Abschluss der Vorabklärung aufzuheben und damit die Eröffnung einer Untersuchung zu vermeiden.
 12. Mit Schreiben vom 9. Februar 2000 teilte die AGZ fristgerecht mit, sie wolle auf die Aufhebung der Tarife verzichten.
-

13. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete deshalb im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gestützt auf Artikel 27 KG am 9. Mai 2000 eine Untersuchung gegen die Mitglieder der AGZ.

14. Im Rahmen der Vorabklärung sowie Untersuchung befragte das Sekretariat der Wettbewerbskommission verschiedene Krankenversicherer, die Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich sowie Ärzte in unterschiedlichen Fachgebieten zum Privattarif im Kanton Zürich.

15. Mit Datum vom 21. Mai 2001 teilte der Vertreter der AGZ dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mit, dass die Delegiertenversammlung der AGZ am 17. Mai 2001 beschlossen hat, den Privattarif ersatzlos aufzuheben. Gleichzeitig wurde den Mitgliedern der AGZ dieser Schritt mitgeteilt.

16. Am 25. Juni 2001 wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission durch den Vertreter der AGZ darüber informiert, dass die Mitglieder der AGZ hinsichtlich der Aufhebung des Privattarifs durch die Delegiertenversammlung auf eine Urabstimmung verzichtet hätten und damit der Entscheid der Delegiertenversammlung in Rechtskraft erwachsen sei und die Medien entsprechend informiert worden seien.

17. Der Antrag (Verfügungsentwurf) des Sekretariates wurde der Wettbewerbskommission und dem Rechtsvertreter der AGZ mit Datum vom 27. August 2001 unterbreitet. Gleichzeitig wurde das rechtliche Gehör eingeräumt.

18. Die AGZ hat sich am 26. Oktober 2001 zum Verfügungsentwurf innert erstreckter Frist geäussert. Sie erklärt sich mit der Einstellung der Untersuchung gegen ihre Mitglieder einverstanden, erachtet allerdings eine Auferlegung der Verfahrenskosten als unzulässig. Sie stellt sinngemäss folgende Begehren:

?? Das Sekretariat sei anzuweisen, die beabsichtigte Verfügung nach Artikel 30a VwVG ohne Begründung im Bundesblatt zu veröffentlichen unter gleichzeitiger Bekanntgabe der öffentlichen Auflegung der begründeten Verfügung (vgl. nachfolgend Rz. 27).

?? Die Verfügung sei gestützt auf Artikel 36 VwVG amtlich zu publizieren.

?? Es sei auf die Auferlegung von Verfahrenskosten zulasten der Mitglieder der AGZ zu verzichten.

19. Auf die in der Stellungnahme geltend gemachten Argumente wird, soweit rechtserheblich, nachfolgend in den Erwägungen eingegangen.

B. Erwägungen

20. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG mittels Verfügung 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. RPW 1999/3, S. 463 ff.).

a) **Beendigung der vermutungsweise unzulässigen Verhaltensweise**

21. Gegenstand der Untersuchung ist der Privattarif der AGZ. Dieser regelt den Preis für die privatärztlichen Dienstleistungen der Züricher Ärzte. Er ist eine Vereinbarung der Mitglieder der AGZ und für diese verbindlich, womit die Tatbestandselemente des bewussten und gewollten Zusammenwirkens von Artikel 4 KG erfüllt werden. Die Einhaltung des Tarifes durch die Mitglieder der AGZ bewirkt zudem eine Beschränkung des Preiswettbewerbs. Damit ist der Privattarif der AGZ als Wettbewerbsabrede nach Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren.

22. Der Privattarif der AGZ ist ein Rahmentarif und gibt eine Preisspanne vor, innerhalb welcher die Ärzte den Preis für ihre Dienstleistungen festzulegen haben. Die im Tarif vorgeschriebenen Preise stellen eine horizontale Preisabrede dar (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Die im Rahmen der Vorabklärung gesammelten Informationen ergaben, dass die mit der Erfüllung des Tatbestandes von Artikel 5 Absatz 3 KG verbundene Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht umgestossen werden konnte. Es bestanden nach Durchführung der Vorabklärung deshalb hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Preisabrede der Mitglieder der AGZ unzulässig im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG ist.

23. Mit der Abschaffung des Tarifs durch die Mitglieder der AGZ entfallen die Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Verhaltensweise gemäss Artikel 5 KG.

b) **Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung**

24. Selbst bei Beendigung einer unzulässigen Verhaltensweise im Laufe des Verfahrens kann eine Untersuchung weitergeführt werden, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse an deren materiellen Beurteilung besteht.

25. Eine Fortführung des Untersuchungsverfahrens zwecks abschliessender Abklärung des Sachverhalts ist im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Sie würde keinem genügenden öffentlichen Interesse dienen.

c) Ergebnis

26. In Würdigung aller Umstände kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Untersuchung gegen die Mitglieder der AGZ einzustellen ist.

d) Rechtliches Gehör/Vertretung

27. Die AGZ rügt in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariates (unter I. Formelle Aspekte), die Mitglieder der AGZ hätten mangels Vorgehen des Sekretariates nach Artikel 30a VwVG im Verlauf des Verfahrens keine Gelegenheit gehabt, Anträge zu stellen und Stellungnahmen abzugeben. In diesem Zusammenhang wird gerügt, es sei nie festgestellt worden, dass die AGZ eine obligatorische Vertretung im Sinne von Artikel 11a VwVG wahrnehme. Diese Behauptungen sind aus folgenden Gründen unzutreffend.

28. In Artikel 2 Buchstabe c der Statuten der AGZ wird ausdrücklich festgehalten, dass sich die AGZ "*gegenüber der Bevölkerung, den Behörden und den anderen Institutionen*" als Vertreterin der Zürcher Ärzteschaft versteht (Hervorhebung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission).

29. Mit der Unterzeichnung dieser Statuten haben die Mitglieder der AGZ ihr ausdrücklich die Vollmacht zur Vertretung vor Behörden erteilt. Damit liegt ein Fall der freiwilligen Vertretung vor, die sowohl eine obligatorische Vertretung als auch die Publikation des Verfügungsentwurfs und der Verfügung selbst obsolet werden lässt.

30. Hinzu kommt, dass die AGZ seit der Eröffnung der Vorabklärung im Oktober 1998 die Anliegen ihrer Mitglieder vertreten hat. Auch nach der Publikation der Eröffnung der Untersuchung im Mai 2000 hat sie diese Vertretung weiterhin übernommen. Wie der Rechtsvertreter der AGZ selbst in seiner Stellungnahme als Vorbemerkung zum Sachverhalt ausführt, hat die AGZ sich im Verlaufe des Verfahrens im Rahmen mehrerer Eingaben zu den materiellen Aspekten des Untersuchungsverfahrens geäußert.

C. Kosten

31. Die AGZ ist gestützt auf den Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 3. Oktober 2001 der Ansicht, dass die Auferlegung der Kosten zu Lasten ihrer Mitglieder unzulässig ist. Die Wettbewerbskommission hält grundsätzlich an ihrer bisherigen Praxis fest. Entsprechend wurde der Entscheid der REKO/WEF beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. November 2001 durch das in der Sache zuständige legitimierte Departement angefochten. Aus diesem Grund wird das vorliegende Verfahren im Kostenpunkt bis zum Urteil des Bundesgerichts sistiert. Über die Kostenfrage wird mithin nach dem Urteil des Bundesgerichts entschieden. Den Parteien erwächst aus diesem Vorgehen kein Rechtsnachteil. Ein allfälliger Kostenentscheid, der

den Mitgliedern der AGZ die Verfahrenskosten auferlegt, wird selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden können.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen die Mitglieder der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich wird eingestellt.
2. Das Verfahren wird im Kostenpunkt sistiert. Über die Kostenfrage wird in einem späteren Zeitpunkt entschieden.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Unilever/Bestfoods

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

I Zusammenschlussvorhaben

1. Am 25. September 2000 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Meldung erhalten, wonach Unilever N.V./PLC (mit Sitz in Rotterdam und London) und Bestfoods USA (mit Sitz in Englewood Cliffs, New Jersey) beschlossen haben, ihre Aktivitäten zusammenzulegen. Die beiden multinationalen Unternehmen sind in den Bereichen Nahrungsmittel sowie Reinigungs- und Hygieneartikel tätig.

2. Für den Unilever Konzern ist in der Schweiz die Firma Unilever (Schweiz) AG (UL) tätig. Zur UL gehören folgende Gesellschaften:

?? Lipton-Sais AG (u.a. Eistee, Öl, Margarine, Saucen, Speiseeis)

?? Pierrot-Lusso AG (u.a. Speiseeis und Tiefkühlartikel)

?? Lever-Fabergé AG (u.a. Reinigungs- und Hygieneartikel)

?? DiverseyLever AG (u.a. Produkte für Reinigungsinstitute)

3. Zur Bestfoods Knorr Holding GmbH (BF) gehören alle in der Schweiz operierenden Gesellschaften von Bestfoods. Im Einzelnen:

- ?? Knorr Nahrungsmittel AG (u.a. Suppen, Saucen, Bouillons, Gewürzmischungen)
- ?? Oswald AG (u.a. Suppen, Saucen, Bouillon, Gewürze, Eistee)
- ?? Risi AG (u.a. Suppen, Saucen, Bouillon, Gewürze)

II Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

4. UL erwirtschaftete 1999 weltweit einen Umsatz von CHF [...] Mio., BF einen solchen von CHF [...] Mio. Damit sind die Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen; SR 251) überschritten. In der Schweiz lag der Umsatz von UL 1999 bei CHF [...] Mio. Die Verkäufe von BF beliefen sich in der Schweiz (im Zeitraum von 1.10.98 bis 30.09.99) auf CHF [...] Mio. Damit sind die Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ebenfalls überschritten. Es besteht somit eine Meldepflicht.

III Beurteilung

1 Relevante Märkte

5. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU; Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]).

a) Zunächst sind zwei sehr unterschiedliche Märkte im Nahrungsmittelbereich, nämlich der Detailhandel und der Cateringmarkt, zu unterscheiden. Während auf ersterem die Produkte direkt zu den Konsumenten gelangen, werden auf dem Cateringmarkt die Produkte an Geschäftskunden wie Hotels, Restaurants und so weiter weitergegeben. Im Wesentlichen sind es die Mengen, die Verpackungen und die Rezeptur, welche je nach Markt variieren. Diese Auffassung wird von den Parteien und der Europäischen Kommission geteilt (Fall IV/M.1802 Unilever France/Amora Maille, Beschluss der EU-Kommission vom 8. März 2000). Im Folgenden werden jene Märkte berücksichtigt, auf welchen gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU die Schwellenwerte überschritten werden. Die Kommission wählt im Sinne einer Arbeitshypothese eine enge Definition des Marktes, was mit dem oben genannten Beschluss der Europäischen Kommission übereinstimmt.

b) Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren und Leistungen nachfragt oder anbietet (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

6. Die sachlich relevanten Märkte sind national abzugrenzen. Da der Migros-Genossenschafts-Bund, Zürich (Migros), und Coop, Basel (Coop), über ein landes-weites Verteilnetz mit einheitlicher Preis- und Sortimentspolitik verfügen, kann als räumlich relevanter Markt das

Gebiet Schweiz gelten (vgl. RPW 1997/3 "Migros/Coop", S. 369, Rz. 25 ff.).

2 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

7. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur die Märkte, für welche der Marktanteil der beiden Unternehmen 20% übersteigt, oder wenn der Marktanteil eines der beiden beteiligten Unternehmen 30% übersteigt, einer vertieften Analyse unterzogen (betroffene Märkte).

a) Detailhandel

8. Nach Schätzungen der Marktforschungsinstitute IHA und Nielsen sowie der beteiligten Unternehmen ist im Detailhandel durch Marktanteilsaddition nur ein Markt betroffen, nämlich der Markt für Eistee (UL [...] und BF [...], total 20%-30%). Auch nach dem Unternehmenszusammenschluss werden mit grosser Wahrscheinlichkeit die Konkurrenten Migros (30%-40%), Coop (10%-20%), Nestlé SA, Vevey (Nestlé; 0%-10%), Denner AG, Zürich (Denner; 0%-10%), sowie andere (0%-10%) auf diesem Markt tätig sein. Es ist deshalb kaum mit einer Abnahme der Wettbewerbsintensität zu rechnen.

9. Im Detailhandel sind zusätzlich folgende Märkte betroffen: Flüssigsuppen (BF 30%-40%), Beutelsuppen (BF 40%-50%), Instantsuppen (BF 50%-60%), Bouillons (BF 40%-50%), Küchenkräuter und Gewürze (BF 30%-40%), Fertigspeiseeis (UL 30%-40%) und Stärken (Maizena; BF 30%-40%). Da auch nach dem Unternehmenszusammenschluss Nestlé, Migros und Coop auf den betrachteten Märkten präsent sind, ist mit grosser Wahrscheinlichkeit der wirksame Wettbewerb gewährleistet.

b) Cateringmarkt

10. Im Cateringbereich sind durch Marktanteilsaddition folgende drei Märkte betroffen:

11. Weitere betroffene Märkte sind Beutelsuppen (BF 50%-60%), warme Beutelsaucen (BF 50%-60%), Bouillons (BF 60%-70%), Fertigspeiseeis (UL 40%-50%) und Eispulver (UL 80%-90%).

12. Auf dem Markt für warme Fertigsaucen konkurrenzieren sich Nestlé (20%-30%), Masterfoods, Berkeley Vale (Masterfoods; 0%-10%) und eine Reihe anderer Unternehmen (10%-20%).

13. Auf dem Markt für kalte Fertigsaucen ist Nestlé mit einem Marktanteil von 30%-40% vor Hero, Lenzburg (Hero), mit 0%-10%, Heinz, Pittsburgh (Heinz), mit 0%-10% und Haco AG, Muri bei Bern (Haco) mit 0%-10% Marktleader.

14. Nach den Ermittlungen des Sekretariats wachsen die Märkte für warme und kalte Fertigsaucen gegenwärtig stark. So erwarten die Parteien neben der Lancierung neuer Produkte auch Markteintritte, insbesondere ausländischer Konkurrenten.

15. Bei den Küchenkräutern, Gewürzen und Gewürzmischungen hält Nestlé einen Marktanteil von 10%-20%, Haco einen solchen von 0%-10%. Die anderen Unternehmen teilen sich die restlichen 0%-10%.

16. Auf dem Cateringmarkt herrscht gemäss Haco hohe Wettbewerbsintensität. Neben einem Angebot mit gutem Preis-Leistungs-Verhältnis sind die Unternehmungen bestrebt, ihren Kundenkreis zu erweitern.

17. Schliesslich ist festzuhalten, dass im Cateringmarkt sehr viele Unternehmen (insbesondere Restaurants und Hotels) ihre Suppen, Saucen und Kräutermischungen selber herstellen oder diese direkt von kleinen lokal ansässigen Lieferanten beziehen.

18. Allgemein kann festgehalten werden, dass durch den Unternehmenszusammenschluss nur drei Märkte von der Marktanteilsaddition betroffen sind. Betroffen sind vor allem Märkte mit einem hohen Marktanteil einer einzelnen Partei.

19. Da die bisherige Analyse ergeben hat, dass keine wettbewerbsrechtlichen Probleme bestehen, kann auf die Analyse des potenziellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite verzichtet werden (RPW 2001/1, S. 92, Ziff. 32).

3 Portfolio-Effekt

20. Wie bereits erwähnt, sind die Unternehmen im Detailhandel auf sehr verschiedenen Märkten präsent. Während UL Saucen und Salate, Senf, Speiseöl und Speiseeis herstellt, stellt BF keine dieser Waren her. Umgekehrt ist BF auf denjenigen Märkten präsent, wo UL fehlt (Suppen, Fertiggerichte in Beuteln, Beutelsaucen, Bouillons, Gewürze und Stärken). So ergeben sich, wie bereits erwähnt, auf den meisten Märkten sowohl im Detailhandel als auch im Cateringmarkt kaum Marktanteilsadditionen.

21. Mit der Zusammenführung einer Reihe sich ergänzender Produkte kann sich der Portfolio-Effekt ergeben. Der Mechanismus dieses Effekts kann folgendermassen zusammengefasst werden: Die Verhandlungsmacht einer Unternehmung eines Portfolios von Marken ist grösser als die Summe der Verhandlungsmacht jeder einzelnen Marke allein (vgl. dazu den Beschluss IV/M.938 Guinness/Grand Metropolitan, der am 27.10.1998 von der europäischen Kommission veröffentlicht wurde). Ausgehend von oben genannter Definition können folgende Änderungen im Wettbewerbsverhalten der betrachteten Unternehmen resultieren:

- ?? Grössere Flexibilität in der Gestaltung der Preise, Aktionen und Rabatte erweitern die Möglichkeiten missbräuchlicher Verhaltenweisen;
 - ?? Einführung von "Bundling" (d.h. die Anbindung der Lieferung einer Ware an jene anderer Waren);
-

22. Eine Voraussetzung, damit ein Unternehmen den Handlungsspielraum des Portfolio-Effekts ausnutzen kann, ist das Vorliegen von eigenen Schlüsselmarken auf mindestens einem Markt. Unter einer Schlüsselmarke ist eine Marke zu verstehen, welche bei den Konsumenten so erfolgreich ist, dass diese nicht ohne grosse Umsatzeinbusse des Handels aus dem Sortiment genommen werden kann. In einer Umfrage hat das Sekretariat bei Coop, Migros, Prodega, Moosseedorf (Prodega), und Denner nach solchen Schlüsselmarken gesucht. Dabei ist festzuhalten, dass die Migros durch den betrachteten Unternehmenszusammenschluss kaum betroffen ist, da sie die meisten ihrer Produkte selber herstellt.

23. Die Frage nach den Auswirkungen des Portfolio-Effekts stellt sich hauptsächlich im Detailhandel und weniger im Cateringbereich, denn laut den Erkenntnissen der Wettbewerbsbehörde ist die Markenbindung der Konsumenten viel grösser als jene der Geschäftskunden (Hotels, Restaurants). Deshalb konzentriert sich die Wettbewerbsbehörde auf die Überprüfung von potenziellen Auswirkungen des Portfolio-Effekts im Detailhandel.

24. Laut Coop führen UL und BF Marken, die in ihrem Segment eine Leaderposition innehaben. Für Coop ist es aber schwierig zu beurteilen, ob es sich um Schlüsselmarken im Sinn der erwähnten Definition handelt. Allgemein erwartet Coop keine grundlegende Änderung im zukünftigen Verhalten von UL/BF. Coop rechnet zwar mit einer stärkeren Verhandlungsposition von UL/BF, kann aber konkrete Auswirkungen dieser Position nicht abschätzen.

25. Ganz allgemein hat Coop auf die Tatsache hingewiesen, dass sich die Konsumentenpräferenzen auf den betrachteten Märkten sehr schnell ändern können. Zahlreiche Marken werden laufend aus dem Sortiment genommen und umsatzstarke Produkte erleiden Einbussen. Auch bekannte Marken bieten langfristig keine Erfolgsgarantie.

26. Was die potenziellen Auswirkungen des "Bundling" angeht, kann sich Coop nicht vorstellen, mit einem umsatzstarken UL/BF-Produkt nur dann beliefert zu werden, wenn auch andere UL/BF-Produkte ins Sortiment aufgenommen werden. Auch die Auswirkungen des Portfolio-Effekts scheinen Coop keine Probleme zu bereiten. Das hängt namentlich mit der starken Stellung von Coop im Detailhandel zusammen. Die Nahrungsmittelproduzenten kommen für die Distribution ihrer Produkte kaum an Coop vorbei. Deshalb ist davon auszugehen, dass die ausgeprägte Verhandlungsmacht von Coop bei den Lieferanten eine disziplinierende Wirkung entfaltet.

27. Migros erwartet nicht, dass UL/BF ihre Preise auf dem Markt erhöht. Die Preise sind international vergleichbar, und die Konkurrenz unter den Produzenten ist gross. Dennoch glaubt Migros, dass UL/BF die Möglichkeit des "Bundling" nutzen wird.

28. Prodega bekräftigt, dass sich durch den betrachteten Unternehmenszusammenschluss das Wettbewerbsverhalten von UL/BF nicht wesentlich ändern wird, denn die verstärkte Konzentration auf der Stufe Produzenten wird durch eine zunehmende Konzentration auf der Stufe Verteiler neutralisiert.

29. Die wichtigsten Wettbewerber (Coop, Migros, Prodega) beurteilen die Auswirkungen des Portfolio-Effekts als kaum problematisch.

4 Kollektive Marktbeherrschung

30. Eine zweite relevante Fragestellung im Rahmen dieses Unternehmenszusammenschlusses ist, ob die Voraussetzungen für die Entstehung kollektiver Marktbeherrschung gegeben sind. Auf einer ganzen Anzahl von Märkten (wie etwa bei den Beutel- oder Fertigsuppen, beim Senf oder bei den Bouillons) werden sich die Konkurrenten UL/BF, Nestlé und Migros auch nach dem Unternehmenszusammenschluss gegenüberstehen. Die Migros ist in diesem Zusammenhang insofern ein Sonderfall, als sie vor allem Eigenmarken verkauft.

31. Im Detailhandel sind Coop und Migros auf den betrachteten Märkten Konkurrenten. Deshalb muss Coop, zwecks Festigung ihrer Marktstellung, die Verhandlungsmacht beim Einkauf einsetzen. Laut Informationen, die das Sekretariat von Coop erhalten hat, spielt dieses Unternehmen tatsächlich keine Verhandlungsmacht gegenüber UL/BF und Nestlé aus. Die starke Verhandlungsposition von Coop führt zu einem Konkurrenzverhältnis namentlich zwischen UL/BF und Nestlé.

IV Ergebnis

32. Aus den genannten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Voraussetzung für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG ist daher nicht erfüllt.

B 2.3	2. EWZ-Enron
-------	---------------------

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

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

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

A. Sachverhalt

1. Am 9. August 2001 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach wollen die Stadt Zürich/die Elektrizitätswerke der Stadt Zürich (EWZ) und Enron Power B.V. gemeinsam eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gründen. Dieses Unternehmen soll Stromhandel betreiben und im Bereich Elektrizität die Dienstleistungen Portfolio- und Risikomanagement sowie Kraftwerkseinsatzoptimierung anbieten.
2. Die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EWZ) sind ein vertikal integriertes Elektrizitätsunternehmen, welches insbesondere in den Bereichen Produktion, Übertragung, Verteilung und Versorgung tätig ist. Das EWZ ist gemäss Geschäftsbericht 2000 eine Dienststelle des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich.
3. Enron Power B.V. ist eine 100%-Tochter von Enron Corp. (Enron). Enron ist gemäss eigenen Angaben eines der weltweit führenden Elektrizitäts-, Erdgas- und Kommunikationsunternehmen. In der Schweiz ist Enron in der Energiekostenberatung, im Stromhandel und im Bereich der Gasdurchleitung tätig.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. 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 Unternehmen

5. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen auftreten.
6. Enron Power B.V. stellt ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar.
7. Da das EWZ eine Dienststelle des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich ist, stellt sich die Frage, ob das EWZ als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes qualifiziert werden kann oder ob vielmehr die Stadt Zürich als Unternehmen zu qualifizieren ist. Die

Frage muss jedoch aufgrund der nachfolgend gezeigten Unbedenklichkeit des Vorhabens nicht abschliessend geklärt werden.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließt (Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU, SR 251.4).

9. Die beiden Parteien gründen eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapital von CHF [...]. Am Stammkapital sind Enron Power B.V. und die Stadt Zürich mit 50 Prozent beteiligt. Durch vertragliche Bestimmungen ist die gemeinsame Kontrolle sichergestellt. Das Gemeinschaftsunternehmen soll Elektrizitätshandel betreiben und die Dienstleistungen Portfolio- und Risikomanagement sowie Kraftwerkseinsatzoptimierung erbringen. Dabei fließen Geschäftstätigkeiten des EWZ in das Gemeinschaftsunternehmen ein. Das Gemeinschaftsunternehmen kann alle mit ihrem Zweck oder der Anlage ihrer Mittel in Verbindung stehenden Geschäfte vornehmen und Sicherheitsverpflichtungen eingehen. Das Vorhaben stellt demnach ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar.

B.2 Meldepflicht

10. Das EWZ erzielte im Jahr 2000 weltweit und schweizweit einen Umsatz von CHF [...] Mio. Enron erzielte im Jahr 2000 weltweit einen Umsatz von CHF [...] Mrd. und in der Schweiz einen Umsatz von CHF [...] Mio. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind demnach erreicht.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

B.3.1 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). 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).

12. Bezüglich des hier zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens lassen sich folgende relevante Märkte abgrenzen: Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung und Stromhandel.

13. Das Gemeinschaftsunternehmen beabsichtigt zudem, Portfolio- und Risikomanagement sowie Kraftwerkseinsatzoptimierung anzubieten. In der Schweiz werden diese Leistungen zurzeit überwiegend un-

ternehmensintern erbracht. Enron ist in diesem Bereich in der Schweiz nicht tätig. EWZ erbringt diese Leistungen nur für sich selbst. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass in diesem Bereich durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung begründet werden könnte. Aus diesem Grund wird nachfolgend auf diese Dienstleistungen nicht näher eingegangen.

a) Stromübertragung

14. Der Markt für Stromübertragung beinhaltet die Fortleitung von Strom über ein Elektrizitätsnetz hoher Spannung. Bei der räumlichen Abgrenzung wird auf die Lage der Übertragungsnetze des EWZ abgestellt (siehe auch RPW 1997/4, S. 568, Ziff. 57).

b) Stromverteilung

15. Der Markt für Stromverteilung beinhaltet die Fortleitung von Strom über Elektrizitätsnetze mittlerer und/oder niedriger Spannung. Das EWZ verfügt über Verteilnetze in der Stadt Zürich, in Mittelbünden und Bergell. Diese drei Gebiete sind als drei separate räumliche Märkte aufzufassen. Die räumliche Dimension dieser Märkte bestimmt sich durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze (siehe auch RPW 2001/2, S. 241, Ziff. 39).

16. Auf eine weitergehende Unterteilung nach Spannungsstärke (siehe RPW 2001/2, S. 273, Ziff. 106) kann im vorliegenden Fall verzichtet werden.

c) Stromversorgung

17. Der Markt für Stromversorgung beinhaltet die Lieferung von Elektrizität an Stromverbraucher und/oder Endverteiler. Analog zum Markt für Stromverteilung ist für den Markt für Stromversorgung von drei separaten räumlich relevanten Märkten auszugehen. Die räumliche Dimension dieser Märkte bestimmt sich durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze.

18. Auf eine weitergehende Unterteilung etwa nach verschiedenen Kundengruppen kann im vorliegenden Fall verzichtet werden.

d) Stromhandel

19. In der Stellungnahme in Sachen Rätia Energie AG hat die Wettbewerbskommission festgehalten, dass mit der Liberalisierung in Europa ein Handelsmarkt (oder Trading) entsteht (RPW 2001/2, S. 240, Ziff. 33). Dieser Markt beinhaltet auch Termingeschäfte auf Strom. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird von einem räumlichen Markt ausgegangen, welcher nicht grösser ist als die Schweiz.

B.3.2 Vorbehaltene Vorschriften

20. Auf den relevanten Märkten sind keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ersichtlich. Solche werden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3.3 Horizontale Auswirkungen

a) Stromübertragung

21. Auf dem Markt der Stromübertragung verfügt das EWZ im räumlichen Bereich ihrer Leitungen über eine bedeutende Stellung. Enron ist im Bereich der Stromübertragung in der Schweiz nicht tätig. Es finden demnach keine Marktanteilsadditionen statt. Das Zusammenschlussvorhaben hat keine Auswirkungen auf den aktuellen Wettbewerb.

22. Der potenzielle Wettbewerb ist unter anderem aufgrund der restriktiven Bewilligungspraxis für den Bau von Stromübertragungsleitungen praktisch inexistent (siehe auch RPW 2001/2, S. 275 f., Ziff. 121 f.). Das Zusammenschlussvorhaben ändert daran nichts.

b) Stromverteilung

23. In den drei Märkten kann das EWZ als marktbeherrschend angesehen werden. Enron ist in den drei räumlich relevanten Märkten nicht tätig. Es finden demnach keine Marktanteilsadditionen statt. Das Zusammenschlussvorhaben hat keine Auswirkungen auf den aktuellen Wettbewerb.

24. Der potenzielle Wettbewerb ist unter anderem aufgrund der restriktiven Bewilligungspraxis für den Bau von Stromverteilnetzen praktisch inexistent (siehe auch RPW 2001/2, S. 275 f., Ziff. 121 f.). Das Zusammenschlussvorhaben ändert daran nichts.

c) Stromversorgung

25. In den drei Märkten kann das EWZ als marktbeherrschend angesehen werden. Enron ist in den drei räumlich relevanten Märkten nicht tätig. Es finden demnach keine Marktanteilsadditionen statt. Das Zusammenschlussvorhaben hat keine Auswirkungen auf den aktuellen Wettbewerb.

26. Nach dem Zusammenschlussvorhaben fallen einige Unternehmen von Enron als potenzielle Konkurrenten des EWZ weg. Enron stellt jedoch nur einen von einer Vielzahl potenzieller Konkurrenten des EWZ dar. Als weitere potenzielle Konkurrenten verbleiben insbesondere die Axpo Holding AG (Axpo), die Aare Tessin AG für Energie (Atel), die BKW FMB Energie AG (BKW) und Energie de l'Ouest-Suisse SA (EOS). Die potenzielle Konkurrenz wird daher nicht derart verändert, dass eine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt werden könnte. Daher kann auch die Frage offen bleiben, ob der Wegfall von

Enron-Unternehmen als potenzielle Konkurrenten auf Versorgungsmärkten als Nebenabrede (siehe B.4) zu qualifizieren ist oder nicht.

d) Stromhandel

27. Die Parteien schätzen den Marktanteil von EWZ auf 4,9 Prozent und denjenigen von Enron auf 10,7 Prozent. Aufgrund dessen beläuft sich der gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf zirka 15,6 Prozent.

28. Die Angaben der Parteien können nur als grobe Schätzungen betrachtet werden und werden von den Parteien auch als solche bezeichnet. Ungeachtet der exakten Marktanteile besteht jedoch insbesondere mit Axpo, Atel, BKW und EOS nach dem geplanten Zusammenschluss genügend aktuelle Konkurrenz, um die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung im Markt für Stromhandel durch das Zusammenschlussvorhaben ausschliessen zu können.

B.3.4 Vertikale Wirkung

29. Neben den horizontalen Auswirkungen sind die vertikalen Auswirkungen zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall könnte befürchtet werden, dass die Stellung des EWZ in Stromübertragungs-, Stromverteilungs- und Stromversorgungsmärkten zu einem Marktausschluss oder Diskriminierung von Unternehmen führen könnte, welche auf denselben Märkten wie das zu gründende Gemeinschaftsunternehmen tätig sind.

30. Zu beachten ist jedoch, dass die Interessenlage durch das Zusammenschlussvorhaben nicht wesentlich geändert wird. Das EWZ ist nämlich bereits heute ein vertikal integriertes Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Ein allfälliger Interessenkonflikt bezüglich der Gewährung der Durchleitung durch das eigene Übertragungs- und Verteilnetz würde demnach bereits vor dem Zusammenschluss bestehen (siehe auch RPW 2000/2, S. 246, Ziff. 70).

B.4 Nebenabreden

31. Abreden, welche bezüglich des Zusammenschlussvorhabens die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden ("ancillary restraints") zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionsrechtlichen Kommissionsentscheid (RPW 2000/1, Ziff. 77 f. mit weiteren Literaturhinweisen).

32. Bei Zusatzverträgen gemäss Kapitel 2 des Gesellschaftervertrages - insbesondere bei den Zusatzverträgen 2.1 bis 2.5 und 2.7 bis 2.10 - ist davon auszugehen, dass diese keine Nebenabreden darstellen.

C. Ergebnis

33. Die vorläufige Prüfung ergibt 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	3. NOK-E.On-Watt
-------	-------------------------

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

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

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

A. Sachverhalt

1. Am 4. Oktober 2001 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, wonach die Nordostschweizerischen Kraftwerke AG (NOK) beabsichtigen, die Beteiligung der Energie Baden-Württemberg (EnBW) an der Holdinggesellschaft Watt AG (Watt) zu erwerben. Nach dem Zusammenschlussvorhaben üben NOK und E.On aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die gemeinsame Kontrolle über Watt aus.

2. Gegenwärtig halten an Watt EnBW 24,5%, NOK 31%, E.On Energie AG (E.On) 24,5% und Crédit Suisse Group (CS) 20%. Aufgrund vertraglicher Vereinbarungen üben zurzeit EnBW, NOK und E.On die gemeinsame Kontrolle über Watt aus (siehe RPW 1997/4, S. 556 ff.).

3. Hintergrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist die Auflage der EU-Kommission betreffend die Übernahme von 25,01% an der EnBW durch die Electricité de France (EdF), die Watt-Anteile der EnBW an einen unabhängigen Dritten zu verkaufen. Bezüglich dieser Auflage hat die EU-Kommission dem Verkauf der Watt-Anteile an NOK zugestimmt.

4. NOK wird zu 100% von der Axpo Holding gehalten. Neben der NOK besteht als Tochtergesellschaft der Axpo Holding die Handels- und Verkaufsgesellschaft Axpo. Die Axpo-Gruppe ist in den Bereichen Stromproduktion, -übertragung und -verteilung sowie im Stromhandel und bei Ingenieurdienstleistungen tätig. Die Axpo Holding befindet sich im Besitz der Kantone Zürich, Aargau, Schaffhausen, Glarus und Zug sowie der AEW Energie AG, des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau, des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG.

5. E.On ist die Führungsgesellschaft des E.On-Konzerns für die Bereiche Strom, Wasser und Gas. Daneben ist der E.On-Konzern unter ande-

rem in den Bereichen Öl, Chemie und Telekommunikation tätig. Der E.On-Konzern bezeichnet sich selbst als eines der grössten privaten Energiedienstleistungsunternehmen und die grösste Spezialitätenchemiegruppe der Welt. E.On besitzt eine 20%-Beteiligung an der BKW Energie AG (BKW) und delegiert zwei Mitglieder in den 16 Mitglieder umfassenden BKW-Verwaltungsrat und ein Mitglied in den sieben Mitglieder umfassenden BKW-Verwaltungsratsausschuss.

6. Watt ist eine reine Holdinggesellschaft, welche Mehrheitsbeteiligungen an der Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg AG (EGL), den Centralschweizerischen Kraftwerken (CKW), den Kraftübertragungswerken Rheinfelden AG (KWR) und an der Aktiengesellschaft Kraftwerk Laufenburg (KWL) hält.

7. EnBW ist in den Bereichen Energieerzeugung, -übertragung, -verteilung und -versorgung sowie im Stromhandel tätig und gilt als der drittgrösste Energiekonzern Deutschlands. Daneben ist sie auf den Gebieten Telekommunikation, Gasversorgung, Abfallentsorgung/Recycling und Ingenieurdienstleistungen aktiv und verfügt über Industriebeteiligungen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. 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. Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, VKU, SR 251.4). Durch das oben geschilderte Vorhaben wird Watt künftig durch NOK und E.ON kontrolliert. Diese beiden Unternehmen haben Watt bisher nicht gemeinsam kontrolliert. Die Kontrolle fand bisher lediglich zusammen mit EnBW statt, das heisst, NOK und E.ON konnten gegen den Willen der EnBW keine Entscheide über wesentliche Fragen der Geschäftsführung und der allgemeinen Ge-

schäftspolitik treffen (siehe auch RPW 1997/4, S. 562, Ziff. 23). Gemäss Wortlaut von Artikel 2 Absatz 1 VKU ist daher im vorliegenden Fall von einem Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes auszugehen.

11. Die herrschende Lehre sieht denn auch bei Veränderungen innerhalb der gemeinsamen Kontrolle den Tatbestand des Zusammenschlusses in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG als in der Regel erfüllt an (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1998, S. 157, Ziff. 48; DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, In: VON BÜREN/DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V2 Kartellrecht, 2000, S. 239).

12. Die EU-Kommission geht davon aus, dass ein Vorhaben nicht als meldepflichtig anzusehen ist, wenn es die Beschaffenheit der Kontrolle nicht verändert. Gemäss Ansicht der EU-Kommission verändert ein Vorhaben, welches eine Herabsetzung der Zahl der Anteilseigner mit gemeinsamer Kontrolle umfasst, ohne zu einem Neuzugang oder Wechsel von kontrollierwerbenden Anteilseignern zu führen, die Beschaffenheit der Kontrolle normalerweise nicht. Als Beispiel führt die EU-Kommission den Fall an, in welchem fünf Anteilseigner zunächst über gleiche Anteile von jeweils 20% verfügen und nach der Durchführung des Vorhabens ein Anteilseigner ausscheidet und die übrigen vier Anteilseigner über gleiche Anteile von jeweils 25% verfügen (Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (98/C 66/03), Ziff. 38). Im vorliegenden Fall wird durch das Vorhaben die Beschaffenheit der Kontrolle verändert. Um eine Entscheidung betreffend das gemeinsam kontrollierte Unternehmen zu treffen, ist im vorliegenden Fall nur noch die Übereinstimmung zwischen zwei Parteien erforderlich. Eine solche Übereinstimmung ist merklich einfacher und mit geringerem Zeitaufwand zu erzielen als die bisher erforderliche Übereinstimmung zwischen drei Parteien. Das vorliegende Vorhaben unterscheidet sich in diesem Punkt - ohne eine Wertung des Beispiels vorzunehmen - deutlich vom Beispiel der EU-Kommission.

13. Das hier zu beurteilende Vorhaben stellt demnach ein Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG dar.

B.1.3 Meldepflicht

14. Weltweit erzielte NOK¹ (ohne Watt-Gruppe) im Geschäftsjahr 1999/2000 einen Umsatz von CHF [...] Mrd., die Watt-Gruppe einen Umsatz von CHF [...] Mrd. und der E.On-Konzern einen Umsatz von

¹ Die Axpo AG bildete vor der Konzernumbildung eine Tochter der NOK und der an der NOK beteiligten Unternehmen.

[...] Mrd. Euro. In der Schweiz erzielte NOK im Geschäftsjahr 1999/2000 einen Umsatz von CHF [...] Mrd. und die Watt-Gruppe einen Umsatz von CHF [...] Mio². Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind demnach erreicht.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

B.2.1 Relevante Märkte

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

16. Betreffend des hier zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens ist von folgenden sachlichen Märkten auszugehen: Stromerzeugung, Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung und Stromhandel (siehe auch RPW 2000/2, S. 235 ff., Ziff. 32 ff.; Stellungnahme der Wettbewerbskommission i.S. Zusammenschlussvorhaben EWZ-Enron, Ziff. 11 ff., RPW 2001/4).

17. 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).

18. Bezüglich des Marktes für Stromerzeugung ist von einer nationalen respektive regionalen Ausdehnung auszugehen (RPW 2000/2, S. 235ff., Ziff. 35). Der Markt für Stromübertragung ist räumlich einzelfallspezifisch abzugrenzen. Betreffend das hier zu beurteilende Vorhaben ist insbesondere der Markt für die Übertragung von Elektrizität zwischen Deutschland und der Schweiz von Bedeutung (siehe auch RPW 1997/4, S. 558ff., Ziff. 57 und Ziff. 66). Die räumliche Dimension der Märkte für Stromverteilung und -versorgung bestimmt sich durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze (RPW 2001/2, S. 241, Ziff. 39). Der Markt für Stromhandel wird für das hier zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben national abgegrenzt.

B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften

19. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.2.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

20. Auf dem Markt für Stromerzeugung erzielte die Axpo-Gruppe im Jahr 1999/2000 einen Marktanteil von 22,3 Prozent, die Watt-Tochterunternehmen EGL und CKW zusammen einen Marktanteil von

² Das Geschäftsjahr endet am 30. September.

12,6 Prozent (bezogen auf die produzierte Menge in KWh), KWR und KWL weisen in der Schweiz einen geringen Anteil an der Stromproduktion aus. EGL ihrerseits übt zusammen mit anderen Unternehmen die gemeinsame Kontrolle über Rätia Energie AG aus (siehe RPW 2000/2, S. 235 ff.). Rätia Energie AG besitzt in der Stromerzeugung einen Marktanteil von rund 3,5 Prozent. E.On verfügt in der Schweiz über keine eigenen Produktionsanlagen. Neben den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bestehen auf dem Markt für Stromerzeugung mit BKW, Atel, EWZ und EOS weitere bedeutende Anbieter. Aufgrund dieser Tatsache und der Marktanteile der beteiligten Unternehmen ergibt sich, dass durch das zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben keine beherrschende Stellung auf dem Markt für Stromerzeugung begründet oder verstärkt wird.

21. Im Markt für Stromübertragung zwischen der Schweiz und Deutschland besitzen EGL und NOK einen Marktanteil von 87,5 Prozent (Juli 2001). Dennoch wird durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Hierzu kann auf die Ausführung in der Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Dezember 1997 verwiesen werden (RPW 1997/4, S. 570 f., Ziff. 66 ff.).

22. Betreffend der Stromverteilung sind die an der Axpo beteiligten Kantonswerke und die CKW in den räumlichen Märkten ihrer jeweiligen Verteilnetze als marktbeherrschend anzusehen. Potenzieller Wettbewerb ist unter anderem aufgrund der restriktiven Bewilligungspraxis für den Bau von Stromverteilnetzen praktisch inexistent (siehe auch RPW 2001/2, S. 275 f., Ziff. 121 f.). Das Zusammenschlussvorhaben ändert an dieser Situation nichts.

23. Betreffend der Stromversorgung sind die an der Axpo beteiligten Kantonswerke und die CKW in den räumlichen Märkten ihrer jeweiligen Verteilnetze als marktbeherrschend anzusehen. Das AEW-Verteilnetz grenzt südlich unter anderem an das Verteilnetz der CKW (siehe VSE, Die Absatzgebiete der Elektrizitätsunternehmen der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein 2000). CKW nimmt daher als potenzieller Konkurrent für die Belieferung der Endverbraucher und -verteiler im AEW-Verteilgebiet in Nachbarschaft zum CKW-Verteilnetz eine besondere Stellung ein. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben verstärkt sich der Einfluss von NOK auf CKW. Dennoch wird keine marktbeherrschende Stellung, durch die der Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Zum einen bestand die Problematik grundsätzlich bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben. Zum andern existieren neben der CKW weitere potenzielle Konkurrenten wie insbesondere Aare Tessin AG für Energie (Atel) oder die Elektrizitätswerke der Stadt Zürich (EWZ).

24. Im Stromhandel sind sowohl EGL wie auch die Axpo-Gruppe tätig. Ungeachtet der exakten Marktanteile begründet oder verstärkt das

Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt keine beherrschende Stellung, da insbesondere mit Atel, BKW FMB Energie AG und EWZ/Enron genügend aktuelle Konkurrenz besteht (siehe auch Stellungnahme der Wettbewerbskommission i.S. Zusammenschlussvorhaben EWZ-Enron, Ziff. 27 f., RPW 2001/4).

IV. Ergebnis

Die vorläufige Prüfung ergibt 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. Ericsson/Sony
-------	-------------------------

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

I Opération de concentration envisagée

1. Le 28 août 2001, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que les entreprises Ericsson SA (ci-après: Ericsson) et Sony SA (ci-après: Sony) ont décidé de fonder une entreprise commune. Les entreprises participantes ont passé un contrat de joint venture aux termes duquel il est prévu qu'elles détiendront chacune 50% du capital social et des droits de vote de la nouvelle entité.

2. Ericsson, avec siège en Suède, est active sur le marché des télécommunications, tant dans le domaine des infrastructures que dans celui des appareils téléphoniques fixes ou mobiles.

3. Sony, avec siège au Japon, est active dans le domaine des équipements électroniques, des consoles de jeux, des enregistrements musicaux, des films, des vidéos et de la télévision.

4. Le but visé par l'opération est une rationalisation du domaine de la téléphonie mobile. La nouvelle entité juridique sera active dans le domaine du développement, du design, de la vente et de la commercialisation de produits multi-media mobiles avec technologie de transmission mobile intégrée (appareils téléphoniques mobiles).

II Obligation de notifier

5. Les entreprises participantes allèguent qu'elles ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires supérieur à CHF 100 mio. En l'an 2000, Ericsson a réalisé en Suisse un chiffre d'affaires consolidé de CHF [...] mio. Sony ne dispose pas de son chiffre d'affaires consolidé en Suisse. Elle dispose cependant de son chiffre d'affaires réalisé sur le

marché des appareils électroniques en Suisse en l'an 2000: il s'élève à CHF [...] mio. Sont également connus les chiffres suivants:

Année 2000	Chiffre d'affaires mondial (millions)	Chiffre d'affaires dans la communauté européenne (millions)	Chiffre d'affaires dans l'AELE (millions)
Ericsson	CHF [...] mio.	CHF [...] mio.	CHF [...] mio.
Sony	CHF [...] mio.	CHF [...] mio.	chiffre inconnu

6. 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 lettre b LCart.

III Examen

7. Le marché des produits est celui du développement et de la vente d'appareils téléphoniques mobiles et accessoires (appareils d'écoute) (cf. jurisprudence de la Commission européenne, cas n° COMP/M. 2016-France Telecom/Orange, § 26). Il est prévu que tant Ericsson que Sony n'exerceront plus aucune activité sur ce marché. Il est d'ailleurs explicitement mentionné dans le "shareholders agreement" qu'Ericsson et Sony ne seront pas en concurrence avec la nouvelle entité s'agissant du domaine d'activité de celle-ci.

8. En ce qui concerne le marché géographique, les parties allèguent que le marché des appareils téléphoniques mobiles est mondial. La question de savoir si l'on peut définir le marché de manière plus étroite peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, la concentration envisagée, comme nous le verrons ci-dessous, ne déploiera pas d'effets nuisibles pour la concurrence sur le marché suisse.

9. De fait, le marché de produits n'est pas affecté par l'opération de concentration envisagée. Cependant, et compte tenu du fait que la part de marché d'Ericsson avoisinait les 20% au cours des trois dernières années, nous allons examiner l'effet de l'opération de concentration sur le marché du développement et de la vente d'appareils téléphoniques mobiles et accessoires (appareils d'écoute). Les parts de marché d'Ericsson et Sony sur ce marché en Suisse sont en effet les suivantes:

Segments de produits	1998		1999		2000	
Appareils téléphoniques mobiles	Ericsson [...]%	Sony [...]%	Ericsson [...]%	Sony [...]%	Ericsson [...]%	Sony [...]%
Ericsson + Sony	[...]%		[...]%		[...]%	

10. Or, la concurrence actuelle sur le marché du développement et de la vente d'appareils téléphoniques mobiles et accessoires (appareils d'écoute) est importante, comme le démontre le tableau suivant:

Parts de marché en Suisse pour les appareils téléphoniques mobiles			
	1998	1999	2000
Nokia	[30-40]%	[30-40]%	[50-60]%
<i>Ericsson</i>	(...)%	(...)%	(...)%
Motorola	[20-30]%	[20-30]%	[10-20]%
Siemens	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Panasonic	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Alcatel	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Autres	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%

Parts de marché au niveau mondial pour les appareils téléphoniques mobiles				
	1998	1999	2000	Pronostics 2001
Nokia	[20-30]%	[20-30]%	[30-40]%	[30-40]%
Motorola	[20-30]%	[10-20]%	[10-20]%	[10-20]%
Ericsson	(...)%	(...)%	(...)%	(...)%
Siemens	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Alcatel	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Mitsubishi	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Sony	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
<i>Ericsson et Sony</i>	(...)%	(...)%	(...)%	(...)%

11. Comme nous pouvons le constater, Nokia a une position très forte sur le marché susmentionné, avec une part de marché en l'an 2000 de 55,2%. Quant à la part de marché d'Ericsson, elle est tombée, durant le premier quart de l'année 2001, à 7%, alors que celle de Nokia avoisinait les 40% (cf. article du Financial Time du 29 mai 2001). La concurrence actuelle est dès lors suffisamment importante pour que l'on renonce à l'examen de la concurrence potentielle et de la situation des partenaires potentiels de l'échange.

12. Enfin, il existe deux marchés parallèles à celui du développement et de la vente d'appareils téléphoniques mobiles et accessoires (appareils d'écoute) sur lesquels tant Ericsson que Sony sont actives. Il s'agit premièrement du marché de la production de composants d'appareils téléphoniques mobiles (par ex.: semi-conducteurs), et deuxièmement du marché de la fabrication d'appareils téléphoniques.

13. Or, il ressort du "shareholders agreement" passé entre Ericsson et Sony que, d'une part, la nouvelle entreprise n'exercera aucune activité après sa constitution sur ces deux marchés parallèles. D'autre part, la nouvelle entreprise sera libre de contracter avec Ericsson, Sony ou des tiers. Le "shareholders agreement" prévoit en effet que la nouvelle entité devra examiner les offres d'Ericsson et de Sony en premier lieu, mais elle demeurera cependant libre de s'adresser à des tiers. Enfin, la part de marché mondiale détenue par Ericsson et Sony sur le marché

de la production de semi-conducteurs et sur celui de la fabrication d'appareils téléphoniques est peu importante (moins de [...]%).

14. Ainsi, l'opération envisagée n'est pas de nature à créer ou renforcer une position dominante d'Ericsson ou Sony sur les deux marchés parallèles précités.

IV Conclusion

15. Compte tenu de ce qui précède, l'opération de concentration envisagée n'est dès lors pas en mesure de créer ou renforcer une position dominante d'Ericsson ou Sony sur le marché du développement et de la vente d'appareils téléphoniques mobiles, ni sur le marché de la fabrication des appareils téléphoniques, ni enfin sur celui de la production de composants d'appareils téléphoniques mobiles.

16. Sur la base de ces considérations, la Commission de la concurrence est d'avis que les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi ne sont pas remplies.

B 2.3	5. Tamedia/Belcom
-------	--------------------------

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

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

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

Verfügung der Wettbewerbskommission (Kammer Infrastruktur) vom 1. Oktober 2001 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Tamedia/Belcom

A. Sachverhalt

1. Am 23. August 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens eingegangen, wonach die Tamedia AG, Zürich (Tamedia), beabsichtigt, alle Aktien der Belcom Holding AG, Zürich (Belcom), zu übernehmen.

2. Tamedia ist eine Schweizer Mediengruppe, die über direkte und indirekte Beteiligungsgesellschaften schwergewichtig in den Printmedien (Zeitungen und Zeitschriften), aber auch in den elektronischen Medien (Fernsehen, Radio und Internet) sowie Services (Betrieb von Druckereien, Distribution von Zeitungen usw.) tätig ist. Tamedia gibt eine Reihe von Tages- und Wochenzeitungen (z.B. Tages-Anzeiger, ZürichExpress, Sonntagszeitung, Finanz und Wirtschaft) und Zeitschriften (z.B. Facts, Schweizer Familie, annabelle) heraus. Ausserdem ist Tamedia an Schweizer Radio- (Radio Zürisee) und Fernsehgesellschaften (TV3, TeleZüri) beteiligt und auch im Internet und E-commerce aktiv.

3. Belcom als Kaufobjekt hält 100% der Aktien der Radio 24 AG, der Tele 24 AG, der Belcom AG, der Takeoff-Communications AG und der nicht aktiven ZüriVision AG. Zudem hält Belcom eine Beteiligung von 50% am Kapital und 62,5% der Stimmrechte an der TeleZüri AG. Mehrheitsaktionär von Belcom ist Herr Dr. Roger Schawinski.

4. Nachdem das Sekretariat die Tamedia am 12. September 2001 darüber informiert hatte, dass Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben bestehen würden und es diese Bedenken der Tamedia in schriftlicher Form zukommen liess, ergänzte die Tamedia ihre Meldung vom 23. August 2001 am 18. September 2001 mit einer Stellungnahme zu den Bedenken des Sekretariats.

5. Am 24. September 2001 hat die Wettbewerbskommission die Durchführung einer Prüfung nach Artikel 33 Kartellgesetz (KG) beschlossen.

B. Erwägungen

B.1 Allgemeines

6. Das Kartellgesetz gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1.a Unternehmen

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

B.1.1.b Unternehmenszusammenschluss

8. Die Tamedia übernimmt alle Aktien der Belcom. Der Erwerb von 100% der Aktien ist als Kontrollerwerb und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

B.1.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.1.3 Meldepflicht

10. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die Umsätze der beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen von Artikel 9 KG erreichen.

11. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) gelten bei der Erlangung der Kontrolle als beteiligte Unternehmen: die kontrollierenden Unternehmen und die kontrollierten Unternehmen. Der Um-

satz eines beteiligten Unternehmens setzt sich gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU aus den Umsätzen seiner Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen zusammen. Dies entspricht auf Seiten des Erwerbers dem Konzernumsatz von Tamedia. Auf Seiten der Belcom als Kaufobjekt sind es deren gesamten Umsätze.

12. Die auf die Schweiz entfallenden kumulierten Umsätze von Tamedia und Belcom sind auch ohne Berücksichtigung des Multiplikationsfaktors für Medienunternehmen grösser als CHF 500 Mio. Die Umsatzschwelle gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist erreicht.

13. Tamedia erzielt in der Schweiz einen Umsatz von weit über CHF [...] Mio. Belcom erwirtschaftet einen Umsatz von ungefähr CHF [...] Mio. Bei Unternehmen, die ganz oder teilweise als Veranstalter von Programmen im Sinne des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG) tätig sind, ist das Zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend (vgl. Art. 9 Abs. 2 KG). Die Umsätze von Belcom stammen praktisch ausschliesslich aus ihrer Tätigkeit als Programmveranstalter. Es ist demnach das Zwanzigfache von CHF [...] Mio. massgebend, was ebenfalls einem Betrag von über CHF [...] Mio. entspricht. Damit werden die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten.

14. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

B.2 Die relevanten Märkte

15. Um festzustellen, ob sich Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG), ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

16. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Dienstleistungen, welche von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU).

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

18. Sowohl das kontrollierende als auch das kontrollierte Unternehmen sind in den Bereichen Radio und Fernsehen tätig. Die Abgrenzung der relevanten Märkte wird dementsprechend für diese beiden Bereiche vorgenommen. Inwiefern die Geschäftstätigkeit von Tamedia in den Printmedien einen Einfluss auf das vorliegende Zusammenschlussvorhaben haben könnte, wird im Abschnitt B.3.d geprüft.

B.2.a. Radio

19. Marktgegenseite der Privatradios sind Unternehmen, die in diesen Radios werben wollen. Die Unternehmen wählen den Werbeträger in

Abhängigkeit des zu bewerbenden Produkts und der zu erreichenden Zielgruppe (vgl. u.a. JC Decaux/Affichage Wettbewerbs, RPW 2001/2, S. 318). Vorliegend wird von einem sachlich relevanten Markt für Radiowerbung ausgegangen (vgl. St. Galler Tagblatt AG/Medien Z Holding - Radio RI, RPW 2000/2, S. 252). Für eine solche Marktabgrenzung spricht auch das Vorbringen der Parteien, wonach nur in sehr begrenztem Umfang Wechselbeziehungen zwischen dem Zuhörer- und dem Zuschauermarkt für Radio und Fernsehen und den Lesermärkten bestehen würden. Beleg dafür seien die jahrelang praktisch gleichbleibenden Werbeumsatzzahlen und das geringe Werbevolumen im Radio- und Regionalfernsehbereich.

20. Diese Marktabgrenzung ist als eher eng zu bezeichnen. Es ist nicht auszuschliessen, dass in gewissen Fällen andere Werbeträger teilweise eine Alternative für Radiowerbung darstellen können. Inwiefern andere Werbeträger disziplinierende Einflüsse ausüben können, wird in der Beurteilung der Marktstellung geprüft. Bestehen jedoch ausgehend von einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, ist dies bei allen weiteren Marktabgrenzungen in der Regel auch nicht der Fall.

21. Zur räumlichen Marktabgrenzung: Nachfrager nach Werberaum für regionale Radiowerbung sind hauptsächlich in der Region ansässige Unternehmen aus verschiedenen Wirtschaftsbereichen. Diese wollen mit Radiowerbung die Bevölkerung in dieser Region - dem Sendegebiet der Radiostationen - erreichen. Das Sendegebiet umfasst in diesem Fall ungefähr die weitere Agglomeration von Zürich. Daneben gibt es auch Werbetreibende, welche mit Radiowerbung die gesamte Deutschschweiz erreichen wollen. Den Präferenzen der Werbetreibenden entsprechend ist ein räumlich relevanter Markt für den Grossraum Zürich und einer für die gesamte Deutschschweiz abzugrenzen.

22. Ein weiteres Gegenüber der Radios bilden die Zuhörer, um deren Aufmerksamkeit die Radios ringen. Weil Radio hören wie auch TV sehen - abgesehen von den für die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft zu entrichtenden Empfangsgebühren - "gratis" ist, wird zum Teil auf die Abgrenzung von separaten Zuhörer- beziehungsweise Zuschauermärkten verzichtet¹. Die Monopolkommission allerdings

¹ Vgl. etwa Commission of the European Communities, Case No Comp/JV. - BSkyB/KirchPayTV, 21/03/2000, Paragraph 30; http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/jv37_en.pdf. Für Gratiszeitungen vgl. Bundeskartellamt (D), B6 - 20/00, Beschluss vom 12. April 2000, Randziffer 8; <http://www.bundeskartellamt.de/B6-20-00.pdf>. Vgl. auch die Diskussion in ANNE BUCHHOLTZ, Gibt es einen Fernseh Zuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen? in: ZUM (Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht) 2/1998, S. 108 ff. und KLAUS-EBERHARD SCHMIDT, Gibt es einen Fernseh Zuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen? in: ZUM 6/1997, S. 472 ff.

stellt sich auf den Standpunkt, wonach die ökonomische Gegenleistung für den Programmempfang in der "Opferung" der Zeit des Empfängers für den Fernseh- (oder Radio)konsum besteht. Die Radio- und Fernsehveranstalter konkurrieren in diesem Sinne um das "Zeitbudget" der Empfänger². Auch steht ausser Frage, dass die Anbieter von Radio- und/oder Fernsehprogrammen (auch von Printmedien) in einem journalistischen Qualitätswettbewerb stehen, da die Qualität des Inhalts über die Hörer- beziehungsweise Zuschauerzahlen und damit über den Erfolg im Werbebereich entscheiden. Insofern sind die Marktanteile der Zuhörer sicherlich innerhalb des Marktes für Radiowerbung zu berücksichtigen.

23. Im Rahmen dieser Prüfung braucht nicht abschliessend entschieden zu werden, ob das Kartellgesetz tatsächlich erfordert, Hörer- und Zuschauermärkte zu definieren, weil - falls solche Märkte definiert werden - der Zusammenschluss in diesen Märkten keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Analog zu den Entscheidungen der Wettbewerbskommission im Printbereich (vgl. etwa BOM in RPW 2000/3, S. 414 ff.) werden für die Zwecke dieser Prüfung Hörer- und Zuschauermärkte für nationale und regionale/lokale Ereignisse definiert.

B.2.b. Fernsehen

24. Die Wettbewerbskommission ist in sachlicher Hinsicht von einem Fernsehmarkt³ beziehungsweise von einem Markt für frei empfangbare Fernsehprogramme⁴ ausgegangen.

25. Marktgegenseite der Fernsehsender sind Unternehmen, die im Fernsehen werben wollen. Fernsehen als Werbeträger wird wie andere Werbeträger auch in Abhängigkeit des zu bewerbenden Produkts und der zu erreichenden Zielgruppe gewählt. Ausgehend von einer eher engen Marktabgrenzung wird der sachlich relevante Markt für Werbung im (frei empfangbaren) Fernsehen abgegrenzt.

26. In räumlicher Hinsicht kann als engster relevanter Markt das Sendegebiet von TeleZüri, also der Grossraum Zürich abgegrenzt werden, da die Unternehmen die Werbung in diesem Gebiet nachfragen. Der Grossraum Zürich entspricht auch dem Gebiet, in dem TV3 und Tele 24 höhere Zuschauermarktanteile aufweisen und damit für die Werbetreibenden von grösserem Interesse sind. Bei einer weiteren räumlichen Marktabgrenzung (z.B. Deutschschweiz als Sendegebiet von TV3 und Tele 24) würden dementsprechend niedrigere Marktanteile resultieren.

² Vgl. Monopolkommission, XI. Hauptgutachten 1994/95. Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Baden-Baden 1996, S. 69, Tz. 240 und S. 375, Rt. 936: Zitiert in SCHMIDT (vgl. Fn. 1), S. 474.

³ TeleZüri AG, RPW 1999/3, S. 480

⁴ GU Sat.1 (Schweiz)/Ringier AG, RPW 2000/1, S. 48

27. Was die Abgrenzung eines separaten Zuschauermarktes anbelangt, kann auf die Ausführungen zum Zuhörermarkt verwiesen werden (vgl. oben Rz. 22 f.).

B.3. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.3.a. Marktstellung Radio im Grossraum Zürich

28. Zu beurteilen gilt es die Stellung im relevanten Markt für Radiowerbung im Grossraum Zürich. Belcom ist mit Radio 24⁵ im relevanten Markt tätig. Tamedia hält eine Beteiligung von 26,7% an Radio Zürisee. Die Aufstockung der Beteiligung an Radio Zürisee von 1,7% auf 26,7% wurde der Wettbewerbskommission am 3. Februar 1999 als Zusammenschlussvorhaben gemeldet, da Tamedia die Radio Zürisee gemeinsam mit der Zürichsee Medien AG (22,6%), Denner AG/Rast AG (11,8%), HCB Holderbank (9,6%) und von weiteren Aktionären (u.a. Kleinaktionäre; 25,5%) kontrolliert. Radio Zürisee ist entsprechend als der Tamedia zugehörig zu betrachten, was von dieser im vorliegenden Verfahren übrigens nie bestritten wurde.

29. Hauptkonkurrenten von Radio 24 und Radio Zürisee in der Radiowerbung im Grossraum Zürich werden insbesondere das zur Medien Z Holding gehörende Radio Z, gemäss Angaben der Parteien zum Teil auch Radio Top, Radio Central und das Radio Argovia sein. Die zuzuhörerstarken Programme der SRG (DRS 1, 2 und 3) dürfen abgesehen von marginalem Sponsoring keine Werbung betreiben und fallen somit nicht als Konkurrenten in Betracht. Genaue Zahlen oder Marktanteile zur Radiowerbung im Grossraum Zürich existieren nicht. Die Marktanteile wurden von den beteiligten Unternehmen gestützt auf die Zuhöreranteile sowie gestützt auf die Studie MediaFocus (IHA, Hergiswil) zur Radiowerbung in der Deutschschweiz, die auf den Grossraum Zürich umgerechnet wurde, geschätzt.

30. Die Schätzungen der Parteien (Spalte 2 in der Tabelle unten) gewichten die Werbeeinnahmen der Radiostationen. Jene Stationen, deren Sendegebiet sich genau mit jenem von Radio 24 überschneidet, werden mit dem Faktor 1 gewichtet. Sind die Überschneidungen geringer, ist der Faktor auch geringer. So beträgt der Faktor für Radio Zürisee zum Beispiel 0.5. Die Parteien gewichten die Werbeeinnahmen von Radio Top mit dem Faktor 1, obwohl Radio Top auch das Thurgau und Wil abdeckt. Die Berechnungen der Parteien wurden entsprechend korrigiert (Spalte 3 der Tabelle) und die Werbeeinnahmen von

⁵ Das über Kabel betriebene Radio 24 Plus wird eingestellt und ist zudem unbedeutend. Es wird dementsprechend nicht weiter berücksichtigt.

Radio Top mit dem Faktor 0.5 gewichtet. In ihrer Eingabe an die Wettbewerbskommission vertritt Radio Z die Meinung, die Radios Argovia und Top (auch Central) seien im "Werbemarkt" in Zürich nicht aktiv, weil die Streuverluste zu gross seien. Die Marktanteilsschätzungen von Radio Z finden sich in Spalte 4.

Marktanteile Radiowerbung Grossraum Zürich 2000			
	Parteien	korrigiert	Radio Z
Radio 24	[40-60]%	[40-60]%	59%
Radio Zürisee	[<10]%	[<10]%	14%
<i>(Radio 24 und Radio Zürisee kumuliert)</i>	<i>[41-69]%</i>	<i>[41-69]%</i>	<i>73%</i>
Radio Z	[20-30]%	[20-30]%	27%
Radio Top	[10-20]%	[<10]%	-
Radio Central	[<10]%	[<10]%	-
Radio Argovia	[10-20]%	[10-20]%	-

31. Einen relativ guten Hinweis für die Stärke im Markt für Radiowerbung geben auch die Marktanteile bei den Zuhörern, welche die Kräfteverhältnisse im Werbemarkt indirekt widerspiegeln. Die beteiligten Unternehmen haben auf Zahlen der Privatradiostudie der SRG abgestellt.

Marktanteile Hörerschaft Grossraum Zürich 1999/2000 gemäss Privatradiostudie 1999/2000		
	mit werbe- freien Sen- dern	ohne werbe- freie und un- bedeutende Sender⁶
Radio 24	15%	33%
Radio Zürisee	8%	18%
<i>(Radio 24 und Radio Zürisee ku- muliert)</i>	23%	51%
Radio Z	11%	24%
Radio Top	6%	13%
Radio Central	3%	7%
Radio Argovia	2%	5%
DRS 1, 2 und 3 (werbefrei)	40%	
Übrige (u.a. ausländische Stationen)	15%	

32. Die neueste Studie zur Radionutzung, die nicht mehr mit Publikumsbefragungen, sondern mittels einer elektronischen Messung in einer Uhr an Testpersonen durchgeführt wurde, zeigt folgende Marktanteilsverteilung.

⁶ Eigene Berechnungen

Marktanteile Hörerschaft Grossraum Zürich 2001 gemäss Radiocontrol⁷		
	mit werbefreien Sendern	ohne werbefreie und unbedeutende Sender⁸
Radio 24	9,1%	29%
Radio Zürisee	5,4%	17%
<i>(Radio 24 und Radio Zürisee kumuliert)</i>	13,5%	46%
Radio Z	9,8%	31%
Radio Top	2,8%	9%
Radio Central	2,4%	8%
Radio Argovia	1,9%	6%
DRS 1, 2 und 3 (werbefrei)	48,1%	
Übrige (u.a. ausländische Stationen)	21,5%	

33. Wird auf die Hörerzahlen, nicht auf Marktanteile (Hörerzahl x Hördauer) abgestellt, liegt allerdings Radio 24 mit 226'500 Hörern vor Radio Z mit 208'900 Hörern. Werden die Hörerzahlen der wichtigsten Radios (ohne DRS) im Grossraum Zürich kumuliert, lassen sich die Anteile an den Hörerzahlen berechnen. Die so ermittelten Anteile betragen: Radio 24 32%, Radio Zürisee 20%, Radio Z 29,5%, Radio Top 13% und Radio Argovia 6%.

34. Gemäss Privatradiostudie der SRG sanken die Marktanteile bei der Hörerschaft von Radio 24 seit 1997/1998 von 20% auf 15% im 1999/2000, während Radio Z seinen Marktanteil von 11% halten konnte. Die Entwicklung zeigt in jedem Fall leichte Anteilsverluste für Radio 24 und Zugewinne für Radio Z.

⁷ Vgl. Media Trend Spezial "Radiocontrol 2001 mit Reichweiten und Strukturtabelle", September 2001, S. 16

⁸ Eigene Berechnungen

35. Die Parteien bringen vor, dass Radio Z in ihrer eigenen "sales update" Radio Top mit zu den stärksten Privatradios im Grossraum Zürich zählt. Zwar figuriert Radio Top auf diesem "sales update", allerdings an letzter Position und mit einem Marktanteil von 3% gegenüber zum Beispiel 5,4% von Radio Zürisee und fast doppelt so hohen Marktanteilen der beiden anderen Sender. Nach Aussagen von Radio Z betreibt Radio Top zudem auch keine Akquisition für Radiowerbung in Zürich.

36. Die Parteien machen weiter geltend, dass die Radiosender Top, Argovia und Central aufgrund der Pendlerströme in den "Grenzgebieten" Aargau, Thurgau beziehungsweise Luzern/Innerschweiz zum Grossraum Zürich für den lokalen Werbemarkt des Grossraums Zürich von teilweiser Bedeutung seien. Die Wettbewerbskommission schliesst dies nicht aus. Das Vorbringen der Parteien wird allerdings durch keine empirischen Daten untermauert. Zudem dürfte die Bedeutung dieser Radiostationen als Wettbewerber im Grossraum Zürich selbst unter Berücksichtigung der Pendlerströme gering sein.

37. Die Sendegebiete der in der Tabelle aufgeführten Radiostationen überschneiden sich nur zum Teil. So erreicht Radio Zürisee nicht alle Bezirke, welche Radio 24 abdeckt. Auch sind Radio Z und Radio 24 schwergewichtig auf die Zuhörer der Stadt Zürich ausgerichtet, Radio Zürisee dagegen auf jene rund um den Zürichsee. Insofern sind die Marktanteilsüberschneidungen zu relativieren. Dafür spricht auch die Tatsache, dass von sechs Werbetreibenden, welche bisher nur bei Radio Zürisee Werbung schalten, nur einer angab, bei Preiserhöhungen für Werbung in Radio Zürisee auf Radio Z ausweichen zu wollen. Die anderen fünf Werbetreibenden erachten dagegen Werbung in Radio Z beziehungsweise Radio 24 nicht als gutes Substitut für Werbung in Radio Zürisee. Mit einiger Sicherheit dürfte aber Werbung in Radio Zürisee ein besseres Substitut für Werbung in Radio 24 sein als zum Beispiel Werbung in Radio Top, Argovia oder Central. Insgesamt sprechen alle Angaben dafür, dass die Stellung der Parteien im Markt für Radiowerbung im Grossraum Zürich durch den Zusammenschluss verstärkt wird.

38. Die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung durch den Zusammenschluss könnte allenfalls bereits ausgeschlossen werden, wenn feststehen würde, dass den Parteien mit Radio Z ein starker Konkurrent gegenüberstehen würde, der tatsächlich entschlossen ist, mit den Parteien in Wettbewerb zu treten. Aufgrund der bisher vorliegenden Informationen kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass eine koordinierte Preiserhöhung im Radiowerbebereich erfolgen würde.

39. Zum einen ist eine Koordination der Verhaltensweisen viel einfacher, wenn anstelle von drei nur noch zwei wichtige Wettbewerber auf dem Markt tätig sind. Zum andern scheint einiges Potenzial für

Preiserhöhungen für Radiowerbung im Grossraum Zürich zu bestehen⁹. Die Parteien geben in ihrer Stellungnahme die Tausendkontaktpreise (TKP) einiger Radiostationen an. Die TKP von Radio24 und Radio Zürisee betragen (zur Primetime, Jahr 2001) Fr. 1.10, jener von Radio Z Fr. 0.70. Der TKP von Radio Argovia beträgt Fr. 1.40, jene von Radio Top und Radio Central Fr. 1.70 und darüber, jene der Berner Lokalradios sogar Fr. 2.10 und darüber. Es ist zwar bekannt, dass die TKP mit zunehmender Reichweite abnehmen, die Tarife in Zürich liegen jedoch weit unter jenen in anderen Regionen der Schweiz (mit Ausnahme von Radio Pilatus). Die Reichweiten von Radio Top und Radio Argovia liegen über, jene von Radio Sunshine und Radio Central etwas unter der Reichweite von Radio Zürisee. Trotzdem sind die Tarife dieser Radiostationen viel höher als jene von Radio Zürisee. Die Tarife von Radio 24, Radio Zürisee und insbesondere Radio Z liegen derart tief, dass - sollte der Wettbewerb im Grossraum Zürich beschränkt werden - mit einiger Sicherheit Potenzial für Preiserhöhungen bestehen würde. Sollte eine Radiostation nach dem Zusammenschluss eine solche Preiserhöhung ankündigen, hätte die andere Radiostation einen erheblichen Anreiz, dieser Preiserhöhung zu folgen, da ihre Kunden nur zögernd zu anderen Werbeträgern abwandern würden (vgl. nachfolgende Ziffern) und die Radios somit ihre Ertragsituation verbessern könnten. Sollte die andere Radiostation einer solchen Preiserhöhung dagegen nicht folgen, müsste sie mit einem Preiskrieg rechnen. Sind die an Preiskriegen Beteiligten ungefähr gleich stark - wie im vorliegenden Fall - ist erfahrungsgemäss zu erwarten, dass nach Preiskriegen letztendlich alle daran Beteiligten Verlierer sind, da die Marktanteile nach einem Preiskrieg ungefähr gleich verteilt sind wie vorher, die Preise aber tiefer liegen¹⁰.

⁹ Der Begriff "Potenzial" ist hier so zu verstehen, dass bei Preiserhöhungen für Radiowerbung mit einiger Wahrscheinlichkeit keine sehr grossen Abwanderungen zu anderen Werbeträgern erfolgen werden.

¹⁰ Vgl. etwa D. BESANKO, D. DRANOVE, M. SHANLEY "Economics of Strategy", New York et al. 2000, S. 296 ff., wo der Preiskrieg zwischen Philip Morris und B.A.T. in Costa Rica beschrieben wird. Auch andere Szenarien sind nicht auszuschliessen. So könnte z.B. eine Radiostation eine Preiserhöhung zwar ankündigen, diese aber rückgängig machen, falls die andere Radiostation nicht folgen sollte bzw. ebenfalls eine Erhöhung ankündigen würde. Diese Strategie ist etwa als "cheap talk" bekannt (vgl. etwa W. GILLESPIE "Cheap Talk, Price Announcements, and Collusive Coordination", U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Economic Analysis Group Discussion Paper, 1995).

40. Die Parteien bringen in ihrer Stellungnahme vor, dass wegen der Reichweitenentwicklung und der aktuellen Tarife entweder Radio Z die Preise anheben oder Radio24 seine Preise senken wird. In ihrer Eingabe an die Wettbewerbskommission schliesst Radio Z eine solche Preiserhöhung aber aus, da davon Radio 24 profitieren würde. Die Wettbewerbskommission hält es für sehr unwahrscheinlich, dass Radio 24 seine Tarife senken wird, dies aufgrund der geringer als erwartet ausgefallenen Werbeeinnahmen im Jahr 2001 und der damit unbefriedigenden Ertragssituation. Ein Szenario gleichzeitiger beziehungsweise aufeinander folgender Preiserhöhung wie oben beschrieben lässt sich dagegen nicht ausschliessen.

41. Ob nach dem Zusammenschluss tatsächlich mit der beschriebenen Situation kollektiver Marktbeherrschung zu rechnen ist, braucht aber nicht abschliessend geklärt werden, da die Zusage der Parteien allfällige wettbewerbsrechtliche Bedenken auszuräumen vermag (vgl. B.4).

42. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist bei einer sachlich und räumlich relativ engen Marktabgrenzung der Einfluss anderer Werbeträger im Rahmen der aktuellen Konkurrenz zu berücksichtigen¹¹. Um festzustellen, ob und auf welche Werbeträger Werbetreibende bei Preiserhöhungen von Radio 24 und Radio Zürisee ausweichen würden, hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission bei 29 wichtigen Kunden von Radio 24 und Radio Zürisee eine Umfrage durchgeführt. Eingegangen sind 24 auswertbare Antworten. Auf die Frage, wie sie reagieren würden, wenn Radio 24 und Radio Zürisee ihre Werbetarife um 10% erhöhen würden, gab nur einer von 24 Werbetreibenden an, die Radiowerbung integral bei Radio 24 und/oder Radio Zürisee belassen zu wollen. 12 Werbetreibende würden ihre Werbung bei Radio Z schalten, drei weitere würden zu Radio Z wechseln, wenn das Preis-Leistungs-Verhältnis bei Radio Z besser als bei Radio 24 wäre. Damit ist erwartungsgemäss Radio Z das beste Substitut für Werbung bei Radio 24.

43. Die meisten Werbetreibenden gaben zudem an, auch auf andere Werbeträger ausweichen zu können. Sieben Werbetreibende halten TV-Werbung für eine Alternative, acht das Plakat, zehn die Direktwerbung, fünf das Internet und zwei andere Werbeträger. Bei Preiserhöhungen für Werbung in Radio 24 und in Radio Zürisee wäre somit zu erwarten, dass ein Teil der bisherigen Kunden dieser Radios zu Radio Z und/oder zu anderen Werbeträgern abwandern würden. Die Ermittlungen des Sekretariats und die Eingaben der Parteien vermögen je-

¹¹ JC Decaux/Affichage, RPW 2001/2, S. 320, Rz. 58 ff.; vgl. auch: Vertrieb von Werbematerialien, RPW 2001/2, S. 242 ff.

doch nicht zu zeigen, in welchem Ausmass Abwanderungsbewegungen zu anderen Werbeträgern erfolgen würden. Insbesondere werden Abwanderungen zum Teil zu Werbeträgern erfolgen, welche wiederum im Besitz der Tamedia sind (vgl. unten, B.3.d). Es besteht deshalb die erhebliche Gefahr, dass der Wettbewerbsdruck durch diese Werbeträger nicht ausreichen würde, um Preiserhöhungen nach dem Zusammenschluss zu verhindern, insbesondere wenn solche Preiserhöhungen kollektiv durch alle Radiostationen erfolgen sollten.

44. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Parteien nach dem Zusammenschluss zum stärksten Akteur im Markt für Radiowerbung im Grossraum Zürich werden (Marktanteile je nach Betrachtungsweise von 50% bis über 70%). Zudem würde nach dem Zusammenschluss die erhebliche Gefahr kollektiver Preiserhöhungen für Radiowerbung bestehen. Kundenabwanderungen zu anderen Werbeträgern dürften zwar erfolgen, ob in genügendem Ausmass, um Preiserhöhungen zu verhindern, ist aber zweifelhaft. Es ergeben sich somit Anhaltspunkte für die Begründung einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung. Ob sich diese Anhaltspunkte durch weitere Ermittlungen verdichten oder entkräften würden, braucht nicht weiter geprüft zu werden, da die Zusage der Parteien die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen vermag (vgl. B.4).

B.3.b. Marktstellung Radio in der deutschen Schweiz

45. Werbetreibende wünschen zum Teil grössere Gebiete als Stadttagglomerationen mit Radiowerbung abzudecken. Um diesem Bedürfnis entsprechen zu können, haben sich diverse Radiostationen zu so genannten Pools zusammengeschlossen.

46. In der deutschen Schweiz gibt es acht Radiopools. Die Parteien und ihr stärkster Konkurrent, Radio Z, sind in folgenden Pools vertreten:

?? Der Pool 2000, bestehend aus den Radios Argovia, BE1, BEO, Canal 3 D, Edelweiss, Regenbogen, Sunshine und Radio Z, der die gesamte Deutschschweiz abdeckt.

?? Aber auch der Pool 2000 Modul Zürich, bestehend aus Radio Argovia, Sunshine und Radio Z, welcher den Grossraum Zürich, die Zentralschweiz und den Kanton Aargau abdeckt.

?? Der Pool Power Pack 2000, bestehend aus Radio 24 und Radio 105, deckt insbesondere Stadt und Agglomeration Zürich ab, via Kabel aber auch die gesamte Schweiz, allerdings mit sehr geringer Reichweite.

?? Der Leader Pool besteht aus Radio Grischa, Top und Zürisee. Er deckt die Ostschweiz ab.

47. Die Einnahmen der Radiostationen aus nationaler Werbung, das heisst aus "Poolwerbung", sind zum Teil bedeutend. Gemäss Angaben der Parteien in ihrer Stellungnahme stammen rund 60% der Brutto-

Werbeeinnahmen der Lokalradios im Grossraum Zürich aus nationalen Kampagnen. Die Zugehörigkeit zu einem erfolgreichen Pool kann somit für den Erfolg einer Radiostation wesentlich sein. Radio Z bringt in ihrer Eingabe an die Wettbewerbskommission vor, dass das Zusammenschlussvorhaben unter Umständen dazu führen könnte, dass Radio Z in den Pools 2000 und 2000 Modul Zürich durch Radio 24 ersetzt wird. Eine solche Entwicklung würde das Überleben von Radio Z gefährden, womit der stärkste Konkurrent von Radio 24 verschwinden würde.

48. Radio Z äussert diese Befürchtung insbesondere, weil die Tamedia durch den Zusammenschluss eine "Monopolsituation im regionalen elektronischen Werbemarkt" erringen würde und damit Kombinationen von Radio- und Fernsehwerbung im Grossraum Zürich anbieten könnte. Zudem seien die Partner bei solchen Kombinationen häufig die Eigentümer der für Radio Z elementaren Pool-Partner im nationalen Radio-Pool (Pool 2000). So sei zum Beispiel die AZ-Gruppe nicht nur Eigentümerin von Radio Argovia, sondern auch von TeleM1 und TeleTell. Damit bestehe die erhebliche Gefahr, dass für ein Zustandekommen beziehungsweise die Aufrechterhaltung eines nationalen TV-Radio-Werbepools zum Beispiel der bisherige Pool-Partner Radio Z durch Radio 24 ersetzt werde.

49. Radio Z erwähnt in ihrer Eingabe selbst, dass die Belcom bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben solche Radio-TV-Kombinationen angeboten hat (Belcom hält 100% an Radio 24 sowie 50% [und 62,5% der Stimmen] an TeleZüri). Die Gefahr, dass Radio Z in den Pools durch Radio 24 ersetzt wird, bestand deshalb bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben. Insofern wird der Zusammenschluss nichts an den Wettbewerbsverhältnissen ändern.

50. Zudem ist zweifelhaft, dass Tamedia tatsächlich an einem die gesamte deutsche Schweiz umfassenden Pool regionaler Fernsehstationen interessiert ist, weil sie damit ihren eigenen nationalen Sender, TV3, "kannibalisieren" würde. Auch sind die Aussichten, tatsächlich nennenswerte Werbeaufträge zu erhalten, für einen derartigen Pool gering, weil ihn starke Senderketten wie die SRG, aber auch ausländische Sender konkurrenzieren würden.

51. Radio Z bringt zudem vor, dass Tamedia durch eine gezielte Crossmedia-Strategie (gleichzeitiges "Pushen" verschiedener Werbeträger wie Radio, TV und Print) grosse Vorteile auf dem "Werbemarkt" erringen könnte. Durch das enorme Synergiepotenzial sei die Tamedia nicht nur in der Lage, die Kosten für die Programmherstellung drastisch zu senken (durch Mehrfachverwendung derselben Inhalte), sondern sie würde bei allen Ereignissen mit beschränktem Zugang (z.B. beschränkte Akkreditierungen für Sportveranstaltungen) sowie bei der Promotion wichtiger Ereignisse Radio Z vollständig verdrängen.

52. Ein solches Szenario ist nach Auffassung der Wettbewerbskommission wenig wahrscheinlich. Zum einen steht es Radio Z frei, mit einer anderen grossen Gruppe, zum Beispiel Ringier oder NZZ, allenfalls auch mit 20minuten oder Metropol, zu kooperieren, um entsprechende Synergien zu realisieren. Effizienzgewinne sprechen in aller Regel auch nicht gegen ein Zusammenschlussvorhaben, sondern für ein solches Vorhaben. Zum anderen gehört Radio Z zur Medien Z Holding, welche wiederum massgeblich im Besitz der BC Holding AG (20%), der Emil Frey AG (20%, welche zur Walter Frey Holding gehört) und der Denner AG (10%) ist. Die Besitzer, welche letztlich hinter Radio Z stehen, können durchaus als kapitalkräftig bezeichnet werden und sind zum Teil (BC Holding AG, welche Beat Curti gehört) an einer Vielzahl von Radio- und TV-Sendern beteiligt. Radio Z hat der Tamedia somit einiges entgegenzusetzen und wird nach Einschätzung der Wettbewerbskommission ein starker Wettbewerber bleiben. Ferner bestreiten die Parteien in ihrer Stellungnahme, dass Zugangsbeschränkungen zu wichtigen Ereignissen für die Veranstaltung machbar seien, da bei lokalen Sport- oder anderen Veranstaltungen die Veranstalter froh seien, wenn sämtliche Lokalberichterstatter das Ereignis begleiten würden.

53. Das Zusammenschlussvorhaben ist im Markt für Radiowerbung in der deutschsprachigen Schweiz somit als unbedenklich einzustufen.

B.3.c Marktstellung Fernsehen

54. Tamedia und Belcom sind mit den folgenden Beteiligungen an Fernsehsendern im Markt für Fernsehwerbung im Grossraum Zürich tätig. Tamedia und SBS Broadcasting halten je 50% der Aktien am Joint Venture TV3. TV3 bietet ein 16 Stunden Programm mit Eigenproduktionen sowie Serien und Filmen. Zurzeit laufen Verhandlungen über die Neuregelung des Aktionariats von TV3, nachdem Tamedia zu Beginn 2001 die volle Finanzierung von TV3 übernommen hat.

55. Zudem halten Tamedia und Belcom je 50% der Aktien der TeleZüri AG. TeleZüri sendet im Grossraum Zürich ein Abendprogramm mit Wiederholungscharakter. Nach dem geplanten Zusammenschlussvorhaben wird Tamedia neu 100% der Aktien der TeleZüri AG halten. Obwohl der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle als Unternehmenszusammenschluss von Artikel 4 Absatz 3 KG erfasst wird, ist davon auszugehen, dass die Tamedia ihre Strategie bereits vor dem Zusammenschluss mit jener der TeleZüri abgestimmt hat und dass sich insofern keine Veränderungen der Wettbewerbsverhältnisse ergeben.

56. Belcom hält 100% der Aktien der Tele 24 AG, die den gleichnamigen Fernsehsender betreibt, der in der Deutschschweiz über Kabel zu empfangen ist. Nach den Angaben von Belcom sind der massive Rückgang der Werbeeinnahmen in der Schweiz sowie die völlig unbefriedigenden rundfunkrechtlichen Rahmenbedingungen für die schwieri-

ge Situation von Tele 24 verantwortlich. Tamedia übernimmt diesen Sender denn auch nicht, sondern er wird gemäss Kaufvertrag von den bisherigen Aktionären der Belcom Holding übernommen, die danach den Sendebetrieb von Tele 24 einstellen.

57. Damit resultieren für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine eigentlichen Marktanteilsadditionen. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass die Anteile im Werbemarkt Fernsehen des einzustellenden Tele 24 neu TV3 und TeleZüri zugute kommen werden.

58. Weil im Gegensatz zu den öffentlich-rechtlichen Radios die zuschauerstarken Programme der SRG (insbesondere SF 1) Werbung betreiben dürfen, sind SF 1 und mehrere deutsche Privatsender mit ihren Werbefenstern Hauptkonkurrenten von TV3, Tele 24 und TeleZüri in der Fernsehwerbung im Grossraum Zürich. Genaue Zahlen oder Marktanteile zur Fernsehwerbung im Grossraum Zürich existieren nicht. Die Marktanteile wurden von den beteiligten Unternehmen gestützt auf Datenmaterial von MediaFocus auf den Grossraum Zürich nach Anteilen der Wohnbevölkerung umgerechnet. Die Werbeeinnahmen von TeleZüri wurden vollumfänglich dem Grossraum Zürich zugerechnet.

Marktanteile <i>Fernsehwerbung</i> Grossraum Zürich 2000	
TV3	[<10]%
Tele 24 [<i>wird eingestellt</i>]	[<10]%
Tele Züri	[<10]%
SF 1	[50-60]%
SF 2	[<10]%
SAT 1 Schweiz	[<10]%
RTL Werbefenster Schweiz	[<10]%
RTL 2 Werbefenster Schweiz	[<10]%
PRO 7 Schweiz	[<10]%
Kabel 1	[<10]%

59. TV3 und TeleZüri, welche Tamedia (gemeinsam) kontrolliert, weisen zusammen einen Marktanteil von [<20]% auf. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass nach einer Einstellung von Tele 24 die Gesamtheit von dessen Werbevolumen von TV3 und TeleZüri übernommen werden kann, würden TV3 und TeleZüri nur einen Marktanteil

von [<20]% aufweisen. Stärkste Konkurrenten sind das öffentlich-rechtliche Schweizer Fernsehen sowie mehrere private deutsche Sender.

60. Einen Hinweis auf die Kräfteverhältnisse im Markt für Fernsehwerbung geben auch die Marktanteile bei den Zuschauern. Die Marktanteile bei den Fernsehzuschauern im Grossraum Zürich sehen ähnlich aus wie diejenigen für die Werbemarktanteile.

61. Im Markt für Werbung im Fernsehen im Grossraum Zürich bestehen somit keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

B.3.d Betrachtung unter Einbezug der Aktivitäten im Bereich Printmedien

62. Es bleibt weiter zu prüfen, inwiefern das Zusammenschlussvorhaben zu einer allfälligen Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG) auf einem benachbarten Markt oder inwiefern unter Berücksichtigung aller Aktivitäten im Medienbereich der Ausbau von Machtpositionen begünstigt (vgl. BertelsmannSpringer/Schück, RPW 2000/1, S. 117, Rz. 19) und dadurch eine marktbeherrschende Stellung begründet werden könnte.

63. Tamedia hat mit ihren verschiedenen Printprodukten (TagesAnzeiger, SonntagsZeitung, Finanz und Wirtschaft, ZürichExpress, Facts, annabelle, Schweizer Familie) eine starke Stellung im Bereich der Werbung in der gedruckten Presse. Tamedia spricht von eigenen Marktanteilen von [25-45]% im Print-Lesermarkt. Dabei ist aber nicht präzisiert, welche Titel Tamedia als Konkurrenten betrachtet. Wohl hat Tamedia gemäss neusten Erhebungen Anteilsverluste insbesondere wegen der Pendlerzeitungen hinnehmen müssen. In ihrer Stellungnahme macht die Tamedia aber selber darauf aufmerksam, dass der Anteil der Lokal- und Regionalberichterstattung bei den Pendlerzeitungen nur [<5]% bis [<5]% beträgt, derjenige beim Tagesanzeiger jedoch deutlich darüber liegt. Die Pendlerzeitungen können somit nur bedingt als Substitute des Tagesanzeigers betrachtet werden. Lokalzeitungen wie zum Beispiel der Zürcher Oberländer, Zürcher Unterländer und Zürichsee-Zeitung berichten schwergewichtig über lokale Ereignisse in ihrem Hauptverbreitungsgebiet. Auch sie sind somit keine sehr guten Substitute des Tagesanzeigers oder des ZürichExpress. Es ist ferner davon auszugehen, dass die NZZ eine andere Leserschaft als der Tagesanzeiger anspricht und somit auch kein gutes Substitut ist. Insgesamt kommt damit den Printmedien der Tamedia eine sehr starke Stellung im Grossraum Zürich zu.

64. Nach eigenen Angaben will Tamedia ihre starke Position halten beziehungsweise ausbauen, wobei sie sich auf den Wirtschaftsraum Zürich konzentriert. Es stellt sich die Frage, ob Tamedia ihre Marktstellung in wettbewerbsrechtlich bedenklicher Weise ausbauen kann, in-

dem sie neu zusätzlich Radio 24 übernimmt und möglicherweise von der Einstellung von Tele 24 profitiert.

65. Wettbewerbliche Bedenken könnten sich beispielsweise bei der Feststellung ergeben, dass bei Erhöhungen der Werbetarife von Radio 24 die Kunden vor allem zu Produkten von Tamedia wechseln würden. Dies würde voraussetzen, dass Abwanderungen zu alternativen Werbeträgern bestehen, wie sie weiter oben beschrieben wurden (vgl. Rz. 41 ff.).

66. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat sich im Rahmen der bereits erwähnten Umfrage erkundigt, wie die Werbetreibenden bei einer Preiserhöhung von 10% reagieren würden. Die Befragungen haben ergeben, dass mehr als die Hälfte der Werbetreibenden zumindest einen Teil ihrer Werbung beim Hauptkonkurrenten, Radio Z, platzieren würden. Fast alle Werbetreibenden haben aber gleichzeitig angegeben, Radiowerbung auch durch andere Werbeträger ersetzen zu können. Durch welche Werbeträger Radiowerbung ersetzt werden könnte, ist von Unternehmen zu Unternehmen verschieden (hängt vom Produkt ab). Ungefähr die Hälfte der Werbetreibenden würden unter Umständen zu Werbeträgern wechseln, die zur Tamedia gehören. Diese Werbetreibenden würden aber auch zu Werbeträgern wechseln, die von anderen Unternehmen kontrolliert werden. Die Umfrage lässt daher den Schluss nicht zu, dass die Abwanderungsbewegungen vor allem zu Produkten erfolgen würden, die wiederum von den Parteien kontrolliert werden.

67. Die Umfrageresultate sind andererseits nicht derart eindeutig, dass wettbewerbsrechtliche Bedenken betreffend den Werbebereich von vorneherein ausgeschlossen werden könnten. Im Gegensatz zum Vorbringen der Parteien, wonach die Frage massgebend sei, ob nach Durchführung des Zusammenschlussvorhabens in einem oder mehreren relevanten Märkten keine Substitutionsmöglichkeiten mehr gegeben sind, geht es darum festzustellen, ob bei Preiserhöhungen oder anderem missbräuchlichem Verhalten das Ausmass der Abwanderungsbewegungen zu möglichen Substituten derart gross wäre, dass solches Verhalten ausgeschlossen werden kann. Im Rahmen der bisher durchgeführten Ermittlungen konnte "nur" festgestellt werden, dass Abwanderungsbewegungen wohl erfolgen würden; in welchem Ausmass solche Bewegungen erfolgen und ob sie ausreichen würden, um Missbräuche zu verhindern, konnte nicht mit der notwendigen Sicherheit festgestellt werden. Insbesondere besteht die erhebliche Gefahr, dass die Parteien nach dem Zusammenschluss kollektive Preiserhöhungen durchführen (vgl. oben 3.2.a) und dass Kundenabwanderungen zu anderen Werbeträgern in grossem Ausmass zu jenen Werbeträgern erfolgen würden, die wiederum im Besitz der Parteien sind.

68. Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben sich somit im Markt für Radiowerbung im Grossraum

Zürich, aber nicht in anderen Werbemärkten. Die Zusage der Parteien vermag diese wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen (vgl. B.4).

B.3.e Hörer- und Zuschauermärkte

69. In den Fernsehzuschauermärkten sind die öffentlich-rechtlichen Sender aus dem Ausland (ARD, ZDF, ORF), die keine direkten Werbeumsätze in der Schweiz generieren, zu berücksichtigen, so dass sich die kumulierten Marktanteile für die beteiligten Unternehmen auf ungefähr 10% verringern. Das Zusammenschlussvorhaben ist betreffend nationalen Fernsehzuschauermarkt unbedenklich. Was einen allfälligen lokalen Fernsehzuschauermarkt anbelangt, wird auf die Ausführungen zum lokalen Hörermarkt verwiesen, welche analog gelten.

70. In den Zuhörermärkten sind bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse in der deutschen Schweiz auch die öffentlich-rechtlichen Radiostationen DRS 1, 2 und 3 zu berücksichtigen. Gemäss Radiocontrol-Studie würden DRS 1 mit 33,1% und DRS 3 mit 9% Marktanteil zu den grössten Wettbewerber werden. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit auf einem Zuhörermarkt, der die deutsche Schweiz umfasst, unbedenklich.

71. Grundsätzlich starker Wettbewerber auf dem lokalen Hörermarkt ist Radio Z. Dass Radio Z einer Tarifierhöhung im Markt für lokale/regionale Radiowerbung voraussichtlich folgen wird, spricht nicht dagegen, dass Radio Z weiterhin ein starker Wettbewerber bleiben wird, was den publizistischen Wettbewerb anbelangt. Die Parteien bringen zudem überzeugend vor, dass auch Radio DRS 1 mit den Regionaljournalendungen über den Grossraum Zürich als starker Wettbewerber zu betrachten ist. Regionaljournalendungen werden täglich um 06:53, 12:03 und 17:30 gesendet. Eine Beilage zur Stellungnahme der Parteien zeigt, dass um diese Zeiten überdurchschnittlich hohe Einschaltquoten von DRS 1 festzustellen sind.

72. Nach Einschätzung der Wettbewerbskommission sind andere Informationsträger eher schlechtere Substitute. Auch sind Abwanderungen zu anderen Informationsträgern wie Zeitungen, Zeitschriften, TV und Internet zwar möglich, doch befindet sich ein Teil dieser (eher entfernten) Substitute im Besitz der Tamedia (im Gegensatz zum Werbereich, wo die Direktwerbung und das Plakat als [zwar nicht perfekte] Substitute zu nennen sind). So übernimmt die Tamedia durch den Zusammenschluss die alleinige Kontrolle über den einzigen lokalen TV-Sender TeleZüri. Mit der Tageszeitung "Tagesanzeiger" und mit dem "Zürich Express" hält sie die auflagenstärksten Zeitungen im Raum Zürich. Auch im Internet ist die Tamedia stark präsent. Zudem ist fraglich, ob das Internet ein wirklich valables Substitut zu anderen Trägern lokaler Informationen ist. Zwar legen die Parteien ihrer Meldung einen Artikel aus der Frankfurter Allgemeine Zeitung bei, in welchem auf eine Studie verwiesen wird, welche zum Ergebnis gelangt,

dass mehr als die Hälfte aller Jugendlichen zwischen 14 und 29 Jahren inzwischen das Internet benützt und dieses unter diesen Jugendlichen das Fernsehen und die Printmedien als wichtigste Informationsquelle überflügelt hat. Trotzdem ist nicht gewiss, ob die Resultate dieser Studie auch in der Schweiz Gültigkeit haben und ob eine neuerliche Studie zu denselben Resultaten gelangen würde. Zudem ist - wie erwähnt - die Tamedia auch im Internet stark präsent.

73. Alternativen zu den Produkten der Tamedia sind ferner auch die Neue Zürcher Zeitung und die Regionalprogramme des Fernsehens SF DRS sowie allenfalls die Gratiszeitungen 20minuten und Metropol. Die NZZ erreicht allerdings nicht denselben Leserkreis und nicht gleich viele Leser wie der Tagesanzeiger. Aus ersterem Grund ist fraglich, ob die Hörer von Radio24 und Radio Zürisee die NZZ als alternativen Träger von lokalen Informationen betrachten würden, falls die Qualität der lokalen Informationen aufgrund des Zusammenschlusses abnehmen würde. Abwanderungen von Radio 24 und Radio Zürisee wären daher eher in Richtung des Tagesanzeigers zu erwarten. 20minuten und Metropol bieten keine wirklich gut recherchierten Hintergrundberichte zum lokalen Geschehen und sind deshalb eher schlechte Substitute für lokale Informationen, die via Radio 24, Radio Zürisee und den Tagesanzeiger erhältlich sind. Die Parteien nennen in ihrer Stellungnahme auch den Zürcher Oberländer, den Zürcher Unterländer, die Zürichsee-Zeitung und andere Lokalzeitungen als Wettbewerber. Diese Zeitungen mögen die Wettbewerbsverhältnisse zwar beeinflussen, dürften allerdings den Schwerpunkt ihrer Berichterstattung in ihrem Hauptverbreitungsgebiet und damit nicht in der Stadt und Agglomeration Zürich setzen. Die Regionalprogramme der SRG berichten nur einmal pro Tag während 30 Minuten über lokale Ereignisse. Daher ist fraglich, ob diese Sender gute Substitute von Radio 24, Radio Zürisee und TeleZüri sind.

74. Nicht unmöglich scheint, dass Ringier oder die NZZ-Gruppe im Grossraum Zürich eigene Radiostationen gründen wird; dies als Reaktion auf die "Vormachtstellung" im Medienbereich der Tamedia im Grossraum Zürich. Radio Z meint in ihrer Eingabe an die Wettbewerbskommission, dass in Zürich eine Konzessionierung eines neuen privaten Radioveranstalters aufgrund rechtlicher und technischer Voraussetzungen ausgeschlossen sei. Die Parteien dagegen sind der Meinung, dass in den nächsten Jahren verschiedene Marktzutritte zu erwarten seien, dies insbesondere wegen dem "neuen, stark liberalisierten RTVG". In ihrer Stellungnahme ergänzen die Parteien, dass es heute technisch freie Frequenzen gäbe, die bei Inkrafttreten des revidierten RTVG vergeben werden könnten. Zudem würden mit der neuen Technik der Digitalisierung (DAB) die technischen Restriktionen (UKW-Frequenzen) massiv an Bedeutung verlieren, so dass der Markt viel stärker als heute geöffnet werden könne. Die Wettbewerbskommission hält es allerdings für fraglich, ob ein weiterer Radiosender profita-

bel betrieben werden könnte. Die Bedrohung durch potenzielle Konkurrenten scheint daher zumindest nicht akut.

75. Trotzdem lässt sich zusammenfassend feststellen, dass die Parteien nach dem Zusammenschluss zwar auch im Hörermarkt beziehungsweise im Markt für lokale Informationen im Raum Zürich eine sehr starke Stellung einnehmen werden, doch werden Konkurrenten wie Radio Z und DRS 1 aller Voraussicht nach weiterhin für Wettbewerb sorgen. Auch von anderen Informationsträgern wird ein gewisser Wettbewerbsdruck ausgehen. Selbst wenn von Anhaltspunkten für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen würde, würde die Zusage der Parteien diese wettbewerbsrechtlichen Bedenken ausräumen (vgl. B.4).

B.4. Zusagen der Parteien

76. Um die Bedenken der Wettbewerbskommission gegen das Zusammenschlussvorhaben auszuräumen, machten die Parteien in ihrer Stellungnahme vom 18. September 2001 folgende Zusage:

"Tamedia verpflichtet sich, ihre Beteiligung an Radio Zürisee von 26,7% auf eine Finanzbeteiligung zu reduzieren mit der Verpflichtung des Austritts aus dem Aktionärsbindungsvertrag, dem Nichtabschluss eines neuen Aktionärsbindungsvertrages sowie dem endgültigen Ausscheiden der Vertreter der Tamedia AG aus dem Verwaltungsrat der Radio Zürisee AG.

Auf begründetes Verlangen der Wettbewerbskommission hin ist Tamedia AG auch bereit, ihre Beteiligung an Radio Zürisee AG von 26,7% ohne Bedingungen auf den frühest möglichen Zeitpunkt auf einen von Tamedia AG unabhängigen Dritten, der Gewähr für das langfristig wirtschaftliche Überleben der Radio Zürisee AG bietet, zu übertragen".

77. Die Zusage ist daraufhin zu prüfen, ob sie alle materiellen Bedenken gegen das Zusammenschlussvorhaben auszuräumen vermag.

B.4.1. Inhalt der Zusage

78. Durch die Realisierung der Zusage würde die Addition der Marktanteile im Radiowerbemarkt im Grossraum Zürich vermieden, welche ansonsten zu Anteilen der Tamedia von 70% und mehr führen würde (vgl. Rz. 30 ff.). Der Zusammenschluss führte diesfalls vielmehr zu einem Abtausch einer (gemeinsam) kontrollierten Radiostation durch eine andere (alleine) kontrollierte Station. Nach dem Zusammenschluss werden für die Werbetreibenden folglich gleich viele Ausweichmöglichkeiten (Substitute) vorhanden sein wie vor dem Zusammenschluss, wenn die Parteien die Kontrolle über Radio Zürisee abgeben.

79. Tamedia würde damit auch nicht zum mit Abstand stärksten Anbieter von Radiowerbung im Grossraum Zürich, zumindest würde ihr

mit Radio Z ein ebenso starker Wettbewerber gegenüberstehen (vgl. oben, Rz. 34).

80. Gibt Tamedia die Kontrolle über Radio Zürisee ab, verbleiben im Grossraum Zürich somit zumindest drei Wettbewerber im Markt für Radiowerbung. Die Gefahr, dass nach dem Zusammenschluss eine (kollektive) Preiserhöhung erfolgt, welcher sowohl Radio 24, Radio Z als auch Radio Zürisee folgen, ist nicht grösser als vor dem Zusammenschluss, wenn die Parteien die Kontrolle über Radio Zürisee abgeben.

81. Falls Tamedia die Kontrolle über Radio Zürisee abgibt, wird der Wettbewerbsdruck durch andere Radiostationen und andere Werbeträger (vgl. Rz. 41 f.) nach Auffassung der Wettbewerbskommission insgesamt genügend gross sein, um wirksamen Wettbewerb weiterhin zu gewährleisten.

82. Somit sind die Zusagen der Parteien ihrem Inhalt nach geeignet zu verhindern, dass durch den Zusammenschluss eine beherrschende Stellung im Markt für Radiowerbung im Grossraum Zürich begründet oder verstärkt wird.

B.4.2. Form der Zusage

83. Die aktuelle Formulierung der Zusage könnte später zu Rechtsunsicherheiten Anlass geben. Tamedia spricht von einer Reduktion ihrer Beteiligung an Radio Zürisee auf eine "Finanzbeteiligung". Es bleibt unklar, was dies genau bedeutet. Auch möchte Tamedia, wenn überhaupt, ihre gesamte Beteiligung an Radio Zürisee auf den "frühest möglichen Zeitpunkt" verkaufen. Auch hier fehlt der notwendige Konkretisierungsgrad.

84. In Anlehnung an die Überlegungen im Fall Bell/SEG, wonach zwischen Vollzug des Zusammenschlusses und Eintritt beziehungsweise Wirkung der Anordnung keine zeitliche Lücke bestehen darf (vgl. RPW 1998/3, 410 f., Rz. 72), muss die Anordnung vor dem Vollzug und deshalb als Bedingung ausgestaltet werden. Damit und indem die gesamte Beteiligung veräussert wird, wird nach Auffassung der Wettbewerbskommission auch der notwendige Konkretisierungsgrad erreicht.

B.4.3. Ergebnis

85. Die Wettbewerbskommission kommt somit zum Schluss, dass der Vollzug des Zusammenschlusses nur unter der Bedingung bewilligt wird, dass Tamedia AG ihre Beteiligung an der Radio Zürisee AG vollumfänglich veräussert.

C. Kosten

86. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt in casu die Tamedia AG.

87. Im Zusammenschlussverfahren entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KG-Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der Tamedia AG gegeben.

88. 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).

89. 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 [...].

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

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter der Bedingung zugelassen, dass die Tamedia AG, Zürich, ihre Beteiligung an der Radio Zürisee AG vollumfänglich veräussert.
 2. [Kosten]
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 2.3	6. Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon
-------	---

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

Zusammenschlussvorhaben

1. Am 10. Oktober 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon eingegangen.

2. Die Groupe Canal+ S.A. (nachstehend "Canal+") und die RTL Group S.A. (nachstehend "RTL") beabsichtigen die gemeinsame Kontrolle über die Groupe Jean-Claude Darmon S.A. (nachstehend "GJCD") zu übernehmen, wobei vorgängig die Sportrechte-Aktivitäten von Canal+, RTL und GJCD zusammengelegt werden sollen. Dabei bringt Canal+ ihre Tochtergesellschaft Sport+ und RTL ihre Tochtergesellschaft UFA Sports in GJCD ein.

3. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist, durch die Zusammenlegung der Sportrechte-Aktivitäten einander optimal ergänzende Geschäfte zu verbinden und eine finanzielle Stärke zu erreichen, die es GJCD erlaubt, auf dem Markt für Marketing- und TV-Senderechte im Sportbereich zu einem erfolgreichen Unternehmen zu werden.

4. Als Tochtergesellschaft der Vivendi Universal S.A. ist Canal+, mit Sitz in Paris, in den Bereichen Fernsehen und Film tätig. Ihre Geschäftstätigkeiten in der Schweiz umfassen den Vertrieb und die Vermarktung von Fernsehkanälen und das Betreiben von Pay-TV-Kanälen, sowie die Produktion und den Vertrieb von Spielfilmen und den Erwerb und die Lizenzierung von Fernsehrechten.

5. Die von der Bertelsmann AG kontrollierte RTL hat Sitz in Luxemburg und ist ebenfalls im Bereich der Fernseh- und Rundfunkübertragungen aktiv. In der Schweiz ist sie in den Bereichen Fernsehwerbung, Vertrieb von Videos und Handel mit Film- und Sportübertragungsrechten an TV-Kanäle tätig.

6. Die gemeinsam zu übernehmende GJCD, mit Sitz in Paris, tätigt Geschäfte im Bereich der Werbung, des Verkaufs von TV-Sportübertragungsrechten und der Erbringung von Marketingdienstleistungen.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

7. Die beteiligten Unternehmen beabsichtigen, ihre Sportrechte-Aktivitäten in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenzulegen.

Canal+ wird ihre Tochter Sport+ und RTL ihre Tochter UFA Sports in GJCD einbringen. Dafür erhalten sie neu ausgegebene Aktien von GJCD. Zudem erwirbt Canal+ die Mehrheit der von Herrn Darmon gehaltenen Aktien von GJCD. RTL, die bereits [...] % des Aktienkapitals von GJCD hält, wird neu [...] % halten, Canal+ wird [...] % halten und Herr Darmon [...] %. Die restlichen [...] % sind auf verschiedene Kleinaktionäre verteilt. In einem zweiten Schritt soll diesen Kleinaktionären ein öffentliches Übernahmeangebot gemacht werden. Am Ende werden Canal+ und RTL [...] am Aktienkapital beteiligt sein und gemeinsam die Kontrolle über GJCD ausüben. Laut dem zwischen Herrn Darmon, Canal+ und RTL vereinbarten Aktionärsbindungsvertrag wird der Verwaltungsrat aus [...] bestehen. Verwaltungsratspräsident wird Herr Darmon. [...] Dieses Vorhaben ist als Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und somit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

8. Die beteiligten Unternehmen erzielten einen weltweiten Umsatz von weit über CHF [...] Mia. Der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist erreicht.

9. Sowohl die Vivendi-Gruppe als auch die Bertelsmann AG erzielten in der Schweiz einen Umsatz von über CHF [...] Mio. Damit wird der Schwellenwert nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ebenfalls überschritten.

10. Demnach handelt es sich um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung

11. Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

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

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

14. Sport+ erzielte gut [...] % ihres Umsatzes mit dem Handel mit Sportübertragungsrechten, hauptsächlich mit Fussballübertragungsrechten. UFA Sports erzielte zirka [...] % ihres Umsatzes mit dem Handel mit Sportübertragungsrechten, insbesondere Fussballübertragungsrechte und [...] % mit dem Handel mit Marketingrechten für Sportanlässe. Auch GJCD ist hauptsächlich im Bereich Handel mit

Sportübertragungsrechten und Handel mit Marketingrechten für Sportanlässe tätig. [...] Marktgegenseite sind einerseits die Inhaber von Sportrechten, andererseits die verschiedenen Fernsehanstalten. Demnach ist von einem sachlich relevanten Markt für Handel mit Sportübertragungsrechten und mit Marketingrechten für Sportanlässe auszugehen. Auf die anderen Tätigkeitsbereiche von Canal+ und RTL braucht nicht eingegangen zu werden, weil sie auch nach dem Zusammenschluss unabhängig voneinander weitergeführt werden sollen.

15. Sportübertragungsrechte werden, je nach Wichtigkeit und Grösse des Anlasses, europa-, wenn nicht sogar weltweit gehandelt. Da die beteiligten Unternehmen nicht über Übertragungsrechte der wichtigen Sportanlässe verfügen, wird in räumlicher Hinsicht der relevante Markt vorliegend europaweit abgegrenzt.

16. Die beteiligten Unternehmen schätzen die Marktanteile - in einem örtlich auf die Schweiz abgegrenzten Markt - von Sport+ und von GJCD jeweils auf unter [...] % und von UFA Sports auf unter [...] %. Ihre grössten Konkurrenten sind die Kirch-Gruppe (CWL), VH Sportmedia, Highlight Communications und T.E.A.M. AG.

17. Demnach liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor, weshalb sich eine nähere Prüfung erübrigt.

Ergebnis

18. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3	7. Gemeinschaftsunternehmen von The Coca-Cola Company und von Nestlé S.A.
-------	--

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

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

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

A. Sachverhalt

1. Am 1. Oktober 2001 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, wonach The Coca-Cola Company (TCCC) und Nestlé S.A. (Nestlé) beabsichtigen, ihr vorbestehendes Gemeinschaftsunternehmen Coca-Cola Nestlé Refreshments Company S.A. (CCNR) zu erweitern und zu reorganisieren. CCNR

ist eine Schweizer Gesellschaft, die im Bereich der trinkfertigen Tee- und Kaffeegetränke tätig ist und an welcher TCCC und Nestlé je 50% des Aktienkapitals halten, was durch die geplante Erweiterung des Gemeinschaftsunternehmens nicht verändern werden soll.

2. TCCC, mit Sitz in Atlanta, ist eine Produzentin von nicht alkoholhaltigen Getränkekonzentraten und Sirupen sowie von fertigproduzierten Getränken, welche sie an Unternehmen verkauft, die wiederum die Abfüllung in Flaschen und Dosen vornehmen. Ausserdem produziert TCCC Sirup zur Herstellung von nicht alkoholhaltigen Getränken zur Verwendung in Zapfanlagen, welche sie an lizenzierte Grossisten sowie an einige Weiterverkäufer von Zapfanlagen verkauft.

3. Nestlé, mit Sitz in Vevey, ist die Muttergesellschaft des Nestlé-Konzerns. Dieser hält Beteiligungen an Betriebsgesellschaften, die diverse Nahrungsmittel herstellen und verkaufen (Getränkepulver, flüssige Getränke, Milchprodukte, Kindernahrungsmittel, Diätprodukte, Fertignahrungsmittel, Tiefkühlprodukte, Schokolade, Teigwaren, Speiseeis, Süßwaren und Tiernahrungsmittel). Ausserdem ist Nestlé in wenigen Non-food Bereichen tätig.

4. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 27. August 2001 der Kommission der Europäischen Union gemeldet, welche die Restrukturierung des Gemeinschaftsunternehmens mit Entscheid vom 27. September 2001 genehmigte, da aufgrund der starken Konkurrenz keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestünden.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Als CCNR im März 1991 gegründet wurde, bestand der Zweck des Gemeinschaftsunternehmens in der Herstellung und im Vertrieb von trinkfertigen Tee-, Kaffee- und Schokoladetränken. Bei der 1995 vorgenommenen Restrukturierung wurde das Geschäft mit Schokoladetränken aufgegeben und die zentralen Managementaufgaben im Bereich trinkfertigen Tees auf TCCC, im Bereich trinkfertigen Kaffees auf Nestlé übertragen.

8. Die nun geplante Erweiterung des Gemeinschaftsunternehmens soll CCNR mehr Autonomie gewähren und ihre wirtschaftliche und operationelle Unabhängigkeit von den Muttergesellschaften ermöglichen. Die Anpassung der Managementstrukturen soll dazu führen, dass die Managementaufgaben bezüglich des Tee- und Kaffeegeschäftes nicht mehr von TCCC beziehungsweise Nestlé wahrgenommen, sondern an CCNR übergeben werden. CCNR soll den räumlichen Absatzmarkt für seine Produkte, den besten Zugang zu diesem Absatzmarkt und die Herstellungsmethoden sowie die besten Bezugsquellen selber bestimmen können. Dank der dazu erforderlichen Mittel und Ressourcen soll CCNR von TCCC und Nestlé wirtschaftlich unabhängig sein.

9. Im Weiteren werden die Geschäftstätigkeiten von CCNR auf alle Länder der Welt erweitert, mit Ausnahme von Japan, den Vereinigten Staaten von Amerika und Kanada. Die Produktpalette von CCNR soll um so genannte Functional Beverages erweitert werden. Dies sind Getränke auf Tee- und Kaffee-Basis, die mit Zusatzstoffen für einen bestimmten, meist gesundheitsfördernden Zweck versehen sind.

10. In der Schweiz wird einzig die trinkfertige Nestea-Produktlinie (Nestea Lemon, Nestea Peach und Nestea Fit) angeboten, die von CCNR produziert, vermarktet und vertrieben wird. Das trinkfertige NESCAFE-Kaffeegeschäft von Nestlé wird in Europa noch nicht eingeführt, das bestehende NESCAFE-Kaffeegeschäft wird nicht an CCNR übertragen. Functional Beverages sind keine bereits existierenden, von den Parteien einzubringenden Produkte, sondern sollen von CCNR vielmehr in der Zukunft entwickelt und vermarktet werden.

11. Was den Vertrieb in der Schweiz betrifft, wird CCNR sein Nestea-Geschäft zumindest zu Beginn aufgrund der bestehenden Vertriebsvereinbarungen weiterführen, womit Nestea in der Schweiz weiterhin durch die Coca-Cola Beverages AG (CCB) vertrieben wird. Bei CCB handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Coca-Cola Hellenic Bottling Company S.A. (CCHBC) mit Sitz in Dietlikon.

12. Bei vorliegendem erweiterten Gemeinschaftsunternehmen handelt es sich demnach um ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 VKU und somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. Für die hier zu beurteilenden Märkte gibt es keine Vorschriften, die einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen.

B.3 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die Umsatzschwellen von Artikel 9 KG überschritten werden.

15. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU gelten bei der Erlangung der Kontrolle als beteiligte Unternehmen die kontrollierenden Unternehmen und die kontrollierten Unternehmen. Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU aus den Umsätzen seiner Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen zusammen. Dies entspricht auf Seiten der kontrollierenden Unternehmen den Konzernumsätzen von TCCC und Nestlé. Auf Seiten von CCNR als kontrolliertes Unternehmen ist es dessen gesamter Umsatz.

16. Mit den auf die Schweiz entfallenden kumulierten Umsätzen von TCCC, Nestlé und CCNR von CHF [...] wird die Umsatzschwelle gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG überschritten.

17. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2000 in der Schweiz folgende Umsätze:

?? TCCC: CHF [...]

?? Nestlé: CHF [...]

Damit werden die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten.

18. Es handelt sich demnach um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung

B.4.1 Relevanter Markt

B.4.1.a Sachlich relevanter Markt

19. 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).

20. Im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Getränken stellen der Einzelhandel (Retail) und der sog. Horeka-Kanal (Hotels, Restaurants, Cafés) zwei getrennte sachliche Märkte dar (siehe dazu Vorabklärung i.S. "Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren" in: RPW 1999/1, S. 57 ff.; Entscheid "Orkla/Volvo" der Europäischen Kommission vom 20.9.95; "The Coca-Cola Company/Pernod Ricard", avis du Conseil de la concurrence vom 28.9.99).

21. Diese Abgrenzung ist aufgrund der unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen vorzunehmen: Das Konsumverhalten zeichnet sich

im Horeka-Kanal dadurch aus, dass neben der Ware zusätzlich eine Dienstleistung und somit ein Ereignis gekauft wird und die Kunden im Horeka-Kanal gewöhnlich weniger preissensitiv sind. So ist ein Anbieter im Horeka-Kanal zum Beispiel in der Lage, den im Vergleich zum Einzelhandel sechsfachen Preis für Ice-Tea durchzusetzen.

a. Einzelhandel

22. Als Marktgegenseite gelten im Einzelhandel die Detailhandelsunternehmen.

23. Es stellt sich die Frage, ob im Einzelhandel von einem sachlich relevanten Markt für Getränkesortimente auszugehen ist. Die Tatsache, dass die Detailhändler in allen Getränkesegmenten mit starken Eigenmarken vertreten sind, weist darauf hin, dass einzelne Segmente nachgefragt werden. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, da genügend Konkurrenz vorhanden ist und es in keinem Segment zu Marktanteilsadditionen kommt.

24. Aufgrund dieser Ausführungen erweist sich das Zusammenschlussvorhaben für den schweizerischen Einzelhandel als unproblematisch.

b. Horeka-Kanal

25. Als Marktgegenseite gelten im Horeka-Kanal die nachfragenden Gaststätten, die von Brauereien, Produzenten kohlenensäurehaltiger Erfrischungsgetränke (KEG) und unabhängigen Depositären mit Getränken beliefert werden.

26. Im Rahmen der Vorprüfung wurden Konkurrenzunternehmen, Distributoren und Gastroverbände befragt. Diese Befragungen ergaben, dass im Horeka-Kanal von einem relevanten Markt für Getränkesortimente ausgegangen werden kann. Dieses Sortiment umfasst die Getränkesegmente Bier, Mineralwasser, KEG, Ice-Tea und Fruchtsäfte. Die Gaststätten fragen die einzelnen Getränkesegmente in der Regel nicht bei verschiedenen Anbietern nach, sondern beziehen mindestens drei oder vier Segmente bei einem einzigen Anbieter.

27. Ein ganzes Getränkesortiment nachzufragen beziehungsweise anzubieten, bietet sowohl für die Horeka-Betreiber wie für die Produzenten folgende Vorteile: Aufgrund eines umfassenden Sortiments können Produzenten und Brauereien ihre Mengenrabatte so staffeln, dass die Horeka-Betreiber einen Anreiz zur Abnahme grösstmöglicher Mengen erhalten, was auch den finanziellen und administrativen Aufwand der Gaststätten reduziert. Auch auf Seiten des Produzenten verringert der Vertrieb eines Sortiments die hohen Vertriebskosten. Zudem haben die langjährigen, ein möglichst breites Sortiment umfassenden Getränkelieferungsverträge die gewünschte Wirkung der Kundenbindung.

B.4.1.b Räumlich relevanter Markt

28. 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).

29. Zwar werden sowohl Bier als auch KEG in der gesamten Schweiz angeboten, doch bestehen Anhaltspunkte, dass Bier regional nachgefragt wird. Auf eine definitive Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes kann jedoch verzichtet werden, da es auch bei der kleinstmöglichen, das heisst regionalen Marktabgrenzung zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

30. 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.

31. Zwar deckt CCB mit dem gewichtigen Segment der KEG (45%-55% Marktanteil im Retail- und Horeka-Kanal), mit Nestea und der Lancierung des Minute-Maid Fruchtsaftgeschäfts drei Getränkesegmente ab, doch wird dies nicht durch vorliegenden Zusammenschluss herbeigeführt. Die Restrukturierung von CCNR ändert nichts an der aktuellen Situation, da die Nestea-Produkte weiterhin von CCB vertrieben werden. Da es folglich zu keinen Marktanteilsadditionen kommt, liegen keine betroffenen Märkte vor.

32. Hinzuweisen ist aber auf die im Sommer 2000 geschlossene strategische Partnerschaft zwischen CCB und Feldschlösschen. Aufgrund dieser Partnerschaft werden die beiden wichtigen Segmente Bier und Mineralwasser ins Getränkesortiment von CCB miteinbezogen, so dass dadurch ein vollständiges Sortiment entstehen könnte.

33. Dass CCB und Feldschlösschen allenfalls in der Lage sind, alle Segmente des definierten Getränkesortiments anzubieten, lässt sich demnach nicht auf vorliegende Restrukturierung des vorbestehenden Gemeinschaftsunternehmens, sondern auf die strategische Partnerschaft zwischen CCB und Feldschlösschen zurückführen. So erachten die befragten Unternehmen auch nicht die vorliegende, engere Zusammenarbeit zwischen TCCC und Nestlé - in Form des Gemeinschaftsunternehmens CCNR -, sondern die Kooperation zwischen CCB und Feldschlösschen als problematisch.

34. Die Kooperation und deren allfälligen wettbewerbsrechtlich relevanten Auswirkungen auf den Vertrieb von Getränkesortimenten werden in der laufenden Untersuchung gemäss Artikel 5/7 KG gegen CCB und Feldschlösschen beurteilt.

B.5 Ergebnis

35. 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	8. Swisscom AG und AGI IT Services 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

I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN

1. Am 16. Oktober 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die vollständige Meldung betreffend den Kontrollerwerb durch Swisscom AG, Bern, über das IT ("Informations-Technologie")-Geschäft der AGI Holding AG, St. Gallen, eingegangen.

1.1 Die beteiligten Unternehmen

2. Die Swisscom AG und ihre Tochtergesellschaften (nachstehend Swisscom) sind die wichtigsten Anbieter von Telekommunikations-Dienstleistungen in der Schweiz, deren Aktienkapital von CHF [...] Mio. zu 65,5% von der Eidgenossenschaft gehalten wird. Die Hauptgeschäftsfelder der Swisscom umfassen Public Com (nationale und internationale Sprachkommunikation), Mobile Com (Mobilkommunikation), Business Com (Mietleitungen und verwaltete Breitbandübermittlung), integrierte Datenkommunikations-Lösungen sowie Wholesale und Carrier Services (Netzdienstleistungen an andere Telekommunikationsanbieter). Die Swisscom erzielte im Geschäftsjahr 2000 einen schweizweiten Umsatz von CHF [...] Mio. Sie ist bisher nur marginal als Anbieterin auf dem Markt für IT-Dienstleistungen aufgetreten. Diese Dienstleistungen wurden bisher überwiegend innerhalb der eigenen Gruppe erbracht.

3. Die AGI Holding AG (nachstehend AGI Holding) ist eine Finanzholding, deren Aktienkapital von CHF [...] Mio. von den Kantonalbanken der Kantone St. Gallen, Luzern, Freiburg, Thurgau, Appenzell In-

nerrhoden, Glarus, Nidwalden und Obwalden (im Folgenden: AGI-Banken) gehalten wird. Einzige Beteiligung der AGI Holding ist die AGI IT Services AG (im Folgenden: AGI IT Services), die als Informatik-Gemeinschaftswerk der AGI-Banken als Komplettanbieter für IT-Dienstleistungen tätig und deren Aktienkapital von CHF [...] Mio. zu 100% im Besitz der AGI Holding ist. Ihre Geschäftstätigkeit besteht in den Geschäftsfeldern Customer Services, IT Solution, IT Platform und Finance & Administration. Hauptkunden der AGI IT Services sind die AGI-Banken. Mit ihnen wurde im Geschäftsjahr 2000 rund 91% des Umsatzes getätigt.

4. Der Zusammenschluss bezweckt die Ausgliederung des IT-Geschäfts aus der Swisscom und dessen Zusammenführung mit der AGI IT Services zur Swisscom IT Services, um sich auf dem schweizerischen IT-Markt als einer der führenden IT-Full-Service-Provider zu etablieren. Mit dem Zusammenschluss verfolgen die beteiligten Unternehmen das Ziel, durch die Verbreiterung der Kostenträgerschaft und Grössenvorteile die Kosten zu senken. Die neu gegründete Swisscom IT Services soll das Angebot von integrierten IT-Lösungen aus einer Hand ermöglichen, womit dem allgemeinen Trend zur Konvergenz Rechnung getragen wird. Der Zusammenschluss soll ausserdem die Öffnung der Bankenplattform der AGI IT Services für andere Banken ermöglichen und die Innovation im IT-Bereich sicherstellen.

1.2 Kontrollerwerb

5. Der Zusammenschluss soll in drei Schritten vollzogen werden. Zuerst wird die AGI IT Services mit der AGI Holding durch Absorptionsfusion mit Rückwirkung per 1. Oktober 2001 zusammengeführt.

6. In einem zweiten Schritt wird das IT-Geschäft der Swisscom durch Ausgründung mit Rückwirkung per 1. Oktober 2001 in die neu gegründete Swisscom IT Services eingebracht, welche von der Swisscom zunächst zu 100% gehalten wird. Bei den in die Swisscom IT Services einzubringenden Geschäftsbereichen der Swisscom handelt es sich um die Bereiche "Corporate Information & Technology" (ohne die Unter-einheit "Corporate Technology") sowie "Electronic Commerce Solutions".

7. Der eigentliche Zusammenschluss erfolgt im Dezember 2001 durch Einbringung der Aktiven und Passiven der AGI IT Services gegen Ausgabe von neuen Aktien in die Swisscom IT Services. Von der Einbringung ausgeschlossen ist die Minderheitsbeteiligung von 4,5% der AGI IT Services an der Protab Projekt Swiss Securities Operations AG sowie die Eigentumsrechte an den Applikationen der Banken-Applikationsplattform.

8. Nach Vollzug des Zusammenschlusses soll die Swisscom IT Services ein Aktienkapital von CHF [...] Mio. aufweisen, welches zu 71,1% durch Swisscom und zu 28,9% durch AGI Holding gehalten wird. Diese

Verteilung gilt auch für die Stimmrechte. Durch den Einbezug der Aktiven und Passiven der ehemaligen AGI IT Services in die Swisscom IT Services wird Swisscom die Kontrolle über diesen Unternehmensteil erhalten. Es liegt somit ein Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG vor.

II. MELDEPFLICHT

9. Die Weko hat mit rechtskräftiger Verfügung vom 5. Mai 1997 festgestellt, dass die Swisscom auf dem Telefoniemarkt eine marktbeherrschende Stellung hat (RPW 1997/2, S. 161 ff.). Bei gewissen Märkten, die für den vorliegenden Zusammenschluss relevant sind (siehe Rz. 20), handelt es sich um dem Telefoniemarkt benachbarte Märkte. Die Meldepflicht ergibt sich somit gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG.

10. Würde man diese Auffassung nicht teilen, würden auch die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 KG in jedem Fall erreicht werden. Die Meldepflicht ist somit gegeben.

III. BEURTEILUNG

3.1 Der sachlich relevante Markt

11. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; VKU; SR 251.4).

12. Die Swisscom IT Services soll als einer der führenden IT-Full-Service-Provider auf dem Schweizer Markt etabliert werden. Sie will ihre Dienstleistungen zunächst hauptsächlich an Unternehmen aus den Bereichen Telekommunikation und Finanzdienstleistungen anbieten. Mittelfristig soll das Angebot jedoch auch mittleren und grösseren Unternehmen aus den Sparten Government, Gesundheitswesen und Utilities geöffnet werden.

13. Der Markt für IT-Dienstleistungen umfasst eine ganze Reihe von verschiedenen Bereichen, deren Abgrenzung im Einzelfall schwierig vorzunehmen ist. Grundsätzlich kann zwischen den Bereichen "Hardware" und "Software and Information Technology Services" (im Folgenden: SITS) unterschieden werden¹. Der SITS-Markt umfasst alle zum Betrieb der IT-Infrastruktur notwendigen Dienstleistungen wie zum Beispiel Entwicklung von System-Software, Unterhalt und Wartung der Hardware, Entwicklung von Applikationen, Beratung, Training sowie den Betrieb ganzer IT-Systeme. Es lassen sich folgende Teilbereiche identifizieren:

¹ Die folgende Unterteilung des Markts für IT-Dienstleistungen stützt sich auf eine Studie von Pierre Audoin Conseil SA, PAC GmbH und Richard Holway Limited: "Software and IT Services Industry in Europe 2000", Volume II, Country Profiles, Switzerland (im Folgenden: PAC-Studie).

- ?? **Systems Infrastructure Software:** Entwicklung von Software zum Betrieb von IT-Systemen (Betriebssysteme) und Systemkomponenten (Netzwerke, Sicherheitssysteme).
 - ?? **Hardware-Unterhalt:** Wartung und Unterhalt der Hardware und Systemsoftware.
 - ?? **Tools:** Entwicklung von Software für Datenbanksysteme und für die Archivierung und Management von Dokumenten, von Software zur Unterstützung der Softwareproduktion sowie von Software für Datenaustausch.
 - ?? **Projektdienstleistungen (Project Services):** Consulting, Implementierung, Customisation und Unterhalt von IT-Systemen sowie die Schulung von Mitarbeitern.
 - ?? **Application Software Products & Solutions:** Entwicklung von Software Applikationen. Swisscom IT Services wird in diesem Teilbereich nicht tätig sein.
 - ?? **Outsourcing/Processing:** Betrieb von ganzen IT-Systemen und Applikationen für Kunden. Dieser Teilbereich wird einer der Haupttätigkeitsbereiche von Swisscom IT Services sein.
14. Swisscom IT Services wird lediglich auf dem SITS-Markt und insbesondere in den Bereichen Projektdienstleistungen und Outsourcing/Processing tätig sein. In geringem Mass wird sie auch Hardware-Unterhalt betreiben.
15. Diese Bereiche sind jedoch nicht als relevante Märkte zu betrachten. Projektdienstleistungen unterscheiden sich zum Teil wesentlich zwischen verschiedenen Branchen und sind nicht substituierbar. Das Erbringen solcher Dienstleistungen setzt ein hohes Know-how der betreffenden Branche voraus. So ist es einem Unternehmen, das Projektdienstleistungen in einer bestimmten Branche anbietet, nicht ohne weiteres möglich, solche Dienstleistungen auch für andere Branchen zu erbringen.
16. Die PAC-Studie unterscheidet bei **Projektdienstleistungen** zwischen den Branchen Manufacturing, Finance, Public Sector, Telecom/Utilities und Retail & Services/Transport. Innerhalb dieser Branchen sind die Projektdienstleistungen vergleichbar. Die Swisscom IT Services wird Projektdienstleistungen hauptsächlich in den Bereichen Finance und Telecom/Utilities anbieten, welche somit als zwei unterschiedliche relevante Märkte zu betrachten sind.
17. Im Teilmarkt **Projektdienstleistungen - Finance** war die Swisscom bisher nur marginal tätig. Im Gegensatz dazu handelt es sich um ein Haupttätigkeitsbereich der AGI IT Services. Sie hat solche Dienstleistungen in erster Linie an die AGI-Banken erbracht, wobei der Umsatz mit Dritten marginal war.
-

18. Die Swisscom IT Services soll als führende Bankenplattform in der Schweiz für interessierte Universal- und Privatbanken etabliert werden. Neben Swisscom IT Services bieten die Real-Time Center AG (im Folgenden: RTC) und Unicible eine Bankenplattform an. Der RTC sind die Kantonalbanken der Kantone Bern, Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Jura sowie die Migrosbank angeschlossen. Einzelne Regionalbanken nutzen zudem die Software von RTC. Die Kantonalbanken der Kantone Waadt, Genf, Wallis, und Freiburg nutzen die Plattform von Unicible. Die Grossbanken UBS und CS verfügen jeweils über ihre eigene Plattform.

19. Durch den vorgeschlagenen Zusammenschluss soll die von der AGI IT Services betriebene Bankenplattform anderen Kantonal-, Retail-, Regional- und Privatbanken geöffnet werden. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die Swisscom IT Services von den AGI-Banken weitgehend unabhängig sein wird (siehe Rz. 8). Diese Unabhängigkeit ist für die Gewinnung neuer Banken als Kunden ein wesentlicher Faktor. Der Zusammenschluss wird den Wettbewerb in diesem Bereich somit verstärken und eine pro-kompetitive Wirkung haben: neben dem potenziellen Angebot der beiden Grossbanken entsteht ein neuer Anbieter von IT-Dienstleistungen für den Bankensektor.

20. Im Teilmarkt **Projektdienstleistungen - Telecom/Utilities** hat die Swisscom bisher Dienstleistungen hauptsächlich innerhalb der eigenen Gruppe erbracht. Der Umsatz mit Dritten war marginal. AGI IT Services war in diesem Markt nicht tätig. Swisscom IT Services soll weiterhin in erster Linie als System-Integrator der Swisscom fungieren. Mittelfristig sollen diese Dienstleistungen gegebenenfalls auf dem Drittmarkt angeboten werden.

21. Neben den zwei relevanten Märkten Projektdienstleistungen - Finance und Projektdienstleistungen Telecom/Utilities wird Swisscom IT Services auch im Bereich **Outsourcing/Processing** tätig sein. Im Gegensatz zu Projektdienstleistungen setzt das Outsourcing/Processing keine wesentlichen branchenspezifischen Kenntnisse voraus. Daher kann beim Outsourcing/Processing von einem einzigen relevanten Markt ausgegangen werden.

22. Swisscom und AGI IT Services haben Outsourcing/Processing-Dienstleistungen zum grossen Teil innerhalb der eigenen Gruppe erbracht. Der Schwerpunkt der Aktivitäten der Swisscom IT Services wird auch weiterhin bei der Swisscom Gruppe sowie den AGI-Banken liegen. Es sollen jedoch auch grössere und mittlere schweizerische Unternehmen mit grossem Bedarf nach IT-Dienstleistungen als Kunden gewonnen werden, insbesondere aus den Bereichen Finance, Telecom, Utilities, Government und Healthcare.

23. Daneben wird Swisscom IT Services in geringem Mass in weiteren Märkten tätig sein. Dabei handelt es sich um die Teilmärkte Projekt-

dienstleistungen für Retail & Service/Transport, Projektdienstleistungen für den Public Sector sowie um den Teilmarkt Hardware Maintenance.

3.2 Der räumlich relevante Markt

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

25. Die Nachfrage nach SITS-Dienstleistungen erfolgt aufgrund der Notwendigkeit des direkten Kundenkontakts und Supports typischerweise auf dem Schweizer Markt. Gleichzeitig lassen sich jedoch keine regionalen oder lokalen Teilmärkte abgrenzen. Es bestünde jedoch die Möglichkeit, SITS-Dienstleistungen aus dem grenznahen Ausland zu beziehen beziehungsweise dort anzubieten. Die Beschränkung des räumlich relevanten Marktes auf die Schweiz ändert jedoch nichts an den folgenden Ausführungen.

3.3 Die betroffenen Märkte

26. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) muss die Meldung die Angaben aller sachlichen und räumlichen Märkte enthalten, die vom Zusammenschluss betroffen sind und in denen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt.

27. Nach ständiger Praxis der Weko werden nur diejenigen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen die oben genannten Schwellen erreicht werden. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden (statt vieler: Deutsche Post AG/Danzas Holding AG, RPW 1999/1, S. 129 f.).

28. Swisscom und AGI IT Services haben ihre IT-Dienstleistungen bisher hauptsächlich innerhalb der eigenen Gruppe erbracht, wobei der Umsatz mit Dritten marginal war. Auch nach dem Zusammenschluss wird der Umsatz vorerst zum grossen Teil mit Swisscom und den AGI-Banken erzielt. [...]

29. Je nach dem, ob der Swisscom-gruppeninterne Umsatz (kaptiver Umsatz) sowie der Umsatz mit den AGI-Banken bei der Berechnung der Marktanteile miteinbezogen oder nur der Umsatz mit Dritten (nicht-kaptiver Umsatz) betrachtet wird, ergeben sich unterschiedliche Marktanteile in den verschiedenen relevanten Märkten.

30. In der folgenden Tabelle sind die von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen angegebenen Marktanteile nach beiden Berechnungsmethoden dargestellt. Bei der Berechnung der Marktanteile

mit Berücksichtigung des kaptiven Umsatzes wurde der kaptive Umsatz der Swisscom wie auch der Umsatz mit den AGI-Banken zum Gesamtmarktvolumen hinzuaddiert. Dabei müsste korrekterweise auch der kaptive Umsatz der übrigen auf dem Markt tätigen Unternehmen miteinbezogen werden. Da diese Zahlen jedoch nicht verfügbar sind, werden die Marktanteile tendenziell zu hoch ausgewiesen.

Marktanteile

	Swisscom 2000		AGI IT Services 2000	
	Umsatz (Mio. CHF) nicht- kaptiv	%	Umsatz (Mio. CHF) nicht- kaptiv	%
Project Services - Finance	[...]	[...]	[...]	[...]
Project Services - Telecom/Utilities	[...]	[...]	[...]	[...]
Project Services - Retail & Services/Transport¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Project Services - Public Sector¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Outsourcing/Processing	[...]	[...]	[...]	[...]
Hardware Maintenance	[...]	[...]	[...]	[...]

¹ Für die Branchen Retail & Services/Transport und Public Sector sind keine Detailzahlen für Project Services verfügbar. Die angegebenen Zahlen beziehen sich jeweils auf den ganzen SITS-Markt und sind somit tendenziell zu hoch.

	Swisscom IT Services 2001²			
	Umsatz (Mio. CHF) nicht- kaptiv	%	Umsatz (Mio. CHF) nicht- kaptiv	%
Project Services - Finance	[...]	[...]	[...]	[...]
Project Services - Telecom/Utilities	[...]	[...]	[...]	[...]
Project Services - Retail & Services/ Transport¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Project Services - Public Sector¹	[...]	[...]	[...]	[...]
Outsourcing/ Processing	[...]	[...]	[...]	[...]
Hardware Maintenance	[...]	[...]	[...]	[...]

31. Wie aus der obigen Tabelle hervorgeht, ist lediglich der Teilmarkt Project Services - Telecom/Utilities unter Berücksichtigung des kaptiven Umsatzes betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

32. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der hohe Marktanteil nicht Resultat des geplanten Zusammenschlusses ist, da die AGI IT Services in diesem Bereich nicht tätig war. Der Marktanteil beruht einzig auf dem bisher innerhalb der Swisscom Gruppe erzielten Umsatz. Durch den Zusammenschluss ergibt sich somit keine Marktanteilsaddition.

¹ Für die Branchen Retail & Services/Transport und Public Sector sind keine Detailzahlen für Project Services verfügbar. Die angegebenen Zahlen beziehen sich jeweils auf den ganzen SITS-Markt und sind somit tendenziell zu hoch.

² Schätzung Swisscom und AGI Holding gemäss Business-Plan per Ende 2001.

33. Im Gegenteil, der Zusammenschluss lässt eine Unternehmung entstehen, die sich im relevanten Markt als ebenbürtige Konkurrentin grösserer Unternehmen, insbesondere der beiden schweizerischen Grossbanken, etablieren kann.

IV. ERGEBNIS

34. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Zusammenschluss aus kartellrechtlicher Sicht nicht problematisch, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden oder die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bestehen.

35. Die Ergebnisse der vorläufigen Prüfung geben keinen Anlass zur Einleitung des Prüfungsverfahrens.

B 2.3	9. UBS/CSG - Crossair
-------	------------------------------

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

Zusammenschlussvorhaben

1. Am 12. Oktober 2001 hat die Wettbewerbskommission de vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, das bereits am 2. Oktober 2001 in der Presse veröffentlicht wurde. Danach beabsichtigen die UBS AG (UBS) und die Credit Suisse Group (CSG), von der SAirLines deren 70,35% Beteiligung an der Crossair zu übernehmen. In einem zweiten Schritt will Crossair zirka 2/3 der Flugaktivitäten der Swissair übernehmen.

2. Die UBS ist ein globales, integriertes Finanzdienstleistungsunternehmen mit Sitz in Zürich und Basel; die CSG ist ein globales Allfinanzdienstleistungsunternehmen mit Sitz in Zürich; die Crossair ist eine Fluggesellschaft für den europäischen Regionalluftverkehr mit Sitz in Basel.

Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

3. UBS und CSG beabsichtigen, 924'356 Namenaktien der Crossair zu erwerben, wovon 471'422 Namenaktien durch die UBS sowie 452'934 Namenaktien durch die CSG erworben werden. Nach dem Erwerb dieser Aktien sind UBS und CSG gemeinsam mit 70,35% am Aktienkapital der Crossair beteiligt, wobei diese Beteiligung anteilmässig im Verhältnis 51% (UBS) zu 49% (CSG) erfolgt. Die restlichen Crossair-Aktien sind im Publikum gestreut, wobei kein anderer Aktionär mehr als 5% der Crossair-Aktien hält.

4. Zu erwähnen ist die Tatsache, dass aufgrund eines Treuhandvertrages vom 2. Oktober 2001 vereinbart wurde, dass in einem ersten Schritt Herr Dr. iur. Hans Nater und Herr Dr. iur. Laurent Killias, beide als Anwälte in Zürich tätig, die erwähnten Aktien der Crossair treuhänderisch für die beiden Banken zu Eigentum erwerben. Die Banken erteilen während Dauer der Treuhandvereinbarung keine Instruktionen an die Treuhänder. Somit können weder die UBS noch die CSG derzeit über die Aktien verfügen oder Kontrollrechte über die Crossair ausüben.

5. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr Umsätze, die weit über den Schwellen von Artikel 9 Absätze 1 und 3 KG liegen. Es handelt sich demnach um einen meldungspflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

Beurteilung

6. Um die Wettbewerbsverhältnisse zu beurteilen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen (vgl. Art. 11 Abs. 3 VKU).

7. Diese Abgrenzung erübrigt sich im vorliegenden Fall, da die UBS und die CSG im Bankenmarkt und die Crossair im Fluggeschäft tätig sind. UBS und CSG weisen keine Aktivitäten oder Beteiligungen im Fluggeschäft auf; Crossair weist keine Aktivitäten oder Beteiligungen im Bankgeschäft auf. Es ergeben sich somit keinerlei Marktüberschneidungen und keine Marktanteilsadditionen.

Ergebnis

8. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2	6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni
B 2.6	1. Libéralisation du marché de l'assurance vie

Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart

Recommandation du 1^{er} octobre 2001 de la Commission de la concurrence au Conseil fédéral selon l'article 45 alinéa 2 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) en vue de l'ouverture du marché de l'assurance vie en Suisse dans le cadre du deuxième cycle de négociations bilatérales avec l'Union européenne

I. Remarques préliminaires

1. Dans le but de promouvoir une concurrence efficace, la Commission de la concurrence (Comco) peut adresser aux autorités des recommandations, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique (art. 45 al. 2 LCart).
2. La présente recommandation concerne la réglementation de l'accès au marché suisse de l'assurance vie, dans l'optique du deuxième cycle de négociations bilatérales avec l'Union européenne visant notamment la libéralisation des prestations de services.
3. Le domaine de l'assurance non-vie (assurance dommages) n'est pas directement visé, puisque son degré d'ouverture est déjà supérieur à celui de l'assurance vie, bien qu'encore perfectible¹.
4. Dans le cadre de ces négociations, la Suisse devra décider si, dans les différents domaines concernés, elle entend reprendre l'acquis communautaire. Cette recommandation vise à encourager une reprise sans réserves de l'acquis dans le domaine de l'assurance vie pour les raisons invoquées ci-dessous.

¹ Il existe dans ce domaine un accord avec l'UE: Accord du 10 octobre 1989 entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, RS 0.961.1.

II. Acquis communautaire

5. L'acquis communautaire en matière d'assurance vie se compose des trois Directives portant sur la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie (ci-après "Directives")². Ces trois Directives ont achevé l'établissement du marché intérieur communautaire dans le secteur de l'assurance directe sur la vie en permettant le rapprochement des marchés nationaux en un seul marché intégré.

6. L'accès au marché est soumis, pour chaque branche d'assurance, à un régime d'agrément obligatoire unique que chaque entreprise doit solliciter auprès des autorités compétentes de l'Etat membre dans lequel elle a son siège social (Etat d'origine). Cet agrément est accordé lorsqu'un certain nombre de conditions, désormais harmonisées pour tous les pays membres, sont remplies³.

7. L'agrément obtenu permet à l'entreprise d'assurance d'exercer ses activités sur l'ensemble du territoire de la Communauté, soit en régime d'établissement, soit en régime de libre prestation de services⁴.

²Première directive 79/267/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie et son exercice, JOCE L 063 du 13 mars 1979, p. 1 ss. (Première Directive assurance vie, ci-après "D1").

Deuxième directive 90/619/CEE du Conseil, du 8 novembre 1990, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE, JOCE L 330 du 29 novembre 1990, p. 50 ss. (Deuxième Directive assurance vie, ci-après "D2").

Directive 92/96/CEE du Conseil, du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE, JOCE L 360 du 9 décembre 1992, p. 1 ss. (Troisième Directive assurance vie, ci-après "D3").

³ Parmi ces conditions, la D1, modifiée par la D3, prévoit notamment à son art. 8 al. 1: l'adoption d'une certaine forme juridique (souvent SA; let. a), la limitation du but social aux activités prévues par la Directive et aux opérations qui en découlent directement (let. b), la présentation d'un programme d'activités conforme aux exigences de l'art. 9 (let. c), la possession du minimum du fonds de garantie prévu à l'art. 20 al. 2 (let. d), être dirigée par des personnes qui disposent des conditions d'honorabilité et de qualification ou d'expérience professionnelle (let. e).

⁴ Par établissement, on entend selon la jurisprudence de la Cour la présence permanente sur le territoire de l'Etat en question, généralement (mais pas obligatoirement) par le biais de l'ouverture d'une agence ou d'une succursale.

Par libre prestation de services, on entend selon la jurisprudence de la Cour l'offre de prestations d'assurance sur le territoire d'un autre Etat membre que celui du siège social, sans pour autant y disposer d'un établissement. Cela peut comporter un déplacement du prestataire, un déplacement du destinataire, ou aucun déplacement.

8. Les entreprises d'assurance vie désirant s'établir dans un autre Etat membre doivent le notifier à l'Etat d'origine, qui le communique ensuite aux autorités de l'Etat concerné lorsque les conditions légales prévues sont remplies (art. 10 al. 2 D1 telle que modifiée par la D3). L'Etat membre où la succursale sera ouverte dispose d'un délai de deux mois pour indiquer, le cas échéant, s'il estime nécessaire d'imposer à l'entreprise candidate des conditions particulières pour l'exercice de ses activités (art. 10 al. 4 D1 telle que modifiée par la D3)⁵.

9. Les conditions auxquelles les entreprises d'assurance peuvent exercer l'assurance vie en régime de libre prestation de services sont assez semblables (art. 14 al. 1 D2, telle que modifiée par la D3). La procédure est cependant beaucoup plus courte et l'Etat membre d'accueil n'a pas la possibilité de se prononcer (il peut cependant agir plus tard, en cas de violation de ses dispositions protégeant un intérêt général). Dès que l'Etat d'origine lui a communiqué la notification de l'entreprise, celle-ci peut commencer son activité (art. 14 al. 3 D2, telle que modifiée par la D3). A noter que le preneur d'assurance qui conclut un contrat en régime de libre prestation de services dispose d'un délai d'au minimum 14 jours pour renoncer à ce contrat.

10. La surveillance financière des entreprises d'assurance est également unifiée. Elle incombe à l'Etat membre d'origine, y compris pour les succursales établies dans un autre Etat membre et pour les activités exercées en libre prestation de services (art. 15 D1, telle que modifiée par la D3). De même, les dispositions régissant les exigences en matière de provisions techniques, de marge de solvabilité et de fonds de garantie sont également unifiées.

11. Pour les entreprises d'assurance ayant leur siège dans la Communauté, cette réglementation libérale se traduit par la possibilité de prendre facilement des engagements sur tout le territoire du marché unique ainsi réalisé, en pleine concurrence avec des entreprises de l'ensemble de la Communauté.

12. Les preneurs d'assurance quant à eux ont ainsi et quel que soit leur domicile la possibilité de faire appel à tout assureur ayant son siège social dans la Communauté, qu'ils en prennent l'initiative eux-mêmes ou non, tout en se voyant garantir une protection adéquate.

⁵ De telles exigences supplémentaires ne peuvent être imposées que pour des raisons d'intérêt général. Par raisons d'intérêt général, on entend selon la jurisprudence de la Cour "des raisons impérieuses et s'appliquant à toute entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'Etat destinataire, si cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre d'origine. En particulier, lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection du destinataire des services et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs".

III. Réglementation suisse actuelle

13. Les principaux actes législatifs suisses pertinents en matière d'assurance vie sont les suivants: Loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées (LSA; RS 961.01) et ses ordonnances d'application (RS 961.05 et 961.11); Loi fédérale sur l'assurance directe sur la vie (LAssV; RS 961.61); Loi fédérale sur la garantie des obligations découlant d'assurances sur la vie (LGOAss; RS 961.03); Loi fédérale sur les cautionnements des sociétés d'assurances étrangères (RS 961.02).

14. Il est à noter que le droit suisse de surveillance des institutions d'assurance privées se trouve actuellement en révision. L'ensemble des actes énumérés ci-dessus devrait être regroupé dans une seule loi de surveillance (LSA révisée).

15. A ces dispositions, il faut encore ajouter l'Accord du 19 décembre 1996 sur l'assurance directe entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein, RS 0.961.514). Cet accord prévoit l'application des principes de libre établissement et de libre prestation de services entre les deux pays (aussi bien dans les domaines vie que non-vie). En revanche, il n'existe pas dans le domaine de l'assurance vie d'accord avec l'UE comparable à celui qui existe dans le domaine non-vie et octroie des conditions d'établissement sur territoire suisse facilitées aux compagnies européennes⁶.

IV. Différences entre les deux régimes juridiques

16. A la différence de ce que l'acquis communautaire permet entre les pays membres de l'UE, la législation suisse actuelle réglant les conditions d'accès au marché de l'assurance vie est le reflet d'un degré de libéralisation et d'ouverture très faible.

17. Si l'on se base sur les statistiques de l'Office fédéral des assurances privées (OFAP), il y avait en Suisse en 1999 seulement deux compagnies d'assurance vie étrangères au bénéfice d'un agrément⁷. En revanche, dans le domaine non-vie et grâce à l'accord avec l'UE allégeant les conditions d'établissement mentionné ci-dessus (n. 15), il y avait à la même époque 35 compagnies d'assurance étrangères au bénéfice d'un agrément de l'OFAP⁸.

⁶ Cf. note de bas de page n°1 ci-dessus

⁷ Compagnies avec siège dans l'UE

⁸ Les institutions d'assurance privées en Suisse, OFAP, Berne 1999

18. D'une part, les conditions auxquelles les compagnies d'assurance vie européennes peuvent s'établir en Suisse ne permettent actuellement pas un accès au marché helvétique aux mêmes conditions que les entreprises domestiques, provoquant ainsi une distorsion de la concurrence (essentiellement exigence de la création d'un siège en Suisse pour leurs affaires suisses de même que le dépôt d'une caution)⁹.

19. D'autre part, l'exercice de l'assurance vie en régime de libre prestation de services ("cross-border trade") n'est tout simplement pas autorisé.

20. Une comparaison des principes de base des régimes juridiques suisses et européens en matière de droit des assurances privées et plus particulièrement dans le domaine de l'assurance vie ne laisse pas apparaître de grandes différences de conception. Qu'il s'agisse des conditions régissant l'obtention d'un agrément ou de l'ensemble des dispositions de surveillance, les deux législations apparaissent tout à fait compatibles.

21. L'article 14 du projet de révision de la LSA, réglant les conditions d'octroi de l'agrément pour les entreprises étrangères, introduit d'ailleurs expressément à son alinéa 2 une réserve en faveur des traités internationaux¹⁰. Le commentaire y relatif figurant dans le projet de message précise que cette réserve est destinée à permettre, le cas échéant, l'introduction de la libre prestation de services¹¹.

22. La réglementation communautaire en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services dans le domaine des assurances privées n'est d'ailleurs pas totalement inconnue de l'ordre juridique suisse, puisque l'accord susmentionné (n. 15) conclu avec la Principauté de Liechtenstein est pratiquement calqué sur les Directives européennes en la matière¹².

23. Au vu de ce qui précède, une reprise de l'acquis communautaire en matière d'assurance vie ne poserait donc probablement pas de problèmes juridiques.

⁹ Art. 14 al. 2 LSA; art. 8 al. 1 let. f LAssV; art. 1 à 5 de la Loi fédérale sur les cautionnements des sociétés d'assurance étrangères

¹⁰ "Les dispositions contraires de traités internationaux demeurent réservées"

¹¹ Projet de "Message concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance", dans sa version soumise à la consultation des offices le 26 avril 2001, p. 20. Le texte relève encore que "le droit suisse n'aurait pas à subir de modifications importantes en ce qui concerne les tâches et les compétences de l'autorité de surveillance".

¹² Ibid., "C'est ainsi que l'accord conclu avec la Principauté de Liechtenstein, dont les règles correspondent à celles de l'UE, a pu l'être sans qu'il soit nécessaire de modifier le droit interne suisse".

V. Effets pro-compétitifs d'une libéralisation du marché

24. Compte tenu du haut niveau de concentration du marché suisse de l'assurance vie et de sa relative fermeture actuelle à la concurrence étrangère, une libéralisation de l'accès au marché par le biais de la reprise de l'acquis communautaire en la matière ne pourrait qu'avoir des effets pro-compétitifs bénéfiques pour ce secteur de l'économie suisse¹³.

25. L'augmentation de la concurrence étrangère, qu'elle devienne actuelle ou ne reste que potentielle, renforcerait la compétitivité des entreprises suisses en exerçant une pression positive sur la qualité et la diversité de l'offre de même que sur le rapport primes - qualité des prestations. En effet, ce niveau est actuellement globalement plus élevé en Suisse que dans les pays de l'UE¹⁴.

VI. Recommandation de la Commission de la concurrence

Pour ces raisons et dans le sens d'une plus grande libéralisation du marché suisse de l'assurance vie et de son ouverture aux compagnies étrangères afin de promouvoir une concurrence efficace et bénéfique pour l'économie suisse, la Commission de la concurrence, se basant sur l'article 45 alinéa 2 LCart, recommande au Conseil fédéral:

- ?? de définir les mandats de négociation de la délégation suisse dans le cadre du nouveau cycle de négociations bilatérales avec l'Union européenne dans le sens des développements ci-dessus, c'est-à-dire
- ?? de reprendre sans réserves l'ensemble de l'acquis communautaire en matière d'assurance vie concernant le libre établissement de succursales et l'exercice de l'activité d'assurance en régime de libre prestation de services.

¹³ En 1999, les cinq plus grandes compagnies présentes sur le marché encaissaient le 74% des primes et les dix plus grandes plus de 85%. Source: "Swiss Life Insurance, Industry outlook", Moody's Investors Service, New York, juin 2001, p. 5; disponible sur Internet à l'adresse suivante: http://www.moodys.com/moodys/cust/research/venus/Publication/Industry%20Outlook/noncategorized_number/68195.pdf.

¹⁴ Le niveau des primes sur les marchés fortement réglementés est généralement plus élevé (jusqu'à plus de 100%) que sur les marchés libéralisés. Cf. à ce sujet FINSINGER/SCHMIDT, Prices, distribution channels, and regulatory intervention in European insurance markets, in: Geneva Papers on Risk and Insurance, Issues and Practice 70, Genève 1994, p. 22 ss., cité par ZWEIFEL/EISEN, Versicherungsökonomie, Zürich/Frankfurt am Main 2000, p. 370 ss.

B 2.6	2. Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Aargau
-------	--

Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart

Empfehlung der Wettbewerbskommission nach Artikel 45 Absatz 2 des Kartellgesetzes (KG) vom 5. November 2001 betreffend Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Aargau

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Dem Kartellgesetz sind staatliche Vorschriften vorbehalten, die einen Wirtschaftsbereich vom Wettbewerb ausnehmen (Art. 3 KG). Die Wettbewerbskommission (Weko) kann in diesen Fällen jedoch Empfehlungen hinsichtlich der Schaffung und Handhabung von wirtschaftsrechtlichen Vorschriften an die Behörden richten (Art. 45 Abs. 2). Die folgende Empfehlung betrifft die staatlichen Werberestriktionen im Gesundheitswesen des Kantons Aargau.

II. Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerb und Werbung

2. Durch die in Artikel 27 Absatz 1 sowie Artikel 94 f. Bundesverfassung (BV) garantierte Wirtschaftsfreiheit und freiheitliche Wirtschaftsordnung bekennt sich die Schweiz ausdrücklich zur Wettbewerbswirtschaft.

3. Die Wirtschaftsfreiheit garantiert dem Einzelnen die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Als Voraussetzung zu deren ungehinderten Ausübung wird auch das Recht auf Werbung vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst¹.

4. Der ungehinderte Zugang zum Markt und der freiheitliche Wettbewerb gewährleisten grundsätzlich ein optimales Funktionieren der Wirtschaft. Wettbewerb erfolgt jedoch nicht nur mit dem Preis für bestehende Produkte, sondern auch mit neuen Produkten.

5. Werbung stellt ein wichtiger Wettbewerbsparameter dar. Als Kommunikationsinstrument kann Werbung die Markttransparenz erhöhen, indem sie über die Existenz eines (neuen) Anbieters und dessen Angebot an Gütern oder Dienstleistungen sowie den Preis, die Beschaffenheit (Qualität) und den Verwendungszweck eines Produktes orientiert².

¹ J. P. MÜLLER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 f., 647 ff.

² H. BESTER: Theorie der Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2000, S. 54 ff.

III. Anwendung auf das Gesundheitswesen

6. Werbung im Gesundheitswesen trägt dazu bei, den Wissensstand der Patienten gegenüber den Medizinalpersonen zu erhöhen (Verringerung der Informationsasymmetrie)³. Die Konsumenten sind eher in der Lage, die Angebote von Gütern und Dienstleistungen zu vergleichen und das Produkt mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Auf der Seite der Anbieter kann Werbung den Wettbewerb positiv beeinflussen, indem sie den neu auf dem Markt auftretenden Anbietern erlaubt, sich leichter bekannt zu machen.

7. Das Bundesgericht hat denn auch seine restriktive Rechtsprechung in Bezug auf die Einschränkung der Werbung für die Angehörigen der freien Berufe, zu denen auch die Medizinalpersonen (Ärzte) zu zählen sind, relativiert: War es den Kantonen ehemals erlaubt, die im öffentlichen Interesse (insb. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) gebotenen Werberestriktionen noch zu verschärfen, um den erhöhten Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit der freien Berufe Rechnung zu tragen (BGE 104 Ia 473), darf dieser Berufsgattung nach der neueren Auffassung informative, objektive und sachlich zutreffende Werbung grundsätzlich nicht verwehrt werden (BGE 123 I 12, BGE 123 I 201, BGE 125 I 417).

IV. Artikel 31 Gesundheitsgesetz, Paragraph 10 ff. Verordnung über die Zahnärzte

8. Nach Paragraph 31 Absatz 2 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Aargau vom 10. November 1987 dürfen Bekanntmachungen der Medizinalpersonen nicht aufdringlich sein und nicht zu Täuschungen Anlass geben. Die Verordnung über die Zahnärzte vom 3. November 1961 ist dem Wortlaut nach wesentlich restriktiver, indem sie die "werbende Reklame" für die Zahnärzte grundsätzlich verbietet⁴. Zulässig sind nach Paragraphen 11, 13 und 14 lediglich schlichte Ankündigungen in beschränkter Zahl für Praxiseröffnung, Abwesenheit, Rückkehr und Adressänderung sowie der Hinweis auf die Praxistätigkeit des selbstständigen Zahnarztes durch Anbringen einer unaufdringlichen Firmentafel unter Angabe seines Namens und seiner erworbenen, staatlich anerkannten Titel.

³ D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: Modern Industrial Organisation, 2nd edition, Berkeley/New York 1994, S. 554 ff.; vgl. den Artikel "Patients à l'assaut du savoir" in "Le Temps" vom 18.9.2001, wonach sich die Patienten dank dem Internet viel einfacher über Gesundheitsbelange informieren und z.B. alternative Therapiekonzepte vergleichen können.

⁴ Vgl. § 12, der insbesondere Inserate und reklamehafte Artikel in nicht medizinischen Publikationen, Verbreitung von reklamehaften Flugschriften und Anpreisungen in öffentlichen Vorträgen und anderen Veranstaltungen, die Gewährung von Vorteilen, Prämien, Vergünstigungen, Rabatte und dergleichen sowie Hinweise auf Praxiseinrichtungen wie z.B. Röntgen verbietet.

V. Aufhebung der Werberestriktionen im Gesundheitswesen des Kantons Aargau

9. Die Wettbewerbskommission erachtet es als angebracht, Paragraph 10 bis 14 der Zahnärzteverordnung aufzuheben. Die Aufhebung der Werberestriktionen in der Zahnärzteverordnung drängt sich im Sinne der Rechtssicherheit selbst dann auf, wenn den Verordnungs-Bestimmungen in der Praxis nicht (mehr) strikt nachgelebt wird. Auch die Zahnärzte müssen sich darauf verlassen können, dass die Werbung nicht nur gemäss Praxis, sondern auch aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung wie Artikel 31 Absatz 1 GesG grundsätzlich erlaubt ist.

10. Für die Liberalisierung sprechen folgende Überlegungen:

?? Mit steigender Eigenbeteiligung für medizinische Leistungen (Franchise, Selbstbehalt) erhöht sich das Informationsbedürfnis der Patienten.

?? Im Informationszeitalter (Internet⁵, Patientenzeitschriften, Gesundheitsfernsehsendungen etc.) erscheint es angebracht, den Patienten vermehrt Eigenverantwortung zuzugestehen. Dank des erhöhten Bewusstseins der Patienten gegenüber den Anbietern und deren Leistungen ist eine Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der medizinischen Leistungen zu erwarten.

?? Die Auffassungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Werbung bei den freien Berufen haben sich in jüngster Zeit geändert. Es ist ein Trend hin zur Liberalisierung der Werberestriktionen zu beobachten⁶. Die Änderung in den Anschauungen äussert sich in einer Lockerung der Werbeverbote in den kantonalen Erlassen⁷ und im Standesrecht der freien Berufe⁸.

⁵ Vgl. z.B.: www.gesundheit.ch, www.mednet.ch, www.medlineplus.org, www.clinical-trials.gov, www.rettssyndrome.org etc.

⁶ Vgl. neben der oben zitierten Rechtsprechung etwa DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle in: ZSR 1996 II S. 397 ff.; MICHAEL PFEIFER: Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft in: ZSR 1996 II S. 253 ff.; CHRISTOF BERNHART: Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte, Diss., Bern 1994

⁷ Vgl. etwa die Aufhebung/Änderung der strengen Werbevorschriften für die Zahnärzte im Kanton BS (Zahnärzteverordnung), die Revision des Gesundheitsgesetzes im Kanton TI.

⁸ Z.B.: Gemäss Art. 20 Standesordnung (StaO) der Vereinigung der Schweizer Ärzte (FMH) und den dazugehörigen Richtlinien (Anhang 2 zur StaO) ist die sachliche, wahre Information über die fachliche Qualifikation, die medizinischen Tätigkeitsgebiete, Organisation der Praxis etc. zulässig.

- ?? Mit dem Wandel in den Auffassungen geht die "Entmythisierung" der Tätigkeit der freien Berufe einher. Widerspruch es ehemals dem Wesen der wissenschaftlichen Berufe, Werbung zu betreiben, ist heutzutage kaum mehr davon auszugehen, dass durch informative Werbung eine Minderung des Berufssehens verbunden ist⁹.
11. Kantonale Werberestriktionen für die Angehörigen der Gesundheitsberufe sind insbesondere aus folgenden Gründen überflüssig:
- ?? Die täuschende und irreführende Werbung ist bereits durch das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) verboten. Daher erübrigt sich auch die Bestimmung von Paragraph 31 Absatz 2 GesG, die eine dem UWG ähnliche Formulierung übernimmt.
- ?? Vor privaten Werberestriktionen (unzulässige Vereinbarungen, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), die wettbewerbsbehindernd sind, schützt das Kartellgesetz; so können zum Beispiel Werbebeschränkungen in den Statuten der Berufsverbände (Ärztegesellschaften) eine unzulässige Abrede nach Artikel 5 KG darstellen.
- ?? Zum Schutz der öffentlichen Gesundheit existieren bereits auf Bundesebene gesetzliche Werberestriktionen für bestimmte, heikle Bereiche wie Medikamente, Lebensmittel, Alkohol, Tabak, etc¹⁰. Medizinalpersonen unterstehen ihrerseits dem strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB, SR 311) und dem eidgenössischen Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1). Damit wird zusätzlich verhindert, dass diese Personen mit persönlichen Daten ihrer Patienten Werbung betreiben dürfen.

VI. Empfehlung der Wettbewerbskommission

Aus diesen Gründen empfiehlt die Weko gestützt auf Artikel 45 Absatz 2 KG,

- ?? die freie Werbung für alle Gesundheitsberufe zu gewähren;
- ?? Paragraph 31 Absatz 2 Gesundheitsgesetz vom 10. November 1987 aufzuheben, soweit diese Bestimmung strenger ausgelegt wird als das UWG;
- ?? Paragraph 10 bis 14 der Verordnung über die Zahnärzte vom 3. November 1961 aufzuheben.

⁹ M. STUTZER: Der Anwalt zwischen Werbung und Würde, in: Anwaltswerbung und Marketing, Zürich/Köln 1999, S. 79 ff.

¹⁰ Vgl. z.B. Art. 42b Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (SR 680), Art. 24 Lebensmittelverordnung (SR 817.02), Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse (SR 817.06), Art. 31 f. Heilmittelgesetz, Art. 13 Preisbekanntgabeverordnung (SR 942.211) etc.

B 2.6	3. Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton St. Gallen
-------	--

Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart

Empfehlung der Wettbewerbskommission nach Artikel 45 Absatz 2 des Kartellgesetzes (KG) vom 5. November 2001 betreffend Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton St. Gallen

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Dem Kartellgesetz sind staatliche Vorschriften vorbehalten, die einen Wirtschaftsbereich vom Wettbewerb ausnehmen (Art. 3 KG). Die Wettbewerbskommission (Weko) kann in diesen Fällen jedoch Empfehlungen hinsichtlich der Schaffung und Handhabung von wirtschaftsrechtlichen Vorschriften an die Behörden richten (Art. 45 Abs. 2). Die folgende Empfehlung betrifft die staatlichen Werberestriktionen im Gesundheitswesen des Kantons St. Gallen.

II. Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerb und Werbung

2. Durch die in Artikel 27 Absatz 1 sowie Artikel 94 f. Bundesverfassung (BV) garantierte Wirtschaftsfreiheit und freiheitliche Wirtschaftsordnung bekennt sich die Schweiz ausdrücklich zur Wettbewerbswirtschaft.

3. Die Wirtschaftsfreiheit garantiert dem Einzelnen die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Als Voraussetzung zu deren ungehinderten Ausübung wird auch das Recht auf Werbung vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst¹.

4. Der ungehinderte Zugang zum Markt und der freiheitliche Wettbewerb gewährleisten grundsätzlich ein optimales Funktionieren der Wirtschaft. Wettbewerb erfolgt jedoch nicht nur mit dem Preis für bestehende Produkte, sondern auch mit neuen Produkten.

5. Werbung stellt ein wichtiger Wettbewerbsparameter dar. Als Kommunikationsinstrument kann Werbung die Markttransparenz erhöhen, indem sie über die Existenz eines (neuen) Anbieters und dessen Angebot an Gütern oder Dienstleistungen sowie den Preis, die Beschaffenheit (Qualität) und den Verwendungszweck eines Produktes orientiert².

¹ J. P. MÜLLER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 f., 647 ff.

² H. BESTER: Theorie der Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2000, S. 54 ff.

III. Anwendung auf das Gesundheitswesen

6. Werbung im Gesundheitswesen trägt dazu bei, den Wissensstand der Patienten gegenüber den Medizinalpersonen zu erhöhen (Verringerung der Informationsasymmetrie)³. Die Konsumenten sind eher in der Lage, die Angebote von Gütern und Dienstleistungen zu vergleichen und das Produkt mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Auf der Seite der Anbieter kann Werbung den Wettbewerb positiv beeinflussen, indem sie den neu auf dem Markt auftretenden Anbietern erlaubt, sich leichter bekannt zu machen.

7. Das Bundesgericht hat denn auch seine restriktive Rechtsprechung in Bezug auf die Einschränkung der Werbung für die Angehörigen der freien Berufe, zu denen auch die Medizinalpersonen (Ärzte) zu zählen sind, relativiert: War es den Kantonen ehemals erlaubt, die im öffentlichen Interesse (insb. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) gebotenen Werberestriktionen noch zu verschärfen, um den erhöhten Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit der freien Berufe Rechnung zu tragen (BGE 104 Ia 473), darf dieser Berufsgattung nach der neueren Auffassung informative, objektive und sachlich zutreffende Werbung grundsätzlich nicht verwehrt werden (BGE 123 I 12, BGE 123 I 201, BGE 125 I 417).

IV. Artikel 55 Gesundheitsgesetz

8. Nach Artikel 55 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons St. Gallen wird mit Haft oder Busse bestraft, wer ohne behördliche Bewilligung einen medizinischen Beruf, einen anderen Beruf der Gesundheitspflege oder eine Heiltätigkeit ausübt (Bst. a) oder sich dafür *empfiehlt* (Bst. b). Aus dem Wortlaut von Buchstabe b haben die kantonalen Behörden abgeleitet, dass jegliche Anpreisung für die Ausübung einer Heiltätigkeit unter Strafandrohung verboten ist.

V. Aufhebung der Werberestriktionen im Gesundheitswesen des Kantons St. Gallen

9. Auch wenn dem Wortlaut von Artikel 55 GesG in der Praxis nicht (mehr) strikt nachgelebt wird, erachtet es die Wettbewerbskommission als angebracht, diese Bestimmung aus Gründen der Rechtssicherheit aufzuheben. Die Medizinalpersonen müssen sich darauf verlassen können, dass die Werbung nicht nur gemäss Praxis erlaubt ist.

10. Für die Liberalisierung sprechen folgende Überlegungen:

³ D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: Modern Industrial Organisation, 2nd edition, Berkeley/New York 1994, S. 554 ff.; vgl. den Artikel "Patients à l'assaut du savoir" in "Le Temps" vom 18.9.2001, wonach sich die Patienten dank dem Internet viel einfacher über Gesundheitsbelange informieren und z.B. alternative Therapiekonzepte vergleichen können.

- ?? Mit steigender Eigenbeteiligung für medizinische Leistungen (Franchise, Selbstbehalt) erhöht sich das Informationsbedürfnis der Patienten.
- ?? Im Informationszeitalter (Internet⁴, Patientenzeitschriften, Gesundheitsfernsehsendungen etc.) erscheint es angebracht, den Patienten vermehrt Eigenverantwortung zuzugestehen. Dank des erhöhten Bewusstseins der Patienten gegenüber den Anbietern und deren Leistungen ist eine Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der medizinischen Leistungen zu erwarten.
- ?? Die Auffassungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Werbung bei den freien Berufen haben sich in jüngster Zeit geändert. Es ist ein Trend hin zur Liberalisierung der Werberestriktionen zu beobachten⁵. Die Änderung in den Anschauungen äussert sich in einer Lockerung der Werbeverbote in den kantonalen Erlassen⁶ und im Standesrecht der freien Berufe⁷.
- ?? Mit dem Wandel in den Auffassungen geht die "Entmythisierung" der Tätigkeit der freien Berufe einher. Widerspruch es ehemals dem Wesen der wissenschaftlichen Berufe, Werbung zu betreiben, ist heutzutage kaum mehr davon auszugehen, dass durch informative Werbung eine Minderung des Berufssehens verbunden ist⁸.
11. Kantonale Werberestriktionen für die Angehörigen der Gesundheitsberufe sind insbesondere aus folgenden Gründen überflüssig:
- ?? Die täuschende und irreführende Werbung ist bereits durch das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) verboten.
- ?? Vor privaten Werberestriktionen (unzulässige Vereinbarungen, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), die wettbewerbsbehindernd sind, schützt das Kartellgesetz; so können zum Beispiel Werbebeschränkungen in den Statuten der Berufsverbände (Ärztegesellschaften) eine unzulässige Abrede nach Artikel 5 KG darstellen.

⁴ Vgl. z.B.: www.gesundheit.ch, www.mednet.ch, www.medlineplus.org, www.clinical-trials.gov, www.rettssyndrome.org etc.

⁵ Vgl. neben der oben zitierten Rechtsprechung etwa DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle in: ZSR 1996 II S. 397 ff.; MICHAEL PFEIFER: Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft in: ZSR 1996 II S. 253 ff.; CHRISTOF BERNHART: Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte, Diss., Bern 1994

⁶ Vgl. etwa die Aufhebung/Änderung der strengen Werbevorschriften für die Zahnärzte im Kanton BS (Zahnärzterverordnung), die Revision des Gesundheitsgesetzes im Kanton TI.

⁷ Z.B.: Gemäss Art. 20 Standesordnung (StaO) der Vereinigung der Schweizer Ärzte (FMH) und den dazugehörigen Richtlinien (Anhang 2 zur StaO) ist die sachliche, wahre Information über die fachliche Qualifikation, die medizinischen Tätigkeitsgebiete, Organisation der Praxis etc. zulässig.

⁸ M. STUTZER: Der Anwalt zwischen Werbung und Würde, in: Anwaltswerbung und Marketing, Zürich/Köln 1999, S. 79 ff.

?? Zum Schutz der öffentlichen Gesundheit existieren bereits auf Bundesebene gesetzliche Werberestriktionen für bestimmte, heikle Bereiche wie Medikamente, Lebensmittel, Alkohol, Tabak, etc.⁹. Medizinalpersonen unterstehen ihrerseits dem strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB, SR 311) und dem eidgenössischen Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1). Damit wird zusätzlich verhindert, dass diese Personen mit persönlichen Daten ihrer Patienten Werbung betreiben dürfen.

VI. Empfehlung der Wettbewerbskommission

Aus diesen Gründen empfiehlt die Weko gestützt auf Artikel 45 Absatz 2 KG,

- ?? die freie Werbung für alle Gesundheitsberufe zu gewähren;
- ?? Artikel 55 Buchstabe b Gesundheitsgesetz aufzuheben.

B 2.6	4. Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Wallis
-------	--

Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart

Empfehlung der Wettbewerbskommission nach Artikel 45 Absatz 2 des Kartellgesetzes (KG) vom 5. November 2001 betreffend Werberestriktionen für die Berufe des Gesundheitswesens im Kanton Wallis

I. Allgemeine Bemerkungen

1. Dem Kartellgesetz sind staatliche Vorschriften vorbehalten, die einen Wirtschaftsbereich vom Wettbewerb ausnehmen (Art. 3 KG). Die Wettbewerbskommission (Weko) kann in diesen Fällen jedoch Empfehlungen hinsichtlich der Schaffung und Handhabung von wirtschaftsrechtlichen Vorschriften an die Behörden richten (Art. 45 Abs. 2). Die folgende Empfehlung betrifft die staatlichen Werberestriktionen im Gesundheitswesen des Kantons Wallis.

II. Wirtschaftsfreiheit, Wettbewerb und Werbung

2. Durch die in Artikel 27 Absatz 1 sowie Artikel 94 f. Bundesverfassung (BV) garantierte Wirtschaftsfreiheit und freiheitliche Wirtschaftsordnung bekennt sich die Schweiz ausdrücklich zur Wettbewerbswirtschaft.

⁹ Vgl. z.B. Art. 42b Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (SR 680), Art. 24 Lebensmittelverordnung (SR 817.02), Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse (SR 817.06), Art. 31 f. Heilmittelgesetz, Art. 13 Preisbekanntgabeverordnung (SR 942.211) etc.

3. Die Wirtschaftsfreiheit garantiert dem Einzelnen die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Art. 27 Abs. 2 BV). Als Voraussetzung zu deren ungehinderten Ausübung wird auch das Recht auf Werbung vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst¹.

4. Der ungehinderte Zugang zum Markt und der freiheitliche Wettbewerb gewährleisten grundsätzlich ein optimales Funktionieren der Wirtschaft. Wettbewerb erfolgt jedoch nicht nur mit dem Preis für bestehende Produkte, sondern auch mit neuen Produkten.

5. Werbung stellt ein wichtiger Wettbewerbsparameter dar. Als Kommunikationsinstrument kann Werbung die Markttransparenz erhöhen, indem sie über die Existenz eines (neuen) Anbieters und dessen Angebot an Gütern oder Dienstleistungen sowie den Preis, die Beschaffenheit (Qualität) und den Verwendungszweck eines Produktes orientiert².

III. Anwendung auf das Gesundheitswesen

6. Werbung im Gesundheitswesen trägt dazu bei, den Wissensstand der Patienten gegenüber den Medizinalpersonen zu erhöhen (Verringerung der Informationsasymmetrie)³. Die Konsumenten sind eher in der Lage, die Angebote von Gütern und Dienstleistungen zu vergleichen und das Produkt mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Auf der Seite der Anbieter kann Werbung den Wettbewerb positiv beeinflussen, indem sie den neu auf dem Markt auftretenden Anbietern erlaubt, sich leichter bekannt zu machen.

7. Das Bundesgericht hat denn auch seine restriktive Rechtsprechung in Bezug auf die Einschränkung der Werbung für die Angehörigen der freien Berufe, zu denen auch die Medizinalpersonen (Ärzte) zu zählen sind, relativiert: War es den Kantonen ehemals erlaubt, die im öffentlichen Interesse (insb. Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) gebotenen Werberestriktionen noch zu verschärfen, um den erhöhten Anforderungen an die Vertrauenswürdigkeit der freien Berufe Rechnung zu tragen (BGE 104 Ia 473), darf dieser Berufsgattung nach der neueren Auffassung informative, objektive und sachlich zutreffende Werbung grundsätzlich nicht verwehrt werden (BGE 123 I 12, BGE 123 I 201, BGE 125 I 417).

¹ J. P. MÜLLER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 f., 647 ff.

² H. BESTER: Theorie der Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2000, S. 54 ff.

³ D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: Modern Industrial Organisation, 2nd edition, Berkeley/New York 1994, S. 554 ff.; vgl. den Artikel "Patients à l'assaut du savoir" in "Le Temps" vom 18.9.2001, wonach sich die Patienten dank dem Internet viel einfacher über Gesundheitsbelange informieren und z.B. alternative Therapiekonzepte vergleichen können.

IV. Artikel 68 Gesundheitsgesetz vom 9. Februar 1996

8. Nach Artikel 68 Absatz 1 Gesundheitsgesetz (GesG) des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 dürfen Personen, die einen Beruf des Gesundheitswesens ausüben, keine Werbung betreiben. Dasselbe gilt für Werbung im Zusammenhang mit gesundheitsrelevanten Tätigkeiten, die ausserhalb des Kantonsgebietes ausgeübt werden (Art. 68 Abs. 2 GesG). Vom Verbot ausgenommen sind die für die fragliche Tätigkeit geltenden Usancen sowie die von der Aufsichtskommission für Berufe des Gesundheitswesens bewilligten Informationen, insbesondere was die Ausbildung und die Berufserfahrung betrifft (Art. 68 Abs. 3).

V. Aufhebung der Werberestriktionen im Gesundheitswesen des Kantons Wallis

9. Auch wenn dem Wortlaut von Artikel 68 Absatz 1 GesG in der Praxis nicht (mehr) strikt nachgelebt wird beziehungsweise die Ausnahmebestimmung von Artikel 68 Absatz 3 grosszügig ausgelegt wird, erachtet es die Wettbewerbskommission als angebracht, Artikel 68 GesG im Sinne der Rechtssicherheit zu modifizieren, dergestalt, dass Werbung grundsätzlich zulässig ist. Die Angehörigen der Berufe des Gesundheitswesens müssen sich darauf verlassen können, dass die Werbung nicht nur gemäss Praxis erlaubt ist.

10. Für die Liberalisierung sprechen folgende Überlegungen:

- ?? Mit steigender Eigenbeteiligung für medizinische Leistungen (Franchise, Selbstbehalt) erhöht sich das Informationsbedürfnis der Patienten.
- ?? Im Informationszeitalter (Internet⁴, Patientenzeitschriften, Gesundheitsfernsehsendungen etc.) erscheint es angebracht, den Patienten vermehrt Eigenverantwortung zuzugestehen. Dank des erhöhten Bewusstseins der Patienten gegenüber den Anbietern und deren Leistungen ist eine Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses der medizinischen Leistungen zu erwarten.
- ?? Die Auffassungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Werbung bei den freien Berufen haben sich in jüngster Zeit geändert. Es ist ein Trend hin zur Liberalisierung der Werberestriktionen zu beobachten⁵. Die Änderung in den Anschauungen äussert sich in einer Lo-

⁴ Vgl. z.B.: www.gesundheit.ch, www.mednet.ch, www.medlineplus.org, www.clinical-trials.gov, www.rettssyndrome.org etc.

⁵ Vgl. neben der oben zitierten Rechtsprechung etwa DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle in: ZSR 1996 II S. 397 ff.; MICHAEL PFEIFER: Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft in: ZSR 1996 II S. 253 ff.; CHRISTOF BERNHART: Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte, Diss., Bern 1994

ckerung der Werbeverbote in den kantonalen Erlassen⁶ und im Standesrecht der freien Berufe⁷.

?? Mit dem Wandel in den Auffassungen geht die "Entmythisierung" der Tätigkeit der freien Berufe einher. Widerspruch es ehemals dem Wesen der wissenschaftlichen Berufe, Werbung zu betreiben, ist heutzutage kaum mehr davon auszugehen, dass durch informative Werbung eine Minderung des Berufssehens verbunden ist⁸.

11. Kantonale Werberestriktionen für die Angehörigen der Gesundheitsberufe sind insbesondere aus folgenden Gründen überflüssig:

?? Die täuschende und irreführende Werbung ist bereits durch das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) verboten.

?? Vor privaten Werberestriktionen (unzulässige Vereinbarungen, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung), die wettbewerbsbehindernd sind, schützt das Kartellgesetz; so können zum Beispiel Werbebeschränkungen in den Statuten der Berufsverbände (Ärztegesellschaften) eine unzulässige Abrede nach Artikel 5 KG darstellen.

?? Zum Schutz der öffentlichen Gesundheit existieren bereits auf Bundesebene gesetzliche Werberestriktionen für bestimmte, heikle Bereiche wie Medikamente, Lebensmittel, Alkohol, Tabak, etc.⁹. Medizinalpersonen unterstehen ihrerseits dem strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) und dem eidgenössischen Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1). Damit wird zusätzlich verhindert, dass diese Personen mit persönlichen Daten ihrer Patienten Werbung betreiben dürfen.

Aus diesen Gründen empfiehlt die Weko gestützt auf Artikel 45 Absatz 2 KG,

?? die freie Werbung für alle Gesundheitsberufe zu gewähren;

?? Artikel 68 des Gesundheitsgesetzes vom 9. Februar 1996 in dem Sinne zu modifizieren, dass Werbung grundsätzlich erlaubt ist.

⁶ Vgl. etwa die Aufhebung/Änderung der strengen Werbevorschriften für die Zahnärzte im Kanton BS (Zahnärzterverordnung), die Revision des Gesundheitsgesetzes im Kanton TI.

⁷ Z.B.: Gemäss Art. 20 Standesordnung (StaO) der Vereinigung der Schweizer Ärzte (FMH) und den dazugehörigen Richtlinien (Anhang 2 zur StaO) ist die sachliche, wahre Information über die fachliche Qualifikation, die medizinischen Tätigkeitsgebiete, Organisation der Praxis etc. zulässig.

⁸ M. STUTZER: Der Anwalt zwischen Werbung und Würde, in: Anwaltswerbung und Marketing, Zürich/Köln 1999, S. 79 ff.

⁹ Vgl. z.B. Art. 42b Bundesgesetz über die gebrannten Wasser (SR 680), Art. 24 Lebensmittelverordnung (SR 817.02), Verordnung über Tabak und Tabakerzeugnisse (SR 817.06), Art. 31 f. Heilmittelgesetz, Art. 13 Preisbekanntgabeverordnung (SR 942.211) etc.

B 2.6	5. Les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton du Jura
-------	---

Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart

Recommandation de la Commission de la concurrence selon l'article 45 alinéa 2 de la loi sur les cartels (LCart) du 5 novembre 2001 concernant les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton du Jura

I. Généralités

1. Les prescriptions étatiques qui excluent de la concurrence certains biens ou services ne sont pas soumises à l'application de la loi sur les cartels (art. 3 al. 1 LCart). Dans ces cas, la Commission de la concurrence est habilitée à adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique (art. 45 al. 2 LCart). La recommandation suivante concerne les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton du Jura.

II. Liberté économique, concurrence et publicité

2. La Constitution fédérale (Cst.) garantit la liberté économique (art. 27 al. 1 Cst.) et un ordre économique libéral (art. 94 s. Cst.). Ainsi, la Suisse se reconnaît explicitement de l'économie de libre concurrence.

3. La liberté économique a pour corollaires le libre choix de la profession et le libre accès à une activité économique lucrative privée (art. 27 al. 2 Cst.).

4. Le droit de faire de la publicité est également couvert par le champ d'application de la liberté économique dans la mesure où il est une condition au libre exercice de cette activité¹.

5. La publicité est un paramètre concurrentiel important. Elle peut aussi augmenter la transparence sur le marché, en informant de l'existence d'un nouvel offreur et de ses prestations de biens et services ainsi que du prix, de la qualité et de l'utilisation d'un produit².

¹ J. P. MÜLLER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 f., 647 ff.

² H. BESTER: Theorie der Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2000, S. 54 ff.

III. Application dans le domaine de la santé

6. Dans le domaine de la santé, la publicité contribue à augmenter les connaissances des patients (diminution de l'asymétrie de l'information)³. Elle leur permet de mieux comparer les offres et de choisir celles qui représentent le meilleur rapport prix/prestation. Du côté des prestataires, la publicité peut influencer positivement la concurrence dans la mesure où elle permet aux entreprises qui veulent entrer sur le marché de se faire plus facilement connaître.

7. Le Tribunal fédéral a aussi relativisé sa jurisprudence restrictive concernant la publicité dans le domaine des professions libérales. Si les cantons étaient autrefois autorisés à renforcer davantage les restrictions de la publicité exigées par l'intérêt public (surtout la bonne foi dans les relations d'affaires) pour tenir compte des exigences élevées de la dignité des professions libérales (ATF 104 Ia 473), ils ne peuvent plus aujourd'hui interdire par principe la publicité informative et objective (ATF 123 I 12, ATF 123 I 201, ATF 125 I 417).

IV. L'article 13 de l'ordonnance du 7 septembre 1993 concernant l'exercice de la médecine dentaire

8. Selon l'article 13 alinéa 1 de l'ordonnance du 7 septembre 1993 du canton du Jura concernant l'exercice de la médecine dentaire, les médecins-dentistes s'abstiennent de tout acte publicitaire. Seules l'ouverture et la fermeture définitive ou temporaire du cabinet sont annoncées au public. Ce régime est appliqué par analogie aux autres professions médicales.

V. Abrogation des restrictions publicitaires dans le domaine de la santé dans le canton du Jura

9. Même si l'article 13 de l'ordonnance concernant l'exercice de la médecine dentaire n'est pas appliqué de façon stricte, la Commission de la concurrence considère qu'il faudrait modifier cette disposition de façon à autoriser, par principe, la publicité.

10. Les arguments suivants appuient la libéralisation de la publicité dans le domaine de la santé:

?? L'augmentation de la participation financière des patients aux prestations médicales (franchise, quote-part) accroît leur besoin d'informations.

³ D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: Modern Industrial Organisation, 2nd edition, Berkeley/New York 1994, S. 554 ff. Selon l'article "Patients à l'assaut du savoir", paru le 18 septembre 2001 dans le journal "Le Temps", des milliers de patients peuvent dorénavant, grâce au Web, se documenter, évaluer des alternatives thérapeutiques et participer en meilleure connaissance de cause à des décisions qui les concernent.

- ?? Dans un monde généralement ouvert à l'information (internet⁴, revues de médecine, émissions télévisées sur la santé), il paraît opportun de responsabiliser les patients face à la publicité. L'augmentation de leurs connaissances aura pour effet d'améliorer la relation prix/prestation.
- ?? L'attitude face à la publicité dans le domaine des professions libérales a changé. Une tendance se dessine vers une libéralisation des restrictions en matière de publicité⁵. Elle s'exprime par un assouplissement des interdictions de publicité dans les législations cantonales⁶ et dans le droit corporatif des professions libérales⁷.
- ?? Ce changement d'opinion entraîne une démythification des professions libérales. Si l'on considérait autrefois que la publicité n'était pas compatible avec l'esprit de ces professions, on part aujourd'hui du principe que la publicité informative ne met pas en péril la réputation des professions libérales⁸.
11. Les restrictions cantonales pour les personnes exerçant une profession libérale dans le domaine de la santé sont superflues, notamment pour les raisons suivantes:
- ?? La publicité trompeuse et mensongère est déjà réprimée par la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD, RS 241).
- ?? La LCart s'applique aux restrictions privées de la publicité (accords illicites, abus d'une position dominante). Les restrictions dans les statuts des associations professionnelles peuvent donc être considérées comme des accords illicites selon l'article 5 LCart.

⁴ Voir p.ex.: www.gesundheit.ch, www.mednet.ch, www.medlineplus.org, www.clinicaltrials.gov, www.rettsyndrome.org, etc.

⁵ En plus de la jurisprudence citée ci-dessus, cf. la doctrine suivante: DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle in: ZSR 1996 II S. 397 ff; MICHAEL PFEIFER: Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft in: ZSR 1996 II S. 253 ff; CHRISTOF BERNHART: Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte, thèse, Bern 1994

⁶ On peut citer p.ex. l'abrogation des restrictions de la publicité dans le canton de Bâle-Ville (ordonnance des médecins-dentistes), la révision de la loi sur la santé dans le canton du Tessin.

⁷ Ainsi, selon l'art. 20 du Code de déontologie de la FMH et ses directives pour l'information et la publicité (annexe 2), l'information correcte et objective concernant les qualifications médicales, l'activité, l'organisation du cabinet est admissible.

⁸ M. STUTZER: Der Anwalt zwischen Werbung und Würde, in: Anwaltswerbung und Marketing, Zürich/Köln 1999, S. 79 ff.

?? Au titre de protection de la santé publique, plusieurs lois fédérales limitent déjà la publicité dans des domaines sensibles comme les médicaments, les produits alimentaires, l'alcool et le tabac⁹. De plus, les professionnels de la santé sont soumis, de leur côté, au secret professionnel (protégé par l'art. 321 du Code pénal, RS 311), ainsi qu'à la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1). Ces dispositions ont pour but d'éviter que les professionnels de la santé fassent de la réclame médicale "personnalisée".

VI. Recommandation de la Commission de la concurrence

Pour ces motifs et se basant sur l'article 45 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence:

- ?? estime que la liberté de faire de la publicité pour les professionnels de la santé doit être garantie;
- ?? recommande aux autorités jurassiennes de modifier l'article 13 de l'ordonnance concernant l'exercice de la médecine dentaire du 7.9.1993 et toutes dispositions similaires de façon à autoriser, par principe, la publicité.

B 2.6	6. Les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton de Neuchâtel
-------	--

Empfehlungen; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandations; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazioni; art. 45 cpv. 2 LCart

Recommandation de la Commission de la concurrence selon l'article 45 alinéa 2 de la loi sur les cartels (LCart) du 5 novembre 2001 concernant les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton de Neuchâtel

I. Généralités

1. Les prescriptions étatiques qui excluent de la concurrence certains biens ou services ne sont pas soumises à l'application de la loi sur les

⁹ Cf. p.ex. l'art. 42b de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (RS 680), l'art. 24 de l'ordonnance du 1er mars 1995 sur les denrées alimentaires (RS 817.02), l'ordonnance du 1er mars 1995 sur le tabac et les produits du tabac (RS 817.06), l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211), l'art. 31 s. de la loi fédérale sur les produits thérapeutiques.

cartels (art. 3 al. 1 LCart). Dans ces cas, la Commission de la concurrence est habilitée à adresser aux autorités des recommandations visant à promouvoir une concurrence efficace, notamment en ce qui concerne l'élaboration et l'application des prescriptions de droit économique (art. 45 al. 2 LCart). La recommandation suivante concerne les restrictions en matière de publicité dans le domaine des professions de la santé dans le canton de Neuchâtel.

II. Liberté économique, concurrence et publicité

2. La Constitution fédérale (Cst.) garantit la liberté économique (art. 27 al. 1 Cst.) et un ordre économique libéral (art. 94 et 95 Cst.). Ainsi, la Suisse se reconnaît explicitement de l'économie de libre concurrence.

3. La liberté économique a pour corollaires le libre choix de la profession et le libre accès à une activité économique lucrative privée (art. 27 al. 2 Cst.).

4. Le droit de faire de la publicité est également couvert par le champ d'application de la liberté économique dans la mesure où il est une condition au libre exercice de cette activité¹.

5. La publicité est un paramètre concurrentiel important. Elle peut aussi augmenter la transparence sur le marché, en informant de l'existence d'un nouvel offreur et de ses prestations de biens et services ainsi que du prix, de la qualité et de l'utilisation d'un produit².

6. Dans le domaine de la santé, la publicité contribue à augmenter les connaissances des patients (diminution de l'asymétrie de l'information)³. Elle leur permet de mieux comparer les offres et de choisir celles qui représentent le meilleur rapport prix/prestation. Du côté des prestataires, la publicité peut influencer positivement la concurrence dans la mesure où elle permet aux entreprises qui veulent entrer sur le marché de se faire plus facilement connaître.

7. Le Tribunal fédéral a aussi relativisé sa jurisprudence restrictive concernant la publicité dans le domaine des professions libérales. Si les cantons étaient autrefois autorisés à renforcer davantage les restrictions de la publicité exigées par l'intérêt public (surtout la bonne foi

¹ J. P. MÜLLER: Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 203 f., 647 ff.

² H. BESTER: Theorie der Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2000, S. 54 ff.

³ D.W. CARLTON/J.M. PERLOFF: Modern Industrial Organisation, 2nd edition, Berkeley/New York 1994, S. 554 ff. Selon l'article "Patients à l'assaut du savoir", paru le 18 septembre 2001 dans le journal "Le Temps", des milliers de patients peuvent dorénavant, grâce au Web, se documenter, évaluer des alternatives thérapeutiques et participer en meilleure connaissance de cause à des décisions qui les concernent.

dans les relations d'affaires) pour tenir compte des exigences élevées de la dignité des professions libérales (ATF 104 la 473), ils ne peuvent plus aujourd'hui interdire par principe la publicité informative et objective (ATF 123 I 12, ATF 123 I 201, ATF 125 I 417).

IV. L'article 65 de la loi de santé (LS) du 6 février 1995 et l'article 7 du règlement du 2 mars 1998 concernant l'exercice des professions médicales et des autres professions de la santé du canton de Neuchâtel

8. Selon l'article 65 alinéa 1 LS précité, la publicité est en principe interdite aux personnes qui exercent une profession de la santé. Sont exceptées les dérogations conformes à l'usage en vigueur dans la profession considérée (art. 65 al. 3 let. a LS) et la publicité pour des activités qui ne relèvent pas du domaine de la santé (art. 65 al. 3 let. b LS). L'article 7 alinéas 1 et 2 du règlement précise que la publicité trompeuse, tapageuse et excessive ainsi que la publicité à caractère purement commercial, allant au-delà de messages contenant des informations objectives et utiles au public, est interdite. L'article 7 alinéa 3 précise ce que l'on entend par publicité.

V. Modification des restrictions publicitaires dans le domaine de la santé dans le canton de Neuchâtel

9. Même si l'article 65 alinéa 1 LS n'est pas appliqué de façon stricte (cf. les dispositions de son règlement), la Commission de la concurrence considère qu'il faudrait modifier cette disposition de façon à autoriser, par principe, la publicité.

10. Les arguments suivants appuient la libéralisation de la publicité dans le domaine de la santé:

- ?? L'augmentation de la participation financière des patients aux prestations médicales (franchise, quote-part) accroît leur besoin d'informations.
- ?? Dans un monde généralement ouvert à l'information (internet⁴, revues de médecine, émissions télévisées sur la santé), il paraît opportun de responsabiliser les patients face à la publicité. L'augmentation de leurs connaissances aura pour effet d'améliorer la relation prix/prestation.
- ?? L'attitude face à la publicité dans le domaine des professions libérales a changé. Une tendance se dessine vers une libéralisation des

⁴ Voir p.ex.: www.gesundheit.ch, www.mednet.ch, www.medlineplus.org, www.clinicaltrials.gov, www.rettsyndrome.org, etc.

restrictions en matière de publicité⁵. Elle s'exprime par un assouplissement des interdictions de publicité dans les législations cantonales⁶ et dans le droit corporatif des professions libérales⁷.

?? Ce changement d'opinion entraîne une démythification des professions libérales. Si l'on considérait autrefois que la publicité n'était pas compatible avec l'esprit de ces professions, on part aujourd'hui du principe que la publicité informative ne met pas en péril la réputation des professions libérales⁸.

11. Les restrictions cantonales pour les personnes exerçant une profession libérale dans le domaine de la santé sont superflues, notamment pour les raisons suivantes:

?? La publicité trompeuse et mensongère est déjà réprimée par la loi fédérale sur la concurrence déloyale (LCD, RS 241). C'est pourquoi, l'article 7 du règlement concernant l'exercice des professions médicales doit être abrogé s'il n'est pas interprété dans le sens de la LCD.

?? La LCart s'applique aux restrictions privées de la publicité (accords illicites, abus d'une position dominante). Les restrictions dans les statuts des associations professionnelles peuvent donc être considérées comme des accords illicites selon l'article 5 LCart.

?? Au titre de protection de la santé publique, plusieurs lois fédérales limitent déjà la publicité dans des domaines sensibles comme les médicaments, les produits alimentaires, l'alcool et le tabac⁹. De

⁵ En plus de la jurisprudence citée ci-dessus, cf. la doctrine suivante: DOMINIQUE DREYER, L'avocat dans la société actuelle in: ZSR 1996 II S. 397 ff.; MICHAEL PFEIFER: Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft in: ZSR 1996 II S. 253 ff.; CHRISTOF BERNHART: Die Werbebeschränkungen für wissenschaftliche Berufsarten als Problem der Grundrechte, thèse, Bern 1994

⁶ On peut citer p.ex. l'abrogation des restrictions de la publicité dans le canton de Bâle-Ville (ordonnance des médecins-dentistes), la révision de la loi sur la santé dans le canton du Tessin.

⁷ Ainsi, selon l'art. 20 du Code de déontologie de la FMH et ses directives pour l'information et la publicité (annexe 2), l'information correcte et objective concernant les qualifications médicales, l'activité, l'organisation du cabinet est admissible.

⁸ M. STUTZER: Der Anwalt zwischen Werbung und Würde, in: Anwaltswerbung und Marketing, Zürich/Köln 1999, S. 79 ff.

⁹ Cf. p.ex. l'art. 42b de la loi fédérale du 21 juin 1932 sur l'alcool (RS 680), l'art. 24 de l'ordonnance du 1er mars 1995 sur les denrées alimentaires (RS 817.02), l'ordonnance du 1er mars 1995 sur le tabac et les produits du tabac (RS 817.06), l'ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (RS 942.211), l'art. 31 s. de la loi fédérale sur les produits thérapeutiques.

plus, les professionnels de la santé sont soumis, de leur côté, au secret professionnel (protégé par l'art. 321 du Code pénal, RS 311), ainsi qu'à la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1). Ces dispositions ont pour but d'éviter que les professionnels de la santé fassent de la réclame médicale "personnalisée".

VI. Recommandation de la Commission de la concurrence

Pour ces motifs et se basant sur l'article 45 alinéa 2 LCart, la Commission de la concurrence:

- ?? estime que la liberté de faire de la publicité pour les professionnels de la santé doit être garantie;
- ?? recommande aux autorités neuchâteloises de modifier l'article 65 alinéa 1 de la loi de santé du 6 février 1995 de façon à autoriser, par principe, la publicité et d'abroger l'article 7 du règlement concernant l'exercice des professions médicales et des autres professions de la santé du 2 mars 1998 s'il n'est pas interprété dans le sens de la LCD.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zur Elektrizitätsmarkt- verordnung

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. November 2001

Artikel 2: Bedingungen für nicht diskriminierende Durchleitung

Vertragsabschluss: Die Weigerung einer Netzbetreiberin, statt mit dem Endverbraucher mit einem konkurrierenden Stromanbieter Durchleitungsverträge abzuschliessen, wirkt wettbewerbsverzerrend: Konkurrierende Anbieter können dadurch im Gegensatz zur Netzbetreiberin ihren Kunden kein umfassendes Stromlieferungs-/Netzbenutzungs-Angebot ("all inclusive") machen. Solche Verhaltensweisen sind in Deutschland zu beobachten und werden vom deutschen Bundeskartellamt grundsätzlich als kartellrechtswidrig angesehen (siehe Bericht der Arbeitsgruppe Netzbenutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder vom 19. April 2001, Bonn, S. 52 ff., nachfolgend Bericht Netzbenutzung). Mit der Festschreibung des Anspruches

aller Durchleitungsberechtigter auf Abschluss eines nicht diskriminierenden Durchleitungsvertrages in der Verordnung lassen sich solche Praktiken wirkungsvoll verhindern.

Wir begrüßen, dass in Artikel 2 Absatz 1 E-EMV explizit festgeschrieben wird, dass die Pflicht zur nicht diskriminierenden Durchleitung unter anderem für den Abschluss des Durchleitungsvertrages gilt. Ebenfalls begrüßen wir die dazugehörigen Ausführungen im erläuternden Bericht.

Behandlung der Durchleitungsanträge: Die Pflicht zur nicht diskriminierenden Durchleitung (Art. 5 EMG) ist ein Kernstück der vorliegenden Strommarktliberalisierung. Zu dieser Pflicht gehört die diskriminierungsfreie Behandlung der Durchleitungsanträge. Im erläuternden Bericht (S. 5) wird entsprechend festgehalten, dass Artikel 2 Absatz 1 E-EMV auch beispielsweise auf die Behandlung von Anträgen zur Durchleitung Bezug nimmt. Aufgrund ihrer Bedeutung ist diese Gleichbehandlung in der Verordnung selbst festzuschreiben.

Wir beantragen, Artikel 2 Absatz 1 1. Satz E-EMV wie folgt zu ergänzen: "... als auch für die Behandlung der Anträge auf Durchleitung".

Artikel 3: Durchleitung bei nicht ausreichender Kapazität im Verteilnetz

Vorrang eigener Kunden: Im Verteilnetz besteht die Durchleitungspflicht nicht, soweit die Netzbetreiberin nachweist, dass nach der Belieferung ihrer Kundinnen und Kunden keine Kapazitäten mehr vorhanden sind (Art. 5 Abs. 3 EMG). Die Konkretisierung dieser Bestimmung ist für die Wettbewerbsintensität von herausragender Bedeutung. Die Wettbewerbskommission vertritt die Meinung, dass von dieser Bestimmung nur die bestehenden Kunden einer Netzbetreiberin im bisherigen Umfang der Stromlieferung erfasst werden, das heisst, die Netzbetreiberin kann keine Durchleitungen von Drittstrom rückgängig machen, um eigene neue Kunden zu beliefern oder den Lieferumfang an ihre bestehenden Kunden zu erhöhen. Dies ist in der Verordnung zu präzisieren.

Wir beantragen einen Absatz mit sinngemäss folgendem Wortlaut: "Unter Belieferung von Kunden einer Netzbetreiberin im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 des Gesetzes wird nur die Belieferung von bestehenden Kunden in dem Umfang erfasst, welcher vor einem Antrag auf Durchleitung bestand".

Artikel 3 Absatz 3 E-EMV: Auch bei Kapazitätsengpässen soll der Wettbewerb unter den Stromanbietern weiterbestehen. Dazu muss bei Kapazitätsengpässen der Wechsel des Anbieters interessant bleiben. Dies ist nur möglich, wenn ein Stromnachfrager beim Wechsel die Durchleitung im bisherigen Umfang behält.

Wir beantragen, Artikel 3 Absatz 3 E-EMV sinngemäss wie folgt zu ergänzen: "Der Wechsel des Lieferanten ohne Auswirkung auf Umfang der Durchleitung gilt nicht als Anmeldung".

Artikel 3 Absatz 5 E-EMV: Die Absätze 5 und 6 sollen gemäss erläuterndem Bericht (S. 5) dazu dienen, dass Durchleitungskapazität nicht durch strategisches Handeln einzelner Marktteilnehmer blockiert wird. Dieser Absicht ist zuzustimmen. Allerdings droht die Gefahr, dass Artikel 3 Absatz 5 E-EMV im vorliegenden Wortlaut für ungerechtfertigte Kündigungen von Durchleitungsverträgen durch Netzbetreiberinnen benützt wird. Temporäre Schwankungen der Elektrizitätsnachfrage der Endverbraucher und der Stromproduktion werden nämlich dazu führen, dass Durchleitungsverträge kurzfristig nicht in vollem Umfang genutzt werden.

Wir beantragen, Artikel 3 Absatz 5 E-EMV wie folgt zu ergänzen: "Vorbehalten sind temporäre Abweichungen".

Artikel 4: Durchleitung bei nicht ausreichender Kapazität im Übertragungsnetz

Wettbewerbliche Verfahren erhöhen die Effizienz der Verteilung knapper Kapazitäten und sind daher bei Kapazitätsengpässen zu begrüssen. Artikel 4 Absatz 2 E-EMV beschränkt dieses Verfahren jedoch auf Importe, Transporte und Exporte. Dies ist aus zwei Gründen problematisch. Zum einen können Kapazitätsengpässe grundsätzlich auf Abschnitten vorkommen, auf welchen kaum Importe, Transporte oder Exporte stattfinden, beziehungsweise auf welchen sich der Engpass nicht allein durch wettbewerbliches Verfahren bei Importen, Transporten und Exporten beseitigen lässt. Zum anderen droht eine Wettbewerbsbehinderung von Importstrom, wenn die entsprechenden Durchleitungsrechte mittels Auktionsverfahren zu einem höheren Preis erworben werden müssen als die Durchleitungsrechte für inländischen Strom ohne Auktionsverfahren.

Wir beantragen, Artikel 4 Absatz 2 E-EMV wie folgt zu formulieren: "Die schweizerische Netzgesellschaft kann verfügbare Kapazitäten nach wettbewerblichen Verfahren, insbesondere Auktionen, zuteilen".

Artikel 8: Effizienzorientierte Durchleitungsvergütung

Regulierungsmethode: Gemäss Artikel 8 E-EMV wird faktisch ein Price Cap-Modell eingeführt (Ertragsobergrenze). In der Lehre als auch in der Praxis anderer Länder wird der Price-Cap üblicherweise nach der CPI-X-Formel festgelegt. Die ursprüngliche Obergrenze wird innerhalb einer Regulierungsperiode der Veränderung eines Preisindex (CPI) angepasst, um einem Anstieg des allgemeinen Kostenniveaus des Netzbetriebes gerecht zu werden, sowie um den erwarteten Produktivitätsfortschritt der Branche (X) zu verändern, um den Produktivitätsfortschritt abzubilden und den Druck für Effizienzsteigerungen zu erhöhen (vergleiche etwa GERT BRUNEKREEFT, Kosten, Körbe, Konkurrenz:

Price Caps in der Theorie, In: Price Cap-Regulierung in Netzindustrien - Chancen und Risiken eines neuen Regulierungsinstrumentes, Schriftenreihe der Deutschen Verkehrswissenschaftlichen Gesellschaft, Bergisch-Gladbach, 2000, S. 22 ff.; GÜNTER KNEIPS, Wettbewerbsökonomie, Berlin/Heidelberg, 2001, S.106 ff.; JÖRG WILD, Deregulierung und Regulierung der Elektrizitätsverteilung, eine mikroökonomische Anwendung für die Schweiz, Zürich, 2001, S. 59 f. - gleicher Meinung das Bundesamt für Energie im Arbeitspapier Durchleitungsvergütung vom 10. Dezember 1999).

Der E-EMV sieht keine Berücksichtigung eines Preisindex vor. Zudem finden kommende Effizienzsteigerungen nur bei jenen Netzbetreiberinnen Berücksichtigung, welche sich an den vom Bundesamt vorgegebenen Vergleichswerten orientieren müssen. Dies ist problematisch: Durch die Nicht-Berücksichtigung eines Preisindex (CPI) droht eine unangemessen tiefe Kostendeckung der Netzbetreiber bei exogenen Kostenanstiegen innerhalb einer Regulierungsperiode. Durch die Nicht-Berücksichtigung von möglichen Effizienzverbesserungen während einer Regulierungsperiode bei einem Grossteil der Netzbetreiberinnen drohen unangemessen hohe Durchleitungspreise und ein verminderter Druck zur Effizienzsteigerung.

Wir beantragen, in Artikel 8 Absatz 4 E-EMV für die jährliche Ertragsobergrenze innerhalb einer Regulierungsperiode sowohl die Veränderung eines adäquaten Preisindex mit einzubeziehen als auch den erwarteten Produktivitätsfortschritt bei denjenigen Netzbetreiberinnen, für welche die Vergleichswerte des Bundesamtes nicht die Ertragsobergrenze bestimmen. Der erwartete Produktivitätsfortschritt ist dabei vom Bundesamt vor Beginn der jeweiligen Regulierungsperiode bekannt zu geben und kann innerhalb der Periode nicht mehr verändert werden.

Monopolrente: Das Erwirtschaften einer Monopolrente ist unzulässig (Art. 6 Abs. 2 EMG). Bei einer anreizorientierten Regulierung erwirtschaftet die Netzbetreiberin jedoch durch Effizienzsteigerungen temporär zusätzliche Gewinne. Diese bilden den Anreiz, effizienzsteigernde Massnahmen zu ergreifen. Solche zusätzliche Gewinne müssen daher zulässig sein und dürfen nicht als Monopolrente aufgefasst werden. Um diesbezüglich Rechtssicherheit für die Netzbetreiberinnen zu schaffen, ist die Zulässigkeit solcher Gewinne in der Verordnung festzuhalten.

Wir beantragen einen Absatz mit sinngemäss folgendem Wortlaut: "Keine Monopolrenten im Sinne von Artikel 6 Absatz 2 des Gesetzes bilden Gewinne, welche sich aus Effizienzsteigerungen der Netzbetreiberin innerhalb einer Regulierungsperiode ergeben".

Ertragsobergrenze: Elektrizitätsnetze können für Datenübertragungen genutzt werden. Diese Möglichkeit eröffnet die Chance auf einen erhöhten Wettbewerbsdruck im Telekommunikationsbereich und eine

effizientere Nutzung der Stromnetze. Hierzu sind jedoch Anreize für die Netzbetreiberinnen erforderlich, in diesem Bereich tätig zu werden. In diesem Zusammenhang gehen wir davon aus, dass von der Ertragsobergrenze gemäss Artikel 8 E-EMV ausschliesslich die Erträge aus Stromdurchleitungen erfasst werden. Andernfalls bestünde für eine Netzbetreiberin kein Grund, in den Bereich Datenübertragung zu expandieren, da diese risikobehaftete Expansion mit keinem Mehrertrag und damit auch keinem zusätzlichen Gewinn verbunden sein wird. Entsprechend gehen wir auch davon aus, dass von den anrechenbaren Kosten gemäss Artikel 6 Absatz 2 und Absatz 3 E-EMV nur die für die Stromdurchleitung notwendigen Kosten erfasst werden (d.h. etwa keine Anrechnung von spezifischen Investitionskosten für die Datenübertragung).

Sollten unsere Annahmen nicht zutreffen, beantragen wir, die Verordnung in unserem Sinn anzupassen.

Artikel 14: Kündigungen von Elektrizitätslieferverträgen und Bezug von Elektrizität ohne Liefervertrag

Wechselgebühren behindern den Wettbewerb massgeblich. Insbesondere besteht die Gefahr, dass Netzbetreiberinnen durch überhöhte Wechselgebühren die Abwanderung von eigenen Kunden zur Konkurrenz missbräuchlich bekämpfen. Dies zeigen insbesondere die Erfahrungen in Deutschland (siehe Bericht Netzbenutzung, a.a.O., S. 49 ff.).

Wir begrüssen daher, dass gemäss Artikel 14 Absatz 1 E-EMV bei einer Kündigung des Elektrizitätsliefervertrages durch den Endverbraucher weder ihm noch der bisherigen oder neuen Elektrizitätslieferantin Kosten der Netzbetreiberin in Rechnung gestellt werden dürfen.

Artikel 16: Bilanzgruppen

Die schweizerische Netzgesellschaft wird sich voraussichtlich in Eigentum der Überlandwerke befinden. Diese werden betreffend Versorgung von Endverbrauchern im Wettbewerb unter anderem mit Bilanzgruppenverantwortlichen stehen. Müssen in dieser Situation die Bilanzgruppenverantwortlichen zur Regelung der Rechte und Pflichten einen Vertrag mit der schweizerischen Netzgesellschaft abschliessen, droht ein Interessenkonflikt. Die schweizerische Netzgesellschaft kann versucht sein, Vertragsbedingungen festzuschreiben, welche den Bilanzgruppenverantwortlichen im Stromversorgungswettbewerb behindern oder benachteiligen. Weiter kann die Netzgesellschaft versucht sein, unangemessene Bedingungen zu stellen, um so eine Monopolrente zu erwirtschaften. Diese Probleme sollen anscheinend dadurch behoben werden, dass das Bundesamt bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag entscheidet (Art. 16 Abs. 3 3.Satz E-EMV). Diese Vorkehrung ist jedoch nicht ausreichend. Vielmehr muss die Schiedskommission auf Klage über die Missbräuchlichkeit/Unangemessenheit von Vertragsbedingungen entscheiden können. Für übrige Streitigkeiten aus

diesem Vertrag sollten hingegen die Zivilgerichte zuständig sein (ähnlich der Aufgabeteilung zwischen Zivilgerichten und Schiedskommission bei Durchleitungsverträgen, Art. 16 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 4 EMG).

Wir beantragen, dass Artikel 16 Absatz 3 3.Satz E-EMV durch eine Bestimmung ersetzt wird, wonach die Schiedskommission auf Klage über die Angemessenheit der Bedingungen in den Verträgen zwischen Bilanzgruppenverantwortlichen und der schweizerischen Netzgesellschaft entscheidet.

Artikel 17: Ausgleichsenergie

Es besteht die Möglichkeit, dass die Netzgesellschaft bezüglich der Ausgleichsenergie unangemessene Preise verrechnet (siehe Ausführungen zu Art. 16 EEMV). Gemäss erläuterndem Bericht (S. 16) überwacht das Departement die Diskriminierungsfreiheit dadurch, dass sie die Grundsätze der Preisbildung genehmigt. Dies ist nicht ausreichend. Im Einzelfall besteht die Möglichkeit, dass diese Grundsätze unkorrekt angewendet oder gar verletzt werden. Es ist daher notwendig, auch die Angemessenheit der tatsächlich verrechneten Preise überprüfen zu können. Wir gehen davon aus, dass Artikel 27 Absatz 2 E-EMV (Überprüfung der Preise für Elektrizitätslieferung durch die Preisüberwachung) auch diese Überprüfung einschliesst.

Sollte unsere Annahme nicht zutreffen, beantragen wir, die Überwachung der Höhe des verrechneten Preises für Ausgleichsenergie in Artikel 27 E-EMV (Aufgabe der Preisüberwachung) oder eventualiter in Artikel 26 E-EMV (Aufgabe der Schiedskommission) festzuschreiben.

Artikel 20: Gefährdung oder Störung der Versorgungssicherheit

Massnahmen zur Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen werden im Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung (LVG, SR 531) geregelt (siehe Art. 1 LVG). Zu den lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen zählen dabei insbesondere Energieträger (Art. 2 Abs. 2 Bst. a LVG). Massnahmen zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung sowie die Ausarbeitung der entsprechenden Vorschläge sind deshalb - falls notwendig - im LVG zu präzisieren. In der Elektrizitätsmarktsverordnung sind sie hingegen wesensfremd.

Wir beantragen die Streichung von Artikel 20 Absatz 2 EMV.

Artikel 24: Messwesen und Statistik

Netzbetreiberinnen erheben und verwalten neben den Daten der eigenen Kunden auch die Daten der Kunden von Drittlieferanten. Sie erhalten so Einblick in die Situation ihrer Wettbewerber. Diese Konstellation birgt die Gefahr von Missbrauch.

Wir beantragen, dass Daten und Informationen betreffend Drittlieferungen getrennt von denjenigen der eigenen Kunden verwaltet wer-

den müssen und nur im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb verwendet werden dürfen.

Artikel 26: Aufgaben der Schiedskommission

Verfahrensdauer/vorsorgliche Massnahmen: Ein Entscheid innerhalb von zwei Monaten ist unrealistisch. Es ist mit einer Verfahrensdauer von mindestens einem Jahr zu rechnen. Dies zeigen die Erfahrungen des Sekretariates der Wettbewerbskommission sowie diejenigen des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM). Von Bedeutung ist daher, die Möglichkeit von vorsorglichen Massnahmen vorzusehen, wie dies bereits im EMG der Fall ist (Art. 16 Abs. 1 EMG).

Wir beantragen die Streichung des Wortlautes "in der Regel innerhalb von zwei Monaten" in Artikel 26 Absatz 1 E-EMV sowie die Aufnahme von Ausführungen zu vorsorglichen Massnahmen.

Geschäftsbedingungen: Neben überhöhten Vergütungen können in den Durchleitungsverträgen unangemessene Geschäftsbedingungen gestellt werden, welche die gleiche Wirkung erzielen. Zu denken ist etwa an unangemessen lange Vertragslaufzeiten, Koppelungsgeschäfte oder überhöhte Vorauszahlungen.

Wir beantragen, dass bezüglich den Aufgaben der Schiedskommission die sonstigen Geschäftsbedingungen in Durchleitungsverträgen der Höhe der Durchleitungsvergütung gleichgestellt werden.

Artikel 34: Durchleitungsvergütung und Veröffentlichung

Eine rein kostenorientierte Vergütungsberechnung bietet kaum Anreize für Effizienzsteigerungen. Deshalb sollte sog. anreizorientierten Regulierungen der Vorzug gegeben werden. Für die Einführung einer ersten anreizorientierten Price-Cap-Regulierung ist keine Übergangszeit erforderlich: Sobald die anrechenbaren Kosten gemäss Artikel 6 Absätze 2 und 3 E-EMV ermittelt sind, können diese für die Festlegung der Ertragsobergrenze während der ersten Regulierungsperiode verwendet werden. Diese erste Regulierungsperiode bietet anschliessend genügend Zeit, die Vergleichswerte gemäss Artikel 8 Absatz 1 E-EMV zu ermitteln, um in der zweiten Periode die endgültige Regulierungsmethode gemäss Artikel 8 E-EMV anzuwenden.

Wir beantragen, dass in der ersten Regulierungsperiode für alle Netzbetreiberinnen die jährliche Ertragsobergrenze den anrechenbaren Kosten gemäss Artikel 6 Absätze 2 und 3 EEMV im ersten Referenzjahr entspricht, bereinigt um die Veränderung des Preisindex und abzüglich des erwarteten Effizienzfortschrittes.

Eventualiter beantragen wir eine Übergangsfrist, deren Dauer in Jahren definiert ist.

Anhang - 4.2 Anrechenbare Betriebskosten

Installationskontrolle: Das System, das die Netzbetreiberin allein für die Installationskontrolle zuständig erklärte, wird mit der neuen Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (NIV) aufgegeben. Künftig lässt der Eigentümer einer Installation diese auf privatrechtlicher Basis von einem Fachmann erstellen, kontrollieren und instandhalten (Schreiben des UVEK an den Bundesrat vom 19. Oktober 2001 betreffend NIV, S. 3). Die Netzbetreiberin tritt demnach bezüglich Installationskontrollen in Konkurrenz mit anderen Anbietern. Entsprechend können die Kosten dieser Kontrollen nicht dem Netzbetrieb zugerechnet werden, sondern sind dem jeweiligen Auftraggeber in Rechnung zu stellen. Die revidierte NIV wurde vom Bundesrat am 7. November 2001 verabschiedet und soll auf den 1. Januar 2002 in Kraft treten.

Wir beantragen die Streichung der folgenden Formulierung: "Kosten und Verrechnung der Aufträge für Planung und Ausführung von Kontrollen".

Dienstleistungen: Beratungen können Marketing- oder PR-Aktivitäten der Stromversorgungsabteilung darstellen. Die Kostenart "Beratung" birgt daher die Gefahr von Missbrauch.

Wir beantragen eine Präzisierung, wonach nur Kosten von Beratungsleistung, welche Bund, Kantone oder Gemeinden der Netzbetreiberin zwingend vorschreiben, verrechnet werden können.

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza

B 3	1. Kaladent AG
-----	-----------------------

Beschwerdeentscheid vom 3. Oktober 2001 in Sachen Kaladent AG (Beschwerde vom 7. März 2001) gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 29. Januar 2001) betreffend Verfahrenskosten/Wiederherstellung der Beschwerdefrist

Es hat sich ergeben:

A. Die N. [...] beschwerte sich mit Schreiben vom 10. Februar 1997 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission darüber, dass die K. ihre marktbeherrschende Stellung missbrauche, indem sie ihre Kunden mittels eines Rabattsystems kartellrechtswidrig an sich binde und Kopplungsvereinbarungen abschliesse. [...]

Nach durchgeführter Vorabklärung eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 23. September 1999 eine Untersuchung gegen die K. betreffend die Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Dentalhandel.

Mittels Verfügung vom 29. Januar 2001 stellte die Wettbewerbskommission die Untersuchung gegen die K., [...], betreffend Wettbewerbsverhältnisse im schweizerischen Dentalhandel ein (Dispositiv-Ziffer 1) und auferlegte dieser die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...] (Dispositiv-Ziffer 2).

B. Gegen diese Verfügung erhob die K. (Beschwerdeführerin), vertreten durch (...), am 7. März 2001 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge, die Aufhebung von Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sowie den Verzicht, ihr Verfahrenskosten aufzuerlegen. Als Begründung bringt die Beschwerdeführerin unter anderem vor, für die Auferlegung von Verfahrenskosten liege keine genügende gesetzliche Grundlage vor. Zudem seien die Grundsätze für die Bemessung von Verwaltungsgebühren (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) verletzt. Im Weiteren stellt die Beschwerdeführerin die prozessualen Anträge auf Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen der Entscheide über die gegenwärtig hängigen Beschwerden gegen Kostenverfügungen der Wettbewerbskommission sowie die Einräumung einer Nachfrist zur Ergänzung der Beschwerdebegründung. Eine Sistierung rechtfertige sich, da im vorliegenden Verfahren die gleichen Rechtsfragen zu beantworten seien, wie bei den bereits hängigen Verfahren. Es gehe auch da insbesondere um die Rechtmässigkeit der den betroffenen Unternehmen auferlegten Verfahrenskosten.

C. Mit Schreiben vom 8. März 2001 wurde die Wettbewerbskommission eingeladen, sich vorläufig zum Sistierungsgesuch und zur Wahrung der Beschwerdefrist vernehmen zu lassen.

In ihrer Eingabe vom 19. März 2001 macht die Wettbewerbskommission im Wesentlichen geltend, die angefochtene Verfügung vom 29. Januar 2001 sei den Parteien am 31. Januar 2001 eingeschrieben (lettre signature) mit Rückschein versandt worden. Die Zustellung an die Beschwerdeführerin sei gemäss Rückschein am 2. Februar 2001 erfolgt. Die Beschwerdefrist habe folglich am 3. Februar 2001 zu laufen begonnen und am 5. März 2001 geendet. Demnach sei die Beschwerde vom 7. März 2001 verspätet eingereicht worden, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

Im Weiteren beantragt die Wettbewerbskommission die Abweisung des Sistierungsgesuchs, da im vorliegenden Verfahren andere Rechtsfragen zu beurteilen seien, als bei den anderen vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen noch hängigen Verfahren. Im hier zu be-

urteilenden Verfahren sei die Einstellung des Verfahrens auf die veränderte Marktstellung der Beschwerdeführerin zurückzuführen. Demgegenüber seien die Untersuchungen in den anderen Verfahren aufgrund von Verhaltensänderungen der Verfügungsadressaten während der Untersuchungsverfahren eingestellt worden.

Mit Schreiben vom 21. März 2001 lud die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die offenbar verspätete Beschwerdeeinreichung ein, sich vernehmen zu lassen.

Mit Eingabe vom 2. April 2001 stellt die Beschwerdeführerin folgenden Antrag:

"Es sei die Frist zur Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission in Sachen K. vom 29. Januar 2001 wiederherzustellen und die Beschwerde vom 7. März 2001 als rechtzeitig erfolgt zu betrachten und das Beschwerdeverfahren entsprechend den in der Beschwerdeschrift vom 7. März 2001 genannten Anträge anhand zu nehmen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

Als Begründung wird unter anderem geltend gemacht, eine Verkettung mehrerer unglücklicher Umstände habe dazu geführt, dass das Begleitschreiben und die Verfügung der Wettbewerbskommission mit falschem Eingangsdatum (5. Februar an Stelle vom 2. Februar 2001) gestempelt und im Empfangsheft notiert worden sei. Als Umstände werden insbesondere die krankheitsbedingte Abwesenheit einer für die Verteilung der Post zuständigen Person sowie der kurzfristige Einsatz einer temporären Aushilfe, welche am 2. Februar 2001 jedoch noch nicht instruiert gewesen sei, angeführt. Die beste Organisation könne nicht alle Eventualitäten mit hundertprozentiger Sicherheit abdecken. Da weder den bevollmächtigten Anwälten noch deren Hilfspersonen ein Verschulden vorgeworfen werden könne, sei die Frist unverschuldet nicht eingehalten worden, weshalb die Wiederherstellung zuzulassen sei.

Die Wettbewerbskommission beantragt mit Vernehmlassung vom 20. April 2001 die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der Beschwerdefrist und das Nichteintreten auf die Beschwerde. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsse sich der Vertreter das fehlerhafte Verhalten seines Angestellten anrechnen lassen, selbst wenn er alle notwendigen organisatorischen Massnahmen getroffen habe.

Mit Schreiben vom 15. August 2001 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche und mündliche Verhandlung im Sinne der EMRK vorgesehen sei.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
zieht in Erwägung:**

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2001 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1). Diese Verfügung kann nach Artikel 53 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerin ist durch die Auferlegung der Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 2) in der angefochtenen Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG).

Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Fraglich ist hingegen, ob die Beschwerdefrist eingehalten ist (Art. 50 VwVG).

2. Gemäss Artikel 50 VwVG ist eine Beschwerde innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tage der Frist der Behörde eingereicht oder zu deren Händen der schweizerischen Post übergeben werden (Art. 21 Abs. 1 VwVG).

Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2001 wurde von Herrn P., der in der Anwaltskanzlei (...) für die interne Postzustellung zuständig ist, gemäss Rückschein der Post am 2. Februar 2001 in Empfang genommen.

2.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist für die Zustellung einer Sendung nicht erforderlich, dass der Adressat sie tatsächlich in Empfang nimmt; es genügt, wenn sie in seinen Machtbereich gelangt und er demzufolge von ihr Kenntnis nehmen kann (BGE 122 I 139 E. 1, 115 IA 12 E. 3 mit Hinweisen). Es wird von der Beschwerdeführerin nicht behauptet, dass Herr P. nicht zum Empfang der fraglichen Sendung ermächtigt gewesen wäre. Mit der Entgegennahme der Verfügung der Wettbewerbskommission am 2. Februar 2001 erlangte die Beschwerdeführerin somit formell Kenntnis vom Inhalt der Verfügung. Am darauf folgenden Tag begann die 30-tägige

Beschwerdefrist zu laufen (Art. 20 Abs. 1 VwVG). Die ordentliche Beschwerdefrist lief somit - unter Berücksichtigung von Artikel 20 Absatz 3 VwVG - am 5. März 2001 ohne Erstreckungsmöglichkeit aus. Da für die Einhaltung der Frist das Datum der Postaufgabe, nämlich der 7. März 2001, massgebend ist, ergibt sich, dass die Beschwerde nicht innerhalb der Beschwerdefrist und somit verspätet eingereicht wurde (vgl. Art. 21 f. VwVG).

2.2. Mit Eingabe vom 2. April 2001 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei die Frist zur Einreichung der Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission wiederherzustellen und die Beschwerde vom 7. März 2001 als rechtzeitig erfolgt zu betrachten.

Wiederherstellung einer Frist kann erteilt werden, wenn der Geschwister oder sein Vertreter unverschuldet abgehalten worden ist, innert der Frist zu handeln, binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses ein begründetes Begehren um Wiederherstellung einreicht und die versäumte Rechtshandlung nachholt (Art. 24 Abs. 1 VwVG).

Das Gesetz lässt somit die Wiederherstellung nur zu, wenn der Partei (und gegebenenfalls ihrem Vertreter) kein Vorwurf gemacht werden kann.

Eine Fristversäumnis ist dann unverschuldet, wenn die säumige Partei aus hinreichenden, objektiven oder subjektiven Gründen abgehalten worden ist, fristgerecht zu handeln und wenn ihr auch keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 345). Dies ist beispielsweise der Fall bei derart schwerer Krankheit, dass die betroffene Person von der Rechtshandlung abgehalten wird und auch nicht in der Lage ist, eine Vertretung zu bestellen (BGE 112 V 255 E. 2a; 108 V 109 E. 2c). Demgegenüber genügt beispielsweise blosser Ferienabwesenheit oder Arbeitsüberlastung nicht. Die Partei, die einen Vertreter beauftragt oder eine Hilfsperson beigezogen hat, muss sich deren Versäumnisse anrechnen lassen (BGE 119 II 86 E. 2a). Selbst das Verhalten des Personals von Beauftragten fällt auf die auftraggebende Person zurück (BGE 114 Ib 67 E. 2).

Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin führen zu ihrer Entlastung an, sie hätten die angefochtene Verfügung mit Eingangsstempel vom 5. Februar 2001 erhalten. Durch die Vernehmlassung der Wettbewerbskommission habe sich nachträglich herausgestellt, dass der Empfangsschein auf der Post bereits am 2. Februar 2001 unterzeichnet worden sei. Eine Verkettung mehrerer unglücklicher Umstände habe zum unrichtigen Eingangsstempel geführt. So sei die an sich für die Postverteilung zuständige Person (Frau B.) ab dem 2. Februar 2001 für mehrere Tage krankheitsbedingt abwesend gewesen. Da die temporäre Aushilfe am 2. Februar 2001 noch nicht über die Postverteilung instruiert worden sei, sei die Sekretärin Frau E. hierzu beauftragt worden. In der Folge habe sie die eingeschriebene Sendung der Wettbe-

werbskommission übersehen. Am Montag, den 5. Februar 2001, sei die temporäre Aushilfe davon ausgegangen, dass der fragliche Brief an diesem Tag deponiert worden sei und habe das falsche Eingangsdatum angebracht.

Nach dem Wortlaut von Artikel 24 Absatz 1 VwVG schliesst auch das Verschulden des Vertreters die Wiederherstellung aus. Eine solche kommt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst dann nicht in Frage, wenn die Versäumung weder durch die Partei noch deren Parteivertreter, sondern ausschliesslich durch eine von diesem beauftragte Hilfsperson auf eine Weise verursacht wurde, die nicht als unverschuldetes Hindernis bezeichnet werden kann (BGE 114 Ib 67 E. 2e). Ein solches Verschulden ist im vorliegenden Fall darin zu erblicken, dass Frau E. am 2. Februar 2001 die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission übersehen und folglich nicht mit dem aktuellen Eingangsstempel versehen hat. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass Frau B., welche normalerweise für die Verteilung der Post zuständig ist, am fraglichen Tag krankheitsbedingt abwesend war. Wie die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin in ihrem Gesuch ausführen, kontrollieren sich Herr P. und Frau B. normalerweise gegenseitig, indem ersterer die Post vorsortiert und letztere diese mit einem Eingangsstempel versehen, im Empfangsheft einträgt und für die sofortige Zustellung an den zuständigen Rechtsanwalt sorgt. Wenn diese gegenseitige Kontrolle bereits vorgesehen ist, wenn die mit der Verteilung der Post üblicherweise betrauten Personen anwesend sind, müsste sie umso mehr stattfinden, wenn Personen infolge besonderer Umstände mit der Postverteilung betraut werden, die nicht die übliche Routine aufweisen. Jedenfalls hätte Frau E. mit einer entsprechenden Frage an Herrn P. leicht feststellen und kontrollieren können, wie viele Empfangsscheine er bei der Post unterschrieben habe. Es kommt hinzu, dass es sich bei Frau E. um eine fest angestellte Sekretärin handelt, die mit dem Posteingang und der -verteilung vertraut sein sollte. Jedenfalls handelt es sich bei einer krankheitsbedingten Abwesenheit der für die Postverteilung üblicherweise zuständigen Person - wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht - nicht um ein derart ausserordentliches und unvorhersehbares Ereignis, welches als unverschuldetes Hindernis im Sinne von Artikel 24 VwVG angesehen werden könnte.

Da sich die Vertreter das fehlerhafte Verhalten ihrer Angestellten anrechnen lassen müssen, erübrigt sich die Prüfung, ob die mit der Postverteilung betrauten Personen genügend instruiert wurden, und ob die organisatorischen Massnahmen, die das reibungslose Funktionieren der Anwaltskanzlei gewährleisten sollen, genügend sind.

Mit ihren Vorbringen vermögen die Beschwerdeführerin beziehungsweise deren Rechtsvertreter nicht darzutun, dass sie unverschuldet abgehalten worden sind, innert Frist den am 2. Februar 2001 eröffneten Entscheid der Wettbewerbskommission anzufechten.

3. Da die Voraussetzungen nicht gegeben sind, ist das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist abzuweisen.

Somit erweist sich die Beschwerde gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 29. Januar 2001 als verspätet eingereicht. Da die fristgemässe Einreichung der Beschwerde eine Prozessvoraussetzung darstellt (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 60), kann auf die vorliegende Beschwerde nicht eingetreten werden.

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, auf die prozessualen Anträge hinsichtlich Sistierung und Nachfristansetzung einzugehen.

4. Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 4a Bst. b der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Einer obsiegenden Partei dürfen nur Verfahrenskosten auferlegt werden, die sie durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht hat (Art. 63 Abs. 3 VwVG). - Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei, weshalb ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der Beschwerdefrist wird abgewiesen.
 2. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
 3. [Verfahrenskosten]
 4. [Rechtsmittel]
 5. [Eröffnung]
-

B 3	2. Aerztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ
-----	---

Beschwerdeentscheid vom 3. Oktober 2001 in Sachen Aerztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ (Beschwerde vom 7. Oktober 1999) gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 6. September 1999) betreffend Verfahrenskosten

Es hat sich ergeben:

A. Im Oktober 1997 lancierte die S. - eine als Verein organisierte Krankenkasse - im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung das neue Versicherungsprodukt "N.". Mit diesem Produkt erhalten Versicherte eine zehnpromzentige Prämienreduktion, wenn sie sich bereit erklären, "alle Untersuchungen und Behandlungen nur durch einen von der S. in einer Liste bezeichneten Leistungserbringer (Arzt, Spital, Physiotherapeuten, Apotheke etc.) durchführen zu lassen".

Mit Eingabe vom 27. November 1997 gelangte die S. an die Wettbewerbskommission und beantragte den Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie die Durchführung einer Vorabklärung und die Eröffnung einer Untersuchung gegen die A. Die S. machte eine kartellrechtswidrige Boykottierung von "N." durch die A. geltend. Mit Schreiben vom 1. Dezember 1997 an die Wettbewerbskommission präziserte die S., dass es beim Streit zwar um das S.-Produkt "N." gehe, die Ursache des Streites aber in der kartellistischen Struktur der Ärzteschaft liege und durch den Marktauftritt der Ärzte nicht nur die Interessen der S. tangiert werden, sondern auch jene der Patienten und des Gesundheitsmarktes als Ganzes. Angesichts der Widerstände in diversen Kantonen gegen "N." könne der S. nicht zugemutet werden, in den entsprechenden Kantonen vor dem zuständigen Zivilgericht einen Kartellzivilprozess zu führen.

Am 22. Januar 1998 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) der A. und der S. mit, es eröffne gegen die A. eine Untersuchung, weil im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen der A. gegenüber "einem neulancierten Versicherungsprodukt der S." aufgetaucht seien. Am 17. Februar 1998 wurde im Bundesblatt die Eröffnung einer Untersuchung betreffend Verhaltensweisen der A. "auf dem Markt für Versicherungsprodukte im ambulanten Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton X" amtlich bekannt gemacht.

Mit Verfügung vom 2. Februar 1998 hiess die Wettbewerbskommission das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen teilweise gut und untersagte der A., ihre Mitglieder aufzufordern, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes "N." streichen zu lassen (Dispositivziffer 1). Im Weiteren wurde die A. verpflichtet, innerhalb von 30 Ta-

gen nach Erlassdatum ihre Mitglieder über den Verfügungsinhalt schriftlich zu informieren und diese ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Kartellrechtswidrigkeit des im Schreiben vom 10. November 1997 enthaltenen Aufrufes der A., sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes "N." streichen zu lassen, glaubhaft gemacht worden sei (Dispositiv-Ziffer 2). Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission unter anderem an, angesichts der Zielrichtung des Krankenversicherungsgesetzes, die Vertragsvielfalt zwischen Leistungserbringern und Krankenversicherern zu fördern, seien alle Massnahmen unzulässig, welche Sonderverträge zwischen Krankenversicherern und einzelnen Leistungserbringern verhinderten.

Mit Schreiben vom 9. April 1998 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission ein Verwaltungsanktionsverfahren gegen die A., weil die - im Anschluss an die vorsorglichen Massnahmen erfolgte - Mitteilung der A. an ihre Mitglieder vom Februar 1998 Anhaltspunkte dafür ergeben hatte, dass die angeordneten Massnahmen nicht befolgt worden waren. Indessen kam die Wettbewerbskommission in der Folge zum Schluss, dass die A. die vorsorglichen Massnahmen rechtsgenügend umgesetzt hatte, und stellte daher mit Verfügung vom 6. Juli 1998 das Verwaltungsanktionsverfahren gegen die A. "ohne Folgen" ein.

Am 10. März 1999 schlug das Sekretariat den Parteien vor, die Untersuchung infolge Gegenstandslosigkeit einzustellen, nachdem sich die S. und die A. bereit gezeigt hatten, gemeinsam das umstrittene Versicherungsprodukt "N." weiterzuentwickeln.

Mit Verfügung vom 6. September 1999 stellte die Wettbewerbskommission die Untersuchung "auf dem Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton X" ein und hob gleichzeitig die am 2. Februar 1998 gegen die A. erlassenen vorsorglichen Massnahmen auf (Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die Kosten von insgesamt CHF [...] wurden der A. auferlegt (Dispositiv-Ziffer 3). Zur Kostenaufgabe hielt die Wettbewerbskommission insbesondere fest, die Gebührenpflicht hänge nicht von einer Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ab, sondern einzig von der Frage, wer durch sein Verhalten die Eröffnung eines formellen kartellrechtlichen Verfahrens verursacht habe. Die A. sei aufgrund ihres Verhaltens gegenüber dem Versicherungsprodukt "N." Verursacherin des Untersuchungsverfahrens und damit gebührenpflichtig.

B. Gegen diese Verfügung erhob die A. (Beschwerdeführerin), vertreten durch (...), am 7. Oktober 1999 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie stellt folgende Anträge:

" Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung WEKO vom 6. September 1999 im Verfahren 22/0185 sei aufzuheben und der A. keine Verfahrenskosten aufzuerlegen;

Eventualiter:

Der Beschwerdeführerin seien Verfahrenskosten in der Höhe von höchstens CHF [...] aufzuerlegen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes".

In der Begründung wird gerügt, es sei im vorinstanzlichen Verfahren nie materiell geprüft worden, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich das Kartellgesetz verletzt habe. Einzig geprüft worden seien "Anhaltspunkte", welche zur Eröffnung der Untersuchung geführt hatten. Daher seien im Titel der angefochtenen Verfügung lediglich "angeblich unzulässige Wettbewerbsabreden" beziehungsweise "angeblich unzulässige Verhaltensweisen" erwähnt. Es sei unzulässig ihr trotzdem Verfahrenskosten im Betrag von über CHF [...] aufzuerlegen.

In rechtlicher Hinsicht hält die Beschwerdeführerin fest, Dispositiv-Ziffer 3 müsse aufgehoben werden, weil die Gebührenverordnung zum Kartellgesetz, auf welche sich die Kostenaufgabe stütze, keine hinreichende formellgesetzliche Grundlage aufweise und die angefochtene Kostenregelung zudem verschiedene Verfassungsgrundsätze, wie namentlich die Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, das Willkürverbot und das Legalitätsprinzip im Abgaberecht verletze. Zudem sei sie gegen ihren Willen in ein in der Folge als gegenstandslos eingestelltes Verfahren einbezogen worden. Selbst wenn eine Gesetzesgrundlage bestünde, wäre die strittige Kostenaufgabe angesichts ihres im Gesetz nicht vorgesehenen pönalen Charakters unzulässig. Falls dieser Sicht nicht gefolgt werde, müssten die auferlegten Kosten angesichts des Äquivalenzprinzips zumindest erheblich reduziert werden, insbesondere weil sie weder die Kosten des Sanktionsverfahrens noch die mit der Akteneinsicht der S. verbundenen Kosten verursacht habe.

C. Am 22. November 1999 liess sich die Wettbewerbskommission in abweisendem Sinne zur Beschwerde vernehmen.

Im Wesentlichen macht die Vorinstanz geltend, es treffe zwar zu, dass sie keine abschliessende Beurteilung des fraglichen Marktes vorgenommen habe. Indessen stehe - entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin - die Einstellung des Verfahrens einer Kostenaufgabe nicht entgegen, nachdem sich die Beschwerdeführerin erst nach Vermittlung durch die Wettbewerbsbehörden dazu verpflichtet hatte, auf ihr kartellrechtswidriges Verhalten zu verzichten. Die Beschwerdeführerin bestreite nicht, dass genügend Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorhanden gewesen seien; zudem habe sie sich den von der Wettbewerbskommission erlassenen vorsorglichen Massnahmen gebeugt, weshalb ihr die Kartellrechtswidrigkeit ihres Verhaltens durchaus bewusst gewesen sei.

Des Weiteren verkenne die Beschwerdeführerin, dass eine genügende formellgesetzliche Grundlage für die Gebührenverordnung des Kar-

tellgesetzes vorliege und es seien keine Gründe für eine Reduktion der Verfahrenskosten im beantragten Umfang ersichtlich.

D. Mit Schreiben vom 10. April 2000 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche Verhandlung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehen sei.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1). Diese Verfügung kann nach Artikel 53 Absatz 2 KG (zitiert in E. 2) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerin ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ZGB (SR 210) und besitzt damit eigene Rechtspersönlichkeit. Sie ist durch die Auferlegung der Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 3) in der angefochtenen Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG).

Ihr Vertreter hat sich rechtsgenüßlich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251; Art. 1) 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. Nach Artikel 18 Absatz 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind: Sie gibt Empfehlungen (Art. 45 Abs. 2 KG) und Stellungnahmen

(Art. 46 Abs. 2 KG) an die politischen Behörden ab und erstattet Gutachten (Art. 47 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat verfassen für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. Art. 47 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat können für Gutachten eine nach dem Aufwand bemessene Gebühr verlangen (Art. 47 Abs. 2 KG). Gemäss Artikel 60 KG erlässt der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen.

Nach Artikel 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010) erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung.

Gestützt auf Artikel 60 KG und Artikel 4 des vorerwähnten Gesetzes erliess der Bundesrat die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2). Diese trat am 1. April 1998 in Kraft (Art. 10 KG-Gebührenverordnung). Der Geltungsbereich der genannten Verordnung ist in Artikel 1 wie folgt umschrieben:

"Diese Verordnung regelt die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat für Verwaltungsverfahren nach dem Kartellgesetz (KG) sowie für im Zusammenhang mit diesem Gesetz erbrachte Gutachten und sonstige Dienstleistungen.

Die Gebühren für Strafverfahren gemäss den Artikeln 54 und 55 KG richten sich nach den Bestimmungen der Verordnung vom 25. November 1974 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren".

Nach Artikel 2 KG-Gebührenverordnung ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Artikel 1 veranlasst. Artikel 3 KG-Gebührenverordnung regelt die "Gebührenfreiheit" wie folgt:

¹ Behörden des Bundes und, im Falle des Gegenrechts, der Kantone und Gemeinden bezahlen keine Gebühren. Vorbehalten bleiben Gebühren für Gutachten.

² Keine Gebühren bezahlen ferner:

- a. Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt;
 - b. Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt wird;
 - c. Unternehmen, die sich zusammenschliessen wollen (Art. 32 KG), wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine
-

Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen".

Nach Artikel 4 Absatz 1 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. 2 und 3 KG-Gebührenverordnung). Neben dem Aufwand nach Artikel 4 hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission und des Sekretariates zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

3. Die Wettbewerbskommission hat der Beschwerdeführerin mit Einstellungsverfügung vom 6. September 1999 in Anwendung von Artikel 2, 4 Absätze 1 und 2 sowie Artikel 5 KG-Gebührenverordnung für ihre Aufwendungen in der Zeit vom 9. April 1998 bis 7. September 1999 Kosten von insgesamt CHF [...] (bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] = [...] Stunden à CHF 130.--/h sowie CHF [...] für Auslagen) auferlegt (Dispositiv-Ziffer 3). Die Wettbewerbskommission hat in den Erwägungen (Ziff. 22) überdies festgehalten, für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt sei, werde gestützt auf Artikel 13 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041) eine Gebühr von CHF [...] erhoben. Diesen Betrag hat sie jedoch der Beschwerdeführerin im Dispositiv nicht auferlegt.

Die hier strittigen Kosten für das eingestellte Untersuchungsverfahren von insgesamt CHF [...] werden nach herrschender Meinung als Kausalabgaben qualifiziert, weil sie das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person "veranlasste" Amtshandlung ("staatliche Tätigkeit") bilden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, N. 2042 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Praxis; PIERRE MOOR, Droit administratif, volume III, Berne 1992, p. 364). Als kostenabhängig wird diese Abgabe bisweilen auch charakterisiert, weil sie insofern ein Entgelt für eine dem Abgabepflichtigen individuell zukommende Gegenleistung des Staates bildet, als sie Ersatz darstellt für die bei der Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung entstehenden Aufwendungen (vgl. LUKAS WIDMER, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Diss. Zürich 1988, S. 49 f. mit weiteren Hinweisen).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die von der Wettbewerbskommission ihr auferlegten Verfahrenskosten nicht zulässig seien, da die KG-Gebührenverordnung und damit die Kostenaufgabe im vorliegenden Fall keine genügende formellgesetzliche Grundlage aufweise.

4.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedürfen öffentliche Abgaben - abgesehen von Kanzleigebühren - einer Grundlage in einem formellen Gesetz (sog. Grundsatz der formellen Legalität;

vgl. BGE 123 I 248 E. 2 mit weiteren Hinweisen; vgl. dazu auch: LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 9). Dieser Grundsatz wurde nun auch in der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) explizit verankert (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV).

Das Legalitätsprinzip ist Ausfluss des Gewaltentrennungsprinzips. Aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung folgt, dass sich eine Gesetzesdelegation an den Ordnungsgeber auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken muss. Wo der Gesetzesvorbehalt gilt, sind erhöhte Anforderungen an die Delegationsnorm zu stellen, und die Delegation darf sich nicht in einer blossen Ermächtigung im Sinne der Schaffung einer Ordnungskompetenz erschöpfen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der Gesetzesvorbehalt sowohl für die Auferlegung von Pflichten, das heisst im Bereiche der so genannten "Eingriffsverwaltung", als auch, mit gewissen Einschränkungen, im Bereiche der "Leistungsverwaltung" (vgl. BGE 118 Ia 46 E. 5b; 103 Ia 369 E. 3 und E. 6).

Das Legalitätsprinzip erfüllt rechtsstaatliche und demokratische Funktionen. Durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes werden die Grundpfeiler des Rechtsstaates - Rechtssicherheit (Voraussehbarkeit), Rechtsgleichheit und Schutz der Freiheit des Individuums vor staatlichen Eingriffen - gewährleistet. In seiner demokratischen Funktion dient das Legalitätsprinzip der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, indem für bestimmte - wichtige - Rechtsgebiete eine Regelung in einem formellen Gesetz verlangt wird (vgl. MICHAEL BEUSCH, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung [Art. 164 BV] in: THOMAS GÄCHTER/MARTIN BERTSCHI, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 232; BGE 123 I 1 E. 2b).

4.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Erlassen (sowie neu auch nach Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV zu Bundesgesetzen) sind zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand sowie die Bemessungsgrundlagen der Abgabe festzulegen. Diese Anforderungen dürfen für gewisse Kausalabgaben, was die Vorgaben über die Abgabebemessung (nicht aber die Umschreibung des Kreises der Abgabepflichtigen und des Gegenstandes der Abgabe) anbelangt, in bestimmten Fällen herabgesetzt werden, namentlich dort, wo dem Bürger die Überprüfung der Gebühr auf ihre Rechtmässigkeit anhand von verfassungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips, ohne weiteres möglich ist, nicht aber dort, wo der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Das Legalitätsprinzip darf indessen weder seines Sinnes entleert, noch andererseits in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und den Praktikabilitätserfordernissen in einen unlösbaren Widerspruch gerät (vgl. BGE 126 I 180 E. 2a/bb; 125 I 173 E. 9; 124 I 247 E. 3; 123 I 248 E. 2; 122 I 61 E. 2a; 121 I 230 E. 3e; 121 I 273 E. 3a; 120 Ia 1 E. 3c; 120 Ia 171 E. 5; 120 Ia 265 E. 2a; HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 2096

ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I - L'état, Berne 2000, n. 1756, p. 620). Die Einhaltung des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips vermag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anforderung an die gesetzliche Festlegung der Abgabebemessung zu lockern, aber nicht eine formellgesetzliche Grundlage völlig zu ersetzen. Eine Lockerung ist jedoch nur möglich, wenn aus dem formellen Gesetz hervorgeht, dass eine kostendeckende Gebührenbemessung dem Zweck und Charakter der Abgabe entspricht (BGE 123 I 254 E. 2b/aa mit Hinweisen; LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 109). Auf die Festlegung der Höhe der Gebühr im formellen Gesetz kann unter Umständen verzichtet werden, wenn die staatliche Dienstleistung einen Handels- oder Marktwert aufweist, sodass die Abgabenhöhe nach marktwirtschaftlichen Mechanismen regulierbar ist. Dies gilt insbesondere für kostenabhängige Benützungsgebühren, zumal wenn die vom Staat erbrachte Leistung einen Handelswert aufweist (BGE 121 I 230 E. 3g; 118 Ia 320 E. 4c, je mit Hinweisen).

Im Übrigen müssen öffentliche Abgaben - wenn nicht notwendigerweise in allen Teilen auf der Stufe des formellen Gesetzes - so doch in genügender Bestimmtheit zumindest in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein (sog. Erfordernis des Rechtssatzes; Urteil des Bundesgerichts vom 9.6.1995 E. 5b/aa, ZBI 97/1996, S. 567; BGE 123 I 248 E. 2; HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 2095 und 2100a ff.). Die Voraussetzungen für die Erhebung der Abgabe müssen in den einschlägigen Rechtssätzen so genau umschrieben sein, dass der rechtsanwendenden Behörde kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichten für den Bürger hinreichend voraussehbar sind. Welche Anforderungen dabei an die gesetzliche Grundlage zu stellen sind, hängt von der Natur der jeweiligen Materie beziehungsweise der in Frage stehenden Leistung ab (vgl. BGE 105 Ia 134 E. 5a; 104 Ia 113 E. 4).

4.3. Hinsichtlich Kanzleigebühren verzichtet das Bundesgericht wegen ihrer meist geringen Höhe in konstanter Rechtsprechung auf das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage, da solche Gebühren jederzeit unter dem Gesichtspunkt des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips überprüfbar sind (BGE 126 I 180 E. 2a/bb). Ebenso hat das Bundesgericht in jüngerer Zeit bei Gebühren, die stark technischen Charakter aufweisen oder rasch wechselnden Verhältnissen unterworfen sind, auf das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage verzichtet, da sich der Betroffene hinsichtlich solcher Gebühren jederzeit auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip berufen kann (BGE 112 Ia 39 E. 2a; 106 Ia 201 E. 2a; 105 Ia 134 E. 5a, je mit Hinweisen).

5. Die allgemeine Problematik, wie eine formellgesetzliche Grundlage ausgestaltet sein muss, damit sie als rechtsgenüglige Basis für die Erhebung von Kausalabgaben gelten kann, gilt als eine der umstrittensten Fragen im Abgaberecht (vgl. LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 87 ff. mit weiteren Hinweisen).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die KG-Gebührenverordnung formellgesetzlich genügend abgestützt ist, um die Wettbewerbskommission zu ermächtigen, von der Beschwerdeführerin die im - zwischenzeitlich eingestellten - Untersuchungsverfahren angefallenen Verfahrenskosten zu fordern.

5.1. Das KG enthält eine gesetzliche Grundlage bezüglich Kostenauf-erlegung für Gutachten (vgl. Art. 47 Abs. 2 KG). Demnach können die Wettbewerbskommission und das Sekretariat für Gutachten eine nach dem Aufwand bemessene Gebühr verlangen. Eine spezielle Bestimmung für die Erhebung von Gebühren für andere Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden ist im KG indessen nicht vorgesehen.

Hingegen stützt sich die KG-Gebührenverordnung unter anderem auf Artikel 60 KG, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen erlässt.

Diese Norm ist in der Systematik des KG im 7. Kapitel unter dem Titel "Schlussbestimmungen" eingereiht. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber dem Bundesrat lediglich die Kompetenz eingeräumt, gesetzesvollziehendes Ordnungsrecht zu erlassen. Um zu bestimmen, was zulässiger Inhalt von Vollzugsverordnungen sein kann, ist beim Gesetzmässigkeitsgrundsatz anzusetzen. Soweit nach diesem Prinzip eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne - wie dies für öffentliche Abgaben der Fall ist - verlangt wird, kann sie eine Vollzugsverordnung nicht bieten. Da Artikel 60 KG die in Erwägung 42 genannten Anforderungen - wonach der Kreis der Abgabepflichtigen sowie Gegenstand und die Bemessung von Abgaben in einem Bundesgesetz zu regeln sind - nicht einhält, kann dieser Gesetzesnorm auch nicht das Gewicht einer generellen "Blankoermächtigung" zur Normierung abgaberechtlicher Bestimmungen zufallen (vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 93 f.; LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 23; vgl. zu Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV: GEORG MÜLLER, Formen der Rechtsetzung, in: Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 264 f.).

5.2. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das KG - im Unterschied zum Bundesgesetz vom 8. November 1934 über Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0; Art. 23 Abs. 4) - keine spezialgesetzliche Regelung zur Finanzierung der Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden enthält, obschon der institutionelle Rahmen der Wettbewerbskommission weitgehend dem Modell der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) angeglichen wurde (vgl. Art. 23 Abs. 4 BankG i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 24.2.1993 zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, S. 1369 ff., insbes. S. 1430, Ziff. 2.10.3; vgl. auch: BGE vom 11.11.1991 i. S. X. E. 6a, publiziert in: EBK-Bulletin, Heft 22 [1992], S. 43 ff.; im Vergleich dazu: Botschaft des Bundesrates vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 I 468, S. 628, Ziff. 3, nachfolgend: "Botschaft KG").

Ferner hat der Gesetzgeber - trotz Inkrafttretens des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes - auch in andern Bereichen staatlicher "Aufsichtstätigkeit" jeweils eine spezialgesetzliche Regelung zur Frage der Kostentragung getroffen (vgl. dazu beispielhaft: Art. 45 des Bundesgesetzes vom 9.10.1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände [Lebensmittelgesetz, LMG, SR 817.0] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 30.1.1989, BBI 1989 I 893 ff., 957 f., 995; Art. 48 des Bundesgesetzes vom 7.10.1983 über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 31.10.1979, BBI 1979 III 749 ff., 776, 780, 821, 833, 837, 847; Art. 55 des Bundesgesetzes vom 24.1.1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 29.4.1987, BBI 1987 II 1061 ff., 1174, 1221; Art. 24 des Bundesgesetzes vom 23.6.1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 5.5.1976, BBI 1976 II 873 ff., 908 f., 932; Art. 40 Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 [FMG, SR 784.10] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 10.6.1996, BBI 1996 III 1405 ff., 1440).

5.3. Nach Artikel 39 KG sind auf die kartellrechtlichen Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, scheidet mangels einschlägiger Regelung im hier zu beurteilenden Fall das VwVG, welches keine allgemeine gesetzliche Grundlage für die Auferlegung der Verfahrenskosten im (erstinstanzlichen) nichtstreitigen Verwaltungsverfahren enthält, als formellgesetzliche Grundlage aus für die Erhebung von Verwaltungsgebühren kartellrechtlicher Untersuchungsverfahren (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, N. 1172; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N. 371; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 3.4.1974 zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes, BBI I 1974, 1309 ff., 1330, Ziff. 335, nachfolgend: "Botschaft Bundeshaushalt").

6. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob im Sinne der Wettbewerbskommission Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes einen hinreichenden Delegationsrahmen für die in der KG-Gebührenverordnung vorgesehenen - hier strittigen - Verwaltungsgebühren der eingestellten Untersuchung bilden kann.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die vom Bundesrat erlassene KG-Gebührenverordnung der erforderlichen gesetzlichen Grundlage entbehre. Sie rügt, Artikel 4 des obgenannten Gesetzes verletze die Bundesgerichtspraxis zu den Delegationsgrundsätzen, weil der Kreis der Gebührenpflichtigen nicht umschrieben werde. Der Verfü-

gungsbegriff sei nicht geeignet zur Bestimmung des Kreises der Gebührenpflichtigen. Nicht gedeckt sei damit der vorliegende Fall, dass jemand gegen seinen Willen in ein - später als gegenstandslos eingestelltes - Verwaltungsverfahren einbezogen werde. Denn das Äquivalenzprinzip, wonach die Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis stehen müsse zum Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen habe, könne keine Korrektivfunktion übernehmen. Insofern habe die angefochtene Gebühr pönalen Charakter. So wie die Vorinstanz den Verursacherbegriff verstehe, werde im Falle der Durchführung einer kartellrechtlichen Untersuchung derjenige, dessen Verhalten Gegenstand der Untersuchung ist, immer kostenpflichtig, dies auch völlig unabhängig vom Ausgang der Untersuchung. Denn Artikel 3 KG-Gebührenverordnung sehe in diesen Fällen keine Gebührenfreiheit vor. Beurteilungsfehler der Wettbewerbsbehörden gingen daher finanziell immer zulasten des von der Untersuchung Betroffenen.

Dieser Ansicht widerspricht die Vorinstanz unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes bereits in einem Fall als "hinreichende gesetzliche Grundlage" für eine diese Gebührenpflicht näher spezifizierende bundesrätliche Verordnung anerkannt worden sei. Diese Bestimmung bilde eine hinreichende Grundlage für den hier angefochtenen Kostenspruch. Die vom Bundesrat erlassene KG-Gebührenverordnung enthalte die geforderten Spezifikationen in Bezug auf den Kreis der Gebührenpflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe. Mit der Kostenauflegung werde der Beschwerdeführerin nicht eine fehlende Kooperation oder ein trölerisches Benehmen vorgehalten, sondern lediglich das durch ihr Verhalten verursachte Handeln der Wettbewerbsbehörden in Rechnung gestellt. Da die Beschwerdeführerin sich ein kartellrechtswidriges Verhalten vorwerfen lassen müsse, welches nicht nur zur Eröffnung einer Untersuchung, sondern auch zum Erlass (nicht angefochtener) vorsorglicher Massnahmen geführt habe, stehe einer Subsumierung der hierfür angefallenen Verfahrenskosten unter den Verursacherbegriff nichts entgegen.

6.1. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes lautet wie folgt:

"Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung".

Zu dieser Gesetzesbestimmung hielt der Bundesrat in seiner Botschaft fest, es sei im Hinblick auf die angespannte Finanzlage des Bundes nicht mehr zu verantworten, wenn für Verfügungen, die im Interesse eines Privaten getroffen werden und welche der Verwaltung oft erhebliche Kosten verursachen, bloss eine Kanzleigebühr berechnet

werden könne. Bei andern Dienstleistungen, für die Gebühren erhoben werden sollen, seien insbesondere Gutachten des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu erwähnen. Diese könnten von Privaten wirtschaftlich weiterverwertet werden, was entsprechende angemessene Gebühren rechtfertige. Nicht unter diese Bestimmung sollten dagegen kleinere Verrichtungen der Verwaltung fallen (vgl. Botschaft "Bundeshaushalt", a.a.O., S. 1330 f.).

6.2. Wie die Wettbewerbskommission zutreffend erwähnt, hat sich das Bundesgericht bereits einmal mit der Tragweite von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes befasst und zwar im Kontext administrativer Dienstleistungen (nicht publiziertes Urteil vom 21.10.1996 i. S. R., 2A. 75/1996 flo). Damals ist es der Frage nachgegangen, ob diese Bestimmung eine genügende gesetzliche Grundlage bilde für die in der Verordnung vom 30. Januar 1985 über die Gebühren der diplomatischen und konsularischen Vertretungen der Schweiz (SR 191.11) vorgesehene Gebührenpflicht für "veranlasste" Dienstleistungen im Rahmen diplomatischer und konsularischer Amtstätigkeiten (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., E. 4c). Diese Frage bejahte das Bundesgericht. Es erkannte, dass Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als formelles Gesetz die bundesgerichtlichen Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen im Abgaberecht insofern erfüllt, als es ein formelles Gesetz ist, welches das Abgabeobjekt umschreibt ("Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung") und auch implizit den Kreis der Abgabepflichtigen bezeichnet ("Empfänger der Dienstleistungen"). Unter diesen Voraussetzungen hielt es fest, dass sich die in Artikel 1 der Verordnung vom 30. Januar 1985 erwähnten diplomatisch-konsularischen Dienstleistungen an den Delegationsrahmen von Artikel 4 des erwähnten Bundesgesetzes hielten. Des Weiteren erwog es mit Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft, die zulasten des Beschwerdeführers teilweise verrechnete staatliche Dienstleistung (i. c. die diplomatisch-konsularischen Bemühungen der Schweiz zu dessen Befreiung aus der Gefangenschaft durch die PKK) seien nicht auf völkerrechtlicher Grundlage im Namen der Eidgenossenschaft, sondern primär in seinem Namen, Interesse und zu seinem persönlichen Nutzen erfolgt. Die Behörde habe annehmen dürfen, dass der Betroffene um konsularischen Schutz ersucht hätte, wenn er die Möglichkeit dazu gehabt hätte. Weil der Beschwerdeführer letztlich durch sein Verhalten (Aufenthalt in offensichtlich gefahrenträchtigem Gebiet) die staatliche Intervention "veranlasst" hatte, wurde er - unter den gegebenen Umständen - im Sinne des anwendbaren Verordnungsrechts auch als grundsätzlich gebührenpflichtig erachtet (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., E. 6).

Das Bundesgericht hat in einem weiteren Entscheid, wo es wiederum um die Erhebung von Kosten im Zusammenhang mit konsularischen Dienstleistungen ging (Leistung einer Kautions zur Befreiung eines von

serbischen Militärpersonen festgehaltenen Schweizer, der im Rahmen des Projektes "Kulturbrücke Schweiz-Sarajevo" tätig war), diese Rechtsprechung bestätigt (nicht in der Amtlichen Sammlung publiziertes Urteil vom 14.8.2000 i. S. G. und W.-M. c. EDA, 2A.212/2000; publiziert in: Praxis 2/2001 Nr. 26, S. 159 ff.). Es hielt in diesem Urteil fest, es sei nicht erforderlich, dass der Betroffene ausdrücklich um eine Dienstleistung ersuche. Es sei vielmehr hinreichend, dass die Behörden aufgrund der objektiven Gegebenheiten davon ausgehen durften, im wohlverstandenen Interesse des Beschwerdeführers zu handeln, der nicht in der Lage war, selber um Gewährung von konsularischem Schutz nachzusehen (BGE vom 14.8.2000, a.a.O., E. 2).

6.3. Die vorstehend zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung erlaubt folgende Schlussfolgerungen:

Vorab fällt auf, dass das Bundesgericht die sich erstmals stellende Problematik als Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung eingestuft und im Verfahren nach Artikel 15 Absatz 2 OG (SR 173.110) in einer Besetzung mit fünf Richtern behandelt hat (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., Rubrum). Dies ist auch ohne weiteres einsehbar, zumal Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als "Blankovollmacht" formuliert ist und dem Wortlaut nach den Bundesrat generell ermächtigt, die der Verwaltung durch deren Verfügungen und Dienstleistungen erwachsenen Kosten auf den die staatlichen Institutionen in Anspruch nehmenden Bürger abzuwälzen.

In diesem Kontext wird in der Lehre zu Recht auf die Gefahr hingewiesen, dass das formelle Legalitätsprinzip (vgl. E. 4.1 und E. 4.2) zur Farce würde, wenn eine derartige Generalermächtigung tatsächlich in grossem Rahmen zur Erhebung von Gebühren herangezogen würde (vgl. LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 82 f.). Insofern birgt eine allzu extensive Gesetzesauslegung von Artikel 4 dieses Gesetzes in der Tat die Gefahr, dass das formelle Legalitätsprinzip in übermässigem Masse aufgeweicht werden könnte, ohne dass der mit der Delegation bezweckten faktischen Verlagerung des demokratischen Gesetzgebungsprozesses auf die Exekutive verfassungskonform Rechnung getragen würde (vgl. LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 156, mit Verweis auf THOMAS FLEINER, Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Freiburg 1972, S. 100). Diese Problematik ruft daher nach einer verfassungskonformen - und damit zwangsläufig restriktiven - Auslegung von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (vgl. zur verfassungskonformen Auslegung: HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, N. 127 ff. mit weiteren Hinweisen).

Ferner hat das Bundesgericht zur inhaltlichen Tragweite von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes klar Stellung bezogen. Unter Verweis auf die "Botschaft

Bundshaushalt" (a.a.O., S. 1330 f.) ist es bei der Auslegung der unter Artikel 4 fallenden "Dienstleistungen" der bundesrätlichen Deutung gefolgt, wonach es angesichts der angespannten Finanzlage des Bundes nicht mehr zu verantworten sei, wenn für im Interesse eines Privaten getroffene Amtshandlungen, welche der Verwaltung oft hohe Kosten verursachen, bloss Kanzleigeühren berechnet werden dürften. Diese bundesrätlichen Erläuterungen hat das Bundesgericht im Ergebnis mit dem massgeblichen Willen des Gesetzgebers gleichgesetzt (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., E. 6c; vgl. dazu auch den Ansatz des Bundesrates in seiner Verordnung vom 23.8.1989 über Gebühren für Dienstleistungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung [SR 642.31], die sich ebenfalls einzig auf Artikel 4 dieses Bundesgesetzes stützt; Art. 1 Abs. 2 und 3).

7. Das Bundesgericht hat im vorzitierten Entscheid Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als hinreichende gesetzliche Grundlage für die Auferlegung von Kosten an den Empfänger der Dienstleistung ("wer Dienstleistungen veranlasst") anerkannt. Daraus schliesst die Wettbewerbskommission, dass auch für die KG-Gebührenverordnung, welche sich ebenfalls auf Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes stützt, eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung der strittigen Gebühren bestehe.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch von den in den vorerwähnten Bundesgerichtsentscheiden beurteilten Sachverhalten insofern, als hier die Gebühr nicht derjenigen Partei, welche die "Dienstleistungen veranlasst" hatte, auferlegt wurde. Denn die Wettbewerbskommission hat entschieden, die A. sei gebührenpflichtig, da diese aufgrund ihres Verhaltens gegenüber dem Versicherungsprodukt "N." Verursacherin des kartellrechtlichen Verfahrens gewesen sei. Damit stützt sich die Wettbewerbskommission auf den ersten Teil des Artikels 2 KG-Gebührenverordnung ab, wonach "gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht". Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob sich die in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung erwähnte Auferlegung der Kosten an den Verursacher eines Verwaltungsverfahrens an den Delegationsrahmen von Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes hält.

7.1. Eine Gesetzesbestimmung ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, solange der Wortlaut einer Norm deren wirklichen Sinn wieder gibt. Dabei sind die drei Amtssprachen grundsätzlich gleichwertig (BGE 116 II 525 E. 2 a mit Hinweisen). Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben. Indessen vermag allein die an der Entstehungsgeschichte orien-

tierte Auslegung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen. Diese Regelungsabsicht und die vom Gesetzgeber in Verfolgung dieser Absicht erkennbar getroffenen Wertentscheidungen bleiben für den Richter verbindliche Richtschnur, auch wenn er das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung neuen, vom Gesetzgeber nicht voraussehbaren Umständen anpasst oder es ergänzt. Der Richter hat zuerst den entstehungszeitlichen Sinn einer Norm zu ermitteln und erst danach zu prüfen, ob objektive Gründe eine Rechtsfortbildung erheischen (vgl. BGE 114 Ia 191 E. 3b/bb mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall stimmt der Wortlaut von Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes bezüglich der Umschreibung des Abgabeobjektes (und implizit auch hinsichtlich des Kreises der Abgabepflichtigen) in der italienischen und der französischen Fassung überein ("...per decisioni e altre prestazioni dell'Amministrazione federale" und "...pour les décisions et les autres prestations de l'administration fédérale"). Im deutschsprachigen Text hingegen ist der Wortlaut der Norm deutlich weiter konzipiert, wird dort ganz allgemein von Gebühren ("...für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung") gesprochen. Da der Wortlaut der Gesetzesnorm in den drei Amtssprachen nicht übereinstimmt und damit nicht eindeutig ist, muss die Gesetzesbestimmung nach Sinn und Zweck und den ihr zugrunde liegenden Wertungen ausgelegt werden. Dabei ist auf die Materialien zurückzugreifen.

Der Bundesrat hat in seiner "Botschaft Bundeshaushalt" (BBI 1974 I 1309 f.) festgehalten, es sei im Hinblick auf die angespannte Finanzlage des Bundes nicht mehr zu verantworten, wenn für Verfügungen, die im Interesse eines Privaten getroffen werden und welche der Verwaltung oft erhebliche Kosten verursachen, bloss eine Kanzleigebühr berechnet werden könne. Bei andern Dienstleistungen, für die Gebühren erhoben werden sollen, seien insbesondere Gutachten des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements sowie Arbeiten der Vermessungsdirektion zu erwähnen. Beide Arbeiten könnten von Privaten wirtschaftlich weiterverwertet werden, was entsprechende angemessene Gebühren rechtfertige (BBI 1974 I 1330 f.).

Wesentlich für die Gebührenpflicht war nach dem Willen des Gesetzgebers somit, dass der Staat im Interesse eines Privaten tätig geworden ist und eine Verfügung erlassen oder eine andere Dienstleistung erbracht hat. Nur die französische und die italienische Fassung des Artikels 4, welche die Verfügungen als eine Art von Dienstleistungen nennen, geben den wahren Sinn der Norm wieder. Die Formulierung dieser Gesetzesnorm in deutscher Sprache ist zu vage und bringt die Absicht des Gesetzgebers unzureichend zum Ausdruck. Eine Auslegung im Sinne einer "zeitgemässen" ("geltungszeitlichen") Interpretation, welche eine Fortbildung des Rechts ermöglichen würde, fällt hier nicht in Betracht. Denn eine Gesetzesauslegung nach dem "mutmasslichen

oder hypothetischen Willen" des Gesetzgebers könnte das Legalitätsprinzip aushöhlen und das Prinzip der Gewaltenteilung relativieren (vgl. BGE 123 I 254 E. 2f; GEORG MÜLLER in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, zu Art. 4, Stand Mai 1995, Ziff. 77, mit Kritik an BGE 120 Ia 1 E. 3 [dazu ebenfalls kritisch: JÖRG PAUL MÜLLER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts der Jahre 1994 und 1995, ZBJV 1996, S. 716 f.]; zur zeitgemässen bzw. geltungszeitlichen Auslegung: HÄFELIN/HALLER, a.a.O., N. 96 ff. mit Beispielen).

7.2. Nachdem im Sinne der vorstehenden Erwägungen nur Verfügungen, welche im Interesse eines Privaten getroffen werden, gebührenpflichtig sind, bleibt nachfolgend zu prüfen, ob Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes eine tragfähige Grundlage für die in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung vorgesehene Kostenpflicht von "Verfahrensverursachern" ist ("Gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht ...").

Aus dieser Verordnungsbestimmung leitet die Vorinstanz die Abgabepflicht der Beschwerdeführerin ab, weil diese durch ihr Verhalten die Eröffnung eines formellen Untersuchungsverfahrens gemäss Kartellgesetz verursacht habe. Eine Gebührenpflicht würde nur dann entfallen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hätte (Art. 3 Abs. Bst. a KG-Gebührenverordnung). Da im vorliegenden Fall diese Ausnahmebestimmung nicht greife, sei die Beschwerdeführerin gebührenpflichtig.

Demgegenüber bestreitet die Beschwerdeführerin, dass Artikel 4 des fraglichen Gesetzes eine rechtsgenügeliche Grundlage darstelle, um dem "Verursacher" eines Untersuchungsverfahrens Gebühren aufzuerlegen. So wie die Vorinstanz den Verursacherbegriff verstehe, werde im Falle der Durchführung einer kartellrechtlichen Untersuchung derjenige, dessen Verhalten Gegenstand der Untersuchung sei, immer kostenpflichtig und zwar völlig unabhängig vom Ausgang der Untersuchung; dies auch wenn die Untersuchung - wie im vorliegenden Fall - wegen Gegenstandslosigkeit eingestellt werde und selbst dann, wenn die Untersuchung bei materieller Prüfung kein kartellrechtswidriges Verhalten aufdecke.

7.3. Nach Artikel 2 KG-Gebührenverordnung ist der Verursacher eines Untersuchungsverfahrens gebührenpflichtig. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission gilt als Verursacher derjenige, der durch sein (möglicherweise) wettbewerbswidriges Verhalten ein Kartellverwaltungsverfahren auslöst.

Das Verursacherprinzip ist auch in andern Rechtsbereichen vorgesehen. Im Bereich des Umweltschutzes beispielsweise hat das Bundesgericht die allgemeine Festlegung des Verursacherprinzips in Artikel 2 USG, welches eine ähnlich lautende Formulierung enthält ("Wer Massnahmen nach diesem Gesetz verursacht, trägt die Kosten dafür") als

nicht genügend bestimmte, unmittelbar anwendbare gesetzliche Grundlage für eine Kostenauflegung betrachtet (BGE 123 I 248 E. 3). Nach Auffassung des Bundesgerichts bedürfe dieses Verursacherprinzip einer Konkretisierung durch die nach Artikel 48 USG zu erlassenden Gebührenregelungen (BGE 123 I 248 E. 3; 119 Ib 389 E. 4).

Im hier zu beurteilenden Sachverhalt ist vorerst festzuhalten, dass der Begriff "Verursacher" nicht bereits auf Gesetzes-, sondern erst auf Verordnungsstufe explizit erwähnt wird. Geht man davon aus, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Umschreibung des "Verursachers" in Artikel 2 USG als zu unbestimmt beurteilt wurde, dann muss dies auch für die inhaltlich gleich lautende Formulierung in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung gelten, wonach "gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht". Im Unterschied zu Artikel 48 USG werden hier jedoch die gebührenpflichtigen Handlungen nicht konkretisiert, nicht einmal auf Verordnungsstufe. In der KG-Gebührenverordnung ist einzig in einer negativen Umschreibung "Gebührenfreiheit" vorgesehen für Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Mithin sind nach der KG-Gebührenverordnung alle anderen Amtshandlungen der Wettbewerbskommission und des Sekretariates gebührenpflichtig und nach Ansicht der Vorinstanz vom betroffenen "Verursacher" eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens auch zu tragen.

Insofern wird nach dem Verständnis der Wettbewerbskommission stets derjenige kostenpflichtig, gegen den von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung durchgeführt wurde. Der Begriff des gebührenpflichtigen Verursachers wird von der Vorinstanz so weit gefasst, dass die Verwaltungsgebühren - unabhängig vom Ausgang eines Verfahrens - stets dem Verursacher auferlegt werden, egal ob eine Untersuchung wegen Gegenstandslosigkeit eingestellt wird oder diese bei materieller Prüfung ergibt, dass kein kartellrechtswidriges Verhalten vorliegt.

Angesichts des massgebenden Willens des Gesetzgebers zu Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (vgl. E. 7.1) soll jedoch bloss derjenige Private gebührenpflichtig werden, der Dienstleistungen der Verwaltung beansprucht oder in seinem Interesse Verwaltungsverfahren in Gang setzt und damit auch Verwaltungsaufwand verursacht. Mit anderen Worten soll das Verursacherprinzip bezüglich Verfahrenskosten für den Bereich der "Leistungsverwaltung" ausschliesslich dann gelten, wenn im Interesse des Leistungsansprechers Dienstleistungen erbracht oder Verfügungen getroffen werden. Daher reicht im hier zu beurteilenden Zusammenhang Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Ver-

besserung des Bundeshaushaltes als gesetzliche Grundlage für die Erhebung der strittigen Gebühren von CHF [...] nicht aus.

7.4. Entgegen der Auffassung der Wettbewerbskommission kann auch aus der Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom 15. August 1997 im Rahmen der Ämterkonsultation zur KG-Gebührenverordnung nicht der Schluss gezogen werden, Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes könne als formellgesetzliche Grundlage zur Auferlegung der Gebühren an den "Verursacher" eines Verwaltungsverfahrens herangezogen werden. So führte das Bundesamt für Justiz bezüglich Artikel 2 KG-Gebührenverordnung aus, es wäre besser, bestimmte Tatbestände zu formulieren, die gebührenpflichtig seien (wie z.B. "wer Anträge stellt und damit unterliegt" [Bst.a]; "wer Massnahmen zu seinen Lasten verursacht" [Bst. b]; "wer Gutachten in Auftrag gibt" [Bst. c]; "wer Dienstleistungen in Anspruch nimmt" [Bst. d]). Das Bundesamt für Justiz brachte in diesem Zusammenhang einen Vorbehalt an, indem es ausführte, "eventuell müsste das Gesetz daraufhin überprüft werden, welche Massnahmen nach Buchstabe b in Betracht kämen beziehungsweise ob weitere Tatbestände denkbar sind" (vgl. Stellungnahme Bundesamt für Justiz vom 15. August 1997, Ziffer 1.3).

7.5. Betreffend die Bemessung der Gebühr sieht Artikel 4 KG-Gebührenverordnung vor, dass sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand bemisst, ein Stundenansatz von CHF 130.-- gilt und die Gebühr je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden kann.

Gemäss Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes hat die Gebühr "angemessen" zu sein. Mit "Angemessenheit" wird das Äquivalenzprinzip angesprochen, welches die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstellt. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss. Der Wert der Gegenleistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen, den sie für den Pflichtigen bringt, oder nach dem auf sie entfallenden Kostenaufwand des Gemeinwesens (vgl. BGE 126 I 180 E. 3a/bb mit Hinweisen; 120 Ia 171 E. 2a). Die Gebühr erscheint damit als Entgelt für eine individuell nutzbare Verwaltungsleistung (vgl. auch Botschaft "Bundeshaushalt", S. 1331). Möglicher Massstab zur Bemessung des Wertes der gegenüber dem Gebührenpflichtigen erbrachten Leistung können die der Verwaltung entstandenen Kosten sein. Das ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin nach Artikel 4 - wonach der durch das Verwaltungshandeln Begünstigte gebührenpflichtig ist - nicht abgabepflichtig sein kann. Denn im vorliegenden Fall, wo die Beschwerdeführerin gegen ihren Willen in ein Untersuchungsverfahren einbezogen und dieses dann als gegenstandslos eingestellt worden ist, hat

die von der Vorinstanz erbrachte "Leistung" für die Beschwerdeführerin - wie diese zu Recht einwendet - keinen Wert.

Die Wettbewerbskommission macht geltend, mit der streitigen Gebühr werde auch das Kostendeckungsprinzip beachtet. Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht oder nur geringfügig übersteigen (BGE 124 I 11 E. 6c mit Hinweisen). Selbst wenn das Kostendeckungsprinzip im konkreten Fall eingehalten wäre, vermag dies eine formellgesetzliche Grundlage nicht völlig zu ersetzen, sondern allenfalls zu lockern, wenn aus dem formellen Gesetz hervorgeht, dass eine kostendeckende Gebührenbemessung dem Zweck der Abgabe entspricht (vgl. E. 4.2). Indessen kostendeckende Gebühren bereits von demjenigen zu verlangen, der ein Verwaltungsverfahren "verursacht" hat, ist in Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes nicht vorgesehen.

Festzuhalten ist, dass der Staat viele Dienstleistungen erbringt, für welche er nicht kostendeckende Gebühren verlangt. Ob und wieweit eine bestimmte finanzielle Aufwendung des Gemeinwesens mittels Gebührenerhebung auf die Betroffenen überwältzt oder ob eine staatliche Aufwendung über die allgemeinen Steuern von der Gesamtheit der Bevölkerung getragen werden soll, ist eine politische Frage, die der formelle Gesetzgeber zu beantworten hat (vgl. WIDMER, a.a.O., S. 88).

8. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes sieht eine Gebührenpflicht für Amtstätigkeiten vor, die im Interesse eines Privaten erbracht werden. Demgegenüber wird ein kartellverwaltungsrechtliches Untersuchungsverfahren vorwiegend im öffentlichen Interesse durchgeführt. Der Kartellgesetzgeber hat - im Sinne der generellen Zielrichtung, 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), - für die Konkretisierung der materiellen Bestimmungen des KG (vgl. Art. 5 ff.) sowohl ein verwaltungs- als auch ein zivilrechtliches Verfahren vorgesehen. Denn die materiellen Regelungen des KG sind als so genannte Doppelnormen zugleich öffentlich-rechtlicher wie auch privatrechtlicher Natur (vgl. "Botschaft KG", S. 587, Ziff. 24; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 1 f.; zum Begriff der Doppelnormen: HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 214 ff; GYGI, a. a. O., S. 42).

Angesichts dieser beiden Verfahrenstypen zur Durchsetzung des materiellen Kartellrechts steht im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren das anerkannte öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ("wirksamen Wettbewerb") im Vordergrund, während das Kartellzivilrecht in erster Linie dem Schutz des einzelnen Wirt-

schaftssubjektes vor Wettbewerbsbeschränkungen und damit vornehmlich deren privaten Interessen dient (vgl. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1998, § 21 Rz. 68, S. 462; vgl. auch REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 607; PAUL RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, S. 148; derselbe, Kartellverwaltungsverfahren, in: SIWR V/2, Basel, Genf und München 2000, S. 429; PATRIK DUCREY, Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2000, S. 122 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Praxis der WEKO und der Zivilgerichte).

Diese vom Kartellgesetzgeber vorgesehene Zweiteilung der Verfahren zur Konkretisierung des KG macht deutlich, dass kartellverwaltungsrechtliche Verfahren primär - im öffentlichen Interesse - dem Funktions- und nicht dem Individualrechtsschutz dienen und daher auch nicht primär im Interesse eines Privaten getroffen werden. Insofern kann gesagt werden, dass Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes mit seiner auf die Privatinteressen der Verfügungsadressaten ausgerichteten Zweckrichtung diese Situation nicht mehr deckt, nachdem die im Untersuchungsverfahren anfallenden verpflichtenden und gestaltenden Verfügungen nicht primär im Interesse von Privaten getroffen werden.

9. Zusammenfassend ist nach dem Ausgeführten festzuhalten, dass die KG-Gebührenverordnung - soweit sie (im Sinne einer allgemeinen "Verursacherhaftung") Kosten für das im öffentlichen Interesse durchgeführte und in der Folge eingestellte Untersuchungsverfahren auf die Beschwerdeführerin direkt abwälzen will - den gesetzlichen Delegationsrahmen von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes klar sprengt. Die gestützt auf die KG-Gebührenverordnung hier angefochtenen Verfahrenskosten verletzen somit das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, weshalb Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben ist.

Auch eine Gebührenerhebung für erstinstanzliche Verfügungen gestützt auf Artikel 13 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kostenverordnung, SR 172.041.0) fällt hier nicht in Betracht, zumal sich auch diese Ordnungsbestimmung ausschliesslich auf Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes stützt.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin am 19. Oktober 1999 geleistete Kostenvorschuss ist ihr zulasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 Kostenverordnung).

Der Beschwerdeführerin, welche sich anwaltlich vertreten liess, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihr ist zulasten der Wettbewerbskommission eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Vertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Artikel 8 Absätze 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. September 1999 wird aufgehoben.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittel]
5. [Eröffnung]

B 3	3. BKW FMB Energie AG
-----	------------------------------

Beschwerdeentscheid vom 3. Oktober 2001 in Sachen Z AG, vertreten durch (...) (Beschwerde vom 8. März 2000) gegen Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern (Verfügung vom 7. Februar 2000), betreffend Verfahrenskosten

Es hat sich ergeben:

A. Im März 1999 ersuchten die X AG sowie die Y AG das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), ein kartellrechtliches Verfahren gegen die Z AG zu eröffnen, weil diese ihnen gegenüber ihre marktbeherrschende Stellung als Elektrizitätsversorgerin missbraucht habe.

Nach Durchführung einer Vorabklärung durch das Sekretariat eröffnete die Wettbewerbskommission am 13. Juli 1999 gegen die Z AG eine Untersuchung zur Frage, ob deren Weigerung, elektrischen Strom der Y AG gegen Entgelt über ihr Leitungsnetz zur Betriebsstätte der X AG in (...) zu leiten, eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstelle.

Gegen das Schreiben vom 13. Juli 1999, mit welchem den Parteien die Eröffnung der Untersuchung mitgeteilt worden war, erhob die Z AG am 13. Juli (bzw. am 24.8.) 1999 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Darin beantragte sie im Ergebnis die Einstellung der angefochtenen Untersuchung sowie die Feststellung, dass die

Wettbewerbskommission nicht zuständig sei, die Rechtmässigkeit der Verweigerung der Stromdurchleitung über ihr Netz zu beurteilen.

Am 17. Dezember 1999 schloss die X AG mit der Z AG einen neuen Stromlieferungsvertrag ab, in welchem die vollständige Versorgung ihrer Betriebsstätte in W. geregelt wurde. Des Weiteren löste sie in der Folge per 31. Dezember 1999 ihren Unterbeteiligungsvertrag vom 19. Oktober 1998 mit der Y AG auf.

Angeichts dieser Sachlage stellte die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 7. Februar 2000 die Untersuchung gegen die Z AG ein (Dispositiv-Ziffer 1). Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] wurden der Z AG auferlegt (Dispositiv-Ziffer 2). Dazu hielt die Wettbewerbskommission insbesondere fest, die Gebührenpflicht hänge nicht von einer Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ab, sondern einzig von der Frage, wer durch sein Verhalten die Eröffnung eines formellen kartellrechtlichen Verfahrens verursacht habe. Die Z AG sei aufgrund ihres Verhaltens gegenüber der X AG und der Y AG Verursacherin des Untersuchungsverfahrens und damit gebührenpflichtig.

Infolge Einstellung des Untersuchungsverfahrens schrieb die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das bei ihr am 13. Juli 1999 eingeleitete Beschwerdeverfahren mit Verfügung vom 3. November 2000 als gegenstandslos geworden ab.

B. Gegen die Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 erhob die Z AG (Beschwerdeführerin), vertreten durch (...), am 8. März 2000 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Darin beantragt sie unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung von Ziffer 2 des Dispositivs, mit welcher ihr die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...] auferlegt wurden.

Zur Begründung rügt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, mangels Zuständigkeit hätte die Wettbewerbskommission gar nie eine Untersuchung eröffnen dürfen. Denn sie erfülle mit der Stromversorgung nach (...) Energiegesetz eine öffentliche Aufgabe und sei zu diesem Zweck mit besonderen Rechten ausgestattet, welche ihr eine wettbewerbsausschliessende Sonderstellung einräumten. Insofern wäre es willkürlich, wenn die sachlich unzuständige Vorinstanz sie rechtswidrig in ein Verfahren hineinziehen und ihr - unter dem Titel angeblicher "Verfahrensverursachung" - auch noch die entsprechenden Kosten auferlegen dürfte.

In rechtlicher Hinsicht hält die Beschwerdeführerin fest, Dispositiv-Ziffer 2 müsse auch aufgehoben werden, weil die Gebührenverordnung zum Kartellgesetz, auf welche sich die Kostenaufgabe stütze, keine hinreichende formellgesetzliche Grundlage aufweise und die angefochtene Kostenregelung zudem namentlich den Verfassungsgrundsatz des Legalitätsprinzips im Abgaberecht verletze. Selbst wenn

eine Gesetzesgrundlage bestünde, wäre die strittige Kostenaufgabe angesichts ihres im Gesetz nicht vorgesehenen "Strafcharakters" unzulässig. Des Weiteren stützten sich die rechtlichen Vermutungen der Wettbewerbskommission auf einen willkürlich festgestellten und durch kein Beweisverfahren erhärteten Sachverhalt, weshalb eine allfällige Kostenaufgabe ohne eingehende Prüfung der von ihr geltend gemachten objektiven Rechtfertigungsgründe nicht in Frage kommen könne.

C. Am 1. Mai 2000 liess sich die Wettbewerbskommission in abweisendem Sinne zur Beschwerde vernehmen.

Im Wesentlichen macht die Vorinstanz geltend, sie sei - entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin - zur Durchführung der Untersuchung gesetzlich ermächtigt gewesen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass die Gebührenverordnung zum Kartellgesetz über eine genügende formellgesetzliche Grundlage verfüge und insbesondere den Kreis der Gebührenpflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe umschreibe. Da die Beschwerdeführerin Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung geliefert habe, falle eine Gebührenbefreiung nicht in Betracht. Ferner gehe auch der Vorwurf fehl, die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung seien aufgrund einer willkürlichen Sachverhaltsfeststellung angenommen worden. Denn die Ermittlung entsprechender Anhaltspunkte setze gerade keine abschliessende und definitive Sachverhaltsfeststellung voraus. Ausserdem habe es die Beschwerdeführerin versäumt, im Untersuchungsverfahren die vorgelegten Fragen zu beantworten, und insofern unterlassen, die festgestellten Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch eine Substanziierung der von ihr jetzt vorgebrachten objektiven Rechtfertigungsgründe zu widerlegen. Schliesslich sei es absurd, die Auferlegung der Verfahrenskosten einer strafrechtlichen Sanktion gleichzustellen.

Am 26. Mai 2000 nahm die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung. Darin bestreitet sie die ihr vorgeworfenen Versäumnisse und weist darauf hin, dass die Beantwortungsfrist von der Vorinstanz selbst auf unbestimmte Zeit ausgesetzt worden sei.

Dieser Eingabe hielt die Vorinstanz am 14. Juni 2000 entgegen, der Kostenentscheid werde nicht mit dem Verhalten der Beschwerdeführerin während des Untersuchungsverfahrens begründet, sondern basiere einzig auf dem Umstand, dass während des ganzen Verfahrens Anhaltspunkte für das Bestehen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung vorlagen.

D. Mit Schreiben vom 1. November 2000 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche Verhandlung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehen sei.

Mit Eingabe vom 8. November 2000 reichte der Vertreter der Beschwerdeführerin seine Kostennote ein und führte aus, seiner Mandantin sei bei Obsiegen eine Parteientschädigung von CHF (...) zuzusprechen.

Am 20. Dezember 2000 übermittelte die Beschwerdeführerin der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein Schreiben der Vorinstanz vom Vortag, in welchem sie - unter Hinweis auf die angebliche Rechtskraft der Abschreibungsverfügung vom 3. November 2000 - zur Bezahlung der ausstehenden Verfahrenskosten von CHF [...] aufgefordert wurde. In diesem Zusammenhang ersuchte die Beschwerdeführerin die Beschwerdeinstanz, das Sekretariat sei über die weiterbestehende Hängigkeit der Beschwerde gegen die Kostenverfügung zu informieren.

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2000 bestätigte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin gegenüber diesen Befund und brachte dies der Vorinstanz zur Kenntnis.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. Februar 2000 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1). Diese Verfügung kann nach Artikel 53 Absatz 2 KG (zitiert in E. 2) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerin ist durch die Auferlegung der Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziffer 2) in der angefochtenen Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG).

Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251; Art. 1) 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. Nach Artikel 18 Absatz 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind: Sie gibt Empfehlungen (Art. 45 Abs. 2 KG) und Stellungnahmen (Art. 46 Abs. 2 KG) an die politischen Behörden ab und erstattet Gutachten (Art. 47 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat verfassen für andere Behörden Gutachten zu Wettbewerbsfragen von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. Art. 47 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat können für Gutachten eine nach dem Aufwand bemessene Gebühr verlangen (Art. 47 Abs. 2 KG). Gemäss Artikel 60 KG erlässt der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen.

Nach Artikel 4 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1974 über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (SR 611.010) erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung.

Gestützt auf Artikel 60 KG und Artikel 4 des vorerwähnten Gesetzes erliess der Bundesrat die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2). Diese trat am 1. April 1998 in Kraft (Art. 10 KG-Gebührenverordnung). Der Geltungsbereich der genannten Verordnung ist in Artikel 1 wie folgt umschrieben:

"Diese Verordnung regelt die Erhebung von Gebühren durch die Wettbewerbskommission und ihr Sekretariat für Verwaltungsverfahren nach dem Kartellgesetz (KG) sowie für im Zusammenhang mit diesem Gesetz erbrachte Gutachten und sonstige Dienstleistungen.

Die Gebühren für Strafverfahren gemäss den Artikeln 54 und 55 KG richten sich nach den Bestimmungen der Verordnung vom 25. November 1974 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsstrafverfahren".

Nach Artikel 2 KG-Gebührenverordnung ist gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen nach Artikel 1 veranlasst. Artikel 3 KG-Gebührenverordnung regelt die "Gebührenfreiheit" wie folgt:

"¹ Behörden des Bundes und, im Falle des Gegenrechts, der Kantone und Gemeinden bezahlen keine Gebühren. Vorbehalten bleiben Gebühren für Gutachten.

² Keine Gebühren bezahlen ferner:

- a. Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt;
- b. Dritte, auf deren Anzeige hin eine Vorabklärung durchgeführt wird;
- c. Unternehmen, die sich zusammenschliessen wollen (Art. 32 KG), wenn in der Vorprüfung festgestellt wird, dass keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen."

Nach Artikel 4 Absatz 1 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. 2 und 3 KG-Gebührenverordnung). Neben dem Aufwand nach Artikel 4 hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission und des Sekretariates zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

3. Die Wettbewerbskommission hat der Beschwerdeführerin mit Einstellungsverfügung vom 7. Februar 2000 in Anwendung von Artikel 2, 4 Absätze 1 und 2 sowie Artikel 5 KG-Gebührenverordnung für ihre Aufwendungen Kosten von insgesamt CHF [...] (bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] = [...] Stunden à CHF 130.--/h sowie CHF [...] für Auslagen) auferlegt (Dispositiv-Ziffer 2).

Die hier strittigen Kosten für das eingestellte Untersuchungsverfahren von insgesamt CHF [...] werden nach herrschender Meinung als Kausalabgaben qualifiziert, weil sie das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person "veranlasste" Amtshandlung ("staatliche Tätigkeit") bilden (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, N. 2042 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Praxis; PIERRE MOOR, Droit administratif, volume III, Berne 1992, p. 364). Als kostenabhängig wird diese Abgabe bisweilen auch charakterisiert, weil sie insofern ein Entgelt für eine dem Abgabepflichtigen individuell zukommende Gegenleistung des Staates bildet, als sie Ersatz darstellt für die bei der Inanspruchnahme einer staatlichen Leistung entstehenden Aufwendungen (vgl. LUKAS WIDMER, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Diss. Zürich 1988, S. 49 f. mit weiteren Hinweisen).

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die von der Wettbewerbskommission ihr auferlegten Verfahrenskosten nicht zulässig seien, da die KG-Gebührenverordnung und damit die Kostenaufgabe im vorliegenden Fall keine genügende formellgesetzliche Grundlage aufweise.

4.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bedürfen öffentliche Abgaben - abgesehen von Kanzleigebühren - einer Grundlage in einem formellen Gesetz (sog. Grundsatz der formellen Legalität; vgl. BGE 123 I 248 E. 2 mit weiteren Hinweisen; vgl. dazu auch: LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 9). Dieser Grundsatz wurde nun auch in der neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) explizit verankert (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV).

Das Legalitätsprinzip ist Ausfluss des Gewaltentrennungsprinzips. Aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung folgt, dass sich eine Gesetzesdelegation an den Verordnungsgeber auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken muss. Wo der Gesetzesvorbehalt gilt, sind erhöhte Anforderungen an die Delegationsnorm zu stellen, und die Delegation darf sich nicht in einer blossen Ermächtigung im Sinne der Schaffung einer Verordnungskompetenz erschöpfen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt der Gesetzesvorbehalt sowohl für die Auferlegung von Pflichten, das heisst im Bereiche der so genannten "Eingriffsverwaltung", als auch, mit gewissen Einschränkungen, im Bereiche der "Leistungsverwaltung" (vgl. BGE 118 Ia 46 E. 5b; 103 Ia 369 E. 3 und E. 6).

Das Legalitätsprinzip erfüllt rechtsstaatliche und demokratische Funktionen. Durch den Vorbehalt und den Vorrang des Gesetzes werden die Grundpfeiler des Rechtsstaates - Rechtssicherheit (Voraussehbarkeit), Rechtsgleichheit und Schutz der Freiheit des Individuums vor staatlichen Eingriffen - gewährleistet. In seiner demokratischen Funktion dient das Legalitätsprinzip der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, indem für bestimmte - wichtige - Rechtsgebiete eine Regelung in einem formellen Gesetz verlangt wird (vgl. MICHAEL BEUSCH, Der Gesetzesbegriff der neuen Bundesverfassung [Art. 164 BV] in: THOMAS GÄCHTER/MARTIN BERTSCHI, Neue Akzente in der "nachgeführten" Bundesverfassung, Zürich 2000, S. 232; BGE 123 I 1 E. 2b).

4.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Erlassen (sowie neu auch nach Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV zu Bundesgesetzen) sind zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand sowie die Bemessungsgrundlagen der Abgabe festzulegen. Diese Anforderungen dürfen für gewisse Kausalabgaben, was die Vorgaben über die Abgabebemessung (nicht aber die Umschreibung des Kreises der Abgabepflichtigen und des Gegenstandes der Abgabe) anbelangt, in bestimmten Fällen herabgesetzt werden, namentlich dort, wo dem Bürger die Überprüfung der Gebühr auf ihre Rechtmässigkeit anhand von verfassungsrechtlichen Prinzipien, insbesondere des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips, ohne weiteres möglich ist, nicht aber dort, wo der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Das Legalitätsprinzip darf indessen weder seines Sinnes entleert, noch andererseits in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und den Praktikabilitätsanforderungen in einen unlösbaren

Widerspruch gerät (vgl. BGE 126 I 180 E. 2a/bb; 125 I 173 E. 9; 124 I 247 E. 3; 123 I 248 E. 2; 122 I 61 E. 2a; 121 I 230 E. 3e; 121 I 273 E. 3a; 120 Ia 1 E. 3c; 120 Ia 171 E. 5; 120 Ia 265 E. 2a; HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 2096 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I - L'état, Berne 2000, n. 1756, p. 620). Die Einhaltung des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips vermag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anforderung an die gesetzliche Festlegung der Abgabebemessung zu lockern, aber nicht eine formellgesetzliche Grundlage völlig zu ersetzen. Eine Lockerung ist jedoch nur möglich, wenn aus dem formellen Gesetz hervorgeht, dass eine kostendeckende Gebührenbemessung dem Zweck und Charakter der Abgabe entspricht (BGE 123 I 254 E. 2b/aa mit Hinweisen; LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 109). Auf die Festlegung der Höhe der Gebühr im formellen Gesetz kann unter Umständen verzichtet werden, wenn die staatliche Dienstleistung einen Handels- oder Marktwert aufweist, so dass die Abgabenhöhe nach marktwirtschaftlichen Mechanismen regulierbar ist. Dies gilt insbesondere für kostenabhängige Benützungsgebühren, zumal wenn die vom Staat erbrachte Leistung einen Handelswert aufweist (BGE 121 I 230 E. 3g; 118 Ia 320 E. 4c, je mit Hinweisen).

Im Übrigen müssen öffentliche Abgaben - wenn nicht notwendigerweise in allen Teilen auf der Stufe des formellen Gesetzes - so doch in genügender Bestimmtheit zumindest in rechtssatzmässiger Form festgelegt sein (sog. Erfordernis des Rechtssatzes; Urteil des Bundesgerichts vom 9.6.1995 E. 5b/aa, ZBI 97/1996, S. 567; BGE 123 I 248 E. 2; HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 2095 und 2100a ff.). Die Voraussetzungen für die Erhebung der Abgabe müssen in den einschlägigen Rechtssätzen so genau umschrieben sein, dass der rechtsanwendenden Behörde kein übermässiger Spielraum verbleibt und die möglichen Abgabepflichten für den Bürger hinreichend voraussehbar sind. Welche Anforderungen dabei an die gesetzliche Grundlage zu stellen sind, hängt von der Natur der jeweiligen Materie beziehungsweise der in Frage stehenden Leistung ab (vgl. BGE 105 Ia 134 E. 5a; 104 Ia 113 E. 4).

4.3. Hinsichtlich Kanzleigebühren verzichtet das Bundesgericht wegen ihrer meist geringen Höhe in konstanter Rechtsprechung auf das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage, da solche Gebühren jederzeit unter dem Gesichtspunkt des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips überprüfbar sind (BGE 126 I 180 E. 2a/bb). Ebenso hat das Bundesgericht in jüngerer Zeit bei Gebühren, die stark technischen Charakter aufweisen oder rasch wechselnden Verhältnissen unterworfen sind, auf das Erfordernis einer formellgesetzlichen Grundlage verzichtet, da sich der Betroffene hinsichtlich solcher Gebühren jederzeit auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip berufen kann (BGE 112 Ia 39 E. 2a; 106 Ia 201 E. 2a; 105 Ia 134 E. 5a, je mit Hinweisen).

5. Die allgemeine Problematik, wie eine formellgesetzliche Grundlage ausgestaltet sein muss, damit sie als rechtsgenügende Basis für die

Erhebung von Kausalabgaben gelten kann, gilt als eine der umstrittensten Fragen im Abgaberecht (vgl. LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 87 ff. mit weiteren Hinweisen).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die KG-Gebührenverordnung formellgesetzlich genügend abgestützt ist, um die Wettbewerbskommission zu ermächtigen, von der Beschwerdeführerin die im - zwischenzeitlich eingestellten - Untersuchungsverfahren angefallenen Verfahrenskosten zu fordern.

5.1. Das KG enthält eine gesetzliche Grundlage bezüglich Kostenauf-erlegung für Gutachten (vgl. Art. 47 Abs. 2 KG). Demnach können die Wettbewerbskommission und das Sekretariat für Gutachten eine nach dem Aufwand bemessene Gebühr verlangen. Eine spezielle Bestimmung für die Erhebung von Gebühren für andere Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden ist im KG indessen nicht vorgesehen.

Hingegen stützt sich die KG-Gebührenverordnung unter anderem auf Artikel 60 KG, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen erlässt.

Diese Norm ist in der Systematik des KG im 7. Kapitel unter dem Titel "Schlussbestimmungen" eingereiht. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber dem Bundesrat lediglich die Kompetenz eingeräumt, gesetzessvollziehendes Ordnungsrecht zu erlassen. Um zu bestimmen, was zulässiger Inhalt von Vollzugsverordnungen sein kann, ist beim Gesetzmässigkeitsgrundsatz anzusetzen. Soweit nach diesem Prinzip eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne - wie dies für öffentliche Abgaben der Fall ist - verlangt wird, kann sie eine Vollzugsverordnung nicht bieten. Da Artikel 60 KG die in Erwägung 4.2 genannten Anforderungen - wonach der Kreis der Abgabepflichtigen sowie Gegenstand und die Bemessung von Abgaben in einem Bundesgesetz zu regeln sind - nicht einhält, kann dieser Gesetzesnorm auch nicht das Gewicht einer generellen "Blankoermächtigung" zur Normierung abgaberechtlicher Bestimmungen zufallen (vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 93 f.; LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 23; vgl. zu Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV: GEORG MÜLLER, Formen der Rechtsetzung, in: Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, S. 264 f.).

5.2. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass das KG - im Unterschied zum Bundesgesetz vom 8. November 1934 über Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0; Art. 23 Abs. 4) - keine spezialgesetzliche Regelung zur Finanzierung der Tätigkeiten der Wettbewerbsbehörden enthält, obschon der institutionelle Rahmen der Wettbewerbskommission weitgehend dem Modell der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) angeglichen wurde (vgl. Art. 23 Abs. 4 BankG i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 24.2.1993 zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, S. 1369 ff., insbes. S. 1430, Ziff. 2.10.3; vgl. auch: BGE vom 11.11.1991 i. S. X. E. 6a, publiziert in: EBK-Bulletin, Heft 22 [1992], S. 43 ff.; im Vergleich dazu:

Botschaft des Bundesrates vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, S. 628, Ziff. 3, nachfolgend: "Botschaft KG").

Ferner hat der Gesetzgeber - trotz Inkrafttretens des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes - auch in andern Bereichen staatlicher "Aufsichtstätigkeit" jeweils eine spezialgesetzliche Regelung zur Frage der Kostentragung getroffen (vgl. dazu beispielhaft: Art. 45 des Bundesgesetzes vom 9.10.1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände [Lebensmittelgesetz, LMG, SR 817.0] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 30.1.1989, BBl 1989 I 893 ff., 957 f., 995; Art. 48 des Bundesgesetzes vom 7.10.1983 über den Umweltschutz [Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 31.10.1979, BBl 1979 III 749 ff., 776, 780, 821, 833, 837, 847; Art. 55 des Bundesgesetzes vom 24.1.1991 über den Schutz der Gewässer [Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 29.4.1987, BBl 1987 II 1061 ff., 1174, 1221; Art. 24 des Bundesgesetzes vom 23.6.1978 betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 5.5.1976, BBl 1976 II 873 ff., 908 f., 932; Art. 40 Fernmeldegesetz vom 30.4.1997 [FMG, SR 784.10] i. V. m. der Botschaft des Bundesrates vom 10.6.1996, BBl 1996 III 1405 ff., 1440).

5.3. Nach Artikel 39 KG sind auf die kartellrechtlichen Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, scheidet mangels einschlägiger Regelung im hier zu beurteilenden Fall das VwVG, welches keine allgemeine gesetzliche Grundlage für die Auferlegung der Verfahrenskosten im (erstinstanzlichen) nichtstreitigen Verwaltungsverfahren enthält, als formellgesetzliche Grundlage aus für die Erhebung von Verwaltungsgebühren kartellrechtlicher Untersuchungsverfahren (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, N. 1172; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, N. 371; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 3.4.1974 zu einem Bundesgesetz über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes, BBl I 1974, 1309 ff., 1330, Ziff. 335, nachfolgend: "Botschaft Bundeshaushalt").

6. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob im Sinne der Wettbewerbskommission Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes einen hinreichenden Delegationsrahmen für die in der KG-Gebührenverordnung vorgesehenen - hier strittigen - Verwaltungsgebühren der eingestellten Untersuchung bilden kann.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die vom Bundesrat erlassene KG-Gebührenverordnung der erforderlichen gesetzlichen Grund-

lage entbehre. Sie rügt, Artikel 4 des obgenannten Gesetzes verletze die Bundesgerichtspraxis zu den Delegationsgrundsätzen, weil der Kreis der Gebührenpflichtigen nicht umschrieben werde. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes genüge als gesetzliche Grundlage nur, wenn Verfügungen im Interesse von Privaten erlassen werden. Sie habe weder auf eigenes Begehren das umstrittene Verfahren eingeleitet, noch würde in diesem Verfahren eine Verfügung in ihrem Interesse ergehen.

Dieser Ansicht widerspricht die Vorinstanz unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes bereits in einem Fall als "hinreichende gesetzliche Grundlage" für eine diese Gebührenpflicht näher spezifizierende bundesrätliche Verordnung anerkannt worden sei. Diese Bestimmung bilde eine hinreichende Grundlage für den hier angefochtenen Kostenspruch. Die vom Bundesrat erlassene KG-Gebührenverordnung enthalte die geforderten Spezifikationen in Bezug auf den Kreis der Gebührenpflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe.

6.1. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes lautet wie folgt:

"Der Bundesrat erlässt Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung".

Zu dieser Gesetzesbestimmung hielt der Bundesrat in seiner Botschaft fest, es sei im Hinblick auf die angespannte Finanzlage des Bundes nicht mehr zu verantworten, wenn für Verfügungen, die im Interesse eines Privaten getroffen werden und welche der Verwaltung oft erhebliche Kosten verursachen, bloss eine Kanzleigebühr berechnet werden könne. Bei andern Dienstleistungen, für die Gebühren erhoben werden sollen, seien insbesondere Gutachten des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zu erwähnen. Diese könnten von Privaten wirtschaftlich weiterverwertet werden, was entsprechende angemessene Gebühren rechtfertige. Nicht unter diese Bestimmung sollten dagegen kleinere Verrichtungen der Verwaltung fallen (vgl. Botschaft "Bundeshaushalt", a.a.O., S. 1330 f.).

6.2. Wie die Wettbewerbskommission zutreffend erwähnt, hat sich das Bundesgericht bereits einmal mit der Tragweite von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes befasst und zwar im Kontext administrativer Dienstleistungen (nicht publiziertes Urteil vom 21.10.1996 i. S. R., 2A. 75/1996 flo). Damals ist es der Frage nachgegangen, ob diese Bestimmung eine genügende gesetzliche Grundlage bilde für die in der Verordnung vom 30. Januar 1985 über die Gebühren der diplomatischen und konsularischen Vertretungen der Schweiz (SR 191.11) vorgesehene Gebührenpflicht für "veranlasste" Dienstleistungen im Rahmen diplomatischer

und konsularischer Amtstätigkeiten (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., E. 4c). Diese Frage bejahte das Bundesgericht. Es erkannte, dass Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als formelles Gesetz die bundesgerichtlichen Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen im Abgaberecht insofern erfüllt, als es ein formelles Gesetz ist, welches das Abgabeobjekt umschreibt ("Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung") und auch implizit den Kreis der Abgabepflichtigen bezeichnet ("Empfänger der Dienstleistungen"). Unter diesen Voraussetzungen hielt es fest, dass sich die in Artikel 1 der Verordnung vom 30. Januar 1985 erwähnten diplomatisch-konsularischen Dienstleistungen an den Delegationsrahmen von Artikel 4 des erwähnten Bundesgesetzes hielten. Des Weiteren erwog es mit Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft, die zulasten des Beschwerdeführers teilweise verrechnete staatliche Dienstleistung (i.c. die diplomatisch-konsularischen Bemühungen der Schweiz zu dessen Befreiung aus der Gefangenschaft durch die PKK) seien nicht auf völkerrechtlicher Grundlage im Namen der Eidgenossenschaft, sondern primär in seinem Namen, Interesse und zu seinem persönlichen Nutzen erfolgt. Die Behörde habe annehmen dürfen, dass der Betroffene um konsularischen Schutz ersucht hätte, wenn er die Möglichkeit dazu gehabt hätte. Weil der Beschwerdeführer letztlich durch sein Verhalten (Aufenthalt in offensichtlich gefahrenträchtigem Gebiet) die staatliche Intervention "veranlasst" hatte, wurde er - unter den gegebenen Umständen - im Sinne des anwendbaren Verordnungsrechts auch als grundsätzlich gebührenpflichtig erachtet (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., E. 6).

Das Bundesgericht hat in einem weiteren Entscheid, wo es wiederum um die Erhebung von Kosten im Zusammenhang mit konsularischen Dienstleistungen ging (Leistung einer Kautions zur Befreiung eines von serbischen Militärpersonen festgehaltenen Schweizer, der im Rahmen des Projektes "Kulturbrücke Schweiz-Sarajevo" tätig war), diese Rechtsprechung bestätigt (nicht in der Amtlichen Sammlung publiziertes Urteil vom 14.8.2000 i. S. G. und W.-M. c. EDA, 2A.212/2000; publiziert in: Praxis 2/2001 Nr. 26, S. 159 ff.). Es hielt in diesem Urteil fest, es sei nicht erforderlich, dass der Betroffene ausdrücklich um eine Dienstleistung ersuche. Es sei vielmehr hinreichend, dass die Behörden aufgrund der objektiven Gegebenheiten davon ausgehen durften, im wohlverstandenen Interesse des Beschwerdeführers zu handeln, der nicht in der Lage war, selber um Gewährung von konsularischem Schutz nachzusuchen (BGE vom 14.8.2000, a.a.O., E. 2).

6.3. Die vorstehend zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung erlaubt folgende Schlussfolgerungen:

Vorab fällt auf, dass das Bundesgericht die sich erstmals stellende Problematik als Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung eingestuft und im Verfahren nach Artikel 15 Absatz 2 OG (SR 173.110) in einer

Besetzung mit fünf Richtern behandelt hat (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., Rubrum). Dies ist auch ohne weiteres einsehbar, zumal Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als "Blankovollmacht" formuliert ist und dem Wortlaut nach den Bundesrat generell ermächtigt, die der Verwaltung durch deren Verfügungen und Dienstleistungen erwachsenen Kosten auf den die staatlichen Institutionen in Anspruch nehmenden Bürger abzuwälzen.

In diesem Kontext wird in der Lehre zu Recht auf die Gefahr hingewiesen, dass das formelle Legalitätsprinzip (vgl. E. 4.1 und E. 4.2) zur Farce würde, wenn eine derartige Generalermächtigung tatsächlich in grossem Rahmen zur Erhebung von Gebühren herangezogen würde (vgl. LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 82 f.). Insofern birgt eine allzu extensive Gesetzesauslegung von Artikel 4 dieses Gesetzes in der Tat die Gefahr, dass das formelle Legalitätsprinzip in übermässigem Masse aufgeweicht werden könnte, ohne dass der mit der Delegation bezweckten faktischen Verlagerung des demokratischen Gesetzgebungsprozesses auf die Exekutive verfassungskonform Rechnung getragen würde (vgl. LUKAS WIDMER, a.a.O., S. 156, mit Verweis auf THOMAS FLEINER, Die Delegation als Problem des Verfassungs- und Verwaltungsrechts, Freiburg 1972, S. 100). Diese Problematik ruft daher nach einer verfassungskonformen - und damit zwangsläufig restriktiven - Auslegung von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (vgl. zur verfassungskonformen Auslegung: HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, N. 127 ff. mit weiteren Hinweisen).

Ferner hat das Bundesgericht zur inhaltlichen Tragweite von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes klar Stellung bezogen. Unter Verweis auf die "Botschaft Bundeshaushalt" (a.a.O., S. 1330 f.) ist es bei der Auslegung der unter Artikel 4 fallenden "Dienstleistungen" der bundesrätlichen Deutung gefolgt, wonach es angesichts der angespannten Finanzlage des Bundes nicht mehr zu verantworten sei, wenn für im Interesse eines Privaten getroffene Amtshandlungen, welche der Verwaltung oft hohe Kosten verursachen, bloss Kanzleigebühren berechnet werden dürften. Diese bundesrätlichen Erläuterungen hat das Bundesgericht im Ergebnis mit dem massgeblichen Willen des Gesetzgebers gleichgesetzt (BGE vom 21.10.1996, a.a.O., E. 6c; vgl. dazu auch den Ansatz des Bundesrates in seiner Verordnung vom 23.8.1989 über Gebühren für Dienstleistungen der Eidgenössischen Steuerverwaltung [SR 642.31], die sich ebenfalls einzig auf Artikel 4 dieses Bundesgesetzes stützt; Art. 1 Abs. 2 und 3).

7. Das Bundesgericht hat im vorzitierten Entscheid Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als hinreichende gesetzliche Grundlage für die Auferlegung von

Kosten an den Empfänger der Dienstleistung ("wer Dienstleistungen veranlasst") anerkannt. Daraus schliesst die Wettbewerbskommission, dass auch für die KG-Gebührenverordnung, welche sich ebenfalls auf Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes stützt, eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung der strittigen Gebühren bestehe.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch von den in den vorerwähnten Bundesgerichtsentscheiden beurteilten Sachverhalten insofern, als hier die Gebühr nicht derjenigen Partei, welche die "Dienstleistungen veranlasst" hatte, auferlegt wurde. Denn die Wettbewerbskommission hat entschieden, die Z AG sei gebührenpflichtig, da diese Verursacherin des kartellrechtlichen Verfahrens gewesen sei. Damit stützt sich die Wettbewerbskommission auf den ersten Teil des Artikels 2 KG-Gebührenverordnung ab, wonach "gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht". Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob sich die in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung erwähnte Auferlegung der Kosten an den Verursacher eines Verwaltungsverfahrens an den Delegationsrahmen von Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes hält.

7.1. Eine Gesetzesbestimmung ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. An einen klaren und unzweideutigen Gesetzeswortlaut ist die rechtsanwendende Behörde gebunden, solange der Wortlaut einer Norm deren wirklichen Sinn wiedergibt. Dabei sind die drei Amtssprachen grundsätzlich gleichwertig (BGE 116 II 525 E. 2 a mit Hinweisen). Die Materialien fallen nach der Rechtsprechung nur ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben und im Gesetzeswortlaut einen Niederschlag gefunden haben. Indessen vermag allein die an der Entstehungsgeschichte orientierte Auslegung die Regelungsabsicht des Gesetzgebers aufzuzeigen. Diese Regelungsabsicht und die vom Gesetzgeber in Verfolgung dieser Absicht erkennbar getroffenen Wertentscheidungen bleiben für den Richter verbindliche Richtschnur, auch wenn er das Gesetz mittels teleologischer Auslegung oder Rechtsfortbildung neuen, vom Gesetzgeber nicht voraussehbaren Umständen anpasst oder es ergänzt. Der Richter hat zuerst den entstehungszeitlichen Sinn einer Norm zu ermitteln und erst danach zu prüfen, ob objektive Gründe eine Rechtsfortbildung erheischen (vgl. BGE 114 Ia 191 E. 3b/bb mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall stimmt der Wortlaut von Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes bezüglich der Umschreibung des Abgabeobjektes (und implizit auch hinsichtlich des Kreises der Abgabepflichtigen) in der italienischen und der französischen Fassung überein ("...per decisioni e altre prestazioni dell'Amministrazione federale" und "...pour les décisions et les autres prestations de l'administration fédérale"). Im deutschsprachigen Text hingegen ist der Wortlaut der Norm deutlich weiter konzipiert, wird dort ganz allgemein von Gebühren ("....für

Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung") gesprochen. Da der Wortlaut der Gesetzesnorm in den drei Amtssprachen nicht übereinstimmt und damit nicht eindeutig ist, muss die Gesetzesbestimmung nach Sinn und Zweck und den ihr zugrunde liegenden Wertungen ausgelegt werden. Dabei ist auf die Materialien zurückzugreifen.

Der Bundesrat hat in seiner "Botschaft Bundeshaushalt" (BBI 1974 I 1309 f.) festgehalten, es sei im Hinblick auf die angespannte Finanzlage des Bundes nicht mehr zu verantworten, wenn für Verfügungen, die im Interesse eines Privaten getroffen werden und welche der Verwaltung oft erhebliche Kosten verursachen, bloss eine Kanzleigebühr berechnet werden könne. Bei andern Dienstleistungen, für die Gebühren erhoben werden sollen, seien insbesondere Gutachten des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements sowie Arbeiten der Vermessungsdirektion zu erwähnen. Beide Arbeiten könnten von Privaten wirtschaftlich weiterverwertet werden, was entsprechende angemessene Gebühren rechtfertige (BBI 1974 I 1330 f.).

Wesentlich für die Gebührenpflicht war nach dem Willen des Gesetzgebers somit, dass der Staat im Interesse eines Privaten tätig geworden ist und eine Verfügung erlassen oder eine andere Dienstleistung erbracht hat. Nur die französische und die italienische Fassung des Artikels 4, welche die Verfügungen als eine Art von Dienstleistungen nennen, geben den wahren Sinn der Norm wieder. Die Formulierung dieser Gesetzesnorm in deutscher Sprache ist zu vage und bringt die Absicht des Gesetzgebers unzureichend zum Ausdruck. Eine Auslegung im Sinne einer "zeitgemässen" ("geltungszeitlichen") Interpretation, welche eine Fortbildung des Rechts ermöglichen würde, fällt hier nicht in Betracht. Denn eine Gesetzesauslegung nach dem "mutmasslichen oder hypothetischen Willen" des Gesetzgebers könnte das Legalitätsprinzip aushöhlen und das Prinzip der Gewaltenteilung relativieren (vgl. BGE 123 I 254 E. 2f; GEORG MÜLLER in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, zu Art. 4, Stand Mai 1995, Ziff. 77, mit Kritik an BGE 120 Ia 1 E. 3 [dazu ebenfalls kritisch: JÖRG PAUL MÜLLER, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts der Jahre 1994 und 1995, ZBJV 1996, S. 716 f.]; zur zeitgemässen bzw. geltungszeitlichen Auslegung: HÄFELIN/HALLER, a.a.O., N. 96 ff. mit Beispielen).

7.2. Nachdem im Sinne der vorstehenden Erwägungen nur Verfügungen, welche im Interesse eines Privaten getroffen werden, gebührenpflichtig sind, bleibt nachfolgend zu prüfen, ob Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes eine tragfähige Grundlage für die in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung vorgesehene Kostenpflicht von "Verfahrensverursachern" ist ("Gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht ...").

Aus dieser Verordnungsbestimmung leitet die Vorinstanz die Abgabepflicht der Beschwerdeführerin ab, weil diese durch ihr Verhalten die Eröffnung eines formellen Untersuchungsverfahrens gemäss Kartellgesetz verursacht habe. Eine Gebührenpflicht würde nur dann entfallen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben hätte (Art. 3 Abs. Bst. a KG-Gebührenverordnung). Da im vorliegenden Fall diese Ausnahmebestimmung nicht greife, sei die Beschwerdeführerin gebührenpflichtig.

Demgegenüber bestreitet die Beschwerdeführerin, dass Artikel 4 des fraglichen Gesetzes eine rechtsgenügli­che Grundlage darstelle, um dem "Verursacher" eines Untersuchungsverfahrens Gebühren aufzuerlegen.

7.3. Nach Artikel 2 KG-Gebührenverordnung ist der Verursacher eines Verwaltungsverfahrens gebührenpflichtig. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission gilt als Verursacher derjenige, der durch sein (möglicherweise) wettbewerbswidriges Verhalten ein Kartellverwaltungsverfahren auslöst.

Das Verursacherprinzip ist auch in andern Rechtsbereichen vorgesehen. Im Bereich des Umweltschutzes beispielsweise hat das Bundesgericht die allgemeine Festlegung des Verursacherprinzips in Artikel 2 USG, welches eine ähnlich lautende Formulierung enthält ("Wer Massnahmen nach diesem Gesetz verursacht, trägt die Kosten dafür") als nicht genügend bestimmte, unmittelbar anwendbare gesetzliche Grundlage für eine Kostenauflegung betrachtet (BGE 123 I 248 E. 3). Nach Auffassung des Bundesgerichts bedürfe dieses Verursacherprinzip einer Konkretisierung durch die nach Artikel 48 USG zu erlassenden Gebührenregelungen (BGE 123 I 248 E. 3; 119 Ib 389 E. 4).

Im hier zu beurteilenden Sachverhalt ist vorerst festzuhalten, dass der Begriff "Verursacher" nicht bereits auf Gesetzes-, sondern erst auf Verordnungsstufe explizit erwähnt wird. Geht man davon aus, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Umschreibung des "Verursachers" in Artikel 2 USG als zu unbestimmt beurteilt wurde, dann muss dies auch für die inhaltlich gleich lautende Formulierung in Artikel 2 KG-Gebührenverordnung gelten, wonach "gebührenpflichtig ist, wer Verwaltungsverfahren verursacht". Im Unterschied zu Artikel 48 USG werden hier jedoch die gebührenpflichtigen Handlungen nicht konkretisiert, nicht einmal auf Verordnungsstufe. In der KG-Gebührenverordnung ist einzig in einer negativen Umschreibung "Gebührenfreiheit" vorgesehen für Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Mithin sind nach der KG-Gebührenverordnung alle anderen Amtshandlungen der Wettbewerbskommission und des Sekretariates gebührenpflichtig und nach Ansicht der Vorinstanz vom

betroffenen "Verursacher" eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens auch zu tragen.

Insofern wird nach dem Verständnis der Wettbewerbskommission stets derjenige kostenpflichtig, gegen den von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung durchgeführt wurde. Der Begriff des gebührenpflichtigen Verursachers wird von der Vorinstanz so weit gefasst, dass die Verwaltungsgebühren - unabhängig vom Ausgang eines Verfahrens - stets dem Verursacher auferlegt werden, egal ob eine Untersuchung wegen Gegenstandslosigkeit eingestellt wird oder diese bei materieller Prüfung ergibt, dass kein kartellrechtswidriges Verhalten vorliegt.

Angesichts des massgebenden Willens des Gesetzgebers zu Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes (vgl. E. 7.1) soll jedoch bloss derjenige Private gebührenpflichtig werden, der Dienstleistungen der Verwaltung beansprucht oder in seinem Interesse Verwaltungsverfahren in Gang setzt und damit auch Verwaltungsaufwand verursacht. Mit anderen Worten soll das Verursacherprinzip bezüglich Verfahrenskosten für den Bereich der "Leistungsverwaltung" ausschliesslich dann gelten, wenn im Interesse des Leistungsansprechers Dienstleistungen erbracht oder Verfügungen getroffen werden. Daher reicht im hier zu beurteilenden Zusammenhang Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes als gesetzliche Grundlage für die Erhebung der strittigen Gebühren von CHF [...] nicht aus.

7.4. Betreffend die Bemessung der Gebühr sieht Artikel 4 KG-Gebührenverordnung vor, dass sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand bemisst, ein Stundenansatz von CHF 130.-- gilt und die Gebühr je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden kann.

Gemäss Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes hat die Gebühr "angemessen" zu sein. Mit "Angemessenheit" wird das Äquivalenzprinzip angesprochen, welches die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes darstellt. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss. Der Wert der Gegenleistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen, den sie für den Pflichtigen bringt, oder nach dem auf sie entfallenden Kostenaufwand des Gemeinwesens (vgl. BGE 126 I 180 E. 3a/bb mit Hinweisen; 120 Ia 171 E. 2a). Die Gebühr erscheint damit als Entgelt für eine individuell nutzbare Verwaltungsleistung (vgl. auch Botschaft "Bundeshaushalt", S. 1331). Möglicher Massstab zur Bemessung des Wertes der gegenüber dem gebührenpflichtigen erbrachten Leistung können die der Verwaltung entstandenen Kosten sein. Das ändert aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin nach Artikel 4 - wonach der durch

das Verwaltungshandeln Begünstigte gebührenpflichtig ist - nicht abgabepflichtig sein kann. Denn im vorliegenden Fall, wo die Beschwerdeführerin gegen ihren Willen in ein Untersuchungsverfahren einbezogen und dieses dann als gegenstandslos eingestellt worden ist, hat die von der Vorinstanz erbrachte "Leistung" für die Beschwerdeführerin keinen Wert.

Die Wettbewerbskommission macht geltend, mit der streitigen Gebühr werde auch das Kostendeckungsprinzip beachtet. Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht oder nur geringfügig übersteigen (BGE 124 I 11 E. 6c mit Hinweisen). Selbst wenn das Kostendeckungsprinzip im konkreten Fall eingehalten wäre, vermag dies eine formellgesetzliche Grundlage nicht völlig zu ersetzen, sondern allenfalls zu lockern, wenn aus dem formellen Gesetz hervorgeht, dass eine kostendeckende Gebührenbemessung dem Zweck der Abgabe entspricht (vgl. E. 4.2). Indessen kostendeckende Gebühren bereits von demjenigen zu verlangen, der ein Untersuchungsverfahren "verursacht" hat, ist in Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes nicht vorgesehen.

Festzuhalten ist, dass der Staat viele Dienstleistungen erbringt, für welche er nicht kostendeckende Gebühren verlangt. Ob und wieweit eine bestimmte finanzielle Aufwendung des Gemeinwesens mittels Gebührenerhebung auf die Betroffenen überwältzt oder ob eine staatliche Aufwendung über die allgemeinen Steuern von der Gesamtheit der Bevölkerung getragen werden soll, ist eine politische Frage, die der formelle Gesetzgeber zu beantworten hat (vgl. WIDMER, a.a.O., S. 88).

8. Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes sieht eine Gebührenpflicht für Amtstätigkeiten vor, die im Interesse eines Privaten erbracht werden. Demgegenüber wird ein kartellverwaltungsrechtliches Untersuchungsverfahren vorwiegend im öffentlichen Interesse durchgeführt. Der Kartellgesetzgeber hat - im Sinne der generellen Zielrichtung, 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), - für die Konkretisierung der materiellen Bestimmungen des KG (vgl. Art. 5 ff.) sowohl ein verwaltungs- als auch ein zivilrechtliches Verfahren vorgesehen. Denn die materiellen Regelungen des KG sind als so genannte Doppelnormen zugleich öffentlich-rechtlicher wie auch privatrechtlicher Natur (vgl. "Botschaft KG", S. 587, Ziff. 24; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 1 f.; zum Begriff der Doppelnormen: HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., N. 214 ff; GYGI, a.a.O., S. 42).

Angesichts dieser beiden Verfahrenstypen zur Durchsetzung des materiellen Kartellrechts steht im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren das anerkannte öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ("wirksamen Wettbewerb") im Vordergrund, während das Kartellzivilrecht in erster Linie dem Schutz des einzelnen Wirtschaftssubjektes vor Wettbewerbsbeschränkungen und damit vornehmlich deren privaten Interessen dient (vgl. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel und Frankfurt am Main 1998, § 21 Rz. 68, S. 462; vgl. auch REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 607; PAUL RICHLI, *Verfahren und Rechtsschutz*, in: *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, S. 148; derselbe, *Kartellverwaltungsverfahren*, in: *SIWR V/2*, Basel, Genf und München 2000, S. 429; PATRIK DUCREY, *Abgrenzung zwischen vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungs- und Kartellzivilrecht*, in: *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zürich 2000, S. 122 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Praxis der WEKO und der Zivilgerichte).

Diese vom Kartellgesetzgeber vorgesehene Zweiteilung der Verfahren zur Konkretisierung des KG macht deutlich, dass kartellverwaltungsrechtliche Verfahren primär - im öffentlichen Interesse - dem Funktions- und nicht dem Individualrechtsschutz dienen und daher auch nicht primär im Interesse eines Privaten getroffen werden. Insofern kann gesagt werden, dass Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes mit seiner auf die Privatinteressen der Verfügungsadressaten ausgerichteten Zweckrichtung diese Situation nicht mehr deckt, nachdem die im Untersuchungsverfahren anfallenden verpflichtenden und gestaltenden Verfügungen nicht primär im Interesse von Privaten getroffen werden.

9. Zusammenfassend ist nach dem Ausgeführten festzuhalten, dass die KG-Gebührenverordnung - soweit sie (im Sinne einer allgemeinen "Verursacherhaftung") Kosten für das im öffentlichen Interesse durchgeführte und in der Folge eingestellte Untersuchungsverfahren auf die Beschwerdeführerin direkt abwälzen will - den gesetzlichen Delegationsrahmen von Artikel 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes klar sprengt. Die gestützt auf die KG-Gebührenverordnung hier angefochtenen Verfahrenskosten verletzen somit das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, weshalb Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission aufzuheben ist.

Auch eine Gebührenerhebung für erstinstanzliche Verfügungen gestützt auf Artikel 13 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (Kostenverordnung, SR 172.041.0) fällt hier nicht in Betracht, zumal sich auch diese Ordnungsbestimmung ausschliesslich auf Artikel 4 des fraglichen Bundesgesetzes stützt.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen.

10. [Verfahrenskosten, Parteientschädigung]

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. [Verfahrenskosten]

3. [Parteientschädigung]

4. [Rechtsmittel]

5. [Eröffnung]

D **Entwicklungen Développements Sviluppi**

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

AHLBORN Christian, CHANG Howard H., EVANS David S., "The problem of interchange fee analysis: Case without a cause?" in *European Competition Law Review* 2001, S. 304 ff.

AMATO Giuliano, LAUDATI Laraine L. (Hrsg.), "The Anticompetitive Impact of Regulation", Edward Elgar Publishing Inc. Northampton (Mass.) 2001

AMSTUTZ Marc, "Form und Funktion im Wettbewerbsbeschränkungsrecht. Bemerkungen zu BGE 127 II 32" in *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht SZW* 5/2001, S. 248 ff.

ARBATSKAJA Maria, "Can low-price guarantees deter entry?" in *International Journal of Industrial Organization* 19 (2001), S. 1387 ff.

BAJARI Patrick, SUMMERS Garrett, "Detecting Collusion in Procurement Auctions: A Selective Survey of Recent Research", Stanford University Working Paper 2001

BERGERON James H., "Antitrust Federalism in the European Union. After the Modernization Initiative" in *The Antitrust Bulletin*, Fall 2001, S. 513 ff.

DIETRICH Marcel, SAURER Markus, "Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen" in *Zeitschrift für Immaterial-, Informations- und Wettbewerbsrecht* sic! 7/2001, S. 593 ff.

DUCREY Patrik, RENFER Stefan, "E-Commerce: Konflikte mit dem Kartellgesetz?" in *Anwaltsrevue* 8/2001, S. 4 ff.

GEY Peter, "Das Berufungsurteil in Sachen Microsoft - Kartellrecht in dynamischen Technologiemarkten" in *Wirtschaft und Wettbewerb* 10/2001, S. 933 ff.

HELLMANN Wolfgang, "Global Mergers and Australian Merger Control" in *Wirtschaft und Wettbewerb* 11/2001, S. 1055 ff.

HUCK Steffen, NORMANN Hans-Theo, OECHSSLER Jörg, "Two are Few and Four are Many: Number Effects in Experimental Oligopolies", Bonn Econ Discussion Papers 12/2001

HUIZINGA H.P., NELISSEN J.H.M., VENNET R. Vander, "Efficiency Effects of Bank Mergers and Acquisitions in Europe", Tinberger Institute Discussion Paper TI 2001-088/3

IMMENGA Ulrich, KIRCHNER Christian, KNIEPS Günter, KRUSE Jörn (Hrsg.), "Telekommunikation im Wettbewerb", München 2001

JACOBS Michael S., "Second Order Oligopoly Problems With International Dimensions: Sequential Mergers, Maverick Firms and Buyer Power" in The Antitrust Bulletin, Fall 2001, S. 537 ff.

KIRCHNER Christian, "Internetmarktplätze, Markttransparenz und Marktinformationssysteme" in Wirtschaft und Wettbewerb 11/2001, S. 1030 ff.

MINDA Gary, "Antitrust Regulability and the New Digital Economy: A Proposal for Integrating "Hard" and "Soft" Regulation" in The Antitrust Bulletin, Fall 2001, S. 439 ff.

OECD "Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers", verschiedene Länderbeiträge, 2001

SCHMID Jens Peter, "Die Drittbeschwerde bei der Freigabe von Zusammenschlussvorhaben weiter auf dem Prüfstand" in Wirtschaft und Wettbewerb 11/2001, S. 1050 ff.

SCHWINTOWSKI Hans-Peter, "Der Netzverbundvertrag" in Wirtschaft und Wettbewerb 11/2001, S. 1042 ff.

SOMMER Patrick, "Praxis der Schweizer Fusionskontrolle", Zürich 2001

WITHERS Chris, JEPHCOTT Mark, "Where to now for E.C. oligopoly control?" in European Competition Law Review 2001, S. 295 ff.

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	LF sur le marché intérieur
LMP	LF sur les marchés publics
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio

LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
X		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Y		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Z		ZPO	Zivilprozessordnung
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index**A**

abgestimmtes Verhalten -
 Abrede 635 f., 638, 642 ff., 651, 659 ff., 666 ff.,
 673 ff., 678 ff., 682, 685, 687, 711, 771, 774,
 778
 accordi -
 accordo diretto o indiretto sui prezzi -
 accords -
 aktuelle Konkurrenz 711, 717
 aktuelle Wettbewerber -
 aktuelle und potenzielle Konkurrenten 668,
 710 f., 716, 741
 Angebotssubstituierbarkeit -
 associations économiques et professionnelles
 781, 785
 associazioni economiche o le organizzazioni
 del ramo -
 Aufgreifkriterien -
 Auflagen -
 Aussenseiter 668
 austauschbar -

B

barrières à l'entrée -
 barrières légales -
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 635 f.,
 642 f., 659, 666, 669, 673, 675
 betroffener Markt -
 Branchenorganisationen -

C

clauses de réciprocité -
 communication 717
 concurrence actuelle 719 f.
 convention tarifaire -

D

Diskriminierungen 711

E

efficacità économique -
 efficienza economica -

enge Abgrenzung -
 erhebliche Wettbewerbsbeschränkung -

F

Festsetzung von Preisen 636, 643, 678
 funktionale Substituierbarkeit -
 funktionelle Austauschbarkeit -

G

Gemeinschaftsunternehmen 708, 711, 713,
 723, 744, 746 ff., 751

I

indirekte Preisabrede -

K

kollektive Marktbeherrschung 706
 Kollusion -
 Konkurrenzverbot -
 Kreuzpreiselastizität -

L

libre accès au marché -

M

marché de référence -
 marché géographique 718
 marchés publics -
 Marktabgrenzung 636, 642 ff., 724 f., 732, 751,
 841
 Marktanteile 674, 711, 716, 725 ff., 733, 736 f.,
 739, 741, 746, 757 f.
 Marktanteilsaddition 703 f., 710, 736, 750 f.,
 759, 761
 Marktanteilsberechnung -
 marktbeherrschende Stellung 710, 712, 716 f.,
 737, 752, 754, 793, 820
 Marktbeherrschung 706, 732
 Marktgegenseite 635 ff., 642 f., 659 ff., 676,
 678 f., 702, 704, 708, 715, 723, 725, 745 f.,
 749 ff., 754, 757
 Marktöffnung -
 Marktschranken -
 Marktstrukturen -
 Marktzutritt 740

Marktzutrittsschranken -
 Meldepflicht 702, 708, 714, 722, 749, 754
 mesures provisionnelles -
 Missbrauch einer marktbeherrschenden
 Stellung 771, 774, 778
 missbräuchliches Verhalten -
 Monopolrente 789 f.
 Monopolstellung -

N

non-discrimination -

O

Öffnung der Märkte -
 offreurs -

P

Parallelverhalten -
 position dominante 688 f., 692, 721, 781, 785
 potenzielle Konkurrenz 710
 Preiswettbewerb 665, 668 f., 673 f., 677 ff.,
 683, 699
 principe de la proportionnalité -
 Produktdifferenzierung -

R

räumlich relevanter Markt 636, 643, 664, 702,
 724, 751
 räumliche Marktabgrenzung 636
 règlement tarifaire -
 relevanter Markt 635, 642, 659, 725, 749

S

sachlich relevanter Markt 635, 642, 659, 749
 Sanierungsfusion -
 Sanktionierung -
 Sanktionsandrohung -
 Schwellenwerte 702
 staatliche Markt- oder Preisordnung 641, 657
 Statuten 639, 667, 695, 700, 771, 774, 778
 substituierbar 635, 642, 659, 702, 708, 715,
 723, 745, 749, 754 f.
 Substitutionsmöglichkeit 635, 643, 738
 Substitutionsprodukt -
 suppression d'une concurrence efficace -

T

tarif minimum -
 Tarife 658, 662, 665 ff., 672, 679 ff., 684, 697,
 731 f.
 tarifs recommandés -

U

unabhängig 636, 650, 653, 668, 681, 712, 746,
 748, 756, 810, 815 f., 836
 unerheblich -
 Unternehmen 634, 636 f., 639, 641, 643 f., 651,
 653 ff., 666 f., 669 f., 673 f., 680, 701, 703
 ff., 710 f., 713 f., 716, 722 ff., 736, 738 f.,
 744 f., 749, 751 ff., 760 f., 794, 804, 825
 unverhältnismässiger Eingriff -

V

valeurs seuils -
 Verhältnismässigkeitsprinzip -
 Verstärkung einer marktbeherrschenden Stel-
 lung 706, 723 f., 737, 743, 746, 751, 760 f.,
 805, 825
 Vertikalabreden -
 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen -

W

Werbebeschränkungen 770 f., 774, 777 f., 781,
 785
 Wettbewerbsabreden 634 f., 637 ff., 642 f.,
 647, 653 ff., 666 ff., 673 ff., 680 f., 684 ff.,
 699, 707, 713, 747, 802
 wirtschaftliche Effizienz -
 Wirtschaftsverbände -