



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

2004/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Publikationen
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:
CHF 25.-

Preis Jahresabonnement:
CHF 80.-
(Form: 701.000.04/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

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

Vente:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

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

Prix au numéro:
CHF 25.-

Prix de l'abonnement annuel:
CHF 80.-

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

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

Vendita:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

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

Prezzo per esemplare:
CHF 25.-

Prezzo dell'abbonamento:
CHF 80.-

<i>Recht und Politik des Wettbewerbs</i>	<i>RPW</i>
--	------------

<i>Droit et politique de la concurrence</i>	<i>DPC</i>
---	------------

<i>Diritto e politica della concorrenza</i>	<i>DPC</i>
---	------------

2004/4

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 2005

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice

2004/4

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. Tariflisten der Schweizerischen Vereinigung für Schifffahrt und Hafenwirtschaft

993

B 2 *Wettbewerbskommission*

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

1. *Vorsorgliche Massnahmen**Mesures provisionnelles**Misure cautelari*

1. Cornèr Banca SA/Telekurs AG

1002

2. *Untersuchungen**Enquêtes**Inchieste*

1. Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG
2. Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG
3. Vertrieb von Tierarzneimitteln
4. Krankenversicherer/Weita AG

1018

1026

1040

1100

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

1. ED&F Man Group/Volcafé Gruppe
2. Bertelsmann AG/Sony Corporation of America
3. DLJ Merchant Banking III, Inc./KKR
4. BAE Systems plc/Alvis plc
5. Swisscom Systems AG/Itelpro Solutions AG
6. Edipresse/Le Jura Vaudois
7. NZZ/Ringier (Akzidenzdruckbereich)

1121

1127

1135

1141

1148

1154

1159

7. *Stellungnahmen**Préavis**Preavvisi*

1. Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Stromversorgung und zur Revision des Elektrizitätsgesetzes

1162

2.	Anhörung zur Änderung der Technischen Verordnung über Abfälle (TVA)	1174
3.	Modification de la loi sur les brevets d'invention - Procédure de consultation	1177
8.	BGBM	
	LMI	
	LMI	
1.	Marchés publics Genève	1180
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	
	Commission de recours pour les questions de concurrence	
	Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1.	TicketCorner AG, TicketCorner Holding AG/Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA, Weko	1188
B 4	Bundesgericht	
	Tribunal fédéral	
	Tribunale federale	
1.	Cornèr Banca SA/Telekurs Multipay AG, Weko, Reko	1193
C	Zivilrechtliche Praxis	
	Pratique des tribunaux civils	
	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte	
	Tribunaux cantonaux	
	Tribunali cantonali	
1.	Fussball-Club Aarau 1902, FC Aarau AG, David Sesa/Swiss Football League	1203
2.	Switzernet Sàrl/TDC Switzerland AG	1213
D	Entwicklungen	
	Développements	
	Sviluppi	
D 2	Bibliografie	
	Bibliographie	
	Bibliografia	1238
E	Diverses	
	Divers	
	Diversi	
E 2	Gutachten	
	Avis	
	Pareri	
1.	Vergabe der restlichen GSM 1800 Frequenzen	1242
2.	TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend Mietleitungen	1248
3.	TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstrom-Zugang	1263

4.	Cablecom	1277
5.	Festsetzung und Genehmigung von Tarifen im Bereich der Versicherung "allgemein ganze Schweiz"	1293
6.	Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève	1300
	<i>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</i>	1312
	<i>Index (deutsch, français e italiano)</i>	1315

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. <i>Vorabklärungen</i> <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>
B 1.1	1. <i>Tariflisten der Schweizerischen Vereinigung</i> <i>für Schifffahrt und Hafenwirtschaft</i>

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accord illicite; art. 5 LCart

Accordo illecito; art. 5 LCart

Schlussbericht vom 28. Juni 2004 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Tariflisten der Schweizerischen Vereinigung für Schifffahrt und Hafenwirtschaft wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

A. Sachverhalt

1. Der vorliegende Bericht befasst sich mit der Vereinbarkeit der Tariflisten der Schweizerischen Vereinigung für Schifffahrt und Hafenwirtschaft (nachfolgend: SVS) mit dem Kartellgesetz (KG). Beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) sind zwei Anzeigen bezüglich der Zulässigkeit dieser Tariflisten eingegangen. Die erste traf am 6. Januar 2004 beim Sekretariat ein, die zweite nach Eröffnung der Vorabklärung am 4. Februar 2004.

2. Die **SVS** ist ein Verein mit Sitz in Basel, welcher sich der Förderung der Güter- und Personenschifffahrt auf Schweizer Gewässern, dem mit Grossschiffen befahrbaren Rhein und den übrigen europäischen Wasserstrassen widmet. Die SVS erstellt jährlich eine Tarifliste für ihre Mitglieder im Agrarbereich, welche zu Kalkulationszwecken eingesetzt wird. Darin werden die Berechnungen für den Rheintransport, den Umschlag und die Lagerung von Getreide und Futtermitteln festgelegt. Die betreffenden Mitglieder der SVS sind Logistik- und Speditionsunternehmen, welche Getreide und Futtermittel für die importierenden Unternehmen transportieren. Von der SVS wurden dem Sekretariat die Adressen von sechs Mitgliedern mitgeteilt, welche Transporte betreiben. Allerdings transportieren nur drei von ihnen Getreide

und Futtermittel, und zwar: die *Ultra-Brag AG*, die *Rhenus Alpina AG* und die *Navis AG*, alle mit Sitz in Basel.

3. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 9. Januar 2004 eine Vorabklärung in Sachen Tariflisten der SVS eröffnet. Ziel der Vorabklärung war es abzuklären, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die betreffenden Tariflisten allenfalls eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinn von Artikel 5 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) darstellen könnten.

4. Im Laufe der Vorabklärung wurden Fragebogen an die SVS, die betreffenden Logistik- und Speditionsunternehmen und an 19 zufällig ausgewählte Import-Unternehmen im Bereich Getreide und Futtermittel versendet.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die Mitglieder der SVS sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

7. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

9. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Keine Unzulässigkeit der Wettbewerbsabreden im Sinne von Kalkulationshilfen

10. Laut Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz

rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

11. 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).

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

13. Kalkulationshilfen sind standardisierte, in allgemeiner Form abgefasste Hinweise und rechnerische Grundlagen, welche es den Anwendern erlauben, die Kosten von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen im Hinblick auf die Preisbestimmung zu berechnen oder zu schätzen. Die von der SVS verfassten Tariflisten erfüllen diese Voraussetzungen.

14. Die Verwendung von Kalkulationshilfen, sei es mit oder ohne die Vermittlung von Wirtschaftsverbänden und Branchenorganisationen, kann einer Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG entsprechen. Unbedeutend ist, ob die Abrede über die Verwendung von Kalkulationshilfen verbindlichen oder unverbindlichen Charakter hat, weil sowohl rechtlich erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie das aufeinander abgestimmte Verhalten als Abreden gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG gelten.¹

15. Die Tariflisten der SVS für den Transport von Getreide und Futtermittel "regeln" (ohne Hinweis auf ihre Verbindlichkeit):

- Seehafenkosten Amsterdam, Rotterdam, Antwerpen, Gent
- Rheinfracht (inkl. Kleinwasserzuschläge, Gasölzuschläge, Liegegelder)
- Umschlag und Lagerung in den Rheinhäfen beider Basel
- Nebenspesen
- Abwicklung nach GHP-Konzept

¹ Vgl. Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen, publiziert in RPW 1998/2, S. 351 ff.

16. Die Tariflisten für den Transport von Getreide und Futtermitteln der SVS sind Kalkulationshilfen im Sinne der oben stehenden Definition und dementsprechend als Abreden im Sinne von Artikel 4 KG zu bezeichnen.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs beziehungsweise erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

17. Laut Artikel 5 Absatz 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG besagt, dass horizontale Abreden (d.h. Abreden auf gleicher Marktstufe) über direkte und indirekte Festsetzung der Preise die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs begründen. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preis-Elementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen (Botschaft zum KG 1995, Sonderdruck, S. 100). Damit ist für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel entscheidend, mit dem diese erreicht wird.²

18. Die Tariflisten der SVS für den Transport von Getreide und Futtermitteln legen bestimmte Preise für bestimmte Dienstleistungen fest und fallen deshalb unter den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Vermutung umgestossen werden kann.

19. Kann die Vermutung nicht umgestossen werden, ist damit der Nachweis der Unzulässigkeit der Abrede erbracht. Wird die Vermutung umgestossen, ist weiter zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht nach Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden kann.

20. Um festzustellen, ob die Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.2.1 Relevanter Markt

B.3.2.1.a Sachlich relevanter Markt

21. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, der hier analog anzuwenden ist).

² RPW 2001/4, S. 666 ff., Rz. 70.

22. Die Transport- und Logistikunternehmen, welche Mitglieder der SVS sind, transportieren im Auftrag der Marktgegenseite, also der Importeure von Getreide und Futtermitteln. Die Marktgegenseite wird hier auf die Importeure beschränkt, da der Export von Getreide und Futtermitteln aus der Schweiz praktisch inexistent ist.

23. Inwiefern die Substituierbarkeit verschiedener Transportmittel beim Gütertransport eine Rolle spielt, wurde anlässlich einer OECD Roundtable³ festgehalten. Bei diesem Anlass wurde zwar vor allem die Substituierbarkeit von Schiene und Strasse diskutiert, das Ergebnis kann aber auch für weitere Transportmittel beigezogen werden. Es wurde festgestellt, dass Schiene und Strasse in Bezug auf den Personen- und den Güterverkehr weitestgehend substituierbar sind, dass jedoch auch andere Transportmittel durchaus eine Konkurrenz darstellen können.

24. Es ist also abzuklären, ob der Transport von Getreide und Futtermitteln via Schiff aus der Sicht der Marktgegenseite, also der Importeure, durch andere Transportmittel substituierbar ist. Im an die Importeure verschickten Fragebogen wurden in diesem Zusammenhang einige Fragen gestellt.

25. Auf die Frage nach den verschiedenen Transportmitteln, welche sie benützen, um ihre Waren zu transportieren, antworteten die Importeure wie folgt: Ein Grossteil von ihnen benutzt die Transportmittel Schiff, Bahn und Lkw wahlweise. Die Prozentzahlen der einzelnen Transportarten variieren stark, je nach Importeur. Es gab nur einen einzigen Importeur, welcher seine Waren ausschliesslich per Schiff transportieren lässt und nur in Notfällen auf die Bahn umsteigt. Zwei weitere Unternehmen transportieren meistens per Schiff, die restlichen teils mehr mit Bahn, teils mehr mit Lkw.

26. In einer weiteren Frage wurden die Importeure um eine Begründung der Wahl ihrer bevorzugten Transportmittel gebeten beziehungsweise um die Aufzählung von Vor- und Nachteilen jeder Transportart. Es folgt eine kurze Zusammenfassung ihrer Antworten:

- **Schiff:** Es können grössere Mengen transportiert werden, es ist ökologisch, die Abwicklung ist einfacher, der Umschlag ist billiger, die Kunden haben teilweise Rheinanschluss. Zum Teil etwas langsam und das Umladen ist ebenfalls ein Nachteil.
- **Bahn:** Entscheidend sind Ladeort und Transportkosten.
- **Lkw:** Kleinere Mengen, grössere Beweglichkeit.

³ Vgl. OECD Roundtable; Railways: Structure, regulation and competition policy, DAFFE/CLP(98)1, S. 200.

27. Es scheint also vor allem auf den konkreten Auftrag anzukommen, je nach Typ wird die passende Transportart ausgewählt. Die Antworten der Befragten sind jedenfalls nicht homogen.

28. Im vorliegenden Fall geht es um den Markt für den Transport von Gütern. Es kann allerdings an dieser Stelle auf eine genaue Abgrenzung des relevanten Markts verzichtet werden, denn die Abrede bewirkt gleich bei welcher Marktdefinition, das heisst bei der engsten, aber auch bei allen weiteren (d.h. grösseren), weder eine Beseitigung noch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

B.3.2.1.b Räumlich relevanter Raum

29. 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, der hier analog anzuwenden ist).

30. Aufgrund der vorherrschenden Verhältnisse im Transportgewerbe ist davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrzahl der Nachfrager nach Transportdienstleistungen diejenigen Anbieterstandorte als austauschbar erachtet, bei denen es vom nötigen Distanz- und Zeitaufwand her lohnenswert ist, eine Transportdienstleistung nachzufragen. Somit ist der räumlich relevante Markt vor allem nach Distanzbeziehungsweise Zeitaufwandaspekten abzugrenzen. Im vorliegenden Fall geht es um den Import von Getreide und Futtermitteln, welcher beinahe ausschliesslich über schweizerische Transportunternehmen erfolgt, wie sich aus den Antworten der Importeure ergeben hat. Es ist im vorliegenden Fall jedoch nicht nötig, den räumlich relevanten Markt genauer abzugrenzen, denn die Abrede bewirkt, gleich bei welcher Marktdefinition, weder eine Beseitigung noch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

B.4 Widerlegung der Vermutung nach Artikel 5 Absatz 3 KG

31. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Die Vermutung der Unzulässigkeit der Abrede kann umgestossen werden, wenn sich zeigt, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen bleibt.⁴

⁴RPW 2003/2, S. 286.

32. Im Bereich der Transportpreise herrscht genügend Innenwettbewerb. Die einzelnen Transportunternehmen berechnen ihre Preise vor allem aufgrund des Konkurrenzverhaltens, der aktuellen Marktlage und der kaufmännischen Aspekte. Die einzelnen Aufträge werden grösstenteils individuell ausgehandelt. Nur vereinzelt gaben die Importeure an, dass sich die Transporteure an die Tariflisten der SVS halten, wobei einige von ihnen wiederum Rabatte auf diese Preise gewähren. Aus den Antworten ergibt sich, dass es bei der Aushandlung von Preisen vor allem auf die Grösse des importierenden Unternehmens ankommt. Mit anderen Worten, je grösser der Importeur, desto besser sind die Preise. Dies deutet auf ein normales Wirken der Wettbewerbskräfte hin. Weiter ist festzuhalten, dass seitens der SVS keinerlei Sanktionsmöglichkeiten gegen Transporteure, die sich nicht an diese Vorgaben halten, bestehen.

33. Auch nach den Angaben der Transporteure haben die Tariflisten höchstens Richtpreischarakter oder dienen der Grobkalkulation bei Offertanfragen. Sie werden in der Praxis aufgrund der Konkurrenzsituation unterschritten. Die einzelnen Transporteure bieten ihre Dienstleistung den eigenen Kunden nicht zu einem einheitlichen Preis an, jeder Auftrag wird in der Regel individuell ausgehandelt. Dies ergibt sich auch aus den Aussagen der Importeure. Dabei kommt ein breites Spektrum von Preissetzungselementen zum Zuge, so wie zum Beispiel diverse Zuschläge und Wechselkurse. Da selbst bei den Kunden eines Transporteurs keine einheitlichen Preise angewendet werden, kann davon ausgegangen werden, dass es auch keine einheitlichen Preise für die Kunden der verschiedenen Transporteure gibt.

34. Nach dem Gesagten ist der Innenwettbewerb (d.h. der Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) ausreichend, um die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG umzustossen. Es bleibt zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vorliegt.

B.5 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

35. Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs kann gestützt auf quantitative und qualitative Kriterien erfolgen.⁵ Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Beeinträchtigung dann unerheblich ist, wenn sie den Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede nicht in einem für die Marktteilnehmer nennenswerten Ausmass zu beeinflussen vermag. Dass Innenwettbewerb besteht, ist möglich, aber nicht zwingend.⁶

⁵ ZÄCH R., Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 282 ff.; RPW 2000/2, S. 177; RPW 2000/3, S. 361.

⁶ RPW 1998/2, S. 196, Rz. 44.

B.5.1 Qualitative Kriterien

36. Der Preis stellt einen Wettbewerbsparameter dar, der grundsätzlich auf dem Markt eine wichtige Rolle spielt. Wenn das Kartellgesetz bei horizontalen Preisabreden grundsätzlich vermutet, dass sie negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben (vgl. Ausführungen zu Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), so weist dies auf die Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters hin. Die Wettbewerbskommission hat die Bedeutung dieses Wettbewerbsparameters als qualitatives Erheblichkeitskriterium in ihrer Praxis mehrfach bestätigt.⁷

37. Bei Anwendung der SVS-Tarife ist es jedem Transporteur möglich, über die Rabattgewährung den vorgegebenen Preis der Kalkulationshilfe zu beeinflussen. Weiter haben die Abklärungen des Sekretariats ergeben, dass diese Kalkulationshilfe nur teilweise angewandt wird. Die Aussagen der SVS in ihrer Stellungnahme und die Antworten der befragten Transporteure und ihrer Marktgegenseite der Importeure erhärten diese Annahme. Es ist auch noch einmal zu betonen, dass die SVS über keinen Sanktionsmechanismus verfügt, um Verstöße gegen die Tariflisten zu ahnden.

B.5.2 Quantitative Kriterien

38. Weiter soll geprüft werden, ob die Abrede allenfalls in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Bei der Prüfung, ob die aus einer Abrede resultierende Wettbewerbsbeeinträchtigung quantitativ erheblich ist, wird wiederum auf Aussen- und Innenwettbewerb und die Stellung der Marktgegenseite abgestellt.⁸

39. Wie oben ausgeführt, besteht im vorliegenden Fall Innenwettbewerb, da die Transportpreise jeweils individuell ausgehandelt werden (s.o. Rz. 31 f.). Auch Aussenwettbewerb ist vorhanden, da grundsätzlich Substitute zur Verfügung stehen, welche die Preisspielräume der Abredeteiligten begrenzen (s.o. Rz. 23 ff.). Aus dem Vorhandensein von Innen- und Aussenwettbewerb folgt, dass die vorliegende Abrede keine erheblichen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

B.6 Ergebnis

40. Gestützt auf die getätigten Abklärungen und die summarische Würdigung im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG kann festgestellt werden, dass die Tarifliste der SVS keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellt, solange sich die Situation auf dem betreffenden Markt nicht ändert.

⁷ RPW 1997/3, S. 334 ff.; RPW 1998/3, S. 382 ff.; RPW 1999/3, S. 441 ff.; RPW 2000/2, S. 177; RPW 2000/3, S. 362.

⁸ RPW 2001/4, S. 678 ff.

C. Anregung

41. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission kann im Sinne von Artikel 26 Absatz 2 KG Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen.

42. Nach Angaben der SVS sind die Tariflisten für den Transport von Getreide und Futtermitteln nicht verbindlich. Falls die Tariflisten verbindlich wären, würde es sich um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des KG handeln. Das Sekretariat regt daher im vorliegenden Fall an, dass die Unverbindlichkeit der Tariflisten und die Freiheit der Mitglieder zur Vertragsgestaltung explizit in den Tariflisten festgehalten wird. Die SVS wird aufgefordert, dem Sekretariat innerhalb von zwei Monaten mitzuteilen, dass sie dieser Anregung nachgekommen ist.

D. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
 2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
 3. regt an, dass in den Tariflisten die Unverbindlichkeit derselben ausdrücklich festgehalten wird und dass die SVS dem Sekretariat die Umsetzung dieser Anregung innerhalb von zwei Monaten mitteilt;
 4. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.
-

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari
B 2.1	1. Cornèr Banca SA/Telekurs AG

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen, Art. 7 KG

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

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

Entscheid vom 1. September 2003 in Sachen Cornèr Banca SA (Gesuchstellerin) gegen Telekurs Multipay AG (Gesuchsgegnerin) betreffend vorsorgliche Massnahmen in Zusammenhang mit einer allenfalls unzulässigen Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG (Unterbietung von Preisen und Koppelungsverträge); vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2003, publiziert in RPW 2004/2, S. 625 ff.

Décision du 1^{er} septembre 2003 en l'affaire Cornèr Banca SA contre Telekurs Multipay AG concernant des mesures provisionnelles en relation à d'éventuelles pratiques illicites d'entreprises selon l'article 7 LCart (sous-enchères en matière de prix et transactions couplées); cf. décision de recours de la Commission de recours en matière de concurrence du 22 décembre 2003, publiée dans RPW 2004/2, p. 625 ss.

Decisione del 1^o settembre 2003 nel caso Cornèr Banca SA (istante) contro Telekurs Multipay AG (contraparte) relativa a misure cautelari in relazione ad eventuali pratiche illecite di imprese che dominano il mercato giusta l'articolo 7 LCart (vendita sotto prezzo e tying); cf. decisione di ricorso della Commissione di ricorso in materia di concorrenza del 22 dicembre 2003, pubblicata in RPW 2004/2, p. 625 ss.

A. Sachverhalt

1. Verfahren

1. Am 7. Juli 2003 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein Gesuch der Cornèr Banca SA, Lugano ("Cornèr Banca") um Eröffnung einer Untersuchung nach Artikel 27 KG und Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Telekurs AG, Wallisellen, ein.

Im Einzelnen wird " die Eröffnung einer Untersuchung durch die Wettbewerbskommission gegen Telekurs mit Bezug auf unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Artikel 7 KG" beantragt.

Die Gesuchstellerin beantragt zudem den Erlass der folgenden

vorsorglichen Massnahmen:

1. *Es sei Telekurs, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, vorsorglich zu untersagen, andere als die bereits am 30. Juni 2003 bestehenden Verträge " über das bargeldlose Zahlen von Waren und Dienstleistungen mit den von Telekurs angebotenen Debit und Kreditkarten" zu vollziehen, insbesondere per 1. Juli 2003 mit neuen Vertragspartnern Verträge " über das bargeldlose Zahlen von Waren und Dienstleistungen mit den von Telekurs angebotenen Debit und Kreditkarten" abzuschliessen und/oder die Rechte und Pflichten aus diesen Verträgen zu erfüllen.*

2. *Es sei Telekurs, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, zu verpflichten, Vertragspartner, die per 1. Juli 2003 mit Telekurs einen Vertrag " über das bargeldlose Zahlen von Waren und Dienstleistungen mit den von Telekurs angebotenen Debit und Kreditkarten" abgeschlossen haben, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus diesem Vertrag zu entlassen.*

3. *Es seien Telekurs, vgt., und Telekurs Card Solution, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, zu verpflichten, ab sofort die technische Umrüstung von Kreditkartengeräten bei Händlern (Uminitialisierung) " at arms length" in Rechnung zu stellen, das heisst zu den gleichen kommerziellen Bedingungen wie bei Händlern, die keine Kreditkarten-Acquiring Verträge mit Telekurs abgeschlossen haben.*

4. *Es sei die Telekurs, vgt., unter Androhung der Straffolgen nach Artikel 292 StGB an ihre zuständigen Organe, zu verpflichten, ab sofort Dualverträge für VISA/MC zu den gleichen kommerziellen Konditionen anzubieten, unabhängig davon, ob der Kunde gleichzeitig einen ec/Maestro-Vertrag abschliesst.*

2. Das Sekretariat war der Auffassung, dass das Gesuch zu wenig substantiiert sei, weshalb der Cornèr Banca die Möglichkeit gegeben wurde, gewisse Fragen noch zu präzisieren.

3. Am 28. Juli 2003 reichte die Cornèr Banca eine Ergänzung ihres Gesuches vom 6. Juli 2003 ein.

4. Am 31. Juli wurde die Telekurs durch das Sekretariat zur Stellungnahme aufgefordert. Diese Gesuchsantwort ist am 26. August 2003 eingetroffen. Die Gesuchsgegnerin beantragt,

1. *auf das Gesuch der Gesuchstellerin sei nicht einzutreten;*
2. *auf die Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise einer Untersuchung gegen die Gesuchsgegnerin wegen Verletzung des Kartellgesetzes sei zu verzichten;*
3. *es seien keine vorsorgliche Massnahmen gegen die Gesuchsgegnerin anzuordnen;*
4. *eventualiter die Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin zur Leistung einer Sicherheit [...] zu verpflichten.*

2. Parteien

5. Cornèr Banca ist eine Schweizerische Bank mit Sitz in Lugano. Sie ist hauptsächlich im Private Banking und im Kreditkarten Issuing- und Acquiring-Geschäft für Kreditkarten (Visa und MasterCard) tätig.

6. Die Telekurs Multipay (Telekurs)¹ gehört zur Telekurs Group. Die Telekurs Group wird von fast allen schweizerischen Banken und Bankengruppen beherrscht (Gross-, Kantonal-, Regional-, Privat-, Raiffeisenbanken etc.). Die Gruppengesellschaften Telekurs, Telekurs Card Solutions (TCS), Swiss Interbank Clearing, PayNet (Schweiz), Telekurs Financial und Telekurs Services bieten im In- und Ausland Dienstleistungen und Produkte an in den Bereichen internationale Finanzinformationen, bargeldlose Zahlungsinstrumente und elektronischer Zahlungsverkehr und IT Services. Telekurs ist im Acquiring-Geschäft für Kreditkarten (Visa und MasterCard) und Debitkarten (ec/Maestro) tätig.

3. Vorgehen der Parteien

7. Das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft verfolgt den Zweck, möglichst viele Inhaber von Verkaufsstellen mittels eines Kreditkarten-Akzeptanzvertrages in eines der fünf in der Schweiz betriebenen Kreditkartensysteme (MasterCard, VISA, American Express, Diners und JCB) einzubinden, damit Kreditkarteninhaber an diesen Verkaufsstellen eingekaufte Waren oder Dienstleistungen mittels Kreditkarte begleichen können. Betrieben wird das Akzeptanzgeschäft von den so genannten Acquirer.

¹Telekurs Europay wurde am 28. Mai 2003 in Telekurs umfirmiert.

8. Im Mai 2003 hat Telekurs Group das VISA-Acquiring-Geschäft der UBS Card Center AG (UCC) erworben und offeriert neu durch ihre Tochtergesellschaft Telekurs nebst MasterCard auch Verträge für die Akzeptanz von VISA-Karten am Verkaufspunkt. Diese seit längerem geplante Dualbrand-Strategie entspricht gemäss den Aussagen der Telekurs einem wachsenden Bedürfnis des Handels (Pressemitteilung der Telekurs Group vom 28.05.2003).

9. Eine Dualbrand-Strategie respektive ein Dualbrand-Angebot bedeutet das Issuing oder Acquiring zweier Kreditkarten-Brands, zum Beispiel VISA und MasterCard, aus einer Hand. In der Schweiz betreibt die Cornèr Banca seit Herbst 2002 das Dual-Acquiring für VISA und MasterCard.

10. Die Telekurs hat ihr neues Dual-Angebot ihrem gesamten Kundenstamm durch ein entsprechendes Mailing bekannt gegeben. Zudem wird auf der Homepage der Telekurs an prominenter Stelle auf das Dual-Angebot hingewiesen und die über das Internet öffentlich zugänglichen Anmeldeformulare sind darauf ausgerichtet, dem Interessenten eine Offerte für sämtliche Kartenprodukte anzubieten.

11. Cornèr Banca macht geltend, dass Telekurs seit der Übernahme von UCC eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Kreditkarten-Acquiring innehat und dass sie diese in dreierlei Hinsicht missbrauche.

12. Zum einen rügt Cornèr Banca, dass Telekurs eine ausgesprochen aggressive Preisstrategie verfolge. Das Ziel dieser Strategie bestehe einzig darin, die Cornèr Banca mit nicht mehr Kosten deckenden Angeboten nachhaltig aus dem Markt zu drängen und eine Monopolstellung aufzubauen. So habe die Telekurs in den letzten Junitagen - kurz vor Ablauf der Kündigungsfristen (30.6.2003) für die laufenden Verträge - verschiedenen Kunden der Cornèr Banca Offerten mit sehr tiefen Kommissionssätzen unterbreitet.

13. Die Cornèr Banca macht sodann auch geltend, dass sich Telekurs weigert, ihren Vertragspartnern, die keinen Dualvertrag mit Telekurs abschliessen, die Debitkarte ec/Maestro weiterhin anzubieten.

14. Schliesslich soll Telekurs den von der Cornèr Banca abzuwerbenden Kunden eine gebührenfreie Uminitialisierung der Kreditkartengeräte anbieten.

B. Erwägungen

1. Formelle Voraussetzungen

15. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 5/7 KG in Frage, hat die Wettbewerbskommission die Möglichkeit, im Rahmen des nicht streitigen Verwaltungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (RPW 1999/3, S. 395; RPW 1997/4, S. 621). Die Befugnis der Weko zur Behandlung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen

setzt nicht voraus, dass ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eröffnet worden ist. Jedoch kann der Erlass vorsorglicher Massnahmen nur im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen (vgl. PATRIK DUCREY, in: sic! 3/1998, S. 284). Daher muss, falls im Zeitpunkt des Erlasses vorsorglicher Massnahmen noch kein Verfahren eröffnet worden ist, gleichzeitig mit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG eröffnet werden.

16. Im vorliegenden Fall ist zurzeit weder eine Vorabklärung noch eine Untersuchung eröffnet worden. Gemäss Artikel 27 KG wird eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Nach Rechtsprechung und Lehre besteht kein Rechtsanspruch auf Durchführung einer Untersuchung (RPW 1999/3, S. 489 ff., Rz. 10 mit Verweise). Die Frage, ob in vorliegendem Fall eine Untersuchung zu eröffnen ist, steht in engem Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen und insbesondere mit der Frage der positiven Entscheidungsprognose (vgl. hienach 3.a), weshalb sie an dieser Stelle noch offen gelassen werden kann.

2. Vorbehaltene Vorschriften

17. Den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Vorliegend sind keine vorbehaltenen Vorschriften zu berücksichtigen.

3. Materielle Voraussetzungen

18. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden (RPW 1999/3, S. 396). Als gestaltende Massnahmen bezwecken sie, ein bestimmtes Rechtsverhältnis provisorisch in einer bestimmten Weise zu gestalten (RPW 1997/4, S. 604 f.).

19. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen setzt (kumulativ) eine günstige Entscheidungsprognose, einen drohenden, nicht leicht wiedergutmachenden Nachteil sowie Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahme voraus (RPW 1999/3, S. 396; RPW 1998/1, S. 35). Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen diese Voraussetzungen nicht strikte bewiesen sondern lediglich glaubhaft gemacht werden (RPW 1997/4, S. 612).

3.a Entscheidprognose

20. Im Rahmen der Entscheidprognose wird geprüft, ob für die Weko glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (RPW 1998/4, S. 590). Blosses behaupten von Tatsachen genügt somit dem herabgesetzten Beweiserfordernis nicht. Die Ansprüche sind glaubhaft gemacht, wenn die ihnen zugrunde *gelegten Tatsachenbehauptungen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erfüllt sind* (BGE vom 22.1.1997, 4C406/1996 "Blue Window II" abgedruckt in: sic! 1997, 276 ff., E. 5a mit Verweise).

21. Nachfolgend wird geprüft, ob glaubhaft ist, dass sich Telekurs auf einem bestimmten relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Artikel 7 KG missbraucht.

3.a.1 Preisunterbietung (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG)

22. Cornèr Banca macht geltend, dass Telekurs eine ausgesprochen aggressive Preisstrategie verfolge, welche zum Ziel habe, sie aus dem Acquiring-Markt zu drängen. Im Folgenden wird geprüft, ob Telekurs auf dem Acquiring-Markt eine marktbeherrschende Stellung innehat und ob sie diese durch Preisunterbietung missbraucht.

Marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiring-Markt

23. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

24. Um festzustellen, ob sich Telekurs tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Hierbei kann weitgehend der Markt abgrenzung, wie von der Wettbewerbskommission im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft (RPW 2003/1, S. 118 ff.) vorgenommen, gefolgt werden.

a Der relevante Markt

Sachlich relevanter Markt

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

26. Wie im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft festgehalten, kann die von Kreditkarten-Acquirer angebotene Dienstleistung allgemein als "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" bezeichnet wer-

den. Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall die Händler, welche ihrerseits in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten.

27. Als typische Eigenschaften dieses Marktes können der weltweite Zugang zu einem bestimmten Kreditkartennetz, das Mehrparteienverhältnis (3- oder 4-Parteien-System), die Kommission des Händlers an den Acquirer und der elektronische oder manuelle Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr genannt werden.

28. Der Verwendungszweck des Zugangs zum bargeldlosen Zahlungsverkehr aus Sicht der Händler und der Kreditkarteninhaber bestimmt sich anhand der Leistungen, welcher dieser Zugang generiert. Dabei können kartentypische Leistungen und Leistungen des Acquirers gegenüber dem Händler unterschieden werden.

29. Kartentypische Dienstleistungen sind die weltweite Akzeptanz des Zahlungsmittels (Annahemgarantie), die aufgeschobene Fälligkeit respektive Kreditfunktion sowie zusätzliche Dienstleistung, wie beispielsweise kartenspezifische Bonusprogramme. Als Leistungen des Acquirers gegenüber dem Händler können das nationale und internationale Clearing, die Zahlungsgarantie und Übernahme des Debitorenrisikos, den Zugang zu verschiedenen Vertriebskanälen (z.B. das Internet), die Lieferung von statistischen Informationen sowie finanzielle Leistungen und Werbekampagnen genannt werden.

30. Anhand der identifizierten Eigenschaften und Verwendungszwecke untersuchte die Wettbewerbskommission im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft die Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Zahlungsverkehrssystemen. Als mögliche Substitute zum Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte wurden insbesondere das Bargeld, Post- und Bankengiroverkehr, Debitkarten, Wertkarten (sog. Prepaid Cards), Check und Kundenkarten in Betracht gezogen.

31. Da keines der oben genannten Zahlungsverkehrssysteme dieselben Eigenschaften und Verwendungszwecke aufweist wie der Zugang zum Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte, kann das Bestehen eines vollwertigen Substituts wohl ausgeschlossen werden. Telekurs vertritt jedoch in ihrer Stellungnahme den Standpunkt, dass aus Sicht der Konsumenten die Kreditkarte mit anderen Zahlungsmitteln, insbesondere Bargeld, substituierbar sei. Weiter wird auch darauf hingewiesen, dass es möglich sei, auf den Post- und Bankengiroverkehr oder auf Debitkarten auszuweichen.

32. Für die nachstehende Analyse der Marktstellung geht die Wettbewerbskommission von einem Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr aus, wie dieser im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft definiert wurde.

Räumlich relevanter Markt

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

34. Marktgegenseite bilden, wie oben festgehalten, Händler, welche in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen anbieten. Die erfolgte Liberalisierung der Lizenzsysteme von VISA und MasterCard eröffnet den Händlern grundsätzlich die Möglichkeit, mit ausländischen Acquirer zusammenzuarbeiten. Bis anhin scheint jedoch der Anteil dieses so genannten Cross-border Acquiring eher marginal zu sein. Als Grund für die geringe Verbreitung werden in erster Linie die tieferen Qualitätsstandards ausländischer Acquirer angeführt. Aus dieser Sicht kann der räumlich relevante Markt somit als die Schweiz umfassend abgegrenzt werden.

35. Die Telekurs ist jedoch der Ansicht, dass eine mindestens europaweite Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes vorzunehmen sei. Dies, weil im angrenzenden Ausland angesiedelte Acquiring-Unternehmen einen starken Wettbewerbsdruck auf die in der Schweiz domizilierten Acquirer ausüben würden. Die Gesuchsgegnerin konnte diesen Standpunkt nicht genügend substantiieren, weshalb im Folgenden von einem die Schweiz umfassenden räumlichen Markt - wie dieser im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft definiert wurde - ausgegangen wird.

b Marktstellung

Aktueller Wettbewerb

36. Bis anfangs 2003 gab es in der Schweiz vier Unternehmen, die den Zugang zu den weltweit führenden Kreditkarten-Systemen VISA, MasterCard und American Express anboten. Dies waren Telekurs für MasterCard, die UCC und die Cornèr Banca für VISA sowie Swisscard AECS AG für American Express. Daneben existieren bis heute zwei weitere Acquirer für die Kreditkarten-Systeme Diners und JCB, die jedoch als Nischenplayer bezeichnet werden müssen.

37. Die damaligen Marktanteile (Mitte 2000), gemessen am erzielten Umsatz mit in der Schweiz verwendeten in- und ausländischen Kreditkarten, sind in der folgenden Tabelle zusammengefasst (RPW 2003/1, S. 139).

Telekurs (MasterCard)	40%-50%
UCC (VISA)	20%-30%
Cornèr Banca (VISA)	10%-20%
Swisscard (American Express)	10%-20%
Diners Club (Schweiz) AG (Diners)	0%-10%
JCB International Co., Ltd. (JCB)	0%-10%

38. Die Situation auf dem Acquiring-Markt für die umsatzstärksten Kreditkarten (VISA, MasterCard und American Express) charakterisierte sich dadurch, dass sich der gemeinsame Marktanteil der vier Unternehmen Telekurs, UCC, Cornèr Banca und Swisscard auf 98% summierte. Aufgrund der hohen Markttransparenz und -stabilität, gegebener Interessen-, Produkte- und Kostensymmetrien sowie einer schwachen Stellung der Marktgegenseite, kam die Wettbewerbskommission im Entscheid Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft zum Schluss, dass die vier Unternehmen über eine kollektiv marktbeherrschende Stellung verfügten.

39. Durch die Übernahme des VISA-Acquiring-Geschäftes der UCC durch die Telekurs im Mai 2003 hat sich die Situation auf dem Acquiring-Markt, insbesondere für die Kreditkartensysteme VISA und MasterCard, drastisch verändert. Von den ehemals drei Anbietern von VISA und MasterCard sind heute nur noch die Telekurs und die Cornèr Banca, beide mit einem Dualbrand-Angebot, in diesem Markt tätig. Durch den Erwerb der UCC dürften sich die heutigen Marktanteile der Telekurs für MasterCard auf 90%-100% und für VISA auf 50%-60% belaufen. Gegeben die zunehmende Wichtigkeit des Dualbrandings, erscheint die Möglichkeit einer dominanten Marktstellung der Telekurs im Acquiring-Geschäft für VISA und MasterCard glaubhaft.

40. Auch auf dem Gesamtmarkt des Kreditkarten-Akzeptanzgeschäftes in der Schweiz ergeben sich durch die Übernahme der UCC, mit einem Marktanteil von 20%-30% das ehemals zweitgrösste Unternehmen in diesem Geschäft, Anhaltspunkte einer dominanten Marktstellung der Telekurs. So zeigt die einfache Addition der Marktanteile in obiger Tabelle, dass ein heutiger Marktanteil der Telekurs von 60%-80% realistisch ist. Die Übernahme der UCC durch die Telekurs hat folglich bewirkt, dass nur noch zwei zusätzliche Unternehmen im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft tätig sind, die nicht als Nischenplayer bezeichnet werden können. Diese besitzen jedoch, verglichen mit der Telekurs, über sehr kleine Marktanteile von 10%-20%.

41. Seit der Liberalisierung des Lizenzierungssystems dürften auch Acquirer aus dem Ausland, insbesondere aus Deutschland, eine gewisse Stellung auf dem Acquiring-Markt in der Schweiz erlangt haben. Die Marktanteile ausländischer Acquirer in der Schweiz sind jedoch gemäss den Ermittlungen des Sekretariats bis anhin marginal.

42. In Anbetracht dieser massiv geänderten Marktanteile dürfte heute nicht mehr von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der verbleibenden Unternehmen im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft auszugehen sein. Vielmehr darf aufgrund der starken Marktstellung der Telekurs angenommen werden, dass diese sich auf dem Markt für Kreditkarten-Acquiring weitgehend unabhängig verhalten kann.

Potenzieller Wettbewerb

43. Im Entscheid zum Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft verweist die Wettbewerbskommission auf drei mögliche Arten von Marktzutritten (RPW 2003/1, S. 145). Erstens, ein neuer Anbieter könnte eine neue Kreditkarte lancieren und das Acquiring für diese übernehmen. Die Lancierung einer neuen Kreditkarte ist jedoch höchst unwahrscheinlich, da für die Implementierung eines vollständig neuen Kreditkartensystems sehr hohe Marktzutrittsschranken bestehen.

44. Als zweite Möglichkeit könnte ein neues Schweizerisches Unternehmen das Acquiring für eine bestehende Kreditkarte in Betracht ziehen. Aufgrund der heutigen starken Stellung der Telekurs scheint die Wahrscheinlichkeit eines solchen Neueintritts als gering.

45. Schliesslich könnte auch ein bestehender ausländischer Anbieter in den Schweizer Markt eintreten. Auf die eher geringe Verbreitung des Cross-border Acquirings sowie die gegenteilige Meinung der Telekurs zu diesem Punkt wurde bereits oben hingewiesen. Im Rahmen einer Untersuchung wären genauere Abklärungen über eine mögliche disziplinierende Rolle des Cross-border Acquirings in der Schweiz unumgänglich.

46. Abschliessend kann festgehalten werden, dass momentan auf dem Acquiring-Markt in der Schweiz nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von ernsthafter potenzieller Konkurrenz ausgegangen werden kann.

Ergebnis

47. Aufgrund der Beurteilung des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs ergibt sich, dass sich die Telekurs auf dem Markt für Kreditkarten-Acquiring mit grosser Wahrscheinlichkeit weitgehend unabhängig verhalten kann. Es ist deshalb für die Wettbewerbskommission glaubhaft, dass Telekurs auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Missbrauch

48. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. In Artikel 7 Absatz 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Als unzulässige Verhaltensweise gilt insbesondere die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG).

49. Unterbietung von Preisen oder Geschäftsbedingungen (Rabatte, Zahlungsfristen, Garantieleistungen usw.) setzen Preissenkungen oder das Angebot günstigerer Geschäftsbedingungen voraus. Solche Massnahmen können Zeichen wirksamen Wettbewerbs sein und liegen insbesondere im Interesse der Marktgegenseite. Marktbeherrschende Unternehmen können die Unterbietung von Preisen oder Geschäftsbedingungen aber auch dazu einsetzen, um in einer ersten Phase bestimmte oder alle Mitbewerber in der Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder gar aus dem Markt zu verdrängen, um dann in einer zweiten Phase in der Lage zu sein, die Preise beziehungsweise Geschäftsbedingungen zulasten der eigenen Geschäftspartner frei erhöhen beziehungsweise verschlechtern zu können (vgl. RPW 2002/3, S. 431; RPW 2003/1, S. 62; R. ZÄCH in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, Basel, 2000, S. 209, mit Verweisen).

50. Das KG enthält, anders als das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241), keine Vermutung, wonach der Verkauf unter dem Einstandspreis beziehungsweise den Selbstkosten wettbewerbsbeschränkend ist. Auch Preise unter dem Einstandspreis beziehungsweise den Selbstkosten sind aus der Sicht des KG nur dann unzulässig, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. In jedem Fall muss demnach ein solcher Plan nachgewiesen werden können. Hingegen darf im Sinne der EU-Praxis sowie einer natürlichen Vermutung davon ausgegangen werden, dass Preise unter den kurzfristigen durchschnittlichen variablen Kosten grundsätzlich missbräuchlich sind. Für die Anwendung von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe d KG ist jedoch gemäss der Botschaft nicht vorausgesetzt, dass die Preise unter den Selbstkosten liegen (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz, S. 107; Komm. KG - DALLAFIOR, Art. 7, Rz. 136).

51. Im Folgenden wird geprüft, ob die neuen Angebote der Telekurs unter den Selbstkosten liegen, was ein Indiz für eine missbräuchliche Wettbewerbsbeschränkung wäre. Des Weiteren wird die Frage analysiert, inwiefern eine Strategie der Telekurs nachgewiesen werden

kann, wonach sie gezielt die Cornèr Banca aus dem Markt zu verdrängen versucht.

52. Gemäss Stellungnahme der Telekurs werden die heutigen Preise zwar knapp kalkuliert, seien aber keineswegs Verlust bringend. Eine Analyse der Preistabellen ergebe, dass die Kommissionssätze in den meisten Fällen noch deutlich über [...] % liegen. Die Aufstellung der für das neue Dualangebot MasterCard/VISA angebotenen Kommissionssätze scheint diese Aussage zu stützen.

53. Des Weiteren führt die Cornèr Banca in ihrer Ergänzung des Gesuches vom 7. Juli 2003 aus, dass bei einer durchschnittlichen Kommission von [...] % und einem Transaktionsvolumina von CHF [...], unter Berücksichtigung der existierenden Kostenblöcke, eine Marge von [...] % resultiere. Da nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Acquiring-Geschäft der Telekurs eine substanziell andere Kostenstruktur aufweist als dasjenige der Cornèr Banca, muss angenommen werden, dass die angebotenen Kommissionssätze der Telekurs eine ähnliche positive Marge ermöglichen. Der Spielraum der Telekurs für eine positive Marge dürfte aufgrund höherer Transaktionsvolumina sogar eher grösser sein. Die Aussage der Gesuchstellerin, dass die Angebote der Telekurs unter den Selbstkosten liegen, scheint deshalb ungenügend substantiiert.

54. Zusätzlich ist es fraglich, ob die Telekurs nach einer Verdrängung der Cornèr Banca aus dem Acquiring-Markt überhaupt in der Lage wäre, ihre Preise wieder anzuheben. Zumindest verweist die Telekurs in ihrer Stellungnahme auf den Wettbewerb durch hauptsächlich deutsche Cross-border-Acquirer, die bereits heute Kommissionen anbieten würden, die unter denjenigen der Telekurs liegen. Eine "Predatory Pricing"-Strategie scheint folglich aus den dargelegten Gründen unwahrscheinlich.

3.a.2 Unzulässige Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG)

a. Zugang zu ec/Maestro

55. Die Gesuchstellerin macht weiter geltend, dass Telekurs ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für den Zugang zum Debitkartenzahlungsverkehr (Markt für Debitkarten-Acquiring) unzulässig ausnutzt. Dies indem sie Händlern, welche keinen Dualvertrag mit Telekurs abschliessen, keinen Zugang zu ec/Maestro gewährt oder aber einen Zugang zu Kommissionssätzen, die über denjenigen liegen, die den Dual-Vertragspartner angeboten werden.

56. Wenn das marktbeherrschende Unternehmen das Produkt, über das es eine beherrschende Stellung hat, nur unter der Bedingung verkauft, dass der Abnehmer ein zusätzliches Produkt erwirbt, dann dehnt das marktmächtige Unternehmen seine beherrschende Stellung auf dem Markt des ursprünglichen Produkts auf den Markt des zusätz-

lichen Produkts aus (vgl. Komm. KG - DALLAFIOR, Art. 7, Rz. 144 ff.). Gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG gilt dieses Verhalten (sog. Koppelungsgeschäfte) als Behinderungstatbestand.

Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Debitkarten-Acquiring

57. Es stellt sich vorerst die Frage, ob Telekurs auf dem Markt für Debitkarten-Acquiring eine marktbeherrschende Stellung innehat. Die Ermittlungen des Sekretariates haben ergeben, dass Telekurs als Acquirer einen sehr hohen Marktanteil aufweist² und vermutlich in diesem Markt eine marktmächtige Stellung einnimmt. Diese Stellung wird noch durch den Umstand verstärkt, dass die Schweizer Banken die ec-Karte und die damit verbundenen Dienstleistungen bei der Telekurs (als Gemeinschaftswerk) beziehen müssen.

58. Telekurs profitiert somit in zweifacher Hinsicht: Einerseits als exklusive Lizenzgeberin für die mit der ec-Karte verbundenen Benutzungsrechte gegenüber den Schweizer Banken. Andererseits verfügt das Unternehmen aufgrund seiner Tätigkeit als Acquirer für die Kreditkarte MasterCard und jetzt auch VISA über ein schweizweit ausgebautes Händlernetz, von dem gleichzeitig auch das Debitkarten-Acquiring profitieren kann. Demgegenüber können beispielsweise die Schweizerische Post und die Migrosbank nur beschränkt von solchen Vorgaben profitieren.

59. Diese Vorteile können als Indizien gewertet werden, dass sich Telekurs heute auf dem Markt für Debitkarten-Acquiring weitgehend unabhängig von ihren Konkurrentinnen verhalten kann. Ob die Indizien bereits eine marktbeherrschende Stellung der Telekurs zu beweisen vermögen, kann vorliegend noch offen gelassen werden.

Missbrauch

60. Die Gesuchstellerin konnte ihre Aussagen bezüglich Koppelungsgeschäft in ihrem Gesuch nicht genügend substantiieren. Mit Schreiben vom 28. Juli 2003 hat sie zwei Kündigungsschreiben von Händlern eingereicht. Diese Schreiben erlauben es aber nicht, auf einen Missbrauch der Telekurs zu schliessen. Vielmehr belegen sie die Attraktivität eines Angebots der verschiedenen Acquiringdienstleistungen aus einer Hand. Die Telekurs bestreitet im Übrigen kategorisch, dass sie den Kunden, welche keinen Dualvertrag bei ihr abschliessen, keinen

²Weitere Marktteilnehmer sind die Post, Migrosbank, Cornèr Banca.

Zugang zu ec/Maestro mehr gebe. Was die Höhe der Kommissionssätze für ec/Maestro betrifft, so gelten gemäss der Telekurs einheitliche Konditionen, unabhängig davon, ob jemand auch den Kreditkartenvertrag mit der Telekurs abschliesst. Ferner, auch wenn die Telekurs ihre Kommissionssätze differenzieren würde, wäre fraglich, ob eine solche Strategie aufgrund von Verbundvorteilen nicht ökonomisch effizient wäre. Es ist somit für die Wettbewerbskommission nicht glaubhaft, dass ein Missbrauchstatbestand vorliegt.

b. Uminitialisierung von Kreditkartengeräten

61. Schliesslich rügt Cornèr Banca, dass Telekurs beziehungsweise TCS den von der Cornèr Banca abzuwerbenden Kunden eine gebührenfreie Uminitialisierung der Kreditkartengeräte anbietet. Auch hier könnte Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG geltend gemacht werden, wenn TCS auf dem Markt für Terminalgeräte eine marktbeherrschende Stellung innehat und diese unzulässig missbraucht.

Marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Terminalgeräte

62. Der Markt für Terminalgeräte wurde vom Sekretariat anlässlich einer Marktbeobachtung analysiert. Dabei hat sich ergeben, dass TCS seit der Übernahme der 3C Holding im Juni 2002 zwar eine starke Stellung auf diesem Markt hat. Allerdings wurde die Frage offen gelassen, ob dieser Markt als schweizerischer oder als europäischer Markt abzugrenzen sei. Demzufolge wurde auch die Frage der marktbeherrschenden Stellung offen gelassen. Die Gesuchstellerin hat keine Argumente zur marktbeherrschenden Stellung der TCS auf dem Markt für Terminalgeräte angeführt.

Missbrauch

63. Zur Frage des Missbrauchs hat die Gesuchstellerin ihre Aussage trotz Nachfrage des Sekretariates in keiner Weise substantiiert. Die Telekurs bestreitet ihrerseits die Angaben der Cornèr Banca. Gemäss der Telekurs werden die Preise für die Terminal-Dienstleistungen nicht davon abhängig gemacht, ob der betreffende Händler über Acquiring-Verträge mit der Gesuchsgegnerin oder einem anderen Acquirer verfügt. Ebenso erfolgt die Uminitialisierung der Terminals bei einem Acquirerwechsel eines Händlers neutral und ohne Bevorzugung eines bestimmten Acquirers. Der Händler, dem in der Regel das Terminal gehört, erteilt dazu der TCS einen schriftlichen Auftrag. Dass die für die Uminitialisierung anfallenden geringen Kosten von maximal CHF [...] pro Terminal unter Umständen vom neuen Acquirer des betreffenden Händlers übernommen werden, ist eine Marketingentscheidung des betreffenden Acquirers. Es gibt aus Sicht der Wettbewerbskommission keine Anhaltspunkte, von einem anderen Sachverhalt auszugehen, weshalb auch bezüglich der Uminitialisierung der Missbrauch nicht glaubhaft erscheint.

3.a.3 *Zwischenergebnis*

64. Aus den vorstehenden Gründen erachtet es die Wettbewerbskommission als nicht glaubhaft, dass Telekurs eine marktbeherrschende Stellung auf dem Acquiring-Markt missbraucht und somit Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe d KG verletzt. Bezüglich der Märkte für Debitkarten-Acquiring und Terminalgeräte bestehen zwar Indizien, dass Telekurs beziehungsweise TCS auf diesen Märkten eine starke Marktstellung innehat. Auf eine marktbeherrschende Stellung der Telekurs kann allerdings aufgrund der vorliegenden Elemente nicht geschlossen werden. Zudem wurde nicht genügend glaubhaft gemacht, dass Telekurs beziehungsweise TCS ihre Marktstellung auf diesen beiden Märkten im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe f KG missbraucht. Das Vorliegen einer günstigen Entscheidungsprognose ist aufgrund der heutigen Sachlage somit zu verneinen.

3.b *Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb*

65. Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und - bei Anordnung auf Gesuch hin - subsidiär dazu der Cornèr Banca ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

66. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen.

67. Gemäss Aussagen der Cornèr Banca sind bei ihr per Ende Juni 2003 [...] Kündigungen eingegangen mit einem Verlust von rund CHF [...]. Dabei ist zu präzisieren, dass die Acquiring-Verträge einmal jährlich auf den 30. Juni für den 31. Dezember des selben Jahres gekündigt werden können. Es ist deshalb davon auszugehen, dass in diesem Jahr keine weiteren Verträge gekündigt werden.

68. Des Weiteren hat auch die Telekurs im Jahr 2002 im Bereich MasterCard einen Umsatzverlust von mehr als CHF [...] hinnehmen müssen. Im VISA-Bereich hat die Telekurs zwar CHF [...] verloren. Umgekehrt konnte sie aber CHF [...] dazu gewinnen. Es scheint somit, dass die Verluste der Cornèr Banca als normale Marktverluste zu bezeichnen sind.

3.c *Dringlichkeit*

69. Dringlichkeit ist gegeben, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheides eintreten wird.

70. Diesbezüglich kann festgehalten werden, dass gemäss Aussagen der Cornèr Banca die Acquiring-Verträge einmal jährlich auf den 30.

Juni für den 31. Dezember desselben Jahres gekündigt werden können. Es ist somit nicht zu erwarten, dass sich die Marktstrukturen in den nächsten Monaten verändern werden.

3.d Verhältnismässigkeit

71. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist verhältnismässig, wenn die Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich vorliegenden beziehungsweise eintretenden Nachteil abzuwenden, sie erforderlich sind, und wenn die Interessen an der Anordnung solcher Massnahmen die entgegenstehenden Interessen überwiegen.

72. Der Vollständigkeit halber sei hier noch präzisiert, dass selbst wenn alle Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt wären, stünde eine Einfrierung des Kundenbestandes in keinem Verhältnis zum verfolgten Zweck. Zu Recht hebt die Gesuchsgegnerin hervor, dass die verlangten Massnahmen weder erforderlich noch geeignet wären, die von der Gesuchstellerin beklagten angeblichen Missstände zu beheben.

4. Ergebnis

73. Aus den oben stehenden Ausführungen geht hervor, dass keine der vier kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegeben sind. Demzufolge erachtet es die Wettbewerbskommission als unnötig, eine Untersuchung gemäss Artikel 27 Absatz 1 KG zu eröffnen. Das Sekretariat wird jedoch im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG die von der Cornèr Banca erhobenen Vorwürfe weiter verfolgen.

C. Kosten

74. Aufgrund eines vor den Beschwerdeinstanzen hängigen Verfahrens zur Frage der Verteilung der Kosten bei der Abweisung von Anträgen über vorsorgliche Massnahmen, wird über die Kostenfrage nach der Klärung der Rechtslage entschieden werden.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Gesuch der Cornèr Banca AG um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.
 2. Das Verfahren wird im Kostenpunkt sistiert. Über die Kostenfrage wird in einem späteren Zeitpunkt entschieden.
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton Aargau wegen vermutungsweise unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG

Per 1. Oktober 1998 trat im Kanton Aargau zwischen dem Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau, mehreren Spitälern der Vereinigung Aargauischer Krankenhäuser (VAKA) und mehreren Krankenversicherern (CSS Versicherungen, Helsana Versicherungen AG, Konkordia, Unimedes, Visana Bern, diverse der santésuisse Aargau-Solothurn angeschlossene Krankenversicherer) ein Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in öffentlichen Spitälern in Kraft. Der Vertrag gilt für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung eines öffentlichen Spitals behandeln lassen. Er enthält einerseits Fallpreispauschalen und andererseits für nicht fallpauschalierte Leistungen Grundtaxen sowie Taxen für Spitalleistungen und ärztliche Leistungen. Die Weko eröffnete am 17. Dezember 2002 eine Untersuchung nach Artikel 27 KG. Die REKO/WEF wies die Weko am 10. Oktober 2003 an, die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler des Kantons Aargau in die Beurteilung des Tarifvertrages mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton Aargau beziehungsweise in die entsprechende Untersuchung einzubeziehen. Da die Vertragsparteien den Vertrag im Verlaufe des Verfahrens auflösten, stellte die Weko die Untersuchung am 1. Oktober 2004 ein.

Un contrat concernant la facturation des patients hospitalisés en division semi-privée des hôpitaux publics a été conclu entre le Département de la santé, différents établissements de l'association argovienne des hôpitaux et différentes assurances-maladie (CSS Assurance, Helsana, Concordia, Unimedes, Visana Berne et d'autres caisses-maladie affiliées à santésuisse Argau-Solothurn) dans le canton d'Argovie. Cet accord est entré en vigueur le 1^{er} octobre 1998. Cette convention est valable pour les assurés qui disposent d'une assurance complémentaire

d'hospitalisation pour une division semi-privée et qui sont soignés dans une division semi-privée d'un établissement public. La convention fixe d'une part des prix forfaitaires et d'autre part, pour les prestations qui ne sont pas calculées sur la base de forfaits, une taxe de base, des taxes pour les prestations fournies par l'hôpital et, enfin, des taxes pour les soins médicaux. La Comco a ouvert une enquête selon l'article 27 LCart le 17 décembre 2002. La REKO/WEF a demandé à la Comco en date du 10 octobre 2003, de prendre en compte dans la décision les hôpitaux publics et les hôpitaux subventionnés par l'état du Canton d'Argovie. Etant donné que les partenaires contractuels ont résilié la convention durant la procédure, la Comco a clos l'enquête le 1^{er} octobre 2004.

Il 1° ottobre 1998 è entrata in vigore una convenzione relativa alla fatturazione dei pazienti della divisione semiprivata in ospedali pubblici conclusa fra il Dipartimento della sanità del Cantone di Argovia, diversi ospedali dell'Associazione degli istituti ospedalieri argoviesi (VAKA) e diverse assicurazioni (CSS Assicurazioni, Helsana Assicurazioni SA, Concordia, Unimedes, Visana Berna, diversi assicuratori affiliati a santésuisse Aargau-Solothurn). La convenzione si applica agli assicurati che dispongono di un'assicurazione complementare ospedaliera per la divisione semiprivata e che si fanno curare in una divisione semiprivata di un ospedale pubblico. Essa contiene, da un lato, tariffe forfaitarie per differenti interventi e, dall'altro, per le prestazioni senza un forfait, tariffe di base nonché tariffe per prestazioni ospedaliere e per prestazioni mediche. La Comco ha aperto il 17 dicembre 2002 un'inchiesta giusta l'articolo 27 LCart. Il 10 ottobre 2003, la REKO/WEF ha ordinato alla Comco di integrare nell'inchiesta relativa alla convenzione tariffale sulle cliniche private nell'ambito dell'assicurazione complementare semiprivata nel Cantone di Argovia, gli ospedali pubblici o sussidiati dall'ente pubblico di tale cantone. Tenuto conto che i partner contrattuali hanno rescisso il contratto nel corso della procedura, la Comco ha chiuso l'inchiesta il 1° ottobre 2004.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Per 1. Oktober 1998 trat im Kanton Aargau ein **Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in öffentlichen Spitälern** (nachfolgend *Halbprivatvertrag*) in Kraft. Dieser Vertrag gilt zwischen:

- a. dem Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau (GD, Aarau), welches die Kantonsspitäler Baden (Baden), Aarau (Aarau) und die Psychiatrischen Dienste des Kantons Aargau (Königsfelden) vertritt;
 - b. den der Vereinigung Aargauischer Krankenhäuser (VAKA, Aarau) angeschlossenen Spitälern, sofern diese schriftlich bei der VAKA den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben: Bezirksspital Brugg (Brugg), Asana Gruppe (Menziken), Kreisspital für das Freiamt
-

- Muri (Muri), Gesundheitszentrum Fricktal (Rheinfelden), Spital Zofingen (Zofingen), Klinik Barmelweid (Barmelweid);
- c. mehreren Krankenversicherern: Helsana Versicherungen AG (Zürich), Concordia (Luzern), Unimedes (Luzern), CSS Versicherungen (Luzern), Visana (Bern) und die übrigen der *santésuisse* Aargau-Solothurn (Baden, ehemaliger Aargauischer Krankenkassen-Verband AKV) angeschlossenen Versicherer soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklärt haben.
2. Der Halbprivatvertrag gilt für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung der Vertragsspitäler behandeln lassen (Art. 2 Halbprivatvertrag).
3. Im Halbprivatvertrag werden *die Taxen für medizinische Leistungen* in den Halbprivatabteilungen gemäss Randziffer 1¹ festgelegt. Die Taxen für die medizinischen Leistungen setzen sich gemäss Artikel 8 des Halbprivatvertrages zusammen aus der Grundtaxe (vgl. Rz. 5), den Spitalleistungen (Zusatztaxe, vgl. Rz. 6) und den ärztlichen Honoraren (vgl. Rz. 7). Ein Teil der Leistungen wird über Fallpreispauschalen abgerechnet (vgl. Rz. 4).
4. 40 medizinische Eingriffe (z.B. einfache Neurolyse CTS) werden nach *Fallpreispauschalen* abgegolten (Art. 10, Anhang 2 des Halbprivatvertrages). Die Fallpreispauschalen umfassen sämtliche Leistungen der Ärzte/innen, der Belegärzte/innen und des Spitals sowie externer Leistungserbringer vom Eintritt bis zum Austritt der Patienten/innen unter Berücksichtigung der vertraglich definierten Leistungen (Anhang 2 des Halbprivatvertrages).
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 pflegerische Betreuung inklusive aufwändiger Pflege sowie Materialien für die Grundpflege (Art. 9, Anhang 1 des Halbprivatvertrages). Die Tagestaxe beträgt beispielsweise in den Kantonsspitalern CHF 185.- pro Pflorgetag.
6. Als Grundlage für die Verrechnung der *Spitalleistungen* - mit Ausnahme separat aufgeführter Einzelleistungen (z.B. werden pro Benützung des Aufwachraumes 6 Taxpunkte verrechnet) - dienen der Spitalleistungskatalog, der SUVA-Zahnarzttarif und die Eidgenössische Analysenliste. Die Taxansätze (Taxpunktwerte) der Spitalleistungen richten

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

sich nach den Vereinbarungen der Medizinaltarifkommission des Unfallversicherungsgesetzes (UVG), dem Dachverband der Schweizer Spitäler H⁺ und dem Physiotherapeutenverband, den Vorgaben des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) beziehungsweise neu des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) sowie der Schweizerischen Zahnärztesgesellschaft (SSO) (Art. 10, Anhang 1 des Halbprivatvertrages).

7. Die Verrechnung der *ärztlichen Leistungen* (z.B. für Eintrittsuntersuchungen von nicht operativen Fällen) erfolgt auf der Grundlage des Spitalleistungskatalogs und nach den im Halbprivatvertrag definierten Taxen (Art. 10, Anhang 3 des Halbprivatvertrages).

A.2 Verfahren

8. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eröffnete in dieser Angelegenheit am 17. Dezember 2002 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG und teilte dies den Parteien am selben Tag mit (FJS 1971, S. 78). Die Eröffnung dieser Untersuchung erfolgte aufgrund der Erkenntnisse aus der Verfügung der Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko) vom 1. Oktober 2001 (in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Zusatzversicherungsbereich Kanton Aargau wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG; vgl. RPW 2001/4, S. 645 ff.).

9. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 24. Dezember 2002 (SHAB 2002, Nr. 249, S. 46) und im Bundesblatt vom 14. Januar 2003 (BBI 2003, Nr. 1, S. 69 f.) bekannt gegeben.

10. Das Sekretariat wandte sich zwecks Bestimmung von Vertretern gemäss Artikel 11a Absatz 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) am 7. April 2003 an *santésuisse Aargau-Solothurn*. *santésuisse Aargau-Solothurn* erklärte sich mit Schreiben vom 15. April 2003 bereit, die Vertretung seiner Mitglieder für das weitere Verfahren zu sichern. Es wurden keine weiteren Vertreter nach Artikel 11a Absatz 1 VwVG bestimmt.

11. Das Sekretariat führte mit Schreiben vom 31. Januar 2003 und 4. Februar 2003 bei den Vertragsparteien (vgl. Rz. 1) und den Privatkliniken im Kanton Aargau Erhebungen durch.

12. Mit Schreiben vom 2. April 2003 beantragte die *Concordia*, das Untersuchungsverfahren zu sistieren beziehungsweise vorläufig einzustellen. Sie machte geltend, dass die Weko mit Verfügung vom 1. Oktober 2001 bereits die Tarifverträge in der halbprivaten Zusatzversicherung mit Privatkliniken als unzulässig erklärt habe (RPW 2001/4, S. 645 ff.). Diese Verfügung sei von den Krankenversicherern mit Beschwerde bei der REKO/WEF angefochten worden (vgl. Rz. 16 f.). Deren Entscheid sei noch ausstehend und das Verfahren somit noch hängig. Aufgrund der Ähnlichkeit mit dem vorliegenden Verfahren sei dieses bis zum Entscheid der REKO/WEF zu sistieren. Dabei sei dem

Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich vorliegend um einen Vertrag mit öffentlichen Spitälern handle. Mit dem Entscheid der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 ist der Antrag auf Sistierung hinfällig geworden (vgl. Rz. 16 f.).

13. Der Antrag des Sekretariates (Verfügungsentwurf) wurde den Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 23. September 2003 zugestellt. Dabei wurde auf das Recht zur Akteneinsicht verwiesen.

14. Mehrere Stellungnahmen sind im Verlauf der Vernehmlassungsfrist beim Sekretariat eingegangen.

15. Es wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

- a. Die Helsana Versicherungen AG beantragte, dass die Untersuchung nicht einzustellen und im öffentlichen Interesse analog der Untersuchung des Vertrages mit den privaten Kliniken zu Ende zu führen sei. Es sei die Anwendbarkeit des KG im Bereich der öffentlichen Spitäler zu klären.
- b. Die CSS Versicherungen beantragten, dass die Konklusionen aus dem Beschwerdeentscheid in Sachen Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) vom 10. Oktober 2003 (RPW 2001/4, S. 645 ff.; vgl. Rz. 16 f.) bei den Erwägungen dieses Verfahrens einfließen. Insbesondere sei die Frage zu klären, ob die behandelten Wettbewerbsabreden nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

16. Die Weko hat am 1. Oktober 2001 den Halbprivatvertrag (Vertrag über Tarife im Bereich der Halbprivatversicherung) im Kanton Aargau zwischen *Krankenversicherern, Ärzten/innen* und den *Privatkliniken* im Halbprivatbereich untersagt (RPW 2001/4, S. 645 ff.). Mit Beschwerdeentscheid in Sachen Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 werden die Beschwerden der Krankenversicherer und Privatkliniken teilweise gutgeheissen, die Verfügung der Weko vom 1. Oktober 2001 aufgehoben und zur Neuurteilung an die Weko zurückgewiesen (RPW 2003/4, S. 847 ff.). Der Entscheid der REKO/WEF wurde nicht angefochten und ist rechtskräftig.

17. Die REKO/WEF bestätigte den Entscheid der Weko in den nachfolgenden zwei Punkten nicht und verlangte eine Neuurteilung:

- a. Die Effizienzgründe seien ungenügend geprüft beziehungsweise begründet.
 - b. Nicht nur die Privatkliniken, sondern auch die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler beziehungsweise der gesamte aargauische Markt der im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen sei bei der Beurteilung der Wettbewerbsabrede zu berücksichtigen.
-

18. Nachdem die Regionalspitäler des Kantons Aargau den Halbprivatvertrag in öffentlichen Spitälern bereits per 31. Juli 2003 kündigten, wurde dieser am 27. Mai 2003 auch vom Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau für die kantonalen Spitäler auf Ende 2003 gekündigt. Mit Schreiben vom 10. und 17. Juli 2003 gab auch die VAKA den Kündigungstermin per 31. Dezember 2003 bekannt.

19. Die Privatspitäler kündigten ihren Halbprivatvertrag auf Ende 2003, die Ärzte/innen und die Krankenversicherer Concordia, CSS, Unimedes sowie santésuisse Aargau-Solothurn per Ende 2004. Jener Untersuchungsgegenstand fällt daher dahin, weshalb jenes Verfahren eingestellt wird (vgl. Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kt. AG", RPW 2004/4, S. 1026 ff.).

20. Der zweite Antrag des Sekretariates (2. Verfügungsentwurf) wurde den Parteien am 7. Juli 2004 mit einem aktuellen Aktenverzeichnis zugestellt.

21. Mehrere Stellungnahmen sind im Verlauf der Vernehmlassungsfrist beim Sekretariat eingegangen. Es wurde ein einziges Rechtsbegehren gestellt: Die Helsana Versicherungen AG beantragte (vgl. Rz. 15.a), dass die Untersuchung trotz Wegfall der Halbprivatverträge mit Privatkliniken und öffentlich und öffentlich subventionierten Spitälern nicht einzustellen und im öffentlichen Interesse zu Ende zu führen sei (analog ihr Antrag im Rahmen der Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kt. AG", RPW 2004/4, S. 1026 ff.).

B. Erwägungen

B.1 Vermutungsweise unzulässige Wettbewerbsabreden über Preise im Bereich der halbprivaten Zusatzversicherung

22. 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).

23. Der vorliegende Halbprivatvertrag enthält die nachfolgende Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG (vgl. RPW 2001/4, S. 654, Ziff. 31 ff.): Wettbewerbsabrede zwischen den *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern* und den *Krankenversicherern*.

24. Diese Wettbewerbsabrede sieht im Rahmen des Halbprivatvertrages die einheitliche Rechnungsstellung gegenüber Patienten/innen der Halbprivatabteilung in öffentlichen Spitälern vor. Er enthält die Festsetzung von Fallpreispauschalen, Grundtaxen, Spitalleistungen und ärztlichen Leistungen (vgl. Rz. 3). Damit bezweckt und bewirkt der

Halbprivatversicherungsvertrag die Festsetzung von Tarifen, welche unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen (vgl. 2001/4, S. 666, Ziff. 69 ff.; RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 43; RPW 1997/4, S. 484, Ziff. 15 ff.).

25. Die Weko stellte im Entscheid vom 1. Oktober 2001 insbesondere fest, dass im Kanton Aargau zwei weitgehend identische Verträge im Bereich der Halbprivatversicherung bestehen, der eine betreffend die Privatkliniken, der andere betreffend die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler (RPW 2001/4, S. 671, Ziff. 87). Der Vertrag betreffend die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler diene als Muster für den Vertrag mit den Privatkliniken.

26. Unter Berücksichtigung des Entscheides der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 müssen diese beiden Verträge gemeinsam auf deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin beurteilt werden (RPW 2003/4, S. 885, E. 9.4). Die beiden Verträge werden folglich materiell gemeinsam in der Einstellungsverfügung betreffend "Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG" beurteilt (vgl. Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG", RPW 2004/4, S. 1026 ff.). Als Basis für diese Beurteilung dienen dazu insbesondere die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens erhaltenen Informationen.

B.2 Einstellung des Verfahrens nach Kündigung des Halbprivatvertrages

27. Gemäss Praxis der Weko 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.; RPW 2001/4, S. 699, Ziff. 20 ff.).

28. Mit der Kündigung aller am Halbprivatvertrag beteiligten öffentlichen Spitäler fällt der Untersuchungsgegenstand im vorliegenden Verfahren dahin (vgl. Rz. 18). Ebenso verhält es sich mit dem Halbprivatvertrag bei den Privatkliniken (vgl. Rz. 19). Daher kann auf die eingehende Berücksichtigung beziehungsweise Untersuchung des gesamten aargauischen Marktes der im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen bei der Beurteilung der Wettbewerbsabrede sowie die von der REKO/WEF geforderte Prüfung der Effizienzgründe verzichtet werden. Ferner sind die Anträge der CSS Versicherungen hinfällig geworden (vgl. Rz. 15.b.).

29. Infolge der Auflösung des Halbprivatvertrages durch sämtliche am Halbprivatvertrag beteiligten öffentlichen und öffentlich subventio-

nierten Spitäler ist das Verfahren gegen die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler einzustellen.

30. Ein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht nicht, da nicht nur der Untersuchungsgegenstand entfällt, sondern auch die kantonale Spitalgesetzgebung änderte (das neue Spitalgesetz vom 25. Februar 2003 SpiG des Kantons Aargau trat am 1. Januar 2004 in Kraft). Die Anwendbarkeit des KG hinsichtlich des aufgehobenen Spitalgesetzes im Bereich der öffentlichen Spitäler ist damit nicht zu klären (vgl. Anträge in Rz. 15.a und in Rz. 21).

C. Kosten

31. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

32. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

33. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Keine Gebührenpflicht besteht demgegenüber, wenn sich die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Untersuchung nicht bestätigen (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f., Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. c. KG-Gebührenverordnung). Mangels eingehender Berücksichtigung beziehungsweise Untersuchung des gesamten aargauischen Marktes der im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen bei der Beurteilung der Wettbewerbsabrede sowie mangels vollständiger Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe, deren Neubeurteilung die REKO/WEF im konkreten Fall verlangte, entfällt die Gebührenpflicht für die vorliegende Untersuchung.

34. Aus diesen Gründen werden im vorliegenden Verfahren keine Gebühren gesprochen.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und im Sinne der vorangehenden Erwägungen beschliesst die Wettbewerbskommission Folgendes:

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. Es werden keine Gebühren gesprochen.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2	2. <i>Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG</i>
-------	--

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Oktober 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton Aargau wegen vermutungsweise unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG

Im Kanton Aargau bestand zwischen mehreren Krankenversicherern (Unimedes, Helsana, Konkordia, CSS sowie andere der santésuisse Aargau-Solothurn angeschlossene Versicherer) und Privatkliniken (Hirslanden Klinik Aarau, Klinik Sonnenblick, Klinik Villa im Park, Klinik Schützen) sowie dem Aargauischen Ärzteverband (AAV) ein Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatspitälern. Dieser Vertrag galt für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Halbprivatabteilung eines Privatspitals behandeln lassen. Durch diese Vereinbarung wurden die Taxen für medizinische Leistungen festgelegt. Die Weko untersagte diesen Tarifvertrag am 1. Oktober 2001, da der Vertrag eine Preisabsprache darstellte, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigte. Die REKO/WEF hob den Entscheid der Weko am 10. Oktober 2003 auf und wies ihn zur Neubeurteilung an die Weko zurück. Die REKO/WEF forderte dabei den Einbezug der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler und eine eingehende Prüfung der Effizienzgründe. Da die Vertragsparteien den Vertrag im Verlaufe des Verfahrens auflösten, stellte die Weko die Untersuchung am 1. Oktober 2004 ein.

Un contrat relatif à la facturation des patients en division semi-privées des hôpitaux privés liait plusieurs caisses-maladie (Unimedes, Helsana, Concordia, CSS et d'autres assurances affiliées à santésuisse Aargau-Solothurn) et des cliniques privées (Hirslanden Klinik Aarau, Klinik

Sonnenblick, Klinik Villa im Park, Klinik Schützen) ainsi que l'Association argovienne des médecins (AAV) dans le canton d'Argovie. Ce contrat était valable pour les assurés qui disposent d'une assurance hospitalière complémentaire pour les divisions semi-privées et qui se font soigner dans une division semi-privée d'un hôpital privé. Il fixait les taxes des prestations médicales. La Comco a interdit ce contrat tarifaire le 1^{er} octobre 2001 étant donné qu'il constituait un accord empêchant une concurrence efficace. Le 10 octobre 2003, la REKO/WEF a annulé la décision de la Comco et l'a retournée à la Comco pour reconsidération. La REKO/WEF exigeait que les hôpitaux privés et des hôpitaux subventionnés par l'Etat soit pris en considération et qu'un examen approfondi des motifs d'efficacité économique soit entrepris. Etant donné que les partenaires contractuels ont résilié la convention durant la procédure, la Comco a clos l'enquête le 1^{er} octobre 2004.

Nel Cantone di Argovia era stata conclusa una convenzione tariffale fra diverse assicurazioni (Unimedes, Helsana, Konkordia, CCS così come altre assicurazioni legate alla santésuisse Aargau-Solothurn), le cliniche private (Hirslanden Klinik Aarau, Klinik Sonnenblick, Klinik Villa im Park, Klinik Schützen) e l'associazione dei medici argoviesi (Aargauischen Ärzteverband [AAV]). Questo contratto serviva per la fatturazione di assicurati che dispongono di un'assicurazione complementare ospedaliera per il reparto semiprivato e che si fanno curare nella divisione semiprivata di una clinica privata. Attraverso questo accordo sono state fissate le tariffe per le prestazioni mediche. La Comco ha proibito questa convenzione tariffale il 1° ottobre 2001, siccome essa rappresentava un accordo sui prezzi che sopprimeva la concorrenza efficace. Il 10 ottobre 2003, la Commissione di ricorso in materia di concorrenza (REKO/WEF) ha annullato la decisione della Comco e l'ha rinviata alla Comco per una nuova valutazione. La REKO/WEF chiedeva l'integrazione nell'analisi del caso degli ospedali pubblici e sussidiati dall'ente pubblico e un esame approfondito dei motivi di efficienza economica. Tenuto conto che i partner contrattuali hanno rescisso il contratto nel corso della procedura, la Comco ha chiuso l'inchiesta il 1° ottobre 2004.

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Per 1. Januar 1999 trat im Kanton Aargau ein **Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in Privatkliniken** (nachfolgend *Halbprivatvertrag in Privatkliniken*) in Kraft. Dieser Vertrag gilt zwischen:

- a. dem *Aargauischen Ärzteverband* als Vertreter der **Ärzte/innen** (Baden-Dättwil, nachfolgend AAV);

- b. den vier **Privatkliniken** Hirslanden Klinik Aarau (ehemals Klinik im Schachen, Aarau), Klinik Sonnenblick (Wettingen), Klinik Villa im Park (Rothrist), Klinik Schützen (Rheinfelden);
 - c. mehreren **Krankenversicherern**: Helsana Versicherungen AG (Zürich, nachfolgend Helsana), Concordia (Luzern), Unimedes (Luzern) und dem Aargauischen Krankenkassenverband angeschlossene Versicherer - vertreten durch den Aargauischen Krankenkassenverband - soweit sie den Beitritt zu diesem Vertrag erklären (Baden; neu: santésuisse Aargau-Solothurn).
2. Der Halbprivatvertrag in Privatkliniken stellt eine Erneuerung eines Vertrages vom 1. Juli 1998 dar. Die CSS Versicherungen (Luzern, nachfolgend CSS) traten dem Vertrag per 1. Januar 2000 bei.
 3. Der Halbprivatvertrag in Privatkliniken 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 Halbprivatvertrag in Privatkliniken).
 4. Im Halbprivatvertrag in Privatkliniken werden *die Taxen für medizinische Leistungen* in den Halbprivatabteilungen gemäss Randziffer 3 festgelegt. Die Taxen für die medizinischen Leistungen bestehen im Grundsatz aus den Fallpreispauschalen (vgl. Rz. 5)¹. Bei nicht fallpauschalierten Leistungen bestehen die Taxen aus der Grundtaxe, den Spitalleistungen (Zusatztaxen) und den ärztlichen Leistungen (Art. 7 Halbprivatvertrag in Privatkliniken, vgl. Rz. 6, 7, 8).
 5. 40 medizinische Eingriffe (z.B. eine offene Prostataektomie) werden nach *Fallpreispauschalen* abgegolten (Art. 10, Anhang 2 Halbprivatvertrag in Privatkliniken). Die Fallpreispauschalen umfassen sämtliche Leistungen der Ärzte/innen, der Belegärzte/innen und des Spitals sowie externer Leistungserbringer vom Ein- bis zum Austritt der Patienten/innen unter Berücksichtigung der vertraglich definierten Definitionen von Leistungen (Anhang 2 Halbprivatvertrag in Privatkliniken).
 6. 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 (Art. 8, Anhang 1 a, Anhang 1 b Halbprivatvertrag in Privatkliniken). Die Tagestaxe beträgt beispielsweise in der Hirslanden Klinik Aarau für eine Wöchnerin mit gesundem Säugling CHF 240.- pro Pflorgetag.

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

7. Als Grundlage für die Verrechnung der Spitalleistungen - mit Ausnahme separat aufgeführter Einzelleistungen - dienen der Spitalleistungskatalog, der SUVA-Zahnarztтарif 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 beziehungsweise neu des Bundesamtes für Gesundheit BAG (Art. 9, Anhang 1 a Halbprivatvertrag in Privatkliniken).

8. Die Verrechnung der ärztlichen Leistungen (z.B. für eine Hämorrhoidenoperation 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 (Art. 9, Anhang 4 Halbprivatvertrag in Privatkliniken).

A.2 Verfahren

9. Am 21. August 1998 ersuchte der AAV das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat), den Halbprivatvertrag in Privatkliniken 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 -unterzeichnung vom 21. Januar 1999 für die Vertragsversion vom 1. Januar 1999 gestellt. Der AAV bezieht sich in seinem Gesuch ursprünglich auf die vorangehende Version des Halbprivatvertrages in Privatkliniken vom 1. Juli 1998 und erklärt seine Ausführungen auch für die Vertragsversion vom 1. Januar 1999 als gültig.

10. Das Sekretariat eröffnete in dieser Angelegenheit am 8. Oktober 1999 eine Vorabklärung (FJS 1971, S. 78). Die Absprache zwischen den Parteien beziehungsweise der Halbprivatvertrag in Privatkliniken bildet den Gegenstand der Vorabklärung.

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

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

13. 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.

14. 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.

15. 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.

16. Dem Gesuch der Krankenversicherer vom 7. 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.

17. Die Unimedes beantragte am 8. März 2001 eine einvernehmliche Regelung gemäss Artikel 29 KG. Das Sekretariat lehnte diese am 21. März 2001 mit Begründung ab.

18. 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 Patienten/innen mit Halbprivatversicherung, die versicherungsmässig dem Kanton Aargau zugeordnet werden, jeweils pro Versicherer und Jahr (Ziff. 5 Buchstabe a des Schreibens vom 1.3.2001) umschrieben werden.

19. Die Krankenversicherer erklärten in ihrer Stellungnahme vom 23. März 2001, dass sie mit dem Vorschlag des Sekretariates bezüglich des Vorgehens bei den 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.

20. 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 Berichtigungen betrafen die Zahlen der Antworten zu Frage 1 (des Fragebogens vom 13.7.2000) in der Beilage des Schreibens der Gesuchsteller vom 15. Januar 2001. Die Krankenversicherer gaben dazu am 4. April 2001 ihr Einverständnis.

21. Am 19. April 2001 erliess die Weko eine Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse an die Krankenversicherer. Diese wurde von den Krankenversicherern nicht angefochten. Der Entscheid ist rechtskräftig.

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

23. Mehrere Stellungnahmen sind im Verlauf der Vernehmlassungsfrist beim Sekretariat eingegangen.

24. Es wurden folgende Rechtsbegehren gestellt:

a. Die Ärzte/innen beantragten:

- die Aufnahme der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler sowie aller weiteren privaten Leistungserbringer ins Verfügungsdispositiv (Antrag);
- falls Abklärungen für den Antrag notwendig wären, sei eine entsprechende Untersuchung gemäss Artikel 27 KG durchzuführen und die entsprechende Verfügung zeitlich mit der aktuellen Verfügung zu eröffnen (Eventualantrag).

b. Die Krankenversicherer beantragten:

- Es sei festzustellen, dass der untersuchte Vertrag nicht in den Anwendungsbereich des KG falle (Antrag 1);
 - es sei festzustellen, dass die Auswirkungen des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) Wettbewerb mit Bezug auf die klassische Halbprivatversicherung nicht zulasse (Antrag 2);
 - 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 (Antrag 3);
 - die Untersuchung sei einzustellen (Antrag 4), unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Antrag 5).
-

c. Die Privatkliniken beantragten:

- Eröffnung einer Vorabklärung beziehungsweise Untersuchung gemäss KG betreffend Vertrag über die Rechnungsstellung gegenüber Patienten der Halbprivatabteilung in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern (Antrag 1);
- die Untersuchung gegen den Halbprivatvertrag in Privatkliniken mit den Privatkliniken sei zu sistieren, bis betreffend dem Vertrag aus Antrag 1 ebenfalls eine Verfügung durch die Weko eröffnet werde (Antrag 2).

25. Die Weko hat am 1. Oktober 2001 den Halbprivatvertrag (Vertrag über Tarife im Bereich der Halbprivatversicherung) im Kanton Aargau zwischen Krankenversicherern, Ärzten/innen und den Privatkliniken im Halbprivatbereich untersagt (RPW 2001/4, S. 645 ff.).

26. Gegen die Verfügung der Weko erhoben die Krankenversicherer und die Privatkliniken Verwaltungsbeschwerde. Die Weko nahm im Rahmen des Rekursverfahrens am 17. Dezember 2001 und 21. Dezember 2001 Stellung.

27. Das Sekretariat eröffnete am 17. Dezember 2002 aufgrund der Erkenntnisse aus der Verfügung der Weko vom 1. Oktober 2001 (RPW 2001/4, S. 645 ff.) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Halbprivatvertrag in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 24. Dezember 2002 (SHAB 2002, Nr. 249, S. 46) und im Bundesblatt vom 14. Januar 2003 (BBI 2003, Nr. 1, S. 69 f.) bekannt gegeben.

28. Mit Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 in Sachen Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau werden die Beschwerden der Krankenversicherer und Privatkliniken teilweise gutgeheissen, die Verfügung der Weko vom 1. Oktober 2001 aufgehoben und zur Neuurteilung an die Weko zurückgewiesen (RPW 2003/4, S. 847 ff.). Der Entscheid der REKO/WEF wurde nicht angefochten und ist rechtskräftig.

29. Die REKO/WEF bestätigte den Entscheid der Weko in den zwei folgenden Punkten nicht und verlangte eine Neuurteilung:

- a. Die Effizienzgründe seien ungenügend geprüft beziehungsweise begründet.
- b. Nicht nur die Privatkliniken, sondern auch die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler beziehungsweise der gesamte aargauische Markt der im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen sei bei der Beurteilung der Wettbewerbsabrede zu berücksichtigen.

30. Mit dem benannten Entscheid der REKO/WEF und der Eröffnung einer Untersuchung durch die Weko betreffend Halbprivatvertrag in

öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern sind die Anträge der Ärzte/innen und der Privatkliniken auf Sistierung und Einstellung des Verfahrens sowie die Ausdehnung und Eröffnung einer Untersuchung gegenstandslos geworden (vgl. Rz. 24.a und 24.c). Ebenfalls gegenstandslos wurden durch den Entscheid der REKO/WEF die Anträge der Krankenversicherer (vgl. Rz. 24.b).

31. Der zweite Antrag des Sekretariates (2. Verfügungsentwurf) wurde den Parteien am 7. Juli 2004 mit einem aktuellen Aktenverzeichnis zugestellt.

32. Zwei Stellungnahmen sind im Verlauf der Vernehmlassungsfrist beim Sekretariat eingegangen, jene der Ärzte/innen und jene der Krankenversicherer (zusammen mit den ergänzenden Stellungnahmen der Helsana Versicherungen AG und der santésuisse Aargau-Solothurn).

33. Die Krankenversicherer beantragten neu zusammengefasst folgende Rechtsbegehren:

- Das Sekretariat hält in seinem 2. Verfügungsentwurf vom 7. Juli 2004 fest, dass die REKO/WEF den Entscheid der Weko vom 1. Oktober 2001 über weite Strecken bestätige. Die Krankenversicherer beantragen, dass die Weko nicht von einer weitgehenden Bestätigung ihres Entscheides, sondern von einer Aufhebung und Neubeurteilung ihres Entscheides der Weko schreibe (Antrag 1);

Die Krankenversicherer beantragen, dass die Untersuchung trotz Wegfall der Halbprivatverträge mit Privatkliniken und öffentlich und öffentlich subventionierten Spitälern nicht einzustellen und im öffentlichen Interesse zu Ende zu führen sei. Es sei hinreichend zu begründen, weshalb kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Verfahrens vorläge (Antrag 2).

34. Dem Antrag 1 der Krankenversicherer (vgl. Rz. 33) wird in Randziffer 28 f. entsprochen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

36. Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

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

B.1.2 Wettbewerbsabreden

38. 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).

39. Der Halbprivatvertrag in Privatkliniken enthält gemäss Entscheid der Weko vom 1. Oktober 2001 die folgenden vier Wettbewerbsabreden (RPW 2001/4, S. 654, Ziff. 31 ff.):

- a. Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Ärzte/innen (AAV)*
- b. Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Privatkliniken*
- c. Wettbewerbsabrede auf Stufe der *Krankenversicherer*
- d. Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzte/innen*, den *Privatkliniken* und den *Krankenversicherern*

40. Die REKO/WEF stellte im benannten Entscheid fest, dass die Aufteilung des umstrittenen Vertrages durch die Weko in vier verschiedene Abreden nicht in dem Sinne verstanden werden dürfe, dass der Vertrag für die Beurteilung seiner Zulässigkeit nach dem KG in diese vier Abreden aufzuspalten sei (RPW 2003/4, S. 866 f., E.5.). Die Parteien hätten einen einzigen Vertrag ausgehandelt und sich auf nichts anderes verpflichtet als auf diesen einen Vertrag. Es erscheine als sehr zweifelhaft, dass die Koordinierungsbemühungen der einzelnen Vertragsparteien (Ärzte/innen, Privatkliniken, Krankenversicherer) sich zu Abreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG verdichten würden, denn die Koordinierung würde im Hinblick auf den angestrebten Vertragsabschluss erfolgen und hätte wohl kaum eine unabhängige Bedeutung. Sie könne deshalb auch für sich allein keine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder beabsichtigen. Damit sei es nicht angängig, bei der Beurteilung des vorliegenden Vertrages Horizontalabreden etwa zwischen den Ärzten/innen oder zwischen den Privatkliniken für sich allein als unzulässig zu erklären, denn diese hätten nur als Teil des umstrittenen Vertrages Bestand und ihre Zulässigkeit sei nur im Hinblick auf die Zulässigkeit des ganzen Vertrages zu beurteilen. Im Weiteren fügt die REKO/WEF in E.7.2 (RPW 2003/4, S. 869 f.) an, dass mit der Unzulässigkeit auch nur einer der drei horizontalen Abreden der umstrittene Vertrag zwangsläufig dahinfallen würde, weil er ohne die Zustimmung der Angehörigen der drei Gruppierungen zu den ausgehandelten Tarifen die von den Parteien gewollte Substanz verlieren würde. Aus diesem Grunde sei ausschliesslich die Vertikalabrede zu prüfen und die Beurteilung der Zulässigkeit der Wettbewerbsabreden

a., b. und c. hätte im Hinblick auf die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede unter d. zu erfolgen (vgl. 2003/4, S. 866 f., E.5).

41. Die vergangenen Ereignisse zeigen jedoch, dass die Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzte/innen*, den *Privatkliniken* und den *Krankenversicherern* zwei Vertragsbeziehungen beinhaltet, die unabhängig voneinander bestehen können: die vertragliche Vereinbarung zwischen den *Ärzte/innen* und den *Krankenversicherern* sowie die vertragliche Vereinbarung zwischen den Privatkliniken und den Krankenversicherern. Während der Halbprivatvertrag von einer Privatklinik per 31. Dezember 2001 und von zwei Privatkliniken per 31. Dezember 2003 gekündigt wurde (vgl. Rz. 47 ff.), blieb der Halbprivatvertrag zwischen den Ärzten/innen und den Krankenversicherern für die ärztlichen Leistungen bis 31. Dezember 2004 weiterhin aufrechterhalten.

42. Die Weko stellte im Entscheid vom 1. Oktober 2001 insbesondere fest, dass im Kanton Aargau zwei weitgehend identische Verträge im Bereich der Halbprivatversicherung bestehen, der eine betreffend die Privatkliniken, der andere betreffend die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler (RPW 2001/4, S. 671, Ziff. 87). Der Vertrag betreffend die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler diene als Muster für den Vertrag mit den Privatkliniken. Unter Berücksichtigung des Entscheides der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 müssen diese beiden Verträge gemeinsam auf deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin beurteilt werden (RPW 2003/4, S. 885, E. 9.4). In der Folge werden die beiden Verträge materiell gemeinsam beurteilt (betreffend der formellen Würdigung des Halbprivatvertrages mit den öffentlichen Spitälern vgl. Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG", RPW 2004/4, S. 1018 ff.).

43. Unter Berücksichtigung des Entscheides der REKO/WEF sind bei den im Halbprivatbereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen im Kanton Aargau drei Wettbewerbsabreden auf deren Zulässigkeit hin zu beurteilen:

- a. Eine Wettbewerbsabrede zwischen den *Privatkliniken* und den *Krankenversicherern*
- b. Eine Wettbewerbsabrede zwischen den *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern* und den *Krankenversicherern*
- c. Eine Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzten/innen* und den *Krankenversicherern*

Die Wettbewerbsabreden a. und b. sind gemäss dem Entscheid der REKO/WEF gemeinsam zu beurteilen.

B.2 Wettbewerbsabreden zwischen den Privatkliniken und den Krankenversicherern sowie zwischen den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern und den Krankenversicherern

B.2.1 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung der Abreden über Preise im Bereich der halbprivaten Zusatzversicherung

44. Die oben erwähnten Wettbewerbsabreden im Rahmen des Halbprivatvertrages zwischen den *Privatkliniken* und *Krankenversicherern* sowie zwischen den *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern* und den *Krankenversicherern* sehen die einheitliche Rechnungsstellung gegenüber Patienten/innen der Halbprivatabteilung in Privatkliniken sowie öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern vor. Die beiden Halbprivatverträge enthalten die Festsetzung von Fallpreispauschalen, Grundtaxen, Spitalleistungen und ärztlichen Leistungen (vgl. Rz. 4 ff.; Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG", RPW 2004/4, S. 1018 ff.). Damit bezwecken und bewirken die beiden Halbprivatversicherungsverträge bei den Privatkliniken sowie den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern die Festsetzung von Tarifen, welche unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen (vgl. 2001/4, S. 666, Ziff. 69 ff.; RPW 1999/2, S. 229, Ziff. 43; RPW 1997/4, S. 484, Ziff. 15 ff.).

45. In Analogie zum Entscheid der Weko vom 1. Oktober 2001 (RPW 2001/4, S. 645 ff. bzw. S. 669, Ziff. 82 ff., S. 673, Ziff. 95 ff., S. 675, Ziff. 108 ff.), unter Berücksichtigung des Entscheides der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 (RPW 2003/4, S. 885, E. 9.4) und auf Basis der im Rahmen der Untersuchung betreffend den Halbprivatvertrag bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern erhaltenen Informationen (vgl. Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG", RPW 2004/4, S. 1018 ff.) wäre davon auszugehen, dass die Wettbewerbsabrede zwischen den *Privatkliniken* und *Krankenversicherern* sowie zwischen den *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern* und den *Krankenversicherern* eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 bewirkt. Dabei wären die Effizienzgründe nach Artikel 5 Absatz 2 KG im Sinne des Entscheides der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 zu prüfen (vgl. 2003/4, S. 871 ff., E.9).

46. Jedoch fällt der Untersuchungsgegenstand im vorliegenden Verfahren und im Verfahren betreffend den Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung dahin (vgl. Rz. 47 ff.). Daher kann auf die eingehende Berücksichtigung beziehungsweise Untersuchung des gesamten aargauischen Marktes der im Halbprivat-

bereich erbrachten stationären Gesundheitsdienstleistungen bei der Beurteilung der Wettbewerbsabrede sowie die von der REKO/WEF geforderte Prüfung der Effizienzgründe verzichtet werden.

B.2.2 Einstellung des Verfahrens nach Kündigung der Halbprivatverträge

47. Mit der Kündigung der Halbprivatverträge bei den Privatkliniken und den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern fällt die Wettbewerbsabrede auf Stufe der Spitäler dahin (vgl. Rz. 48; Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG", RPW 2004/4, S. 1018 ff.). Die Privatkliniken kündigten den Halbprivatvertrag wie folgt: Die Hirslanden Klinik Aarau kündigte den Vertrag per 31. Dezember 2001, die Kliniken Villa im Park und Sonnenblick per 31. Dezember 2003 und die Klinik Schützen auf 31. Juli 2004. Ferner kündigten die Krankenversicherer Concordia, CSS, Unimedes und santésuisse Aargau-Solothurn den vorliegenden Vertrag per 31. Dezember 2004.

48. Bei den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern verhält es sich folgendermassen: Nach Kündigung des Halbprivatvertrages durch die Regionalspitäler des Kantons Aargau per 31. Juli 2003 wurde dieser am 27. Mai 2003 auch vom Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau für die kantonalen Spitäler auf Ende 2003 gekündigt. Mit Schreiben vom 10. und 17. Juli 2003 teilte die VAKA den neuen Kündigungstermin per 31. Dezember 2003 mit (vgl. Verfügung der Weko vom 1.10.2004 betreffend "Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG", RPW 2004/4, S. 1018 ff.).

49. Nach der Praxis der Weko 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.; RPW 2001/4, S. 699, Ziff. 20 ff.).

50. Mit der Kündigung aller am Halbprivatvertrag beteiligten Spitäler fällt der Untersuchungsgegenstand betreffend der Wettbewerbsabrede zwischen den Privatkliniken und Krankenversicherern sowie zwischen den öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern und den Krankenversicherern im vorliegenden Verfahren dahin.

51. Aus diesem Grunde ist vorliegend das Verfahren bezüglich der Wettbewerbsabrede zwischen den *Privatkliniken* und *Krankenversicherern* einzustellen. Die Einstellung der Wettbewerbsabrede zwischen den *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern* und den *Krankenversicherern* erfolgt im Rahmen der Verfügung der Weko

vom 1. Oktober 2004 betreffend "Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG".

52. Ein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht nicht (vgl. Antrag 2 der Krankenversicherer; Rz. 33). Die von der REKO/WEF geforderte Prüfung der Effizienzgründe kann anlässlich eines allfälligen weiteren *Verfahrens durchgeführt werden*.

B.3 Wettbewerbsabrede zwischen den Ärzten/innen und den Krankenversicherern

B.3.1 Erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung der Abrede über Preise im Bereich der halbprivaten Zusatzversicherung

53. Die oben erwähnte Wettbewerbsabrede im Rahmen des Halbprivatvertrages zwischen den Ärzten/innen und den *Krankenversicherern* bezweckt und bewirkt die Festsetzung von Tarifen, welche unter den Begriff der Preise nach Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG fallen (vgl. Rz. 44).

54. In Analogie zum Entscheid der Weko vom 1. Oktober 2001 (RPW 2001/4, S. 645 ff. bzw. S. 666, Ziff. 69 ff., S. 673, Ziff. 95 ff., S. 675, Ziff. 108 ff.) wäre davon auszugehen, dass die Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzten/innen* und den *Krankenversicherern* eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 bewirkt. Dabei wären die Effizienzgründe nach Artikel 5 Absatz 2 KG im Sinne des Entscheides der REKO/WEF vom 10. Oktober 2003 zu prüfen (vgl. 2003/4, S. 871 ff., E.9).

55. Jedoch fällt der Untersuchungsgegenstand im vorliegenden Verfahren dahin (vgl. Rz. 56 ff.). Daher kann auf die von der REKO/WEF geforderte Neuurteilung verzichtet werden (vgl. Rz. 29).

B.3.2 Einstellung des Verfahrens nach Kündigung des Halbprivatvertrages

56. Mit Schreiben vom 28. April 2004 beziehungsweise 28. Juni 2004 teilten die Ärzte/innen mit, dass sie den Halbprivatvertrag per 31. Dezember 2004 kündigen. Die Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzten/innen* und den *Krankenversicherern* fällt mit der Kündigung des Halbprivatvertrages dahin.

57. Nach der Praxis der Weko 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.; RPW 2001/4, S. 699, Ziff. 20 ff.).

58. Mit der Kündigung des Halbprivatvertrages durch die Ärzte/innen fällt der Untersuchungsgegenstand betreffend der Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzten/innen* und den *Krankenversicherern* dahin. Aus diesem Grunde ist das Verfahren bezüglich der Wettbewerbsabrede zwischen den *Ärzten/innen* und den *Krankenversicherern* einzustellen.

59. Ein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht nicht (vgl. Antrag 2 der Krankenversicherer; Rz. 33). Die von der REKO/WEF geforderte Prüfung der Effizienzgründe kann anlässlich eines allfälligen weiteren Verfahrens durchgeführt werden.

C. Kosten

60. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

61. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

62. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Keine Gebührenpflicht besteht demgegenüber, wenn sich die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Untersuchung nicht bestätigen (Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1; Art. 3 Abs. 2 Bst. c. KG-Gebührenverordnung). Mangels vollständiger Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe, deren Neubeurteilung die REKO/WEF im konkreten Fall verlangte, entfällt die Gebührenpflicht für die vorliegende Untersuchung.

63. Demgegenüber haben die Krankenversicherer das Verfahren um Erlass der Zwischenverfügung vom 19. April 2001 hinsichtlich der Geschäftsgeheimnisse verursacht. Sie sind in dieser Frage unterlegen. Die Verfügung ist rechtskräftig. Die Krankenversicherer sind daher in diesem Verfahren kostenpflichtig (vgl. Ziff. 3 und 5.c des Dispositivs).

64. Das Verfahren um Erlass der Zwischenverfügung vom 19. April 2001 wurde vor dem Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung abgeschlossen. Für die Bemessung der Gebühr gilt demnach Artikel 4 Absatz 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst

sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Daraus ergibt sich eine Gebühr von CHF [...].

65. Neben dem Aufwand nach Artikel 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige unter anderem separat die Auslagen der Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex-, Telegramm-, Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf CHF [...], womit sich für das Verfahren der Zwischenverfügung ein Gesamtbetrag von CHF [...] ergibt.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und im Sinne der vorangehenden Erwägungen beschliesst die Wettbewerbskommission Folgendes:

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. [Kosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2	3. <i>Vertrieb von Tierarzneimitteln</i>
-------	---

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 11. Oktober 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen vermutungsweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

Ein Dutzend von rund 60 Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln verweigerte über weite Strecken die Belieferung von Apotheken mit Tierarzneimitteln. Dieses Dutzend weist etwa 80% Marktanteil auf. Bei den selten erfolgenden Lieferungen verlangten die Hersteller und Grossisten von den Apotheken zudem häufig ein Rezept. Faktisch blieb den Apotheken damit der Ein- und Verkauf von Tierarzneimitteln weitgehend verwehrt. Die Weko kam mit Entscheid vom 11. Oktober 2004 zum Schluss, dass die zwölf Hersteller und Grossisten die Apotheker gegenüber den Tierärzten benachteiligen. Diese Benachteiligung erachtet die Weko als nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt und als kartellrechtswidrig. Im Schlussstadium der Untersuchung erklärten sich die zwölf Hersteller und Grossisten zu einer einvernehmlichen Regelung mit den Wettbewerbsbehörden bereit. Das Verhalten der Tierärzte wurde ebenfalls untersucht. Die kartellrechtlichen Vorbehalte bestätigten sich dabei nicht. Es konnte keine Abrede zwischen

den Tierärzten festgestellt werden, die gegen den Vertrieb von Tierarzneimitteln an Apotheken gerichtet ist.

Sur environ 60 fabricants et grossistes de produits vétérinaires, une douzaine, représentant environ 80% du marché, refusait de livrer les pharmacies en produits vétérinaires. Dans les rares cas où ils acceptaient de les livrer, ces fabricants et grossistes exigeaient souvent en contrepartie une ordonnance. Dans les faits, la livraison de produits vétérinaires demeurait donc généralement impossible pour les pharmaciens. Dans sa décision du 11 octobre 2004, la Comco est arrivée à la conclusion que les fabricants et grossistes en question désavantageaient les pharmaciens par rapport aux vétérinaires. Elle a considéré que ce comportement n'était pas justifié par des motifs d'efficacité économique et partant, contrevenait au droit de la concurrence. Au stade final de l'enquête, les producteurs et grossistes concernés se sont déclarés prêts à conclure un accord amiable avec les autorités de la concurrence. Le comportement des vétérinaires a aussi été analysé. Il n'a toutefois pas été sanctionné car aucun accord entre vétérinaires visant à empêcher la livraison de produits aux pharmacies n'a pu être démontré.

Una dozzina dei circa 60 produttori e grossisti di medicinali veterinari, che rappresenta circa l'80% del mercato, rifiutava da molto tempo di rifornire le farmacie di medicinali veterinari. Inoltre, nei rari casi di fornitura, i produttori e i grossisti sovente esigevano dalle farmacie una ricetta medica. In generale, l'acquisto e la vendita di medicinali veterinari da parte delle farmacie era praticamente impossibile. Con la decisione del 11 ottobre 2004 la Comco è giunta alla conclusione che i dodici produttori e grossisti hanno favorito i veterinari a danno dei farmacisti. Questo pregiudizio non è, giusta la Comco, giustificato da motivi d'efficienza economica ed è quindi contrario alle disposizioni in materia di cartelli. Nella fase finale dell'inchiesta, i dodici produttori e grossisti si sono dichiarati pronti a concludere una conciliazione con le autorità della concorrenza. Il comportamento dei veterinari è pure stato oggetto dell'inchiesta, ma, da un punto di vista della concorrenza, gli indizi raccolti non hanno trovato conferma. Non si è potuto infatti dimostrare l'esistenza di un accordo fra i veterinari diretto contro la distribuzione di medicinali veterinari attraverso le farmacie.

Abkürzungsverzeichnis

AMBV	Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich (Arzneimittel-Bewilligungsverordnung; SR 812.212.1)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BVET	Bundesamt für Veterinärwesen

BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (SR 273)
E.	Erwägung
Fn.	Fussnote
GST	Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz; SR 812.21)
IKS	Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel, seit 1. Januar 2002 Swissmedic (Schweizerisches Heilmittelinstitut)
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; SR 251)
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs; Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik
Rz.	Randziffer
SAV	Schweizerischer Apothekerverband
SVVF	Schweizerischer Verband der Veterinär-Firmen (ehemaliger VTG)
Swissmedic	Schweizerisches Heilmittelinstitut (per 1. Januar 2002), ehemalige Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel (IKS)
TAMV	Verordnung vom 18. August 2004 über die Tierarzneimittel (Tierarzneimittelverordnung; SR 812.212.27)
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VTG	Verband Schweizerischer Tierarzneimittelhersteller und -grossisten (seit 7.11.2002 SVVF)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
Weko	Wettbewerbskommission

A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist der Vertrieb von Tierarzneimitteln.¹ Ziel der Untersuchung ist es festzustellen, ob unzu-

¹ Vgl. zur Begriffsdefinition unten Rz. 67 ff. und Rz. 74 ff. Querverweise innerhalb der Verfügung sind nachfolgend mit "Rz." (Randziffer/n) angegeben.

lässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG seitens der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie seitens der Tierärzte/innen existieren.

2. Der Vertrieb von Tierarzneimitteln wurde während ca. 40 Jahren bis 1993 durch einen Exklusivvertrag zwischen dem Verband Schweizerischer Tierarzneimittelhersteller und Grossisten (VTG)² und der Gesellschaft Schweizerischer Tierärzte (GST) geregelt. Der Vertrag sah vor, dass die Mitglieder des VTG/SVVF Tierarzneimittel nicht an Apotheken liefern, während die Tierärzte/innen sich verpflichteten, jene Tierarzneimittel zu bevorzugen, welche die Mitglieder des VTG/SVVF herstellen oder verteilten. Der VTG/SVVF umfasste nur einen Teil aller Hersteller und Grossisten (vgl. Rz. 50). Der Exklusivvertrag wurde 1993 auf Antrag des VTG/SVVF im gegenseitigen Einvernehmen mit der GST aufgelöst.

3. Nach Angaben der Apotheker/innen verkauften die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln jedoch weiterhin Tierarzneimittel beinahe ausschliesslich an Tierärzte/innen und schliessen die Apotheken weitgehend vom Verkauf von Tierarzneimitteln aus. Somit bleibt der Exklusivvertrieb faktisch bestehen. Oftmals verlangen die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln von den Apothekern/innen bei der Bestellung von Tierarzneimitteln ein von Tierärzten/innen ausgestelltes Rezept.³

4. Das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic (ehemals Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel, IKS) registriert jedes Tierarzneimittel in einem Registrierungsverfahren und teilt es in die Kategorien A, B, C, D und E ein.⁴ Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, dürfen Tierarzneimittel in der Schweiz vertrieben werden. Die Einteilung gestaltet sich wie folgt:

- A Abgabe durch Apotheken bei verschärfter tierärztlicher Rezeptpflicht
- B Abgabe durch Apotheken gegen tierärztliches Rezept
- C Abgabe durch Apotheken
- D Abgabe durch Apotheken und Drogerien
- E Abgabe in allen Geschäften

² Seit 7. November 2002: Schweizerischer Verband der Veterinär-Firmen (SVVF); nachfolgend VTG/SVVF genannt.

³ Vgl. Rz. 93.

⁴ Vgl. auch unten Rz. 127.

In der Schweiz waren am 31. Dezember 2000 890 Tierarzneimittel registriert, davon sind rund 85% rezeptpflichtig und rund 15% -frei (nicht rezeptpflichtig). Der Anteil der rezeptfreien Tierarzneimittel am Gesamtumsatz von allen Tierarzneimitteln beträgt schätzungsweise 10%.⁵

A.2 Verfahren

5. Die ehemalige Kartellkommission eröffnete am 14. Oktober 1971 eine Untersuchung bezüglich des Exklusivvertriebes von Tierarzneimitteln.⁶ Die Kartellkommission kam damals zum Schluss, dass die Aufrechterhaltung des Exklusivvertrages zwischen dem VTG/SVVF und der GST für rezeptfreie Medikamente - jedenfalls für Haustiere - nicht zu rechtfertigen sei. Hingegen hatte die Kartellkommission in der damaligen Situation keine hinreichenden Gründe, um bei den Vertragsparteien im Rahmen jener allgemeinen Erhebung den vollständigen Verzicht auf den Exklusivvertrag anzuregen. Sie erwartete indessen, dass dieser die Forschung im Bereich der Tierarzneimittel nicht hemmt und damit auch nicht die Zahl der Medikamente für die verschiedenen Tierarten beschränkt.

6. Im Jahr 1995 eröffnete die Kartellkommission eine Untersuchung über die öffentlich-rechtlichen und privaten Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Arzneimittelmarkt. Dabei wurde unter anderem der Vertrieb von Tierarzneimitteln untersucht. Schliesslich konzentrierte sich diese Untersuchung ausschliesslich auf den Vertrieb von Humanarzneimitteln, der Vertrieb von Tierarzneimitteln wurde keiner weiteren Betrachtung unterzogen.⁷

7. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete betreffend Vertrieb von Tierarzneimitteln am 6. August 1999 eine Vorabklärung⁸ und führte dabei beim VTG/SVVF, der GST, dem Schweizerischen Apothekerverband (SAV), bei Swissmedic, beim Bundesamt für Veterinärwesen (BVET), bei 28 Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln und bei 20 Tierärzten/innen Erhebungen mittels Fragebogen durch. Nach Abschluss der Vorabklärung bestanden Anhaltspunkte, dass trotz Auflösung des Exklusivvertrages des VTG/SVVF und der GST die Apotheken faktisch vom Vertrieb von Tierarzneimitteln ausgeschlossen waren und das Verhalten der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie der Tierärzte/innen je eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellte.

⁵ Vgl. IKS Jahresbericht 2000, S. 18.

⁶ Kartellkommission, Der Vertrieb von Arzneimitteln, VKK 1975, S. 285 ff.

⁷ RPW 2000/3, S. 329, Rz. 14 ff.

⁸ FJS 1971, S. 78.

8. Gestützt auf das Ergebnis der Vorabklärung eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) am 25. Mai 2000 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Tierärzte/innen sowie Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln.

9. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Artikel 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 30. Mai 2000 und im Bundesblatt vom 6. Juni 2000 bekannt gegeben.⁹ Innerhalb der dreissigtägigen Frist (Art. 28 Abs. 2 KG) hat sich der SAV am 20. Juni 2000 angemeldet, um sich am Verfahren zu beteiligen.¹⁰

10. Im Nachgang zu den Fragebogen aus dem Vorabklärungsverfahren befragte das Sekretariat im Rahmen des Untersuchungsverfahrens am 3. Juli 2000 zusätzlich 55 Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln und am 4. Juli 2000 119 Tierärzte/innen. Innerhalb des Verfahrens wurden damit etwa 90% der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln und eine repräsentative, zufällig gezogene Stichprobe der über 1'000 Tierärzte/innen berücksichtigt.¹¹ Das Sekretariat orientierte sich diesbezüglich an den entsprechenden Listen der schweizerischen Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln der Swissmedic und an den Verzeichnissen der kantonalen Verwaltungen (Veterinär-dienst) über Tierärzte/innen. Die betroffenen Parteien wurden insbesondere zu allfälligen Abreden, zum Wettbewerbsumfeld und zur Marktstruktur sowie zum Vertrieb von Tierarzneimitteln befragt.

11. Das Sekretariat wandte sich zwecks Bestimmung von Vertretern gemäss Artikel 11a Absatz 1 VwVG am 1. September 2000 an den VTG/SVVF und die GST sowie am 17. Oktober 2000 an 64 Hersteller. Die GST erklärte sich mit Schreiben vom 9. September 2000 bereit, die Vertretung ihrer Mitglieder für das weitere Verfahren zu sichern; das Sekretariat bestätigte diese Vertretung am 14. September 2000. Der VTG/SVVF erklärte nach Rücksprache mit seinen Mitgliedern am 6. November 2000, dass er acht Mitglieder vertreten werde. Es konnten keine weiteren Vertreter nach Artikel 11a Absatz 1 VwVG bestimmt werden.

⁹ SHAB 2000, Nr. 105, S. 3695 sowie BBI 2000, Nr. 22, S. 3075 f.

¹⁰ Nur nebenbei erwähnt sei, dass sich der Schweizerische Drogistenverband (SDV) *nicht* am Verfahren beteiligt hat (vgl. dazu auch unten Rz. 75).

¹¹ Die Stichprobe der Tierärzte/innen wurde so berechnet, dass mit ca. 100 auswertbaren Antworten gerechnet werden konnte. Mittels Excel wurde die Stichprobe aus der Gesamtmenge an Tierärzten/innen zufällig gezogen. Von den 119 verschickten Fragebogen waren 20 nicht auswertbar (nicht auffindbar, unzulänglich geantwortet, Praxis aufgegeben, gestorben, wegen des Arbeitsgebiets) und drei nur teilweise der Analyse dienend. Die verbleibenden 96 auswertbaren Antworten stellen eine repräsentative Stichprobe dar.

12. Das Sekretariat teilte dem VTG/SVVF, der GST, dem SAV, der Swissmedic, dem BVET, der Fédération Romande des consommateurs, 18 Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln und 20 Tierärzten/innen am 26. Januar 2001 sowie den Mitgliedern des VTG/SVVF am 2. Februar 2001 mit, dass die Akten aus der Vorabklärung in das Untersuchungsverfahren übernommen werden. Gleichzeitig klärte es deren Gültigkeit ab.

13. Das Sekretariat wandte sich bezüglich der Behandlung der Geschäftsgeheimnisse am 27. März 2001 an die Parteien. Der VTG/SVVF erklärte sich am 24. April 2001 mit dem Vorschlag des Sekretariats bezüglich der zu umschreibenden Angaben nicht einverstanden und hielt an seiner Ansicht fest. Infolgedessen erliess die Weko am 18. Juni 2001 die in Aussicht gestellte Zwischenverfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse an den VTG/SVVF. Gegen die Zwischenverfügung wurde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) ein Rekurs eingereicht, zu welchem die Weko am 15. August 2001 ihre Stellungnahme einreichte. Die REKO/WEF wies die Verwaltungsbeschwerde am 26. September 2002 ab.¹² Der Entscheid ist rechtskräftig. Über die Kosten der Zwischenverfügung ist mit dem Kostenentscheid in der Hauptsache zu entscheiden.¹³

14. Aus den Antworten der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie der Tierärzte/innen auf die Fragebogen ging hervor, dass diese die Ausbildung und Qualifizierung der Apotheker/innen für die Abgabe von Tierarzneimitteln in Frage stellen und dies als Argument gegen den Vertrieb von Tierarzneimitteln an Apotheken vorbringen.¹⁴ Infolgedessen sah das Sekretariat die Erstellung eines Gutachtens durch Sachverständige vor. Das Gutachten vom 26./31. März 2001 wurde nach vorgenommenen Ergänzungen vom 30. August 2001 sowie vom 2. Oktober 2001 als abgeschlossen betrachtet. Auf das Gutachten und dessen Entstehung (Verfahren) wird in den Erwägungen detailliert eingegangen (vgl. Rz. 116 ff.).

15. Am 26. Januar 2001 stellte das Sekretariat allen Parteien ein aktuelles Aktenverzeichnis zu. Dem Gesuch des SAV zwecks Wahrnehmung des Rechts auf Akteneinsicht wurde am 16. und 23. Mai 2001, am 11. November 2001 und am 15. November 2002 entsprochen.

16. Die Verwaltungsbeschwerde des VTG/SVVF gegen die Zwischenverfügung der Weko betreffend Geschäftsgeheimnisse (vgl. Rz. 13) beziehungsweise der abzuwartende Entscheid der REKO/WEF führte zu einer Verzögerung des Verfahrens. Aus diesem Grunde wurde am 16.

¹² RPW 2002/4, S. 698 ff.

¹³ Bez. Kosten vgl. unten Rz. 173.

¹⁴ Vgl. Rz. 108 ff.

Oktober 2002 die Gültigkeit der erhobenen Daten abgeklärt. Gleichzeitig stellte das Sekretariat allen Parteien ein aktuelles Aktenverzeichnis zu. Bei einigen Parteien wurde die Gültigkeit der Akten mit einem zweiten Schreiben vom 4. November 2002 abgeklärt. Drei Tierärzte konnten dabei nicht ausfindig gemacht werden. Zwecks Überprüfung der Aktualität der in der Untersuchung gewonnenen Marktdaten wurde die Tierärztliche Verrechnungsstelle GST AG mit Schreiben vom 12. November 2002 zur Beschaffung von Umsatzdaten im Bereich Vertrieb von Tierarzneimitteln angefragt. Die beiden Sachverständigen wurden am 14. Mai 2003 angefragt, ob sich zwischen dem Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens und heute Veränderungen ergeben haben, die das Gutachten anders ausfallen lassen würden. Die dem Verfahren zugrunde liegenden Akten und das Gutachten besitzen weiterhin Gültigkeit. Sofern nötig wurden die Akten aktualisiert.

17. Der Antrag des Sekretariats ("erster Verfügungsentwurf") wurde den Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 25. Juni 2003 zugestellt. Dabei wurde auf das Recht zur Akteneinsicht hingewiesen. Akteneinsicht nahmen der SAV am 12., 13. und 14. August 2003 sowie [...] (als Vertreterin der GST) am 5. August 2003 und 16. September 2003.

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

- Stellungnahme von Mislin + Balthasar AG vom 26. Juni 2003
 - Stellungnahme von G. Streuli & Co. AG vom 27. Juni 2003
 - Stellungnahme von Adroka vom 30. Juni 2003
 - Stellungnahme von Pfizer AG, vertreten durch RA [...] vom 2. Juli 2003
 - Stellungnahme von Fresenius Kabi vom 8. Juli 2003
 - Stellungnahme von Halag Chemie AG vom 10. Juli 2003 und 3. September 2003
 - Stellungnahme von Trichema AG vom 17. Juli 2003
 - Stellungnahme der GST, vertreten durch RA [...] vom 18. August 2003
 - Stellungnahme von Novartis vom 18. August 2003
 - Stellungnahme von Swissmedic vom 18. August 2003
 - Stellungnahme von Biokema SA, Boehringer Ingelheim (Schweiz) GmbH, Dr. E. Gräub AG, Izoval SA, Provet AG, Werner Stricker AG, Veterinaria AG, Virbac AG, vertreten durch den VTG/SVVF, vertreten durch RA [...] vom 16. September 2003
-

- Stellungnahme vom Schweizerischen Apothekerverband SAV vom 1. Oktober 2003, 3. Oktober 2003, 14. Oktober 2003 und 24. November 2003, in der Beilage unter anderem die Stellungnahme des Schweizerischen Vereins der Pharmaziedozenten/Association suisse des enseignants en pharmacie (ASEP) vom 15. September 2003 enthaltend.

19. Abgesehen vom SAV stimmten die Beteiligten dem Antrag ganz oder doch grundsätzlich zu. Einzelne Beteiligte haben gewisse Vorbehalte oder Präzisierungen angebracht beziehungsweise Rechtsbegehren gestellt:

- a) Die vom VTG/SVVF vertretenen Mitglieder beantragten, die Untersuchung sei einzustellen und dem entsprechenden Antrag gemäss Ziffer 1 des Dispositivs des Verfügungsentwurfs vom 25. Juni 2003 des Sekretariats der Weko sei vollumfänglich stattzugeben (unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Bundes). Den vertretenen Parteien seien keinerlei Verfahrenskosten oder andere Gebühren aufzuerlegen. Ein Eventualantrag bezieht sich auf die Kosten von CHF [...] in Zusammenhang mit der Zwischenverfügung vom 18. Juni 2001 (vgl. dazu unten Rz. 170 ff.). Da die vom VTG/SVVF vertretenen Mitglieder den ersten Antrag des Sekretariats an die Weko vom 25. Juni 2003, die Untersuchung sei einzustellen, begrüssen, kommentieren sie diesen Entwurf nur teilweise und summarisch und unter Vorbehalt. Auf die vorgebrachten Präzisierungen, Ergänzungen und Kritikpunkte wird weiter unten in dieser Verfügung eingegangen.
 - b) Der SAV beantragte, der Antrag des Sekretariats zuhanden der Weko sei zurückzuweisen mit dem Auftrag, die Sachverhaltserhebung bezüglich bestimmter (in der Stellungnahme genannter) Tatbestände zu ergänzen und die Untersuchung unter Beachtung der Verfahrensrechte des SAV abzuschliessen. Zudem sei das Gutachten mangels Unabhängigkeit von Prof. Althaus aus dem Recht zu weisen und das Hearing vom 3. November 2003 sei abzusagen.
 - c) Novartis Tiergesundheit betont in ihrer Stellungnahme, dass sie (bzw. ihre Vorgängerfirma) weder Mitglied des VGT noch Vertragspartei des ehemaligen Exklusivvertrages sei, sondern den Vertrieb im Rahmen einer eigenständig festgelegten Geschäftspolitik geregelt habe. Für diejenigen Hersteller und Grossisten, die niemals Mitglied des VTG/SVVF waren, solle deshalb die Frage, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorlag, offen gelassen werden.
 - d) Swissmedic schliesslich weist darauf hin, dass es nicht nur den Pharmazeuten/innen an veterinär-medizinischer Aus-, Fort- und Weiterbildung mangle, sondern umgekehrt auch den Veterinären an pharmazeutischer Aus-, Fort- und Weiterbildung. Zudem sei es
-

in Sachen Tierarzneimittelhandel bei einigen Tierärzten/innen zu groben Missbräuchen gekommen, weshalb eine bessere Überwachung und Inspektion durch die kantonalen Behörden angezeigt sei. Anstelle des heutigen faktischen Tierarzneimittelmonopols der Tierärzte/innen schlägt Swissmedic vor, dass die Pharmazeuten künftig in Belangen der Tiermedizin und die Veterinäre in pharmazeutischen Belangen ausgebildet werden, so dass beide Tierarzneimittel abgeben können.

20. Das Sekretariat lud die Parteien im Namen des Präsidenten der Weko am 18. September 2003 für die Anhörung der beiden Sachverständigen des in Randziffer 14 genannten Gutachtens ein (Art. 30 Abs. 2 2. Satz KG). Ziel der Anhörung war die Darlegung und Erläuterung des Gutachtens vom 26./31. März 2001 und der Ausführungen vom 30. August 2001 sowie vom 2. Oktober 2001. Die Parteien erhielten Gelegenheit, den Sachverständigen Fragen stellen zu lassen. Die für die Anhörung angemeldeten Parteien erhielten vorab jene Stellungnahmen der Parteien zum Antrag des Sekretariats vom 25. Juni 2003, in welchen sich die Parteien materiell zum Antrag geäußert hatten. Am 20. Oktober 2003 teilte die Weko dem SAV mit, dass das Hearing stattfinden und die Kommission über die Anträge des SAV entscheiden werde.

21. Am 3. November 2003 fand die Anhörung der Experten in Bern statt. Neben den Kommissions- und den Sekretariatsmitgliedern sowie den beiden Sachverständigen Prof. Dr. F. ALTHAUS und Prof. Dr. G. FOLKERS nahmen Vertreter des VTG/SVVF, der GST, des SAV, der Pfizer AG, Ecolab GmbH sowie der Sanochemia AG teil.

22. Da der SAV am Ausstandsbegehren betreffend Herrn Prof. ALTHAUS festhielt, entschied die Kommission nach Beratung, dass das Ausstandsbegehren des SAV abgelehnt wird, dass Herr Prof. ALTHAUS nicht in den Ausstand treten müsse, da er nicht befangen sei, und dass die Anhörung fortgesetzt werde. Auf die Ausführungen der Experten zur Sache wird weiter unten eingegangen (Rz. 116 ff.). Das Protokoll der Anhörung vom 3. November 2003 wurde allen Parteien am 3. Dezember 2003 zur Kenntnis zugestellt.

23. Der SAV stellt am 14. Januar 2004 den Antrag um Ausstand von Frau Prof. ANNE PETITPIERRE, Mitglied der Weko. Sie ist mit Schreiben vom 22. Januar 2004 in den Ausstand nach Artikel 22 KG getreten, womit der Antrag des SAV gegenstandslos wurde.

24. Die Weko lehnte am 2. Februar 2004 den Antrag des Sekretariats vom 25. Juni 2003 ("erster Verfügungsentwurf") ab und wies ihn an das Sekretariat zurück mit der Weisung, ihn im Sinne der Erwägungen der Kommission anzupassen:

- a) Es sei dem Antrag des Sekretariats vom 25. Juni 2003 betreffend Ziffer 1 des Dispositivs *nicht* zu folgen: Hingegen sei festzustellen,
-

dass der weitgehende Ausschluss der Apotheken vom Vertrieb von Tierarzneimitteln durch die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln eine abgestimmte Verhaltensweise und damit eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG darstelle.

- b) Weiter sei festzustellen, dass diese Wettbewerbsabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG bewirke, die sich *nicht* gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG rechtfertigen lasse und die daher unzulässig sei.
- c) Das Verfahren gegen die Tierärzte/innen sei einzustellen.

25. Im Verlauf des Frühlings 2004 bekundeten einige der vom SVVF vertretenen Mitglieder Interesse an einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Artikel 29 KG. Da sich das Verfahren zu diesem Zeitpunkt bereits im Abschlussstadium befand und deshalb kaum mehr zusätzlicher Aufwand entstand, sprach aus Sicht des Sekretariats nichts gegen die Eingehung einer einvernehmlichen Regelung mit möglicherweise nur einem Teil der Parteien, zumal gemessen an den Marktanteilen eine klare Mehrheit (rund 60%-70% Marktanteil¹⁵) zu dieser Hand bot.

26. Mit Schreiben vom 10. Juni 2004 unterbreitete das Sekretariat dem Vertreter der durch den VTG/SVVF vertretenen Hersteller und Grossisten einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 KG zur Beseitigung der voraussichtlich unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen. Nachdem acht durch den SVVF vertretene Mitglieder die einvernehmliche Regelung am 29. Juni 2004 unterzeichnet hatten, unterbreitete das Sekretariat am 29. Juni 2004 den Vorschlag für eine solche Regelung auch den übrigen noch am Verfahren beteiligten Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln und lud sie ein, dem Sekretariat mitzuteilen, ob sie auch am Abschluss einer solchen Regelung interessiert seien: Über die Möglichkeit des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung *bloss in Kenntnis gesetzt* wurden diejenigen Hersteller und Grossisten, die Apotheken weder boykottiert haben noch boykottieren, das heisst insbesondere die jenen Hersteller und Grossisten, die Apotheken (ohne Vorlage eines Rezepts) mit Tierarzneimitteln beliefert haben/belieferten oder die keine Gelegenheit zur Belieferung hatten/haben (insb. weil Apotheken keine Tierarzneimittel bei ihnen bestellt haben) oder die weder an Apotheken noch an Tierärzte geliefert haben/lieferten (insb. weil sie andere Vertriebskanäle haben), das heisst die Hersteller und Grossisten gemäss Anhang II. Die übrigen, unten in Anhang I genannten Hersteller und Grossisten, welche aufgrund der dem Sekretariat vorliegenden Akten und Informationen Apotheken boykottiert haben, wurden hingegen explizit zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung *eingeladen*.

¹⁵ Gemessen an den Umsatzzahlen zwischen 1997-1999 (vgl. Rz. 50).

27. In der Folge kontaktierten einige der Hersteller und Grossisten das Sekretariat, einzelne vereinbarten ebenfalls eine einvernehmliche Regelung, andere sahen davon ab. Im Ergebnis schlossen die in Anhang I genannten zwölf Hersteller und Grossisten eine solche Regelung mit dem Sekretariat ab.

28. Der vorliegende, im Sinne der Kommission überarbeitete, neue Antrag ("zweiter Verfügungsentwurf") wurde den Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 16. Juli 2004 zur Stellungnahme zugestellt. Dabei wurde erneut auf das Recht zur Akteneinsicht hingewiesen. Den Parteien wurde wiederum die Gelegenheit gegeben, zum neuen Antrag schriftlich Stellung zu nehmen.

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

- Stellungnahme von CIMEX AG vom 21. Juli 2004
- Stellungnahme von Fresenius Kabi vom 26. Juli 2004
- Stellungnahme der GST, vertreten durch RA [...], vom 18. August 2004
- Stellungnahme der GST vom 19. August 2004
- Stellungnahme vom Schweizerischen Apothekerverband SAV vom 27. August 2004
- Stellungnahme vom Bundesamt für Gesundheit vom 27. August 2004
- Stellungnahme von Novartis vom 31. August 2004
- Stellungnahme von Swissmedic vom 1. September 2004
- Stellungnahme von Biokema SA, Boehringer Ingelheim (Schweiz) GmbH, Dr. E. Gräub AG, Izoval SA, Provet AG, Werner Stricker AG, Veterinaria AG, Virbac AG, vertreten durch den VTG/SVVF, vertreten durch RA [...], vom 16. September 2003
- Stellungnahme von G. Streuli & Co. AG vom 23. September 2004

30. Einzelne Beteiligte haben gewisse Vorbehalte oder Präzisierungen angebracht beziehungsweise Rechtsbegehren gestellt:¹⁶

- a) Die vom VTG/SVVF vertretenen Mitglieder beantragten, die Verfahrenskosten für die Verfügung in der Hauptsache angemessen um den Mehraufwand zu kürzen, den das Sekretariat durch seine

¹⁶Auf die jeweiligen Rechtsbegehren wird im Folgenden an den entsprechenden Stellen eingegangen.

aus Sicht der Weko fehlerhafte rechtliche Beurteilung des Sachverhalts im Rahmen des ersten Verfügungsentwurfs verursacht und entsprechend selber zu vertreten habe. Zu diesem Zweck sei das Sekretariat anzuweisen, seinen Aufwand im vorliegenden Verfahren detailliert aufzuzeigen.

- b) Der SAV beantragte, es sei festzustellen, dass die Rezeptverweigerung der Tierärzte/innen eine zu untersagende, unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstelle, und dass das im Rahmen der Untersuchung erstellte Gutachten der Sachverständigen nicht die Meinung der Mehrheit der Pharmaziedozierenden widerspiegle.
- c) Novartis bemerkt, dass unklar sei, inwiefern die Vorlage eines Rezepts als Voraussetzung für die Belieferung von der Wettbewerbsabrede erfasst sei. Novartis betont, dass unerklärt bleibe, wie sich der Teilnehmerkreis der Abrede zusammensetze, und bemängelt, dass die in Anhang II genannten Hersteller und Grossisten die Bestellungen von Tierarzneimitteln weiterhin von der Vorlage eines Rezepts abhängig machen könnten. Ferner macht Novartis geltend, die Höhe der aufzuerlegenden Kosten und die Kostenaufteilung seien zu überdenken.
- d) Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) hebt hervor, dass in erster Linie die Apotheker/innen für die Abgabe von Arzneimitteln zuständig seien und die Abgabe durch Ärzte/innen nach den Grundsätzen des Heilmittelgesetzes (HMG) nicht die Regel darstellen sollte. Die Abgabe und die Abgabebeschränkungen seien im HMG hinlänglich vorgesehen, so dass eine Beschränkung durch Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie durch Tierärzte/innen nicht notwendig sei.
- e) Swissmedic weist darauf hin, dass am 1. September 2004 die neue Verordnung über die Tierarzneimittel (Tierarzneimittelverordnung; TAMV) in Kraft getreten sei, welche die Gewährleistung des fachgerechten Einsatzes von Tierarzneimitteln und den Schutz der Konsumenten/innen vor unerwünschten Tierarzneimittelrückständen in Lebensmitteln tierischer Herkunft bezwecke.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

31. Das Kartellgesetz (KG) gilt unter anderem für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

32. Als Unternehmen gelten gemäss Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie die Tierärzte/innen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

33. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden getroffen haben, wird nachstehend eingegangen (Kap. B.3.1 und B.4.1).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

35. Aufgrund der hochwertigen Rechtsgüter, die betroffen sind, sowie der für sie bestehenden Risiken hat der Gesetzgeber die Frage, wer Tierarzneimittel vertreiben und abgeben darf, nicht dem freien Markt überlassen. Vielmehr hat er einerseits geregelt, wer für den Vertrieb und die Abgabe zugelassen ist, und andererseits bestimmt, über welche Ausbildung und anderen Voraussetzungen die zugelassenen Personen verfügen müssen.

36. Hinsichtlich des Vertriebs von Tierarzneimitteln bestehen verschiedene Vorschriften auf Kantons- und Bundesebene, wobei im vorliegenden Fall jene zu prüfen sind, welche für den Vertrieb gemäss Randziffer 74 ff. hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes relevant sind. Grundlegend ist in diesem Zusammenhang das am 1. Januar 2002 in Kraft getretene HMG.¹⁷

37. Gemäss neuem (und altem) Recht dürfen Tierarzneimittel in der Schweiz nur vertrieben werden, wenn sie bei der Swissmedic registriert sind. Swissmedic prüft anhand der von der Vertriebsfirma einzureichenden Dokumentation, ob die Tierarzneimittel gemäss den geltenden Vorschriften die Anforderungen in Bezug auf Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität erfüllen (Art. 5 ff. HMG).

38. Das HMG regelt, wer grundsätzlich zur Abgabe von Tierarzneimitteln berechtigt ist: Artikel 24 Absatz 1 Buchstaben a und b HMG sehen vor, dass neben Medizinalpersonen - unter Vorbehalt der kantonalen

¹⁷ Das HMG ersetzt insbesondere die Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 3. Juni 1971, das Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel vom 25. Mai 1972, die Richtlinien der IKS betreffend Anforderungen an die Dokumentation für die Registrierung von Tierarzneimitteln (Registrierungs-Richtlinien Tierarzneimittel) vom 23. Mai 1997, die Richtlinien der IKS betreffend den Grosshandel mit Arzneimitteln vom 20. Mai 1976, die Richtlinien der IKS betreffend die Herstellung von Arzneimitteln (Herstellungsrichtlinien vom 18. Mai 1995), die Richtlinien der IKS betreffend die Herstellung von pharmazeutischen Wirkstoffen (Wirkstoff-Richtlinien) vom 23. Mai 1985 und die Richtlinien der IKS betreffend die Herstellung und den Vertrieb von Medizinalfutter (Medizinalfutter-Richtlinien) vom 19. Mai 1988.

Bestimmungen über die Selbstdispensation¹⁸ - insbesondere auch "Apothekerinnen und Apotheker auf ärztliche Verschreibung und in begründeten Ausnahmefällen auch ohne ärztliche Verschreibung" Tierarzneimittel¹⁹ abgeben dürfen. In diesem Zusammenhang betont das BAG, dass nach den Grundsätzen des HMG - im Gegensatz zur bisherigen Praxis - als Abgabeberechtigte primär die Apotheken und erst dann die Tierärzte/innen vorgesehen sind. Die Abgabe von Arzneimitteln entspreche der spezifischen Ausbildung der Apotheker/innen, weshalb sie grundsätzlich und in erster Linie für die Abgabe zuständig seien. Erst an zweiter Stelle stehe die Abgabe durch die übrigen Medizinalpersonen, unter Vorbehalt der jeweiligen kantonalen Bestimmungen über die Selbstdispensation. Die Abgabe von Arzneimitteln durch Ärzte/innen sollte nach den Grundsätzen des HMG nicht die Regel sein. Das HMG stelle die Kontrolle gemäss dem 4-Augen-Prinzip - Arzt verschreibt, Apotheker gibt ab - ins Zentrum. Dieser Grundsatz gelte ebenso für die Abgabe von Tierarzneimitteln. In diesem Sinne regle es auch die neue TAMV. Zur Abgabe von nicht rezeptpflichtigen Tierarzneimitteln sind zudem unter anderem auch eidgenössisch diplomierte Drogisten/innen berechtigt (Art. 25 Abs. 1 Bst. b HMG).

39. Artikel 42 Absätze 1 und 2 HMG sehen vor, dass ein Arzneimittel für Tiere nur verschrieben oder abgegeben werden darf, wenn die verschreibende Person das Tier oder den Tierbestand, bei Nutztieren zusätzlich deren Gesundheitszustand kennt. Gemäss Wortlaut dieser Bestimmungen muss nur die ein Arzneimittel *verschreibende* Person - das heisst regelmässig der/die Tierarzt/Tierärztin -, *nicht aber die abgebende* Person das Tier oder den Tierbestand beziehungsweise bei Nutztieren deren Gesundheitszustand kennen. Da Apotheker/innen Tierarzneimittel nicht verschreiben sondern lediglich abgeben, wird der Vertrieb von Tierarzneimitteln an Apotheken beziehungsweise die Abgabe von Tierarzneimitteln durch Apotheken von diesen Vorschriften nicht eingeschränkt. Aus Artikel 42 Absätze 1 und 2 HMG folgt somit, dass der/die verschreibende Tierarzt/Tierärztin den Tierbestand beziehungsweise den Gesundheitszustand der Nutztiere zwar kennen muss, zur Abgabe hingegen sind daneben auch die Apotheker/innen²⁰ zugelassen, und zwar für alle Arzneimittelkategorien.

¹⁸ Vgl. unten Rz. 42.

¹⁹ Unter den Begriff Arzneimittel fallen neben Human- grundsätzlich auch Tierarzneimittel; vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. a HMG.

²⁰ Die Abgabekompetenz der Drogisten/innen sowie weiterer Personen, die über eine angemessene Ausbildung verfügen, für die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel der Kategorien D bzw. E ergibt sich aus Art. 25 HMG.

40. Diese gesetzssystematische Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck dieser Normen des HMG, welche die illegale Verwendung von Arzneimitteln zur Förderung der Aufzucht von Tieren verhindern, nicht aber Apotheker/innen vom Vertrieb von Tierarzneimitteln ausnehmen wollen. Kennt der/die Tierarzt/Tierärztin das Tier oder den Tierbestand beziehungsweise bei Nutztieren auch deren Gesundheitszustand, spricht nichts dagegen, dass ein Tierarzneimittel (gegebenenfalls bei Vorliegen eines entsprechenden Rezeptes des/der Tierarztes/Tierärztin) durch eine Apotheke abgegeben werden kann. Den Materialien ist diesbezüglich nichts Gegenteiliges zu entnehmen.²¹ Im Übrigen teilt auch das BAG diese Ansicht.²² Das HMG schränkt damit die Abgabe von Tierarzneimitteln durch Apotheken nicht ein. Ferner verhindern auch die existierenden kantonalen Vorschriften den Vertrieb von Tierarzneimitteln durch Apotheken nicht.

41. Wer Tierarzneimittel ein- oder ausführt, vertreibt, abgibt oder an Nutztiere verabreicht oder verabreichen lässt, ist gemäss Artikel 43 HMG verpflichtet, über den Ein- und Ausgang dieser Arzneimittel Buch zu führen und die Belege aufzubewahren. Dieser Artikel bezweckt, dass Nutztiere nicht mit illegalen Arzneimitteln behandelt werden und dass Absetzfristen vor der Schlachtung (zur Verhinderung von Arzneimittelrückständen im Fleisch) eingehalten werden.²³ Zudem wird aufgeführt, dass eine Statistik über die Menge der verwendeten Tierarzneimittel ein gutes Frühwarnsystem darstellen würde, was vor allem hinsichtlich des Antibiotikaverbrauchs von grosser Bedeutung ist. Diese Bestimmung verhindert den Vertrieb von Tierarzneimitteln durch Apotheken nicht, da die Apotheker/innen diese Vorschrift erfüllen können.

42. Das Recht zur Abgabe von Tierarzneimitteln durch die Tierärzte/innen beziehungsweise das Recht zur Selbstdispensation ist nicht in allen Kantonen explizit vorgesehen. Jedoch dulden alle Kantone die Selbstdispensation. So beschränken sich die Tierärzte/innen bei der Abgabe von Tierarzneimitteln grundsätzlich nicht nur auf die Erstabgabe, sondern geben im Rahmen einer Behandlung bei Bedarf wiederholt Tierarzneimittel ab.²⁴ Nur rund 9% der Tierärzte/innen beschränken sich manchmal oder öfters auf die Erstabgabe.

²¹ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte BBl 1999 III S. 3525.

²² Vgl. oben Rz. 38.

²³ Botschaft zum HMG, BBl 1999 III S. 3525 f.

²⁴ Die Aktenverweise auf die Antworten der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie auf die Tierärzte/innen beziehen sich auf die auswertbaren Antworten.

43. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesrecht und das kantonale Recht den Vertrieb und die Abgabe von Tierarzneimitteln regeln, und dass für die Abgabe neben Tierärzten/innen insbesondere auch Apotheken zugelassen sind.²⁵ Mit anderen Worten gibt es - abgesehen von kantonalen Bestimmungen über das Verbot der Selbstdispensation durch Tierärzte/innen²⁶ - weder nach altem noch nach neuem Recht Vorschriften, die für den Vertrieb von Tierarzneimitteln an Tierärzte/innen und Apotheken beziehungsweise für die Abgabe von Tierarzneimitteln durch Tierärzte/innen und Apotheken Wettbewerb nicht zulassen.

B.3 Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln

B.3.1 Wettbewerbsabrede

44. 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).

45. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) Die an der Abrede beteiligten Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Diese Definition umfasst sowohl Vereinbarungen als auch Empfehlungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

46. Der weitgehende Ausschluss von Apotheken vom Vertrieb von Tierarzneimitteln ist, wie nachfolgend aufgezeigt wird, als eine Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren.

47. Der Exklusivvertrag zwischen dem VTG/SVVF und der GST, welcher den Vertrieb von Tierarzneimitteln von 1951 bis 1993 regelte und vorsah, dass die Mitglieder des VTG/SVVF ihre Produkte nur an Tierärzte/innen liefern dürfen (vgl. Rz. 2), wäre wohl als eine Vereinbarung im Sinne des (aktuell geltenden) Artikels 4 Absatz 1 KG anzusehen gewesen. Da dieser Exklusivvertrag formell nicht mehr existiert, muss geprüft werden, inwiefern er noch Auswirkungen auf dem Markt hat beziehungsweise ob das Verhalten der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellt.

²⁵ Für die Abgabe der nicht verschreibungspflichtigen Tierarzneimittel sind neben Tierärzten/innen und Apothekern/innen unter anderem auch Drogisten/innen zugelassen (Art. 25 HMG); vgl. auch Fn. 10 und 20 sowie Rz. 38 und 75.

²⁶ Vgl. Rz. 42.

48. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen Unternehmen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt. Dabei ist zu beachten, dass ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten an sich noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass sich die übrigen Marktteilnehmer gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen. Die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise setzt vielmehr ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus.²⁷ Nach SCHMIDHAUSER ist dabei zu beachten, dass der Nachweis eines eigentlichen Plans kein Erfordernis für das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sein kann: "Das stillschweigende Abstimmen setzt lediglich voraus, dass ein Unternehmen ein bestimmtes Verhalten einschlägt in der Erwartung, dass ihm die anderen Marktteilnehmer folgen werden, und dass diese anderen Marktteilnehmer in Kenntnis der Erwartung eben dieser Erwartung folgen: 'Es sind also tatsächlich eigene Handlungen, gekoppelt mit bestätigten Erwartungen gleicher Handlungen anderer, die mutatis mutandis zur Gegenseitigkeit führen' (m.w.Nw.)."²⁸

49. Vom bewussten Parallelverhalten zu unterscheiden sind die im Bereich von Artikel 5 KG erlaubten Parallelverhalten - das strukturbedingte (auch natürliche, blosse, reine, nicht kollusive) und das gewöhnliche Parallelverhalten²⁹ -, welche vom Begriff der Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht erfasst sind.³⁰ Das strukturelle stellt ein gleichförmiges Verhalten dar, das sich aus einer bestimmten

²⁷ So BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 m.w.Nw. (= RPW 2002/4, S. 737, E. 6.3); vgl. zum Ganzen auch BGE 124 III 495 E. 2a; RPW 1997/4, S. 471, Rz. 13; RPW 2001/3, S. 515, Rz. 23; RPW 2002/1, S. 81, Rz. 16; RPW 2003/2, S. 279, Rz. 33; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 269; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band VI/2: Kartellrecht, S. 69.

²⁸ BRUNO SCHMIDHAUSER, in: KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN KARTELLGESETZ (HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/ HOFFET/DUCREY [Hrsg.]), Zürich 1997, Art. 4 N 46.

²⁹ Zum Begriff des strukturbedingten und gewöhnlichen Parallelverhaltens und den nachfolgenden Ausführungen: ANDREAS AIGNER, Kollektive Marktbeherrschung im EG-Vertrag, Wien 2001, S. 12 f.; ZÄCH (zit. in Fn. 27), Rz. 356.

³⁰ BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 (= RPW 2002/4, S. 737, E. 6.3); RPW 2002/1, S. 81, Rz. 16; vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, Sonderdruck, S. 78, sowie statt vieler ZÄCH (zit. in Fn. 27), Rz. 270 ff. und ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1192.

Marktstruktur³¹ ergibt. Es fehlt somit an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Unternehmen.³² Spieltheoretisch ausgedrückt beruht das Verhalten der Unternehmen auf so genannten dominanten Strategien (d.h. Strategien, bei welchen ein Unternehmen den höchsten Profit erzielt, unabhängig davon, was die anderen Unternehmen/Konkurrenten tun). Das gewöhnliche Parallelverhalten zeichnet sich als gleichförmiges Verhalten aus, das auf exogenen Faktoren beruht. Solche Faktoren können unter anderem Kostenschübe für Inputfaktoren, neue gesetzliche Bestimmungen sein.³³ Wettbewerbsabreden und strukturbedingtes Parallelverhalten beruhen dagegen auf endogenen Faktoren, das heisst Faktoren, welche die Unternehmen beeinflussen können.

50. Von dem bis 1993 bestehenden Exklusivvertrag zwischen dem VTG/SVVF und der GST hatte über den Mitgliederkreis des VTG/SVVF hinaus eine Reihe von Herstellern und Grossisten Kenntnis, andere - nach eigenen Aussagen - nicht. Auf den Umsatzzahlen zwischen 1997-1999 basierend, wiesen jene Hersteller und Grossisten, die *vom Exklusivvertrag Kenntnis hatten*, zusammen schätzungsweise 60%-70% Marktanteil auf. Zu diesem Zeitpunkt hatten die Mitglieder des VTG/SVVF einen Marktanteil von etwa 60%-70% (gemessen an den Umsatzzahlen zwischen 1997-1999; vgl. Rz. 88). Mehrere Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln gaben an, sich ausdrücklich oder überhaupt nicht an diesen Vertrag gehalten zu haben, andere lieferten aus anderen Gründen nicht an die Apotheken oder teilweise nur gegen Rezept. Auf den Umsatzzahlen zwischen 1997-1999 basierend, hatten jene Hersteller und Grossisten, die sich *an den Exklusivvertrag hielten*, zusammen schätzungsweise einen Marktanteil von 60%-70%.

51. Gemäss Angaben einer deutlichen Mehrheit der Hersteller und Grossisten existieren neben dem Exklusivvertrag keine weiteren expliziten Abmachungen oder Empfehlungen zwischen den Herstellern und Grossisten, welche den Ausschluss der Apotheker/innen zum Ziele haben, oder die Hersteller und Grossisten haben keine Kenntnis davon.

52. Während ein Teil der Hersteller und Grossisten den Verkauf von Tierarzneimitteln durch Apotheken befürwortet, ist ein Teil - überwiegend VTG/SVVF-Mitglieder - dagegen, bleibt diesbezüglich neutral oder befürwortet den Verkauf nur unter bestimmten Voraussetzungen.

³¹ Unter Marktstruktur sind beispielsweise folgende Elemente zu subsumieren: Anzahl der Anbieter und Nachfrager, Grad der Produktdifferenzierung, Markteintrittsbarrieren, Kostenstrukturen, Grad der vertikalen Integration (vgl. FREDERICK MICHAEL SCHERER/DAVID ROSS, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3. Aufl., Boston 1990, S. 5).

³² Vgl. auch BBI 1995 I S. 545.

³³ ZACH (zit. in Fn. 27), Rz. 356.

53. Unabhängig vom ehemaligen Exklusivvertrag, von allfälligen Abreden sowie der Befürwortung oder Ablehnung des Vertriebes von Tierarzneimitteln über Apotheken verkaufen die Hersteller und Grossisten Tierarzneimittel faktisch beinahe ausschliesslich an Tierärzte/innen und schliessen die Apotheken weitgehend vom Verkauf von Tierarzneimitteln aus.³⁴ Die tatsächlich erfolgenden Belieferungen an Apotheken belaufen sich auf marginale Mengen.³⁵ Meist erfolgen diese seitens kleinerer Hersteller und Grossisten, oder es handelt sich bezogen auf den Gesamtmarkt und -umsatz aller Tierarzneimittel um Nischenprodukte. Teilweise verlangen diese Hersteller und Grossisten ein Rezept.

54. Die vertretenen Mitglieder des VTG/SVVF bestreiten, dass die Nicht-Belieferung der Apotheken ihre Ursache im ehemaligen Exklusivvertrag habe, der als abgestimmte Verhaltensweise faktisch weiterbestehe. Vielmehr treffe jedes einzelne Mitglied den kommerziellen Entscheid seines Vertriebskanals selbstständig; das beanstandete Verhalten ergebe sich aus einem "unilateralen, wirtschaftlich rationalen und kartellrechtlich effizienten Verhalten". Einziger Grund für die Nicht-Belieferung der Apotheker/innen sei deren fehlende Ausbildung. Weder habe das Sekretariat eine abgestimmte Verhaltensweise bewiesen, noch einen Kausalzusammenhang nachgewiesen, noch Angaben über die Teilnehmer der angeblichen Abrede gemacht.

55. Im Gegensatz zu Wettbewerbsabreden zum Beispiel in Form von schriftlichen Verträgen, gentlemen's agreements und Beschlüssen liegt es gerade in der Natur der so genannten "aufeinander abgestimmten Verhaltensweise", dass sie sich in der Regel nicht anhand von physisch vorhandenen Urkunden belegen lässt. Aus diesem Grund wird in der Literatur und der Judikatur hervorgehoben, dass die Wettbewerbsbehörden Hinweise auf ein unerlaubtes, bewusstes Parallelverhalten in vielen Fällen nur aus Indizien gewinnen können.³⁶ Dabei ist anerkannt, dass die Existenz eines ehemaligen kollusiven Verhaltens einen kooperationsfördernden Faktor für ein späteres kollusives Verhalten darstellen kann.³⁷ Auch das Bundesgericht betont, dass Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren kann.³⁸

³⁴ Vgl. Rz. 90 ff.

³⁵ Vgl. Rz. 90 ff.

³⁶ So explizit VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn. 30), Rz. 1190; vgl. auch BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 i.f.; EuGH in Sachen Geigy/Kommission ("Farbstoff-Urteil"), Slg. 1972, 836 E. 37.

³⁷ Auf diese Pfadabhängigkeit weisen etwa hin: MATTHEW B. KREPPS, 1999, "Facilitating Practices and the Path-Dependence of Collusion", International Journal of Industrial Organization, 17, S. 887 ff.; National Economic Research Associates, "Merger Appraisal in Oligopolistic Markets", Office of Fair Trading, Research Paper 19, 1999, S. 85.

³⁸ BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 w.m.Nw.

56. Wie in Randziffer 53 ausgeführt, hat - bezogen auf den gemeinsamen Marktanteil - ein grosser Teil der Hersteller und Grossisten den ehemaligen Exklusivvertrag gekannt und angewandt. Auch zehn Jahre nach Auflösung des Exklusivvertrages hat sich das Verhalten dieser Hersteller und Grossisten nicht geändert: Obwohl der Vertrag formell nicht mehr besteht, werden die Apotheken doch de facto - genau gleich wie zu Zeiten des Exklusivvertrages - weitgehend von der Belieferung mit Tierarzneimitteln ausgeschlossen.

57. Aufgrund der heterogenen Strukturen auf Seiten der Hersteller und Grossisten und ihrer Produkte hätte die Aufhebung des Exklusivvertrages vor über zehn Jahren bei funktionierendem Wettbewerb dazu führen müssen, dass doch ein nennenswerter Teil der Unternehmen zumindest gewisse Produkte an die Apotheken geliefert hätte. De facto blieb der Lieferboykott jedoch nahezu unverändert bestehen. Würde jeder einzelne Hersteller und jeder einzelne Grossist den Vertrieb jedes einzelnen seiner Tierarzneimittel nach betriebswirtschaftlichen Kriterien organisieren, so wäre die Wahrscheinlichkeit gering, dass praktisch alle zum identischen Ergebnis kommen: zum kategorischen Ausschluss sämtlicher Apotheken. Vielmehr müssten die Hersteller und Grossisten zum Beispiel bei einem Teil der Tierarzneimittel zum Ergebnis kommen, dass diese aufgrund ihrer Unbedenklichkeit für Mensch, Tier und Umwelt selbst von Apothekern/innen ohne spezifische veterinärmedizinische Kenntnisse abgegeben werden können. Einige Hersteller und Grossisten könnten etwa zur Erkenntnis gelangen, dass durch den Vertrieb über Apotheken der Absatz erhöht werden könnte. Andere könnten sich überlegen, dass die Apotheken aufgrund von Zusatzausbildungen zumindest einen Teil der Tierarzneimittel vertreiben könnten. Die Einheitlichkeit in der Beurteilung der Apotheker/innen als generell unfähig für die Abgabe sämtlicher Tierarzneimittel (inklusive z.B. Spezialnahrung für Hunde und Katzen) ist folglich ein Indiz dafür, dass die Hersteller und Grossisten davon abgesehen haben, für ihr Produktsortiment beziehungsweise sogar für jedes einzelne ihrer Tierarzneimittel eine unternehmens- beziehungsweise produktspezifische Risikobeurteilung vorzunehmen. Die vorliegende Einheitlichkeit spricht somit weniger für eine spezifische Risikobeurteilung als für eine abgestimmte Verhaltensweise.

58. Dieser Umstand belegt, dass der ehemalige Exklusivvertrag beziehungsweise die "ratio" dieses Vertrages, der explizit Exklusivität zwischen den Herstellern/Grossisten und Tierärzten/innen sowie den Ausschluss der Apotheken vorsah, faktisch weiterhin das Verhalten wichtiger Marktteilnehmer massgeblich beeinflusst.

59. Würde - wie es die vertretenen Mitglieder des VTG/SVVF behaupten - der Grund für den Verzicht auf die Belieferung effektiv nicht in den Nachwirkungen des früheren Exklusivvertrages liegen, "sondern schlicht darin, dass dieses Verhalten für jeden einzelnen Hersteller und

Grossisten kommerziell rational und kartellrechtlich effizient ist", so wäre nicht einzusehen, aus welchem Grund sich die Mitglieder des Verbandes veranlasst sahen, den über 40 Jahre lang geltenden Exklusivvertrag überhaupt zu vereinbaren.

60. Dieser Vertrag beziehungsweise seine Nachwirkungen dienen auch heute noch als kooperationsförderndes Element, mit dessen Hilfe die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln - unabhängig von der formellen Mitgliedschaft beim heutigen VTG/SVVF - das Verhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und angleichen beziehungsweise aufeinander abstimmen können.³⁹ Die Aussage einer Herstellerin, sie sei nicht Mitglied des VTG/SVVF, weil "keine Vorteile ersichtlich" seien, "da bei wichtigen Entscheiden Nichtmitgliederfirmen angefragt werden", ist ein Indiz dafür, dass zentrale Anliegen und Verhaltensweisen der Hersteller und Grossisten unabhängig von einer Mitgliedschaft im VTG/SVVF besprochen und aufeinander abgestimmt werden, wodurch Abreden marktumfassenden Charakter erhalten können. Indem praktisch alle Hersteller und Grossisten - sowohl die am damaligen Exklusivvertrag beteiligten Mitglieder des VTG, die heutigen Mitglieder des SVVF sowie die Nicht-Mitglieder des VTG/SVVF - nur an Tierärzte/innen liefern und dadurch abschätzen können, wie sich die anderen verhalten, gelingt ihnen der Ausschluss des Risikos des freien Wettbewerbs.

61. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass das Verhalten der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, die Apotheken vom Vertrieb mit Tierarzneimitteln auszuschliessen,⁴⁰ eine abgestimmte Verhaltensweise und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt. Als an der Wettbewerbsabrede beteiligt gelten diejenigen Hersteller und Grossisten, welche Tierarzneimittel zwar grundsätzlich an Tierärzte/innen, aber nicht regelmässig an Apotheken geliefert haben. Umgekehrt gelten als nicht an der Abrede beteiligt diejenigen Hersteller und Grossisten, die Apotheken nicht boykottiert haben, das heisst insbesondere diejenigen Unternehmen, die Apotheken (ohne Vorlage eines Rezepts) mit Tierarzneimitteln beliefern haben oder die keine Gelegenheit zur Belieferung hatten (insb. weil Apotheken niemals Tierarzneimittel bei ihnen bestellt haben) oder die weder an Apotheken noch an Tierärzte/innen geliefert haben (insb. weil sie andere Vertriebskanäle haben).

³⁹ Vgl. Verfügung der Weko in Sachen Fahrschule Graubünden, RPW 2003/2, S. 279, Rz. 33 m.w.Nw.

⁴⁰ Dazu gehören selbstverständlich nicht nur die von den Herstellern und Grossisten hauptsächlich praktizierten direkten Lieferverweigerungen, sondern auch indirekte Liefer-Boykotte wie insbesondere die Bereitschaft, nur zu unüblichen, unsachlichen bzw. schikanösen Bedingungen - wie z.B. nur gegen Vorweisung eines Rezepts - an Apotheken zu liefern (vgl. dazu auch unten Rz. 93 und 146., vgl. auch Rz. 90 ff.).

B.3.2 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln

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

63. Gemäss den Ausführungen in Randziffer 44 ff. stellt der weitgehende Ausschluss von Apotheken vom Vertrieb von Tierarzneimitteln eine Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar. Daher ist im Folgenden zu prüfen, ob die Abrede zwischen den Herstellern und Grossisten zu einer Beseitigung oder erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG führt.

B.3.2.1 Qualitative Kriterien

64. Die Apotheker/innen werden weitgehend vom Vertrieb von Tierarzneimitteln ausgeschlossen (Ausschluss eines Absatzkanals; vgl. Rz. 53). Der Vertrieb von Tierarzneimitteln erfolgt beinahe ausschliesslich an Tierärzte/innen. Dadurch können die Apotheken praktisch keine Tierarzneimittel an Tierhalter/innen vertreiben beziehungsweise wird ihnen der Zugang zum relevanten Markt weitgehend verunmöglicht (vgl. auch Rz. 67 ff.). Die Wettbewerbsabrede zwischen den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln erfüllt angesichts des weitgehenden Ausschlusses der Apotheken die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung.

B.3.2.2 Quantitative Kriterien

65. Weiter soll die Frage geprüft werden, ob die Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten auch in quantitativer Hinsicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Um festzustellen, ob die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb in quantitativer Hinsicht erheblich beeinträchtigt, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

66. Anschliessend wird bei der Prüfung, ob die Wettbewerbsabrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, auf den aktuellen und potenziellen Wettbewerb abgestellt.⁴¹

⁴¹ RPW 2001/4, S. 676 f., Rz. 113 ff.; RPW 1999/2, S. 231 ff., Rz. 58 ff.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

B.3.2.2.1.a Sachlich relevanter Markt

67. Der sachlich relevante Markt umfasst gemäss analoger Anwendung von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

68. Die von den Herstellern und Grossisten angebotenen Produkte bestehen in einer Palette von Tierarzneimitteln. Die Hersteller und Grossisten benutzen für den Verkauf ihrer Produkte (Tierarzneimittel) verschiedene Absatzkanäle (vgl. Abbildung 1). Grösstenteils liefern beziehungsweise vertreiben sie ihre Tierarzneimittel an Tierärzte/innen und vereinzelt an Apotheken (vgl. Rz. 53 und 90 f.), ferner an Futtermühlen, Labors, Forschungsanstalten, kantonale Ämter oder etwa Universitätskliniken (Tierspitäler und -kliniken, Bern und Zürich), kantonale Veterinärämter, das BVET, Mischfutterhersteller, Landi, Molkeereien, Pet-Shops, landwirtschaftliche Mühlen und an die Armeeapotheke.⁴² Über 70% des Tierarzneimittelumsatzes aller Hersteller und Grossisten gelangen an die Tierärzte/innen.⁴³ Lediglich 14 kleinere Hersteller und Grossisten (13 weisen weniger als 0,5%, einer rund 4% Marktanteil auf) liefern mehr als 50% ihrer Tierarzneimittel nicht an Tierärzte/innen.

69. Die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sind teilweise auf verschiedenen, teilweise auch auf derselben Marktstufe tätig: Von den befragten Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln handelt es sich bei rund 20% um Hersteller und bei rund 40% um Grossisten. Rund 30 % sind sowohl als Hersteller als auch als Grossisten tätig.⁴⁴ Unter Unternehmen, die gleichzeitig als Hersteller und Grossisten auftreten, sind beispielsweise Hersteller mit eigenem Vertrieb zu verstehen oder etwa Hersteller und Grossisten, die für einige Tierarzneimittel nur als Hersteller und für andere nur als Grossisten tätig sind. Ferner sind auch einzelne Apotheken als Hersteller von Tierarzneimitteln tätig. Eine strikte Trennung von Herstellungs- und Vertriebsstufe erübrigt sich in Bezug auf die Analyse der vorliegenden Verhaltensweise: Die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln treten gegenüber den Apotheken als Verkäufer beziehungsweise als Bezugsquellen von Tierarzneimitteln und in diesem Sinne als Unternehmen gleicher Marktstufe auf.

⁴² Vgl. Abbildung 1.

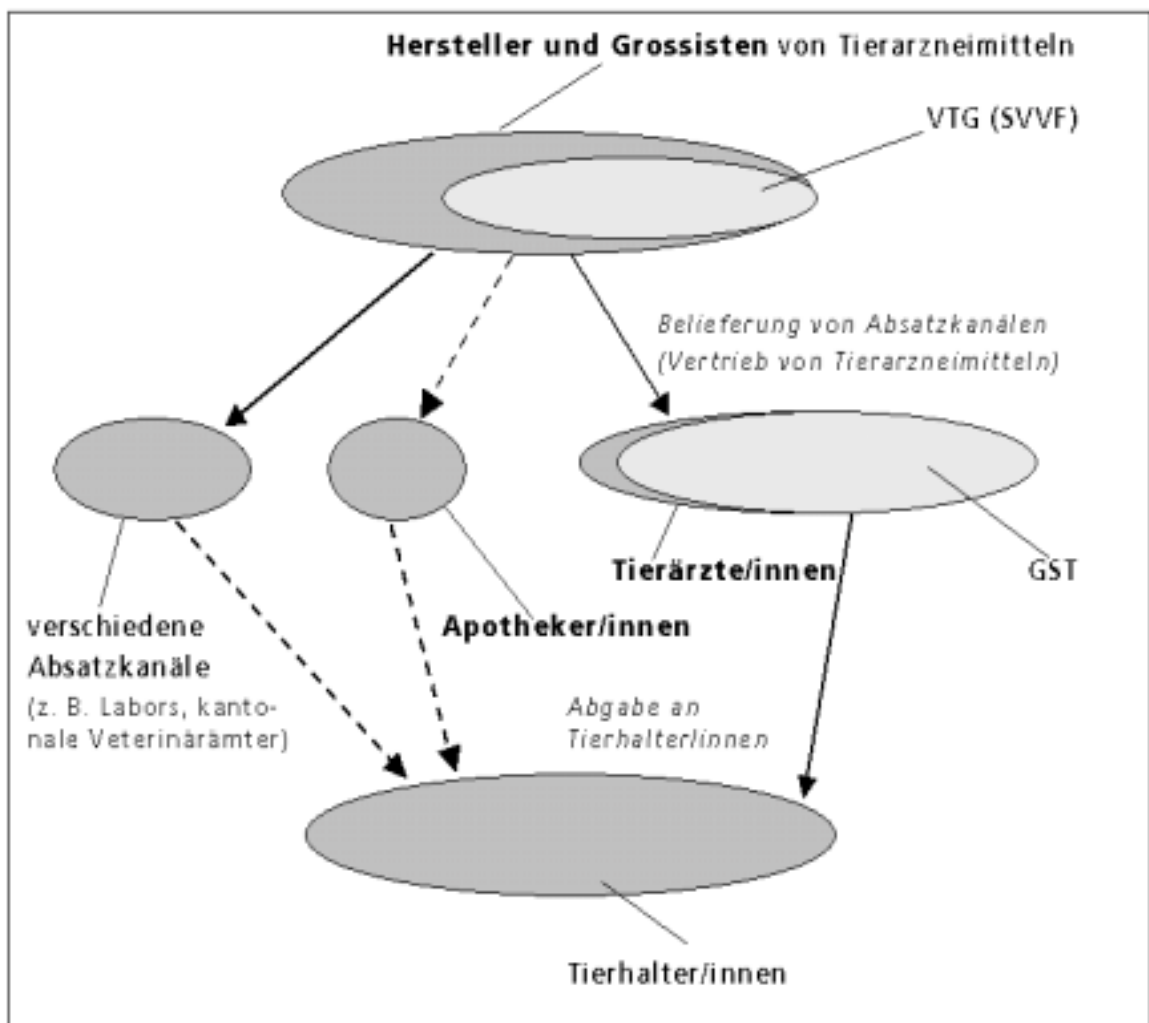
⁴³ Die aufgeführten Marktanteile stellen Schätzungen dar, insoweit die Angaben der Hersteller und Grossisten über die Marktanteile nicht vollständig sind.

⁴⁴ Bei ca. 10 % der befragten Unternehmen fehlten die Angaben oder die Unternehmen waren beispielsweise nicht mehr als Hersteller oder Grossisten tätig.

70. Die Hersteller und Grossisten beliefern sich auch gegenseitig. Bei einigen Herstellern und Grossisten belaufen sich die Lieferungen an andere Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln auf 30% und mehr.

71. Da die Hersteller und Grossisten für ihre Produkte (Tierarzneimittel) Absatzkanäle suchen, können sie als Nachfrager von Vertriebswegen (Absatzkanälen) für Tierarzneimittel bezeichnet werden.⁴⁵

*Abbildung 1: Vertrieb von Tierarzneimitteln
(schematische Darstellung)*



Quelle: Weko 2004

72. Der Begriff der "Marktgegenseite" bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bezie-

⁴⁵ Vgl. etwa RPW 2001/4, S. 659, Rz. 53; RPW 1997/3, S. 380 ff., Rz. 83 ff.

hungsweise das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird.⁴⁶ Vorliegend bilden daher die in Randziffer 68 genannten Absatzkanäle für Tierarzneimittel (vor allem die Tierärzte/innen) die Marktgegenseite. Die Marktgegenseite kann als Anbieterin von Vertriebswegen für Tierarzneimittel benannt werden. Da die Apotheken vom Vertrieb von Tierarzneimitteln weitgehend ausgeschlossen werden (vgl. Rz. 90 f.), sind sie als vorwiegend potenzieller Absatzkanal beziehungsweise vorwiegend potenzielle Anbieter von Vertriebswegen von Tierarzneimitteln zu betrachten.

73. Die Tierärzte/innen sowie die Apotheker/innen (und teilweise auch die anderen Absatzkanäle) verkaufen die Tierarzneimittel an die Tierhalter/innen (vgl. Abbildung 1). Für die Tierarzneimittel der Kategorien A und B ist dabei ein Rezept auszustellen, das den Tierhaltern/innen den Bezug eines solchen Tierarzneimittels ermöglicht (vgl. Rz. 4).

74. Gemäss Artikel 4 HMG wird unter "Vertreiben" die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung oder Überlassung eines Heilmittels mit Ausnahme des Abgebens verstanden. "Abgeben" bedeutet die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung oder Überlassung eines verwendungsfertigen Heilmittels für die Verwendung durch den Erwerber sowie für die Anwendung an Drittpersonen oder an Tieren. Unter "Vertrieb von Tierarzneimitteln" als Untersuchungsgegenstand ist im Folgenden die Belieferung von Absatzkanälen mit Tierarzneimitteln durch Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln zu verstehen.

75. Nebenbei sei festgestellt, dass sich das vorliegende Verfahren auf den Vertrieb von Tierarzneimitteln über Tierärzte/innen sowie Apotheken konzentriert, da der Hauptteil der Tierarzneimittel (ca. 90% des Umsatzes) den rezeptpflichtigen Heilmittel-Kategorien A und B angehören, welche nur von Tierärzten/innen und Apotheken abgegeben werden dürfen. Hinzu kommt, dass sich der Schweizerische Drogistenverband SDV im Gegensatz zum SAV nicht an der Untersuchung beteiligt hat.⁴⁷ Aus diesen Gründen hat sich die vorliegende Untersuchung auf die umstrittene Abgabe von Tierarzneimitteln durch Apotheken beschränkt. Obwohl sich die vorliegende Begründung sowie das Dispositiv deshalb explizit nur auf Apotheken beziehen, ist doch davon auszugehen, dass für die rezeptfreien Tierarzneimittel und die diesbezüglich nach Artikel 25 HMG abgabeberechtigten Personen (insb. Drogerien) mutatis mutandis dieselben Überlegungen gelten dürften.

⁴⁶ Vgl. RPW 2001/4, S. 660, Rz. 54.

⁴⁷ Vgl. schon oben Fn. 10.

76. Im Folgenden wird deshalb bei der Betrachtung der Marktgegenseite nur der Vertrieb an Tierärzte/innen sowie an Apotheker/innen berücksichtigt, da die Lieferungen über die anderen Absatzkanäle (z.B. Labors, kantonale Veterinärämter) in Bezug auf die zu untersuchende Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten gegenüber den Apotheken nicht relevant sind.

77. Vorliegend stellt *der Vertrieb von Tierarzneimitteln* den sachlich relevanten Markt dar.

B.3.2.2.1.b Räumlich relevanter Markt

78. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlich relevanten Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, hier analog anzuwenden).

79. Gemäss Artikel 1 HMG dürfen in der Schweiz nur qualitativ hoch stehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden. Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b HMG hält zudem fest, dass das HMG dazu beitragen soll, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und massvoll verwendet werden. Zudem soll gemäss Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe c HMG dazu beigetragen werden, dass eine sichere und geordnete Versorgung mit Heilmitteln, einschliesslich der dafür nötigen fachlichen Information und Beratung, im ganzen Land angeboten wird.

80. Nach Artikel 9 HMG dürfen verwendungsfertige Arzneimittel und Tierarzneimittel, die zur Herstellung von Fütterungsarzneimitteln bestimmt sind, nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie von Swissmedic zugelassen sind. Vorbehalten sind internationale Abkommen über die Anerkennung von Zulassungen. Dabei sind nur wenige Ausnahmen vorgesehen (z.B. Formula magistralis, Formula officinalis, Herstellung nach eigener Formel).

81. Die Ein- und Ausfuhr sowie der Handel im Ausland unterliegen den Bestimmungen von Artikel 18 bis 22 HMG. Bewilligungspflichtig ist nach Artikel 18 HMG insbesondere die Einführung verwendungsfertiger Arzneimittel (so auch Tierarzneimittel) für den Vertrieb oder die Abgabe. Dabei sind wenige Ausnahmen vorgesehen.

82. Etwa 10% aller Tierärzte/innen beziehen ausnahmsweise ein Medikament aus dem Ausland, ca. 3% der Tierärzte/innen kaufen 1%-2% aller verwendeten Tierarzneimittel im Ausland ein und 7% beschaffen sich 10%-25% ihrer Arzneimittel ausserhalb der Schweiz.

83. Gemäss Artikel 20 Absatz 1 HMG dürfen zugelassene oder nicht zulassungspflichtige Arzneimittel eingeführt werden. Gemäss Artikel 20 Absatz 2 HMG kann der Bundesrat erlauben, dass nicht zugelassene, verwendungsfertige Arzneimittel in kleinen Mengen von Einzelpersonen für den Eigengebrauch und von Medizinalpersonen einge-

führt werden dürfen. Gemäss Artikel 36 Absätze 2 und 3 der Verordnung über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich vom 17. Oktober 2001 (AMBV) dürfen die Medizinalpersonen verwendungsfertige Arzneimittel, die in der Schweiz nicht zugelassen sind, in kleinen Mengen einführen, sofern dies zur Behandlung einer bestimmten Patientin oder eines bestimmten Patienten geboten ist und sie über eine entsprechende Bewilligung des Instituts im Einzelfall verfügen. Artikel 32 Absatz 1 AMBV bleibt in jedem Fall vorbehalten: Wer immunologische Arzneimittel oder Blut und Blutprodukte in die Schweiz einführt, bedarf für jede einzelne Sendung einer Bewilligung für die Einzeleinfuhr (ausser bei Blut oder Blutprodukten in medizinischen Notfallsituationen oder zur Eigenbluttransfusion; Art. 32 Abs. 2 AMBV). Betrifft die Einfuhr immunologische Arzneimittel für den tierärztlichen Gebrauch, so ist das Bundesamt für Veterinärwesen die zuständige Bewilligungsbehörde. Nach Artikel 26 HMG müssen bei der Verschreibung und Abgabe von Tierarzneimitteln die anerkannten Regeln der medizinischen und pharmazeutischen Wissenschaften berücksichtigt werden.

84. Somit dürfen Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie Medizinalpersonen in der Schweiz nur Tierarzneimittel in Verkehr bringen und insbesondere einführen, deren Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität durch die zuständigen Behörden geprüft worden sind. In jenen Fällen, in welchen von dieser Regel abgewichen wird, müssen strenge Regeln beachtet werden. Jede Anwendung eines Arzneimittels oder Tierarzneimittels, das nicht von Swissmedic zugelassen ist, braucht eine entsprechende Sonderbewilligung von Swissmedic oder des BVET.

85. Eine deutliche Mehrheit der Hersteller und Grossisten ist national oder international tätig, eine sehr kleine Minderheit (weniger als 3% des Gesamtumsatzes) regional. Eine Aufteilung der Märkte innerhalb der Schweiz existiert nicht.

86. Ferner haben die Ermittlungen nichts ergeben, was bezogen auf den sachlich relevanten Markt auf unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in den einzelnen Kantonen schliessen liesse. Es kann grundsätzlich von einem nationalen Markt ausgegangen werden.

87. Somit entspricht im vorliegenden Fall der räumlich relevante Markt dem Gebiet der Schweiz.

B.3.2.2.2 Aktueller Wettbewerb

88. Gemessen am Gesamtumsatz der verkauften Tierarzneimittel in den Jahren 1997-1999 weisen im relevanten Markt von den etwa 65 Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln

- ca. zwei bis drei Hersteller und Grossisten einen Marktanteil grösser als 10% (und kleiner als 25%),

- ca. fünf bis sechs Hersteller und Grossisten einen Marktanteil grösser als 5% und kleiner als 10% und
- ca. sechs Hersteller und Grossisten einen Marktanteil zwischen 2%-5% auf.⁴⁸

Die restliche Mehrheit der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln weist weniger als 2% Marktanteil auf. Betrachtet man die Marktanteilsverteilung in den Jahren 1997-1999, kommen den vier grössten Herstellern und Grossisten ca. 45%-50% Marktanteil beziehungsweise den sieben bis acht grössten Herstellern und Grossisten ca. 70% Marktanteil am Gesamtumsatz der Tierarzneimittel zu.⁴⁹

89. Die Marktstrukturen sind relativ stabil. Es zeichnet sich kein eindeutiges Muster in der Entwicklung der Marktanteile über die Jahre 1997-1999 ab. Sowohl kleine, mittelgrosse und grössere Unternehmen verzeichnen Zu- und Abnahmen von Marktanteilen oder bleiben stabil.⁵⁰

90. Die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln verkaufen beinahe ausschliesslich an Tierärzte/innen und schliessen die Apotheker/innen weitgehend vom Verkauf von Tierarzneimitteln aus. Gemessen am Gesamtumsatz der verkauften Tierarzneimittel in den Jahren 1997-1999 veräusserten zwischen 75%-84%⁵¹ aller Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln keinerlei Tierarzneimittel an Apotheken. Die restlichen Hersteller und Grossisten, welche zusammen einen Marktanteil von 16%-25% abdecken, verkauften an Apotheken lediglich marginale Mengen von Tierarzneimitteln. Insgesamt gelangten weniger als 0,1% des Gesamtumsatzes mit Tierarzneimitteln der Jahre 1997-1999 an die Apotheken. Die Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten bezüglich Vertrieb von Tierarzneimitteln an Apotheken ist daher marktumfassend und stabil.

91. Die Lieferungen beziehungsweise Nicht-Lieferungen an die Apotheken erfolgen sowohl von kleinen als auch von grossen Herstellern und Grossisten. Jedoch wirken sich die Nicht-Lieferungen von grösseren Herstellern und Grossisten mit einem umfassenderen Sortiment stärker aus - gerade diese werden von den Apotheken angegangen.

⁴⁸ Je nach Bemessungsgrösse und Anzahl Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, welche in Betracht gezogen werden.

⁴⁹ Die aufgeführten Marktanteile stellten Schätzungen dar, insoweit die Angaben der Hersteller und Grossisten über die Marktanteile nicht vollständig sind.

⁵⁰ Die unvollständigen Angaben der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln erlauben keine Schlussfolgerungen über die Finanzkraft.

⁵¹ Die Zahlen in diesem Abschnitt sind abhängig von der Bemessungsgrösse (Gesamtumsatz in der Schweiz) und der Anzahl Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, welche in Betracht gezogen werden.

Eine Reihe von kleineren Herstellern und Grossisten mit geringem oder spezifischem Sortiment erhielt denn auch nie Bestellungen von Apotheken. Von den rund vierzehn Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln, die an die Apotheken liefern, weisen zehn Hersteller und Grossisten einen Marktanteil von weniger als 1% auf, zwei von 5%-10% und zwei von 2%-5%. Bei den von den kleineren Herstellern und Grossisten gelieferten Tierarzneimitteln handelt es sich vorwiegend um Nischenprodukte.

92. In den Jahren 1995-1999 blieben die erfolgten Lieferungen tendenziell gleich. Dabei ist insgesamt nicht davon auszugehen, dass Apotheken zukünftig vermehrt mit Tierarzneimitteln beliefert werden.

93. Des Weiteren verlangt rund die Hälfte derjenigen Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, die überhaupt an Apotheken liefern, ein Rezept. Das Rezept verlangen die Hersteller und Grossisten nicht nur bei rezeptpflichtigen, sondern auch bei rezeptfreien Tierarzneimitteln. Damit müssen die Apotheker/innen in einem ersten Schritt von den Tierhaltern/innen ein Rezept verlangen, um ein Tierarzneimittel bei den Herstellern und Grossisten bestellen zu können. Erst in einem zweiten Schritt können sie die Tierarzneimittel an die Tierhalter/innen verkaufen. Folglich müssen die Tierhalter/innen diesfalls als erstes ein Rezept von einem/r Tierarzt/Tierärztin beschaffen, anschliessend in der Apotheke das Rezept für die Bestellung des Tierarzneimittels abgeben und zu einem späteren Zeitpunkt das bestellte Tierarzneimittel in der Apotheke abholen. Für die Tierhalter/innen bedeutet dies einen mehrfachen Gang zur Apotheke im Gegensatz zum einfachen Besuch bei einem/r Tierarzt/Tierärztin, welche/r kein Rezept für den Bezug von Tierarzneimitteln bei Herstellern und Grossisten benötigt und in der Regel das Recht zur Selbstdispensation hat (vgl. Rz. 42). Damit schaffen die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln für die Apotheker/innen im relevanten Markt einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber den Tierärzten/innen.⁵²

94. Der Wettbewerbsdruck im Bereich von Tierarzneimitteln ist gestiegen.⁵³ Die Mehrheit der Hersteller und Grossisten war im betrachteten Zeitraum zunehmendem Preisdruck, einem stagnierenden Absatzvolumen (vorwiegend im Bereich der Nutztiere), gestiegenen Forschungs- und Registrierungskosten und steigenden Qualitätsanforderungen ausgesetzt. Dabei ist der Wettbewerbsdruck im Bereich der Nutztiere durch den verstärkten Druck im Bereich der Landwirtschaft tendenziell grösser als jener im Bereich der Heimtiere. Dies widerspiegelt sich insbesondere in der grundsätzlichen Substituierbarkeit der

⁵² Vgl. dazu schon oben Fn. 40 und unten Rz. 146.

⁵³ Vgl. RPW 2003/2, S. 365, Rz. 155.

Tierarzneimittel (vgl. nachfolgende Rz.). Grundsätzlich spielen Preis, Qualität und Innovation von Tierarzneimitteln eine entscheidende Rolle, um im Bereich der Tierarzneimittel konkurrenzfähig zu bleiben.

95. Da ein Teil der Tierarzneimittel substituierbar ist, besteht ein bestimmter Wettbewerbsdruck zwischen den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln: Rund 28% der Tierärzte/innen vermögen alle verwendeten Tierarzneimittel durch andere Tierarzneimittel zu ersetzen (vgl. Tabelle 1). Zwei Prozent der Tierärzte/innen können etwa 95%, vier Prozent der Tierärzte/innen ca. 75%-85% und zwei Prozent der Tierärzte/innen 50%-75% aller verwendeten Tierarzneimittel durch andere Tierarzneimittel substituieren. Rund sieben Prozent der Tierärzte/innen geben an, nur etwa 20%-40% der verwendeten Tierarzneimittel durch andere ersetzen zu können, sieben Prozent lediglich 1%-20% und ca. vier Prozent können keine der verwendeten Tierarzneimittel substituieren.⁵⁴

Tabelle 1: Substituierbarkeit von Tierarzneimitteln

Substituierbarkeit der verwendeten Tierarzneimittel in %	0	0-20	20-40	50-75	75-85	95-100	100
Anzahl Tierärzte/innen in %	4	7	7	2	4	2	28

Quelle: Weko 2004

Grundsätzlich zeigt sich, dass - selbst wenn keine identischen Substitute vorhanden sind - trotzdem vielfach Tierarzneimittel mit ähnlichem Preis-Leistungs-Verhältnis oder ähnlichen Wirkstoffen zu existieren scheinen. Je nach Tierarzneimittel (etwa Spezialitäten) und Hersteller und Grossisten bestehen grössere, geringere oder keine Ausweichmöglichkeiten (arbeiten die Tierärzte/innen mehrheitlich mit Spezialitäten, ergeben sich für diese automatisch weniger Ausweichmöglichkeiten).

- a) Für die Wahl von Tierarzneimitteln sind verschiedene Kriterien entscheidend, wobei die Qualität (Wirksamkeit, Leistung), der Preis beziehungsweise das Preis-Leistungs-Verhältnis die wichtigsten Kriterien darstellen.⁵⁵ Folgende Kriterien sind für die Wahl von Tierarzneimitteln von Relevanz und stellen folglich Wettbewerbsparameter dar:

⁵⁴ 46% der Tierärzte/innen machten keine in Prozenten auswertbaren Angaben.

⁵⁵ Die vorliegende Analyse stützt sich auf die Angaben der Tierärzte/innen. Die Angaben der Hersteller und Grossisten über die Substituierbarkeit sind ungenügend.

- Wirksamkeit/Qualität
- Preis
- Nachfrage der Tierhalter/innen
- Marketing durch Hersteller und Grossisten (insb. Werbung, Service, Auftreten und Sympathie der Hersteller und Grossisten, Aufmachung der Produkte)
- Verträglichkeit (Sicherheit, Nebenwirkungen) und Konzentration der Wirkstoffe
- Anwendbarkeit und Verabreichungsform
- Gewohnheit und Erfahrung aus der eigenen Tätigkeit oder jener von anderen Tierärzten/innen

Als weitere Kriterien sind für die Wahl eines Tierarzneimittels insbesondere entscheidend: Indikation, Generika, Haltbarkeit, Verfügbarkeit, Tierarzneimittelkompendium, Registrierung durch Swissmedic, Kongresse, Studien, Literatur, spezielle Angebote durch Hersteller und Grossisten, mögliche Gruppierung bei der Bestellung.

- b) Ein Teil der Tierarzneimittel ist substituierbar, das heisst, sie können durch andere Tierarzneimittel ersetzt werden. Dies geht auch aus den Ausführungen der GST hervor. Zudem sind die Tierärzte/innen frei in der Wahl der Tierarzneimittel. Damit besteht hinsichtlich Tierarzneimitteln auf Stufe der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln Wettbewerb (Interbrand-Wettbewerb). Dies ändert aber nichts am Verhalten gegenüber den Apothekern/innen. Die Wettbewerbsabrede bleibt dennoch stabil.

96. Zusammenfassend zeigt sich, dass die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln unabhängig vom Marktanteil und der Substituierbarkeit von Tierarzneimitteln weitgehend nicht beziehungsweise kaum an Apotheken liefern. Nur einzelne Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln verkaufen Tierarzneimittel an Apotheken (vgl. Rz. 53 und 90 f.). Die Wettbewerbsabrede ist marktumfassend und stabil. Die erfolgenden Lieferungen belaufen sich auf marginale Mengen. Die Wettbewerbsabrede wird unabhängig von sich verändernden Wettbewerbsbedingungen, der Grösse der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln und von der Mitgliedschaft beim VTG/SVVF aufrechterhalten. Zudem verlangt rund die Hälfte der liefernden Hersteller und Grossisten von den Apothekern/innen ein Rezept für die Belieferung mit Tierarzneimitteln. Insgesamt erwächst den Apothekern/innen gegenüber den Tierärzten/innen beim Verkauf von Tierarzneimitteln ein erheblicher Wettbewerbsnachteil.

97. Damit besteht auf dem relevanten Markt geringer wirksamer aktueller Wettbewerb.

B.3.2.2.3 Potenzieller Wettbewerb

98. Eine Abrede überwiegend wettbewerbsbeschränkender Natur bewirkt für die eingeschlossenen, an der Abrede teilnehmenden Unternehmen Renten (Übergewinne). Diese Renten schaffen für potenzielle Konkurrenten Gewinnaussichten und somit einen Anreiz zum Markteintritt beziehungsweise zum Unterlaufen einer Wettbewerbsabrede.

99. Die Disziplinierungswirkung beziehungsweise Wirksamkeit der potenziellen Konkurrenz hängt insbesondere von drei Faktoren ab: der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, der Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der Marktzutritte und dem voraussichtlichen Ausmass der Marktzutritte.⁵⁶

100. Der Markteintritt eines Herstellers gestaltet sich angesichts des hohen Forschungs- und Entwicklungsaufwandes wesentlich schwieriger als der Eintritt eines Grossisten. Die Herstellung und Entwicklung eines neuen Tierarzneimittels kann bei einer Entwicklungszeit von mehr als fünf Jahren mehrere Mio. CHF betragen, insbesondere fallen hohe Registrierungskosten an (Registrierungszeit ca. 6-12 Monate). Aus diesen Gründen ist es relativ unwahrscheinlich, dass ein Hersteller von Beginn an ein mittleres bis grosses Sortiment anzubieten vermag. Dabei gestaltet sich die Herstellung und Entwicklung von Generika als einfacher. Ein Grossist hingegen weist nicht die Forschungs- und Entwicklungskosten eines Herstellers auf, so dass ein Markteintritt je nach Sortimentsgrösse mit CHF 200'000.- bis CHF 1 Mio. Startkapital möglich ist. Sofern etwa ein Hersteller einen neuen Grossisten für die Distribution seiner Produkte wählt, wäre für diesen Verteiler gar ein kurzfristiger Markteintritt mit einem mittleren bis grossen Sortiment möglich. Da sich hingegen die Konkurrenzsituation tendenziell verschärft hat und die Marktstrukturen weitgehend stabil sind, erweist sich aber auch der Markteintritt als mittlerer bis grosser Verteiler als schwierig. Für Grossisten und auch Hersteller, welche eine Nischenpolitik betreiben, ist ein Markteintritt wesentlich einfacher.⁵⁷ Zwischen 1999-2000 gab es denn auch mehr Schliessungen, Zusammenschlüsse oder Zusammenarbeitsverträge zwischen Herstellern und Grossisten als Neugründungen.

101. Grundsätzlich können aber neue Hersteller und Grossisten in den relevanten Markt eintreten. Die Möglichkeit eines Marktzutrittes in

⁵⁶ Vgl. dazu RPW 2000/4, S. 627 ff., Rz. 174 ff.; OLIVIER SCHALLER, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, Diss. Fribourg 2002, S. 388 ff. m.w.Hw.

⁵⁷ Vgl. Rz. 94 f.

einzelne Bereiche von Tierarzneimitteln (Produktkategorien, Marktsegmente) ist fortwährend möglich. In Abhängigkeit der Finanzkraft (insb. im Bereich Forschung und Entwicklung) ist ein Marktzutritt auch in dominierte Marktsegmente realisierbar.⁵⁸

102. Grössenvorteile im Sinne von zunehmenden Skalenerträgen, welche eine Markteintrittsbarriere für potenzielle Konkurrenten darstellen, bestehen nicht. Vielmehr spielen die Faktoren Preis, Qualität und Innovation eine entscheidende Rolle. Grössere und international tätige Firmen profitieren gegenüber kleineren Unternehmen etwa von der Sortimentsgrösse oder Synergien im Bereich Marketing und verfügen insgesamt über ein grösseres Know-how.

103. Gemäss den Ausführungen zum aktuellen Wettbewerb kann von einer relativ stabilen Marktstruktur gesprochen werden (vgl. Rz. 89 f.). Die Abrede ist marktumfassend, über die Zeit stabil und die tatsächlich erfolgenden Lieferungen an Apotheken belaufen sich auf marginale Mengen (vgl. Rz. 96). Die teilweise veränderten Marktbedingungen ändern nichts daran. Damit ist die Wahrscheinlichkeit gering, dass tatsächlich erfolgende Neuzutritte zu einer nennenswerten Änderung betreffend Belieferung von Apotheken führen würden. Neuzutritte würden kaum zu einer Änderung in Bezug auf die Wettbewerbsabrede zwischen Herstellern und Grossisten führen, diese erweist sich unabhängig von sich ändernden Marktbedingungen als stabil beziehungsweise es besteht kein von der potenziellen Konkurrenz ausgehender Wettbewerbsdruck.

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

B.3.2.2.4 Zwischenergebnis

105. Die Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln bewirkt gegenüber den Apothekern/innen eine Wettbewerbsbeeinträchtigung, die gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG als erheblich zu qualifizieren ist.

B.3.3 Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

106. Wettbewerbsabreden sind gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und

⁵⁸ Vgl. RPW 2003/3, S. 355 f., Rz. 120 ff.

- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

107. Diese Aufzählung der Gründe wirtschaftlicher Effizienz in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG, welche die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede zu rechtfertigen vermögen, ist abschliessend. Zudem ist vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsabrede zur Erreichung des Effizienzziels notwendig ist und dass die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

B.3.3.1 Vorgebrachte Rechtfertigungsgründe

108. Die Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln sowie die Tierärzte/innen bringen zusammengefasst folgende Effizienzgründe vor:

109. ***Ausbildung, Qualifizierung, fehlende Fachkenntnisse:*** Aus den Antworten der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, der Tierärzte/innen und der GST geht hervor, dass diese die Ausbildung und Qualifizierung der Apotheker/innen für den Vertrieb von Tierarzneimitteln in Frage stellen und die fehlenden Fachkenntnisse als Argument gegen den Vertrieb von Tierarzneimitteln durch Apotheken vorbringen. Dabei lassen sich drei Argumentationsbereiche unterscheiden:

- a) Die mangelhafte Qualifizierung der Apotheker/innen könnte zu einer unsachgemässen Anwendung von Tierarzneimitteln führen. Damit würde eine lebensbedrohliche oder tödliche *Gefahr für die zu behandelnden Tiere* (Tierschutz) entstehen *und die Menschen* würden vermehrt von der Problematik von Arzneimittelrückständen (etwa durch Hormon- und Antibiotikapräparate) betroffen (Verbraucherschutz). Ferner würden die Arzneimittelkontrolle (Absetzfristen) und Lebensmittelhygienekontrolle mangelhaft (Aufzeichnungspflicht) ausfallen.
- b) Die Unternehmen wollten mit Fachpersonen zusammenarbeiten, welche über die *notwendigen Kenntnisse über Tierarzneimittel* verfügen und einen qualitativ hohen Vertrieb (Abgabe, Beratung) gewährleisten können. Die fehlende Qualifizierung der Apotheken führe deshalb zu deren Ausschluss. Aus demselben Grund würden bestimmte Hersteller und Grossisten ihre Tierarzneimittel auch nicht über Tierärzte/innen vertreiben sondern ebenfalls ausschliesslich über *qualifizierte Absatzkanäle*.
- c) Der Vertrieb von Tierarzneimitteln über Apotheken führe zu steigenden Aussendienstkosten. So müssten über 1'600 Apotheken informiert, beraten und betreut werden. Die *Vertriebskosten* wären entsprechend höher, *da die Apotheker/innen fachlich unzureichend qualifiziert* seien. Dies führe zu enormen Mehrkosten, was sich insbesondere negativ auf die Preise der Tierarzneimittel auswirken könne.
-

110. **Mehrfacher Gang für den Bezug eines Arzneimittels:** Der Vertrieb von Tierarzneimitteln an Apotheken sei wegen des *mehrfachen Gangs der Tierhalter/innen für den Bezug eines Arzneimittels* (zu den Tierärzten/innen und anschliessend zur Apotheke) nicht effizient. Gerade bei Nutztieren auf (abgelegenen) Bauernhöfen oder bei grösseren Entfernungen zur nächstgelegenen Apotheke verschärfe sich diese Ineffizienz. Ferner sei der grösste Teil der Tierarzneimittel rezeptpflichtig, womit die Tierhalter/innen selbst in Kenntnis des für ein Tier notwendigen Tierarzneimittels den Gang zu den Tierärzten/innen und in die Apotheke tätigen müssten.⁵⁹ Damit sei es für die Tierhalter/innen effizienter, die Tierarzneimittel direkt bei den Tierärzten/innen beziehen zu können.

111. **Vertriebskosten:** Durch die relativ *geringen Bezugsmengen* von Apotheken - im Gegensatz zu Tierärzten/innen - würden den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln höhere Kosten in Form von relativ *höheren Vertriebskosten* (Lieferkosten wie Versand- und Portokosten, Kosten für Inkasso) erwachsen. Dies würde sich eventuell negativ auf die Endpreise der Tierarzneimittel auswirken.

B.3.3.2 Beurteilung der Rechtfertigungsgründe

112. Sofern es - wie im vorliegenden Fall - keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG gibt, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen,⁶⁰ ist eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs grundsätzlich unzulässig, ausser sie wird aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). In der Literatur wird hervorgehoben, dass hinter dieser Ausnahmebestimmung der Gedanke steht, dass im Einzelfall positive Wirkungen die schädlichen Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen auf den Wettbewerb kompensieren können.⁶¹ Bei der Prüfung der Ausnahmen darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich das Kartellgesetz auf zwei verfassungsrechtliche Pfeiler stützt - die individualrechtlich ausgestaltete Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und den Kartellartikel (Art. 96 BV) -, welche einen Teil der die schweizerische Wirtschaftsordnung prägenden Grundsätze darstellen.⁶² Eine marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsordnung ist auf eine funktionierende Wettbewerbsordnung angewiesen, weshalb das KG das Ziel des "wirksamen Wettbewerbs" verfolgt. Eine zentrale Voraussetzung des Systems ist die Garantie der Offenheit der Märkte. Wird diese zum Beispiel durch Marktzutrittschranken gestört,

⁵⁹ Vgl. Rz. 93.

⁶⁰ Vgl. oben Rz. 34 ff.

⁶¹ Vgl. Botschaft (zit. in Fn. 30), S. 90, und VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn. 30), Rz. 1232.

⁶² Dazu und zum Folgenden statt vieler VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn. 30), Rz. 1115 ff.; sowie ausführlich ZÄCH (zit. in Fn. 27), Rz. 100 ff.

hat das KG als ordnungspolitisches Instrument in die Privatautonomie einzugreifen, um sicherzustellen, dass das Funktionieren der freien Wirtschaftsordnung nicht gestört wird.

113. Aufgrund dieser Konzeption der schweizerischen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung dürfen Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nur ausnahmsweise und unter folgenden beiden Voraussetzungen zugelassen werden:⁶³ Einerseits müssen die positiven Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung merklich spürbar sein und die schädlichen Wirkungen tatsächlich kompensieren. Andererseits muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Art sein, weshalb in die Beurteilung der Rechtfertigungsgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG ausschliesslich ökonomische Aspekte einfließen dürfen.

114. Die in Randziffer 108 ff. zusammengefassten, von den Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln geltend gemachten Effizienzgründe können im vorliegenden Verfahren *nicht* als Rechtfertigungsgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG aufgefasst werden. Dies aus folgenden Gründen:

B.3.3.2.1 Ausbildung und Qualifikation der Apotheker/innen

B.3.3.2.1.a Vorbemerkungen sowie Bezug der Sachverständigen

115. Die Vertreter der Hersteller und Grossisten und der Tierärzte/innen weisen insbesondere auf die - oben in Randziffer 109.a) erwähnten - Probleme der mangelhaft ausgestalteten Aus-, Weiter- und Fortbildungsmöglichkeiten der Apotheker/innen bezüglich Tierarzneimitteln, die deswegen nur teilweise vorhandenen Kenntnisse beziehungsweise die fehlende Qualifizierung der Apotheker/innen, die Problematik einer allfällig lebensbedrohlichen oder tödlichen Gefahr für die behandelten Tiere (Tierschutz) sowie die Rückstandsproblematik von Arzneimitteln für die Menschen (Konsumentenschutz) hin.

116. Um die Beurteilung der Ausbildung und Qualifizierung der Apotheker/innen für den Vertrieb von Tierarzneimitteln besser beurteilen zu können, hatte das Sekretariat im Verlauf des Verfahrens einerseits eigene Abklärungen vorgenommen und liess andererseits ein Gutachten durch Sachverständige erstellen (Art. 12 Bst. e und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 BZP).

117. Infolge der unterschiedlichen Interessenlage der Tierärzte/innen und der Apotheker/innen schlug das Sekretariat den Parteien folgende Experten zur Erstellung eines Gutachten vor: Prof. Dr. GERD FOLKERS vom Institut für Pharmazeutische Wissenschaften der ETH Zürich und Prof. Dr. FELIX ALTHAUS, Direktor des Instituts für Veterinärpharmakologie und -toxikologie der Universität Zürich. Mehrere Parteien nahmen

⁶³ Zum Ganzen VON BÜREN/MARBACH (zit. in Fn. 30), Rz. 1233 f.

die Gelegenheit, vor der Ernennung der Sachverständigen Einwendungen mit entsprechender Begründung gegen die in Aussicht gestellten Sachverständigen vorzubringen und Gegenvorschläge anzubringen (Art. 58 BZP), mit Eingaben an das Sekretariat wahr.⁶⁴ Anschliessend wurden die zwei vorgeschlagenen Sachverständigen für die Erstellung des Gutachtens nominiert. Auf die Einladung, sich zu den Fragen an die Sachverständigen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (Art. 57 Abs. 2 BZP), reichten einige Beteiligte Anträge ein.

118. Nach Berücksichtigung der Anträge der Parteien stellte das Sekretariat den nominierten Sachverständigen die Fragen für das Gutachten am 19. Februar 2001 zu. Die Fragen bezogen sich auf die Unbefangenheit, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Sachverständigen, die Voraussetzungen für den fachgerechten Vertrieb von Tierarzneimitteln, die veterinärmedizinische und pharmazeutische Aus-, Fort- und Weiterbildung, die Qualifikation für den fachgerechten Vertrieb von Tierarzneimitteln, die Arbeitsteilung zwischen den Tierärzten/innen und den Apothekern/innen sowie weitere Gründe für oder gegen den Vertrieb von Tierarzneimitteln durch Tierärzte/innen und Apotheker/innen.

119. Das per 26./31. März 2001 erstellte Gutachten wurde den Parteien am 6. April 2001 zur Stellungnahme unterbreitet (Art. 60 Abs. 1 BZP). Die Parteien erhielten somit Gelegenheit, Erläuterungen und Ergänzungen oder eine neue Begutachtung zu beantragen. Der VGT sowie der SAV äusserten sich zum Gutachten, wobei es der SAV in Frage stellte: Er legt unter anderem ausführlich dar, dass die Erstellung eines Gutachtens nicht notwendig gewesen wäre und dass die Apotheker/innen - entgegen der Meinung der Sachverständigen - aufgrund ihrer Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten grundsätzlich in der Lage seien, Tierarzneimittel abzugeben.

120. Aufgrund der Anträge der Parteien waren Ergänzungen des Gutachtens notwendig. Nach einer Anfrage des Sekretariats reichten die Sachverständigen ihre Ergänzungen ein, womit das Gutachten als abgeschlossen betrachtet wurde. Die Anfrage des Sekretariats vom 14. Mai 2003, ob sich zwischen dem Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens bis zum aktuellen Datum Veränderungen ergeben hatten, die das Gutachten anders ausfallen lassen würden,⁶⁵ wurde von den beiden Sachverständigen verneint.

⁶⁴ Der SAV machte insbesondere geltend, die Frage der fachlichen Qualifikation der Apotheker/innen sei durch den Gesetzgeber sowie die Behörden bereits abschliessend beurteilt worden.

⁶⁵ Vgl. Rz. 16.

121. Die Sachverständigen kamen zum Schluss, dass die Apotheker/innen im Gegensatz zu Tierärzten/innen aufgrund ihrer Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht in der Lage seien, rezeptpflichtige und -freie Tierarzneimittel abzugeben: Die Ausbildungsblöcke im Rahmen der veterinärmedizinischen Ausbildung im Bereich von Tierarzneimitteln (Physiologie, Pathophysiologie, Pharmakokinetik, Pharmakologie, pharmazeutische Technologie, klinische Pharmakologie, therapeutische Chemie etc.) seien zum fachlich korrekten Vertrieb von Tierarzneimitteln unabdingbar. Diese Ausbildungsblöcke würden von den Studierenden der Pharmazie nicht besucht, weder freiwillig noch aufgrund gesetzlicher Bestimmungen. Theoretisch sollte es wohl möglich sein, einzelne veterinärpharmakologische Ausbildungsmodulare als Hörer/in zu belegen. Diese würden aber keine im Sinne der Arzneimittelsicherheit geforderte Ausbildungsgewähr bieten, da das Verständnis dieser Module die zusätzliche Kenntnis von tierartspezifischen, physiologischen und pathophysiologischen Gegebenheiten voraussetze. Wegen dieser Vernetztheit der erforderlichen Fachkenntnisse für eine gemäss Gesetz "bewilligungspflichtige Tätigkeit" sei es nach der Eidgenössischen Prüfungsverordnung auch nicht vorgesehen, dass die Veterinärmedizinischen Fakultäten für Teilkenntnisse ein Zertifikat abgeben. Im Weiteren existierten keine entsprechenden Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten für Apotheker/innen im Inland (oder allenfalls im Ausland) betreffend Vertrieb von Tierarzneimitteln in der Schweiz (von der Herstellung bis zur Abgabe).

122. In einer zusammenfassenden Stellungnahme sprachen sich die beiden Sachverständigen gegen eine Abgabe von Tierarzneimitteln durch Apotheken aus: Im Zentrum ihrer Argumentation steht erstens die Arzneimittelsicherheit für das Tier, welche durch unsachgemässe Abgabe von Wirkstoffen durch Pharmazeuten infolge deren unzureichender Ausbildung bezüglich Mechanismen der Speziesunterschiede in der Arzneimittlempfindlichkeit beeinträchtigt werden könne. Zweitens sei die Arzneimittelsicherheit für Mensch und Umwelt betroffen, da zur Vermeidung der Gefährdung von Menschen durch Tierarzneimittel-Rückstände in Lebensmitteln tierischen Ursprungs ("Relaistoxizität") sowie zur Vermeidung von Umweltgefährdung (z.B. durch Übertragung von Antibiotikaresistenzen vom Tier auf den Menschen) besondere Kenntnisse und Massnahmen erforderlich seien, welche in der veterinärmedizinischen, nicht aber in der pharmazeutischen Ausbildung vermittelt würden. Drittens erfordere die Verabreichung von Tierarzneimitteln eine Beratung des Tierbesitzers, welche wiederum spezifische veterinärmedizinische Kenntnisse voraussetze, die in der menschenzentrierten Ausbildung der Pharmazeuten nicht vermittelt würden. Viertens setze die Rezeptvalidierung für Tierarzneimittel - und insbesondere auch im Bereich der Medizinalfutter - spezifische veterinärmedizinische Kenntnisse von Pharmakokinetik und Pharma-

kodynamik sowie von alters-, tierart- und rassenspezifischen Besonderheiten voraus.

123. Anlässlich der Sachverständigen-Anhörung vom 3. November 2003 bestätigten und erläuterten die beiden Experten Prof. ALTHAUS und Prof. FOLKERS mündlich ihr Gutachten⁶⁶ und wiederholten, dass insbesondere im Bereich der Nutztiere das Gefährdungspotenzial gross, wenn auch selten sei. Zudem wiesen sie darauf hin, dass die Situation in der Schweiz bezüglich Abgabe von Tierarzneimitteln nicht mit derjenigen von anderen Ländern verglichen werden könne, da das Ausbildungs- und Gesetzssystem in jedem Land unterschiedlich sei. Auf die Frage, wieso der Verkauf von Tierarzneimitteln überhaupt eine Ausbildung brauche, sofern der Verkauf nur aufgrund eines vorgelegten Rezepts möglich sei, meint Prof. FOLKERS, dass es falsch verschriebene Medikamente gebe, weshalb eine Rezeptvalidierung durch Apotheker/innen notwendig wäre, aufgrund deren heute fehlender Aus-, Weiter- und Fortbildung jedoch nicht gewährleistet sei. Prof. FOLKERS beurteilt auch die Stellungnahme des Schweizerischen Vereins der Pharmaziedozenten als problematisch, wenn dort festgehalten werde, man könne aufgrund humanmedizinischer Kenntnisse auf veterinärmedizinische Probleme extrapolieren, denn bei allen Verkaufsklassen brauche es konkrete Kenntnisse.

124. Abschliessend sei in diesem Zusammenhang noch auf die soeben genannte, vom SAV eingereichte "Prise de position" der Schweizerischen Vereinigung der Pharmaziedozenten vom 15. September 2003 hingewiesen, in welcher gewisse Erwägungen und Schlussfolgerungen des Gutachtens relativiert, präzisiert und kritisiert werden. Insbesondere wird in diesem (Partei-)Gutachten die Meinung vertreten, dass die Apotheker/innen aufgrund ihrer Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten durchaus in der Lage seien, Tierarzneimittel abzugeben.⁶⁷

B.3.3.2.1.b Argument der öffentlichen Gesundheit

125. In Erwägung des Gutachtens und der Anhörung ist die Weko zusammenfassend zur Erkenntnis gelangt, dass die - von den beiden Sachverständigen als mangelhaft beziehungsweise gar fehlend beurteilte - Ausbildung und fachliche Qualifikation der Apotheker/innen für den Vertrieb von Tierarzneimitteln für das Verhalten der Grossisten und Hersteller im vorliegenden Fall aus folgenden Gründen nicht als

⁶⁶ Vgl. schon oben Rz. 21 f.

⁶⁷ Aus den im Text folgenden Erwägungen ergibt sich, dass in der vorliegenden Entscheidungsgründung - entgegen dem Antrag 3 des SAV im Schreiben vom 27. August 2004 - von der Wiedergabe des ganzen (Partei-)Gutachtens sowie von der geforderten Feststellung, "dass die Meinung der beiden Experten Prof. ALTHAUS/FOLKERS nicht die Meinung der Mehrheit der Pharmaziedozenten widerspiegelt", abgesehen werden kann.

ökonomischer Effizienzgrund gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG anerkannt werden kann:⁶⁸

126. Für das vorliegende Verfahren ist vorzuschicken, dass die Feststellungen der beiden naturwissenschaftlichen Sachverständigen zu *juristischen und ökonomischen Fragen* für die Weko nicht von Belang sind, da sowohl die ökonomische als auch die juristische Beurteilung des Sachverhalts sowie die Subsumtion unter die kartellrechtlichen Bestimmungen den zuständigen Wettbewerbsbehörden sowie den Rechtsmittelinstanzen vorbehalten ist. Die *gesundheitsspolizeilichen Argumente* der beiden Experten nimmt die Weko hingegen zur Kenntnis. Weil diese Argumente jedoch direkt und offensichtlich öffentliche Interessen betreffen, sind sie nicht im Rahmen der ökonomischen Effizienzprüfung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG, sondern vielmehr im Rahmen einer allfälligen ausnahmsweisen Zulassung nach Artikel 8 KG durch den Bundesrat zu berücksichtigen. Nach dieser Norm können als unzulässig beurteilte Wettbewerbsabreden in Ausnahmefällen zugelassen werden, sofern sie notwendig erscheinen, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Da es sich bei dieser Norm um eine politisch motivierte Ausnahme vom Grundsatz handelt, dass die Wirtschaftsbeziehungen in erster Linie durch den Markt geregelt werden sollen, steht der entsprechende Entscheid nicht den Wettbewerbsbehörden sondern dem Bundesrat als politische Instanz zu.⁶⁹

127. Wie oben in Randziffer 38 ff. bezüglich Artikel 3 KG bereits festgehalten, sind gemäss HMG zur Abgabe von Tierarzneimitteln neben Tierärzten/innen insbesondere auch Apotheker/innen zugelassen.⁷⁰ Die Abteilung Tierarzneimittel von Swissmedic ist dafür verantwortlich, dass jedes Tierarzneimittel in eine der Abgabekategorien A-E eingeteilt wird.⁷¹ Für diese Einteilung stellt Swissmedic - im Gegensatz zu Humanarzneimitteln - auf drei verschiedene Gefahrenpotenziale ab: Erstens das Gefahrenpotenzial für das Tier selber, zweitens dasjenige für die Anwender/innen (z.B. für die Anwender/innen, die dem Tier eine für Menschen schädliche Salbe auftragen) und drittens (bei Nutztieren) das Gefährdungspotenzial für die Konsumenten/innen. Bei der vorzunehmenden Prüfung und Einteilung wird Swissmedic von der Expertengruppe Tierarzneimittel ("V-Med") beraten, welche sich aus ca. fünf bis sechs vom Institutsrat gewählten Experten (in der Regel Tierärzte/innen) zusammensetzt. Je nach potenziellem Gefährdungsgrad

⁶⁸ Vgl. die entsprechenden, von den Parteien vorgebrachten Rechtfertigungsgründe in Rz. 109.a).

⁶⁹ So BGE 129 II 18, 20 E. 1.2 m.Hw.

⁷⁰ Zur Abgabekompetenz von Drogisten/innen sowie weiterer Personen vgl. Art. 25 HMG sowie oben Fn. 10 und 20 sowie Rz. 38 und 75.

⁷¹ Vgl. schon oben Rz. 4.

für Mensch und Tier darf ein Tierarzneimittel nur von Tierärzten/innen beziehungsweise Apothekern/innen mit tierärztlichem Rezept (Kategorien A und B) oder ohne tierärztliches Rezept (Kategorie C) oder auch von Drogisten/innen (Kategorie D) oder sogar frei (Kategorie E) abgegeben werden.

128. Das BAG weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass für die Frage des öffentlichen Interesses die durch das Heilmittelrecht festgelegten Vorgaben eingehalten werden müssen. Es könne nicht den Herstellern, Grossisten und Tierärzten/innen überlassen werden, im vorliegenden Fall das öffentliche Interesse in ihrem Sinn zu interpretieren und gemäss ihrem Dafürhalten über die Vorgaben hinauszugehen, indem zum Beispiel Grossisten für die Belieferung von Apotheken Rezepte sogar für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel verlangen. Die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses sei Aufgabe des Gesetz- und Verordnungsgebers. Das HMG und die entsprechenden Ausführungserlasse seien für den Schutz der Patienten und die Sicherheit der Heilmittel zuständig. Einschränkungen bezüglich der Abgabeberechtigung für risikoreichere Arzneimittel seien in den einschlägigen Rechtserlassen vorgesehen und würden dem Interesse der öffentlichen Gesundheit genügend Rechnung tragen.

129. In diesem Sinne hatte die Kartellkommission bereits im Jahr 1975 in einem Entscheid festgehalten, dass es Aufgabe der zuständigen Behörden ist, "Bestimmungen zum Schutze der öffentlichen Gesundheit aufzustellen und über deren Einhaltung zu wachen. Dies ist nicht Aufgabe einer kartellistischen Vereinbarung". Falls Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, Tierärzte/innen sowie Experten der Ansicht sind, dass die Vorschriften des öffentlichen Rechts beziehungsweise deren Handhabung durch die verantwortlichen Behörden ungenügend seien, so liegt es an ihnen, "bei den zuständigen Behörden deren Verschärfung zu verlangen".⁷² In einem späteren Entscheid hat die Weko sodann explizit festgehalten, dass die Wahrung gesundheitspolitischer Interessen - selbst wenn sie zugleich einen volkswirtschaftlich positiven Nebeneffekt entfaltet - nicht dazu führt, dass damit Effizienzgründe im Sinne des Kartellgesetzes vorliegen.⁷³ Weil auch die hier diskutierte Problematik Bereiche der öffentlichen Gesundheit betrifft (Schutz der Anwender/innen, Konsumenten/innen, Tiere und der Umwelt), ist sie - wie bereits gesagt - entgegen der Ansicht von Herstellern und Grossisten (vgl. oben Rz. 109.a) nicht im Rahmen der ökonomischen Effizienzgründe von den Wettbewerbsbehörden, sondern gegebenenfalls im Rahmen von Artikel 8 KG vom Bundesrat zu beurteilen.

⁷² VKK 1975, S. 287, 307 f.

⁷³ RPW 2000/3, S. 392, Rz. 191.

130. Nur um Missverständnissen vorzubeugen, ist abschliessend festzuhalten, dass Hersteller und Grossisten neben den Wettbewerbsregeln auch andere gesetzliche Vorschriften wie zum Beispiel gesundheitspolizeiliche und arzneimittelspezifische Normen einzuhalten haben. Die allgemeine Sorgfaltspflicht nach Artikel 3 HMG und Artikel 9 AMBV dürfte insbesondere bedeuten, dass der Händler, welcher im konkreten Einzelfall Missbräuche kennt oder vermutet und trotzdem die entsprechenden Apotheken beziehungsweise Tierärzte/Tierärztinnen mit Tierarzneimitteln beliefert, eine Verletzung der ihm obliegenden Sorgfaltspflichten begeht, was sogar strafrechtliche Sanktionen (Art. 86 Abs. 1 Bst. b HMG) nach sich ziehen könnte. In solchen und vergleichbaren Fällen, in denen gesetzliche Regelungen dem betreffenden Hersteller/Grossisten eines Medikaments für den Einzelfall den Vertrieb an bestimmte Apotheken beziehungsweise Tierärzte/Tierärztinnen untersagen, verlangen selbstverständlich auch die Wettbewerbsbehörden keine Belieferung.

B.3.3.2.1.c Argument der Verbesserung der Produkte sowie der Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten

131. Die Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln führt zu einem Ausschluss der Apotheken vom Vertrieb der Tierarzneimittel. Gemäss den Angaben der Hersteller und Grossisten sowie der Tierärzte/innen und gemäss dem erstellten Gutachten sind die Apotheker/innen im Gegensatz zu den Tierärzten/innen aufgrund ihrer Aus-, Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht in der Lage, rezeptpflichtige und -freie Tierarzneimittel abzugeben, was sich letztlich auch negativ auf die Herstellungs- und Vertriebskosten auswirken könne. Dennoch können auch die beiden diesbezüglichen, von den von Herstellern und Grossisten geltend gemachten Rechtfertigungsgründe⁷⁴ *nicht* als ökonomische Effizienzgründe im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG anerkannt werden:

132. Allgemein ist vorzuschicken, dass eine Rechtfertigung im Sinne des Kartellgesetzes nicht einfach darin gesehen werden dürfte, dass die den Wettbewerb beschränkende Hersteller und Grossisten möglicherweise Kosten einsparen können. Denn durch Absprachen können auch Kartellrenten entstehen. Der Kostenersparnis von Absprachen kann damit ein Wohlfahrtsverlust gegenüberstehen. Bei den Rechtfertigungsgründen sind Effizienzgewinne und -verluste zu betrachten.⁷⁵

⁷⁴ Vgl. oben Rz. 109.b) und 109.c).

⁷⁵ Vgl. Rz. 113; dazu auch WALTER A. STOFFEL, Erste Erfahrungen im Bereich der Wettbewerbsabreden, in: Das neue Kartellgesetz (CHR. J. MEIER-SCHATZ [Hrsg.]), Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 75 ff., insb. 104: "Kosteneinsparungen bzw. Gewinnsteigerung sind der Antrieb jeder Wettbewerbsbeschränkung. Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz bedeuten nicht Kostenvorteil für den Behinderer, sondern gesamtwirtschaftlich bessere Allokation der Produktionsfaktoren".

Zudem wurde bereits oben in Randziffer 57 darauf hingewiesen, dass im vorliegenden Fall die Einheitlichkeit des Lieferboykotts anstelle einer unternehmens- und produktspezifischen Risikobeurteilung weniger für eine ökonomische Rechtfertigung im Sinne des Kartellgesetzes als für eine abgestimmte Verhaltensweise spricht.

133. Zwar kann eine *Verbesserung des Vertriebes* grundsätzlich vom Tatbestandsmerkmal "Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren" erfasst werden.⁷⁶ Darunter fallen insbesondere Abreden über die Verpflichtung zur fachkundigen Beratung der Kundschaft, welche etwa die Benutzungsmöglichkeiten eines Produktes und so auch dessen Qualität verbessern.⁷⁷ Damit sind auch Abreden, welche mit Ausschliesslichkeiten im Vertrieb verbunden sind, unter dieses Tatbestandsmerkmal zu subsumieren.

134. Wie bereits dargelegt wurde, lässt die schweizerische Rechtsordnung Apotheker/innen allgemein zur Abgabe von Tierarzneimitteln zu. Die zuständige Behörde (Swissmedic) entscheidet sodann auf Antrag des Herstellers sowie einer Kommission von unabhängigen Fachleuten für jedes einzelne Präparat, ob es von den Apothekern/innen nur gegen Vorlage eines Rezepts oder aber frei abgegeben werden darf. Obwohl es bei einzelnen Wirkstoffen gewisse tierspezifische Aspekte zu beachten gibt, darf sich ein Kunde, der ein Tierarzneimittel in der Apotheke kaufen will, darauf verlassen, dass jene Apotheker/innen, die sich entscheiden, ihrer Kundschaft Tierarzneimittel anzubieten, sich ausreichende Kenntnisse über Tierarzneimittel und deren Wirksamkeit angeeignet haben. Haben Apotheker/innen dieses Wissen noch nicht, so sind sie verpflichtet, sich entweder das Wissen - zum Beispiel mittels der jedem Tierarzneimittel beigelegten Arzneimittelinformation⁷⁸ oder mit Hilfe des Tierarzneimittelkompendiums - selber zu beschaffen oder ansonsten die Kundschaft an eine andere Apotheke beziehungsweise an einen/eine Tierarzt/Tierärztin zu verweisen. Handeln Apotheker/innen anders, so verstossen sie gegen die beruflichen Sorgfaltsvorschriften sowie gegen die Pflicht, ihren Beruf *lege artis* auszuüben. Ein solches sorgfaltswidriges Verhalten von Apothekern/innen ist jedoch keinesfalls ein tierarzneimittelspezifisches Problem, sondern kann ebenso bei Humanarzneimitteln vorkommen.

⁷⁶ ZÄCH (zit. in Fn. 27), Rz. 288 ff.

⁷⁷ Botschaft (zit. in Fn. 30), S. 92.

⁷⁸ Die Zulassungsverfügung von Swissmedic für ein Tierarzneimittel setzt einen Packungsbeilagezettel ("Arzneimittelinformation") voraus, welche bei rezeptpflichtigen Tierarzneimitteln in der Fachsprache, bei nicht rezeptpflichtigen Tierarzneimitteln laienverständlich abgefasst ist und welche in jedem Fall sämtliche notwendigen Warnhinweise enthalten muss.

Zudem ist zu beachten, dass einerseits bei den Präparaten der Kategorien C bis E das Gefährdungspotenzial für Mensch und Tier geringer ist und dass andererseits bei den "gefährlicheren" Tierarzneimitteln der Kategorien A und B die Apotheker/innen sowieso nur zur Abgabe berechtigt sind, wenn der/die Kunde/in das Rezept eines/r Tierarztes/Tierärztin vorweisen kann.⁷⁹ Schliesslich ist auch das Argument der Rezeptvalidierung zu relativieren: Probleme ergeben sich dann, wenn die doppelte Kontrolle (4-Augen-Prinzip) versagt, wenn also ein/e Tierarzt/Tierärztin ein unzutreffendes Rezept ausstellt und zudem der/die Apotheker/in das unzutreffend verschriebene Medikament abgibt. Doch nach dem von den Herstellern und Grossisten bisher praktizierten Vertrieb nur über Tierärzte/innen ist a priori nicht einmal ein doppelter Kontrollmechanismus vorgesehen, da es sich dabei "nur" um ein 2-Augen-Prinzip handelt: Tierärzte/innen, die ein unzutreffendes Rezept ausstellen, können ebenso selbstdispensierend ein unzutreffendes Medikament abgeben, ohne dass jedoch diesfalls eine "Kontrollinstanz" (insb. Apotheker/innen) die Abgabe "validieren" könnte.

135. Für die hier interessierende Frage der wettbewerbsrechtlichen Rechtfertigungsgründe ist somit massgebend, ob eine allfällige Pflichtverletzung bei der Abgabe von Tierarzneimitteln in der Verantwortung der abgebenden Apotheker/innen (oder Tierärzte/innen) liegt: Sofern keine Pflichtverletzung auf Seiten des Herstellers beziehungsweise Grossisten vorliegt,⁸⁰ haften ausschliesslich die Apotheker/innen (oder Tierärzte/innen) für die sorgfaltswidrige Abgabe des Tierarzneimittels. Mit anderen Worten trifft den Hersteller beziehungsweise Grossist kein grösseres Haftungsrisiko (bzw. verteuert sich seine Haftpflichtversicherung nicht), wenn er seine Tierarzneimittel auch über Apotheken vertreibt. Das Haftungsrisiko für die fehlerhafte Abgabe von Tierarzneimitteln ist auf der Ebene der die Tierarzneimittel abgebenden Detailhandelsstufen, das heisst bei den Tierärzten/innen und Apothekern/innen, anzusiedeln. Damit haben die Apotheker/innen ebenso wie die Tierärzte/innen einen grossen Anreiz, Tierarzneimittel fehlerfrei abzugeben beziehungsweise eine qualitativ hoch stehende Dienstleistung anzubieten. Zusammenfassend ist somit nicht einzusehen, inwiefern die Wettbewerbsabrede zur Verbesserung des Vertriebs von Tierarzneimitteln beitragen könnte.

⁷⁹ Wenn der/die Tierarzt/Tierärztin das Tierarzneimittel verschreibt, kann er/sie bei dieser Gelegenheit dem/der Tierhalter/Tierhalterin bereits die notwendigen Anweisungen und Instruktionen geben, auch wenn die das Arzneimittel abgebende Apotheke das Rezept nochmals kontrolliert (so die Stellungnahme des BAG vom 27.8.2004).

⁸⁰ Für Fehler wie z.B. fehlerhafte Informationen auf dem Packungsbeilagezettel, eine falsche Zusammensetzung oder eine falsche Beschriftung des Medikaments etc. haftet der Hersteller unabhängig davon, ob Tierärzte/innen oder Apotheker/innen das Medikament abgegeben haben.

136. Unter die Abreden, welche zu einer *Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten* führen können, fallen insbesondere Ausschliesslichkeitsvereinbarungen.⁸¹ Selektive Vertriebssysteme können einen besseren Kundendienst gewährleisten und zur Verbesserung der Produkte beitragen. Unter Vertriebskosten fallen insbesondere Betreuungskosten (Kosten der Beratung und Schulung).

137. Hier gilt es vorzuschicken, dass von den Herstellern und Grossisten nicht verlangt wird, dass sie sämtliche Apotheken in der Schweiz aktiv als Vertriebskanal anwerben. Wirksamer Wettbewerb erfordert nur, dass diejenigen Apotheken, die Tierarzneimittel abgeben wollen, auch beliefert werden.

138. Insofern einzelne Apotheker/innen nicht über die erforderlichen fach- und branchenspezifischen Kenntnisse für den Vertrieb von Tierarzneimitteln verfügen, wie es die beiden Experten betonen, mag zwar ein Bedarf nach Beratung und Schulung bestehen; diese müssen jedoch weder unbedingt durch die Hersteller und Grossisten erbracht werden, noch müssen sie für die Apotheker/innen kostenlos sein: Wie bereits festgehalten, liegt es in der Verantwortung der abgebenden Person, ob sie in der Lage ist, das Tierarzneimittel *lege artis* abzugeben. Dieses Haftungsrisiko obliegt nicht den Herstellern beziehungsweise Grossisten (vgl. Rz. 135). Fehlen gewissen Apothekern/innen die erforderlichen fach- und branchenspezifischen Kenntnisse für die Abgabe von Tierarzneimitteln, so ist es an ihnen, sich darum zu kümmern. Ob sie sich zum Beispiel von den Herstellern und Grossisten (kostenlos oder gegen Entschädigung) beraten und schulen lassen oder ob sie ihr Wissen in Kursen, an Seminaren, Tagungen, Weiterbildungen (z.B. von Universitäten oder vom SAV bzw. kantonalen Apothekerverbänden organisiert) erwerben, ist für die Hersteller und Grossisten letztlich nicht massgebend, da sie keine Pflicht zur unentgeltlichen Ausbildung trifft.

139. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diejenigen Ausbildungskosten, welche den Rahmen einer üblichen Beratungs/Schulungstätigkeit sowie Marktbearbeitung durch den Hersteller/Grossisten sprengen, von den Apotheker/innen selber und nicht etwa von den Herstellern und Grossisten getragen werden. Denn die Apotheker/innen tragen die Verantwortung für die pflichtgemässe Abgabe von Tierarzneimitteln selber. Somit würden sich die Ausbildungs- und Vertriebskosten der Hersteller und Grossisten nicht erhöhen.⁸² Ob die Apotheker/innen die Kosten ihrer Zusatzausbildung in der Praxis auf ihre Kundschaft

⁸¹ ZÄCH (zit. in Fn. 27), Rz. 87.

⁸² Auf diesen Umstand weist auch der SAV in seiner Stellungnahme hin.

überwälzen können oder ob sie dann gegenüber den Tierärzten/innen nicht mehr wettbewerbsfähig wären, kann hier offen gelassen werden, da diese Frage die Hersteller und Grossisten nicht betrifft. Der Boykott der Apotheken durch die Hersteller und Grossisten führt somit weder zu einer Minimierung der Kosten noch steigert er die Effizienz.

140. Da die Wettbewerbsabrede im relevanten Markt weder zur Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten noch zur Verbesserung der Produkte beiträgt, ist sie *nicht durch Gründe der ökonomischen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG gerechtfertigt*.

141. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG zusätzlich zur Bejahung eines Effizienzgrundes verlangt, dass die Wettbewerbsabrede notwendig ist. Sie muss also zur Erreichung des Effizienzziels geeignet sein (Geeignetheit), zur Erreichung des Effizienzziels darf kein weniger wettbewerbsbeschränkendes Instrument verfügbar sein (Erforderlichkeit) und der Wettbewerb darf im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig beschränkt werden (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).⁸³

142. Weil im vorliegenden Fall die in Frage gestellte Ausbildung und Qualifikation der Apotheker/innen nicht als ökonomischer Effizienzgrund anerkannt wird, kann offen bleiben, ob der praktisch umfassende Boykott der Apotheken bezüglich allen Tierarzneimitteln für die Hersteller und Grossisten überhaupt notwendig wäre.

B.3.3.2.2 Höhere Lieferkosten

143. Die in Randziffer 111 von einigen Herstellern und Grossisten genannten höheren Vertriebskosten in Form von relativ höheren Lieferkosten wie Versand- und Portokosten oder Kosten für Inkasso und allfällig höhere Endpreise von Tierarzneimitteln aufgrund der geringeren Bezugsmengen von Apotheken genügen im vorliegenden Fall dieser marktumfassenden Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten nicht als ein Effizienzgrund gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG. Zum einen kann angenommen werden, dass diese allfällig höheren Versand- und Portokosten oder Kosten für Inkasso auf Apotheken überwältigt werden könnten, da die Apotheken offensichtlich über eine schwache Marktstellung verfügen. Zum anderen ist denkbar, dass die Apotheken grössere oder mit Tierärzten/innen vergleichbare Mengen beziehen würden (etwa durch den gemeinsamen Einkauf mehrerer Apotheken). Im Weiteren rechnet eine Reihe von Unternehmen nicht mit höheren Kosten sondern höheren Gewinnmöglichkeiten: Dabei

⁸³ Vgl. ZÄCH (zit. in Fn. 27), Rz. 294, und FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (E. HOMBURGER et al. [Hrsg.]), Zürich 1997, Art. 5 Rz. 97.

handelt es sich vor allem um kleinere Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, welche Nischenprodukte herstellen oder vertreiben (wie beispielsweise Mittel gegen Parasiten) oder welche ihre Tierarzneimittel ausschliesslich an einen Grossisten oder etwa Zoohandlungen verkaufen.

144. Mangels Vorliegens eines ökonomischen Rechtfertigungsgrundes erübrigt sich eine Prüfung der Notwendigkeit (d.h. der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit) der Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.3.2.3 Mehrfacher Gang für den Bezug von Tierarzneimitteln

145. Der mehrfache Gang für den Bezug von Tierarzneimitteln stellt keinen Effizienzgrund im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG dar. Die Frage des mehrfachen Ganges der Tierhalter/innen zu den Tierärzten/innen sowie den Apotheken stellt sich grundsätzlich bei rezeptpflichtigen Tierarzneimitteln, da hierbei für den Bezug eines Tierarzneimittels ein Rezept eines/r Tierarztes/Tierärztin nötig ist (Rz. 3, 93 und 110). Bei rezeptfreien Tierarzneimitteln ist hingegen denkbar, dass die Tierhalter/innen direkt eine Apotheke aufsuchen, sofern sie sich in der Apotheke beraten lassen wollen oder bereits wissen, dass sie ein rezeptfreies Tierarzneimittel oder welches rezeptfreie Tierarzneimittel sie benötigen.

146. Als problematisch muss die Praxis derjenigen Hersteller und Grossisten bezeichnet werden, welche bei Tierarzneimittelbestellungen - sogar bei rezeptfreien Medikamenten - von den Apotheken ein Rezept verlangen:⁸⁴ Durch diese Schikane werden die Tierhalter/innen faktisch doch gezwungen, selbst für rezeptfreie Tierarzneimittel in einem ersten Schritt den/die Tierarzt/Tierärztin zwecks Erhalt eines (laut Gesetz nicht erforderlichen) Rezepts aufzusuchen und in einem zweiten Schritt der Apotheke das Rezept zu geben, um erst dann in einem dritten Schritt nach erfolgter Bestellung durch die Apotheke bei den Herstellern und Grossisten zu einem späteren Zeitpunkt das Tierarzneimittel beziehen zu können ("dreifacher Gang"). Dieses Verhalten der Hersteller und Grossisten, welches die Wettbewerbsfähigkeit der Apotheken gegenüber den Tierärzten/innen auf unsachliche Weise vermindert und dadurch ähnliche Wirkungen erzielen kann wie eine Lieferverweigerung, ist wettbewerbsschädlich und nicht gerechtfertigt.

⁸⁴ Vgl. dazu schon oben Fn. 40 und Rz. 93.

147. Ob die Tierhalter/innen den - nur bei rezeptpflichtigen Tierarzneimitteln angezeigten - "doppelten Gang" zunächst (einmal) zum/zur Tierarzt/Tierärztin und dann (einmal) zur Apotheke dem Direktbezug bei den Tierärzten/innen vorziehen, hängt von mehreren Faktoren ab, insbesondere von den Preisen, zu welchen die Apotheken die Tierarzneimittel verkaufen werden, von den Kosten, welche den Tierhaltern/innen durch den mehrfachen Gang entstehen und davon, ob die Tierärzte/innen beziehungsweise Apotheken die entsprechenden Tierarzneimittel auf Lager haben. Je tiefer etwa - unter sonst gleich bleibenden Umständen - die Preise identischer Tierarzneimittel bei Apotheken gegenüber Preisen bei Tierärzten/innen sind, desto eher wird sich ein doppelter oder gar mehrfacher Gang für den Bezug eines Tierarzneimittels lohnen. Die Tierhalter/innen müssen beziehungsweise dürfen nach Abwägung der Vor- und Nachteile selbst entscheiden, ob sie Tierarzneimittel beim/bei der Tierarzt/Tierärztin oder bei einer Apotheke beziehen wollen.

148. Zusammenfassend stellt der von autonom entscheidenden Tierhaltern/innen freiwillig gewählte mehrfache Gang keinesfalls einen ökonomischen Rechtfertigungsgrund für die Hersteller und Grossisten für die Nicht-Belieferung der Apotheken mit Tierarzneimitteln dar, weshalb sich auch hier die Prüfung der Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung erübrigt.

B.3.4 Ergebnis

149. Die Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln über den Vertrieb von Tierarzneimitteln bewirkt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG, die sich nicht gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG rechtfertigen lässt. Die Wettbewerbsabrede der Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln ist daher nach Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässig und darf nicht mehr praktiziert werden.

B.3.5 Einvernehmliche Regelung

150. Wie erwähnt (vgl. Rz. 25 ff.), erklärten sich im Schlussstadium des Verfahrens diejenigen Hersteller und Grossisten, die an der Wettbewerbsabrede teilgenommen haben (Rz. 61), das heisst acht vom SVVF vertretene sowie vier weitere Parteien, zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bereit. Die im Juni beziehungsweise Juli 2004 unterzeichneten einvernehmlichen Regelungen zwischen diesen Parteien und dem Sekretariat haben folgenden identischen Wortlaut:

Einvernehmliche Regelung

zwischen

[Namen der Parteien]

sowie dem

Sekretariat der Wettbewerbskommission

Monbijoustr. 43, 3003 Bern

Vertrieb von Tierarzneimitteln

Vorbemerkung

Im Interesse einer raschen und einvernehmlichen Erledigung des Untersuchungsverfahrens schliessen die Parteien die nachfolgende Vereinbarung im Sinne einer einvernehmlichen Regelung gemäss Artikel 29 KG. Mit der Unterzeichnung dieser Regelung anerkennen [Namen der Parteien] nicht, gegen das Kartellgesetz verstossen zu haben.

Einvernehmliche Regelung

Die [Namen der Parteien] verpflichten sich, die von ihnen hergestellten und/oder vertriebenen Tierarzneimittel auf Bestellung und ohne vorgängige Vorlage von Rezepten an Schweizer Apotheken zu liefern, die gesetzlich zur Abgabe von Tierarzneimitteln befugt sind.

[Unterschriften der Parteien und des Sekretariats]

151. Mit der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehenen Massnahme verzichten die daran beteiligten Parteien verbindlich und uneingeschränkt auf eine weitere Ausübung jenes Verhaltens, das die Weko als unzulässig betrachtete und somit letztlich mittels Verfügung festgestellt und verboten hätte.

B.4 Wettbewerbsabrede zwischen den Tierärzten/innen über den Vertrieb von Tierarzneimitteln

B.4.1 Wettbewerbsabrede

152. Wie bereits in Randziffer 44 f. ausgeführt, gelten als Wettbewerbsabreden 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).

153. Auf Stufe der Tierärzte/innen sind verschiedene Wettbewerbsabreden denkbar: Die Tierärzte/innen könnten zum Beispiel diejenigen Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln boykottieren, welche auch Apotheken beliefern (vgl. dazu unten Rz. 155 f.). Die Tierärzte/innen könnten eine Abrede über die Verkaufspreise der Tierarzneimittel treffen, zum Beispiel eine fixe Marge (dazu unten Rz. 165). Der

SAV wirft den Tierärzten/innen sodann vor, sie hätten sich verabredet, die Apotheken und Drogerien nicht mit Waren zu beliefern (dazu unten Rz. 164); weiter bestehe eine Abrede unter den Tierärzten/innen zur Rezeptverweigerung, um die Zusammenarbeit mit den Apotheken auf ein Minimum zu beschränken (dazu unten Rz. 157 ff.).

154. Der Exklusivvertrag zwischen dem VTG/SVVF und der GST, welcher den Vertrieb von Tierarzneimitteln bis 1993 regelte, sah vor, dass die Tierärzte/innen sich verpflichteten, jene Tierarzneimittel zu bevorzugen, welche die Mitglieder des VTG/SVVF herstellen oder vertreiben, während die Mitglieder des VTG/SVVF Tierarzneimittel nicht an Apotheken liefern (vgl. Rz. 2). Dieser Vertrag wäre wohl als eine Vereinbarung gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG anzusehen gewesen. Da dieser Exklusivvertrag nicht mehr existiert, muss geprüft werden, inwiefern er noch Auswirkungen auf dem Markt zeitigt beziehungsweise ob die Verhaltensweise der Tierärzte/innen eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise darstellt (vgl. Rz. 44 ff.).

155. Die Mehrheit (rund 70%) der befragten Tierärzte/innen hatte keine Kenntnis vom ehemaligen Exklusivvertrag zwischen der GST und dem VTG/ SVVF (jene Hersteller und Vertreiber von Tierarzneimitteln, die vom Exklusivvertrag Kenntnis hatten, wiesen zusammen schätzungsweise 60%-70% Marktanteil auf, vgl. Rz. 50). Dazu gehören insbesondere jüngere Tierärzte/innen, die erst nach 1993 als Tierärzte/innen zu arbeiten begannen. Rund 20% der Tierärzte/innen kannten den ehemaligen Exklusivvertrag und hielten diesen immer oder meistens ein. Etwa 3% der Tierärzte/innen, welche über den Exklusivvertrag Bescheid wussten, hielten den Vertrag nur manchmal oder nie ein. Ein grosser Teil der Tierärzte/innen verneint die Existenz anderer Abmachungen oder Empfehlungen irgendwelcher Art zwischen den Tierärzten/innen oder zwischen Tierärzten/innen und Herstellern/Grossisten von Tierarzneimitteln, die zum Ziel haben, dass Tierarzneimittel weitgehend über Tierärzte/innen verkauft werden oder dass Apotheken keine oder wenige Tierarzneimittel verkaufen können. Lediglich zwei Tierärzte sind der Auffassung, dass derzeit solche Abmachungen bestehen. Ungefähr 66% der Tierärzte/innen geben in diesem Zusammenhang an, keine solchen Abmachungen zu kennen. Aufgrund der Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung ist jedoch kaum nachzuweisen, dass heute explizite Abmachungen oder abgestimmte Verhaltensweisen zwischen den Tierärzten/innen oder zwischen Tierärzten/innen und Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln existieren, die zur Folge haben, dass Apotheken keine Tierarzneimittel abgeben können. Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Tierärzte/innen im (erweiterten) Sinne des ehemaligen Exklusivvertrages die Hersteller und Grossisten, welche nicht Mitglied des SVVF/VTG sind oder welche Apotheken grundsätzlich beliefern, beim Einkauf von Tierarzneimitteln benachteiligen oder gar boykottieren würden.

156. Vorauszuschicken ist, dass für den Vertrieb von Tierarzneimitteln an die "Detailhändler" (abgebende Apotheken und Tierärzte/innen) die Hersteller und Grossisten verantwortlich sind und nicht die Tierärzte/innen (vgl. Rz. 135). Es stellt sich somit nur die Frage, ob die Tierärzte/innen das Vertriebsverhalten der Hersteller und Grossisten massgeblich beeinflussen können. Dabei ist von zentraler Bedeutung, dass die Tierärzte/innen die Hersteller und Grossisten nicht oder nur in einem vernachlässigbaren Ausmass sanktionieren könnten, falls diese Tierarzneimittel gegen den Willen der Tierärzte/innen an Apotheken verkaufen würden. Die Tierärzteschaft erscheint als zu heterogen und die Einigkeit unter den Tierärzten/innen als zu gering, als dass eine solche einheitliche Aktion in spürbarem Ausmass organisiert und unterstützt werden könnte. Der Verband der Tierärzteschaft, die GST, scheint derzeit ebenfalls zu wenig Durchsetzungskraft aufzuweisen,⁸⁵ um eine solche Operation durchführen und -setzen zu können. Auf individueller Ebene oder in kleineren Gruppen könnten Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln zwar gemieden werden, was zu einem Umsatzrückgang bei den Herstellern und Grossisten führen könnte. Dieses Drohpotenzial der Tierärzte/innen dürfte jedoch als gering eingestuft werden. Es erstaunt somit nicht, dass in der Untersuchung kein einziger Hersteller oder Grossist seinen Lieferboykott gegenüber den Apotheken mit dem Argument zu begründen versuchte, bei der Belieferung von Apotheken wäre er selber mit Boykott-Drohungen von Tierärzten/innen konfrontiert. Auch diejenigen Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln, die Apotheken entgegen dem ehemaligen Exklusivvertrag beliefert haben, machen keine Benachteiligung durch Tierärzte/innen geltend. Selbst wenn einzelne solche Sanktionsdrohungen der Tierärzte/innen gegenüber den Herstellern/Grossisten bestehen sollten, würde von ihnen kaum eine die Hersteller/Grossisten beeinflussende Wirkung ausgehen. Somit könnten die Tierärzte/innen kaum eine Destabilisierung der Verhaltensweise der Hersteller und Grossisten bewirken.

157. Während ein kleiner Teil der Tierärzte/innen den Verkauf von Tierarzneimitteln durch Apotheken befürwortet, ist die überwiegende Mehrheit (rund 72%) dagegen. Annäherungsweise 20% der Tierärzte/innen befürworteten die Abgabe durch Apotheken nur unter bestimmten Voraussetzungen, etwa bei besserer Ausbildung der Apotheker/innen oder etwa nur für bestimmte Kategorien der Tierarzneimittel.

⁸⁵ Dies etwa im Gegensatz zur "Vereinigung der selbstdispensierenden Ärzte der Schweiz" ("Ärzte mit Patientenapotheke" APA).

158. Die Tierärzte/innen verkaufen die Tierarzneimittel - unabhängig vom ehemaligen Exklusivvertrag und ohne explizite Abreden - faktisch beinahe ausschliesslich selber und schliessen die Apotheken weitgehend vom Verkauf von Tierarzneimitteln aus: Die Tierärzte/innen beschränken sich bei der Selbstdispensation grundsätzlich nicht auf die Erstabgabe, sondern geben im Laufe einer Behandlung wiederholt Tierarzneimittel an die Tierhalter/innen ab; vom Ausstellen eines Rezepts beziehungsweise von der Verweisung der Tierhalter/innen an eine Apotheke sehen sie meist ab. Die deutliche Mehrheit (ca. 69%) der Tierärzte/innen verkauft ihre Tierarzneimittel selber: Sie verweist die Tierhalter/innen für den Kauf von Tierarzneimitteln nie oder selten (d.h. bei bis 2% aller pro Jahr verkauften Tierarzneimittel) an eine Apotheke. Einige Tierärzte/innen (um die 16%) verweisen die Tierhalter/innen in rund 5% oder in mehr als 5% aller Tierarzneimittelverkäufe an Apotheken. Dabei werden die Tierhalter/innen in der Regel für den Bezug von homöopathischen Produkten, Humanarzneimitteln oder für nicht an Lager gehaltene Produkte (z.B. sehr teure oder seltene Produkte) an die Apotheken weiterverwiesen. Das Ausmass an Verweisungen von Tierhaltern/innen an Apotheken für den Bezug von Tierarzneimitteln ist folglich gering.

159. Ein analoges Bild ergibt sich bei der Betrachtung der allgemeinen Zusammenarbeit zwischen Tierärzten/innen und Apothekern/innen: ca. 32% der Tierärzte/innen suchen die Zusammenarbeit mit Apotheken nie. Etwa die Hälfte der Tierärzte/innen arbeitet zwar gelegentlich mit Apothekern/innen zusammen, aber nur in sehr kleinem Umfang. Diese Zusammenarbeit erstreckt sich hauptsächlich auf die Zubereitung von bestimmten Tierarzneimitteln, auf den Bezug von Flohbekämpfungsmitteln und homöopathischen Produkten, die Bestellung und den Bezug von speziellen Tierarzneimitteln (etwa für nicht an Lager gehaltene Produkte) oder von Humanarzneimitteln.

160. Dabei ist zu bedenken, dass der Erlös aus dem Verkauf von Tierarzneimitteln einen wesentlichen Teil des Einkommens der Tierärzte/innen darstellt: Der Verkauf von Tierarzneimitteln macht bei einem Drittel der Tierärzte/innen bis 20% des jährlichen Einkommens aus, und bei etwa 45% beträgt dieser Anteil am jährlichen Einkommen zwischen 20%-40%. 4% der Tierärzte/innen verdienen zwischen 40%-50% ihres Einkommens durch den Verkauf von Tierarzneimitteln.⁸⁶ Die Tierärzte/innen weisen somit einen geringen Anreiz auf, den Kauf von Tierarzneimitteln in Apotheken zu veranlassen. Vielmehr haben die Tierärzte/innen ein Interesse, die Tierarzneimittel selber zu verkaufen.

⁸⁶ Die restlichen 20% der Tierärzte/innen machten keine in Prozenten auswertbaren Angaben oder wussten es nicht.

161. Insoweit die Tierärzte/innen ihre Kundschaft, das heisst die Tierhalter/innen, für den Kauf der notwendigen Tierarzneimittel nicht an Apotheken verweisen oder ihnen kein Rezept ausstellen,⁸⁷ ist nicht direkt der Markt des Vertriebs von Tierarzneimitteln auf der Stufe Händler/Grossist an Detailhändler (Tierärzte/innen, Apotheker/innen) betroffen, sondern der nachgelagerte Markt der Abgabe von Tierarzneimitteln durch den Detailhandel (Tierärzte/innen, Apotheker/innen) an die Endkunden/innen (Tierhalter/innen).⁸⁸ Dazu das Folgende:

162. Einerseits scheint es nicht naheliegend, dass die Tierärzte/innen effektiv eine Abrede darüber getroffen haben, die Kundschaft (Tierhalter/innen) für den Bezug von Tierarzneimitteln nicht von sich aus an die Konkurrenz (Apotheken) weiterzuleiten, sondern die Medikamente selber abzugeben: Da der Tierarzneimittelverkauf eine wesentliche Einnahmequelle darstellt, bedarf es kaum einer solchen Abrede.

163. Auf der anderen Seite erscheint jedoch der Umstand, dass gewisse Tierärzte/innen ihrer Kundschaft selbst auf deren Verlangen hin die Ausstellung eines Rezepts verweigern, nicht unproblematisch: Denn in diesem Fall nützt es den Apotheken nichts, wenn sie von Herstellern und Grossisten beliefert werden,⁸⁹ da sie die Tierarzneimittel der Kategorien A und B nicht ohne Vorlage eines Rezeptes abgeben dürfen, weshalb die Verweigerung der Rezeptausstellung durch die Tierärzte/innen so letztlich doch nicht nur den Abgabemarkt (Detailhandel) sondern indirekt auch den Vertrieb von Tierarzneimitteln stört. Aufgrund der Tatsache, dass Tierhalter/innen bisher oftmals selbst bei Vorlage eines Rezeptes die Tierarzneimittel nicht in einer Apotheke beziehen konnten, da die Apotheken von den Herstellern und Grossisten nicht beliefert wurden, sowie aufgrund der Aktenlage ist im vorliegenden Verfahren keine Feststellung einer diesbezüglichen Wettbewerbsabrede der Tierärzte/innen angezeigt. Dennoch kann festgehalten werden, dass ein allfälliges Praktizieren einer (abgestimmten) Rezeptverweigerung durch die Tierärzte/innen - sowohl aus wettbe-

⁸⁷ Vgl. die diesbezüglichen Vorwürfe des SAV.

⁸⁸ Aus diesem sowie den im Text folgenden Gründen wird - entgegen den Anträgen 2a, 2b und 2c des SAV in der Stellungnahme vom 27.8.2004 - im vorliegenden Verfahren ("Vertrieb von Tierarzneimitteln") nicht im Dispositiv festgestellt, dass die Verweigerung einer Rezeptausstellung eine unzulässige Behinderung des Wettbewerbs darstelle und dass die Tierärzte zu verpflichten seien, Tierhaltern auf Wunsch oder spontan ein Rezept auszustellen. Umgekehrt heisst die Nicht-Feststellung im vorliegenden Dispositiv jedoch nicht, dass die Rezeptverweigerung ein wettbewerbsrechtlich zulässiges Verhalten darstelle.

⁸⁹ Zum wettbewerbswidrigen Verhalten einiger Hersteller und Grossisten, den Apotheken Tierarzneimittel (sogar rezeptfreie Produkte) nur gegen Vorlage eines Rezepts zu liefern, vgl. oben Fn. 40 sowie Rz. 93 und 146.

werbs- als auch aus vertragsrechtlicher (Auftragsrecht) Sicht - problematisch sein dürfte.⁹⁰

164. Weiter beschwert sich der SAV, dass die Tierärzte/innen die Apotheken kaum mit Tierarzneimitteln beliefern.⁹¹ Hier ist zu wiederholen, dass die Tierärzte/innen bezüglich Abgabe/Verkauf von Tierarzneimitteln an Tierhalter/innen auf derselben Marktstufe (Detailhandel) stehen wie die Apotheken, welche somit direkte Konkurrenten sind. Sofern das entsprechende kantonale Recht die Selbstdispensation zulässt, besteht die Aufgabe der Tierärzte/innen darin, die Tierarzneimittel an ihre Kundschaft, das heisst die Tierhalter/innen abzugeben; hingegen gehört es nicht zum Tätigkeitsbereich von Tierärzten/innen, dass sie mit Tierarzneimitteln auf Stufe Detaillist (Gross)Handel betreiben und Tierarzneimittel an ihre Konkurrenz (Apotheken) verkaufen. Die ordentlichen Bezugsquellen von Tierarzneimitteln sind für alle Detailhändler (Apotheken und Tierärzte/innen) ausschliesslich die Hersteller und Grossisten. Somit ist aus ökonomischer Sicht zweifelhaft, ob es Sinn machen würde, wenn die Apotheken die Tierarzneimittel bei ihren Konkurrenten (Tierärzten/innen) auf derselben Marktstufe, welche selber eine Marge darauf legen dürften, beziehen würden. Das vorliegende Verfahren soll sicherstellen, dass der Handel zwischen den Herstellern und Grossisten auf der einen und den Tierärzten/innen und Apothekern/innen auf der anderen Seite gewährleistet ist. Werden die Apotheker/innen zukünftig von den Händlern und Grossisten beliefert, so werden sie kaum mehr ein Interesse daran haben, Tierarzneimittel über Zwischenhändler auf derselben Marktstufe (Tierärzte/innen) zu beziehen.

165. Ein Indiz für eine Wettbewerbsabrede kann hingegen der *geringe Preiswettbewerb* bei denselben Tierarzneimitteln auf Stufe der Tierärzte/innen darstellen (Intrabrand-Wettbewerb):

- a) 81% der Tierärzte/innen befolgen beim Verkauf von Tierarzneimitteln an die Tierhalter/innen in allen Fällen die von den Herstellern und Grossisten empfohlenen Preise oder halten sie in der Regel ein. Die Preise werden von 14% aller Tierärzte/innen nicht oder nicht immer befolgt. Dabei weichen 11% der Tierärzte/innen zwischen 5%-30% von den empfohlenen Preisen ab und 1% um bis zu 50%. Abweichungen von den empfohlenen Preisen durch die Tierärzte/innen erfolgen insbesondere aus folgenden Gründen: Bei Barzahlung, infolge von Mengenrabatten bei Ein- und

⁹⁰ Dies insb. vor dem Hintergrund, dass infolge der vorliegenden Verfügung Apotheken in Zukunft mit Tierarzneimitteln beliefert werden: Die Tierärzte/innen können somit eine Rezeptverweigerung zukünftig nicht mehr mit dem Argument begründen, die Rezeptausstellung sei unnötig, da der Tierhalter/die Tierhalterin das Tierarzneimittel sowieso nicht in der Apotheke bekomme.

⁹¹ Vgl. die diesbezüglichen Vorwürfe des SAV bezüglich fehlender "Querlieferungen".

Verkauf, wegen billigeren Konkurrenzprodukten und Konkurrenten, aufgrund des Verhältnisses von Rezept- und Beratungsaufwand zum Preis (d.h. teure Tierarzneimittel günstiger verkaufen und günstige teurer), infolge von Treuerabatten und Spezialaktionen, bei individuell ausgehandelten beziehungsweise auf die Tierhalter/innen abgestimmten Einzelpreisen (etwa bei Zuchten, bei Ausbildung für Blindenhunde), aus sozialen Gründen (falls Tierhalter/innen sonst die Behandlung nicht zahlen könnten), falls der Preis für ein unentbehrliches Tierarzneimittel zu hoch ist, bei häufig verwendeten Tierarzneimitteln wie etwa Entwurmungskuren etc.

- b) Ein analoges Bild zeigt sich bei der Betrachtung der Bruttomarge der Tierärzte/innen auf den verkauften Tierarzneimitteln (Bruttomarge = Verkaufspreis abzüglich Einkaufspreis). Die GST empfiehlt in den Kalkulationshilfen für Nutztiere für Medikamente, Impfstoffe und Verbandsmaterialien bei einem Verkaufspreis von CHF 3.- und mehr eine Marge von 33 1/3%: Ankaufspreis der Einzelpackung multipliziert mit 1,5 ergibt den von den Tierhaltern/innen zu zahlenden Publikumspreis. Damit beträgt die empfohlene Bruttomarge im Bereich der Nutztiere bei Originalpräparaten in der Regel 50% bezüglich des aufgedruckten Einkaufspreises beziehungsweise 33 1/3% des Verkaufspreises beziehungsweise Publikumspreises. Auch wenn sich die Kalkulationshilfen betreffend Tierarzneimittel auf die Nutztiere beschränken und nur etwa 20% der Tierärzte/innen angeben, die Kalkulationshilfen der GST für die Gestaltung der Tierarzneimittelpreise anzuwenden, sowie rund 40% angeben, diese Kalkulationshilfen nicht zu benutzen, setzt sich de facto die von der GST empfohlene Marge bei allen Tierarzneimitteln durch: Die durchschnittliche Bruttomarge aller verkauften Tierarzneimittel beträgt rund 30%. Diese durchschnittliche Bruttomarge variiert zwischen den Tierärzten/innen. Sie bewegt sich bei:

- 4% der Tierärzte/innen zwischen 0%-20%
- 10% der Tierärzte/innen zwischen 20%-30%
- 60% der Tierärzte/innen zwischen 30%-35% und
- 7% der Tierärzte/innen zwischen 35%-50%⁹²

⁹² Die restlichen 19% der Tierärzte/innen machten keine in Prozent auswertbaren Angaben oder wussten es nicht.

Diese Problematik des geringen Preiswettbewerbs bei Tierarzneimitteln - der auch vom SAV kritisiert wird - ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Aufgrund der vorliegenden Verfügung werden in Zukunft auch Apotheken Tierarzneimittel verkaufen dürfen: Aufgrund des Angebots der Apotheken haben die Tierhalter/innen zukünftig die Wahl, wo sie die Tierarzneimittel beziehen. Die Verschärfung der Konkurrenz und die Belebung des Wettbewerbs könnten dazu führen, dass auch die Tierärzte/innen ihre Margen auf den Tierarzneimitteln gegebenenfalls anpassen. Sollte die Öffnung des Marktes für den Vertrieb von Tierarzneimitteln wider Erwarten nicht auch zu mehr Preiswettbewerb führen, müssten die Tierarzneimittelpreise in einem weiteren, separaten Verfahren von den Wettbewerbsbehörden untersucht werden.

- c) Zudem wechseln Tierhalter/innen nicht oder selten wegen Tierarzneimittelpreisen zwischen Tierärzten/innen. Der Kundenstamm der Tierärzte/innen ist in Bezug auf die Tierarzneimittelpreise als stabil zu betrachten. Vielmehr erfahren die Tierärzte/innen gegenseitige Konkurrenz betreffend Qualität (Kompetenz), Service, Verfügbarkeit und Infrastruktur der Tierärzte/innen. Entsprechend wechseln die Tierhalter/innen zwischen Tierärzten/innen bei Unzufriedenheit mit der Leistung (Qualität) oder den Preisen von tierärztlichen Leistungen. In diesem Sinne erfährt die Mehrheit der Tierärzte/innen im betrachteten Zeitraum (1995-1999) eine zunehmend stärkere Konkurrenz, für einen Teil ist sie gleich geblieben und für eine Tierärztin gesunken. Die Gründe für die zunehmende Konkurrenz liegen etwa in der tendenziell ansteigenden Anzahl von Tierärzten/innen sowie von Tierarztpraxen, dem ansteigenden Kostendruck in der Landwirtschaft und im Bereich der Nutztiere in der abnehmenden Anzahl Nutztiere. Dabei ist die Konkurrenz auf dem Land stärker angestiegen als in der Stadt.

166. Zusammenfassend sind die Tierärzte/innen gegen den Verkauf von Tierarzneimitteln durch Apotheken. Die Tierärzte/innen verkaufen die Tierarzneimittel weitgehend selber und suchen die Zusammenarbeit mit Apotheken praktisch nie, was aber nicht heisst, dass für dieses Verhalten eine Abrede notwendig wäre. Als Grund für ihr Verhalten geben die Tierärzte/innen die ungenügenden Kenntnisse der Apotheker/innen an. Ferner weisen die Tierärzte/innen ein ökonomisches Interesse am Verkauf von Tierarzneimitteln auf, zumal diese einen beträchtlichen Teil ihres Einkommens darstellen. Der Intra-brand-Wettbewerb bei Tierarzneimitteln ist auf Stufe der Tierärzte/innen gering.

B.4.2 Ergebnis

167. Aufgrund der in der vorliegenden Untersuchung vorhandenen Indizien kann nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass die Tierärzte/innen bezüglich Vertrieb von Tierarzneimitteln von den Herstellern und Grossisten an den Detailhandel (Tierärzte/innen und Apotheker/innen) ein Verhalten praktizieren, welches als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise und somit als Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG qualifiziert werden könnte.

168. Die Problematik des geringen Preiswettbewerbs bei Tierarzneimitteln sowie einer allfälligen diesbezüglichen Wettbewerbsabrede, für welche gewisse Indizien vorliegen, ist hingegen - wie bereits in Randziffer 165.b) erwähnt - nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

C. Kosten

[...]

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission wie folgt:

1. Die einvernehmliche Regelung gemäss Artikel 29 KG mit den in Anhang I genannten Herstellern und Grossisten von Tierarzneimitteln wird genehmigt. Sie stellt einen integrierenden Bestandteil der vorliegenden Verfügung dar.
 2. Die an der einvernehmlichen Regelung beteiligten Hersteller und Grossisten gemäss Anhang I verpflichten sich, "die von ihnen hergestellten und/oder vertriebenen Tierarzneimittel auf Bestellung und ohne vorgängige Vorlage von Rezepten an Schweizer Apotheken zu liefern, die gesetzlich zur Abgabe von Tierarzneimitteln befugt sind."
 3. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.
 4. Die Untersuchung wird eingestellt.
 5. [Verfahrenskosten für die Zwischenverfügung]
 6. [Verfahrenskosten für die Verfügung in der Hauptsache]
 7. [Rechtsmittelbelehrung]
 8. [Eröffnung]
-

Dispositif

(le texte en langue allemande [langue de la procédure] fait foi)

Compte tenu de l'état de fait et des considérants, la Commission de la concurrence décide ce qui suit:

1. L'accord amiable selon l'article 29 LCart avec les fabricants et grossistes de produits vétérinaires mentionnés à l'appendice I est approuvé et est partie intégrante de la présente décision.
2. Les fabricants et grossistes parties à l'accord amiable selon l'appendice I s'engagent "à livrer, sur commande, aux pharmacies suisses autorisées, tous les produits vétérinaires qu'ils fabriquent et/ou distribuent, sans qu'il soit nécessaire de présenter préalablement une ordonnance."
3. En cas d'inobservation de cet accord amiable, les sanctions prévues à l'article 50 respectivement 54 LCart pourront être prononcées.
4. L'enquête est classée.
5. [Frais de procédure relatifs à la décision incidente]
6. [Frais de procédure de la présente décision]
7. [Voies de droit]
8. [Notification]

Dispositivo

(il testo in lingua tedesca [lingua della procedura] è il solo facente fede)

Sulla base dei fatti e conformemente alle considerazioni soprammentionate la Commissione della concorrenza decide che:

1. La conciliazione giusta l'articolo 29 LCart conclusa con i produttori e i grossisti di medicinali veterinari elencati nell'allegato I è approvata. Essa è parte integrante della presente decisione.
 2. I produttori e i grossisti elencati nell'allegato I che aderiscono alla conciliazione si impegnano a "fornire su domanda tutti i medicinali veterinari, da loro prodotti e/o distribuiti, alle farmacie svizzere autorizzate, senza la richiesta preliminare di una ricetta."
 3. L'inosservanza di questa conciliazione può comportare sanzioni giusta l'articolo 50 rispettivamente 54 LCart.
 4. L'inchiesta numero è chiusa.
 5. [Costi di procedura relativi alla decisione incidentale]
 6. [Costi di procedura della presente decisione]
 7. [Vie di ricorso]
 8. [Notifica]
-

E Anhänge / Annexes / Liste allegata**I) Anhang I (einvernehmliche Regelung)**

Berna Veterinärprodukte AG, Biokema SA, Boehringer Ingelheim (Schweiz) GmbH, Dr. E. Gräub AG, Novartis Tiergesundheit AG, Pfizer AG, Provet AG, ufamed AG, Veterinaria AG, Vétoquinol AG (ehemals Chassot AG), Virbac AG, Werner Stricker AG

II) Anhang II (Einstellung des Verfahrens)

A. Ziegler AG, AHP (Schweiz) AG, Alfauna AG, Andermatt BioVet AG/Andermatt Biocontrol AG, Apivet GmbH, Arovet AG, B. Braun Medical AG, Bahnhof-Apotheke, Cerbios-Pharma SA, Cimex AG, Dr. Felix Zihler, Dr. Heinz Welti AG, Dr. Schreiber AG, Ecolab GmbH, Equibol AG, Essex Chemie AG, Farmavet GmbH, Femada SA, Fresenius Kabi (Schweiz) AG, Fritz Suhner, G. Streuli & Co. AG, H. W. Schaumann AG, Haefliger AG, Hänseler AG, IBSA Institut Biochimique S.A., Infosint SA c/o Cortesi & Associati SA, Inomark AG, Izoval SA, Jos. Styger AG, Keller Martigny SA, M. Blaser, Martec Handels AG, Medena AG, Medi-Vet AG, MERZ Pharma (Schweiz) AG (ehemals Adroka AG), Migros-Genossenschafts-Bund, Mislin + Balthasar AG, Mundipharma Pharmaceutical Co./Mundipharma Medical Co., Opopharma AG, Pavesco AG, Pharmacia & Upjohn AG/Pharmacia AG, Pharmalabor Dr. Brandt AG, PP Pharmacie principale SA, R. Meiers Söhne AG (Bienen Meier), Roche Vitamine Europa AG, Sanochemia, Selectchemie AG, SwissCo Services AG (ehemals Sipharm Sisseln AG), Temmentec AG, TRB Chemedica International SA (ehemals Trans Bussan SA), Vifor (International) AG, Vitakraft AG, Vital AG, WestfaliaSurge AG

B 2.2	4. Krankenversicherer/Weita AG
-------	---------------------------------------

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 25. Oktober 2004 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG wegen vermutungsweise unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG

santésuisse hatte im Herbst 2001 mit einem Hersteller von Inkontinenzhilfe-Produkten (Weita AG) einen Vertrag geschlossen. Die Mehrheit der Krankenversicherer schloss sich in der Folge dieser Vereinbarung an. Der Vertrag bezweckte, dass möglichst alle Patienten zukünftig die Inkontinenzhilfe-Produkte direkt bei diesem Hersteller beziehen. Durch die Umgehung der Detailhandelsstufe (insbesondere Apotheken und Ärzte) sollten Kosten eingespart werden. Indem die Produkte der anderen Hersteller nicht mehr beziehungsweise nur noch zu den im Vertrag einheitlich festgelegten Bedingungen vergütet worden wären, hätte dieser Vertrag zu einer Verdrängung der übrigen Hersteller führen können. Die Wettbewerbskommission (Weko) eröffnete 2003 eine Untersuchung im Bereich der Kostenübernahme von "Mitteln und Gegenständen" (Inkontinenzhilfen, Prothesen, Sehhilfen, Hörhilfen etc.) durch die Krankenversicherer in der obligatorischen Grundversicherung. Im Verlauf dieser Untersuchung hat sich ergeben, dass die Krankenversicherer trotz dieses Vertrages weiterhin sämtliche Inkontinenzhilfe-Produkte aller Anbieter bis zum behördlich festgelegten Höchstpreis vergüten. Entsprechend ist der Wettbewerb zwischen den Herstellern nicht behindert. Es liegt deshalb kein Verstoß gegen das Kartellgesetz vor. Die Patienten sind in ihrer Wahl frei, welche Inkontinenzhilfe-Produkte sie kaufen und bei wem sie diese beziehen (entweder direkt beim Hersteller oder beim Apotheker bzw. Arzt). Die Weko hat ihre Untersuchung ohne Folgen eingestellt.

En automne 2001, santésuisse avait conclu un contrat avec un producteur de moyens auxiliaires pour l'incontinence (Weita SA). Par la suite, la majorité des assureurs-maladie avait souscrit à cet accord. L'objectif du contrat était d'inciter les patients à acquérir les moyens auxiliaires pour l'incontinence directement auprès de ce producteur. En évitant la vente au travers des détaillants (en particulier les pharmaciens et les médecins), ce système devait permettre d'économiser des coûts. Compte tenu du fait que les produits des autres fournisseurs n'auraient plus été remboursés ou seulement aux mêmes conditions que celles de l'accord, ce système aurait pu conduire à l'exclusion des autres producteurs du marché. En 2003, la Commission de la concurrence (Comco) a ouvert une enquête dans le domaine du rembourse-

ment des "moyens et appareils" (moyens auxiliaires pour l'incontinence, prothèses, moyens auxiliaires pour la vue, appareils acoustiques etc.) à charge de l'assurance de base. Au cours de cette enquête il est apparu que, indépendamment de l'existence du contrat, les assureurs-maladie continuent de rembourser tous les moyens auxiliaires de tous les fournisseurs, à concurrence du prix maximum fixé par les autorités. La concurrence entre les producteurs n'est dès lors pas entravée et la Loi sur les cartels n'est ainsi pas violée. Les patients sont libres de choisir les moyens auxiliaires qu'ils désirent et de les acquérir auprès du fournisseur de leur choix (directement auprès du producteur, du pharmacien ou du médecin). La Comco a décidé de clore l'enquête sans suites.

Nell'autunno 2001, santésuisse aveva concluso un contratto con un produttore di mezzi ausiliari per l'incontinenza (Weita SA). In seguito, la maggior parte degli assicuratori-malattia aveva sottoscritto questo accordo. L'obiettivo del contratto era di spingere il maggior numero di pazienti ad acquistare i mezzi ausiliari per l'incontinenza direttamente da questo produttore. Aggirando la vendita attraverso i dettaglianti (in particolare i farmacisti e i medici), questo sistema doveva permettere di economizzare costi. Considerato che i prodotti degli altri fornitori non sarebbero più stati rimborsati o lo sarebbero stati solamente alle condizioni dettate dal contratto, questo avrebbe potuto condurre all'allontanamento dal mercato degli altri produttori. Nel 2003, la Commissione della concorrenza (Comco) ha aperto un'inchiesta relativa al rimborso dei costi dei "mezzi e apparecchi" (mezzi ausiliari per l'incontinenza, protesi, mezzi ausiliari per la vista, apparecchi acustici ecc.) a carico dall'assicurazione-malattia di base. Nel corso dell'inchiesta è risultato che, nonostante il contratto, gli assicuratori-malattia continuano a rimborsare tutti i mezzi ausiliari di tutti i fornitori fino al prezzo massimo fissato dalle autorità. La concorrenza tra i produttori non è intralciata e non c'è dunque nessuna violazione della legge sui cartelli. I pazienti sono liberi di scegliere quali mezzi ausiliari desiderano e presso chi acquistarli (direttamente dal produttore, dal farmacista o dal medico). La Comco ha deciso di chiudere l'inchiesta senza seguito.

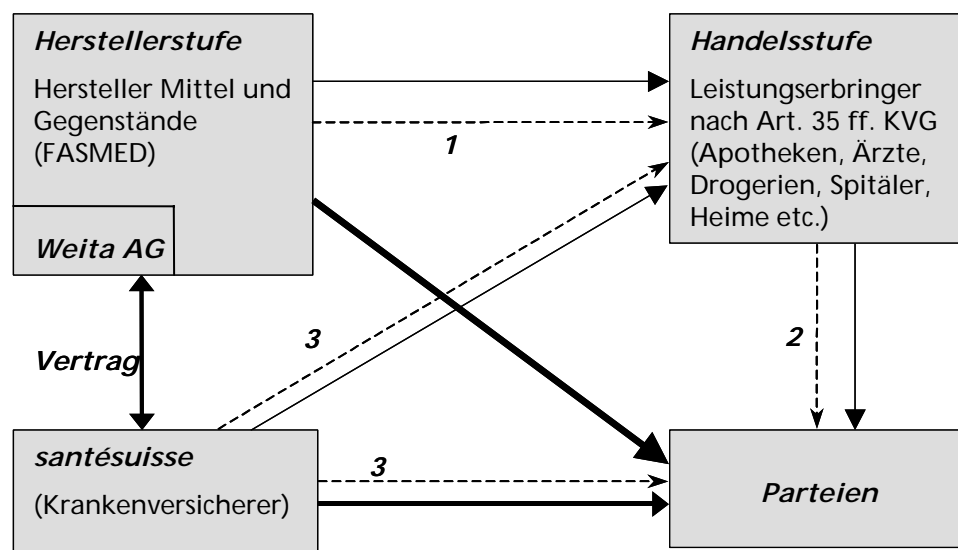
A. Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Am 23. April 2002 beklagte sich der FASMED (Dachverband der Schweizerischen Handels- und Industrievereinigungen der Medizinaltechnik) beim Sekretariat der Wettbewerbskommission, dass die Hersteller von Medizinalprodukten, deren Interessen der Verband wahrnimmt, dadurch diskriminiert werden, dass santésuisse im Bereich der "Mittel und Gegenstände" einen Exklusivvertrag mit einem einzigen Produzenten, der Weita AG, über die Abgeltung der an die Patienten

verkauften Inkontinenzhilfe-Produkte abgeschlossen habe.¹ Dadurch würden die anderen Anbieter, insgesamt rund 40, wovon 23 Mitglied beim FASMED, in wettbewerbswidriger Weise benachteiligt (vgl. dazu nachfolgende Darstellung 1). Problematisch sei in diesem Zusammenhang insbesondere auch die Umsatzabgabe von 10%, die von der Weita AG als Entschädigung für die Marketinganstrengungen (Qualitätssicherung, Schulung des Pflegepersonals bzw. der Patienten etc.) an santésuisse entrichtet werden soll.

Darstellung 1



Mittel und Gegenstände (---->)

1. Verkauf an Leistungserbringer
2. Verkauf/Abgabe an Patienten gestützt auf ärztliche Verordnung
3. Vergütung durch Krankenversicherer

Vertrag zw. santésuisse und Weita (—>)

Vergütung durch die Krankenversicherer gemäss den im Vertrag ausgehandelten Preisen (Abgabe nur noch ausnahmsweise über Handelsstufe (—>))

(Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission)

A.2 Verfahren

2. Zum Zwecke des Informationsaustausches und der Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bundesamt für Gesundheit (BAG), ehemals Bundesamt für Sozialversicherung (BSV), und den Wettbewerbsbehörden wurde das BAG mit Schreiben vom 14. Juni 2002 befragt. Die Antworten vom 19. August 2002 trafen am 21. August 2002 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ein.

¹Eine Klage mit ähnlichem Inhalt wurde gleichzeitig auch beim BAG eingereicht.

3. In der Folge eröffnete das Sekretariat am 2. Oktober 2002 in dieser Angelegenheit eine Vorabklärung. Ziel der Vorabklärung war es insbesondere, einen Überblick über die Funktionsweise des Marktes im Bereich der Mittel und Gegenstände zu erlangen, die Problematik hinsichtlich der vorbehaltenen Vorschriften nach Artikel 3 Kartellgesetz (KG) zu klären und Anhaltspunkte für ein eventuell wettbewerbswidriges Verhalten von santésuisse abzuklären.

4. Im Rahmen der Vorabklärung wurden santésuisse, die Weita AG und der FASMED befragt.

5. Anlässlich der Fragestunde des Nationalrates vom 9. Dezember 2002 wurden die Fragen von Nationalrat SCHNEIDER-AMMANN (FDP) vom 4. Dezember 2002 betreffend die vorliegende Problematik von der damaligen Bundesrätin RUTH DREIFUSS beantwortet. Zusammenfassend hielt die damalige Departementsvorsteherin fest, dass es sich beim zur Diskussion stehenden Vertrag nicht um einen Tarifvertrag nach Artikel 46 KVG² handle, sondern um einen Abgabevertrag nach Artikel 55 KVV,³ der keiner Genehmigung durch den Bundesrat bedürfe. Weiter sei die Wettbewerbskommission (Weko) zuständig zur Klärung der Frage des Marktzugangs der Konkurrenten der Weita AG. Dagegen sei durch das BAG als Aufsichtsbehörde sicherzustellen, dass die Versicherten im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung diejenigen Leistungen vergütet bekommen, die ihnen gesetzlich zustehen. Daher dürften die Versicherer nicht nur die Produkte eines einzigen Anbieters (der Weita AG) vergüten, sondern müssten, unabhängig vom fraglichen Vertrag, auch die Mittel und Gegenstände aller anderen Anbieter bis zum Höchstbetrag gemäss Mittel- und Gegenstände-Liste (Mi-GeL) entschädigen. Das BAG werde in diesem Zusammenhang ein entsprechendes Rundschreiben an die Versicherer richten.

6. Die vorliegende Problematik wurde auch in den Medien diskutiert (vgl. hierzu die Zeitungsartikel in der NZZ am Sonntag vom 10.11.2002, in der Berner Zeitung vom 7./10./12.12.2002 und die Sendung "Espresso" von Radio DRS 1 vom 22.1.2003).

7. Schliesslich hat das BAG am 28. Januar 2003 ein Kreisschreiben (Weisung 03/2, "Kontrolle der Wirtschaftlichkeit der Leistungen/Weisungen nach Art. 21 KVG") zuhanden der Krankenversicherer verfasst, das sich unter anderem auch zu diesem Thema äussert. In Anhang 3 zu diesem Schreiben wird auf die Mittel und Gegenstände eingegangen. Es wird festgehalten, dass Verträge zwischen Versicherern

²Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

³Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

und Leistungserbringern über die Vergütung von Mitteln und Gegenständen zulässig sind, sofern die darin festgelegten Vergütungsansätze die MiGeL-Höchstpreise nicht übersteigen und keine zusätzlichen Produktgruppen enthalten sind. Sofern Versicherte von anderen, nicht in den betreffenden Tarifvertrag eingebundenen Leistungserbringern ärztlich verordnete und in der MiGeL aufgeführte Mittel und Gegenstände beziehen, so besteht eine Leistungspflicht des Versicherers im Umfang des effektiven Preises, maximal des Vergütungsansatzes der MiGeL. In einer Fussnote wird ausgeführt, dass das BAG den Vertrag zwischen santésuisse und der Weita AG begrüsse, sofern die vereinbarten Preise die Vergütungsansätze der MiGeL nicht übersteigen. Schliesslich hält das BAG fest, dass vereinbarte tiefere Vergütungsansätze respektive Preise als diejenigen in der MiGeL nur im Anwendungsbereich des Vertrages, das heisst für die Vertragsparteien sowie für die Versicherten, die einem der involvierten Versicherer angeschlossen sind, gelten würden, eine derartige Vereinbarung aber keine gesamtschweizerische Wirkung der vereinbarten Tarife für sämtliche anderen Leistungserbringer beziehungsweise alle Versicherten, welche einem nicht involvierten Versicherer angeschlossen sind, zur Folge habe.

8. Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Weko am 27. März 2003 eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen die bei santésuisse vereinigten Krankenversicherer und die Weita AG eröffnet. santésuisse erklärte sich bereit, die Vertretung der dem Vertrag beigetretenen Krankenversicherer zu übernehmen. Auch Cosama und der FASMED waren mit einer Vertretung ihrer Mitglieder einverstanden. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Artikel 28 KG bekannt.

9. Den Anlass zur Eröffnung einer Untersuchung gaben insbesondere Briefe diverser Krankenversicherer an Privatpersonen und Pflegeheime, die ausdrücklich für Weita-Produkte warben oder sogar die künftige Nichtvergütung anderer Produkte androhten, so dass das Sekretariat im Zeitpunkt der Eröffnung von Anhaltspunkten einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ausgehen musste.

10. Im Rahmen der Untersuchung wurden die bei santésuisse und Cosama vereinigten Krankenversicherer, verschiedene Produzenten/Vertreiber, die Mitglied beim FASMED sind, die Weita AG und diverse Leistungserbringer (Apotheker-, Pflegeheim- und Spitalverbände) schriftlich befragt. Dabei wurde versucht, sowohl auf der Vertriebs- wie auch auf der Versicherungsebene umfassende Marktdaten zu erheben (Marktvolumen, Marktanteile, Margen, Vergütungsansätze etc.). Da dem Sekretariat von den Befragten nur beschränkt verwertbares Zahlenmaterial zur Verfügung gestellt werden konnte, musste bei der Beurteilung der Marktverhältnisse über weite Strecken

auf die Schätzungen der Parteien abgestellt werden (vgl. dazu hinten unter B.3.2.).

11. Mit Schreiben vom 10. Juli 2003 teilte das BAG dem Sekretariat mit, dass der Bundesrat auf das Gesuch der Genehmigung des Vertrages zwischen santésuisse und der Weita AG mangels Zuständigkeit nicht eingetreten sei, da dieser nicht als Tarifvertrag im Sinne von Artikel 46 Absatz 4 KVG sondern als Abgabevertrag im Sinne von Artikel 55 KVV zu qualifizieren sei. Im Schreiben wurde zudem nochmals wiederholt, was das BAG in der Weisung 03/2 zuhanden der Krankenversicherer festgehalten hat (oben Rz. 7).

12. Im Schreiben vom 9. September 2003 an das EDI empfahl der Preisüberwacher die Senkung der Höchstvergütungsbeträge der Mi-GeL-Positionsnummern 15.01 bis 15.04 (Inkontinenzhilfen) auf das Preisniveau des Vertrages zwischen santésuisse und der Weita AG (vgl. dazu auch Jahresbericht des Preisüberwachers 2003, RPW 2003/5, S. 998 ff., insb. S. 1023 f.).

13. Der Verfügungsentwurf des Sekretariats wurde den Parteien mit einem aktuellen Aktenverzeichnis am 12. Juli 2004 zugestellt. Den Parteien wurde gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG die Gelegenheit gegeben, zum Antrag schriftlich Stellung zu nehmen. Zudem wurde auf das Recht zur Akteneinsicht hingewiesen.

14. Folgende Verfahrensbeteiligte haben zum Antrag Stellung genommen⁴ und Rechtsbegehren gestellt:⁵

- a) Der FASMED beantragte, es sei im Dispositiv festzustellen, dass die Aufforderung der Krankenversicherer an ihre Versicherten, nur noch die Produkte der Weita AG zu benutzen, da zukünftig nur noch diese vergütet würden, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstelle. Eventualiter sei die rechtliche Qualifikation des Vorgehens von santésuisse und Weita als unzulässige Abrede und die Eignung als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Ergebnis unter B.3.2.5. *expressis verbis* festzustellen; es sei lediglich die faktisch zu kleine quantitative Auswirkung, die zur Einstellung des Verfahrens führe. Schliesslich sei im Dispositiv festzustellen, dass der Entscheid der betroffenen Industrie, vertreten durch den FASMED, zu eröffnen sei.
- b) Der SAV stellte die Begehren, es sei im Dispositiv festzustellen, dass die Aufforderung der Krankenversicherer an ihre Versicher-

⁴ Schriftlich auf eine Stellungnahme verzichtet haben die "H+ Die Spitäler der Schweiz" (Schreiben vom 26.6.2004) und die Cosama (Schreiben vom 27.9.2004).

⁵ Auf die jeweiligen Rechtsbegehren wird im Folgenden an den entsprechenden Stellen eingegangen.

ten, nur noch die Produkte der Weita AG zu benutzen, da zukünftig nur noch diese vergütet würden, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstelle, und dass die Doppelrolle der Krankenversicherer, die gleichzeitig als Leistungserbringer auftreten, zu einer unzulässigen Behinderung des Wettbewerbs führe.

- c) *santésuisse* stellte den Antrag, das Dispositiv der Verfügung sei entsprechend dem Entwurf zu erlassen.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

15. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die unter anderem Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (Art. 2 Abs. 1 KG).

16. Als Unternehmen gelten gemäss Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

17. Als Unternehmen des Privatrechts sind die Hersteller von "Mitteln und Gegenständen" ohne weiteres von Artikel 2 KG erfasst.

18. Nach Artikel 12 Absatz 1 KVG sind die Krankenkassen juristische Personen nach dem privaten oder öffentlichen Recht. Sie müssen gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstaben a und b KVV in einer der folgenden Rechtsformen organisiert sein: als Verein (Art. 60 ZGB), Stiftung (Art. 80 ZGB), Genossenschaft (Art. 828 OR), Aktiengesellschaft mit anderen als wirtschaftlichen Zwecken (Art. 620 Abs. 3 OR) oder als juristische Person des kantonalen öffentlichen Rechts. Zudem dürfen sie keinen Erwerbszweck verfolgen (Art. 12 Abs. 1 KVG). Die fehlende Gewinnerzielungsabsicht ändert jedoch nichts daran, dass die Krankenversicherer aktiv am Wirtschaftsgeschehen teilnehmen und als Anbieter beziehungsweise Nachfrager von Dienstleistungen (insb. Versicherungsprodukte und Tarifverträge) auftreten. Auch die einzelnen Krankenversicherer sind somit als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu qualifizieren (vgl. RPW 2001/4, S. 645 ff., insb. S. 653).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

19. 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).

B.2.1 Staatliche Höchstpreisvorschriften

B.2.1.1 Gesetzlicher Rahmen

20. Nach Artikel 25 Absatz 2 Buchstabe b KVG müssen Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder der Behandlung einer Krank-

heit und ihrer Folgen dienen, durch die obligatorische Grundversicherung übernommen werden. Der Umfang dieser Abgeltung wird nach Artikel 52 Absatz 1 Buchstabe a Ziffer 3 KVG in der so genannten Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) festgelegt.⁶ Die MiGeL ist gemäss der Funktion der einzelnen Produkte in Produktgruppen aufgeteilt (Art. 20 Abs. 1 KLV⁷). In Ziffer 15 sind die Inkontinenzhilfen aufgezählt.

21. In Bezug auf die Abgeltung durch die obligatorische Grundversicherung gilt für Mittel und Gegenstände im Vergleich zu anderen Pflichtleistungen der obligatorischen Grundversicherung nach KVG eine Besonderheit: Im Gegensatz etwa zur Regelung der Arzneimittel der Spezialitätenliste (SL), wonach der für die Vergütung durch die Krankenversicherer bestimmte Maximalpreis für jedes einzelne Medikament eines jeden Herstellers individuell durch das BAG verfügt wird, werden in der MiGeL lediglich Kategorien und Leistungsgruppen von Produkten aufgrund einer allgemeinen Produktbeschreibung definiert und die dazugehörigen Höchstvergütungsbeträge festgelegt (vgl. Art. 33 Bst. e KVV, Art. 20 KLV). Im Unterschied zur SL wird somit nicht die maximale Vergütung einzelner Produkte eines bestimmten Herstellers geregelt, sondern die Übernahme der Kosten für bestimmte Gruppen von Produkten (Mittel und Gegenstände). Dies bedeutet, dass jeder Hersteller ein Produkt, das der Produktbeschreibung der MiGeL (und den Anforderungen der MepV⁸) entspricht, auf dem Schweizer Markt an die Leistungserbringer verkaufen kann (Art. 23 KLV).

22. Im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen ist somit grundsätzlich jedes Unternehmen befugt, in der Schweiz Mittel und Gegenstände anzubieten. Durch das KVG soll sichergestellt werden, dass alle unter die MiGeL-Produktekategorien fallenden Produkte aller Anbieter durch die Krankenkassen vergütet werden.

23. Die Leistungserbringer (im System des "Tiers payant") nach Artikel 42 Absatz 2 KVG respektive die versicherte Person im System des "Tiers garant" werden von den Krankenversicherern in jedem Fall aber nur bis zum MiGeL-Höchstbetrag entschädigt. Dies entspricht dem Wirtschaftlichkeitsgebot nach Artikel 43 Absatz 6 KVG. Der Patient ist frei, ein seinen spezifischen Bedürfnissen entsprechendes Produkt auszuwählen, wobei ein allfälliger, über den MiGeL-Höchstpreis hinausgehender Betrag von ihm selbst (bzw. einer allfälligen privaten Zusatzversicherung) zu bezahlen ist (vgl. Art. 33 KVV, Art. 24 KLV). Mittel

⁶ Die MiGeL sowie erläuternde Hinweise dazu können unter www.bag.admin.ch/kv/gesetze/d abgerufen werden.

⁷ Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31).

⁸ Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (MepV; SR 812.213).

und Gegenstände sind damit vom Tarifschutz nach Artikel 44 KVG ausgenommen (vgl. Art. 44 Abs. 1 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 KVG). Auf dem Markt kann der Endpreis für ein solches Produkt somit auch höher oder tiefer sein als in der MiGeL festgelegt.

24. Die Höchstvergütungsbeträge der MiGeL werden auf Vorschlag der Eidgenössischen Kommission für Mittel und Gegenstände⁹ durch das EDI festgelegt (Art. 37g KVV). Sie entsprechen in der Regel einem Durchschnittspreis der auf dem Markt erhältlichen zweckmässigen Produkte. Dabei ist auch der Preis im Ausland zu beachten (vgl. Art. 43 Abs. 6 KVG, Art. 65, insb. Abs. 3bis KVV analog).

25. Die Botschaft zum KVG (BBI 1992 I, S. 176) geht davon aus, dass sich in jeder Produktkategorie *mehrere* Anbieter auf dem Markt konkurrenzieren werden und sich der Endverkaufspreis weitgehend an den Durchschnittspreisen der MiGeL orientieren werde. Dabei ist selbstverständlich auch eine Unterschreitung des Höchstpreises möglich und wünschbar. Dieser Regelung entsprechend sind die Endverkaufspreise nach Angaben von *santésuisse* in der Praxis zum Teil tatsächlich auch höher oder tiefer als die in der MiGeL festgelegten Höchstvergütungspreise.

B.2.1.2 Weitergabepflicht der Vergünstigungen

26. Nach Artikel 56 Absatz 3 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 92 Buchstabe d KVG sind die Leistungserbringer unter Strafandrohung verpflichtet, dem Schuldner der Vergütung die (direkten oder indirekten) Vergünstigungen, die ihnen Personen oder Einrichtungen gewähren, welche der Behandlung dienende Mittel und Gegenstände liefern, weiterzugeben.

27. Aus den Fragebogenantworten von *santésuisse* ergibt sich, dass die Krankenversicherer der Handelsstufe, das heisst den Leistungserbringern, in der überwiegenden Anzahl der Fälle (rund 80%-90%) die MiGeL-Höchstpreise vergüten. Geht man, wie vom FASMED behauptet, davon aus, dass auf der Herstellerstufe (unter den Herstellern) im Verhältnis zu den Abnehmern (Leistungserbringer, Patienten) (Preis-) Wettbewerb herrscht, könnte der Umstand, dass die Krankenversicherer beinahe ausschliesslich die MiGeL-Höchstpreise vergüten, darauf zurückzuführen sein, dass die Leistungserbringer möglicherweise nicht alle erhaltenen Vergünstigungen an die Versicherer weitergeben, obwohl sie unter Strafandrohung gesetzlich (Art. 56 Abs. 3 Bst. b, Art. 92 Bst. d KVG) dazu verpflichtet wären (diese These wird auch durch die Angaben von *santésuisse* gestützt).

⁹ Die Kommission besteht aus 14 Mitgliedern, davon je zwei Personen der Hersteller, der Versicherten, aus der Ärzteschaft, drei Personen der Abgabestellen, vier Personen der Krankenversicherer und eine Person des BAG.

28. Ob dies zutrifft, konnte im vorliegenden Verfahren nicht eruiert werden. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da es nicht an der Wettbewerbskommission, sondern an der zuständigen Behörde, das heisst dem BAG, ist, für die Einhaltung der entsprechenden KVG-rechtlichen Bestimmungen zu sorgen. Die eventuelle Nichteinhaltung der Weitergabepflicht von Vergünstigungen im Sinne von Artikel 56 Absatz 3 Buchstabe b und Artikel 92 Buchstabe d KVG hindert die Wettbewerbsbehörden jedenfalls nicht, den vorliegenden Vertrag auf seine Wettbewerbskonformität hin zu überprüfen.

B.2.1.3 Überhöhte MiGeL-Höchstpreise

29. *santésuisse* kritisiert, die Abgabestellen würden fast alle Inkontinenzhilfen unabhängig von der Qualität zu MiGeL-Höchstpreisen verkaufen, und geht davon aus, dass die Preise bereits auf der Hersteller-ebene (Verkauf Hersteller an Leistungserbringer) überhöht sind. Dies sei Folge des auf der Handelsstufe staatlich festgelegten MiGeL-Höchstpreises, der auf die Preisbildung auf der Herstellerebene zurückwirke, indem er den Herstellern überhöhte Preise beziehungsweise Margen gewähre. Dieser Umstand wäre, sofern er tatsächlich zutrifft, nach der hier vertretenen Ansicht darauf zurückzuführen, dass die MiGeL-Höchstpreise entgegen der gesetzgeberischen Absicht nicht einem durchschnittlichen Marktpreis entsprechen, sondern generell zu hoch angesetzt sind.

30. Ob dies der Fall ist, konnte im vorliegenden Verfahren nicht eruiert werden. Auch diese Frage kann vorliegend jedoch offen bleiben, da es an der zuständigen Behörde, das heisst der MiGeL-Kommission beziehungsweise dem EDI ist, die Preise marktgerecht festzulegen. Eventuell überhöhte MiGeL-Höchstpreise hindern die Wettbewerbsbehörden jedenfalls nicht, den vorliegenden Vertrag auf seine Wettbewerbskonformität hin zu untersuchen.

B.2.2 Abgabestelle/Leistungserbringer

31. In Artikel 35 Absatz 2 KVG sind die Leistungserbringer aufgeführt, welche zulasten der obligatorischen Krankenversicherung Leistungen erbringen dürfen. Unter Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe g KVG sind die Abgabestellen für Mittel und Gegenstände erwähnt. Wer als Abgabestelle gilt, wird in Artikel 55 KVV erläutert. Danach ist als Abgabestelle und damit auch als Leistungserbringer anzusehen, wer nach kantonalem Recht zugelassen ist und mit einem Krankenversicherer einen Vertrag über die Abgabe der entsprechenden Mittel und Gegenstände abgeschlossen hat.

32. Gemäss den Ausführungen vom FASMED ist der Katalog der Leistungserbringer nach Artikel 35 ff. KVG als abschliessend zu betrachten, das heisst, die Weita AG könne als Herstellerin von Mitteln und Gegenständen durch einen Vertrag mit *santésuisse* grundsätzlich nicht zu einer Abgabestelle und damit zu einem Leistungserbringer werden.

Von Gesetzes wegen könnten einzig die Leistungserbringer, nicht aber die Hersteller, mit den Krankenversicherern abrechnen. Die Hersteller seien in der Regel nicht in der Lage (und/oder nicht willens), die an die Leistungserbringer gesetzten Anforderungen namentlich im Bereich der Verwaltung der datenschutzrelevanten Patientendaten (Diagnose, Verschreibung, Abrechnung etc.) zu erfüllen. Der Vertrag sei bereits aus diesen Gründen unzulässig. Die Weita AG und santésuisse gehen demgegenüber davon aus, dass die Weita AG eine Abgabestelle im Sinne von Artikel 55 KVV darstellt und damit als Leistungserbringer anzusehen ist. Im Schreiben vom 19. August 2002 hat das BAG die Frage, ob die Weita AG als Abgabestelle und damit als Leistungserbringer anzusehen ist, offen gelassen. Da es in erster Linie dem BAG als Aufsichtsbehörde obliegt festzustellen, ob der Weita AG diese Eigenschaft zukommt, das BAG dies aber offen gelassen hat, besteht diesbezüglich kein Hinderungsgrund zur Überprüfung des Vertrages nach KG. Hätte das BAG der Weita AG die Qualität als Abgabestelle/Leistungserbringer abgesprochen, hätte es den Vertrag mit santésuisse aus diesem Grund verbieten müssen. Damit würde auch die wettbewerbsrechtliche Problematik entfallen.

33. Obwohl für Abgabestellen nach Artikel 35 Absatz 2 Buchstabe g KVG in Verbindung mit Artikel 55 KVV zur Abgabe von Mitteln und Gegenständen ein Vertragsverhältnis mit einem Krankenversicherer bestehen muss, haben die Krankenversicherer nach Angaben des BAG bislang akzeptiert, dass die Abgabestellen auch ohne ausdrückliches Vertragsverhältnis zulasten der Krankenversicherer Mittel und Gegenstände abgeben können. Damit war bisher sichergestellt, dass die Inkontinenz-Produkte aller Hersteller von den Krankenversicherern bis zum MiGeL-Höchstbetrag vergütet wurden. Nach den Ausführungen der damaligen Departementsvorsteherin soll dies grundsätzlich auch in Zukunft gewährleistet sein.

34. Dem Antrag des SAV - es sei im Dispositiv festzustellen, dass die Doppelrolle der Krankenversicherer, die gleichzeitig als Leistungserbringer auftreten, zu einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung führe - kann nicht entsprochen werden: Denn die Frage, ob die Vereinbarung zwischen santésuisse und der Weita AG zu einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung führe, wird in den vorliegenden Erwägungen für den konkreten Fall explizit verneint, da die Abrede i.c. nicht erheblich ist.¹⁰

¹⁰Vgl. dazu unten Rz. 65 ff.

B.2.3 Tarifvertrag im Sinne des KVG

35. Nach Artikel 46 Absatz 1 KVG stehen sich als Parteien eines Tarifvertrages einzelne oder mehrere Leistungserbringer (nach Art. 35 KVG) oder deren Verbände sowie einzelne oder mehrere Versicherer oder deren Verbände gegenüber. Diese Regelung lässt dem Wortlaut nach auf beiden Seiten grundsätzlich alle Varianten zu, das heisst ein Vertrag zwischen einem Verband auf Seiten der Versicherer (*santésuisse*) und einem einzelnen Leistungserbringer (der Weita AG) ist möglich. Allerdings geht der historische Gesetzgeber davon aus, dass sich im Rahmen der Verbandstarifverträge in der Regel ungefähr gleich gewichtige Partner (also auf beiden Seiten Verbände, die eine Vielzahl von Mitgliedern repräsentieren) gegenüber stehen (vgl. Botschaft, in BBl 1992 I, S. 178). Soweit es sich um einen Tarifvertrag im Sinne von Artikel 46 KVG handelt, ist die Anwendung des KG im Sinne von Artikel 3 KG daher eingeschränkt beziehungsweise ausgeschlossen.

36. Nun hat das BAG im Schreiben vom 19. August 2002 auf entsprechende Anfrage des Sekretariates erläutert, dass es sich beim Vertrag zwischen *santésuisse* und der Weita AG nicht um einen Tarifvertrag im Sinne des KVG handle sondern um einen rein privatrechtlichen Vertrag (Innominatkontrakt). Dieser Meinung schloss sich die damalige Departementsvorsteherin in der Fragestunde vom 9. Dezember 2002 an. Das Kreisschreiben des BAG vom 28. Januar 2003 bleibt in dieser Frage unklar. Zwar wird darin - entgegen den Ausführungen im Schreiben vom 19. August 2002 - nunmehr der Begriff "Tarifvertrag" ausdrücklich verwendet, jedoch wird nicht klargestellt, ob es sich nun um einen Tarifvertrag im Sinne von Artikel 46 KVG handelt oder nicht. Gemäss Schreiben vom 7. Februar 2003 stellte sich *santésuisse* dann auf den Standpunkt, dass es sich beim zur Beurteilung stehenden Vertrag *doch* um einen Tarifvertrag nach Artikel 46 KVG handle. Damit stellt sich *santésuisse* in Widerspruch zur Auslegung des BAG. Mit Schreiben vom 10. Juli 2003 teilte das BAG dem Sekretariat schliesslich mit, dass der Bundesrat auf das Gesuch der Genehmigung des Vertrages zwischen *santésuisse* und der Weita AG mangels Zuständigkeit nicht eingetreten ist, da der Weita-Vertrag nicht als Tarifvertrag im Sinne von Artikel 46 Absatz 1 KVG sondern als Abgabevertrag im Sinne von Artikel 55 KVV zu qualifizieren sei (oben Rz. 11). Im vorliegenden Fall steht Artikel 46 KVG der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes somit nicht im Sinne von Artikel 3 KG entgegen.

37. Der Vertrag zwischen *santésuisse* und der Weita AG regelt nicht nur die *Abgabe* der Mittel und Gegenstände im Sinne von Artikel 55 KVV, sondern auch deren *Abgeltung*, obwohl Artikel 55 KVV ausdrücklich nur von der Abgabe, nicht aber von der Abgeltung spricht. Soweit der Vertrag als Tarifvertrag im Sinne von Artikel 46 KVG aufzufassen wäre, wäre die Anwendbarkeit des KG im Sinne von Artikel 3 KG grundsätzlich eingeschränkt beziehungsweise ausgeschlossen. Solange

das BAG diesbezüglich einen anderen beziehungsweise keinen klaren Standpunkt vertritt, wird die Anwendbarkeit des KG nicht beschränkt.

B.2.4 Ergebnis

38. Nach den vorstehenden Ausführungen kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im Sinne von Artikel 3 KG einschränken, vorhanden sind.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Abgeltung von Inkontinenzhilfe-Produkten

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

B.3.1 Wettbewerbsabrede

40. Als Wettbewerbsabreden gelten unter anderem rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

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

42. Der Vertrag zwischen santésuisse und der Weita AG beinhaltet eine horizontale Vereinbarung zwischen den auf derselben Marktstufe und damit untereinander im Wettbewerb stehenden Krankenversicherern. Diese Vereinbarung besteht darin, dass sich die Krankenversicherer, die dem Vertrag beigetreten sind, darauf geeinigt haben, den Patienten die Inkontinenzhilfe-Produkte eines Anbieters, der Weita AG, zu einem einheitlichen, unter dem MiGeL-Höchstpreis liegenden Preis zu vergüten. Gemäss Artikel 1 Absatz 3 des Vertrages können dem Vertrag zwar auch andere Hersteller beitreten, doch würden deren Produkte nur zu den mit der Weita AG ausgehandelten und vertraglich festgelegten Konditionen und Preisen vergütet. Bis zum gegebenen Zeitpunkt ist diesem Vertrag - abgesehen von der Weita AG - kein weiterer Anbieter von Inkontinenzhilfe-Produkten beigetreten.

43. Diese horizontale Vereinbarung unter den bei santésuisse vereinigten (und dem Vertrag beigetretenen) Krankenversicherern hat zudem auch vertikale Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen diesen Krankenversicherern und der auf einer anderen Marktstufe - nämlich der Herstellung beziehungsweise dem Vertrieb von Inkontinenzhilfe-Produkten - tätigen Weita AG. Diese Auswirkungen können ihrerseits wiederum (horizontale) Wirkungen auf die Herstellerebene haben,

indem andere (gegebenenfalls alle anderen) Hersteller von der Vergütung durch die (dem Vertrag beigetretenen) Krankenversicherer ausgeschlossen (d.h. boykottiert) werden können.

44. In der Folge sind sowohl die Auswirkungen dieses Vertrages auf den Wettbewerb unter den Krankenversicherern als auch die damit verbundenen Auswirkungen auf die (nachgelagerte) Ebene der Hersteller beziehungsweise Vertreiber von Inkontinenzhilfe-Produkten zu prüfen.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

45. Gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 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.

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabsprache

46. Die vorliegende horizontale Vereinbarung regelt unter anderem auch die Preise, welche die bei santésuisse vereinigten Krankenversicherer den Leistungserbringern beziehungsweise den Patienten vergüten. Damit liegt eine horizontale Preisabsprache über den "Einkauf" von Produkten (mit der möglichen Beschränkung auf Produkte der Weita AG, was zum Ausschluss der Produkte der anderen Hersteller führen kann) im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG vor, bei der die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird.

B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG

47. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann jedenfalls 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.¹¹

48. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

¹¹ Vgl. etwa ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen (WALTER A. STOFFEL/ROGER ZÄCH [Hrsg.]), Zürich/Basel/Genf 2004, S. 28 m.Nw.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

B.3.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt

49. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU,¹² hier analog anzuwenden).

50. Ungeachtet des Vertrages zwischen santésuisse und der Weita AG stehen den Anbietern (Herstellern) von Mitteln und Gegenständen als Marktgegenseite grundsätzlich die Leistungserbringer (insb. Spitäler, Heime, Apotheken und Ärzte) gegenüber. Deren Nachfrage wird massgeblich durch die Patienten beeinflusst.

51. Im Rahmen des Vertrages zwischen santésuisse und der Weita AG ergibt sich eine Veränderung in der Marktstruktur. Insofern die Weita AG, ursprünglich Herstellerin und Anbieterin, neu zusätzlich auch als Abgabestelle/Leistungserbringerin auftritt und Inkontinenzhilfe-Produkte direkt an Patienten abgibt, wird ein Teil der angestammten Leistungserbringer (insb. Apotheken und Ärzte) in Bezug auf den Vertrieb umgangen (Direktvertrieb). Gegenüber den Herstellern treten nun die bei santésuisse vereinigten Krankenversicherer, welche in Abhängigkeit von den Bedürfnissen der Patienten teilweise die Rolle der herkömmlichen Leistungserbringer wahrnehmen (Einkauf, Preisverhandlungen, Beratung, Information der Patienten etc.), als Nachfrager auf.

52. In der Schweiz leiden schätzungsweise 400'000 bis 500'000 Menschen an Inkontinenz (vgl. RPW 2003/5, S. 1024). Davon beansprucht laut santésuisse aber nur rund die Hälfte Produkte, die durch die Grundversicherung bis zum MiGeL-Höchstbetrag abgegolten werden. Die Produkte der anderen Patienten werden von diesen selbst bezahlt. Der Anteil an Inkontinenzhilfe-Produkten, die durch die Zusatzversicherung abgegolten werden, ist vernachlässigbar klein. Die Kategorien der Inkontinenzhilfe-Produkte sind unter den MiGeL-Positionsnummern 15.01-15.04 aufgelistet. Der Vertrag zwischen santésuisse und der Weita AG deckt alle diese Produktkategorien ab, weshalb sich eine weitere Differenzierung der einzelnen Kategorien beziehungsweise Produkte erübrigt.

53. Der Markt für Inkontinenzhilfe-Produkte kann hinsichtlich der Vergütung durch die Krankenversicherer in folgende Bereiche aufgeteilt werden: (1) Bereich für Inkontinenzhilfe-Produkte, welche durch die obligatorische Grundversicherung bis zum MiGeL-Höchstbetrag

¹² Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4).

abgegolten werden; (2) Bereich für Inkontinenzhilfe-Produkte, welche durch die Patienten selbst bezahlt werden; (3) Bereich für Inkontinenzhilfe-Produkte, welche den MiGeL-Höchstbetrag übersteigen und somit von der Grundversicherung bis zum Höchstbetrag vergütet werden, der darüber hinausgehende Betrag aber vom Patienten bezahlt wird. Die Bereiche (1) und (3) decken zusammen rund die Hälfte des gesamten Marktvolumens ab (wobei eine Aufteilung zwischen diesen beiden Märkten nicht möglich ist), die andere Hälfte entfällt auf den Bereich (2).

54. Bei der nachfolgenden Beurteilung der Marktverhältnisse kann offen bleiben, ob der sachlich relevante Markt alle drei Bereiche umfasst oder nicht, da selbst im Falle einer engeren Marktabgrenzung, bezogen lediglich auf Inkontinenzhilfe-Produkte, welche durch die obligatorische Grundversicherung vergütet (Bereiche [1] und [3]) und daher nicht von den Patienten selbst bezahlt werden, keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (vgl. nachfolgend unter B.3.2.4). Für die engere Marktabgrenzung spricht, dass sich der zu beurteilende Vertrag lediglich auf die Produkte dieser beiden Bereiche bezieht.

55. Als sachlich relevanter Markt ist im vorliegenden Fall der Verkauf beziehungsweise die Abgabe von Inkontinenzhilfe-Produkten durch die Hersteller entweder über die Leistungserbringer oder direkt an die Patienten zu verstehen, die von den Krankenversicherern in Abhängigkeit von den Patienten nachgefragt und im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung bis zum MiGeL-Höchstbetrag vergütet werden.

B.3.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt

56. 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, hier analog anzuwenden).

57. In Anbetracht der staatlichen Zulassungsvorschriften für das Inverkehrbringen von Mitteln und Gegenständen¹³ ist grundsätzlich von einem schweizerischen Markt auszugehen.

B.3.2.2.2 Aussen- oder Innenwettbewerb

58. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer - aktueller und potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb

¹³ Vgl. insb. Art. 2 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2, Art. 45 Abs. 3, Art. 46 Abs. 2, Art. 47 Abs. 2, Art. 48, Art. 49 Abs. 2, Art. 50 Abs. 1, Art. 51 HMG (Bundesgesetz vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (~~Heilmittelgesetz~~) vom 15. Dezember 2000 [~~Heilmittelgesetz~~; SR 812.21]) sowie die Ausführungsbestimmungen in der MepV.

durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht (RPW 2001/4, S. 674).

59. Abgesehen von der Accorda sind alle schweizerischen Krankenversicherer Mitglied von *santésuisse*. Von den rund 90 Krankenversicherern sind dem Vertrag von *santésuisse* mit der Weita AG rund 50 Krankenversicherer beigetreten. An der Abrede sind Krankenversicherer beteiligt, die rund 80% der Versicherten repräsentieren. Die dem Vertrag nicht beigetretenen Krankenversicherer, die lediglich 20% der Versicherten repräsentieren, destabilisieren die Abrede nicht. *Aktueller Aussenwettbewerb* ist damit kaum vorhanden. Dasselbe gilt auch für den *potenziellen Aussenwettbewerb*, da die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten zusätzlicher Krankenversicherer in naher Zukunft praktisch ausgeschlossen ist (vgl. RPW 2001/4, S. 674, Rz. 101).

60. Weiter ist zu prüfen, ob *Innenwettbewerb* besteht; das heisst, ob die Abrede von den an ihr beteiligten Parteien tatsächlich nicht oder nicht genügend beachtet wird.¹⁴ Sofern die Krankenversicherer entgegen den gesetzlichen Vorgaben die Vergütung von Inkontinenzhilfeprodukten beschränken und nur noch ein Produkt eines bestimmten Herstellers vergüten, beschränken die Krankenversicherer damit den (aktuellen) Innenwettbewerb.

61. Im Rahmen der Vorabklärung wurden dem Sekretariat Schreiben von verschiedenen Krankenversicherern an die Versicherten zur Kenntnis gebracht, wonach die Krankenversicherer die Versicherten aufforderten, nur noch die Produkte der Weita AG zu benutzen, da zukünftig nur noch diese vergütet würden. Dies deutete darauf hin, dass die Krankenversicherer beabsichtigten, in Anwendung des Vertrages mit der Weita AG (und mangels anderer beigetretener Hersteller), in absehbarer Zeit lediglich die Produkte eines Anbieters, nämlich diejenigen der Weita AG, zu vergüten¹⁵ und die anderen Anbieter dadurch von der Vergütung (und damit vom entsprechenden Markt) auszuschliessen.

62. Im Laufe der Untersuchung stellte sich aufgrund der Fragebogenantworten jedoch heraus, dass bis anhin - entgegen der ursprünglichen Absicht - sämtliche Produkte aller Anbieter bis zum MiGeL-Höchstbetrag vergütet wurden. Ob dies auf die Intervention des BAG¹⁶

¹⁴ Vgl. etwa BGE 129 II 18, 35, und ZACH (zit. in Fn. 11), 28 m.w.Hw.

¹⁵ Vgl. bereits oben Rz. 9.

¹⁶ Kreisschreiben vom 28. Januar 2003, vgl. dazu oben Rz. 7.

und/oder der Eröffnung eines Verfahrens seitens der Wettbewerbsbehörden zurückzuführen ist, kann vorliegend offen bleiben. In jedem Fall steht fest, dass die von gewissen Krankenversicherern im Rahmen der Abrede geäußerte Absicht, lediglich die Produkte der Weita AG zu den vertraglich vereinbarten Preisen zu vergüten, in der Praxis nicht umgesetzt wurde. Mit anderen Worten halten sich die Parteien nicht an ihre Abrede: Sämtliche Produkte aller Anbieter können bezogen werden und werden vergütet, und zwar nicht nur bis zum vereinbarten "Weita-Preis", sondern auch bis zum höheren MiGeL-Höchstbetrag.

63. Damit kann festgehalten werden, dass sich der in der Vorabklärung ergebene Verdacht, wonach die Krankenversicherer in Anwendung des Vertrages mit der Weita AG lediglich deren Produkte zu den ausgehandelten Preisen vergüten würden, nicht bestätigt hat und die Krankenversicherer nicht nur die Inkontinenzhilfe-Produkte der Weita AG, sondern auch diejenigen aller anderen Anbieter bis zum MiGeL-Höchstpreis vergüten. Aus diesem Grund kann dem Eventualantrag des FASMED - es sei die rechtliche Qualifikation des Vorgehens von *santésuisse* und der Weita AG als unzulässige Abrede und die Eignung als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung *expressis verbis* festzustellen - nicht entsprochen werden.¹⁷ Damit steht fest, dass in Bezug auf die Abgeltung der verschiedenen Inkontinenzhilfe-Produkte Innenwettbewerb besteht. Gleichzeitig wird dadurch auch der Wettbewerb auf der Stufe der Hersteller nicht beseitigt.

B.3.2.3 Zwischenergebnis

64. Da die Inkontinenzhilfe-Produkte aller Anbieter nach wie vor durch die Krankenversicherer vergütet werden, ist der Wettbewerb unter den Krankenversicherern und den Herstellern dieser Produkte nicht beseitigt. Die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 KG ist widerlegt. Es ist daher zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.

B.3.2.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

66. Zur Beurteilung der Erheblichkeit werden sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt.

¹⁷ Vgl. aber unten die Erwägungen in Rz. 75. Zur Frage der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung vgl. sogleich im Text (Rz. 65 ff.).

B.3.2.4.1 Qualitative Kriterien

67. Wie oben unter B.3.2.1 dargelegt, beinhaltet die vorliegende Abrede eine Preisabsprache. Diese erfüllt ohne weiteres die qualitativen Anforderungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung (vgl. RPW 2001/4, S. 678, Rz. 121 m.Hw.).

68. Weiter ist an dieser Stelle auf die Umsatzabgabe von 10%, die von der Weita AG gemäss Artikel 7 Absatz 2 des Vertrages als Entschädigung für die Qualitätssicherung, Schulung des Pflegepersonals und der Patienten etc. an *santésuisse* entrichtet wird, einzugehen. Diese Rückvergütung kann wettbewerbsrechtlich nicht isoliert, sondern nur in Zusammenhang mit der Anwendung des gesamten Vertrages betrachtet werden. Insofern diese Umsatzabgabe dazu führt, dass nur noch diejenigen Inkontinenzhilfe-Produkte der Weita AG vergütet werden, diejenigen der anderen Anbieter dagegen nicht mehr, wäre sie unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten als problematisch anzusehen. Da die Produkte aller Anbieter vergütet werden, kann die Frage des Einflusses der Umsatzabgabe auf die Vergütung der Inkontinenzhilfe-Produkte jedoch offen bleiben.

B.3.2.4.2 Quantitative Kriterien

69. Wie dargestellt, hat die Untersuchung ergeben, dass nach wie vor alle Produkte aller Anbieter bis zum MiGeL-Höchstbetrag durch die Krankenkassen vergütet werden. Nachfolgend wird auf die quantitativen Auswirkungen des Vertrages zwischen *santésuisse* und der Weita AG eingegangen.

70. Nach den Informationen vom FASMED beträgt das Marktvolumen für Inkontinenzhilfe-Produkte in der Grundversicherung bezogen auf die *Endverkaufspreise* schätzungsweise CHF 120 Mio./Jahr. *santésuisse* schätzt dieses Volumen auf rund CHF 250 Mio./Jahr.

71. Zu *Fabrikabgabepreisen* werden nach Angaben vom FASMED pro Jahr rund CHF 50-60 Mio. gegenüber den Leistungserbringern umgesetzt, wobei diese Fabrikabgabepreise durchschnittlich 50% unter den MiGeL-Höchstpreisen lägen. Gemäss dieser Studie belief sich das Marktvolumen für Inkontinenzhilfe-Produkte in der Grundversicherung bezogen auf die Fabrikabgabepreise zwischen 1999 und 2001 auf maximal CHF 54-60 Mio./Jahr (Mittel CHF 57 Mio.).

72. Im Jahr 2000 (dem Jahr vor Inkrafttreten des Vertrages) wies die Weita AG gemessen an diesem Marktvolumen einen Marktanteil von [0%-1%] auf. Der Umsatz der Weita AG bezogen auf die Fabrikabgabepreise ergab per Ende 2002 einen Marktanteil von [0%-5%] und ausgehend von einem prognostizierten Umsatz per Ende 2003 einen Marktanteil von [5%-10%]. Es kann davon ausgegangen werden, dass das Gesamtmarktvolumen in den letzten zwei Jahren in etwa konstant geblieben ist. Der Marktanteil der Weita AG von [5%-10%] ist gemessen am Gesamtmarktvolumen immer noch als klein einzustufen. Dies

zeigt auch ein Vergleich mit den Marktanteilen der anderen befragten Hersteller, unter denen sich auch solche mit deutlich höheren Marktanteilen befinden (Bsp. IVF Hartmann AG mit [20%-30%], Cosanum mit [10%-20%]). Daneben existiert eine Vielzahl von kleinen Anbietern mit Marktanteilen in der Grössenordnung der Weita AG.

73. Bei der Betrachtung der Marktanteilsverschiebungen (bei in etwa gleich gebliebenem Gesamtmarktvolumen) ist festzustellen, dass die Weita AG zwischen 2000 und 2003 bedeutende Umsatzsteigerungen verbuchen konnte.

74. Da die rasche Umsatzsteigerung der Weita AG nicht eindeutig auf die Abrede zurückgeführt werden kann, wird der absolut erreichte Marktanteil betrachtet. Ein Marktanteil von [5%-10%] ist jedoch nicht derart hoch, dass von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Verdrängung anderer Marktteilnehmer aus dem Markt ausgegangen werden kann.

75. In diesem Zusammenhang ist jedoch speziell auf folgendes Problem hinzuweisen: Falls nämlich die bei santésuisse vereinigten Krankenversicherer den Vertrag marktumfassend in der ursprünglich vorgesehen Form mit einem Hersteller einhalten würden, würden die anderen Hersteller vom Markt ausgeschlossen beziehungsweise die Marktstruktur nachhaltig verändert. Dieses Verhalten wäre kartellrechtlich unzulässig. Ein solcher Marktausschluss würde geringere Effizienzreize für die Weita AG bewirken, womit die Innovationsrate und die Qualität der Produkte abnehmen würde (ausser es fände z.B. eine periodische Ausschreibung für die Hersteller statt).

76. Kartellrechtlich grundsätzlich unproblematisch wären Vereinbarungen, welche im Rahmen von Einzel- oder Gruppenverhandlungen zwischen verschiedenen Krankenversicherern und Herstellern von Inkontinenzhilfe-Produkten entstehen (z.B. ein Vertrag zwischen einem Krankenversicherer und einem Hersteller). In Gruppenverhandlungen sollten die Gruppen auf Seiten der Krankenversicherer und Hersteller nicht zu gross, jedenfalls nicht marktumfassend sein. Kleinere Krankenversicherer könnten sich zusammenschliessen oder sich etwa einem grösseren Krankenversicherer anschliessen, so lange der kumulierte Marktanteil eine im Einzelfall zu bestimmende Grenze nicht übersteigt. Damit müssen, entgegen den Befürchtungen von santésuisse, nicht 90 Krankenversicherer separat mit Dutzenden von Herstellern verhandeln. Auch die Hersteller von Inkontinenzhilfe-Produkten sollten nur in Gruppen verhandeln dürfen, so lange ihr kumulierter Marktanteil im analog definierten Markt eine bestimmte Grenze nicht übersteigt. Im selben Markt würden dann verschiedene Vertragslösungen als Ausdruck von Wettbewerb existieren. Die Vorteile solcher Verhandlungen lägen insbesondere in der Berücksichtigung individueller Vertragspositionen und damit ebenso der Qualität und Wettbewerbs-

fähigkeit der Hersteller und Krankenversicherer, so dass Anreize für effizientes Handeln gesetzt werden könnten.

77. Dabei ist davon auszugehen, dass den allenfalls höheren Verhandlungskosten für mehrere Verträge tiefere Kosten der Einigung innerhalb der jeweiligen Gruppen (Finden des "gemeinsamen Nenners") gegenüberstehen.¹⁸ Somit drängt es sich kaum auf, dass die Krankenversicherer unter der Leitung von *santésuisse* einen solchen Vertrag gemeinsam verhandeln.

B.3.2.5 Ergebnis

78. Die Tatsache, dass weiterhin die Produkte aller anderen Hersteller bis zum MiGeL-Höchstbetrag vergütet werden, führen dazu, dass durch die Abrede der Tatbestand von Artikel 5 Absatz 1 KG nicht erfüllt wird.

79. Somit kann den Anträgen des FASMED und des SAV - es sei im Dispositiv festzustellen, dass die Aufforderung der Krankenversicherer an ihre Versicherten, nur noch die Produkte der Weita AG zu benutzen, da zukünftig nur noch diese vergütet würden, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstelle - nicht entsprechen werden.¹⁹

C. Kosten

80. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

81. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

82. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Keine Gebührenpflicht besteht demgegenüber, wenn sich die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Untersuchung nicht bestätigen (Art. 3 Abs. 2 Bst. c.

¹⁸ Umgekehrt ist anzunehmen, dass Verbandsverhandlungen zwar insgesamt weniger Verhandlungskosten verursachen, dafür umso höhere Kosten der Einigung innerhalb des Verbandes, da sich die zahlreichen Mitglieder einigen müssen.

¹⁹ Vgl. aber oben die Erwägungen in Rz. 75.

KG-Gebührenverordnung; vgl. zum alten Recht den BGE i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, S. 546 f., Erw. 6.1).

83. Im vorliegenden Fall haben sich die zu Beginn der Untersuchung vorhandenen Verdachtsmomente für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nicht bestätigt, weshalb keine Gebühren zu erheben sind.

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung wird eingestellt.
2. Es werden keine Gebühren erhoben.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2	3. <i>Unternehmenszusammenschlüsse</i> <i>Concentrations d'entreprises</i> <i>Concentrazioni di imprese</i>
B 2.3	1. <i>ED&F Man Group/Volcafé Gruppe</i>

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 5. Juli 2004

A. Sachverhalt

1. Am 9. Juni 2004 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die ED&F Man Holdings Limited, über seine niederländische Tochtergesellschaft mittels Aktienkauf die Kontrolle über die Volcafé Gruppe zu erwerben.

2. ED&F Man Netherlands BV hat ihren Sitz in Rotterdam (Niederlande) und ist eine Tochtergesellschaft der ED&F Man Holdings Limited (nachfolgend: ED&F Man Group). Der Konzern hat seinen Hauptsitz in London und ist durch eine grosse Anzahl örtlicher Tochtergesellschaften auf der ganzen Welt tätig. In der Schweiz hat die Käuferin keine Niederlassung. Die Geschäftsaktivitäten (Kerntätigkeitsbereiche) der ED&F Man Group umfassen den Einkauf, den Verkauf sowie die Distri-

bution der Rohwaren Zucker, Melasse, Kakao, ungeröstete Kaffeebohnen und Alkohol.

3. Die Volcafé Gruppe umfasst die Volcafé Holding AG mit Sitz in Winterthur (Schweiz) sowie die Volcafé International Ltd. mit Sitz in St. Helier, Jersey (USA). Es handelt sich dabei um die Zwillingmuttergesellschaften des Volcafé Konzerns (nachfolgend: Volcafé). Volcafé ist weltweit im Bereich Einkauf, Verkauf und Distribution von grünem Kaffee (ungeröstete Kaffeebohnen) tätig.

4. Unifina Holding AG (nachfolgend: Unifina) ist die Verkäuferin der Volcafé Gruppe. Sie ist eine von vier Holdinggesellschaften der Erb Gruppe. Wegen finanzieller Schwierigkeiten der Erb Gruppe beantragte die Unifina Holding AG Anfang Dezember 2003 Nachlassstundung.

5. Die unsichere finanzielle Lage von Unifina hat sowohl das Vertrauen der Kundschaft von Volcafé (Zurückhaltung, in weitere Geschäfte zu investieren), als auch des Managements (Anreiz, den Konzern zu verlassen) beeinträchtigt. Um die Werthaltigkeit zu sichern, entschloss sich die Unifina zum raschen Verkauf ihrer Beteiligung.

6. Die Übernahme des Volcafé Kaffeegeschäfts entspricht der Konzentrationsstrategie von ED&F Man Group auf ihre Kerntätigkeitsbereiche (Handel mit den Rohwaren Zucker, Kaffee, Kakao und Melasse). Zudem sind die geografischen Tätigkeitsgebiete von Volcafé komplementär zu jenen von ED&F Man Group. Es kommt nur zu ganz wenigen Überschneidungen.

B. Erwägungen

B.1 Meldepflicht

7. ED&F Man Group erwirbt mittels seiner niederländischen Tochtergesellschaft von der Unifina 80 Prozent der Aktien der Volcafé Gruppe. Der Erwerb von 80 Prozent des Aktienkapitals ist als Kontrollerwerb und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG; SR 251) zu qualifizieren.

8. Tabelle 1: Kumulierte Umsätze im Geschäftsjahr 2003 in Mio. CHF

		Volcafé	ED&F Man Group	Gemeinsamer Umsatz in Mio. CHF
Weltweit	2003	> 1'000	> 5'000	> 6'000
Schweiz	2003	> 100	> 100	> 400

9. Wie aus Tabelle 1 ersichtlich, sind die Umsatzschwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist folglich meldepflichtig.

B.2 Relevante Märkte

B.2.1 Sachlich relevante Märkte

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

11. ED&F Man Group ist auf dem Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee, Zucker, Melasse (inkl. Ergänzungsnahrung für Tiere, Lagerhaltung), Kakao und Alkohol tätig. Die Volcafé Gruppe ist ausschliesslich Händlerin von ungerösteten Kaffeebohnen und somit nur auf dem Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee tätig.

12. Der Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee (ungeröstete Kaffeebohnen) ist im vorliegenden Fall der einzige Markt, auf dem sich die Geschäftstätigkeiten der beteiligten Unternehmen überschneiden.

B.2.1.1 Grüner Kaffee¹

13. Kaffee ist ein Naturprodukt. Von der Ernte der Kaffeebohnen bis zum fertigen, gerösteten Kaffee, den man im Laden bezieht, bedarf es verschiedener Verarbeitungsstufen. Kaffeebohnen werden aus Kaffeesträuchern gewonnen. Die gewonnenen und geschälten Samen (grüner Kaffee) werden geröstet. Bei der Röstung finden für Aroma und Aussehen der Bohnen grundlegende chemische Veränderungen statt. Erst durch diesen Verarbeitungsprozess erhält der Rohkaffee sein kaffeetypisches Aroma und seine Farbe.

14. Für den Anbau von Kaffee werden hauptsächlich zwei Sorten verwendet: Arabica (gut 60% der Weltproduktion) und Robusta (knapp 40 % der Weltproduktion). Die Kaffeearten können sich in der Qualität unterscheiden. Je nachdem, wie die Sträucher angebaut und kultiviert werden, und je nach Witterungsverhältnissen resultiert eine andere Qualität.

¹Die Ausführungen über Kaffee stützen sich auf folgende Quellen:

- International Coffee Organization, URL: <http://www.ico.org/> (14.06.2004)
- <http://www.coffee.ch/coffee/index.asp?chapter=greencoffee> (14.06.2004)
- http://www.uni-bayreuth.de/departments/didaktikchemie/umat/kaffee2/1_kaffee2.htm (14.06.2004)
- Deutscher Kaffeeverband, URL: <http://www.kaffeeverband.de/26.htm> (14.06.2004)
- Kaffee-Bericht, Deutscher Kaffeeverband, URL: <http://www.kaffeeverband.de/pdf/jb03.pdf> (14.06.2004).

15. ED&F Man Group und die Volcafé Gruppe kaufen grünen Kaffee direkt von den Kaffeeproduzenten, von Landwirten, Mittelsleuten oder an der Rohwarenbörse und verkaufen ihn im Grosshandel an Kaffeeröster auf der ganzen Welt (z.B. an Nestlé, Kraft, Sara Lee, Folger, Tchibo). Die Kaffeeröster sind meistens internationale Unternehmen der Nahrungsmittelindustrie, welche die verarbeiteten Bohnen an ihre Kunden im Detailhandel und in der Gastronomie weiterverkaufen.

16. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass grüner Kaffee als separater Produktemarkt abgegrenzt werden kann. Aufgrund seiner Eigenschaften können rohe Kaffeebohnen im Herstellungsprozess von Kaffee nicht durch eine andere Rohware substituiert werden. Da aber im vorliegenden Fall unabhängig von der Definition des sachlich relevanten Marktes ein Zusammenschluss von ED&F Man Group und der Volcafé Gruppe aus wettbewerblicher Sicht keine Probleme erzeugt, kann die Frage nach der Abgrenzung des sachlichen Marktes letztlich offen gelassen werden.

B.2.1.2 Übrige Märkte: Zucker, Melasse, Kakao, Alkohol

17. Die Grosshandelsmärkte für Zucker, Melasse (inkl. Ergänzungsnahrung für Tiere, Lagerhaltung), Kakao und Alkohol gehören zu den sich nicht überschneidenden Geschäftstätigkeiten. Weil zudem im vorliegenden Fall unabhängig von der Definition des sachlich relevanten Marktes ein Zusammenschluss von ED&F Man Group und der Volcafé Gruppe aus wettbewerblicher Sicht keine Probleme erzeugt und weil gleichzeitig kein gemeinsamer Marktanteil von 30 Prozent erreicht wird (vgl. Rz. 23), kann die Frage nach der Abgrenzung des sachlichen Marktes offen gelassen werden. Aus diesem Grund wird auf besagte Märkte nicht weiter eingegangen.

B.2.2 Geografisch relevante Märkte

18. 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).

B.2.2.1 Grüner Kaffee

19. Grüner Kaffee wird von den Ursprungsländern (Anbaugebiet) mittels Schiffen zu den Kaffeelagereien beziehungsweise zu den Kaffeeröstern transportiert. Verkäufe werden entweder FOB² vom Ursprungsland getätigt, wobei der Röster die Verschiffung und Versicherungen selbst arrangiert, oder zum nächstgelegenen Hafensilo oder zur nächsten Lagerhalle geliefert. Manchmal wird auch direkt an den Rösterbetrieb geliefert.

²Free on Board: frei Schiff.

20. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass der relevante geografische Markt für den Grosshandel mit grünem Kaffee ein globaler Markt ist. Da das Zusammenschlussvorhaben aber zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen wird, kann die Frage nach der Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

B.2.2.2 Übrige Märkte: Zucker, Melasse, Kakao, Alkohol

21. Das Zusammenschlussvorhaben führt weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Zudem erreichen ED&F Man Group und Volcafé auf keinem der Märkte einen gemeinsamen Marktanteil von 30 Prozent (Vgl. Rz. 23). Aus diesen Gründen kann die Frage nach der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes für die sich nicht überschneidenden Geschäftstätigkeiten (Grosshandelsmärkte von Zucker, Melasse, Kakao und Alkohol) offen gelassen werden.

B.3 Stellung auf den betroffenen Märkten

B.3.1 Betroffene Märkte

22. 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 Prozent oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 Prozent 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.

23. Tabelle 2: Marktanteile

		Volcafé	ED&F Man Group	Neumann	Esteve	Gemeinsamer Marktanteil in %
Weltweit	2003	0%-10%	0%-10%	10%-20%	0%-10%	10%-20%
Schweiz	2003	10%-20%	0%-10%	10%-20%	10%-20%	10%-20%
	2002	10%-20%	0%-10%	10%-20%	10%-20%	10%-20%
	2001	10%-20%	0%-10%	10%-20%	10%-20%	10%-20%

24. Aus Tabelle 2 wird ersichtlich, dass ED&F Man Group und Volcafé auf keinem der sachlichen und räumlichen Märkte einen gemeinsamen Marktanteil von mindestens 20 Prozent erreichen. Zudem verfügt in

der Schweiz keines der Unternehmen über einen Marktanteil von 30 Prozent. Somit liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

25. Mit einem Marktanteil von 10-20 Prozent auf einem allfälligen Schweizer Markt würden ED&F Man Group und Volcafé nahezu den Schwellenwert gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU erreichen. Aus zwei Gründen bedarf es diesbezüglich aber keiner weiteren Abklärungen:

- ED&F Man Group wird auch nach einem allfälligen Zusammenschluss mit Volcafé von verschiedenen im Kaffeehandel tätigen Unternehmen konkurrenziert (Neumann mit 10%-20% Marktanteilen, Esteve mit 10%-20% Marktanteilen, Sucafina mit 10%-20% Marktanteilen und weitere).
- Wie bereits unter Ziffer 20 ausgeführt, kann beim Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee von einem globalen Markt ausgegangen werden. Dies bestätigen auch Aussagen von international tätigen Kaffeeröstern.

26. Führende internationale Kaffeeröster haben zudem bestätigt, dass das Zusammenschlussvorhaben keine Änderung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee zur Folge haben wird.

27. Die befragten Unternehmen haben zudem bestätigt, dass es sich beim Grosshandelsmarkt für grünen Kaffee um einen weltweiten Markt handelt und dass der gemeinsame Marktanteil von Volcafé und ED&F Man Group 10-20 Prozent der weltweiten Kaffeeproduktion beträgt.

B.3.1.1 Ergebnis

28. Aus den genannten Gründen wird das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von ED&F Man Group führen. Der vorliegende Zusammenschluss wird deshalb im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 VKU für unbedenklich erklärt und kann vollzogen werden.

B.3.1.2 Gebühren

29. Die Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist seit 1. April 2004 gemäss Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe c KG-Gebührenverordnung gebührenpflichtig. Für die vorläufige Prüfung gemäss Artikel 32 KG wird eine Pauschalgebühr von CHF [...] erhoben (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

B 2.3	2. Bertelsmann AG/Sony Corporation of America
-------	--

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Juli 2004

A. Sachverhalt

1. Am 10. März 2004 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben Sony BMG erhalten und die vorläufige Prüfung eröffnet. Danach beabsichtigen die Bertelsmann AG und die Sony Corporation of America die **Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens**, Sony BMG, im Bereich "recorded music".

2. Am 6. April 2004 beschloss die Kammer Infrastruktur aufgrund von Anhaltspunkten für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung und zur Koordination mit dem Verfahren in der Europäischen Union die Durchführung einer vertieften Prüfung im Sinne von Artikel 32 KG. Zwecks Abklärung weiterer Fragen versandte das Sekretariat Fragebogen an Unternehmen, welche kürzlich neu in den Markt für recorded music eingetreten sind. Zudem wurden weitere Fragebogen an Unternehmen versandt, welche im Bereich "recorded music" tätig sind und nicht zu den so genannten "majors" gehören.

3. Die **Bertelsmann AG (BAG)** ist ein internationales Medienunternehmen mit Sitz in Gütersloh (Deutschland). Ihre Haupttätigkeiten in der Schweiz betreffen Video, Bücherverlag, Zeitschriften, recorded music und music publishing, Druck- und sonstige Mediendienstleistungen, Fernsehen, Bücher- und Musikclubs sowie E-Commerce. Im Bereich der recorded music, welcher für diesen Bericht relevant ist, handelt BAG durch ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft Bertelsmann Music Group (BMG). Im Schweizer recorded music-Markt handelt die BMG über [...].

4. Die **Sony Corporation of America (Sony)** mit Sitz in New York (USA) ist eine indirekte Tochtergesellschaft der Sony Corporation mit Sitz in Tokio (Japan). Sony ist ein internationales Unternehmen, welches vor allem in der Industrie- und Verbraucherelektronik, Unterhaltung und im Bereich Finanzdienstleistungen tätig ist. Im Bereich der recorded music ist Sony in Japan durch ihre Tochtergesellschaft Sony Music Entertainment Japan (SMEJ), ausserhalb Japans durch ihre Tochtergesellschaft Sony Music Entertainment Inc. (SMEI) tätig. In der Schweiz handelt Sony hauptsächlich durch [...]. [...].

5. **Sony BMG** ist das geplante Gemeinschaftsunternehmen von BMG und Sony, welches Sitz in New York haben wird. Es wird von den beiden Gründungsunternehmen gemeinsam, im Verhältnis 50/50, kontrolliert werden. In Sony BMG werden die weltweiten Aktivitäten von Bertelsmann und Sony im Bereich recorded music zusammengelegt, mit Ausnahme des japanischen recorded music-Marktes. Jede der Parteien wird weiterhin ihre music publishing Aktivitäten unabhängig von der anderen ausüben.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

6. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Die meldepflichtigen Unternehmen sind Bertelsmann und Sony. Diese planen das Gemeinschaftsunternehmen Sony BMG zu gründen und gemeinsam 50/50 zu kontrollieren. In Sony BMG werden die weltweiten Aktivitäten von Bertelsmann und Sony im Bereich der recorded music zusammengelegt. Der japanische recorded music-Markt ist nicht Teil dieses Zusammenschlusses. Bei der Herstellungs- und Verteilungslogistik werden Bertelsmann und Sony weiterhin unabhängig voneinander bleiben.

9. Das Unternehmen Sony BMG wird sich auf die Entdeckung, das unter Vertrag nehmen und die Entwicklung von Künstlern und die damit zusammenhängende Werbung, Vermarktung und den Verkauf konzentrieren. Laut Angaben der Parteien lassen sich durch das Gemeinschaftsunternehmen Kosteneinsparungen in sechsstelliger Höhe erzielen. Der genaue Aufbau des Gemeinschaftsunternehmens ist noch nicht klar.

10. Als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes gilt laut Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige

Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Ein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) wird von zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam kontrolliert und muss auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Aufgrund der 50/50-Kontrolle und den oben beschriebenen Aktivitäten ist das geplante Unternehmen Sony BMG als Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG und als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU zu qualifizieren.

B.1.3 Vorbehaltene Vorschriften

11. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die einen Vorbehalt nach Artikel 3 Absatz 1 KG begründen. Dieser wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.1.4 Meldepflicht

12. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG besteht eine Pflicht zur Meldung von Unternehmenszusammenschlüssen, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielt haben (Bst. a) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielt haben (Bst. b).

13. Der Umsatz der beteiligten Unternehmen ist aus unten stehender Tabelle ersichtlich. Die Zahlen sind mit einem Faktor von 1,5 von Euro in CHF umgerechnet worden.

	<i>Weltweiter Umsatz 2002</i>	<i>Umsatz in der Schweiz 2002</i>
<i>Bertelsmann</i>	27'468,3 Mio. CHF	[...] CHF
<i>Sony</i>	93'777,9 Mio. CHF	[...] CHF
<i>Total</i>	121'246,2 Mio. CHF	[...] CHF

14. Die beteiligten Unternehmen erreichen somit die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

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

16. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

17. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

18. Hiezu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.2.1 Relevanter Markt

B.2.1.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 vorliegenden Fall kann als sachlicher Markt von einem Markt für recorded music ausgegangen werden. Dieser Markt umfasst die Entdeckung, Verpflichtung und Ausbildung von Künstlern und die Förderung, den Verkauf und das Marketing von entsprechenden Musikaufnahmen, namentlich CDs, DVDs und MCs. Die unter Umständen vorzunehmende Abgrenzung weiterer Märkte kann an dieser Stelle unterbleiben.

B.2.1.b Räumlich relevanter Markt

21. 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).

22. Der Zusammenschluss von Sony und Bertelsmann bezieht sich mindestens auf das Gebiet der Schweiz, weshalb sich eine genauere Abgrenzung erübrigt.

B.2.2 Voraussichtliche Stellung im betroffenen Markt

23. Es 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 Unterneh-

men 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet).

Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich recorded music in der Schweiz

	<i>Marktanteil 2002 in %</i>
<i>BMG</i>	9,3
<i>SMEI</i>	14,4
<i>Total</i>	23,7

24. Der kumulierte Marktanteil von BMG und SMEI, also der voraussichtliche Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens Sony BMG, beträgt 23,7% und überschreitet demnach den Schwellenwert von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Der Markt für recorded music ist demzufolge als vom Zusammenschluss betroffener Markt zu bezeichnen.

I Aktueller Wettbewerb

25. Der Markt für recorded music in der Schweiz ist aufgeteilt unter fünf grösseren Wettbewerbern und vielen kleineren. Nach dem Zusammenschluss von Bertelsmann und Sony werden es noch vier grössere, neben zahlreichen kleineren, Wettbewerber sein. Die Verteilung der Marktanteile gestaltet sich wie folgt:

*Marktanteile im Bereich recorded music in der Schweiz
(nach dem Zusammenschluss)*

	<i>Marktanteile 2002 in %</i>
<i>Universal</i>	25,4
<i>Sony BMG*</i>	23,7
<i>EMI</i>	16,2
<i>Warner</i>	11,6
<i>Unabhängige</i>	23,1

* siehe Tabelle Rz. 18

26. Die Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung durch das Gemeinschaftsunternehmen Sony BMG ist aus nachfolgenden Gründen auszuschliessen:

- Erstens besteht Konkurrenz durch die anderen Grossunternehmen ("majors"), also Universal, EMI und Warner. Vor allem Universal, mit einem Marktanteil von 25,4 Prozent, wird auch weiterhin führendes Musikunternehmen bleiben. Sony BMG wird jedenfalls nicht in der Lage sein, die Verkaufspreise für die Produkte völlig unabhängig festzusetzen.
- Zweitens gibt es genügend kleinere, unabhängige Unternehmen, wie zum Beispiel Musikvertrieb, Phonag Records AG oder TBA AG, welche ebenfalls eine disziplinierende Wirkung auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen entfalten. Es sind nicht gezwungenermassen alle grossen Künstler auch bei grossen Unternehmen unter Vertrag.
- Drittens wird die Branche unter Druck gesetzt durch in den letzten Jahren aufgekommene, neuere Technologien wie zum Beispiel CD-Brenner oder Internetseiten zum unautorisierten up- und downloaden von Musik so wie auch durch sinkende Preise für Musik-DVDs und den erleichterten Zugang zu CD-Fälschungen. Dadurch ist eine disziplinierende Wirkung gewährleistet.
- Viertens ist anzunehmen, dass sich der kostenpflichtige Online-Vertrieb von Musik negativ auf den Verkauf von physischen Tonträgern auswirken wird. In Zukunft wird es wahrscheinlich möglich sein, einzelne Titel herunterzuladen. Dies wird das Preisniveau für physische Tonträger weiter unter Druck setzen. Ein Vorteil stellt diese Möglichkeit wohl vor allem für die kleineren Musikfirmen dar, weil die Verbreitung und Vermarktung von Veröffentlichungen vereinfacht wird.

27. Ebenfalls ist nicht anzunehmen, dass eine kollektive Marktbeherrschung durch die Majors entstehen wird. Durch die Veränderungen in der Musikindustrie sind sowohl die Verkäufe als auch die Preise zurückgegangen (nach internen Angaben sind die CD-Alben-Verkäufe von BMG zwischen 1998 und 2002 um ca. [...] gesunken, diejenigen von Sony um ca. [...]). Die Branche würde bei einer Erhöhung des Preisniveaus Gefahr laufen, dass die Endkunden noch häufiger auf CD-Brenner, Internet-Download oder Fälschungen zurückgreifen würden. Auch wird der Wettbewerb mit anderen Formen audiovisueller Unterhaltung, wie zum Beispiel Film-DVDs oder Spiel-Software, immer stärker. Aufgrund der Intransparenz und Instabilität des Marktes ist eine kollektive Marktbeherrschung unwahrscheinlich.

28. Zudem ist die Position der Einzelhändler stärker geworden, bedingt durch die zahlenmässige Abnahme der kleineren, spezialisierten Geschäfte, durch die Zusammenschlüsse von Einzelhändlern und durch

die Zunahme der Grossmärkte, welche Musikprodukte verkaufen. Diese sind durch diese stärkere Position in der Lage, einen gewissen Preisdruck auf die Musikindustrie auszuüben.

29. Aus oben angeführten Gründen kann davon ausgegangen werden, dass durch das geplante Gemeinschaftsunternehmen Sony BMG keine individuelle oder kollektive marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

II Potenzieller Wettbewerb

30. Obwohl schon die Prüfung der aktuellen Konkurrenz ergeben hat, dass keine marktbeherrschende Stellung begründet wird, wird an dieser Stelle zusätzlich noch auf die potenzielle Konkurrenz eingegangen. Nach Angaben der Parteien besteht aus folgenden Gründen genügende potenzielle Konkurrenz:

- Auf dem Markt für recorded music seien die Eintrittsschranken für neue Unternehmen relativ niedrig. Es ergäben sich keine nennenswerten Schranken aus gesetzlichen Bestimmungen, Technologie- oder Kapitalbedarf und auch das Verteilungs- und Herstellungspotenzial spielen keine grosse Rolle. Zudem habe der neue Marktteilnehmer mit niedrigen sunk costs zu rechnen, da er Aufnahmen, Herstellung, Vertrieb und Marketing an unabhängige Dritte abgeben könne.
- Ein erfolgreicher Einstieg in den recorded music-Markt hänge vor allem von der Fähigkeit ab, Talente zu entdecken und zu vermarkten.
- In Zukunft werde insbesondere der Online-Vertrieb von Musik eine Rolle spielen. Akteure wie Apple oder Microsoft können bald am Schweizer Markt auftreten.

31. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat im Laufe der Prüfung einen Fragebogen an einige ausgewählte Unternehmen versandt, welcher sich mit der potenziellen Konkurrenz beziehungsweise mit Neueintritten und potenziellen Neueintritten in den Markt für recorded music befasst. Der Fragebogen stellte unter anderem Fragen nach dem Eintrittsdatum in den Markt, die Wahrscheinlichkeit von weiteren Neueintritten (abgestellt auf Erfolgs- und Gewinnaussichten, Eintrittskosten usw.), die Entwicklung des Marktes aus der Sicht der betreffenden Unternehmen usw.

32. Zusammenfassend kann Folgendes gesagt werden:

- Auf die Frage hin, ob sie denken, dass Neueintritte in den Markt für recorded music möglich und aussichtsreich sind, haben die Unternehmen mehrheitlich mit Nein geantwortet. Nur ein Unternehmen wies darauf hin, dass es mit Nischenprodukten durchaus eine Chance gäbe.
-

- Von den acht Unternehmen, welche den Fragebogen beantwortet haben, sind aber dennoch zwei innerhalb des letzten Jahres in den Markt eingetreten. Ein weiteres Unternehmen plant seinen Eintritt auf August 2004. Das heisst, diese Unternehmen rechnen sich Chancen aus, auf Dauer in diesem Markt erfolgreich zu agieren.
- Obwohl alle Unternehmen den Markt für recorded music als rückläufig bezeichnen, sehen die meisten eine Chance durch neue, innovative Produkte. Zwei Unternehmen sehen sich selber als nicht so betroffen von der schwierigen Marktsituation, da sie in der Sparte Volksmusik beziehungsweise Gothic tätig sind, welche von den Majors nicht oder kaum abgedeckt wird.

33. Tritt ein kleiner Konkurrent in einen von grossen Unternehmen dominierten Markt ein, wird dies die Handlungsspielräume der grossen Unternehmen im Normalfall wenig effektiv beschränken können. Marktzutritte durch kleine Unternehmen deuten aber auf die "Angriffbarkeit" eines Marktes hin. Auch können sie die Stellung eingessener Unternehmen schwächen.

34. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass das Gemeinschaftsunternehmen Sony BMG vor allem gegründet werden soll, um Einsparungen in einem rückläufigen Markt machen zu können. Der Zusammenschluss von Sony und Bertelsmann wird teilweise sogar von den kleineren Unternehmen begrüsst, weil sie nach eigenen Angaben so die Möglichkeit erhalten, grosse Künstler, welche durch weiteren Dienstleistungsabbau und Fusionen entlassen werden, unter Vertrag zu nehmen. So wird etwa das im August 2004 in den Markt eintretende Unternehmen "gadget records" die von Warner Music entlassenen schweizerischen Künstler übernehmen.

35. Abschliessend kann gesagt werden, dass im Markt für recorded music genügend aktuelle Konkurrenz und zusätzlich bis zu einem gewissen Grad potenzielle Konkurrenz herrscht.

C. Ergebnis

36. Im geprüften Markt wird durch den geplanten Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Der Zusammenschluss wird deshalb im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 VKU für unbedenklich erklärt und kann vollzogen werden.

D. Kosten

37. Die aus diesem Verfahren entstehenden Kosten werden separat festgesetzt.

B 2.3	3. DLJ Merchant Banking III, Inc./KKR
-------	--

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 17. September 2004

A. Sachverhalt

1. Am 23. August 2004 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen das Unternehmen DLJ Merchant Banking III, Inc. (New York, USA) (nachfolgend "DLJ MB"), und das Unternehmen Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. (New York, USA) (nachfolgend "KKR"), gemeinsam die Kontrolle über die drei Unternehmen Jostens, Inc. (Minneapolis, USA), The Von Hoffmann Corporation (St. Louis, USA) und AKI, Inc. (New York, USA) zu erwerben, welche bisher von DLJ MB allein kontrolliert wurden.¹

2. [...] Die DLJ MB bildet zusammen mit einigen weiteren Gesellschaften die DLJ Merchant Banking III Investment Funds. Seit der Akquisition im November 2000 wird die DLJ MB durch die weltweit tätige Credit Suisse Group kontrolliert und ist in die Credit Suisse First Boston ["CSFB"] integriert. [...] Zurzeit kontrolliert DLF MB über diese Fonds drei Gesellschaften mit Aktivitäten in der Schweiz: Arcade Marketing und [...].

3. Die Beteiligungsgesellschaft KKR betreibt Kapitalinvestitionen bei "Management Buyouts" in eigener Sache sowie für ihre Investoren, indem entweder ein kontrollierender Anteil oder eine Minderheitsbeteiligung erworben wird. Die KKR Portfolio Gesellschaften, in welche die KKR investiert, bleiben separat geführt und voneinander unabhängig. Zurzeit sind insgesamt elf von KKR kontrollierte Portfolio Gesellschaften in der Schweiz aktiv oder domiziliert.

4. Bei den drei Zielgesellschaften handelt es sich um:

- *Jostens, Inc.*, Minneapolis/USA (nachfolgend "Jostens"), verkauft insbesondere Produkte im Zusammenhang mit Schulen und erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Jahrbücher, Klassenbücher, Schulabschlussprodukte und Fotografien. Jostens ist in der

¹ Zu den Zielgesellschaften vgl. unten Rz. 4.

Schweiz nicht aktiv; hat mit anderen Worten weder Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen noch Aktivitäten in der Schweiz.

- *The Von Hoffmann Corporation*, St. Louis/USA (nachfolgend "Von Hoffmann"), produziert Ausbildungstextbücher und entsprechende Komponenten für grosse Verlagshäuser in den USA. Von Hoffmann ist in der Schweiz ebenfalls nicht aktiv; hat mit anderen Worten weder Tochtergesellschaften, Zweigniederlassungen noch Aktivitäten in der Schweiz.
- *AKI, Inc.*, New York/USA (Arcade Marketing, nachfolgend "AKI"), produziert und verkauft Produkte für multisensorisches Marketing, interaktive Werbung und so genannte "Sampling Systems". AKI ist in der Schweiz vor allem im Bereich Marketing und Werbung für die kosmetische Industrie aktiv; der Umsatz in der Schweiz betrug im Jahr 2003 ca. CHF [...].

5. Die drei Zielgesellschaften sind die einzigen operativ tätigen Tochtergesellschaften innerhalb der jeweils übergeordneten Holdingstruktur (Jostens Holding Corp., Von Hoffmann Holdings Inc. und AHC Acquisition Corp. bzw. AKI Holding Corp). Sie werden derzeit durch die DLJ MB (bzw. deren Fonds) als Mehrheitsanteilseignerin an der jeweiligen Holding kontrolliert.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben der beiden Private Equity Investoren DLJ MB und KKR bezweckt, Effizienz und Ertrag der Zielgesellschaften zu steigern. [...] Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird die DLJ MB [...] und die KKR [...] der Stimmrechte der X. Holding halten, die ihrerseits [...] die Y. Holding hält, welche die drei Zielgesellschaften voll kontrollieren wird. [...] Mit dem Vollzug des Zusammenschlusses werden DLJ MB und KKR die gemeinsame Kontrolle über die Zielgesellschaften ausüben.

7. [...]

8. Anhang I auf Seite 1140 stellt vereinfachend das Zusammenschlussvorhaben dar, wie es von den Unternehmen der Wettbewerbsbehörde gemeldet worden ist.

B. Erwägungen

9. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

11. Aufgrund der Darstellung des Sachverhalts handelt es sich vorliegend um einen Vorgang, durch den zwei Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über bestehende Unternehmen erlangen, die sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten (Übergang von alleiniger zu gemeinsamer Kontrolle). Wenn zudem das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt, stellt der Vorgang einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 VKU² in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar. Im vorliegenden Fall sind diese Voraussetzungen für die beiden die Kontrolle erwerbenden Unternehmen KKR und DJL MB sowie für die drei Zielgesellschaften erfüllt.

12. 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.

13. Sofern die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absätze 1-3 KG und Artikel 3-8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Als beteiligte Unternehmen im Sinne von Artikel 3 VKU gelten im vorliegenden Fall die DLJ MB sowie die KKR.³

14. Da die DLJ MB eine Tochtergesellschaft der CSFB ist, welche ihrerseits zur Credit Suisse Group gehört, ist gemäss Artikel 5 VKU der gesamte Umsatz der Credit Suisse Gruppe relevant. Laut Angaben in der Meldung erzielte die Credit Suisse Group im Jahr 2003 einen weltweiten Gesamtumsatz von [...] beziehungsweise [...] und die KKR einen Gesamtumsatz von [...] beziehungsweise [...]. Die kumulierten Umsätze im Jahr 2003 in der Schweiz beliefen sich bei der Credit Suisse Group auf [...] und bei KKR auf [...].

15. Somit sind die Umsatzschwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 3 KG überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben muss deshalb den schweizerischen Wettbewerbsbehörden gemeldet werden.

16. Obwohl am vorliegenden Zusammenschluss Beteiligungsgesellschaften beziehungsweise Banken beteiligt sind, ist die Eidgenössische Bankenkommission aufgrund der vom Vorhaben betroffenen Märkte nicht zuständig (Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 10 VKU).

² Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen; SR. 251.4.

³ In diesem Sinn die Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, veröffentlicht im Amtsblatt C 66 vom 02.03.1998, Rz. 23.

17. Nur nebenbei sei auch auf die Ausnahmeregelung von Artikel 3 Absatz 5 Buchstabe c der EG-Fusionskontrollverordnung⁴ betreffend Beteiligungsgesellschaften hingewiesen: Selbst wenn diese Bestimmung auch in der Schweiz Geltung haben sollte, obwohl sie nicht direkt im KG beziehungsweise der VKU verankert ist, wäre im vorliegenden Fall der beschriebene Tatbestand nicht erfüllt, weshalb die Ausnahmeregelung nicht zur Anwendung käme. Ziel von KKR und DLJ MB ist es gerade, den Return on Equity der Zielgesellschaften zu steigern, was eine über den Werterhalt der eigenen Investition hinausgehende Einflussnahme auf die Geschäftsführung bedeutet. Somit ist von einer Kontrollübernahme auszugehen, obwohl es sich bei der KKR und der DLJ MB um Beteiligungsgesellschaften im Sinne dieser Bestimmung handelt. Eine Ausnahme vom Kontrolltatbestand wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

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

19. Wie bereits erwähnt (siehe Rz. 4), ist von den drei operativ tätigen Zielgesellschaften lediglich die AKI in der Schweiz tätig (Werbung für die kosmetische Industrie), ohne jedoch einen Sitz oder eine Niederlassung in der Schweiz zu haben.⁵ An sich wäre wohl davon auszugehen, dass es sich beim Werbemarkt für Kosmetikprodukte angesichts der international tätigen Kosmetikunternehmen um einen europa- beziehungsweise sogar weltweiten Markt handelt.

20. Letztlich kann diese Frage jedoch offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung auf den Markt Schweiz die Umsätze von AKI nicht bedeutend sind: Gemäss Angaben der Parteien beträgt der Marktanteil von AKI in der Schweiz weniger als 10%. Ihr letztjähriger Umsatz von [...], dabei handelt es sich um den Gesamtbeitrag von Fakturierungen an Schweizer Adressen international tätiger

⁴ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"); ABl. L 24/1 vom 29.1.2004.

⁵ AKI hat in Europa nur Niederlassungen in Paris und London.

Grossunternehmen) erscheint in Anbetracht der Werbeausgaben für umsatzstarke Marken von Pflegeprodukte und Parfums wie bspw. Nivea, Guhl, Biokosma, Fenjal, MUM, Johnson's, Piz Buin, L'Oréal, Maybelline, Garnier, AXE, Dove, Rexona, Timotei, Louis Widmer, CoverGirl, Old Spice, Pantene, Dior, Estée Lauder, Calvin Klein, Yves Saint Laurent, Chanel etc. als offensichtlich unbedeutend.

21. Unter Berücksichtigung der oben genannten Umsatzschwelle wären die Märkte nur dann einer genaueren Prüfung zu unterziehen, wenn die AKI in der Schweiz einen Marktanteil von mindestens 30% hätte. Da davon auszugehen ist, dass auf dem Markt für Werbung für die kosmetische Industrie in der Schweiz jährlich insgesamt weit mehr als CHF 8 Mio. umgesetzt werden, erreicht die AKI mit ihrem Jahresumsatz von CHF [...] diese 30%-Schwelle nicht.

22. Weder die KKR noch die Credit Suisse Group halten im Übrigen direkt oder indirekt Beteiligungen an anderen Unternehmen, welche ähnliche oder gleiche Aktivitäten wie die Zielgesellschaften ausüben oder in nach-, vorgelagerten oder benachbarten Märkten aktiv in der Schweiz sind. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben führt somit zu keinen vertikalen oder horizontalen Überschneidungen.

23. Somit ist von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens auszugehen.

C. Ergebnis

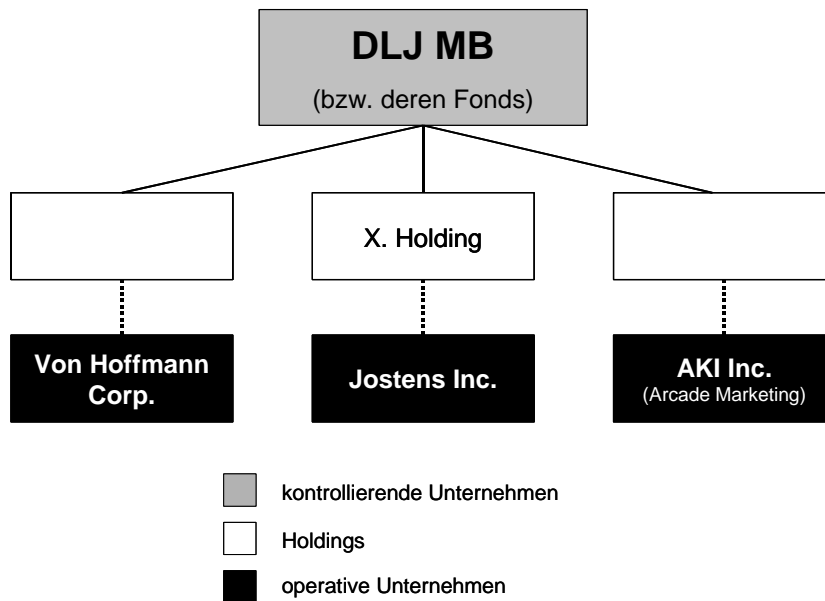
24. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben aufgrund der Umsätze der am Vorhaben beteiligten (bzw. der dahinter stehenden) Unternehmen zwar meldepflichtig ist. Auswirkungen wird das Projekt vorwiegend auf dem US-amerikanischen und anderen Märkten haben, die Schweiz ist davon bloss marginal betroffen. Bezug zur Schweiz hat nur eine der drei Zielgesellschaften; sie setzte im Jahr 2003 auf dem schweizerischen Markt im Bereich Werbung für die kosmetische Industrie lediglich ca. CHF [...] um.

25. 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. Der Zusammenschluss kann deshalb vollzogen werden.

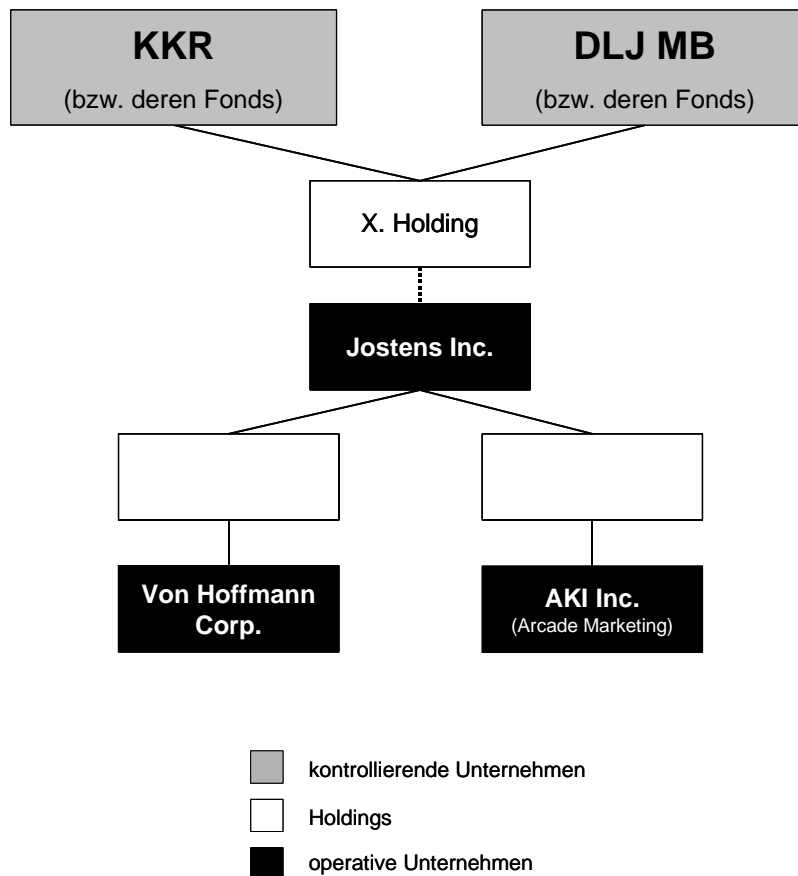
26. Diese vorläufige Prüfung basiert auf den von den Parteien mit der Meldung vorgelegten und nachträglich eingereichten Unterlagen. Artikel 38 KG bleibt vorbehalten.

Anhang I

Grafik 1: Zustand *vor* Zusammenschlussvorhaben (vereinfacht)



Grafik 2: Zustand *nach* Zusammenschlussvorhaben (vereinfacht)



B 2.3	4. BAE Systems plc/Alvis plc
-------	-------------------------------------

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 17. August 2004

A. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 26. Juli 2004 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt BAE Systems plc (BAE), mittels eines öffentlichen Kaufangebots 71% des Aktienkapitals von Alvis plc (Alvis) zu erwerben. BAE hält bereits eine Minderheitsbeteiligung von 29% an Alvis und wird folglich bei Erfolg des Kaufangebots die alleinige Kontrolle von Alvis erlangen.

2. BAE (UK) ist ein an der Londoner Börse kotiertes Unternehmen, das in der Entwicklung, Herstellung und Wartung von hochentwickelten Systemen für Verteidigungszwecke (Luft, Wasser, Boden) sowie für die kommerzielle Luftfahrt tätig ist. Im Einzelnen ist BAE im Bereich Militärflugzeuge, Schiffe, Unterseeboote, Radar, Avionik, Kommunikationsanlagen, Elektronik und Fernlenkwaffen sowie einer Reihe weiterer Rüstungsgüter aktiv.

3. Alvis (UK), ein ebenfalls an der Londoner Börse kotiertes Unternehmen, betätigt sich in der Entwicklung und Herstellung gepanzerter Kampffahrzeuge und bodengestützter Militärsysteme.

4. BAE betrachtet das Rüstungsgeschäft für die Landstreitkräfte als einen Schlüsselbereich für künftiges Wachstum. Der Erwerb von Alvis ermöglicht es BAE, seine Fähigkeiten und Kapazitäten in diesem Geschäftsfeld zu ergänzen. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird auch die Wettbewerbsfähigkeit von Alvis gegenüber Fahrzeuglieferanten wie General Dynamics, Krauss Maffei Wegmann, GIAT und Finmeccanica gestärkt.

5. Am 8. Juli 2004 wurde das Zusammenschlussvorhaben der oben erwähnten Beteiligten der Europäischen Kommission gemeldet und von dieser am 11. August 2004 ohne Auflagen oder Bedingungen genehmigt. Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der europäischen und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

B. Meldepflicht

6. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG, SR 251) gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Ver-

trages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Der Erwerb von 71% des Aktienkapitals ist als Kontrollerwerb und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG; SR 251) zu qualifizieren.

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2003 einen weltweiten Umsatz von über CHF 28 Mia. Damit sind die Umsatzen-schwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erfüllt.

Kumulierte Umsätze weltweit, Geschäftsjahr 2003

BAE Systems	CHF 27,658 Mia.
Alvis	CHF 0,767 Mia.
Total	CHF 28,425 Mia.

8. In der Schweiz erzielten die beteiligten Unternehmen einen kumulierten Umsatz von ca. CHF [...]. Somit ist auch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten und das Zusammenschlussvorhaben ist folglich meldepflichtig.

Kumulierte Umsätze Schweiz, Geschäftsjahr 2003

BAE Systems	ca. CHF [...]
Alvis	ca. CHF [...]
Total	ca. CHF [...]

C. Beurteilung

C1. Relevante Märkte

C1.1 Sachliche Märkte

9. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

10. Gepanzerte Fahrzeuge sind komplexe Produkte, in welchen eine Vielzahl unterschiedlicher Systeme und Subsysteme (Waffen, Steuerung etc.) integriert sind. Die Beschaffung von gepanzerten Fahrzeugen - wie alle anderen Rüstungsgegenstände auch - erfolgt durch die jeweiligen zuständigen nationalen Beschaffungsstellen. In der Schweiz ist die "armasuisse", die zum Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) gehört, die einzige Rüstungsbeschaffungsstelle für den Schweizer Markt.

11. Typischerweise wird die Beschaffungsstelle mit einem Generalunternehmer einen Vertrag abschliessen, welcher die Entwicklung, Produktion und Auslieferung der betreffenden gepanzerten Fahrzeuge und zugehörigen Systeme übernimmt. Der Generalunternehmer ist dafür verantwortlich, dass alle Fahrzeug- und Subsysteme, ob intern oder im Unterauftrag hergestellt, in ein Gesamtkonzept integriert werden, das den Auftragskriterien entspricht. Der Generalunternehmer muss nicht alle Komponenten des Systems selbst herstellen, selbst wenn er die Ressourcen dazu hätte, sondern kann für einen erheblichen Teil Subunternehmer beauftragen.

12. In Bezug auf gepanzerte Fahrzeuge und zugehörige Systeme können die folgenden sachlich relevanten Märkte unterschieden werden:¹

- die Tätigkeit als Generalunternehmer für gepanzerte Fahrzeuge
- Fahrzeugplattformen für gepanzerte Fahrzeuge
- Waffensysteme für gepanzerte Fahrzeuge
- Kommunikationssysteme für gepanzerte Fahrzeuge
- Steuerungs- und Leitsysteme (C2) für gepanzerte Fahrzeuge
- Feuerleitsysteme für gepanzerte Fahrzeuge sowie
- Elektrooptische Sichtsysteme für gepanzerte Fahrzeuge

Obwohl die Marktsegmente nicht so klar abgetrennt werden, können Fahrzeugplattformen gemäss BAE zum Zweck der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung in drei Gewichtsklassen eingeteilt werden: leichte (bis 15t), mittelschwere (15t bis 40t) und schwere Fahrzeuge (über 40t).

13. Da das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung führt, kann die Frage nach einer genaueren Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

C1.2 Räumliche Märkte

14. In geografischer Hinsicht ist nach Angaben von BAE von einem zunehmend internationalen Markt oder zumindest von einem europäischen Markt auszugehen. Gemäss Angaben von armasuisse produzieren nur wenige Schweizer Betriebe Rüstungsmaterial in den sachlich oben genannten Märkten. Der Wettbewerb spielt sich dann zumindest auf der europäischen Ebene ab.

¹ General Dynamics/Alvis (Entscheidung der EU-Kommission vom 26.5.2004, M.3418); Rheinmetall/British Aerospace/STN Atlas (Entscheidung der EU-Kommission vom 24.4.1997, IV/M.894) und Rheinmetall/STN Atlas (Entscheidung der EU-Kommission vom 25.7.2003, COMP/M.3159).

15. Auch wenn ein heimischer Anbieter existiert (und Aufträge gewöhnlich an heimische Anbieter vergeben werden), befindet sich der Wettbewerb in einem Wandel von einer nationalen zu einer internationalen Dimension. Dies hat auch die EU-Kommission festgestellt.² Diese Tendenz wird zum Beispiel durch die Vergabe der gepanzerten Fahrzeuge der mittelschweren Klasse an Alvis, die in der Schweiz keine Produktionsstätten unterhält, belegt (siehe Rz. 21). BAE ist in der Schweiz ebenfalls nicht ansässig.

16. Da das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung führt, kann die Frage nach der geografischen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

C2. Betroffene Märkte

17. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) 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 in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

18. Der Geschäftsbereich gepanzelter Fahrzeuge ist wie der restliche Rüstungssektor ein Bietermarkt, der durch wenige, langfristige und grossvolumige "Alles-oder-nichts"-Aufträge gekennzeichnet ist.

19. Aufgrund dieser Besonderheiten des Marktes sind historische Marktanteile nicht notwendigerweise aussagekräftig. Der Marktanteil eines Konkurrenten kann namentlich aufgrund eines Zuschlags für mehrere Jahre ein sehr hoher sein (bis zu 100%), bei der darauf folgenden Beschaffung aber wieder auf null sinken, wenn der Auftraggeber den Lieferanten wechselt.³

20. So können Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU nur "zufällig" betroffen sein. Es ist durchaus wahrscheinlich, dass unter Berücksichtigung anderer Zeiträume auch andere/weitere Märkte vom Zusammenschluss betroffen wären.

²Raytheon/Thales/JV (Entscheidung der EU-Kommission vom 30.3.2001, COMP/M.2079).

³Weko-Rheinmetall DeTec AG/Oerlikon Contraves AG u.a., RPW 2000/1, S. 50; ähnlich auch Weko-Aerospatiale Matra u.a., RWP 2000/1, S. 69, Rz. 9 und 10; Weko-Adtranz CH/Schindler Waggon AG, RPW 1997/4, S. 535, Rz. 16; Weko-Bombardier/Adtranz, RPW 2001/1, S. 131, Rz. 12.

21. Im vorliegenden Fall sind die Märkte von der Tätigkeit als Generalunternehmer und von Fahrzeugplattformen der mittelschweren Klasse im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Im Zeitraum 1997 bis 2002 hat Alvis den Auftrag für Schützenpanzer (CHF [...]) sowie den Auftrag für Chassis- und Turmtrainer für Schützenpanzer (CHF [...]) erhalten. Dies entspricht einem Marktanteil von (wertmässig) 59% der gepanzerten Fahrzeuge in diesem Zeitraum in der Schweiz. Alvis hat in diesem Zeitraum auch die Funktion als Generalunternehmer eingenommen. BAE war ausserhalb Grossbritannien in den erwähnten Märkten nicht tätig.

22. Ansonsten haben die beteiligten Unternehmen in den letzten drei Jahren kein Material in die Schweiz geliefert und es wurden in diesem Zeitraum auch keine Aufträge in die Schweiz vergeben, ausser indirekt durch das Gemeinschaftsunternehmen Saab, an welchem BAE eine Beteiligung von 35% hält. Saab hat nämlich Feuerleitsysteme und elektrooptische Sichtsysteme in die Schweiz geliefert. Gemäss BAE sind aber keine genauen Informationen über die Marktanteile von Saab auf diesen beiden Märkten in der Schweiz oder im EWR verfügbar.

C3. Marktstellung

23. Gemäss den Auskünften von BAE und den bei der Beschaffungsstelle armasuisse eingeholten Informationen ergeben sich für den Zusammenschluss im Bereich von gepanzerten Fahrzeugen und zugehörigen Systemen aus folgenden Gründen keine Probleme:

- Wie in der unten stehenden Tabelle ersichtlich ist, herrscht auf den relevanten Märkten genügend Wettbewerb. In allen Märkten steht BAE Systems/Alvis mit zahlreichen anderen starken Anbietern im Wettbewerb.

Märkte	BAE Systems/Alvis	Wichtige Wettbewerber
1. Tätigkeit als Generalunternehmer	Alvis	Mowag (General Dynamics) CH Krauss-Maffei Wegmann (Deutschland) GIAT (Frankreich) United Defense (USA) Rheinmetall (Deutschland) Thales (Frankreich)

2. Fahrzeugplattformen		
Schwer	Alvis (16% EWR+CH 1998-2003)	Kraus Maffei Wegmann GIAT Consortio Iveco-Oto (Italien)
Mittelschwer	Alvis (34% EWR+CH 1998-2003)	General Dynamics Patria (Finnland) Consortio Iveca-Oto
Leicht	Alvis (29% EWR+CH 1998-2003)	General Dynamics Panhard Kraus Maffei Wegmann
3. Waffensysteme	Alvis durch Patria entwickelt System AMOS (dreh- turmbasierendes Mörser- geschütz) BAE: System AMS (dreh- turmbasierendes Mörser- geschütz) in Zusammenar- beit mit Delco	RUAG (CH) Rheinmetall/Oerlikon Contraves im Rheinmetall- Detec-Verbund (Deutsch- land/CH) GIAT Oto Melara (Italien) ATK (USA)
4. Kommunika- tionssysteme	Kernbereich von BAE	Thales (Frankreich) General Dynamics Marco-Selania (Finmeccanica)
5. Steuerungs- und Leitsysteme (C2)	BAE durch Alenia Marconi (Beteiligung: 50%)	Rheinmetall GIAT
6. Feuerleitsysteme	BAE durch Saab (Beteili- gung: 35%) Lieferung in die Schweiz (keine genaueren Anga- ben)	GIAT Thales Rheinmetall
7. Elektrooptische Sichtsysteme	BAE durch Saab Lieferung in die Schweiz (keine genaueren Anga- ben)	Ultra/Radamec Thales DRS Raytheon (USA) SAGEM (Frankreich)

Quelle: Meldung von BAE, Rz. 78-101
Betroffene Märkte in dunkelgrau
Möglicherweise betroffene Märkte in hellgrau

- Des Weiteren handelt es sich hier um "Auftragsmärkte" mit einem einzigen Nachfrager pro Land, nämlich dem jeweiligen nationalen Verteidigungsministerium, woraus eine starke ausgleichende Nachfragemacht resultiert. Gemäss den bei der Beschaffungsstelle armasuisse eingeholten Informationen stellt das Zusammenschlussvorhaben für die Beschaffungsstelle aus heutiger Sicht kein Problem dar. Der Wettbewerb zwischen Europa und den USA wird durch den stärkeren europäischen Gegenpol eher begünstigt. Wenngleich die Anzahl möglicher Konkurrenten sich mit diesem Zusammenschlussvorhaben reduzieren wird, stünden nach wie vor in den relevanten Märkten für die armasuisse verschiedene Anbieter zur Auswahl. Zudem dürften sich die beiden Unternehmen gemäss armasuisse bei den geplanten Projekten eher ergänzen als direkt konkurrenzieren.

- Aufgrund des notwendigen technischen Know-hows bestehen im Rüstungssektor generell hohe Marktzutrittschranken. Die Schranken zwischen den verschiedenen Segmenten innerhalb des Rüstungssektors sind jedoch niedrig. Lizenzvereinbarungen sind in diesem Markt üblich und ermöglichen den Eintritt von Wettbewerbern (z.B. Kooperationen zwischen Wettbewerbern anlässlich konkreter Ausschreibungen und bei Produktentwicklungen⁴). Viele Rüstungsaufträge von erheblichem Volumen wurden in der Vergangenheit auch an Firmen vergeben, die zuvor die jeweiligen Güter nicht hergestellt hatten. Dies kann auch durch die Tatsache erklärt werden, dass die Produkte hauptsächlich nach den Vorgaben des einzelnen Auftrags entworfen und entwickelt werden. Sofern die nationalen Beschaffungsstellen ihre Aufträge international ausschreiben und es keinen Anbieter vor Ort gibt - was in der Schweiz oft der Fall ist (vgl. Rz. 14) -, sind die Marktzutrittschranken für gebietsfremde Anbieter innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums aus demselben Grund niedrig.

D. Ergebnis

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

⁴ Beispielsweise hat Alvis den "Piranha" von Mowag für das Vereinigte Königreich und andere Gebiete lizenziert. Einige "Leopard 2"-Kampfpanzer der schweizerischen Armee sind in der Schweiz von der RUAG unter Lizenz von Krauss-Maffei Wegmann hergestellt.

B 2.3	5. <i>Swisscom Systems AG/Itelpro Solutions AG</i>
-------	---

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 28. September 2004

A. Sachverhalt

1. Am 15. September 2004 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisscom Systems AG/Itelpro Solutions AG erhalten. Durch einen Aktienkauf wird Swisscom System AG 100% des Aktienkapitals von Itelpro Solutions AG halten. Damit wird Swisscom Systems AG unmittelbar die Kontrolle über Itelpro Solutions AG erwerben.

2. Die **Swisscom Systems AG** (nachfolgend Swisscom Systems) ist eine unter schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Biel. Ihre Haupttätigkeiten betreffen den Vertrieb, die Installation und die Wartung von Telekommunikationseinrichtungen und -waren. Sie ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Swisscom AG.

3. Die **Itelpro Solutions AG** (nachfolgend Itelpro) ist eine unter schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Dübendorf. Ihre Haupttätigkeiten betreffen das Erbringen von Dienstleistungen in den Bereichen Telekommunikation und Informationstechnologie, Planung und Konstruktion (Installation) von Telekommunikations-Infrastruktur sowie Handel mit Kommunikationsmaterialien. Die Itelpro installiert, vertreibt und wartet Teilnehmervermittlungsanlagen der Alcatel.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

5. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG haben rechtlich wie auch wirtschaftlich selbstständig zu sein.

6. Itelpro ist als rechtlich und wirtschaftlich selbstständiges Unternehmen zu qualifizieren.

7. Was die Swisscom Systems anbelangt, eine 100%-Tochtergesellschaft der Swisscom, ist zu berücksichtigen, dass zahlreiche Personenverflechtungen zwischen den Geschäftsleitungen der Swisscom und der Swisscom Systems bestehen. Dies deutet darauf hin, dass die Swisscom Systems tatsächlich von der Swisscom beherrscht wird und somit als wirtschaftlich unselbstständig zu betrachten ist. Als Unternehmen ist vielmehr die Swisscom-Gruppe (Swisscom AG) als Ganzes zu betrachten.

8. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen (d.h. Itelpro und Swisscom AG, siehe nachfolgend Rz. 10) sind demzufolge als Unternehmen im Sinne vom Artikel 2 KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Durch den Erwerb von 100% des Aktienkapitals von Itelpro erlangt die Swisscom Systems die unmittelbare Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen. Diese Transaktion ist demzufolge als ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

B.2 Meldepflicht

10. Als beteiligte Unternehmen bei der Erlangung der Kontrolle gelten das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen. Das kontrollierte Unternehmen ist im vorliegenden Fall Itelpro. Als kontrollierendes Unternehmen ist nicht die Swisscom Systems, sondern die Muttergesellschaft Swisscom AG zu betrachten, da diese zu 100% im Besitz der Swisscom Systems ist (Geschäftsbericht 2003, Swisscom AG, S. 13). Ausserdem werden die massgebenden strategischen Entscheide betreffend die Geschäftstätigkeit der Swisscom Systems auf Ebene der Swisscom AG getroffen.

11. Nach Artikel 9 Absatz 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

- a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und
- b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

12. Wie aus der unten stehenden Tabelle zu entnehmen ist, erreicht die Itelpro in casu die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG nicht, insofern der von der Itelpro im Geschäftsjahr 2003 in der Schweiz erzielte Umsatz CHF [...] Mio. beträgt.

	<i>Weltweiter Umsatz 2003</i>	<i>Umsatz in der Schweiz 2003</i>
<i>Swisscom AG</i>	CHF 14'581 Mio.	CHF [...] Mio.
<i>Itelpro</i>	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.
<i>Total</i>	CHF [...] Mio.	CHF [...] Mio.

13. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet von Artikel 9 Absatz 1 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

14. Im vorliegenden Fall hat die Wettbewerbskommission in ihrer Rechtsprechung die Marktbeherrschung des erwerbenden Unternehmens, Swisscom AG, rechtskräftig festgestellt. Im Entscheid Telecom PTT/Blue Window (RPW, 1997/2, S. 161 ff.) hatte die Wettbewerbskommission eine beherrschende Stellung der heutigen Swisscom im Markt für Festnetztelefonie festgestellt.

15. Im Übrigen war im Entscheid Swisscom/UTA (RPW 1998/3, S. 412 ff.) für einen ähnlich gelagerten Sachverhalt die Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG ohne weiteres bejaht worden.

16. Diese beiden letzten Fälle wurden auch anlässlich der Vorprüfung des Zusammenschlusses Swisscom Fixnet/WLAN (RPW 2003/1, S. 206 f.) bestätigt.

17. Die Itelpro ist auf dem Markt für Dienstleistungen im Bereich Telekommunikation und Informations-Technologie, Planung und Konstruktion (Installation) von Telekommunikations-Infrastruktur sowie Handel mit Kommunikationsmaterialien und -waren tätig. Die Itelpro installiert, vertreibt und wartet Teilnehmervermittlungsanlagen der Alcatel. Dieser Markt ist demjenigen der Festnetztelefonie nachgelagert. Das Tatbestandsmerkmal von Artikel 9 Absatz 4 KG, letzter Teilsatz, ist somit erfüllt.

18. Der Zusammenschluss ist somit meldepflichtig.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

19. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

20. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

21. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

22. Hiezu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1 Relevanter Markt

B.3.1.a Sachlich relevanter Markt

23. 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).

24. Itelpro bietet Dienstleistungen (Projektplanung, -leitung und -realisierung sowie Schulung und Wartung) im Bereich von traditionellen und IP-fähigen Teilnehmervermittlungsanlagen (nachfolgend TVA) für mittlere und grosse Unternehmen an.

25. Demzufolge ist der sachlich relevante Markt für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben der ***Markt für Dienstleistungen im Bereich TVA***. Die Frage, ob der Markt auf die Dienstleistungen im Bereich nur für mittlere und grosse Unternehmen beschränkt werden soll, kann offen gelassen werden, da selbst bei dieser engeren Markt- abgrenzung der Marktanteil der Itelpro sehr gering wäre. Ausserdem können nach Angaben des kontrollierenden Unternehmens Produkte aus dem Segment der Kleinanlagen zunehmend auch für mittlere und grössere Unternehmen verwendet werden, so dass eine gewisse Substitutionsmöglichkeit vorliegt.

B.3.1.b Räumlich relevanter Markt

26. 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).

27. Die Swisscom Systems und Itelpro bieten ihre Dienstleistungen in der ganzen Schweiz an, weshalb diese den räumlich relevanten Markt darstellt.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

28. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Markt-

anteil 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 (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet).

I. Aktueller Wettbewerb

29. Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich der Dienstleistungen im Bereich TVA in der Schweiz:

	Marktanteil 2003
Swisscom AG (durch Swisscom Systems)	[...]%
Itelpro	[...]%
Total	[...]%

30. Der kumulierte Marktanteil von Swisscom Systems und Itelpro beträgt nach oben stehender Tabelle [...] % und überschreitet demnach den Schwellenwert von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU. Der alleinige Marktanteil der Swisscom Systems überschreitet ebenfalls die 30% Schwelle. Der Markt für Dienstleistungen im Bereich TVA ist demzufolge als vom Zusammenschluss betroffener Markt zu bezeichnen.

31. Im vorliegenden Fall muss das geringe Ausmass der Marktanteilsaddition in Erwägung gezogen werden. Der Zusammenschluss hat zur Folge, dass der Marktanteil von Swisscom Systems [geringfügig] erhöht wird. Dies vermag den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt nicht erheblich zu beeinflussen (vgl. die Rechtsprechung der Weko betreffend geringe Marktanteilsaddition: Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 515, Rz. 49; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 594, Rz. 140).

32. Dieser Standpunkt lässt sich dadurch bekräftigen, dass die Itelpro keine innovative und exklusive Technologie entwickelt hat - als Dienstleistungserbringer auf dem TVA-Markt haben die Marktakteure keine besonderen Tätigkeiten im Bereich Forschung und Entwicklung - oder Patente besitzt, die der Swisscom Systems erlauben würden, über einen potenziell entscheidenden Wettbewerbsvorteil zu verfügen.

33. Wichtige Wettbewerber der Swisscom Systems und der Itelpro sind Ascom (ca. [...] % Marktanteil), Siemens (ca. [...] % Marktanteil) und die Elektroinstallateure (ca. [...] % Marktanteil), wobei die hier erwähnten Marktanteile grob eingeschätzt worden sind.

34. Der aktuelle Wettbewerb wirkt schon in einem erheblichen Masse disziplinierend auf Swisscom Systems. Weil dies allein nicht genügt, um eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stel-

lung ausschliessen zu können, muss deshalb ebenfalls der potenzielle Wettbewerb geprüft werden.

II. Potenzieller Wettbewerb

35. Verschiedene Faktoren sprechen für eine genügende potenzielle Konkurrenz.

36. Neue Unternehmen sind auf dem Markt in den letzten Jahren aufgetreten. Zu erwähnen ist das kontrollierte Unternehmen selber, Itelpro, NextiraOne und zahlreiche, von ehemaligen Mitarbeitern der Swisscom gegründete, Unternehmen. In den nächsten Jahren sollte sich diese Tendenz bestätigen. Dies lässt sich ebenfalls aus den zwei folgenden wettbewerbsrelevanten Faktoren erkennen.

37. Die Marktzutrittskosten sind in diesem Bereich relativ niedrig. Dienstleistungen wie die Projektplanung, -leitung und -realisierung sowie die Schulung für TVA sind im Gegensatz zur Herstellung von TVA-Produkten relativ günstig, insofern sie keine massiven aufwändigen Investitionen bedürfen. Nach Schätzung der Swisscom Systems betragen die Kosten für den Marktzutritt eines kleineren Unternehmens CHF 50'000.-.

38. Ein dritter Faktor besteht darin, dass der Markt mittelfristig einem Innovationszyklus ausgesetzt wird. Lösungen basierend auf Voice-over-IP werden an Bedeutung gewinnen. Eine teilweise Substitution der TVA-basierten Sprachlösungen durch netzwerkbasierte Lösungen wird dementsprechend stattfinden. Dies wird den Markt dynamischer machen, da die Eintrittsbarriere für neue Anbieter (sog. IT-Integratoren) sinkt. Ausserdem werden vermehrt Mobile-Lösungen als Substitut für Teilnehmervermittlungsanlagen betrachtet.

39. Aus den vorstehenden Gründen ist festzustellen, dass die potenzielle Konkurrenz auf dem Markt für Dienstleistungen im Bereich TVA genügend ist.

B.3.3 Ergebnis

40. Zusammenfassend wird durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

41. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat demzufolge ergeben, dass der Zusammenschluss Swisscom Systems AG/Itelpro Solutions AG ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

B 2.3	6. <i>Edipresse/Le Jura Vaudois</i>
-------	--

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

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

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

Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 8 novembre 2004

A. *En fait*

1. Le 21 septembre 2004, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant qu'Edipresse Publications SA envisageait d'acquérir le contrôle de la société Imprimerie du Journal du Jura Vaudois SA.

2. Edipresse Publications SA est une société holding mixte, filiale de Presse Publications SR SA, elle-même détenue à 100% par Edipresse SA.

3. Edipresse Publications SA (ci-après: Edipresse) regroupe l'essentiel de l'activité d'édition des quotidiens et périodiques du groupe Edipresse en Suisse. Elle édite en particulier trois grands quotidiens régionaux (*24 Heures, Le Matin, La Tribune de Genève*) et divers journaux régionaux/locaux (*La Presse Nord Vaudois, La Presse Riviera Chablais, La Broye, Le Journal de Morges*) ainsi que deux hebdomadaires gratuits (*Genève Home Informations, Lausanne-Cités*). Elle détient en outre une participation de 46% dans *Le Temps*. Son but est la création, production et commercialisation de biens porteurs de communication ainsi que l'acquisition et la gestion de participations dans des sociétés ayant un but analogue.

4. Imprimerie du Journal du Jura Vaudois SA (ci-après: Imprimerie JV) est une société familiale, détenue à 100% par MM. BORNAND, qui en sont les administrateurs. Son capital-actions s'élève à CHF 100'000.-.

5. Imprimerie JV exerce une activité d'édition en publiant "*Le Jura Vaudois, Journal d'Aubonne, Feuille d'avis du district d'Aubonne*" (ci-après: *Le Jura Vaudois*), un hebdomadaire local distribué à 1'530 exemplaires dans le district d'Aubonne (une fois par mois: édition élargie, distribuée en tous-ménages, à 5'500 exemplaires). Cette publication contient essentiellement des annonces, des informations sur les manifestations locales ainsi que certains avis officiels des communes du district d'Aubonne. Sa partie rédactionnelle est limitée à quelques textes soumis par des correspondants occasionnels (essentiellement des comptes-rendus des conseils communaux ou de manifestations locales). Il n'emploie aucun journaliste.

6. Imprimerie JV exerce en outre une activité d'imprimerie.

7. Son chiffre d'affaires annuel s'élève en 2003 à CHF [...], dont CHF [...] pour l'activité relative au journal *Le Jura Vaudois* (annonces, abonnements).

8. La concentration envisagée intervient au moyen d'une vente d'actifs. Edipresse et Imprimerie JV ont signé un contrat qui a pour objet la cession, par Imprimerie JV à Edipresse de l'unique journal qu'elle édite, soit le titre *Le Jura Vaudois, Journal d'Aubonne, Feuille d'avis du district d'Aubonne*. L'opération ne concerne pas l'activité d'imprimerie, qui sera interrompue à la fin de l'année 2004 avant liquidation de la société Imprimerie JV.

B. En droit

1. Applicabilité des prescriptions de la LCart

9. La Loi sur les cartels (LCart) s'applique notamment aux entreprises de droit privé ou de droit public qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

10. Selon le Message concernant la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 23 novembre 1994 (Message), la Loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533).

11. Les deux sociétés concernées par le projet notifié répondent à cette définition et tombent dès lors dans le champ d'application de la LCart.

12. L'opération envisagée est une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart, prenant la forme d'une acquisition de contrôle au sens de l'article 1 de l'Ordonnance sur le contrôle de concentrations d'entreprises (OCCE).

13. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéa 1 n'ont pas été invoquées par les parties.

14. En vertu de la décision de la Commission de la concurrence dans l'affaire *Le Temps*, entrée en force (DPC 1998/1, p. 41 ss., ch. 96), Edipresse Publications SA occupe une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse en Suisse romande et sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et Lausanne. Dès lors, la présente opération de concentration, concernant un marché voisin, est soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 4 LCart.

2 Examen préalable

2.1 Marchés des produits

15. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après OCCE), les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

16. Suivant sa pratique constante, instituée dans la décision *Gasser/Tschudi Druck* (DPC 1997/2, p. 179), la Commission de la concurrence distingue, en ce qui concerne la presse écrite, entre le marché des lecteurs, le marché des annonces et le marché de l'imprimerie. Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette pratique en l'espèce.

2.1.1 Marché des lecteurs

17. *Le Jura Vaudois* est un hebdomadaire à vocation locale. Il ne couvre que le district d'Aubonne et ne contient que des informations locales, en relation avec sa zone de distribution. Sa partie rédactionnelle est extrêmement limitée.

18. Généralement, la Comco considère que les journaux à caractère local sont des compléments aux quotidiens d'analyse régionaux et supra-régionaux, et non des substituts (*Berner Oberland Medien*, DPC 2000/3, p. 427; *La Broye*, DPC 2002/2, p. 290, ch. 11).

19. De par son contenu rédactionnel très restreint, *Le Jura Vaudois* se rapproche plus d'une feuille d'annonces que d'un véritable journal d'information. On rappellera à cet égard, qu'il n'emploie aucun journaliste. Il ne peut dès lors être qualifié de substitut aux journaux supra-régionaux et régionaux d'information diffusés dans le district d'Aubonne, tels les produits Edipresse (*24 Heures*, *Le Matin*, *Journal de Morges*) ou d'Hersant (*La Côte*, *L'Echo Rollois et Aubonnois*).

20. Le marché des lecteurs peut dès lors être défini comme celui des journaux paraissant non quotidiennement offrant une information limitée et des annonces purement locales.

2.1.2 Marché des annonces

21. S'agissant des annonces, la Commission de la concurrence distingue entre le marché des annonces à caractère local ou régional et le marché des annonces à caractère national (cf. not. *Gasser/Tschudi Druck*, DPC 1997/2, p. 190; *Le Journal de Morges*, DPC 2002/1, p. 159; *La Broye*, DPC 2002/2, p. 290, ch. 14).

22. *Le Jura Vaudois* ne contient que des annonces à caractère local, transmises par les entreprises, sociétés locales et administrations situées dans le district d'Aubonne.

23. Le marché des annonces peut donc être défini comme celui de la mise à disposition d'espaces destinés aux annonces à caractère local.

2.1.3 Marché de l'imprimerie

24. Edipresse n'envisage pas de reprendre l'activité d'impression de l'Imprimerie JV, qui sera abandonnée à la fin de l'année. Ce marché n'est dès lors pas concerné par la présente opération de concentration.

2.2 Marché géographique

25. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

26. En l'espèce, pour les deux marchés des produits concernées, le marché géographique concerné est la zone de distribution *du Jura Vaudois*, à savoir le district d'Aubonne.

2.3 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

27. Il n'est pas inutile de rappeler ici que *Le Jura Vaudois*, avec 1'530 exemplaires distribués chaque semaine, et un chiffre d'affaires annuel de l'ordre de CHF [...] est un journal d'une taille insignifiante sur le marché vaudois de la presse écrite.

28. Les quotidiens régionaux et supra-régionaux du groupe Edipresse (*24Heures, Le Matin, Le Temps*) ne sont clairement pas des substituts du *Jura Vaudois* et sont situés sur des marchés distincts, tant du point de vue des produits que géographiquement. Il ne peut y avoir addition de parts de marché avec ces produits par le fait du rachat par Edipresse du *Jura Vaudois*.

29. Par ailleurs, s'il devait y avoir une addition de parts de marché avec Edipresse sur les marchés concernés, elle serait dans tous les cas minime, de sorte qu'il y aurait lieu de la considérer comme étant sans effet sur la concurrence.

2.3.1 Concurrence actuelle

30. Sur le marché des lecteurs, il y a lieu de prendre en compte dans la zone de diffusion du *Jura Vaudois*, divers autres journaux locaux, quotidiens ou non, qui couvrent une information locale plus large.

31. *Le Journal de Morges* (détenu par Edipresse) est un bi-hebdomadaire diffusé dans les districts de Morges, Cossonay, et dans une moindre mesure ceux d'Aubonne et Rolle, avec un tirage élargi par mois. Les informations qu'il contient se réfèrent à ces régions.

32. *L'Echo Rollois et Aubonnois* (détenu par le groupe Hersant) est un hebdomadaire diffusé dans les districts de Rolle, Aubonne et dans une moindre mesure Nyon, avec un tirage élargi 18 fois par année. Les informations qu'il contient se réfèrent essentiellement à l'actualité locale du district de Rolle, avec quelques articles consacrés à la vie locale des districts de Nyon et d'Aubonne.

33. *La Côte* (détenu par le groupe Hersant) est un quotidien régional couvrant les districts de Nyon, Rolle, Aubonne et Morges, avec un tirage élargi une fois par semaine. Il contient, outre une rubrique quotidienne portant sur l'actualité de chacun des districts dans lesquels il est diffusé, des rubriques nationales, internationales et sportives. Ce quotidien est dès lors beaucoup plus complet que *Le Jura Vaudois*, *Le Journal de Morges* et *L'Echo Rollois*, tout en mettant un fort accent sur l'actualité régionale.

34. Ces trois journaux exercent une pression non négligeable sur *Le Jura Vaudois*. Ils sont en effet tous trois en mesure de publier des informations sur les faits marquants de la vie locale des communes du district d'Aubonne, tels les comptes rendus des conseils communaux et généraux et des diverses manifestations locales, qui sont le seul contenu rédactionnel du *Jura Vaudois*.

35. S'agissant des annonces officielles et des annonces publicitaires, la concurrence exercée par ces trois journaux sur *Le Jura Vaudois* est similaire.

36. Dès lors, la concurrence actuelle présente sur le marché des journaux locaux dans la région d'Aubonne est suffisamment forte de la part des publications du groupe Hersant, fortement implanté sur ce territoire, pour ne pas avoir à craindre la création ou le renforcement d'une position dominante d'Edipresse susceptible de supprimer la concurrence sur ces marchés.

2.3.2 Concurrence potentielle

37. Si l'on admet que la concurrence actuelle est suffisante, il n'y a pas lieu d'examiner la concurrence potentielle.

38. La création d'un nouveau journal local/régional couvrant la zone de distribution du *Jura Vaudois* est peu probable, au vu de la situation générale de la presse en Suisse et du nombre de titres déjà présents sur ce marché.

39. En revanche, on peut relever que le groupe Hersant est susceptible et a les moyens pour mettre tout en œuvre afin de ne pas laisser Edipresse prendre de l'ampleur sur le marché de la presse régionale et locale dans les zones de diffusion de ses propres journaux. On ne peut dès lors exclure que la concurrence exercée par le groupe Hersant dans la zone de diffusion du *Jura Vaudois* soit encore durcie à l'avenir.

3. Conclusion

40. L'examen préalable ne fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'article 10 LCart.

B 2.3	7. NZZ/Ringier (Akzidenzdruckbereich)
-------	--

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 4. November 2004

1. Zusammenschlussvorhaben

1. Am 20. Oktober 2004 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben erwähnten Zusammenschlussvorhabens eingegangen. Vorgängig wurde der Inhalt der erleichterten Meldung im Sinne von Artikel 12 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) einvernehmlich festgelegt.

2. Die Ringier Print Holding AG (nachfolgend: RPH) ist eine 100%ige-Tochtergesellschaft der Ringier Holding AG, der obersten Konzerngesellschaft der Ringier-Gruppe. In der RPH sind die Druckaktivitäten der Ringier-Gruppe in der Schweiz zusammengefasst. Dies umfasst den Bereich Zeitungsdruck sowie den Bereich Akzidenzdruck (Zeitschriften, Kataloge, Werbedrucksachen, Geschäftsdrucksachen, Bücher, sonstige Drucksachen). Die oberste Konzerngesellschaft hält zudem 100% der Ringier AG, welche die Verlagsaktivitäten der Ringier-Gruppe im In- und Ausland sowie die Druckaktivitäten im Ausland vereint.

3. Die AG für die Neue Zürcher Zeitung (nachfolgend: NZZ) ist die oberste Konzerngesellschaft der NZZ-Gruppe. Über Tochtergesellschaften und Beteiligung ist die NZZ im Verlagswesen sowie im Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.

4. RPH und NZZ gründen die Holdinggesellschaft ("Gemeinschaftsunternehmen") Swiss Printers AG mit Sitz in Zofingen, in welche RPH ihre 100%igen Beteiligungen an den Tochtergesellschaften Ringier Print Zofingen AG (nachfolgend: RPZ), Zofingen, und Zürcher Druck und Verlag AG (nachfolgend: ZDV), Rotkreuz, und NZZ ihre 100%igen Beteiligungen an den Tochtergesellschaften Zollikofer AG, St.Gallen, und Grafische Betriebe NZZ Fretz AG (nachfolgend: NZZ Fretz), Zürich, einbringen werden. Die einzubringenden vier Gesellschaften sind alle praktisch ausschliesslich im Bereich Akzidenzdruck tätig.

5. RPH und NZZ werden sich je im Verhältnis zum Wert der von ihnen eingebrachten Tochtergesellschaften an der Swiss Printers AG beteiligen, nämlich RPH mit 70% und NZZ mit 30%. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Joint Venture Vertrag sieht vor, dass RPH drei beziehungsweise vier und NZZ zwei beziehungsweise drei Mitglieder

des aus fünf bis sieben Mitgliedern bestehenden Verwaltungsrates stellen wird. Für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat und in der Generalversammlung ist für bestimmte wichtige Geschäfte ein Zustimmungsvorbehalt vorgesehen.

2. Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss

6. Der Tatbestand des Gemeinschaftsunternehmens gemäss Artikel 2 VKU ist durch den beschriebenen Vorgang erfüllt und es liegt demnach ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG, SR 251) vor.

7. Folgende Umsätze wurden von den beteiligten Unternehmen 2003 erzielt.

Auf die Darstellung des weltweiten Umsatzes kann verzichtet werden, da die Meldepflicht bereits gestützt auf die Umsätze in der Schweiz gegeben ist, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

Schweiz:

Unternehmen	Umsatz in CHF
Ringier Holding AG	739,8 Mio.
AG für die Neue Zürcher Zeitung	461,7 Mio.
Kumuliert	1'201,5 Mio.

8. Die beteiligten Unternehmen erreichen die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

3. Beurteilung

9. Der sachlich relevante Markt umfasst im vorliegenden Fall den Akzidenzdruckbereich. Was den räumlich relevanten Markt betrifft, kann vorliegend offen gelassen werden, ob weiterhin von einem überregionalen Markt auszugehen ist, oder ob der Beurteilung ein national gefasster Markt zugrunde zu legen ist (vgl. RPW 2000/3, S. 425). Es ist darauf hinzuweisen, dass insbesondere Grossaufträge auch ins Ausland vergeben werden können, was sich (zusätzlich) disziplinierend auf das Wettbewerbsverhalten auswirkt. Die Marktanteile der einzubringenden Gesellschaften und einiger ihrer wichtigsten Konkurrenten stellen sich in einer Gegenüberstellung überregional beziehungsweise national wie folgt dar.

Marktanteil:

<i>Druckerei</i>	<i>überregional</i>	<i>national</i>
<i>RPZ und ZDV</i>	7,3%	4,4%
<i>Zollikofer AG und NZZ Fretz</i>	3,5%	2,1%
<i>Kumuliert</i>	10,8%	6,5%
<i>Zum Vergleich AZ Medien, Aarau</i>	0,69%	0,41%
<i>Zum Vergleich Farbendruck Weber AG, Biel</i>	3,68%	2,21%
<i>Zum Vergleich Vogt-Schild/ Habegger Medien AG</i>	1,46%	0,88%
<i>Zum Vergleich Fotorotar AG, Egg</i>	1,03%	0,62%

10. Die Prozentzahlen in vorstehender Tabelle wurden den Angaben der meldenden Unternehmen entnommen, die sich auf Zahlen der Viscom, Zahlen und Fakten der visuellen Kommunikation vom Mai 2004, stützen.

11. Bleibt anzufügen, dass der Akzidenzdruckmarkt von erheblichen Überkapazitäten geprägt ist und zur Hauptsache (sehr) kleine Unternehmen auf dem Markt tätig sind.

12. Eine definitive Marktabgrenzung erübrigt sich, da in keinem Fall die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU aufgeführten Schwellenwerte für Marktanteile überschritten werden. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission 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 von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da dies hier nicht der Fall ist, liegt kein betroffener Markt im Sinne der VKU vor.

4. Ergebnis

13. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

14. Das Sekretariat beantragt aus diesem Grund, auf eine eingehende Prüfung zu verzichten.

B 2	7. <i>Stellungnahmen</i> <i>Préavis</i> <i>Preavvisi</i>
B 2.7	1. <i>Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Stromversorgung und zur Revision des Elektrizitätsgesetzes</i>

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

Stellungnahme vom 22. September 2004

1. *Grundsätzliche Bemerkungen*

Mit dem Bundesgerichtsurteil in Sachen Watt/Migros-EEF ist der Elektrizitätsmarkt gestützt auf das Kartellrecht grundsätzlich geöffnet. Die Wettbewerbskommission hat jedoch in diesem Zusammenhang stets betont, dass eine allgemeine, spezialrechtliche Marktöffnung einer Öffnung mittels Kartellrecht vorzuziehen ist. Die Wettbewerbskommission begrüsst daher das Bestreben, durch eine sektorspezifische Gesetzgebung auf dem Elektrizitätsmarkt mehr Wettbewerb zu gewährleisten und damit für die Marktteilnehmer mehr Handlungsfreiheit zu schaffen und zur Effizienzsteigerung der Unternehmen beizutragen. Dabei ist grundsätzlich allen Stromabnehmern freier Netzzugang zu gewähren.

Regulierungen sollten - soweit wie möglich - wettbewerbsneutral ausgestaltet werden, das heisst nicht ohne zwingendes Erfordernis Marktteilnehmer bevorzugen oder benachteiligen. Weiter sollten Staatseingriffe die Gefahr von kollusivem Verhalten nach Möglichkeit nicht erhöhen. Zudem ist zu beachten, dass Wettbewerb insbesondere dazu dient, wirtschaftliche Effizienz zu steigern. Wettbewerbspolitische Erlasse - wie der vorliegende - sind daher auf ihre Effizienzwirkung zu prüfen. Zu dieser Effizienzwirkung gehören auch die mit dem Staatseingriff verbundenen Kosten, das heisst der Regulierungsaufwand.

Aus den genannten Überlegungen bringt die Wettbewerbskommission folgende Bemerkungen an.

1.1 Wettbewerbsneutralität zwischen den Strombezügern

Der vorliegende Entwurf sieht vor, dass in einer ersten Phase lediglich Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh pro Vertriebsstätte Netzzugang besitzen. Dadurch werden konkurrierende Unternehmen in Abhängigkeit der Grösse ihrer Produktionsstätte unterschiedlich behandelt. Dies führt zu Wettbewerbsverzerrungen. So könnte ein grosses Shopping-Center seinen Stromlieferanten frei wählen und entsprechend vorteilhafte Strombezugskonditionen aushandeln, während der "Tante Emma"-Laden, welcher sich auf dem Markt gegenüber dem Shopping-Center zu behaupten hat, an seinen bisherigen Stromlieferanten gebunden bleibt und Elektrizität c.p. zu tendenziell schlechteren Bedingungen erhält.

Die Aufhebung dieser Ungleichbehandlung in einer zweiten Phase erfordert einen dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss. Kommt dieser Bundesbeschluss im Parlament nicht zustande oder scheitert er an einer Referendumsabstimmung, wird die Ungleichbehandlung fortgeführt. Somit ist es möglich, dass - anders als bei der früheren EMG-Vorlage - die genannte Wettbewerbsverzerrung zu einem Dauerzustand wird.

Die Wettbewerbskommission beantragt daher, allen kommerziellen Endverbrauchern freien Netzzugang einzuräumen. Die Unterscheidung zwischen kommerziellen Verbrauchern und Haushalten kann dabei über das Vorliegen eines Handelsregistereintrages vorgenommen werden.

1.2 Wettbewerbsneutralität zwischen den Stromunternehmen

1.2.1 Wahlmodell mit abgesicherter Grundversorgung

Der vorliegende Entwurf sieht ein Wahlmodell mit abgesicherter Grundversorgung vor, wonach in der zweiten Phase Verteilnetzbetreiber verpflichtet sind, in ihrem Netzgebiet Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Vertriebsstätte - falls gewünscht - jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität zu liefern.

Damit wird die Wettbewerbsneutralität zwischen den Stromunternehmen verletzt. Stromunternehmen werden umso stärker staatlich reguliert (in Form der Verpflichtung zur Stromlieferung und der damit verbundenen Vorschriften), je grösser die Stromlieferungen an die an ihr Verteilnetz angeschlossenen kleinen Endverbraucher im Verhältnis zu ihrem gesamten Stromverkauf sind. Stromunternehmen mit keinem oder einem verhältnismässig kleinen Verteilnetz erhalten dadurch auf dem Markt für Stromversorgung einen Wettbewerbsvorteil, da sie in geringerem Umfang staatlichen Vorschriften ausgesetzt sind. Bezeichnenderweise war es bei den vorbereitenden Arbeiten anscheinend ein Unternehmen mit verhältnismässig kleinem Versorgungsgebiet, welches diese Idee initiiert hat.

Durch die genannte Bestimmung wird weiter das mit der Wettbewerbsneutralität eng verknüpfte Prinzip der Struktureutralität verletzt, wonach eine Regulierung zu keiner einseitigen Benachteiligung oder Begünstigung von Strukturen führen soll. Als Folge der Lieferpflicht sind Verteilnetzbetreiber gezwungen, im Bereich des Stromverkaufs aktiv zu bleiben. De facto wird es damit Verteilnetzbetreibern gesetzlich untersagt, sich allenfalls auf das Kerngebiet des Netzbetriebs zurückzuziehen. Solche staatliche Strukturvorgaben sind abzulehnen.

Beschränkungen der Wettbewerbs- und Struktureutralität können jedoch gerechtfertigt sein, wenn sie der Erreichung eines öffentlichen Zieles dienen und kein moderateres Mittel besteht, das betreffende Ziel zu erreichen. Vorliegend besteht das angestrebte öffentliche Ziel in der Erhöhung der Versorgungssicherheit. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb örtliche Verteilnetzbetreiber besser in der Lage sein sollten, die Versorgung sicherzustellen als andere Stromlieferanten. Zudem ist zu beachten, dass die Verteilnetzbetreiber auch im Wahlmodell mit abgesicherter Grundversorgung sowohl angebots- wie auch nachfrageseitig dem Markt ausgesetzt sein werden. Nachfrageseitig dadurch, dass sie die Strombeschaffung für die abgesicherte Grundversorgung auf dem Markt vornehmen müssen, soweit sie nicht über eigene Anlagen verfügen. Angebotsseitig dadurch, dass sie laufend dem Druck ausgesetzt sind, dass Endverbraucher der abgesicherten Grundversorgung "in den Markt" abspringen. Das Wahlmodell mit abgesicherter Grundversorgung vermag daher die Versorgungssicherheit nicht zu erhöhen.

Die Wettbewerbskommission beantragt daher, auf das Wahlmodell mit abgesicherter Grundversorgung zu verzichten. Falls der Gesetzgeber Versorgungssicherheit gewährleisten will, sollte dabei dem Wettbewerb soviel Platz wie möglich eingeräumt werden.

1.2.2 Verteilung der Netzkosten

Die Aufteilung der Netzkosten auf die einzelnen Verbraucher und tieferen Netzebenen beeinflusst die Anreize zur zentralen oder dezentralen Stromerzeugung. Entsprechend sollte die Aufteilung der Kosten die Wettbewerbsneutralität zwischen zentraler und dezentraler Erzeugung so weit als möglich gewährleisten.

Der Entwurf sieht vor, dass 70% der nicht verursachergerecht zuzurechnenden Kosten nach der höchsten Jahresleistung angelastet werden. Damit werden Bezüger aus dezentralen Erzeugungsanlagen möglicherweise unangemessen belastet, da sich kurzfristige Spitzenbezüge aus dem Netz aufgrund eines Ausfalls der Erzeugungsanlage auf die Höhe des Netzenutzungsentgeltes eines ganzen Jahres auswirken. In eine ähnliche Richtung könnte die Bruttomethode bei der Kostenzuteilung aufgrund des Stromverbrauchs gehen. In der EMG-Verordnung

wurde übrigens bei der Kostenzuteilung gemäss Leistung auf Halbjahresbasis abgestellt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b).

Aufgrund des hohen Fixkostenanteils des Netzbereichs ist eine vollständig verursachergerechte Zuweisung kaum möglich. Die Wettbewerbskommission erachtet es dennoch als notwendig, der Wettbewerbsneutralität zwischen zentraler und dezentraler Erzeugung bei der Festlegung des Zuweisungsschlüssels Beachtung zu schenken. Zurzeit fehlen diesbezügliche Ausführungen.

1.3 Möglichkeit zu Abreden und kollusivem Verhalten

Der vorliegende Entwurf sieht vor, dass Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft betreffend Verhinderung und Beseitigung von Versorgungsengpässen zusammenarbeiten (Art. 8, 2. Satz). Dies ermächtigt die Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft zur Koordination ihrer aktuellen und insbesondere künftigen Produktionsmengen. Die Wettbewerbskommission weist mit Nachdruck darauf hin, dass durch diese Bestimmung der Kampf gegen allfällige volkswirtschaftlich schädliche Mengenabreden ausserordentlich erschwert würde, da Abreden über den Produktionsumfang vom Gesetzgeber de facto gefordert werden und es im Einzelfall sehr schwierig sein kann nachzuweisen, dass die Abrede nicht der Verhinderung von Versorgungsengpässen dient.

Auch in diesem Fall ist das mögliche öffentliche Ziel der Steigerung der Versorgungssicherheit zu beachten. Die Bestimmung bietet jedoch keinerlei Gewähr für Versorgungssicherheit, da die Unternehmen bei Nichterfüllung ihres Auftrages mit keinen Konsequenzen zu rechnen haben. Auch ist nicht ersichtlich, weshalb zur Erreichung von Versorgungssicherheit eine Zusammenarbeit der verschiedenen Anbieter bezüglich Produktionskapazitäten zwingend notwendig sein sollte.

Die Wettbewerbskommission beantragt daher eine Streichung der eingangs erwähnten Bestimmung.

1.4 Regulierungsaufwand

In der Schweiz bestehen rund 900 Elektrizitätsversorgungsunternehmen. Dabei sind viele der gemeindeeigenen Werke Teil der Verwaltung und erfüllen weitere Aufgaben, etwa in den Bereichen Wasser-, Gas-, Fernwärmeversorgung. Der vorliegende Entwurf sieht vor, dass jeder Betreiber betreffend den Elektrizitätsnetzbereich:

- eine buchhalterische Entflechtung vornimmt,
- eine organisatorische Trennung sicherstellt,
- eine separate Jahresrechnung nach den Bestimmungen des Aktienrechts führt,
- eine Kostenrechnung führt,

und zudem betreffend Energielieferung

- eine Kostenträgerrechnung bezüglich feste Endverbraucher führt (1. Phase),
- eine Kostenträgerrechnung bezüglich der Kunden im Wahlmodell der festen Grundversorgung führt (2. Phase).

Diese Vorschriften führen zu einem ausserordentlich hohen administrativen Aufwand der betreffenden Unternehmen. Hinzu kommt der Aufwand der Regulierungsbehörde zur Überwachung der Einhaltung dieser Vorschriften bei 900 Unternehmen. Die daraus entstehenden Regulierungskosten könnten die allfällige Nettoeffizienz der Strommarktöffnung gefährden. Es stellt sich daher ernsthaft die Frage nach kostengünstigeren Regelungen. So ist etwa zu fragen, ob 900 Kostenrechnungen notwendig sind oder ob die Netztarife vieler Unternehmen stattdessen ohne Kostenrechnung aufgrund des Vergleichsmarktkonzepts geprüft werden könnten. Diesbezüglich ist anzumerken, dass auch bei Kostenrechnungen Spielraum für die Kostenzuweisung besteht und Überprüfungen grundsätzlich sehr aufwändig sind.

Die Wettbewerbskommission beantragt daher, den Gesetzesentwurf unter dem Gesichtspunkt des Regulierungsaufwands kritisch zu überprüfen.

Bezüglich des Regulierungsaufwandes ist anzumerken, dass das Wahlmodell der abgesicherten Grundversorgung auch unter diesem Aspekt abzulehnen ist. Wie dargelegt, vermag das Wahlmodell die Versorgungssicherheit nicht zu erhöhen. Es ist jedoch mit erheblichem Regulierungsaufwand verbunden. So sollen etwa die Netzbetreiber zu einer Kostenträgerrechnung verpflichtet werden, Kriterien für die Einheitlichkeit der Tarife sind festzulegen und deren Einhaltung zu überwachen, Modalitäten für den Wechsel in den "freien Markt" und zurück sind zu bestimmen und einzuhalten.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Gesetzesartikeln

2.1 Allgemeine Bestimmungen (1. Kapitel)

Artikel 4 Begriffe: Die Wettbewerbskommission beantragt, die Definition für feste Endverbraucher (Bst. e) wie folgt zu ändern: "Kunden, welche Elektrizität nicht für kommerzielle Zwecke nutzen. Bei Vorliegen eines Handelsregistereintrages wird kommerzielle Nutzung vermutet." Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter 1.1 verwiesen. Der Handelsregistereintrag stellt ein klares und einfach handhabbares Kriterium zur Unterscheidung zwischen kommerziellen und Haushaltskunden dar. Durch den Vermutungstatbestand kann missbräuchlichen Handelsregistereintragen entgegengetreten werden, ebenso ermöglicht es, offensichtlich kommerziell tätige Stromverbraucher auch ohne Handelsregistereintrag anzuerkennen.

2.2 Versorgungssicherheit (2. Kapitel)

Artikel 7 Wahlmodell abgesicherte Grundversorgung: Die Wettbewerbskommission beantragt die Streichung dieses Artikels. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter 1.2.1 verwiesen.

Artikel 8 Verantwortung der Elektrizitätswirtschaft: Die Wettbewerbskommission beantragt die Streichung des 2. Satzes. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter 1.3 verwiesen.

2.3 Netznutzung (3. Kapitel)

Artikel 11 Netzzugang: Die Wettbewerbskommission beantragt, Absatz 2 wie folgt zu ändern: "Haushaltskunden haben keinen Netzzugang." Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter 1.1 verwiesen.

Artikel 12 ff. Netznutzungsentgelt: Die Wettbewerbskommission beantragt, den Zuweisungsschlüssel gemäss Artikel 12 Absatz 5 unter dem Aspekt der Wettbewerbsneutralität zwischen zentraler und dezentraler Elektrizitätserzeugung zu prüfen. Zur Begründung wird auf die Ausführungen unter 1.2.2 verwiesen.

Bei Berechnung des Netznutzungsentgeltes ist der Benchmarking-Methode gegenüber einer rein kostenorientierten Berechnung der Vorzug zu geben.

2.4 Strafbestimmungen (7. Kapitel)

Die Wettbewerbskommission beantragt, für die in Artikel 33 genannten Widerhandlungen neben Bussen gegen natürliche Personen Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen vorzusehen. Es ist kaum möglich, die betreffenden Widerhandlungen einer bestimmten Person anzulasten. So werden etwa Preisentscheide oftmals in einem Gremium gefällt, wobei die relevanten Daten im Voraus von Drittpersonen aufbereitet werden. Auch in Unbundling-Vorgängen sind in der Regel verschiedene Personen involviert. Um Widerhandlungen wirkungsvoll sanktionieren zu können, muss deshalb gegen Unternehmen als juristische Personen vorgegangen werden können.

2.5 Änderung des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998

Artikel 7b Massnahmen zur Erhöhung der Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Energien: Um Wettbewerbsneutralität zu gewährleisten, sind die Mindestmengen von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, welche an die Kunden abzugeben sind, als prozentuale Quote festzulegen, wie dies gemäss Botschaft (S. 84) vorgesehen ist.

Vernehmlassungsfragen des Bundesrates***betreffend das "Bundesgesetz über die Stromversorgung"******Thema A: Vorgezogene Regelung des grenzüberschreitenden Handels***

Vorgeschlagen wird eine umfassende Gesetzesvorlage über die Stromversorgung, wobei die Regelung für den grenzüberschreitenden Stromhandel durch eine Revision des Elektrizitätsgesetzes zeitlich befristet vorgezogen wird.

- *A1: Befürworten Sie die zeitlich befristete und vorgezogene Regelung des grenzüberschreitenden Stromhandels?*

JA

NEIN

- *A2: Ihr Kommentar*

Thema B: Zweite Etappe: Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung

Vorgeschlagen wird, dass anschliessend an die erste Etappe, das heisst fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes, das Wahlmodell mit abgesicherter Stromversorgung (WAS) für kleine Endverbraucher eingeführt wird. Das Wahlmodell sieht vor, dass der kleine Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch unter 100'000 kWh pro Verbrauchsstätte wählen kann, ob er den Strom frei im Markt beziehen will oder wie bisher, vom angestammten Versorgungsunternehmen versorgt werden muss.

- *B1: Befürworten Sie diese Ausgestaltung des Wahlmodells?*

JA

NEIN

- *B2: Ihr Kommentar*

Das Wahlmodell führt zu einer Ungleichbehandlung von Stromanbietern, in dem es Netzbetreibern in Abhängigkeit der an ihr Netz angeschlossenen "kleinen" Endverbrauchern grössere Pflichten auferlegt. Weiter zementiert es gesetzlich die Struktur des Netzbetreibers als Stromverkäufer und führt zu einem erhöhten Regulierungsaufwand, ohne die Versorgungssicherheit zu steigern.

Thema C: Zeitliche Etappierung der Marktöffnung

Vorgeschlagen wird eine Öffnung in zwei Etappen. Gründe dafür sind die Ablehnung des EMG aber auch die damit gebotene Möglichkeit, Erfahrungen aus der ersten Etappe zu nutzen. Die erste Etappe mit einer Teilmarktöffnung dauert fünf Jahre. In der nachfolgenden Etappe soll für kleine Endverbraucher das Wahlmodell mit abgesicherter

Stromversorgung (WAS) eingeführt werden (WAS: Wahl zwischen freier Lieferantenwahl oder Versorgung durch das bisherige Versorgungsunternehmen).

- *C1: Befürworten Sie eine 5-jährige Teilmarktöffnung als erste Etappe?*

JA

NEIN

- *C2: Befürworten Sie die anschliessende Öffnung mit dem WAS?*

JA

NEIN

- *C3: Ihr Kommentar*

Die Wettbewerbskommission kann eine Teilmarktöffnung nur befürworten, wenn der Markt in der ersten Etappe für sämtliche kommerziellen Kunden geöffnet wird (vgl. Antwort zu Thema D). Das Wahlmodell mit abgesicherter Grundversorgung wird aus den unter B genannten Gründen abgelehnt.

Thema D: Erste Etappe: Grenze von 100'000 kWh zwischen festen und freien Endverbräuchen

Die Expertenkommission hat als Kompromiss festgelegt, dass Endverbraucher, die einen Jahresverbrauch von mehr als 100 MWh aufweisen, freie Lieferantenwahl haben. Die anderen Endverbraucher bleiben fest beim bisherigen Versorgungsunternehmen. Der Bundesrat ist vorbehaltlich der Vernehmlassungsergebnisse der Auffassung, dass eine tiefere Grenze zu bevorzugen wäre

- *D1: Befürworten Sie für die erste Etappe die gewählte Grenze von 100'000 kWh zwischen freien und festen Endverbräuchern?*

JA

NEIN

- *D2: Befürworten Sie für die erste Etappe eine Grenze unter 100'000 kWh zwischen freien und festen Endverbräuchern?*

JA

Falls ja, welche Grenze?

NEIN

- *D3: Ihr Kommentar*

Die Grenzziehung aufgrund des Stromverbrauchs führt zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Strombezüglern und ist deshalb abzulehnen. Stattdessen ist eine Unterteilung

zwischen kommerziellen Kunden und Haushaltskunden vorzunehmen.

Thema E: Der Übergang von der ersten zur zweiten Etappe

Ein wesentliches Element des Kompromisses der Expertenkommission ist ein dem fakultativen Referendum unterliegender Bundesbeschluss zur Einführung der zweiten Etappe.

- *E1: Befürworten Sie diese Möglichkeit des fakultativen Referendums vor Inkrafttreten der zweiten Etappe?*

JA

NEIN

- *E2: Ihr Kommentar*

Sollte die zweite Etappe nicht verwirklicht werden, wird die unter D genannte Wettbewerbsverzerrung zum Dauerzustand. Entscheidet der Jahresverbrauch über das Bestehen von freier Lieferantenwahl, ist ein neuer Bundesbeschluss zur Einführung der zweiten Phase daher abzulehnen.

Thema F: Die Förderung von erneuerbaren Energien und der Energieeffizienz

Vorgeschlagen wird, dass im Gesetz ein konkretes, verbindliches und quantifizierbares Ziel für die Förderung der erneuerbaren Energien sowie der Energieeffizienz festgelegt wird. Bei der Umsetzung sollen vorerst die Strombranche und die Wirtschaft ihre eigenen Anstrengungen vorantreiben (freiwillige Massnahmen). Die Zielerreichung soll überprüft werden. Falls sich abzeichnet, dass mit freiwilligen Massnahmen die Ziele nicht erreicht werden, trifft der Bund frühestens nach fünf Jahren die nötigen Massnahmen.

- *F1: Begrüssen Sie den vorgeschlagenen Weg der verbindlichen, quantifizierbaren Ziele, der Freiwilligkeit von Massnahmen und subsidiären Massnahmen des Bundes im Falle, dass die Ziele verfehlt werden?*

JA

NEIN

- *F2: Begrüssen Sie das vorgeschlagene Ziel, bis ins Jahr 2030 die durchschnittliche Erzeugung pro Jahr aus erneuerbaren Energien um 5400 GWh zu erhöhen?*

JA

NEIN

- *F3: Befürworten Sie, als subsidiäre Massnahmen des Bundes, eine an den Kosten orientierte Einspeisevergütungsregelung für Strom aus erneuerbaren Energien (befristet und abnehmend, um einen Innovationsanreiz zu gewähren)?*
 - JA
 - NEIN
- *F4: Befürworten Sie, als subsidiäre Massnahmen des Bundes, eine Quotenregelung, kombiniert mit einem internationalen Zertifikatehandel, für erneuerbare Energien?*
 - JA
 - NEIN
- *F5: Befürworten Sie, als subsidiäre Massnahmen des Bundes, eine kombinierte Regelung für Quoten (kombiniert mit einem internationalen Zertifikatehandel) für erneuerbare Energien und einer kostendeckenden Vergütung für Strom aus erneuerbaren Energien zur Gewährleistung der Investitionssicherheit?*
 - JA
 - NEIN
- *F6: Ihr Kommentar*

Da es sich um eine umweltpolitische Fragestellung handelt, enthält sich die Wettbewerbskommission grundsätzlich einer Stellungnahme.

Thema G: Übertragungsnetzbetreiber

Vorgeschlagen wird, dass der Übertragungsnetzbetreiber eine selbstständige, privatrechtliche Aktiengesellschaft mit Sitz in der Schweiz ist. Diese Gesellschaft wird schweizerisch beherrscht.

- *G1: Befürworten Sie die Schaffung eines Übertragungsnetzbetreibers als*
 - privatrechtliche Aktiengesellschaft, schweizerisch beherrscht (Vorschlag gemäss Bundesgesetz über die Stromversorgung)?
 - staatliche Netzgesellschaft?
 - *G2: Ihr Kommentar*

Solange die verfassungsmässige Zulässigkeit nicht vollständig geklärt und die Modalitäten nicht klar definiert sind, enthält sich die Wettbewerbskommission einer Stellungnahme.
-

Subkommission Pa.Iv. 03.409 "Elektrizitätsmarkt"**ERGÄNZENDE FRAGEN ZUR VERNEHMLASSUNG BUNDESGESETZ
ÜBER DIE STROMVERSORGUNG DES UVEK****16.6.2004**

1. Befürworten Sie, dass nur die wesentlichen Rahmenbedingungen auf Gesetzesstufe und die übrigen Detailbestimmungen auf Verordnungsstufe zu regeln sind?

 JA NEIN

- Falls JA: Welche Elemente des vorliegenden Entwurfes des Gesetzes über die Stromversorgung könnten auch auf Verordnungsstufe geregelt werden?
- Falls NEIN: Welche Lösung bevorzugen Sie?
- Kommentar: ***Dies entspricht dem üblichen Vorgehen beim Erlass von Rechtsvorschriften.***

2. Befürworten Sie, dass im neuen Bundesgesetz über die Stromversorgung das Subsidiaritäts- und Kooperationsprinzip konsequent umgesetzt wird, insbesondere im Bereich des Verteilnetzes beziehungsweise der Netznutzungsentgelte?

 JA NEIN

- Falls NEIN: Bevorzugen Sie ein detaillierteres Gesetz, das die Rechtssicherheit in den Bereichen Wettbewerb, Versorgungssicherheit und erneuerbare Energien gewährleistet?
- Kommentar: ***Regulierung ist ein hoheitlicher Akt. Wird die Regulierung den Betroffenen überlassen, dient sie in erster Linie den Interessen der Branche und höchstens in zweiter Linie der Steigerung der volkswirtschaftlichen Effizienz.***

3. Befürworten Sie im neuen Bundesgesetz über die Stromversorgung spezielle Regelungen mit dem Ziel, die Versorgungssicherheit (insbesondere Reservehaltung) zu gewährleisten?

 JA NEIN

Da es sich nicht um wettbewerbspolitische Fragestellungen handelt, enthält sich die Wettbewerbskommission grundsätzlich einer Stellungnahme.

-
- Falls JA: Sind Sie mit der im Entwurf des Gesetzes über die Stromversorgung vorgeschlagenen Lösung (Art. 5-9) einverstanden? **Nein**
 - Falls NEIN: Sehen Sie andere Möglichkeiten?
 - Kommentar: **Regulierungen sollten möglichst wettbewerbs- und strukturneutral ausgestaltet sein und mit geringem Aufwand stattfinden. Das Wahlmodell der abgesicherten Stromversorgung erfüllt diese Kriterien nicht und ist deshalb abzulehnen. Weiter besteht die Gefahr, dass durch die in Artikel 8 festgelegte Zusammenarbeit der Stromunternehmen volkswirtschaftlich schädliche Mengenabreden ermöglicht oder erleichtert werden.**
4. Befürworten Sie im neuen Bundesgesetz über die Stromversorgung Regelungen zur Stärkung der Marktposition der erneuerbaren Energien, insbesondere der einheimischen Wasserkraft?
- JA
- NEIN
- Falls JA: Bevorzugen Sie die im abgelehnten Elektrizitätsmarktgesetz vorgesehene Lösung (Art. 28 Darlehen an Wasserkraftwerke), oder bevorzugen Sie eine alternative Lösung?
 - Kommentar: **Da es sich nicht um wettbewerbspolitische Fragestellungen handelt, enthält sich die Wettbewerbskommission einer Stellungnahme.**
5. Befürworten Sie, dass im neuen Bundesgesetz über die Stromversorgung die Massnahmen für eine effiziente Stromnutzung konkretisiert werden, zum Beispiel durch
- verbindliche Vorschriften für effiziente Geräte (Mindest-Anteil A-Klasse) gegen unnötige Stand-by-Verluste;
 - die Förderung von Energieeffizienzmassnahmen (z.B. Ersatz von ineffizienten Elektroheizungen durch Wärmepumpen);
 - Vorschriften über die Tarifstruktur für die Netznutzung, welche dem Anliegen einer effizienten Verwendung von Elektrizität Rechnung tragen (z.B. Vermeidung von Mengenrabatten)?
- JA
- NEIN
-

- Kommentar: *Da es sich nicht um wettbewerbspolitische Fragestellungen handelt, enthält sich die Wettbewerbskommission einer Stellungnahme.*

B 2.7	2. Anhörung zur Änderung der Technischen Verordnung über Abfälle (TVA)
-------	---

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

Aus den in der Folge dargelegten Gründen hat die Wettbewerbskommission beantragt, dass

1. der Bundesrat das Ersuchen der Stiftung Auto Recycling Schweiz um Festlegung eines Einzugsgebiets ablehne, und
2. auf dem Verordnungsweg in wettbewerbsneutraler Weise festschreibe,
 - a. welche Auflagen bei der Entsorgung von Fahrzeugen zu beachten sind, und
 - b. dass alle Akteure verpflichtet sind, für die korrekte Entsorgung der hergestellten beziehungsweise importierten Fahrzeuge zu sorgen.

Allgemeines zur Entsorgung von Altstoffen

Die Kartellkommission (Vorgängerin der Wettbewerbskommission) empfahl dem Bundesrat in ihrem Bericht über die Wettbewerbsverhältnisse auf Altstoffmärkten, dass der Bundesrat den oder die Entsorgungspflichtigen bezeichnen und die Auflagen festlegen solle, welche der oder die Entsorgungspflichtigen bei der Entsorgung der Altstoffe mindestens zu erfüllen habe, sofern bei der Altstoffentsorgung marktwirtschaftliche Instrumente nicht zur Anwendung kommen könnten (vgl. Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers VKKP 2/1996; S. 55). Ist festgelegt, wer die Entsorgung zu übernehmen hat und welche Auflagen dabei zu beachten sind, ist dem Verpflichteten die weitere Organisation der Entsorgung zu überlassen.

Die Wettbewerbskommission teilt diesbezüglich die Meinung der Kartellkommission und erkennt im vorliegenden Fall keinen Grund, weshalb vom eben genannten Grundsatz abgewichen werden sollte.

Anzufügen bleibt an dieser Stelle, dass die vom Entsorgungspflichtigen zu erfüllenden Auflagen in wettbewerbsneutraler Weise festge-

schrieben werden sollten. Im konkreten Fall ist in diesem Zusammenhang insbesondere der Grundsatz der Technologieneutralität (= keine Technologie wird bevorteilt) zu nennen. So wird im erläuternden Bericht der beabsichtigte Staatseingriff damit begründet, dass die heutigen Behandlungsverfahren für Shredderabfälle (RESH) nicht zu befriedigen vermöchten. Insbesondere würde die Stiftung befürchten, dass "ohne flankierende Massnahmen die in der Schweiz anfallenden Shredderabfälle weiterhin in anderen, allenfalls billigeren und auch ökologisch weniger hoch stehenden Anlagen entsorgt werden könnten" (S. 3 des erläuternden Berichts).

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission hat der Gesetzgeber alle RESH-Behandlungsverfahren zuzulassen, welche die umweltrechtlichen Anforderungen erfüllen. Insbesondere sollte vermieden werden, durch entsprechende Ausgestaltung der Rahmenbedingungen gewisse Verfahren zu benachteiligen, welche die umweltrechtlichen Anforderungen erfüllen. Die regulatorische Bevorteilung der zu einem bestimmten Zeitpunkt gerade besten Entsorgungstechnologie für eine bestimmte Abfallfraktion dürfte tendenziell dazu führen, dass die Schweiz letztendlich mit Entsorgungsmonopolen übersät wird, weil es vermutlich für jede Abfallfraktion ein "bestes" Entsorgungsverfahren gibt. Um Wettbewerb auch im Entsorgungsbereich zu ermöglichen beziehungsweise zu erhalten, ist daher wesentlich, dass der Gesetzgeber zwar bestimmt, welche Umweltkriterien bei der Entsorgung zu erfüllen sind, dies aber in einer technologieneutralen Weise tut.

In diesem Zusammenhang ist Artikel 14a Absatz 3 des Entwurfs zu erwähnen, welcher eine bestimmte Entsorgungstechnik, nämlich die Verglasung, festschreibt. Die Festschreibung bestimmter Entsorgungstechniken behindert tendenziell den Innovationswettbewerb in diesem Bereich. Sofern möglich, sollte eine technologieneutrale Formulierung gewählt werden. Dies gilt auch für Anhang 1, Ziffer 13, auf welchen der genannte Artikel verweist.

Zur Festlegung eines Einzugsgebiets

Wie im erläuternden Bericht zur Änderung der TVA betreffend die Entsorgung von RESH auf Seite 3 ausgeführt, wird die RESH-Anlage eine "gewisse Monopolstellung bei der RESH-Entsorgung einnehmen". Dies insbesondere, weil die TVA in Artikel 14b in Verbindung mit Artikel 57a neu bestimmen soll, dass die Inhaber von Shredderabfällen diese Abfälle während 12 Jahren der Abfallbehandlungsanlage der Stiftung Auto Recycling Schweiz zu übergeben haben.

Wir gehen darin einig, dass ein Investitionsvorhaben (gleich welcher Grösse) nur realisiert wird, wenn sich die Investition mit hinreichenden Aussichten profitabel gestalten, zumindest aber amortisieren lassen wird. Daher ist es auch verständlich, dass Unternehmen vor dem Tätigen solcher Investitionen die Marktverhältnisse prüfen, um das Investitionsrisiko auf ein Minimum zu beschränken.

Im vorliegenden Fall versuchen die potenziellen Investoren darüber hinaus jegliches Risiko zu vermeiden, indem sie die Nachfrage nach ihrem Produkt und damit dessen Rentabilität durch einen Staatseingriff garantieren lassen möchten.

Auch im Entsorgungsbereich und in anderen Wirtschaftsbereichen gibt es allerdings Unternehmen, die vergleichbare Investitionssummen unter ähnlichen Risikobedingungen, das heisst Unsicherheiten bezüglich der zukünftigen Nachfrage, aufbringen. Zu denken ist zum Beispiel an Fertigungslinien bei der Automobilherstellung, welche mit sehr grossen Verlusten abgeschrieben werden müssen, wenn sich ein bestimmtes Modell nicht als erfolgreich erweist. Das unternehmerische Risiko, welches die Stiftung beim Bau der RESH-Anlage eingeht, scheint uns angesichts dieser Tatsachen auch ohne absichernde Staatseingriffe tragbar, insbesondere wenn bedacht wird, dass sich die Automobilimporteure über die Höhe der Entsorgungsbeiträge absprechen, das heisst dem "unternehmerischen Risiko" im vorliegenden Fall durch Vereinbarung weitgehend entgehen können.¹

Unter den Automobil-Importeuren gibt es keinen Wettbewerb bezüglich der Entsorgung von ihnen hergestellter beziehungsweise importierter Fahrzeuge. Heute ist die spätere Entsorgung der produzierten Ware zunehmend Pflicht der Hersteller, so auch der Fahrzeughersteller. Die Entsorgung kann daher als Kostenfaktor bei der Produktion eines Guts betrachtet werden, gleich wie andere Inputs auch, welche zur Herstellung einer bestimmten Ware notwendig sind. Die Entsorgung kaufen die Automobilhersteller beziehungsweise -importeure aber im Gegensatz zu anderen Inputs gemeinsam ein, so dass sich allfällige unternehmerische Fehlentscheide nicht auf die Wettbewerbsfähigkeit eines einzelnen Unternehmens auswirken, sondern gleichermassen auf alle Unternehmen der Branche und dies - im vorliegenden Zusammenhang entscheidend - in wettbewerbsneutraler Weise. Für ein gemeinsames Vorgehen im Entsorgungsbereich mag es Effizienzgründe geben; gleichzeitig wird dadurch aber auch das unternehmerische Risiko stark abgedeckt.

¹ Die Automobil-Importeure überweisen heute CHF 30.- (in Zukunft [...]) pro eingeführten Neuwagen an die Stiftung. Es handelt sich somit um so genannte vorgezogene Entsorgungsbeiträge. Im vorliegenden Fall ist allerdings zweifelhaft, ob vorgezogene Beiträge tatsächlich notwendig sind, um das "wilde" Entsorgen von Fahrzeugen zu verhindern. Anders als z.B. bei elektrischen und elektronischen Geräten ist der Inhaber eines Fahrzeugs nur ausnahmsweise nicht identifizierbar, da sich die Fahrzeugnummer (Chassis-Nummer) nur schwer entfernen lässt. "Wilde" Entsorgung von Automobilen ist in der Schweiz denn auch nicht zu beobachten. Effizienzgründe wie z.B. bei den vom Swico oder der Sens erhobenen vorgezogenen Recyclingbeiträgen, welche eine solche Branchenvereinbarung über die Erhebung von Entsorgungsbeiträgen rechtfertigen können, lassen sich hier daher kaum erkennen (vgl. dazu RPW 2002/2, S. 260, Rz. 59).

In der RESH-Anlage lassen sich zudem ähnliche Abfälle behandeln (erläuternder Bericht, S. 3), was die Nachfrage nach den Kapazitäten der Anlage erhöht und damit deren Abhängigkeit von Shredderabfällen vermindert. Das unternehmerische Risiko wird dadurch nochmals verringert.²

Aus diesen Gründen lehnt die Wettbewerbskommission die Festlegung eines Einzugsgebiets für Shredderabfälle zu Gunsten der Stiftung Auto Recycling Schweiz ab.

Ergänzend sei an dieser Stelle erwähnt, dass es zwar durchaus zutreffend ist, wonach es kartellrechtlich unzulässig wäre, wenn die Stiftung mögliche Konkurrenten der RESH-Behandlungsanlage durch eine gezielte Preisunterbietung aus dem Markt drängen oder vom Marktzutritt abhalten würde (erläuternder Bericht, S. 3 f.). Hingegen ist fraglich, ob - wie im erläuternden Bericht auf Seite 4 erwähnt - die Anlage das marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG wäre. Wahrscheinlicher ist, dass die Stiftung beziehungsweise die hinter der Stiftung stehenden Automobilimporteure als marktbeherrschend bezeichnet würden.

B 2.7	3. <i>Modification de la Loi sur les brevets d'invention - Procédure de consultation</i>
-------	---

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

(Extrait)

La Commission de la concurrence maintient d'une façon générale qu'en l'état actuel des choses, il est impératif de ne pas ancrer le principe de l'épuisement national dans la Loi sur les brevets, contrairement

² Gemäss dem erläuternden Bericht, S. 4, müssen diese anderen Abfälle zu Bedingungen des Marktes bezogen werden. Die Erfahrung zeigt, dass es nicht einfach ist, diese Bedingungen festzustellen. Insbesondere weil nur dann von Quersubventionierung gesprochen werden kann, wenn die Behandlung dieser Abfälle zu Preisen erfolgt, welche die inkrementalen Kosten (spezifisch für diese Behandlung anfallende Zusatzkosten) nicht decken. Die inkrementalen Kosten können allerdings weit unter von anderen Unternehmen geltend gemachten "Bedingungen des Marktes" liegen. Falls für RESH tatsächlich ein Einzugsgebiet festgeschrieben wird, birgt auch dies, d.h. die Behandlung anderer Abfälle in der RESH-Anlage, viel Konfliktstoff.

à ce qui est prévu à l'article 9b du projet. Il ne serait en tous les cas pas logique de le faire alors que la question de la négociation d'un éventuel accord bilatéral avec l'Union européenne est toujours en suspens. Par ailleurs, elle réitère son affirmation selon laquelle le principe de l'épuisement international apporte la meilleure solution pour la Suisse en l'état actuel de son intégration européenne (cf. Recommandation de la Commission de la concurrence du 2.12.2003).

En effet, l'introduction du principe de l'épuisement international des brevets faciliterait les importations parallèles et rendrait du même coup plus difficile le cloisonnement du marché suisse vis-à-vis de l'étranger. L'adoption de ce principe en droit des brevets induirait ainsi des effets économiques positifs à grande échelle. En comparaison, la Loi sur les cartels ne permet pas de supprimer de manière générale les restrictions aux importations parallèles. Elle ne peut le faire qu'au cas par cas lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies. De plus, il peut s'écouler parfois plusieurs années entre la réception d'une plainte et l'entrée en force d'une décision.

Par ailleurs, il convient de relever que le droit à la liberté économique, tel qu'il ressort de l'article 27 de la Constitution fédérale, n'a pas été suffisamment mis en évidence dans le projet. Or, ce droit couvre également la liberté d'entretenir des relations commerciales avec l'étranger dont la liberté d'exporter et d'importer des produits, tel que constaté par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Chanel (ATF 122 III 469, 480). Il est du devoir des autorités fédérales de veiller à ce que la législation mise en place soit conforme à la Constitution fédérale. Il est expressément prévu à l'article 35 alinéa 3 de la Constitution fédérale que les autorités doivent veiller à ce que les droits fondamentaux, y compris le droit d'importer des marchandises, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux.

Enfin, il est inapproprié de considérer que la Suisse ne pourrait introduire l'épuisement régional, sans au préalable conclure d'accord avec l'Union européenne. En tant qu'Etat souverain, la Suisse est en droit d'adopter la réglementation qui lui apparaît la plus opportune. Il faut également mentionner que la Suisse fait partie depuis 1960, respectivement 1972 de l'association européenne de libre échange. Or, pour de telles zones, le droit de l'OMC contient des dispositions particulières permettant de déroger dans certains cas aux règles générales, notamment à celle du traitement de la nation la plus favorisée (cf. Message 1 du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 sur l'accord GATT, FF 1994 IV p. 410 ss., où il est expressément prévu que "Cet instrument compatible avec l'article XXIV de l'Accord général du GATT, permet de développer les relations avec l'Union européenne dans le domaine des marchandises, en dérogeant à la clause de la nation la plus favorisée de l'Accord général du GATT".) De plus, la question de savoir si, en cas d'adoption unilatérale par la Suisse du principe d'épuisement régional,

l'accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle (ADPIC; RS 0.632.20) serait violé, notamment l'article 4 sur le traitement de la nation la plus favorisée, est toujours ouverte et il nous paraît inopportun de restreindre notre liberté de manœuvre sur la base d'une question mal posée. En effet, l'accord ADPIC, en particulier la clause de la nation la plus favorisée, s'applique à la protection matérielle des brevets et pas à la problématique de l'épuisement du droit.

Il convient finalement de rappeler les intérêts en présence: l'introduction par la Suisse de l'épuisement régional envers les pays membres de l'Union européenne ne change pas la situation sur le marché par rapport à des pays tiers tels que les USA ou le Japon. Les entreprises étrangères et les importateurs suisses peuvent empêcher les importations de ces pays vers la Suisse, mais pas les importations provenant de l'Union européenne. La Suisse se trouverait ainsi dans une situation comparable à celle des Etats membres de l'Union.

Compte tenu de ce qui précède, la Commission de la concurrence propose de ***biffer purement et simplement l'article 9b*** du projet de modification de la Loi sur la protection des brevets qui prévoit d'ancrer le principe de l'épuisement national des brevets.

B 2	8. BGBM LMI LMI
B 2.8	1. Marchés publics Genève

Empfehlung; Art. 8 Abs. 2 BGBM

Recommandation; art. 8 al. 2 LMI

Raccomandazione; art. 8 cpv. 2 LMI

Recommandation du 5 juillet 2004 selon l'article 8 alinéa 2 de la Loi sur le marché intérieur (LMI) en l'affaire marchés publics Genève concernant le Règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01)

1. Etat de fait

1. En avril 2003, les autorités valaisannes ont interpellé la Commission de la concurrence au sujet de l'admissibilité, du point de vue de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02), de la pratique genevoise exigeant, pour la passation de marchés publics, que les entreprises soumissionnaires respectent les conventions collectives de travail du lieu de destination, soit celles qui sont applicables à Genève.

2. Lors des recherches menées par le secrétariat de la Commission de la concurrence, il est apparu que la pratique genevoise était fondée sur le Règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01; ci-après: le Règlement), qui contient notamment les dispositions suivantes:

Art. 11 Respect des conditions de travail locales

Lors de la passation de marchés réalisés dans le canton, seules doivent être prises en considération les offres des soumissionnaires qui respectent les disposition de protection du travail, de même que les conditions des conventions collectives de travail, les contrats-types de travail, ou, en leur absence, les prescriptions usuelles dans la branche, applicables au lieu où est réalisée la prestation.

Art. 28 Respect des conditions de travail

¹ *Ne sont prises en considération que les offres accompagnées des attestations:*

[...]

3° certifiant, pour le personnel travaillant sur territoire genevois:

- a) *soit que le prestataire est lié par la convention collective de travail de sa branche, applicable à Genève,*
- b) *soit qu'il a signé, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après: l'office cantonal), un engagement de respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance accident et d'allocations familiales;*

[...]

² *Pour obtenir l'attestation prévue à l'alinéa 1, chiffre 3 lettre b, il doit:*

- a) *prendre connaissance auprès de l'office cantonal des usages locaux de sa profession;*
- b) *signer à l'office cantonal un engagement officiel de respecter ces usages, à l'égard de son personnel travaillant sur territoire genevois*

[...].

Art. 29 Réciprocité

Ne sont admis à soumissionner que les prestataires domiciliés dans un canton ou un pays accordant la pleine réciprocité aux prestataires genevois exerçant la même activité.

3. Estimant que ces dispositions étaient contraires à la LMI en créant des restrictions inadmissibles au libre accès au marché, le secrétariat de la Commission de la concurrence a adressé, le 10 mars 2004, un courrier au Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement de la République et Canton de Genève (ci-après: DAEL). Il lui a fait part de ses doutes quant à l'admissibilité de ces prescriptions en regard de la LMI et lui a donné la possibilité de se prononcer à ce sujet.

4. Les observations du DAEL sont parvenues au secrétariat de la Commission de la concurrence le 3 mai 2004. Il l'informe qu'il est prévu, lors d'une prochaine révision du Règlement, d'abandonner la clause de réciprocité contenue à son article 29. En revanche, il estime qu'un risque de dumping salarial justifie le fait d'exiger des soumissionnaires externes qu'ils respectent les conventions collectives et usages locaux en vigueur à Genève. Il sera revenu plus loin en tant que besoin sur le détail des arguments du DAEL.

5. Les présentes recommandations se fondent sur l'article 8 LMI, qui donne à la Commission de la concurrence, en tant qu'autorité de surveillance de cette loi, la compétence d'adresser à la Confédération, aux

cantons et aux communes des recommandations concernant les actes législatifs envisagés ou existants.

2. Principes de base régissant la LMI

6. La LMI garantit à toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). Elle prescrit à la Confédération, aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches publiques de veiller à ce que leurs prescriptions ou décisions concernant l'exercice d'activités lucratives garantissent le droit pour toute personne d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse (art. 2 al. 1 et 2 LMI).

7. La LMI repose essentiellement sur le principe du libre accès au marché selon les prescriptions du lieu de provenance, c'est-à-dire que toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse, pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège (art. 2 al. 1 LMI).

8. L'article 3 alinéa 1 LMI, permet toutefois de restreindre la liberté d'accès au marché d'offreurs externes en fonction des prescriptions applicables au lieu de destination. Ces restrictions ne sont cependant admissibles que si elles:

- a) s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux,
- b) sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et
- c) répondent au principe de la proportionnalité.

9. Ces restrictions ne doivent en aucun cas constituer un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI).

10. Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3 LMI (art. 5 al. 1 LMI). La LMI ne contient pas de dispositions détaillées en matière de marchés publics mais vise simplement à garantir un accès non discriminatoire au marché.

11. Il s'agit dès lors d'examiner, au regard des principes de la LMI, la législation genevoise sur la passation de marchés publics, qui contient des dispositions limitant la liberté d'accès au marché des entreprises extra-cantonales.

3. Examen des dispositions cantonales contraires à la LMI

3.1 Article 29 Règlement - Clause de réciprocité

12. La réciprocité est possible en ce qui concerne des Etats qui sont engagés par des traités internationaux. En revanche, la réserve de réciprocité est devenue caduque pour les cantons suite à l'entrée en vigueur de la LMI. En effet, dans un marché intérieur suisse, tous les offreurs qui possèdent un siège ou un établissement en Suisse disposent d'un accès libre et non discriminatoire au marché.

13. Pour ces raisons, et conformément à sa pratique antérieure en la matière (cf. recommandations publiées dans la revue DPC 1998/2, p. 329 ss., ch. 9-12; DPC 1998/2, p. 336 ss., ch. 11-15, p. 339; DPC 2000/2, p. 281 ss., ch. 15-16, p. 295), *la Commission de la concurrence recommande de renoncer à cette clause de réciprocité, en ce qu'elle concerne les cantons.*

3.2 Articles 11 et 28 Règlement - Respect des conditions de travail genevoises

14. La Commission de la concurrence a également déjà eu l'occasion de rappeler la situation juridique en rapport avec la question du respect des conditions de travail (DPC 1998/2, p. 329 ss., ch. 24-29, p. 335 s.; DPC 1998/2, p. 336 ss., ch. 24-28, p. 342 s.; DPC 2000/2, p. 281 ss., ch. 40-41, p. 291).

15. Il ressort des débats parlementaires précédant l'adoption de la LMI, que dans le marché intérieur suisse, l'accès au marché doit avoir lieu en fonction du respect des conditions de travail en vigueur au lieu de provenance (Amt. Bull. NR 1995 1156, 1178; Amt. Bull. StR 1995 931, 934). Cette solution, voulue par le législateur fédéral, correspond à l'idée d'un marché intérieur uniforme dans lequel prévaut le principe de l'égalité, ou pour le moins de l'équivalence, des réglementations cantonales et communales de même qu'un système de sécurité social largement unifié. Cette interprétation est partagée par la doctrine et la jurisprudence (cf. ch. 16 et 17 ci-dessous).

16. En vertu de l'article 3 alinéa 2 lettre d et alinéa 3 lettre a LMI, les soumissionnaires extérieurs qui détachent des travailleurs pour exécuter un marché dans un autre canton ne peuvent se voir imposer le respect des conditions de travail qu'au lieu d'établissement de leur entreprise en Suisse. Le niveau des conventions collectives de travail (CCT) étant à peu près comparable dans toute la Suisse, une dérogation au principe du droit du lieu de provenance ne se justifie pas et constituerait une mesure protectionniste. La protection sociale suffisante des travailleurs constitue le seul intérêt général susceptible de justifier une restriction, à l'exclusion de mesures de politique économique visant à préserver des entreprises de la concurrence au nom d'une "égalité des armes". Supprimer la concurrence des entreprises établies dans des cantons économiquement plus faibles, où le niveau des salaires est

plus bas, reviendrait même à contrecarrer le but de stimulation de la concurrence intérieure poursuivi par la LMI. En conséquence, le principe de proportionnalité prescrit l'application des prescriptions en vigueur au lieu de provenance lorsque celles-ci permettent d'atteindre la protection recherchée. Il s'oppose à une obligation de respect des conditions de travail au lieu d'exécution du marché. Une exception n'est possible qu'en cas de véritable dumping social (E. CLERC, *Droit de la concurrence, Commentaire romand*, ad art. 5 LMI, ch. 126, p. 1360).

17. Le Tribunal fédéral, à l'ATF 124 I 107, cons. 2f, a confirmé cette interprétation, en soulignant que l'obligation d'adhérer à une CCT pour obtenir l'attribution d'un marché constituerait une restriction inadmissible à la liberté d'accès au marché pour les entreprises extérieures qui ne connaissent pas les mêmes conditions: bien que poursuivant un objectif de politique sociale au sens de l'article 3 alinéa 2 lettre d LMI, une telle restriction serait contraire au principe de proportionnalité (art. 3 al. 1, let. c et al. 3 LMI) et constituerait de surcroît un obstacle déguisé aux échanges, destiné à favoriser les intérêts économiques locaux (art. 3 al. 4 LMI). Cette vision est partagée par la Commission de la concurrence (DPC 1997/4, p. 591, ch. 1-3). Par ailleurs, une règle qui subordonne la participation à un marché public à l'adhésion d'une CCT ou au respect des dispositions matérielles de celle-ci est contraire au droit fédéral et aboutit pratiquement au même résultat qu'une décision d'extension d'une CCT, mais ignore les conditions auxquelles l'extension est subordonnée et frustre les dissidents des droits que la LECCT (RS 221.215.311) leur accorde impérativement. Enfin, l'obligation d'adhésion à une CCT violerait, au regard du principe de proportionnalité, le droit constitutionnel à la liberté économique et à la liberté d'association. La motivation du Tribunal fédéral doit également s'étendre à une réglementation qui exigerait le respect de conditions de travail du lieu d'exécution telles qu'elles sont prévues dans les CCT existantes à ce lieu, sans exiger l'adhésion formelle à la CCT (E. CLERC, *op.cit*, ad art. 5 LMI, ch. 130, p. 1361).

18. Le DAEL justifie la législation genevoise principalement par le fait que les conditions de travail en Suisse seraient très disparates et créeraient dès lors un risque important de dumping salarial. Cet argument ne peut être suivi. Certes, la LMI permet de déroger au principe de libre accès au marché en cas de risque de véritable dumping social. Or il faut admettre, avec la doctrine, que le niveau de protection des travailleurs est sensiblement comparable dans toutes les entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse et qui respectent les législations fédérales (en particulier en matière d'assurances, de retraites, etc.) et cantonales et appliquent les conventions collectives de travail, les contrats-types de travail et/ou les usages de la branche au lieu de leur siège ou de leur établissement. Il n'existe dès lors pas de réel risque de dumping social de la part de ces entreprises. A noter que même en admettant une équivalence des conditions de travail valables

en Suisse, il est toujours possible pour les cantons de limiter l'accès au marché aux entreprises qui ne respecteraient pas les conditions de travail (à comprendre comme les CCT, CTT ou usages de la branche) applicables dans leurs propres cantons d'origine.

19. Enfin, il ne faut pas confondre la situation à l'intérieur de la Suisse, visée par la LMI, avec celle qui est visée par les accords internationaux, notamment l'accord bilatéral CH-UE sur la libre circulation des personnes, entré en vigueur le 1^{er} juin 2004. En effet, il peut être admis au niveau international que des disparités importantes subsistent dans les conditions de travail d'un pays à l'autre et qu'il y a lieu à cet égard de réduire tant que possible le risque de dumping social en imposant aux entreprises étrangères qui détachent du personnel pour effectuer des travaux en Suisse le respect des conditions de travail suisses ou de conditions jugées équivalentes.

20. Pour les marchés publics qui entrent dans le champ d'application de la LMI, la solution du respect des conditions de travail au lieu de provenance s'impose donc.

21. On fait valoir parfois certaines contradictions entre les principes posés par la LMI et ceux qui découlent de l'accord du GATT/OMC, de l'accord bilatéral Suisse-UE sur la libre circulation des personnes et ses mesures d'accompagnement ainsi que de la Loi fédérale sur les marchés publics.

- L'accord du GATT/OMC sur les marchés publics laisse le choix aux Etats membres entre le principe du lieu d'exécution et le principe du lieu de provenance. L'interprétation dominante privilégie le principe du respect des conditions de travail au lieu d'exécution. L'accord OMC n'empêche en aucun cas les Etats d'adopter une solution plus libérale sur leur marché intérieur.
- L'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et ses mesures d'accompagnement prévoient que les travailleurs détachés en provenance d'entreprises étrangères, doivent être soumis aux mêmes règles que les travailleurs suisses, dans le but de réduire le risque de dumping social.
- La Loi fédérale sur les marchés publics (article 8), et son ordonnance d'exécution prescrivent, pour les marchés publics de la Confédération, le respect des conditions de travail au lieu d'exécution.

22. La meilleure solution aux yeux de la Commission de la concurrence, qu'elle a d'ailleurs d'ores et déjà recommandée dans des cas similaires (cf. DPC 1998/2, p. 329 ss., ch. 24-29, p. 335 s.; DPC 1998/2, p. 336 ss., ch. 24-28, p. 342 s.; DPC 2000/2, p. 281 ss., ch. 40-41, p. 291), est de prévoir que les prescriptions de travail en vigueur au lieu d'exécution sont déterminantes, tout en précisant toutefois que les prescriptions équivalentes sont reconnues, toutes les prescriptions en vigueur

en Suisse étant réputées équivalentes. Cette solution garantit le libre accès au marché, conformément à la LMI, pour toutes les entreprises suisses respectant les conditions de travail en vigueur au lieu de leur siège ou de leur établissement, tout en permettant d'éviter les cas de dumping social qui pourraient survenir au niveau international.

23. Cette solution est également celle qui a finalement été retenue par la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (DTAP) dans le cadre de la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP; RS 172.056.4), adoptée le 15 mars 2001. Le paragraphe 7 des Directives pour l'exécution de l'AIMP (DEMP) prévoit en effet que, s'agissant de la protection des travailleurs et des conditions de travail, l'adjudicateur doit s'assurer que les soumissionnaires respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail ainsi que l'égalité de traitement entre hommes et femmes (§7 al. 1 let. a DEMP). Les conditions de travail sont celles fixées par les conventions collectives et les contrats types de travail; en leur absence, ce sont les prescriptions usuelles de la branche professionnelle qui s'appliquent. Toutes les prescriptions en vigueur en Suisse sont réputées équivalentes (§7 al. 2 DEMP).

24. La République et Canton de Genève n'a pas encore adhéré à l'AIMP dans sa version révisée du 15 mars 2001. Elle devra modifier sa législation, et en particulier les articles 11 et 28 du Règlement, au plus tard dès qu'elle adoptera l'AIMP révisé, afin de la mettre en conformité avec le paragraphe 7 DEMP. Cette modification est néanmoins d'ores et déjà nécessaire afin de conformer la législation genevoise aux principes découlant de la LMI.

25. La Commission de la concurrence recommande dès lors de modifier les articles 11 et 28 du Règlement en ce sens que le Canton de Genève reconnaît comme valables également, les prescriptions applicables au lieu d'origine des entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse, toutes les prescriptions valables en Suisse étant réputées équivalentes.

4. Recommandations

Au vu de ce qui précède et se fondant sur l'article 8 LMI, la Commission de la concurrence recommande à la République et Canton de Genève

1. d'abandonner la clause de réciprocité de l'article 29 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01) en ce quelle concerne les cantons;

2. de modifier les articles 11 et 28 du Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (L 6 05.01) en ce sens que le Canton de Genève

reconnaît comme valables également, les prescriptions applicables au lieu d'origine des entreprises ayant leur siège ou leur établissement en Suisse, toutes les prescriptions valables en Suisse étant réputées équivalentes.

B 3	<i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. <i>TicketCorner AG, TicketCorner Holding AG/ Good News Productions AG, Resplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA, Weko</i>

Zwischenverfügung vom 15. Oktober 2004 in Sachen TicketCorner AG (Beschwerdeführerin 1), TicketCorner Holding AG (Beschwerdeführerin 2; Verwaltungsbeschwerde vom 19.1.2004) gegen Good News Productions AG (Beschwerdegegnerin 1), Resaplust S. A. (Beschwerdegegnerin 2), Swiss Music Promoters Association SMPA (Beschwerdegegnerin 3), Wettbewerbskommission (Weko, Vorinstanz) (Verfügung vom 1.12.2003) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung)

Nach Einsicht in:

- die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003;
- die dagegen von der Ticketcorner AG und der Ticketcorner Holding AG (Beschwerdeführerinnen) eingereichte Verwaltungsbeschwerde vom 19. Januar 2004;
- die Stellungnahme der Resaplust SA (Beschwerdegegnerin 2) vom 16. August 2004, worin sie unter anderem den Verfahrensantrag stellte, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen;
- die hierzu ergangene Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. September 2004;
- die ebenfalls hierzu ergangene Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 27. September 2004 mit dem Antrag, das Gesuch der Beschwerdegegnerin 2 um Entzug der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, sowie
- die übrigen Akten

und in Erwägung:

dass die Wettbewerbskommission am 1. Dezember 2003 Folgendes verfügt hat:

1. TicketCorner verfügt im schweizerischen Markt für Ticketvertriebssysteme über eine marktbeherrschende Stellung.

2. Sowohl die Auferlegung von Exklusivitäten durch TicketCorner für den Vertrieb von Tickets aller Veranstaltungen eines Organisations (Exklusivität A) als auch jene für alle Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B) bildet eine unzulässige Verhaltensweise nach Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.
3. TicketCorner wird untersagt, ihren Vertragspartnern eine oder beide Exklusivitäten gemäss Ziffer 2 des Dispositivs direkt oder indirekt aufzuerlegen oder ihnen gegenüber auf andere Weise durchzusetzen.
4. Es wird TicketCorner untersagt, sich auf die Exklusivitätsklauseln im Sinne von Ziffer 2 des Dispositivs in den Verträgen, die zurzeit in Kraft sind, zu berufen.

(...)

dass sich die angefochtene Verfügung auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) abstützt, und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zur Beurteilung der Beschwerde und damit auch zum Entscheid über die von der Beschwerdegegnerin 2 angebehrte Aufhebung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zuständig ist (Art. 44 KG);

dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zuständig ist, über vorsorgliche Massnahmen zu verfügen (Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat (Art. 55 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 39 KG);

dass die Vorinstanz oder die Beschwerdeinstanz einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen kann, sofern die angefochtene Verfügung keine Geldleistung zum Gegenstand hat (Art. 55 Abs. 2 VwVG);

dass der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde nicht bedeutet, es vermöchten nur ganz aussergewöhnliche Umstände deren Entzug zu rechtfertigen (BGE 110 V 40 E. 5b; 105 V 266 E. 2; 99 Ib 215 E. 5);

dass insbesondere zu prüfen ist, ob die Gründe, welche für eine sofortige Vollstreckbarkeit der Verfügung sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 124 V 82 E. 6a; 117 V 185 E. 2b);

dass in der Regel die sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen sind (vgl. hiezu und zum Ganzen statt vieler: GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren

ren, in: ZBI 1993 S. 141 ff. insb. S. 149 f.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 244; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 650; unveröffentlichter BGE vom 22. Mai 2003 i. S. E. [2A.85/2003/svc] E. 2.2);

dass die Prozessaussichten in der Hauptsache bei der Interessenabwägung nur ins Gewicht fallen können, wenn sie eindeutig sind (BGE 124 V 82 E. 6a; 117 V 185 E. 2b; 106 Ib 115 E. 2a, mit Hinweisen);

dass der verfügenden Behörde bei der Abwägung der Interessen ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist, sie aber für einen Entzug der aufschiebenden Wirkung überzeugende Gründe geltend machen muss (BGE 124 V 82 E. 6a; 117 V 185 E. 2b; 110 V 40 E. 5b);

dass die Behörde ihren Entscheid im Allgemeinen auf den Sachverhalt stützt, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne Zeit raubende weitere Erhebungen anzustellen (124 V 82 E. 6a; 117 V 185 E. 2b);

dass die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gehabt haben, sich zur Frage des Entzugs der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zu äussern (Art. 30 VwVG);

dass sich die Beschwerdegegnerinnen 1 und 3 nicht haben vernehmen lassen;

dass die Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung vom 1. Dezember 2003 einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen hat, was darauf schliessen lässt, das öffentliche Interesse habe zum damaligen Zeitpunkt kein Abweichen von der gesetzlichen Regelung erheischt;

dass es die Wettbewerbskommission mit Schreiben vom 9. September 2004 der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen überlässt, das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung zu würdigen, und sie sich insofern nicht zu den bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen äussert;

dass es nach Ansicht der Beschwerdegegnerin 2 im Interesse des Marktes und der Öffentlichkeit ist, wenn die fraglichen Exklusivitätsklauseln nicht durchgesetzt werden dürfen und dadurch der Markt auch für andere Marktteilnehmer offen stehe;

dass nach der gegenteiligen Ansicht der Beschwerdeführerinnen auf dem relevanten Markt Wettbewerb herrscht und die jüngsten Marktentwicklungen bestätigen, dass bestehende Marktteilnehmer in deren Marktauftritt und -entwicklung in keiner Weise behindert, der Markteintritt neuer in- und ausländischer Wettbewerber nicht gestört werde und demzufolge der wirksame Wettbewerb nicht gefährdet sei;

dass die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Dokumente über die Aktivitäten konkurrierender Ticketing-Unternehmen (wie Vi-

sion One, TicTec, Ticket Online AG, CTS Eventim AG) den Eindruck erwecken, seit Beginn dieses Jahres habe sich der Wettbewerb im Ticketing-Markt intensiviert;

dass demzufolge davon auszugehen ist, das öffentliche Interesse an einem wirksamen Wettbewerb gebiete auch zum jetzigen Zeitpunkt nicht eine sofortige Vollstreckung der angefochtenen Verfügung;

dass weiter die sich gegenüber stehenden privaten Interessen gegeneinander abzuwägen sind;

dass die Beschwerdegegnerin 2 geltend macht, ihre finanzielle Situation sei sehr prekär, zumal ihr der Zugang zum Markt verwehrt sei;

dass die Beschwerdegegnerin 2 als einziges konkretes Beispiel auführt, die "association du Concours Hippique International de Genève" wäre bereit gewesen, im Bereich Ticketing mit ihr zusammenzuarbeiten, aber von den Beschwerdeführerinnen unter Berufung auf ihren Vertrag darauf hingewiesen worden sei, eine Zusammenarbeit mit der Beschwerdegegnerin 2 sei nicht möglich;

dass zum Schutze allfälliger Ansprüche, die wegen einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, der Zivilrichter angerufen werden kann (Art. 17 KG);

dass die Beschwerdegegnerin 2 im Rahmen des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission nie den Antrag stellte, einer allfälligen Beschwerde solle die aufschiebende Wirkung entzogen werden;

dass die Beschwerdegegnerin 2 seit ihrer Anzeige vom 17. Juli 2001 an die Wettbewerbskommission über drei Jahre, und seit ihrem Einbezug als Partei im Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen am 17. Juni 2004 zwei Monate zugewartet hat, bis sie den Antrag stellte, der Beschwerde der Beschwerdeführerinnen sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen;

dass insofern die Situation für die Beschwerdegegnerin 2 nicht derart dringlich erscheint, dass sie die sofortige Vollstreckung der angefochtenen Verfügung erfordert;

dass das von der Beschwerdegegnerin 2 angeführte Beispiel betreffend die gescheiterte Zusammenarbeit mit der "association du Concours Hippique International de Genève" diesen Eindruck nicht zu erschüttern vermag;

dass die Beschwerdegegnerin 2 insgesamt den wirtschaftlichen Nachteil, den sie dadurch, dass die angefochtene Verfügung nicht sofort vollstreckt wird, nicht genügend substantiiert hat;

dass nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen die Konsequenzen des Entzugs der aufschiebenden Wirkung für sie erheblich wären, da sie durch das Dispositiv der angefochtenen Verfügung unter anderem verpflichtet wären, keine neuen Exklusivitätsklauseln abzuschliessen,

sich nicht mehr auf diese zu berufen und alle bereits abgeschlossenen Verträge mit Exklusivitätsverpflichtung zudem neu verhandelt werden müssten;

dass gegenüber der Abweichung vom Prinzip des Suspensiveffekts Zurückhaltung geboten ist, wenn - wie im vorliegenden Fall - die angefochtene Verfügung gestaltend in die Rechte und Pflichten der Beschwerdeführerinnen eingreift;

dass eine solche Umkehrung der Verhältnisse nicht geboten erscheint, zumal beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde auch der Gesichtspunkt einer gewissen Kontinuität im Verfahren eine Rolle spielt (Verfügung des Bundesgerichts vom 7. Mai 2003 i.S. C. [2A.142/2003] E. 2.1 und 4.2);

dass der vorliegenden Verfügung für den Hauptentscheid keinerlei präjudizielle Wirkung zukommt;

dass insgesamt keine überzeugenden Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung geltend gemacht worden sind, weshalb das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist;

dass über die Kosten und die Parteientschädigung in der Hauptsache entschieden werden wird;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 ff. OG i.V.m. Art. 45 VwVG);

wird verfügt:

1. Das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
 2. Über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.
 3. [Rechtsmittelbelehrung]
 4. [Eröffnung]
-

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Cornèr Banca SA/Telekurs Multipay AG, Weko, Reko

Bundesgerichtsurteil vom 13. Juli 2004 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen Cornèr Banca SA gegen Telekurs Multipay AG, Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend vorsorgliche Massnahmen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2003)

Arrêt de la II^{ème} Cour de droit public du 13 juillet 2004 dans la cause Cornèr Banca SA contre Telekurs Multipay AG, la Commission de la concurrence et la Commission de recours en matière de concurrence concernant des mesures provisionnelles (recours de droit administratif contre la décision de la Commission de recours en matière de concurrence du 22 décembre 2003)

Sentenza del 13 luglio 2004 della II Corte di diritto pubblico nella causa Cornèr Banca SA contro Telekurs Multipay AG, la Commissione della concorrenza e la Commissione di ricorso in materia di concorrenza relativa a misure cautelari (ricorso di diritto pubblico contro la decisione della Commissione di ricorso in materia di concorrenza del 22 dicembre 2003)

Sachverhalt:

A.

Die Cornèr Banca SA, Lugano, offeriert Warenhändlern und Dienstleistungserbringern Kreditkartenverträge. Darin garantiert sie die Bezahlung des vom Kreditkarteninhaber geschuldeten Kaufpreises, sofern bestimmte Sicherheitsvorkehrungen eingehalten sind. Als Gegenleistung schulden ihr die Vertragspartner eine Kommission.

B.

Am 6. Juni 2003 machte die Cornèr Banca SA das Sekretariat der Wettbewerbskommission auf eine angeblich gegen sie gerichtete Preisunterbietung im "Kreditkarten-Acquiring-Geschäft" durch die Telekurs Europay AG (heute: Telekurs Multipay AG) aufmerksam. Das Sekretariat forderte mit Schreiben vom 26. Juni 2003 die Telekurs Holding AG auf, Fragen zum Vorwurf der Preisunterbietung zu beantworten, und informierte am 27. Juni 2003 die Cornèr Banca SA, es habe gestützt auf den gemeldeten Sachverhalt eine kartellgesetzliche Marktbeobachtung eröffnet.

Am 7. Juli 2003 ersuchte die Cornèr Banca SA das Sekretariat, gegen die Telekurs Multipay AG im Zusammenhang mit der Übernahme der Aktiven des Visa-Acquiring-Geschäfts der UBS Card Center AG ein Fusionskontrollverfahren einzuleiten. Zugleich beantragte sie die Eröffnung einer Untersuchung gegen die Telekurs Multipay AG mit Bezug auf unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Zur Unterstützung dieses Begehrens beantragte sie mehrere Beweismassnahmen.

Nachdem das Sekretariat verschiedene Abklärungen getroffen hatte, wies die Wettbewerbskommission das Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen mit als Verfügung bezeichnetem Schreiben vom 1. September 2003 ab, sistierte das Verfahren im Kostenpunkt und stellte in Aussicht, über die Kostenfrage in einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden. Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission, sie könne ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen auch behandeln, bevor ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eröffnet worden sei; der Erlass vorsorglicher Massnahmen könne jedoch erst im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens erfolgen und setze somit die spätestens gleichzeitige Eröffnung eines solchen Verfahrens voraus, worauf jedoch kein Anspruch bestehe; vorliegend sei keine der vier Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt, und es sei unnötig, eine Untersuchung nach Artikel 27 KG zu eröffnen; das Sekretariat werde jedoch im Rahmen einer Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG die von der Cornèr Banca SA erhobenen Vorwürfe weiterverfolgen. Als Rechtsmittelbelehrung gab die Wettbewerbskommission an, es könne innert zehn Tagen Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erhoben werden.

C.

Die Cornèr Banca SA erhob am 15. September 2003 Beschwerde an die Rekurskommission mit dem Antrag, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. September 2003 aufzuheben und das Verfahren zur Abnahme der bereits bei der Vorinstanz beantragten Beweismassnahmen an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventuell seien gegenüber der Telekurs Multipay AG bestimmte, einzeln aufgeführte Massnahmen anzuordnen.

Die Rekurskommission trat mit Entscheid vom 22. Dezember 2003 auf die Beschwerde nicht ein. Sie erwog im Wesentlichen, die Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 1. September 2003 sei eine Kundgabe, dass die Wettbewerbskommission jedenfalls vorläufig keine Untersuchung zu eröffnen gedenke, weshalb für vorsorgliche Massnahmen kein Raum bestehe. Es liege daher keine anfechtbare Verfügung vor; allenfalls bestehe die Möglichkeit einer Aufsichtsbe-

schwerde, für deren Behandlung jedoch die Rekurskommission nicht zuständig sei.

D.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 2. Februar 2004 stellt die Cornèr Banca SA dem Bundesgericht die Rechtsbegehren, der Entscheidung der Rekurskommission sei aufzuheben und das Verfahren mit der Anweisung an diese zurückzuweisen, auf die Beschwerde vom 15. September 2003 einzutreten; eventuell sei das Verfahren mit der Anweisung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen, die im Gesuch vom 7. Juli 2003 angebotenen Beweise abzunehmen.

Die Rekurskommission äussert sich zur Beschwerde, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen. Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Vernehmlassung unter der Bedingung, dass sich das bundesgerichtliche Verfahren auf die Frage beschränke, ob die Rekurskommission zu Recht auf die Verwaltungsbeschwerde nicht eingetreten sei. Die Wettbewerbskommission schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das zur Vernehmlassung eingeladene Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement sieht davon ab, Anträge zu stellen; es stellt in Frage, ob ein praktisches und aktuelles Interesse der Beschwerdeführerin an einem Entscheid bestehe, würde aber eine Klärung der aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen begrüssen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG; BGE 130 II 149 E. 1.1 S. 153; 129 II 18 E. 1.1 S. 20). Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Nichteintretensentscheid berührt und zur Beschwerde legitimiert (Art. 103 Bst. a OG; BGE 124 II 499 E. 1 b S. 502; 120 Ib 351 E. 1 b S. 354).

1.2 Entscheide über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gelten als Zwischenentscheide (Art. 39 KG i.V.m. Art. 45 Abs. 2 Bst. g VwVG), auch wenn beantragte Massnahmen nicht angeordnet werden (BGE 130 II 149 E. 1.1 S. 153 mit Hinweisen). Die Beschwerdefrist würde dabei zehn Tage betragen (Art. 106 Abs. 1 OG) und wäre hier nicht eingehalten. Hingegen ist ein Nichteintretensentscheid ein Endentscheid, so dass die Beschwerdefrist 30 Tage beträgt und eingehalten ist (Art. 34 Abs. 1 Bst. c OG).

1.3 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde setzt in der Regel ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse voraus (BGE 128 II 34 E. 1b S. 36 mit Hinweisen). Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement stellt in Frage, ob ein solches Interesse noch besteht, da das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung durchführe. Nun ist

nach Auffassung der Rekurskommission der im Verfahren einer Vorabklärung getroffene Entscheid, eine beantragte vorsorgliche Massnahme nicht durchzuführen, keine anfechtbare Verfügung; diese Auffassung wird von der Beschwerdeführerin bestritten. Die laufende Vorabklärung hebt damit das aktuelle und praktische Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an einer Klärung der von ihr aufgeworfenen Frage nicht auf, kann doch nach dem von der Rekurskommission eingenommenen Standpunkt die Weigerung der Wettbewerbskommission, in diesem Rahmen vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, gerade nicht angefochten werden, während - wenn sich diese Ansicht als unzutreffend erweist - eine solche Anfechtung möglich wäre. Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.

1.4 Mit der Beschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid kann einzig das Nichteintreten beanstandet werden; eine Gutheissung würde bedeuten, dass die Rekurskommission auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 15. September 2003 einzutreten hätte und dann auch das dort gestellte Rechtsbegehren, das Verfahren zur Abnahme der beantragten Beweismassnahmen an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen, zu beurteilen hätte. Hingegen kann auf das vor Bundesgericht gestellte Eventualbegehren, die Sache mit dieser Anweisung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen, nicht eingetreten werden (vgl. BGE 124 II 499 E. 1 c S. 502).

2.

Streitig ist, ob der Entscheid der Wettbewerbskommission, eine beantragte vorsorgliche Massnahmen ausserhalb beziehungsweise vor Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens nicht anzuordnen oder eine kartellrechtliche Untersuchung nicht zu eröffnen, eine bei der Rekurskommission anfechtbare Verfügung darstellt.

2.1 Nach Lehre und Rechtsprechung sind im Verfahren einer kartellrechtlichen Untersuchung nach Artikel 27 KG vorsorgliche Massnahmen zulässig (BGE 130 II 149 E. 2.1 S. 154 mit Hinweisen). Aus Artikel 39 KG, wonach vorbehältlich abweichender Regeln im Kartellgesetz selber die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVG) anwendbar sind, ergibt sich, dass solche Massnahmen in Form von Verfügungen im Sinne des VwVG erlassen werden. Der Entscheid über die Anordnung solcher Massnahmen ist eine (Zwischen)Verfügung, die - wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zu bewirken vermag (Art. 45 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. g VwVG) - angefochten werden kann. Unter den gleichen Voraussetzungen können auch Dritte Beschwerde erheben, wenn sie im Rahmen einer Untersuchung einen Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt haben und die Wettbewerbskommission diesen Antrag abgewiesen hat (BGE 130 II 149 E. 1.1 S. 153 mit Hinweisen). Vorliegend ist streitig, ob dies auch gilt, wenn noch keine Untersuchung eröffnet worden ist,

sondern bloss allenfalls eine Vorabklärung (Art. 26 KG) durchgeführt wird.

2.2 Die Rekurskommission erwähnt einen früheren Entscheid, worin sie einen Entscheid der Wettbewerbskommission, ein ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens gestelltes Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abzuweisen, als anfechtbare Verfügung qualifiziert hat, da auch auf das Verfahren der Vorabklärung das VwVG anwendbar sei (RPW 2000/4, S. 703 E. 1.1, 1.2.1 und 3.3.1). Sie hält jedoch fest, dass dieser Entscheid in der Lehre von zwei Autoren (PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: BRUNO VON BÜREN/LUCAS DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel 2000, S. 417 ff., 424 ff.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen; unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Freiburg 2002, S. 142 ff.) kritisiert worden sei, die sich mit guten Gründen gegen die Anwendung des VwVG im Verfahren der Vorabklärung wendeten; sie schliesse sich nunmehr dieser zutreffenden Auffassung an; diese Sicht dränge sich umso mehr auf, als das Begehren der Beschwerdeführerin im Grunde als ein Begehren auf Eröffnung einer Untersuchung zu verstehen sei, da nur in dessen Rahmen Massnahmen erlassen werden könnten; der Entscheid, eine Untersuchung nicht zu eröffnen, sei keine Verfügung; die Entscheidung der Wettbewerbskommission vom 1. September 2003 sei als Kundgabe zu werten, mangels Anhaltspunkten für kartellwidriges Verhalten keine Untersuchung zu eröffnen, weshalb für vorsorgliche Massnahmen kein Raum bleibe; dieses Ergebnis stehe im Einklang mit der festen Rechtsprechung der Rekurskommission, wonach jedenfalls vor Eröffnung einer Untersuchung kein Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen bestehe.

2.3 Die Beschwerdeführerin kritisiert, nach dieser Auffassung könne die Wettbewerbskommission ohne Rechtskontrolle vorsorgliche Massnahmen durchführen oder abweisen; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 2A.198/1997 vom 3.11.1997) und aus Artikel 39 KG in Verbindung mit dem VwVG ergebe sich, dass vorsorgliche Massnahmen unabhängig von der Eröffnung einer Untersuchung möglich sein müssten; die Eröffnung einer Untersuchung sei Folge, nicht notwendige Voraussetzung des Erlasses vorsorglicher Massnahmen; über diese sei aufgrund von Artikel 39 KG in einem förmlichen Verfügungsverfahren zu entscheiden; der Entscheid über die Abweisung beantragter Massnahmen sei nach Artikel 5 VwVG als Verfügung zu qualifizieren, unabhängig davon, ob vorgängig eine Vorabklärung oder eine Untersuchung eröffnet worden sei; die Beschwerde vom 15. September 2003 habe sogar ausdrücklich den Charakter einer Rechtsverweigerungsbeschwerde.

2.4 Das von der Beschwerdeführerin zitierte Urteil des Bundesgerichts 2A.198/1997 (publ. in ZBI100/1999, S. 64 ff.) bezog sich auf vorsorgliche Massnahmen, die nach Eröffnung einer Untersuchung getroffen worden waren. Auch in den anderen Fällen, in denen das Bundesgericht im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht befasst war, handelte es sich jeweils um Massnahmen, die nach Eröffnung einer Untersuchung angeordnet worden waren (BGE 130 II 149; Urteil 2A.142/2003 vom 5.9.2003, publ. in sic! 2004 S. 48 ff.; nicht publ. Urteile 2A.415/2003 vom 19.12.2003; 2A.481/2001 vom 25.4.2002). Ob dasselbe gilt, wenn eine Untersuchung noch nicht eröffnet worden ist, hatte das Bundesgericht bisher nicht zu entscheiden.

2.5 Entgegen dem, was die Rekurskommission anzunehmen scheint, kann der Verfügungscharakter der Entscheidung der Wettbewerbskommission nicht schon mit dem Argument verneint werden, es bestehe kein Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen; denn im Verwaltungsrecht stellen weder der Verfügungs- noch der Parteibegriff auf das Vorliegen eines Rechtsanspruchs ab: Zur Parteistellung reicht ein bloss tatsächliches schutzwürdiges Interesse aus (Art. 6 bzw. 48 VwVG; vgl. BGE 130 II 149 E. 3.3 S. 158; 127 II 132 E. 2a S. 136). Wer Parteistellung im Sinne von Artikel 6 und 48 VwVG beanspruchen kann, kann bei der zuständigen Behörde ein Begehren um Erlass einer Verfügung stellen. Die ersuchte Behörde hat zu prüfen, ob die Gesuchstellende Person ein hinreichend schutzwürdiges Interesse hat; fehlt es daran, hat sie auf das Gesuch mangels Parteieigenschaft nicht einzutreten. Ist die Parteieigenschaft zu bejahen, hat die Behörde zu prüfen, ob die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Erlass einer Verfügung gegeben sind; ist dies zu verneinen, ist das Gesuch abzuweisen. In beiden Fällen muss der Entscheid in der Form einer anfechtbaren Verfügung ergehen, jedenfalls wenn die Gesuchstellende Person ausdrücklich eine Verfügung verlangt (Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Art. 44 VwVG; vgl. BGE 126 II 300 E. 2c, S. 303 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 78 Rz. 213).

Diese Regeln des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts gelten aufgrund von Artikel 39 KG in Verbindung mit dem VwVG grundsätzlich auch im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren (vgl. BGE 130 II 149 E. 1.1 und 3.3; ferner Urteil des Bundesgerichts 2A.415/2003 vom 19.12.2003, E. 2.3.5; RICHLI, a.a.O., S. 473; PATRIK DUCREY, *Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht*, sic! 1998 S. 281 ff., 285). Fraglich ist aber, ob sie auch für Vorabklärungen oder sonst wie ausserhalb von Untersuchungen gelten.

2.6 Die Lehre tendiert mehrheitlich zur Ansicht, für das Verfahren der Vorabklärung gelte gestützt auf Artikel 39 KG ebenfalls das VwVG mit Ausnahme des spezialgesetzlich ausgeschlossenen (Art. 26 Abs. 3 KG)

Akteneinsichtsrechts (JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 9 und 10 zu Art. 26, Rz. 9 und 18 zu Art. 39; MARCEL DIETRICH, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, August 1997, Rz. 31 zu Art. 39; PATRICK SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 44; BRUNO SCHMIDHAUSER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, August 1997, Rz. 18 zu Art. 26; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, S. 342 und 369). Diese Auffassung kann sich namentlich auf die Botschaft zum Kartellgesetz stützen (BBI 1995 I 468, S. 603, 613 f.).

Andere Autoren stellen die Anwendbarkeit des VwVG für die Vorabklärung in Frage. Dies wird damit begründet, das Vorabklärungsverfahren diene nicht dazu, Rechte und Pflichten zu begründen oder festzustellen und führe nicht zu einer Verfügung; die Anwendung des VwVG auf die Vorabklärung würde auch der damit angestrebten Formlosigkeit widersprechen (BILGER, a.a.O., S. 148, 151 ff.; BENOÎT CARON, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET, Droit de la concurrence, commentaire romand, Basel 2002, Rz. 18 zu Art. 26, Rz. 9 zu Art. 39; RICHLI, a.a.O., S. 424 f.).

2.7 Wie es sich damit in genereller Hinsicht verhält, braucht aus folgenden Gründen vorliegend nicht entschieden zu werden.

2.7.1 Gemäss Artikel 39 KG sind auf die Verfahren des Kartellgesetzes die Bestimmungen des VwVG nur anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Spezielle kartellgesetzliche Regelungen gehen somit den Bestimmungen des VwVG vor.

2.7.2 Nach Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a KG können Personen, die aufgrund einer (behaupteten) Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert sind, ihre "Beteiligung an der Untersuchung" anmelden. Durch diese Anmeldung machen die Dritten ihre Parteirechte im Sinne von Artikel 6 VwVG geltend (BORER, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 43).

Artikel 43 KG gilt nach seinem Wortlaut nur für die Untersuchung (französisch: enquête; italienisch: inchiesta), nicht aber für die Vorabklärung (französisch: enquête préliminaire; italienisch: inchiesta preliminare). Es gibt keine Hinweise darauf, dass dieser Wortlaut nicht den wahren Sinne der Bestimmung wiedergeben würde. Auch die Systematik des Gesetzes weist darauf hin, dass mit Artikel 43 KG den Dritten bewusst erst im Rahmen der Untersuchung formelle Mitwirkungsrechte eingeräumt werden sollten: Nach Artikel 28 KG gibt das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Eröffnung einer Untersuchung durch amtliche Publikation bekannt, worauf sich Dritte innert dreissig Tagen melden können, wenn sie sich an der Untersuchung beteiligen wollen. Diese Bestimmung bezieht sich auf die in Artikel 43 KG er-

wähnten Dritten (BBI 1995 I S. 616; BILGER, a.a.O., S. 202 f.). Erst nach Eingang dieser Meldung entscheidet das Sekretariat über die Parteieigenschaft der Dritten (PIERRE TERCIER, *La procédure devant la Commission de la concurrence*, SZW, Sondernummer 1996, S. 35 ff., 40). Diese Regelung macht nur Sinn, wenn sie als eine den allgemeinen Regeln vorgehende verstanden wird und eine frühere Verfahrensbeteiligung ausschliesst (vgl. auch BGE 124 II 499 E. 3a S. 502 ff. in Bezug auf diejenigen Dritten, die nach Art. 43 Abs. 4 KG keine Parteirechte haben).

Daraus ergibt sich, dass Dritte, die eine Wettbewerbsbehinderung geltend machen, erst im Verfahren der Untersuchung (nicht aber der Vorabklärung) Parteirechte ausüben können (BILGER, a.a.O., S. 218; CARRON, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 39, Rz. 4, 5 und 7 zu Art. 43; BALZ GROSS, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, August 1997, Rz. 9 zu Art. 43). Wenn Dritte die Durchführung einer Vorabklärung beantragen oder in diesem Rahmen bestimmte Massnahmen beantragen, haben sie die Stellung von Anzeigern (Art. 26 Abs. 1 KG). Sie geben der Behörde Informationen und Hinweise, haben aber keine Parteistellung und keinen Anspruch auf eine förmliche Verfügung (Urteil des Bundesgerichts 2A.415/2003 vom 19.12.2003, E. 2.3.4 und 2.3.5; BILGER, a.a.O., S. 208). Aus diesem Grund werden sie auch nicht kostenpflichtig (Art. 3 Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz [KG-Gebührenverordnung; SR 251.2]).

2.7.3 Aus dem gleichen Grund können Dritte auch nicht Parteistellung haben im Rahmen des Entscheids, ob eine Untersuchung zu eröffnen sei, und zwar unabhängig von der Frage, ob der Entscheid, eine Untersuchung zu eröffnen oder nicht zu eröffnen, überhaupt als anfechtbare Verfügung zu qualifizieren ist (was in der Lehre mehrheitlich verneint wird: BILGER, a.a.O., S. 180 ff.; CARRON, a.a.O., Rz. 18 f. und 34 zu Art. 26, Rz. 19 zu Art. 27; RICHLI, a.a.O., S. 428 f.; SCHÄDLER, a.a.O., S. 59; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 27; WALTER A. STOFFEL, *Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*, SZW, Sondernummer 1996, S. 45 ff., 48; a.M.: GROSS, a.a.O., Rz. 19 zu Art. 44). Sie haben demzufolge keinen Anspruch, dass ihnen gegenüber mittels Verfügung entschieden wird, ob eine Untersuchung zu eröffnen ist.

2.7.4 Aus dieser spezialgesetzlichen Regelung, die aufgrund von Artikel 39 KG den allgemeinen Bestimmungen des VwVG vorgeht, folgt, dass Dritte, welche die Eröffnung einer Untersuchung oder die Anordnung vorsorglicher Massnahmen beantragen, vor Eröffnung der Untersuchung von vornherein keine Parteistellung haben können, und zwar unabhängig von der Frage, ob bereits vor Eröffnung einer Untersuchung überhaupt vorsorgliche Massnahmen zulässig wären (was in der Lehre ebenfalls mehrheitlich verneint wird: BILGER, a.a.O., S. 318, 320; BORER, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 26; DUCREY, a.a.O., S. 284; RICHLI,

a.a.O., S. 425; SCHÄDLER, a.a.O., S. 96 f.; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Rz. 21 zu Art. 26; a.M.: CARRON, a.a.O., Rz. 87 zu Art. 39; ZÄCH, a.a.O., S. 341 Rz. 605). Die Dritten haben daher keinen Anspruch darauf, dass dann, wenn die Wettbewerbskommission ihren Antrag ablehnt, darüber mit einer Verfügung entschieden wird. Entsprechende Mitteilungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats an diese Dritten sind demzufolge keine Verfügungen im Sinne von Artikel 5 VwVG und können nicht mit Beschwerde bei der Rekurskommission angefochten werden.

2.8 An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde vom 15. September 2003 als Rechtsverweigerungsbeschwerde bezeichnet hat und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Nichteröffnung einer Untersuchung in gewissem Sinne als Rechtsverweigerung erscheinen kann (so BORER, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 27; CARRON, a.a.O., Rz. 20 ff. zu Art. 27; GROSS, a.a.O., Rz. 101 f. zu Art. 44; STOFFEL, a.a.O., S. 48), so können doch nur Parteien im verfahrensrechtlichen Sinne Rechtsverweigerungsbeschwerde erheben (Art. 70 Abs. 1 VwVG); auch der Anspruch auf rechtliches Gehör steht nur den Parteien zu (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 VwVG). Da die Beschwerdeführerin - wie ausgeführt - nach der hier anwendbaren gesetzlichen Regelung vor Eröffnung einer Untersuchung von vornherein keine Parteistellung haben kann, kann sie in diesem Stadium weder eine Rechtsverweigerung noch eine Gehörsverletzung rügen (im Ergebnis ebenso RICHLI, a.a.O., S. 429).

2.9 Diese Konsequenz kann nicht als stossende Rechtsschutzlücke betrachtet werden. Das Kartellgesetz sieht nämlich zur Durchsetzung der materiellrechtlichen Ansprüche parallel einen zivil- (Art. 12 ff. KG) und einen verwaltungsrechtlichen (Art. 18 ff. KG) Rechtsweg vor. Aus diesem gesetzlich vorgesehenen Nebeneinander ergibt sich, dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche Weg zu beschreiten, auf welchem gemäss Artikel 17 KG ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind (BGE 130 II 149 E. 2.4 S. 156 mit Hinweisen). Auch wenn Dritte, die in der Ausübung des Wettbewerbs behindert werden, keinen Anspruch auf Verfügungsmässigen Entscheid über beantragte vorsorgliche Massnahmen oder über die Eröffnung einer Untersuchung haben, so sind sie deshalb nicht ohne Rechtsschutz, sondern können zivilrechtlich vorgehen (CARRON, a.a.O., Rz. 18 und 35 zu Art. 26, Rz. 19 zu Art. 27).

3.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann. Die unterliegende Beschwerdeführerin trägt die Gerichtskosten (Art. 156 Abs. 1 OG). Es besteht kein Anlass,

der Telekurs Multipay AG, die vor Bundesgericht keine Anträge gestellt hat, eine Parteienschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

[Kosten]

3.

[Eröffnung]

C ***Zivilrechtliche Praxis***
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1	<i>Kantonale Gerichte</i> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
C 1	<i>1. Fussball-Club Aarau 1902, FC Aarau AG, David Sesa/Swiss Football League</i>

Superprovisorische Verfügung vom 19. Oktober 2004 des Handelsgerichts des Kantons Aargau im vorsorglichen Massnahmeverfahren Fussball-Club Aarau 1902 (Gesuchsteller 1), FC Aarau AG (Gesuchstellerin 2), David Sesa (Gesuchsteller 3) gegen Swiss Football League (Gesuchsgegnerin)

Es wird den Akten entnommen:

1.

1.1 Der Gesuchsteller 1 ist ein nicht im Handelsregister eingetragener Verein. Er ist Mitglied des Schweizerischen Fussballverbandes (SFV).

1.2 Die Gesuchstellerin 2 ist eine am 7. Januar 2003 im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Aarau, welche die Durchführung, Organisation und Leitung eines Profi-Fussballspielbetriebes zum Zweck hat.

1.3 Der 1973 geborene David Sesa ist Schweizerbürger. Er spielte bis und mit der Saison 1997/1998 in der Schweizerischen Fussball-Nationalliga A (heute Super-League), zuletzt während vier Saisons beim Fussballclub Servette Genf. Ab der Saison 1998/1999 spielte David Sesa in der Italienischen Fussballliga Serie A für den Fussballclub Lecce und ab der Saison 2000/2001 für den Fussballclub SSC Napoli. Diesem Fussballclub wurde für die Saison 2004/2005 keine Spiellizenz mehr erteilt, weshalb der noch bis ins Jahr 2007 laufende Arbeitsvertrag zwischen dem SSC Napoli und David Sesa aufgelöst wurde. David Sesa schloss am 20./21. September 2004 mit der Gesuchstellerin 2 einen befristeten Arbeitsvertrag für Nationalliga-Nichtamateurspieler beginnend am 27. September 2004 und dauernd bis zwei Wochen nach dem letzten Meisterschaftsspiel der Saison 2005/2006 ab.

1.4 Mit Entscheid vom 30. September 2004 lehnte die Qualifikationskommission der Gesuchsgegnerin das Qualifikationsgesuch des "FC Aarau" für David Sesa in Anwendung von Artikel 8 QL (Reglement der Gesuchsgegnerin über die Qualifikation der SFL-Spieler vom 9.4.1999

mit seitherigen Änderungen vom 22.3.2002, 14.6.2002, 16.1.2004 und 1.7.2004) ab. Den dagegen erhobenen Rekurs wies das Rekursgericht der Gesuchsgegnerin mit Entscheid vom 15. Oktober 2004 ab.

2.

Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 18. Oktober 2004 lassen die Gesuchsteller folgende Rechtsbegehren stellen:

"1.

Es sei die Gesuchsgegnerin zu verpflichten,

- unverzüglich alle nötigen Massnahmen zu treffen, damit der Spieler David Sesa, [...], per sofort für die Gesuchsteller im Sinne des Reglementes über die Qualifikation der SFL-Spieler qualifiziert ist;
- unverzüglich alle nötigen Massnahmen zu treffen, damit der Spieler David Sesa, [...], von den Gesuchstellern an offiziellen Meisterschaftsspielen (inkl. Cup-Spielen) per sofort eingesetzt werden kann.

2.

Die vorsorgliche Massnahme sei gestützt auf Artikel 17 KG in Verbindung mit Artikel 28c Absätze 1 und 2 Ziffer 1, Artikel 28d Absatz 2 ZGB sowie § 294 Absatz 1 ZPO vorsorglich sofort zu verfügen.

3.

Es sei der Gesuchsgegnerin anzudrohen, dass eine Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 und 2 hievore gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Buss bestraft wird.

4.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Für die Begründung kann auf die vorstehende Sachverhaltszusammenfassung verwiesen werden. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Der Instruktionsrichter zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Gesuchsteller machen vorsorglich zu schützende wettbewerbsrechtliche (kartellzivilrechtliche) Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Aargau als Gericht am Sitz der geschädigten Person und für den Gesuchsteller 3 als Gericht am Erfolgsort ergibt sich aus Artikel 25 in Verbindung mit Artikel 33 GestG.

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Instruktionsrichters des Handelsgerichts folgt aus § 416 in Verbindung mit § 404 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer 4 ZPO.

1.3 Die Gesuchsteller 1 und 2 einerseits und der Gesuchsteller 3 andererseits haben ihre vorsorglichen Rechtsschutzgesuche getrennt einreichen lassen, stützen sich aber auf denselben Sachverhalt und stellen trotz nicht ganz übereinstimmendem Wortlaut ihres Rechtsbegehrens Ziffer 1 sachlich sowie sinngemäss identische Rechtsbegehren. Zwischen den drei Gesuchstellern besteht daher eine einfache Streitgenossenschaft im Sinne von § 50 Absatz 1 Buchstabe a ZPO, weshalb die drei Verfahren aus prozessökonomischen Gründen zu vereinigen sind (§ 52 ZPO).

2.

2.1 Gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a KG hat, wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung. Zum Schutze von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, kann das Gericht auf Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnen (Art. 17 Abs. 1 KG). Auf vorsorgliche Massnahmen sind Artikel 28c-28f ZGB sinngemäss anwendbar (Art. 17 Abs. 2 KG). Gemäss Artikel 28d Absatz 1 ZGB gibt der Richter dem Gesuchsgegner Gelegenheit, sich zu äussern. Ist es jedoch wegen dringender Gefahr nicht mehr möglich, den Gesuchsgegner vorgängig anzuhören, so kann der Richter schon auf Einreichung des Gesuchs hin Massnahmen vorläufig (superprovisorisch) anordnen, es sei denn, der Gesuchsteller habe sein Gesuch offensichtlich hinausgezögert (Art. 28d Abs. 2 ZGB).

2.2 Die superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zum Schutze von kartellzivilrechtlichen Rechtsansprüchen, wie sie von den Gesuchstellern beantragt werden, ist demgemäss von folgenden Voraussetzungen abhängig:

2.2.1 Glaubhaftmachung des vorsorglich zu schützenden Rechts (Hauptsachenprognose). Für den Erlass superprovisorischer Massnahmen ist erforderlich, dass hinsichtlich der rechtlichen und tatsächlichen Begründetheit des geltend gemachten Verfügungsanspruches liquide Verhältnisse gegeben sind; das Anspruchsfundament des Gesuchstellers muss durch die Sachdarstellung und die vorgelegten Beweismittel "aus sich heraus" überzeugen (ZÜRCHER, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich, Zürich 1998, S. 189).

2.2.2 Glaubhaftmachung, dass die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat (Nachteilsprognose). Nach Lehre und Rechtsprechung liegt ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil vor, wenn dieser nicht oder nur schwer mit Geld ausgeglichen werden kann. Die Ge-

fährdung einer Schadenersatzforderung stellt einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil dar, wenn entweder die Solvenz der Gegenpartei als zweifelhaft erscheinen lässt, ob Schadensausgleich überhaupt zu erreichen ist, oder aber der Schadensnachweis mit besonderen Beweisschwierigkeiten verbunden ist (BGE 108 II 230 f. Erw. 2b und c, 94 I 11 Erw. 8; VOGEL, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 1980, S. 96; KILLER, in: BÜHLER/EDELMANN/KILLER, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau 1998, N 11 zu § 302; LEUPOLD, Die Nachteilsprognose als Voraussetzung des vorsorglichen Rechtsschutzes, sic! 2000, S. 265 ff.).

2.2.3 Glaubhaftmachung einer qualifizierten zeitlichen Dringlichkeit in dem Sinne, dass die Gewährung des vorsorglichen Rechtsschutzes erst nach Anhörung der Gegenpartei wahrscheinlich einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hätte, weil bereits durch blosses Zuwarten bis zur mündlichen Verhandlung der Schutzzweck der beantragten vorsorglichen Massnahme vereitelt würde (ALDER, Der vorsorgliche Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 156; KILLER, a.a.O., N 3 Bst. a zu § 294).

3.

3.1.1 Eine positive Hauptsachenprognose im vorstehend (2.2.1) dargelegten Sinn setzt zunächst voraus, dass der Gesuchsteller aktivlegitimiert ist. Die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Rechtsansprüchen ist nach dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 1 KG gegeben, wenn durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung eine Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs erfolgt. Aus der Systematik des Kartellgesetzes ergibt sich, dass mit einer "unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung" einerseits unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG und andererseits unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG gemeint sind.

Durch eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG behindert oder benachteiligt ist jeder Wettbewerbsteilnehmer, der von der unzulässigen Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens konkret betroffen ist. Unerheblich ist, ob der Behinderte mit dem marktbeherrschenden Unternehmen vertraglich verbunden ist oder nicht. Selbst das an einer Kartellabrede beteiligte Kartellmitglied ist zur Geltendmachung von kartellzivilrechtlichen Ansprüchen gemäss Artikel 12 KG legitimiert (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz 524 und 525; CR Concurrence - REYMOND, N 22 zu Art. 12 LCart; Kommentar KG - DELLAFIOR, N 182 zu Art. 7 KG; BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N 3 zu Art. 12 KG; LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem Schweizerischen Kartellgesetz, ASR Heft 634, Bern 2000, S. 62).

3.1.2 Die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin 2 und des Gesuchstellers 3 im Sinne von Artikel 12 KG liegt auf der Hand, da sie durch den Ausschluss des Gesuchstellers 3 vom Wettbewerb der Schweizerischen Super-League bis zum Ende der ersten Phase der Meisterschaft 2004/2005 und bis zum Beginn der zweiten Phase nach der Winterpause 2004/2005 direkt und konkret betroffen sind: Die Gesuchstellerin 2 als Inhaberin der Spiellizenz für den Spielbetrieb der Super-League; der Gesuchsteller 3 als Berufsfussballer, der wieder in der Super-League seinem Berufe nachgehen will.

3.1.3 Demgegenüber ist nicht ersichtlich, inwiefern der Gesuchsteller 1 hinsichtlich der geltend gemachten kartellzivilrechtlichen Rechtschutzansprüche aktivlegitimiert sein könnte. Weder sein Zweck noch seine Aktivitäten im Bereiche des nationalen Fussballmarktes und der Super-League-Meisterschaft noch seine Behinderung oder Benachteiligung durch den befristeten Ausschluss des Gesuchstellers 3 von den Meisterschafts- und Schweizercupspielen der Super-League-Clubs sind substantiiert worden. Das vorsorgliche Massnahmegesuch des Gesuchstellers 1 ist daher mangels Aktivlegitimation abzuweisen.

3.2 Für die Beurteilung der Hauptsachenprognose ist folgende Rechts- und Sachlage massgebend:

3.2.1 Der Fussballsport ist jedenfalls auf nationaler Ebene ein wirtschaftlich relevanter Markt, bei dem sich auf der einen Seite die in der Super-League (und Challenge-League) spielberechtigten Clubs und die Berufsfussballspieler als Anbieter sowie auf der anderen Seite das fussballinteressierte Publikum sowie die Medien als Verbraucher oder Nachfrager gegenüberstehen. Die Gesuchsgegnerin (und der Schweizerische Fussballverband) organisieren den Schweizerischen Fussballmarkt, indem sie die Regeln aufstellen, nach denen Spieler und Clubs an der nationalen Fussballmeisterschaft teilnehmen können. Namentlich kann ein Spieler daran nur teilnehmen, wenn er hierfür von der Gesuchsgegnerin lizenziert oder qualifiziert wird. Die Gesuchsgegnerin hat daher als Intermediär eine faktische Monopolstellung mit Bezug auf die Spielberechtigung von Super-League (und/oder Challenge-League)-Berufsfussballspielern inne (HOFFET, Der Zugang des Athleten zum Stadion - wettbewerbsrechtliche Aspekte der Stellung von Sportverbänden, recht 1997, S. 184 f.). Als Intermediär des Fussballsportes auf nationaler Ebene ist die Gesuchsgegnerin aufgrund ihrer Monopolstellung zugleich ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Artikel 7 KG (RPW 2003, S. 979, juge délégué TC VS i.S. FC Sion/SFL; RPW 1998, S. 571 f., Ziffern 24 und 25, Weko/SFV; HOFFET, a.a.O., S. 188; CR Concurrence - CLERC, N 34 zu Art. 4 al. 2 LCart).

3.2.2 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich namentlich im Falle der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unzulässig oder missbräuchlich (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG). Mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hindert ein marktbeherrschendes Unternehmen

andere Marktteilnehmer mittelbar oder unmittelbar daran, in den von ihm beherrschten Markt einzudringen oder in diesem Markt ihre Marktstellung zu verbessern. Eine solche Behinderung oder Benachteiligung liegt unter anderem immer dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen über "essential facilities" verfügt, die zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen oder zur Herstellung bestimmter Produkte unerlässlich sind (RPW 2000, 29 Ziffer 25, Weko i.S. BKW/FMB Energie; RPW 2000, S. 153, Ziffer 42, Weko i.S. Watt/Migros; ZÄCH, a.a.O., Rz. 375; BORER, a.a.O., N 12 zu Art. 7 KG; Kommentar KG - DELLAFIOR, N 105 und 106 zu Art. 7 KG; CR Concurrence - CLERC, N 147 ff. zu Art. 7 LCart).

Die Gesuchsgegnerin verfügt über die "essential facilities" bezüglich der Zulassung von Berufsfussballspielern zum nationalen Fussballmarkt. Indem sie dem Gesuchsteller 3 die Berufsausübung bis zum Beginn der zweiten Phase des Wettbewerbbetriebes der Super-League verunmöglicht, verweigert sie ihm den entsprechenden Marktzutritt. Der Missbrauchstatbestand von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG ist dadurch grundsätzlich erfüllt.

3.2.3 Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist dann nicht missbräuchlich oder unzulässig, wenn es durch "legitimate business reasons", das heisst durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Dabei muss es sich um ökonomisch vernünftige Gründe handeln, welche die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und damit die Ungleichbehandlung der Marktteilnehmer durch das marktbeherrschende Unternehmen begründen. Es müssen mit anderen Worten betriebswirtschaftliche oder kaufmännische Gründe vorliegen, welche dem wirksamen Wettbewerb dienen und nicht diesen behindern (ZÄCH, a.a.O., Rz. 364; BORER, a.a.O., N 9 und 14 zu Art. 7 KG).

3.2.4 Die Qualifikationskommission der Gesuchsgegnerin hat im vorliegenden Fall nicht geprüft, ob die Nichtqualifizierung des Gesuchstellers 3 ausser durch den Wortlaut von Artikel 8 Qualifikationsreglement auch durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist oder nicht. Das Rekursgericht der Gesuchsgegnerin hat hiezu lediglich ausgeführt, die Nichtqualifizierung von bisher im Ausland tätigen Fussballern während geschlossener Zeiten liege "im Interesse des geordneten Wettbewerbbetriebes" und springe "unter Wahrung der Gleichberechtigung sämtlicher Wettbewerbsteilnehmer wohl kaum als offensichtlich unzulässiger Missbrauch der Marktstellung der Fussballverbände ins Auge ...".

Für das zweite vom Rekursgericht angeführte Argument - kein offensichtlicher Missbrauch der Marktmacht - trifft - wie dargelegt (3.2.1) - gerade das Gegenteil zu.

Inwiefern eine Ungleichbehandlung von in der Schweiz und im Ausland arbeitslos gewordenen Berufsfussballern durch "einen geordne-

ten Wettspielbetrieb" gerechtfertigt sein soll, wird im Entscheid des Rekursgerichtes weder konkretisiert noch ist dies sonstwie ersichtlich. Vielmehr kann gerade darin, dass für in der Schweiz arbeitslos gewordene Berufsfussballer die erwähnte Qualifikations-Sperrzeit vom 1. September bis zum 15. Januar nicht gilt, wohl aber für Berufsspieler, die ihren Arbeitsplatz im Ausland verloren haben, eine Beeinträchtigung des Wettspielbetriebes gesehen werden. Denn während ein Super-League Club sich durch einen in der Schweiz arbeitslos gewordenen Berufsfussballer auch während der Sperrzeit verstärken kann, ist dies nicht möglich, wenn ein Berufsfussballer im Ausland arbeitslos wird. Daraus kann eine Begünstigung der Spielstärke eines einzelnen Clubs durch Spieler resultieren, die bisher in der Schweiz tätig waren, und umgekehrt eine Schwächung der kompetitiven Kraft jener Clubs erfolgen, die sich durch einen aus dem Ausland zurückkehrenden, arbeitslosen Spieler verstärken möchten.

Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich die streitige Ungleichbehandlung von arbeitslos gewordenen Berufsfussballspielern ökonomisch günstig, das heisst marktdienlich auf den nationalen Fussballmarkt auswirken würde.

3.2.5 Die Gesuchsgegnerin stützt die Verweigerung des Markteintritts des Gesuchstellers 3 auf folgende Bestimmungen ihres Qualifikationsreglements:

"Artikel 8 - Qualifikationsperioden

- 1) Die Qualifikation eines Spielers ist nur während der folgenden Perioden erlaubt:
 - Vom Ende der Meisterschaft, aber frühestens vom 10. Juni bis zum 31. August für internationale Transfers und bis zum 30. September für nationale Transfers;
 - Vom 15. Januar bis zum 15. Februar für internationale Transfers und bis zum 28. Februar für nationale Transfers.
- 2) Bezüglich der nationalen Transfers finden Qualifikationsperioden keine Anwendung auf:
 - nationale Spieler unter 21 Jahren;
 - ohne eigenes Verschulden arbeitslos gewordene Spieler in der Schweiz, sofern die obgenannte Begrenzung für diese unter den gegebenen Umständen unbillige Auswirkungen hätte.

Ihre Qualifikation ist jedoch weder zwischen dem 31. März und dem Ende der Meisterschaft erlaubt, noch für die letzten vier Spieltage der Qualifikationsrunde.

- 3) Gestützt auf ein begründetes Gesuch, kann die Qualifikationskommission in Härtefällen Abweichungen erlauben. Ihre Entscheidung ist endgültig."

3.2.5.1 Diese Reglementbestimmungen bedeuten, dass ohne ihr Verschulden arbeitslos gewordene Berufsfussballspieler innerhalb der Zeitspanne vom 30. September bis 15. Januar für die Super-League (und Challenge-League) qualifiziert werden können, sofern es sich um einen nationalen Transfer, das heisst einen Wechsel des Berufsfussballspielers vom einen zum anderen in der Super-League (oder Challenge-League) spielberechtigten Club handelt. Hingegen steht einem Berufsfussballspieler dieses Zeitfenster für die Erlangung der Spielberechtigung bereits während der Zeitspanne vom 1. September bis zum 15. Januar nicht offen, wenn es sich um einen internationalen Transfer handelt, das heisst, wenn der Spieler im Ausland arbeitslos geworden ist und die Spielberechtigung für einen schweizerischen Super-League-Club (oder einen Club der Challenge-League) erlangen will.

3.2.5.2 In rechtlicher Hinsicht stellen diese Reglementbestimmungen verbandsinterne Satzungen dar, welche als solche keinesfalls die unzulässige Verhaltensweise der Gesuchsgegnerin als marktmächtiger Sportverband im Sinne von "legitimate business reasons" rechtfertigen können. Ebenso wenig kommt dem gestützt darauf ergangenen Entscheid des Rekursgerichtes der Gesuchsgegnerin vom 15. Oktober 2004 für den Zivilrichter Rechtsverbindlichkeit zu. Es handelt sich dabei um eine "simple manifestation de volonté émise par l'association intéressée; il s'agit d'actes relevant de la gestion et non d'actes judiciaires" (BGE 119 II 276 Erw. 3b).

3.3 Zusammenfassend ist der Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 Absätze 1 und 2 Buchstabe a KG im vorliegenden Fall erfüllt und die Hauptsachenprognose ist zu bejahen. Den Gesuchstellern 2 und 3 stehen daher kartellzivilrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gemäss Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe a KG zu.

Hingegen liegt keine Diskriminierung im Sinne von Artikel 2 PFA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999; SR 0.142.112.681) vor, da die inkriminierten Bestimmungen von Artikel 8 Qualifikationsreglement der Gesuchsgegnerin nicht bei der Staatsangehörigkeit als Merkmal der unterschiedlichen Behandlung von Berufsfussballern, sondern am Vorliegen eines nationalen oder internationalen Transfers anknüpfen.

Offen bleiben kann schliesslich - weil im vorliegenden Fall irrelevant -, ob bei den im Ausland arbeitslos gewordenen Berufsfussballspielern

zu unterscheiden ist, je nachdem ob ihre Arbeitslosigkeit in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union eingetreten ist oder nicht.

4.

4.1 Zu prüfen ist sodann, ob es als glaubhaft erscheint, dass die weitere Verletzung der zu schützenden kartellzivilrechtlichen Rechtsansprüche für die Gesuchstellerin 2 und den Gesuchsteller 3 nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile zur Folge hat (Nachteilsprognose).

4.2 Für die Gesuchstellerin 2 ergeben sich nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile daraus, dass sich die fehlende Spielberechtigung des Gesuchstellers 3 während der ersten Phase der Super-League-Meisterschaft 2004/2005 auf die Spielstärke des FC Aarau und dessen Spielerfolge sowie auf dessen Rangierung und Qualifikation für die zweite Phase der Super-League-Meisterschaft 2004/2005 auswirken kann, was zweifellos mit ökonomischen Folgen verbunden wäre. Die Kausalität dieser Nachteile wäre weder beweisbar, noch könnten diese in Geld ausgeglichen werden.

4.3 Für den Gesuchsteller 3 bestehen die nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteile darin, dass die Gesuchstellerin 2 als Folge seiner Nichtqualifikation den mit ihm geschlossenen Arbeitsvertrag fristlos wieder auflösen könnte (Art. 3 Abs. 2 AI. 1 des Arbeitsvertrages vom 20./21.9.2004). Diesfalls müsste sich der Gesuchsteller 3 einen neuen und unter Umständen weniger attraktiven Super-League- oder Challenge-League-Club als Arbeitgeber suchen. Selbst wenn die Gesuchstellerin 2 das ihr vertraglich zustehende Recht auf fristlose Vertragsauflösung nicht realisieren würde, wäre der Gesuchsteller 3 durch die fehlende Wettkampfpraxis benachteiligt, was sich auf seinen Marktwert im Schweizerischen Fussballmarkt auswirken könnte. Auch diese Nachteile wären - wenn überhaupt - nur schwer beweisbar und könnten nicht in Form von Schadenersatz wieder gutgemacht werden.

5.

5.1 Die dritte Voraussetzung - besondere Dringlichkeit des Rechtsschutzes - ergibt sich daraus, dass es ausweislich der Akten nur noch um die Qualifikation des Gesuchstellers 3 für die letzten sechs Spieltage der ersten Phase der Super-League-Meisterschaft 2004/2005 geht. Eine Qualifikation für die vier letzten Spieltage ist gemäss Artikel 8 Absatz 2 Satz 2 Qualifikationsreglement in jedem Fall, das heisst auch im Falle eines nationalen Transfers ausgeschlossen. In der kurzen Zeit von rund 14 Tagen bis zum viertletzten Spieltag der ersten Phase der Super-League-Meisterschaft ist aber die prozessordnungsgemässe Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht möglich.

5.2 Von einer Verzögerung der Einreichung des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen kann keine Rede sein, weil das Rekurs-

gericht der Gesuchsgegnerin seinen Entscheid erst am 15. Oktober 2004, somit nur drei Tage vor Einreichung des Gesuchs gefällt hat.

6.

6.1 Zusammenfassend ist den Gesuchstellern 2 und 3 der beantragte superprovisorische Rechtsschutz gemäss ihrem Rechtsbegehren Ziffer 1 zu gewähren.

6.2 Das weitere Verfahren richtet sich nach § 292/§ 304 in Verbindung mit § 353 ZPO.

Demgemäss wird verfügt:

1.

1.1 Der Instruktionsrichter des Handelsgerichts ist zuständig.

1.2 Die Streitsache wird in das summarische Verfahren gewiesen. Es gelten ***keine Gerichtsferien***.

2.

Das ***Gesuch des Gesuchstellers 1*** um Erlass superprovisorischer Massnahmen wird ***abgewiesen***.

3.

3.1 In ***Gutheissung des Gesuchs*** um Erlass superprovisorischer Massnahmen ***der Gesuchstellerin 2 und des Gesuchstellers 3*** vom 18. Oktober 2004 wird die Gesuchsgegnerin verpflichtet:

3.1.1 Unverzüglich alle Massnahmen zu treffen, damit der Gesuchsteller 3 ab sofort und erstmals ab der nächsten Spielrunde der Super-League-Meisterschaft für die Gesuchstellerin 2 im Sinne des Reglements über die Qualifikation der SFL-Spieler vom 9. April 1999 qualifiziert ist.

3.1.2 Unverzüglich alle Massnahmen zu treffen, damit der Gesuchsteller 3 von der Gesuchstellerin 2 in den weiteren Meisterschafts- und Cup-Spielen der Super-League eingesetzt werden kann.

3.2 Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die in vorstehender Dispositiv-Ziffer 3.1 angeordneten Massnahmen wird den geschäftsführenden Organen und Vertretern der Gesuchsgegnerin Bestrafung mit ***Haft oder Busse*** gemäss Artikel 292 StGB angedroht. Diese Bestimmung lautet:

"Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Haft oder mit Busse bestraft."

4.

4.1 Der Gesuchsgegnerin wird für die Erhebung von Einwendungen gegen das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 18. Oktober 2004 eine Frist von **zehn Tagen** ab postalischer Zustellung dieser Verfügung angesetzt.

4.2 Die Gesuchsgegnerin wird darauf hingewiesen, dass es genügt, wenn innert Frist die schriftliche Erklärung abgegeben wird, sie erhebe Einwendungen; deren Begründung kann in der nachfolgenden mündlichen Verhandlung, eventuell in einer schriftlichen Antwort vorgetragen werden.

4.3 Werden keine fristgemässen Einwendungen erhoben, so erlässt der Präsident des Handelsgerichts die ihm zutreffend scheinende Verfügung (§ 304 Abs. 2 ZPO).

5.

Die Gesuchsteller 1 und 2 einerseits sowie der Gesuchsteller 3 andererseits haben **innert zehn Tagen** seit der postalischen Zustellung dieser Verfügung einen Kostenvorschuss von je **CHF [...]** mit beiliegenden Einzahlungsscheinen an die Kasse des Obergerichts des Kantons Aargau einzuzahlen.

6.

[Eröffnung]

C 1	2. <i>Switzernet Sàrl/TDC Switzerland AG</i>
-----	---

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant Switzernet Sàrl contre TDC Switzerland AG du 12 février 2004

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur constate:

En fait:

1. a) Fondée le 4 juin 2003, la requérante Switzernet Sàrl a son siège à Chavannes-pres-Renens. Elle a pour but "services dans le domaine des telecommunications et de l'informatique". Son capital est de CHF [...]. Son associé gérant est [...], assistant à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL).

Le 12 juin 2003, [...] a créé, avec son épouse [...], étudiante à l'EPFL, la société Intarnet Sàrl, dont le but est le suivant: "services et conseils dans le domaine de l'informatique et des telecommunications; commerce de biens et produits mobiliers, manufacturés ou non". De plus, il est président de la société Intarnet Ltd à Yerevan (Arménie), qui fournit des services de télécommunication par internet. Selon un ex-

trait de son site, la requérante se présente comme une représentante de la société Intarnet Ltd.

b) L'intimée TDC Switzerland AG fournit des services de télécommunication terrestres fixes, internet et mobiles en Suisse, sous la marque sunrise. A l'instar des sociétés Orange Communications SA et Swisscom Mobile SA, elle est au bénéfice d'une concession fédérale de téléphonie mobile (GSM - Global System for Mobile communications) délivrée par la Commission fédérale de la communication (ComCom). Selon un communiqué de presse du 18 décembre 2003, la ComCom a décidé d'octroyer la même concession aux sociétés In&Phone SA et Tele2 Telecommunication Services AG.

Selon les statistiques de l'Office fédéral de la communication (OF-COM), sunrise occupe le 20% (voire 20,1%) des parts du marché des télécommunications mobiles en Suisse.

L'intimée allègue que sunrise dispose de trois départements de vente - mobile, wireline & internet, ainsi que wholesale -, le dernier étant dédié aux relations avec les opérateurs et fournisseurs de services de télécommunication.

2. Le 13 juin 2003, [...] a conclu deux contrats d'abonnement téléphonique (n° [...] et n° [...]) sur le réseau GSM de sunrise.

Le 24 septembre 2003, [...] a envoyé un courrier électronique à l'intimée, mentionnant notamment ce qui suit (traduction libre de l'anglais):

"Veuillez trouver ci-dessous ma demande 'wholesale' que je vous remercie de bien vouloir transmettre au département compétent si nécessaire.

Nous avons réuni un trafic de quelques cartes téléphoniques et des opérateurs transit vers le réseau GSM de sunrise (préfixe '4176').

L'ASR actuel varie de 15% à 35%. Parfois, il descend à 11%, et nous connaissons également des problèmes de qualité vocale. Nous souhaiterions disposer d'une connexion directe à sunrise en Suisse et une connexion dans le POP suisse de sunrise. Le trafic estimé est d'environ 500'000 minutes/mois avec une augmentation à 750'000 dans quelques mois au prix de CHF 0.15/min. (...)"

Le 10 octobre 2003, les parties ont signé un contrat n° SC01364, intitulé "Contrat de prestation de services (...) sur la fourniture de sunrise server housing + voice direct", pour une durée initiale fixe de douze mois dès la signature. L'annexe c au contrat prévoit un tarif de CHF 0,143/min. pour appeler tout abonné au service mobile de sunrise, plus une taxe fixe par appel de CHF 0,045 pour établir la ligne; ces prix sont appliqués sur la base d'un volume de trafic mensuel de 700'000 minu-

tes au minimum, au total de toutes les destinations confondues. Le contrat stipule en outre que la requérante "s'engage à verser un montant minimum de *CHF [...]*, sous forme de garantie bancaire ou d'un dépôt".

Sont jointes au contrat les conditions générales suivantes:

"(...)

7) *Utilisation abusive du téléphone et de l'Internet*

Le client est tenu d'utiliser les prestations de sunrise conformément aux présentes CG: aux autres dispositions contractuelles et aux dispositions légales applicables. En particulier; les prestations ne doivent pas être utilisées pour réaliser des infractions pénales. En cas de suspicion d'utilisation abusive ou de violation de la loi, des présentes CG ou des autres clauses contractuelles, sunrise se réserve le droit de suspendre immédiatement les prestations et d'engager, le cas échéant, des actions juridiques à l'encontre du client.

Dans le domaine des prestations Internet, les directives d'utilisation Internet de sunrise sont applicables.

(...)

10) *Début, résiliation, blocage*

(...) Dans les cas suivants, sunrise peut résilier sans préavis l'ensemble des contrats conclus avec le client: utilisation abusive de la prestation, mise en danger des installations de sunrise ou de ses partenaires, mise en danger imminente ou grave d'intérêts publics ou privés prépondérants, augmentation notable du montant des prestations, pouvant faire craindre que le client ne sera pas en mesure de payer son dû, doutes quant à la solvabilité du client, défaut de constitution dans les temps impartis d'une garantie demandée par sunrise, autres raisons graves (notamment l'utilisation abusive aux termes du chiffre 7). Dans de telles situations, sunrise peut également bloquer la prestation. Dans les deux cas (blocage ou résiliation), le client répond de la totalité des dommages et sunrise est déchargée de toute responsabilité.

(...)

12) *Autres dispositions*

Le client renonce sans exception à compenser ses créances envers sunrise contre les créances de sunrise envers lui.

Les clauses annexes, modifications et compléments apportés au contrat, en particulier aux CG et à la présente clause, ne sont valables que s'ils sont stipulés par écrit, à moins que les CG en disposent autrement.

Le client ne peut transférer à des tiers des droits et obligations découlant du présent contrat que moyennant l'accord écrit de sunrise. sunrise peut transférer le contrat sans l'accord du client.

13) Propriété intellectuelle

sunrise confère au client pour la durée du contrat un droit non transférable et non exclusif à utiliser les prestations et produits mis à sa disposition aux termes des présentes CG et des autres dispositions contractuelles. Tous les droits de propriété intellectuelle restent propriété de sunrise ou du donneur de licence.

14) For et droit applicable

Le présent contrat est régi par le droit matériel suisse à l'exclusion de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1990. ***Le for exclusif pour les litiges afférents au présent contrat est à Zurich, sous réserve de juridictions différentes résultant de règles impératives de droit fédéral.***

La requérante a installé dans les locaux de l'intimée un commutateur (router) comprenant quatre raccordements, assurant l'ouverture de cent vingt lignes au total. Pour pouvoir bénéficier du service de location intitulé "server housing", soit du droit d'avoir un commutateur dans un central de sunrise, la requérante doit s'acquitter d'une redevance mensuelle fixe de CHF [...]. A cela s'ajoutent des coûts d'installation de CHF [...] qui ont été payés par la requérante.

Le 21 octobre 2003, la requérante s'est annoncée à l'OFCOM en qualité de fournisseur de services de télécommunication, notamment dans le domaine de la téléphonie vocale.

Entre fin octobre et début novembre 2003, des courriers électroniques ont été échangés entre les parties portant sur l'aspect technique des connections avec sunrise. Le 29 octobre 2003, [...] a notamment demandé un accès au réseau SS7; une réunion s'est tenue à ce sujet le 4 novembre 2003. Il ressort de ces contacts que la requérante envisageait d'utiliser ses lignes pour terminer en Suisse des appels téléphoniques provenant de l'étranger.

Le 14 novembre 2003, l'UBS SA a émis une garantie bancaire d'un montant de CHF [...] en faveur de l'intimée.

Dans le courant de novembre 2003, les services de raccordements de la requérante sont devenus opérationnels. Durant ce mois, la requérante a généré cent quatorze heures de trafic.

3. Depuis quelques années, l'avènement d'un procédé de transmission de la voix par internet, grâce au protocole IP (VoIP - Voice over Internet Protocol), a entraîné de profondes modifications du marché des télécommunications. Ce procédé permet d'acheminer des données sur de grandes distances à moindre coût avec une qualité de transmission et une fiabilité comparable à celle d'un réseau de téléphonie classique. La téléphonie sur IP est basée sur des passerelles (gateway) qui relient le monde de la téléphonie traditionnelle et le monde IP et qui se chargent de la conversion du signal téléphonique en paquets IP, et vice-versa.

L'intimée allègue que ces passerelles peuvent notamment relier internet à un réseau GSM, qu'une solution technologique consiste à insérer des cartes SIM d'un opérateur de téléphonie dans un appareil commutateur, que cette nouvelle technologie a un intérêt certain puisque le prix des télécommunications sur le réseau mobile est relativement élevé en Suisse. Elle soutient que les conditions générales de tous les opérateurs de réseaux interdisent aux "clients finaux de se livrer à des activités de négoce ou d'arbitrage des prestations fournies (*reselling*)."

4. Le 19 décembre 2003, l'intimée a adressé la lettre recommandée suivante à la requérante:

"L'analyse du trafic s'écoulant à travers vos raccordements primaires a clairement démontré que ces connexions étaient utilisées d'une façon qui ne respecte pas les conditions générales de sunrise (Art. 7 et 12).

Selon ces conditions le client a un droit non transférable d'utiliser les services et les produits fournis par sunrise pendant la durée du contrat. De même le client peut reporter ces droits à un tiers, uniquement si sunrise y consent par écrit. Bien qu'un tel accord n'existe pas, vous avez clairement mis ces services à disposition de tiers.

En conséquence nous nous voyons obligés de prendre des mesures immédiates et de suspendre nos services dès ce soir 17.00h.

Une fois votre situation régularisée, nous vous invitons à négocier avec notre département Wholesale un contrat en bonne et due forme afin que vous puissiez continuer à offrir des services comme fournisseur de services de télécommunication. A cet effet M. [...] est à votre disposition afin de trouver rapidement une solution satisfaisante."

Le même jour, l'intimée a coupé les lignes de la requérante.

Le 22 décembre 2003, [...], directeur du service clientèle de l'intimée, a adressé un courrier électronique à [...] indiquant que les lignes seraient réouvertes à condition qu'un nouveau contrat avec le département

wholesale soit négocié et que la requérante accepte un prix de CHF [...] /min. comme tarif de terminaison d'appels sur le réseau mobile de sunrise. Cette offre fut réitérée le lendemain. Considérant qu'il était impossible de renégocier le contrat entre Noël et Nouvel-An, [...] a averti la requérante, dans un courrier électronique du 23 décembre 2003, que les lignes seraient réouvertes et que la négociation d'un nouveau contrat wholesale devait commencer immédiatement le 12 janvier 2004 (au retour de [...]).

Dans un courrier électronique du même jour à l'intimée, la requérante s'est plainte que sunrise n'affichait pas les numéros des appels provenant de la requérante, nonobstant le fait que le Calling Line Identification (CLI) était transmis et laissait apparaître son numéro de raccordement.

Le 6 janvier 2004 à 15 heures 29, [...] a avisé la requérante que celle-ci disposait d'un délai au vendredi 9 janvier suivant pour se déterminer sur le contrat wholesale qui lui avait été remis le 23 décembre 2003. Il précisait que si la migration interne des lignes du service vente au département wholesale de sunrise n'était pas faite d'ici au vendredi à 16 heures, celles-ci seraient coupées.

Dans un courrier électronique du 7 janvier 2004 à 17 heures 03, [...], confirmant qu'il avait pris l'engagement d'attendre le retour de [...], a reporté l'échéance du délai posé au mercredi 14 janvier à 17 heures, si aucune négociation avec le département wholesale n'avait abouti avant 16 heures.

Dans un e-mail du même jour, [...], responsable du département wholesale de sunrise, a quant à lui déclaré ce qui suit (traduction libre de l'anglais):

"(...) je peux confirmer ce qui suit:

Le tarif pour terminer les communications avec sunrise Mobile pour le trafic venant de Suisse est définitivement de CHF [...] /min. et non plus bas pour tout opérateur.

Le tarif pour terminer des communications sur le réseau mobile sunrise pour des communications venant de l'extérieur de la Suisse peut varier entre CHF [...] et CHF [...] /min. dépendant du volume. Mais personne n'a un tarif plus bas dans le commerce de gros. (...)"

Le conseil de la requérante a attiré l'attention de l'intimée sur l'effet dommageable d'une nouvelle coupure de lignes, par lettre du 12 janvier 2004, dont la teneur est la suivante:

"Je me réfère au courrier; que je vous ai adressé le 7 janvier 2004 et interprète votre silence comme une confirmation selon laquelle vous ne disposez d'aucune base contractuelle et encore moins légale qui pourrait fonder une interruption du

service que vous vous êtes engagé à fournir à Switzernet Sàrl.

Dans ces conditions, je pars de l'idée que le service ne sera pas interrompu et que la clientèle de Switzernet Sàrl n'aura pas à pâtir d'un geste intempestif de la part de TDC Switzerland AG.

Je saisis cette occasion pour vous signaler que Switzernet Sàrl a conclu de nombreux contrats de service qui devraient générer très vraisemblablement un volume d'appel sensiblement supérieur au minimum prévu par le contrat. C'est-à-dire le caractère extrêmement dommageable que pourrait revêtir une décision unilatérale de votre société d'interrompre ce service.

Les responsables de Switzernet Sàrl m'ont indiqué prendre parallèlement contact avec votre société comme vous l'avez demandé. Switzernet Sàrl sera en mesure de vous fournir toute information sur les services qu'elle fournit à ses propres clients, comme vous l'avez demandé.

(...)"

Malgré l'intervention du conseil de la requérante, l'intimée a coupé les lignes le mercredi 14 janvier 2004 à 17 heures, comme elle l'en avait menacé. La requérante s'est immédiatement plainte de cette situation.

Le 19 janvier 2004, un représentant de la requérante s'est rendu à Zurich rencontrer des cadres du groupe sunrise afin de trouver une solution à cette situation. Dans un courrier électronique du 26 janvier 2004, [...] a résumé comme suit la position de sunrise, telle que discutée lors de cette réunion (traduction libre de l'anglais):

"(...)

- La proposition commerciale que vous avez faite à M. [...] et réitérée lors du rendez-vous ne contient pas les détails nécessaires pour nous permettre d'exprimer notre intérêt. D'autres détails ont besoin d'être envoyés si vous voulez une réponse précise.
 - La position liée aux tarifs de terminaison d'appels sur le réseau mobile de sunrise a été clairement exprimée dans les e-mails et rappelée lors de cette réunion (CHF [...] /min).
 - L'interconnection avec le département wholesale de sunrise ne peut être effectuée qu'avec le protocole S7.
 - Nous n'avons pas reçu de proposition commerciale (tarif) pour du trafic se terminant en Arménie et le trafic de détail de sunrise vers cette destination est très bas.
-

De plus, des relations peuvent être faites si Switzernet retire par écrit l'action déjà faite et renonce par écrit à toute possible action en dommages et intérêts."

5. a) A l'appui de ses allégations, la requérante a encore produit:

- une lettre du 5 février 2004 de [...] à la requérante, aux termes de laquelle:

"Dans le cadre des pourparlers préalables que j'avais eus avec TDC Switzerland AG (sunrise) pour la mise en place d'un contrat avec des tarifs applicables à partir de [...] minutes par mois, je peux vous confirmer qu'il avait été indiqué à sunrise que ce volume de communications ne serait pas engendré par le signataire du contrat pour ses besoins propres mais devait être utilisé pour la terminaison d'un trafic international entrant sur les réseaux GSM suisses";

- une estimation, établie par [...] le 10 février 2004, de la valeur des équipements appartenant à la requérante installés dans les locaux de l'intimée, qui avoisine les CHF [...];
- un schéma du réseau du protocole d'identification des appels SS7 sur papier publicitaire Diax Telecommunications - aujourd'hui sunrise -, dont l'intimée admet, à l'audience de ce jour, qu'il peut avoir été dessiné par l'un de ses collaborateurs;
- un article de CHRISTIAN BOVET et PRANVERA KËLLEZI intitulé "Positions dominantes dans le secteur des télécommunications".

b) L'intimée a quant à elle produit notamment la pièce suivante:

- un projet de contrat du 1^{er} décembre 2003 entre la requérante et l'intimée à l'en-tête de sunrise intitulé "Wholesale voice services".

6. Par l'intermédiaire de leurs conseils respectifs, [...], pour la requérante, et [...], pour l'intimée, ont été entendus à l'audience de ce jour. Il ressort ce qui suit de leurs déclarations:

a) La requérante déclare que le contrat de prestation de services du 10 octobre 2003 prévoit des prix - soit CHF [...]/min. et CHF [...]/min - qui, en soi, n'ont rien d'extraordinaire. A l'appui de ses déclarations, elle produit un tarif des opérateurs de téléphonie mobile en Suisse, duquel il ressort que sunrise propose la minute à CHF [...]/min., notamment. Elle soutient en outre que les tarifs pratiqués sur le "marché gris" oscillent entre CHF [...] et [...]/min. et en déduit que le montant de CHF [...]/min. que sunrise entend lui imposer n'est justifié par aucun élément factuel.

Interrogée sur les circonstances ayant entouré la conclusion dudit contrat, la requérante affirme qu'il ne pouvait échapper à l'intimée qu'elle avait un statut de revendeur, en raison des éléments suivants: le volume des transactions prévues - soit [...] minutes par mois -, le

"tele housing" - soit l'hébergement de ses équipements dans les locaux de l'intimée, qui a nécessité des investissements relativement importants -, et les discussions sur l'implantation et l'utilisation du protocole d'identification des appels SS7. Sur ce dernier point, la requérante déclare que si ces discussions sont postérieures à la conclusion du contrat, elles sont antérieures à l'installation de ses équipements. Selon elle, seuls les revendeurs ont besoin de ce protocole qui garantit l'affichage du numéro de la ligne appelante: La requérante se réfère en outre à la lettre du 5 février 2004 de [...] (voir ci-dessus chiff. 5), selon laquelle il avait été clairement dit que les minutes seraient utilisées par d'autres clients.

Selon la requérante, les contrats de l'intimée ne font aucune distinction entre clients directs ou indirects: il s'agit d'une question purement interne à la société.

La requérante affirme en outre que la loi impose aux fournisseurs de services de télécommunication de prendre des mesures d'identification de la ligne appelante: elle prétend agir en totale conformité avec la loi, mais soutient que l'intimée viole, quant à elle, ses obligations, par volonté délibérée, et non pour des raisons techniques.

Enfin, la requérante déclare que l'intimée s'est contentée de couper ses lignes téléphoniques et que celle-ci n'a rédigé aucune lettre de résiliation à son intention.

b) L'intimée déclare de son côté qu'[...] a procédé, dans le courant de l'été 2003, à des essais pour relier le réseau internet au réseau GSM de sunrise, qu'elle l'a rendu attentif au fait qu'il ne pouvait revendre des prestations de sunrise, que son département mobile a immédiatement suspendu ses services et que l'affaire en est restée là.

L'intimée confirme qu'[...] s'est approché de son département wholesale le 24 septembre 2003. Elle soutient que celui-ci lui a demandé d'être agréé revendeur, ce qui tend à démontrer qu'[...] savait qu'il n'avait alors pas le droit de faire du "reselling". [...] prétend avoir eu divers entretiens téléphoniques avec un représentant de la requérante - ce que cette dernière conteste - auquel il a expliqué que le tarif minimum appliqué aux clients revendeurs était de CHF [...] /min. et qu'aucune exception ne serait accordée. Aucun contrat wholesale n'a été conclu avec la requérante.

Interrogée sur les tarifs entre CHF [...] et CHF [...] /min. dont la requérante se prévaut, l'intimée déclare que ceux-ci relèvent du "marché gris" et que l'ensemble des grands opérateurs facture un prix de CHF [...] /min. aux revendeurs de services de télécommunication, indispensable pour assurer la couverture des coûts. Elle ajoute que si des tarifs plus avantageux peuvent être offerts aux consommateurs finaux, c'est que ceux-ci utilisent des prestations d'interconnexions à l'étranger, sur

lesquels l'opérateur touche une commission: ce que sunrise perd sur le réseau suisse, elle le gagne sur le réseau étranger.

Quelques jours après le 24 septembre 2003, un dénommé [...], pour le compte d'une société Neurocom - société en devenir -, a entamé des discussions avec des responsables du département "clients finaux" de l'intimée dans le but de conclure un contrat tel que celui du 10 octobre 2003. L'intimée soutient avoir été avisée, le jour précédent la signature du contrat, qu'il ne s'agissait pas de la société Neurocom, mais de la requérante: elle prétend que, pressée par le temps, elle a vérifié que cette dernière était inscrite au registre du commerce et a signé le contrat de prestation de services le 10 octobre 2003. Immédiatement requise de se déterminer sur ce qui précède, la requérante déclare être intervenue dans une deuxième phase, puisqu'elle pouvait garantir un nombre de communications plus élevé.

S'agissant des circonstances ayant entouré la conclusion du contrat, l'intimée soutient que la requérante ne s'est pas présentée comme "fournisseur services telecom"; que si le volume des transactions prévues dépasse nettement celui d'un destinataire final, il peut être atteint par un regroupement de clients finaux (centrale d'achats); que l'hébergement des équipements est accordé aux clients importants, même non-revendeurs; que la requête d'implantation et d'utilisation du protocole d'identification des appels SS7 du 29 octobre 2003 d[...] est postérieure à la signature du contrat; qu'avant cette date, les parties n'en avaient jamais discuté; que cette demande n'a pas été formulée pour les propres besoins de la requérante, mais pour ceux de clients tiers; que le protocole SS7 n'est octroyé qu'aux seuls revendeurs; que les clients finaux n'en ont pas.

L'intimée admet que ses conditions générales ne sont pas d'une limpidité extrême. Elle considère cependant que celles-ci précisent clairement que les droits ne sont pas transférables et que la requérante le savait, car tous les opérateurs ont la même pratique.

S'agissant des mesures d'identification que la loi lui impose, l'intimée affirme qu'une liaison ISDN pour le Calling Line Identification (CLI) est techniquement possible et que les clients finaux n'en disposent pas.

Enfin, l'intimée admet avoir coupé les lignes mises à la disposition de la requérante et ne pas avoir résilié ou annulé le contrat de prestation de services du 10 octobre 2003.

7. L'intimée soutient que la requérante offre à ses clients la terminaison d'appels sur le réseau GSM de sunrise à un coût par moitié inférieur aux tarifs "wholesale", d'où un préjudice important. Elle allègue avoir suspendu, pour cette raison, ses prestations en faveur de la requérante, en considération des articles 10 et 13 de ses conditions générales. Elle estime qu'une exécution anticipée du contrat aux conditions financières énoncées dans le tarif annexé à l'accord du 10 octobre 2003

n'est pas envisageable, mais se dit prête à conclure avec la requérante une "convention propre à ses activités de revendeur" au tarif de CHF [...] /minutes.

Selon l'intimée, si ordre lui est donné de réouvrir les lignes téléphoniques de la requérante et de fournir à celle-ci les conditions financières stipulées dans ledit contrat, un préjudice important lui serait causé, préjudice qui s'élèverait à CHF [...]. Il correspondrait à la différence entre le tarif consenti à la requérante, soit CHF [...] /min., plus le prix d'établissement de la ligne, soit environ CHF [...] /min., et le tarif d'interconnexion fixé par sunrise de CHF [...] la minute, multiplié par le volume de téléphonie. Il serait de l'ordre de CHF [...] par jour. Affirmant que son préjudice est limité à la durée prévue du contrat, soit une année, l'intimée requiert qu'en cas d'octroi des mesures provisionnelles, la requérante soit astreinte à des sûretés de CHF [...].

L'intimée prétend enfin qu'elle ne peut remplir ses obligations légales et contractuelles envers les autorités du fait des agissements de la requérante. Elle se réfère notamment aux "prescriptions techniques et administratives concernant l'identification de la ligne appelante" éditées par l'OFCOM qui obligent les fournisseurs de services de télécommunication de transmettre toutes données permettant l'identification des usagers. Elle affirme que les appels entrant sur les installations de la requérante sont dirigés vers leur destinataire avec un nouveau numéro correspondant à celui de la requérante et qu'il n'est ainsi pas possible de déterminer l'origine des appels. L'intimée estime que cette situation ne peut durer sans risques juridiques et financiers importants pour sunrise. Elle ne prend toutefois aucune conclusion chiffrée en ce sens (voir ci-dessous chiff. 8).

8. a) Par requête de mesures préprovisionnelles et provisionnelles du 28 janvier 2004, Switzernet Sàrl a pris, avec suite de dépens, les conclusions suivantes:

"I. Par voie de mesures préprovisionnelles urgentes:

1. Ordre est donné à TDC Switzerland AG de réouvrir immédiatement les lignes téléphoniques de Switzernet Sàrl et de fournir à Switzernet Sàrl les prestations prévues dans le contrat de service n° SC 01364 du 10 octobre 2003 aux termes et conditions prévus dans ledit contrat, notamment aux conditions financières énoncées dans le tarif annexé audit contrat.

2. Assortir pour les organes responsables de TDC Switzerland AG le non-respect de la décision prise par le juge instructeur de la Cour civile de la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.

II. Par voie de mesures provisionnelles:

1. Ordre est donné à TDC Switzerland AG de réouvrir immédiatement les lignes téléphoniques de Switzernet Sàrl et de fournir à Switzernet Sàrl les prestations prévues dans le contrat de service n° SC 01364 du 10 octobre 2003 aux termes et conditions prévus dans ledit contrat, notamment aux conditions financières énoncées dans le tarif annexé audit contrat.

2. Assortir pour les organes responsables de TDC Switzerland AG le non-respect de la décision prise par le juge instructeur de la Cour civile de la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité."

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 28 janvier 2004, expédié pour notification aux parties le lendemain, le juge instructeur a ordonné à TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de réouvrir immédiatement les lignes téléphoniques de Switzernet Sàrl et de lui fournir les prestations prévues dans le contrat de service n° SC 01364 du 10 octobre 2003, les conditions financières étant réservées jusqu'à l'audience de mesures provisionnelles (I), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire et dit qu'elle resterait en vigueur jusqu'à droit connu sur le sort des mesures provisionnelles (II), les frais et dépens suivant le sort de la procédure provisionnelle (111).

Dans un procédé écrit du 12 février 2004, TDC Switzerland AG a conclu, avec suite de dépens, principalement, au rejet de la requête de mesures provisionnelles (I), à la révocation de l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 28 janvier 2004 (II) et, subsidiairement, à ce qu'ordre soit donné à la requérante de fournir des sûretés dans les dix jours à hauteur de CHF [...] (III).

b) A l'audience de ce jour, Switzernet Sàrl a complété sa conclusion I des mesures préprovisionnelles et provisionnelles en ce sens:

"1. Ordre est donné à TDC Switzerland AG de réouvrir immédiatement les lignes téléphoniques de Switzernet Sàrl, de fournir à Switzernet Sàrl les prestations prévues dans le contrat de service n° SC 01364 du 10 octobre 2003 aux termes et conditions prévus dans ledit contrat, notamment aux conditions financières énoncées dans le tarif annexé audit contrat et de transmettre à ses clients le CLI (Calling Line Identification)."

Au demeurant, Switzernet Sàrl a requis que ses conclusions provisionnelles lui soit allouées à titre préprovisionnel. TDC Switzerland AG

a conclu que les conclusions préprovisionnelles soient rejetées et que l'ordonnance préprovisionnelle soit révoquée à titre préprovisionnel.

Par décision du 13 février 2004, le juge instructeur a avisé les parties que les mesures préprovisionnelles requises à l'audience étaient rejetées.

En droit:

I. L'intimée soutient tout d'abord que le juge civil ne serait pas compétent, l'article 11 de la Loi sur les télécommunications (LTC; RS 784.10) représentant une *lex specialis* par rapport à la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251).

Selon l'article 11 alinéa 1er LTC, les fournisseurs de services de télécommunication ayant une position dominante sur le marché sont tenus de garantir l'interconnexion à l'égard d'autres fournisseurs de manière non discriminatoire et selon les principes d'une politique des prix transparente et alignée sur les coûts. En vertu de l'article 11 alinéa 3 LTC, lorsqu'un fournisseur tenu d'offrir l'interconnexion et celui qui la demande n'arrivent pas à s'entendre dans un délai de trois mois, la Commission fédérale de la communication, sur proposition de l'office, fixe les conditions de l'interconnexion selon les principes usuels du marché et du secteur en question. A la demande de l'une des parties, la Commission peut accorder une protection juridique à titre provisoire. Pour juger si un fournisseur a une position dominante, l'office consulte la Commission de la concurrence.

Il paraît ainsi que les moyens de l'article 11 LTC ne trouvent application que lorsque les parties n'ont pu s'entendre sur le contenu d'un contrat. La liberté de conclure des contrats précède en effet l'intervention de l'autorité (Message du Conseil Fédéral in FF 1996 III 1384). En l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer si un nouvel acteur du marché peut se prévaloir d'un droit à une interconnexion non discriminatoire pour obtenir la conclusion d'un contrat que refuse de passer le fournisseur de services de télécommunication, mais si l'intimée n'abuse pas de sa position dominante, en n'acceptant pas d'exécuter le contrat qu'elle a conclu avec la requérante. Faute d'entrer dans le champ d'application de l'article 11 LTC, le présent litige relève bien de la compétence du juge civil.

Au demeurant, la doctrine admet que les dispositions de la LCart s'appliquent complémentaires à celles de la LTC, notamment celles relatives aux comportements illicites des entreprises dominantes selon l'article 7 LCart (CSOPORT/VON ZEDTWITZ, Verhandlungsanalyse zur Interkonnektion, PJA 10/2003, p. 1190, et les références citées).

II. L'intimée soulève ensuite l'incompétence *ratione loci*.

a) Selon l'article 33 de la Loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors; RS 272), est impérativement compétent pour ordonner des me-

sures provisionnelles le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale ou le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée.

Des mesures provisionnelles fondées sur une restriction illicite de la concurrence, notamment sur la LCart, peuvent être requises aux fors prévus par l'article 25 LFors - la notion d'acte illicite s'entendant en effet dans un sens large et englobant notamment les atteintes au droit cartellaire (DONZALLAZ, Commentaire de la Loi fédérale sur les fors en matière civile, n. 9 ad art, 25 LFors, pp. 565 s.; POUDRET/HALDY/TAPPY: Procédure civile vaudoise, 3^{ème} ed.; art. 25 LFors, p. 979) - ainsi qu'au juge du lieu de l'exécution des mesures provisionnelles (REYMOND, Commentaire romand Concurrence, nos 22 et 23 ad art. 17 LCart, p. 703). En outre, si les parties ont valablement élu un for pour qu'y soit tranché l'ensemble de leur litige, le juge désigné sera également compétent, mais de manière non exclusive, pour rendre des mesures provisionnelles (REYMOND, op. cit., n. 20 ad art 17 LCart, p. 703; DONZALLAZ, op. cit., n. 4 ad art. 33 LFors, p. 631; POUDRET, L'harmonisation des fors internes et de la LDIP avec la Convention de Lugano, une tâche inachevée, in Les nouveaux fors fédéraux et les nouvelles organisations judiciaires, publications CEDIDAC, Lausanne, 2001, p. 44).

Selon l'article 25 LFors, le tribunal du domicile ou du siège de la personne ayant subi le dommage ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Le premier for alternatif mis à disposition par l'article 25 LFors est ainsi celui du domicile de la personne ayant subi le dommage, soit le domicile du demandeur (REYMOND, op. cit., n. 35 ad art. 14 LCart, p. 652; DONZALLAZ, op. cit., n. 25 ad art. 25 LFors, p. 573).

b) En l'occurrence, la requérante, qui se plaint d'une violation de la LCart, partant d'un acte illicite au sens de l'article 25 LFors, a son siège dans le canton de Vaud. La compétence des tribunaux vaudois pour statuer sur les présentes mesures provisionnelles est ainsi réalisée. Quant à la compétence *ratione materiae* du Juge instructeur, elle n'est à juste titre pas contestée (art. 74 al. 3 OJV).

//. En droit de la concurrence, les mesures provisionnelles sont régies par le droit fédéral. L'article 17 LCart renvoie aux articles 28c à 28f CC qui sont applicables par analogie.

Selon l'article 28c alinéa 1^{er} CC, celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, peut requérir des mesures provisionnelles. Le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est ou risque d'être entravé dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci par une restriction illicite et que cette

entrave risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (REYMOND, op. cit., n. 42 ad art. 17 LCart, p. 706).

Le juge procède à un examen provisoire et *prima facie* des perspectives d'issue favorable de l'action au fond ("Hauptsachenprognose") sans exiger la preuve du bien-fondé de celle-ci. Il statue sur la base des moyens de preuve immédiatement disponibles (REYMOND, op. cit., n. 54 ad art. 17 LCart, p. 708).

Le juge peut notamment interdire l'atteinte ou la faire cesser à titre provisionnel, ou prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves (art. 28c al. 2 CC). Mais il peut également condamner l'intimé à une obligation de faire. Si la procédure porte sur le refus d'entretenir des relations commerciales, il a la possibilité de lui ordonner de continuer à exécuter un contrat passé entre les parties (ATF 125 III 451 consid. 3c, SJ 2000 I 122 [rés.]) ou de conclure provisoirement un contrat (REYMOND, op. cit., n. 98 ad art. 17 LCart, p. 716).

Lors de l'examen de la vraisemblance et de la menace du préjudice difficilement réparable, le juge se montrera d'autant plus strict que la mesure est plus contraignante pour l'intimé. Si, comme en l'espèce, la requête tend à l'exécution provisoire du droit litigieux, il ne l'admettra que si la prétention est à première vue bien fondée (REYMOND, op. cit., nos 56 et 60 ad art. 17 LCart, pp. 709 et 710).

La condition de la menace d'un préjudice difficilement réparable se confondant avec celle du besoin de protection immédiate ou d'urgence, si le requérant tarde à agir, il risquera d'être déchu du droit d'obtenir des mesures provisionnelles. On présumera alors que la menace d'un dommage irréparable que peuvent seules écarter de telles mesures, autrement dit le besoin de protection immédiate, fait défaut (REYMOND, op. cit., nos 62 et 64 ad art. 17 LCart, pp. 710 et 711).

IV. a) Pour tomber sous le coup de la LCart, l'entreprise dont le comportement est litigieux doit être au bénéfice d'une position dominante. Au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart, par entreprises dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

Concrètement, la position dominante se détermine par un faisceau de critères, notamment par celui de la part de marché. Une part de marché de 40%-45% ne suffit pas pour conclure au contrôle automatique du marché; à l'opposé, on ne peut exclure l'existence d'une position dominante avec des parts de marché de 20%-40% (CLERC, Commentaire, romand Concurrence, n. 24 ad art. 4 al. 2 LCart, p. 168). "Une part de marché très basse, inférieure à un seuil critique, devrait permettre d'exclure la possibilité d'une position dominante ("safe harbor"). (...) En droit suisse, la doctrine suggère que le seuil critique faisant présumer une position dominante devrait être de 50%, alors

qu'une part de marché de moins de 20% devrait généralement constituer un *safe harbor*, sauf structure particulière du marché (...). Une part de marché entre 20% et 40% ne permettrait pas non plus de conclure sans autre à une position dominante, mais nécessiterait des barrières supplémentaires à l'accès" (CLERC, op, cit., n. 116 ad art. 4 al. 2 LCart, p. 209).

b) L'intimée détient le 20% (voire 20,1%) du marché des télécommunications mobiles en Suisse. On se situe en l'occurrence à la limite inférieure, où une position dominante peut être admise. Pour juger d'une position dominante, l'ensemble des barrières à l'accès du marché doit être pris en considération, notamment les facteurs tels que les relations de l'entreprise concernée sur le marché avec ses propres concurrents. Or, en l'espèce, l'intimée, qui est disposée à poursuivre ses relations contractuelles avec la requérante, entend lui imposer un prix de CHF [...] /min., qui, selon ses propres affirmations, serait celui fixé par tous ses concurrents aux revendeurs de services de télécommunication. Il en résulte que les principaux fournisseurs d'accès tendent à imposer un certain comportement à leurs clients revendeurs, de sorte que, *prima facie*, on doit admettre que l'intimée jouit d'une position dominante sur le marché.

Cette conclusion est confortée par le fait que la Commission de la concurrence (Comco) a ouvert une enquête, selon les articles 27 et suivants LCart, à l'encontre de Swisscom Mobile AG, Orange Communications SA et l'intimée, s'agissant du prix de leurs prestations en relation avec la téléphonie mobile (décision du 17 février 2003, publiée au DPC 2003/2, pp. 387 ss.). La Comco a souligné qu'il existait des indices tant d'accords illicites au sens de l'article 5 LCart que de pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante au sens de l'article 7 LCart, allant jusqu'à considérer qu'il serait concevable d'admettre, en ce qui concerne l'achèvement d'appels sur un réseau de téléphonie mobile, l'existence de trois marchés relevant (soit l'un pour chacun des trois fournisseurs principaux, dont sunrise; ch. 31).

On relèvera enfin que, compte tenu de la structure particulière de ce marché, certains auteurs estiment qu'un opérateur de réseau peut se trouver en position dominante en dépit de l'existence de réseaux concurrents (BOVET/KËLLEZI, Positions dominantes dans le secteur des télécommunications, *Medialex* 2002, pp. 196 ss., notamment p. 205).

Au vu des éléments qui précèdent, l'existence d'une position dominante est rendue suffisamment vraisemblable, au stade des mesures provisionnelles.

V. Il ne suffit pas qu'une entreprise bénéficie d'une position dominante pour qu'elle soit contrainte à contracter ou à poursuivre ses relations contractuelles, encore faut-il qu'il y ait abus de position dominante.

Selon l'article 7 alinéa 1^{er} LCart, une entreprise abuse de sa position dominante lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées: a) soit elle entrave l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises, soit elle exploite sa position dominante au détriment de ses partenaires commerciaux b) et cela, sans que son comportement repose sur des considérations commerciales légitimes (CLERC, op. cit., n. 61 ad art. 7 LCart, p. 378).

L'article 7 LCart interdit à une entreprise dominante de renforcer sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites (CLERC, op. cit., n. 60 ad art. 7 LCart, p. 377).

Est déterminante pour la qualification d'exploitation la volonté de l'entreprise dominante de tirer partie de sa rente de position dominante sur le marché pour maximiser ses profits, sans chercher à entraver des concurrents déterminés (CLERC, op. cit., n. 78 ad art. 7 LCart, p. 383).

L'article 7 alinéa 2 lettre a LCart ne confère pas aux concurrents d'une entreprise dominante un droit d'accès au marché en cause et il n'impose pas une obligation générale de contracter à charge de l'entreprise dominante. Ce n'est qu'en cas d'abus qu'une obligation de contracter peut être mise à charge de l'entreprise dominante (CLERC, op. cit. n. 118 ad art. 7 LCart, p. 397).

VI. La rupture arbitraire par une entreprise dominante des relations commerciales qu'elle entretenait avec un concurrent actuel est abusive à quatre conditions. Il faut d'abord qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel au produit ou service fourni par l'entreprise dominante (a); le produit ou service en cause doit être indispensable à l'activité économique du concurrent (b); le refus de relations commerciales doit être de nature à éliminer toute concurrence de la part de l'entreprise requérante (c); enfin, le refus doit être arbitraire, c'est-à-dire ne reposer sur aucune justification objective (d) (CLERC, op. cit., n. 124 ad art. 7 LCart, p. 399).

a) En l'occurrence, il n'existe aucun substitut potentiel prêt à fournir les services de l'intimée aux prix contractuellement fixés par le contrat, puisque celle-ci admet elle-même que l'ensemble des grands opérateurs n'entend pas facturer leurs prestations en-dessous du tarif de CHF [...] la minute.

b) Il est manifeste en outre que le service en cause est indispensable à l'activité économique de la requérante, dont il est le fondement même, étant rappelé que celle-ci a pour seul but de fournir des "services dans le domaine des télécommunications et de l'informatique".

c) Au demeurant, la suspension de toutes prestations contractuelles, notamment la coupure des lignes, est de nature à éliminer toute concurrence de la part de la requérante, empêchée ce faisant d'accé-

der au marché et menacée dans son existence même par un tel procédé.

d) Reste à déterminer si le refus de poursuivre l'exécution du contrat est arbitraire. Tel est le cas s'il ne repose sur aucune justification objective (CLERC, op. cit., n. 131 ad art. 7 LCart, p. 402). La rupture (ou cas échéant la suspension, comme en l'espèce) des relations commerciales peut être justifiée quand les prestations économiques du cocontractant deviennent objectivement insuffisantes ou lorsque le cocontractant viole ses obligations contractuelles (CLERC, op. cit., n. 143 ad art. 7 LCart, p. 407). En l'occurrence, est dès lors décisive la question de savoir si, en agissant comme revendeur des prestations de téléphonie mobile fournies contractuellement par l'intimée, la requérante viole ses obligations contractuelles.

VII. a) En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge s'efforcera, en premier lieu, de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de leur convention (art. 18 al. 1^{er} CO; ATF 127 III 444, consid. 1b).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les déclarations faites selon la théorie de la confiance. Il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (arrêt 4C.205/2003 du 17.11.2003, consid. 2.1). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 129 III 118).

b) L'intimée allègue qu'[...], associé gérant de la requérante, avait déjà été rendu attentif au fait qu'il ne pouvait revendre des prestations de sunrise, lorsqu'il a procédé, dans le courant de l'été 2003, à des essais pour relier le réseau internet au réseau GSM de sunrise. Le service mobile de l'intimée avait immédiatement suspendu ses prestations et l'affaire en était restée là. Ce précédent n'est cependant pas pertinent, dès lors que le contrat d'un utilisateur privé individuel n'a rien de commun avec le contrat signé le 10 octobre 2003 entre les parties.

Il est constant qu'[...] s'est adressé le 24 septembre 2003 à l'intimée et a fait une demande wholesale portant sur un trafic estimé à environ [...] minutes par mois avec une augmentation à [...] au prix de CHF [...] la minute. [...] soutient avoir eu plusieurs entretiens téléphoniques avec un interlocuteur - représentant de la requérante - dont il ne peut assurer le nom, auquel il dit avoir expliqué qu'il était exclu de descendre au-dessous du tarif de CHF [...] /min. pour un client revendeur. [...] nie quant à lui avoir eu de quelconques entretiens téléphoniques avec

[...]. Les propos de ce dernier, entendu à l'audience ce jour comme représentant de l'intimée et non comme témoin, propos qui sont au demeurant contestés par la requérante, ne rendent à eux seuls pas suffisamment vraisemblable la version de l'intimée. Il paraît surprenant qu'aucune confirmation écrite de ce refus n'ait été rédigée, vu l'ampleur du marché proposé.

Quelques jours plus tard, des discussions ont commencé entre le dénommé [...] et les responsables d'un autre département de l'intimée. Selon celle-ci, ledit [...] aurait déclaré agir pour le compte de la société Neurocom; ce n'est que peu avant la signature du contrat que l'intimée aurait été avisée qu'il était question d'un accord avec la requérante. Cette dernière explique pour sa part être intervenue dans une deuxième phase, puisqu'elle pouvait garantir un nombre de communications plus élevé. Les propos du représentant de l'intimée ne permettent pas, ici aussi, d'établir avec une vraisemblance suffisante que, lors des discussions concernant le contrat du 10 octobre 2003, il ait été dit à [...] et au dénommé [...] que ledit contrat excluait la revente. Au contraire, même si le témoignage écrit de [...] - produit par la requérante (voir ci-dessus chiff. 5) - ne saurait emporter à lui seul une pleine conviction, celui-ci confirme qu'il avait été indiqué à sunrise que le volume de communications prévues (de [...] minutes) ne serait pas engendré par le signataire du contrat pour ses besoins propres, mais devait être utilisé pour la terminaison d'un trafic international entrant sur les réseaux GSM suisses.

Dans ces circonstances, une volonté réelle commune des parties sur la non-revente des prestations de l'intimée n'est pas rendue suffisamment vraisemblable à ce stade.

c) Il s'agit dès lors d'interpréter le contrat selon le principe de la confiance, en tenant compte de la manière dont les déclarations et attitudes des parties pouvaient être comprises de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances.

En l'occurrence, la requérante fait valoir qu'il ne pouvait échapper à l'intimée qu'elle avait un statut de revendeur. De fait, plusieurs éléments parlent en ce sens et rendent cette allégation hautement vraisemblable. Ainsi, de l'aveu même de l'intimée, le volume des transactions prévues dépasse nettement celui d'un destinataire final. S'il n'est certes pas exclu que des destinataires finaux s'associent dans le cadre d'une centrale d'achats pour atteindre un trafic équivalent, le cas reste plutôt rare et il n'est pas établi, ni même allégué que l'intimée aurait demandé le moindre renseignement à son interlocuteur pour savoir s'il existait une telle centrale d'achats.

L'hébergement des équipements (commutateurs) de la requérante dans les locaux de l'intimée, qui a nécessité des investissements conséquents, est un indice supplémentaire; sa portée doit néanmoins être

relativisée, car un tel avantage semble être accordé à tous les clients importants même non-revendeurs.

Enfin, les parties s'accordent à dire que l'implantation et l'utilisation du protocole d'identification des appels SS7 ne sont pas octroyées à des clients finaux, mais aux seuls revendeurs. Si la requête d'installation de ce protocole par la requérante, le 29 octobre 2003, est certes postérieure à la signature du contrat, elle est antérieure à la mise en service de ses équipements. Des courriers électroniques ont été échangés à ce sujet, une réunion s'est tenue le 4 novembre 2003, un schéma - dont l'intimée a admis qu'il pouvait avoir été dessiné par l'un de ses collaborateurs - sur l'utilisation du protocole SS7 a été esquissé; l'intimée est donc entrée en discussion, ce qu'elle n'aurait pas fait s'il avait été clair que la requérante n'avait qu'un statut de client final.

En raison de toutes ces circonstances, la requérante a rendu suffisamment vraisemblable que sa qualité de revendeur ne pouvait échapper à l'intimée.

d) Reste à déterminer si, interprétées au regard du principe de la confiance, les conditions générales de l'intimée interdisent à la requérante de revendre à des tiers les prestations qu'elle a acquises.

L'intimée elle-même admet que ses conditions générales ne sont pas d'une limpidité extrême. Elle considère cependant que celles-ci précisent clairement que les droits ne sont pas transférables et que la requérante le savait, car tous les grands opérateurs procèdent de même. Cette pratique commune - qui constituerait, si elle était établie, un indice complémentaire d'abus de position dominante - n'est pas déterminante. Les conditions générales doivent en effet être interprétées pour elles-mêmes.

L'intimée invoque tout d'abord l'article 7 de ses conditions générales. Cette disposition prohibe cependant uniquement l'utilisation abusive des prestations, qui ne doivent pas servir à réaliser des infractions pénales; pour le surplus, cet article 7 précise que le client est tenu d'utiliser les prestations de sunrise conformément aux conditions générales et n'impose pas d'autres obligations que celles résultant des autres dispositions des conditions générales.

L'intimée se prévaut ensuite de l'article 12 des conditions générales, selon lequel le client ne peut transférer à des tiers des droits ou obligations découlant du contrat que moyennant l'accord écrit de sunrise. En l'espèce, la requérante ne procède à aucune cession juridique de droits ou d'obligations, mais ne fait que revendre les prestations qu'elle acquiert auprès de l'intimée. Le client de la requérante ne devient en aucune manière client ou débiteur de l'intimée.

Dans son procédé déposé à l'audience de ce jour; l'intimée invoque encore l'article 13 de ses conditions générales, qui prévoit que "sunrise confère au client pour la durée du contrat un droit non transférable et

non exclusif à utiliser les prestations et produits mis à sa disposition aux termes des présentes CG et des autres dispositions contractuelles. Tous les droits de propriété intellectuelle restent propriété de sunrise ou du donneur de licence". Cette disposition est contenue sous le titre, mis en évidence en lettres grasses et en taille de police plus grande, "propriété intellectuelle". Sa portée est ainsi limitée par son titre. On ne voit cependant pas quels droits de propriété intellectuelle de l'intimée seraient violés par la transmission de signaux aux clients de la requérante. Au surplus, si l'article 13 des conditions générales avait la portée que l'intimée lui prête aujourd'hui, celle-ci n'aurait pas manqué de s'en prévaloir dès le début; or sa lettre du 19 décembre 2003 ne se réfère qu'aux articles 7 et 12 précités.

Au demeurant, les clauses ambiguës des conditions générales s'interprètent en défaveur du rédacteur de celles-ci (arrêt 4C.205/2003 du 17.11.2003, consid. 2.1). Si l'intimée voulait interdire toute revente de ses prestations, il lui incombait - s'agissant d'un point essentiel du contrat - de le préciser de manière suffisamment claire et indiscutable dans ses conditions générales, d'autant qu'il a été rendu vraisemblable que la qualité de revendeur de la requérante ne pouvait lui échapper.

On relève enfin que, si les conditions générales devaient être interprétées dans le sens proposé par l'intimée, la clause, contenue dans une disposition traitant de la propriété intellectuelle, serait de nature à provoquer une erreur au détriment de la partie contractante en dérogeant notablement au régime légal applicable et prévoyant une répartition des droits et obligations s'écartant notablement de celle qui découle de la nature du contrat. Une telle clause violerait l'article 8 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, RS 241), voire constituerait une clause insolite (ATF 119 II 443 et les références citées). Dans l'un et l'autre cas, elle serait nulle et ne déploierait aucun effet juridique (ATF 119 II 443, qui laisse ouverte la question sous l'angle de l'art. 8 LCD; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *Unlauterer Wettbewerb*, 2^{ème} éd., nos 12.22 et 12.23, p. 220 s.; DAVID, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, 3^{ème} éd., n. 244, p. 74; BAUDENBACHER, *Lauterkeitsrecht*, n. 59 ad art. 8 LCD, p. 811).

Au vu de ce qui précède, interprété selon le principe de la bonne foi, le contrat ne saurait empêcher la requérante de revendre à des tiers les prestations acquises auprès de l'intimée. Cette dernière n'a dès lors aucun motif objectivement justifié de suspendre ses services et en subordonner la reprise à l'acceptation des nouvelles conditions financières qu'elle propose. Même si l'on doit se montrer plus strict, s'agissant de l'exécution anticipée du droit litigieux, il apparaît ainsi que la prétention de la requérante, fondée sur une violation du droit cartellaire, est à première vue bien fondée.

VIII. Il convient encore d'examiner si la requérante est exposée à la menace d'un préjudice difficilement réparable. Lorsque la requête

tend à l'exécution provisoire du droit litigieux, le juge doit faire preuve de réserve et procéder à une pesée des intérêts des deux parties (REYMOND., op. cit, n. 60 ad art. 17 LCart, p. 710 et les références citées). Une telle menace doit être notamment admise lorsque l'intimée met en danger l'existence même du requérant (REYMOND, op. cit, n. 72 ad art. 17 LCart, p. 712).

En l'occurrence, la suspension des relations contractuelles par l'intimée - qui admet ne pas avoir résilié ou annulé le contrat - entraîne la coupure des lignes mises à la disposition de la requérante. Ce faisant, l'intimée empêche toute activité de la requérante et met dès lors en danger son existence même, étant rappelé que la requérante ne dispose d'aucune solution de rechange. Seule une réouverture des lignes est de nature à éviter un préjudice irréparable. Au demeurant, cette réouverture n'occasionne guère d'inconvénients pour l'intimée, qui se dit prête à poursuivre les relations contractuelles, même si c'est à d'autres conditions financières.

La question de savoir si l'intimée doit fournir ses prestations aux conditions financières énoncées dans le tarif annexé au contrat du 10 octobre 2003 est plus délicate. Si les mesures provisionnelles devaient être rejetées sur ce point, l'intimée pourrait imposer son prix de CHF [...] /min. et parviendrait en réalité à ses fins, alors qu'à ce stade, la requérante a établi que sa prétention était à première vue bien fondée. Si elles devaient être entièrement accordées, elles pourraient permettre à la requérante d'obtenir, pour la période de la litispendance, le prix contractuel; quel que soit le sort du litige au fond. Or, il n'apparaît pas d'emblée exclu que l'intimée puisse prouver au fond que la requérante savait qu'elle refuserait de contracter au-dessous de CHF [...] /min. pour des services destinés à la revente. Dans ces circonstances, il convient de dire que durant la litispendance, l'intimée doit fournir provisoirement ses prestations aux conditions financières ainsi énoncées, l'application d'autres conditions pour la même période dans le jugement au fond étant réservée. De telles mesures ne vont pas au-delà de ce qui est exigible de la part de l'intimée à ce stade de la procédure. La situation financière de celle-ci n'en sera pas mise en péril.

Enfin, il y a lieu de donner suite à la conclusion de la requérante formulée à l'audience de ce jour, tendant à contraindre l'intimée à transmettre à ses clients le Calling Line Identification (CLI). De l'aveu même de celle-ci, une telle communication semble techniquement possible. Elle est nécessaire pour permettre à la requérante de satisfaire aux obligations légales d'identification de la ligne appelante découlant de la LTC.

Les présentes injonctions sont assorties de la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal.

IX. Selon l'article 28d alinéa 3 CC, le juge peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse. La fourniture de sûretés vise à assurer la réparation du préjudice pouvant résulter de mesures provisionnelles injustifiées et à avertir le plaideur de son éventuelle responsabilité (REYMOND, op. cit., n. 75 ad art. 17 LCart, p. 713). Elle doit en principe être ordonnée lorsque l'intimée rend vraisemblable que les mesures provisionnelles sont de nature à lui causer un préjudice considérable. Le juge tiendra compte de toutes les circonstances, en particulier du risque de survenance d'un préjudice, de la capacité financière du requérant et de sa solvabilité peut-être incertaine. A l'inverse, pour éviter que la protection des tribunaux ne soit rendue illusoire, il tiendra également compte du fait que l'obligation de fournir une garantie risque d'inciter le plaideur à retirer sa requête (REYMOND, op. cit., n. 77 ad art. 17 LCart, p. 713). Afin de respecter le principe de la proportionnalité, les sûretés ne sauraient dès lors, par leur caractère prohibitif, empêcher le requérant de faire valoir, dans les faits, sa protection provisionnelle.

En l'occurrence, l'intimée estime son dommage maximal sur une année dès l'entrée en vigueur du contrat. Celui-ci doit en réalité être calculé sur une période de huit mois et dix jours, soit du 30 janvier 2004, date de notification des mesures préprovisionnelles jusqu'à l'échéance de la durée initiale fixe de douze mois dès la signature du contrat, soit jusqu'au 10 octobre 2004. Il consiste au plus dans la différence entre le prix convenu (CHF [...] /min., plus une taxe de CHF [...] par appel) et le prix désormais exigé de CHF [...] la minute, compte tenu d'un trafic de [...] minutes par mois. On peut admettre, avec l'intimée, un dommage potentiel d'un maximum de CHF [...] par jour. Dans ces circonstances, le dommage total maximal est de l'ordre de CHF [...].

La requérante est une société nouvellement créée, dont le capital se limite à CHF [...] et dont l'assise financière apparaît incertaine. Partant, des sûretés sont justifiées dans leur principe.

L'intimée dispose déjà d'une garantie de CHF [...], versée en exécution du contrat. Compte tenu d'une part du dommage potentiel et, d'autre part du principe de proportionnalité, il sied de fixer à CHF [...] le montant des sûretés à verser par la requérante, dans un délai échéant au 31 mars 2004, sous peine de caducité des mesures provisionnelles.

X. a) Aux termes de l'article 170a du Tarif des frais judiciaires en matière civile, le requérant paie CHF [...] en cas de mesures provisionnelles. L'alinéa 3 prévoit toutefois que "(...), lorsque la cause impose un travail particulièrement important, et pour autant que la situation des parties le permette, le juge peut augmenter l'émolument des mesures provisionnelles jusqu'à concurrence de 30'000 francs". Compte tenu de la complexité de l'affaire et de la valeur litigieuse, il convient en l'occurrence de fixer les frais de la procédure à CHF [...] pour la requérante.

b) Au surplus, la requérante obtient gain de cause pour l'essentiel. Elle a droit à de pleins dépens (art. 92 al. 1^{er} CPC), à la charge de l'intimée, qu'il convient d'arrêter à CHF [...], savoir CHF [...] à titre de participation aux honoraires et débours de son conseil et CHF [...] en remboursement de ses frais de justice.

***Par ces motifs, le juge instructeur,
statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles:***

I. Admet partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 28 janvier 2004 par Switzernet Sàrl.

II. Dit qu'ordre est donné à l'intimée TDC Switzerland AG, sous la menace des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité, de réouvrir immédiatement les lignes téléphoniques de la requérante Switzernet Sàrl, de fournir à cette dernière les prestations prévues dans le contrat de prestation de services n° SCO1364 du 10 octobre 2003 et de transmettre à ses clients le CLI (Calling Line Identification).

III. Dit que, durant la litispendance, les prestations mentionnées sous chiffre II ci-dessus doivent être provisoirement fournies aux conditions financières énoncées dans le tarif annexe au contrat de prestation de services n° SCO1364 du 10 octobre 2003, l'application d'autres conditions pour la même période dans le jugement au fond étant réservée.

IV. Dit que la requérante Switzernet Sàrl est tenue, sous peine de caducité des mesures provisionnelles, de déposer au greffe de la Cour civile, d'ici au **31 mars 2004** des sûretés d'un montant de CHF [...], en espèces ou sous forme d'une garantie bancaire inconditionnelle d'un montant équivalent émise par l'une des grandes banques suisses ou par la Banque cantonale vaudoise, pour assurer le paiement à l'intimée TDC Switzerland AG d'éventuels dommages-intérêts pouvant résulter des mesures ordonnées.

V. Fixe les frais de la procédure provisionnelle à CHF [...] pour la requérante.

VI. Dit que l'intimée doit verser à la requérante le montant de CHF [...] à titre de dépens de la procédure provisionnelle.

VII. Rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

VIII. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel.

Du:

L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 20 février 2004, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification de la présente ordonnance déposant au greffe de la Cour civile une requête motivée, en deux exemplaires, désignant l'ordonnance attaquée et contenant les conclusions de l'appelant.

D *Entwicklungen Développements Sviluppi*

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
------------	---

BAILEY Elizabeth M., "Ownership and Control: Implications for the Analysis of Interlocking Directorates, Partial Equity Ownership Acquisitions, and Joint Ventures", A Nera Perspective, Juli/August 2004

CAPLAN Bryan, COWEN Tyler, "Do We Underestimate the Benefits of Cultural Competition?", AEA Papers and Proceedings, 94/2(2004), p. 402 ff.

CARRON Blaise, "Les transactions couplées en droit de la concurrence. Analyse économique et juridique comparée", Schulthess, Genf, 2004

EDLIN Aaron S., RUBINFELD Daniel L., "Exclusion or Efficient Pricing? The 'Big Deal' Bundling of Academic Journals", Antitrust Law Journal 72(2004), p. 119 ff.

EICHINGER Andreas, KNORR Andreas, "Congestion Charging - das Beispiel Londons. Ökonomische Grundlagen und Zwischenbilanz", Internationales Verkehrswesen (56) 9/2004, S. 366 ff.

EMCH Emil, "GECAS and the GE/Honeywell Merger: A Response to Reynolds and Ordover", Antitrust Law Journal 72(2004), p. 233 ff.

EMONS Winand, "A note on the optimal punishment for repeated offenders", International Review of Law and Economics 34(2003), p. 253 ff.

EVANS David S., PADILLA A. Jorge, "Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach", CEPR Discussion Paper Series No. 4625, September 2004

FARSI Mehdi, FILIPPINI Massimo, "Regulation and Measuring Cost-Efficiency with Panel Data Models: Application to Electricity Distribution Utilities", Review of Industrial Organization 25/1(2004), p. 1 ff.

FOROS Oystein, "Strategic investments with spillovers, vertical integration and foreclosure in the broadband access market", International Journal of Industrial Organization 22/1(2004), p. 1 ff.

FORREST D., SIMMONS R., SZYMANSKI S., "Broadcasting, Attendance and the Inefficiency of Cartels", Review of Industrial Organization 24(2004), p. 243 ff.

FOSFURI Andrea, RONDE Thomas, "High-tech clusters, technology spillovers, and trade secret laws", *International Journal of Industrial Organization* 22/1(2004), p. 45 ff.

GANSLANDT Mattias, NORBÄCK Pehr-Johan, "Do Mergers Result in Collusion?", *Research Institute of Industrial Economics, Stockholm, Working Paper No 621, 2004*

GARY-BOBO Robert J., LARRIBEAU Sophie, "A structural econometric model of price discrimination in the French mortgage lending industry", *International Journal of Industrial Organization* 22/1(2004), p. 101 ff.

GAVIL Andrew I., "Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance", *Antitrust Law Journal* 72(2004), p. 3 ff.

GOLDFINE David A.J., VORRASI Kenneth M., "The Fall of the Kodak Aftermarket Doctrine: Dying a Slow Death in the Lower Court", *Antitrust Law Journal* 72(2004), p. 209 ff.

HULL David W., "Parallel trade in pharmaceutical products in Europe: The Advocate General's opinion in SYFAIT v GlaxoSmithKline", *Competition Law Insight*, Nr. 24, 9. November 2004, p. 3 ff.

HUNT Robert M., "Patentability, Industry Structure and Innovation", *The Journal of Industrial Economics* LII/3(2004), p. 401 ff.

IMMENGA Ulrich, "Pressemärkte in der Wettbewerbs- und Medienpolitik", *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht* 2/3(2004), S. 329 ff.

KONG Ying, SELDON James R., "Pseudo-Generic Products and Barriers to Entry in Pharmaceutical Markets", *Review of Industrial Organization* 25/1(2004), p. 45 ff.

KWOKA John E. Jr., WHITE Lawrence J., "The Antitrust Revolution. Economics, Competition, and Policy", *Oxford University Press, 4. Auflage, 2004*

KYOLBYE Lars, "The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81", *European Competition Law Review* 25/9(2004), p. 566 ff.

LESSIG Lawrence, "Coase's First Question. When should there not be property rights?", *Regulation*, Fall 2004, p. 38 ff.

LEXECON, "The Competitive Effects of Headline Price Announcements", *Lexecon Competition Memo*, November 2004

LUNDIN Nan Nan, "Has Import Disciplined Swedish Manufacturing Firms in the 1990s?", *Journal of Industry, Competition and Trade* 4/2(2004), p. 109 ff.

LUTZ Alyssa A., "Misidentified Incremental Costs and Irrational Results", *Antitrust Insights, A Nera Perspective*, Sept/Okt. 2004

MARSHALL Robert C., MEURER Michael J., "Bidder Collusion and Antitrust Law: Refining the Analysis of Price Fixing to Account for the Special Features of Auction Market", *Antitrust Law Journal* 72(2004), p. 83 ff.

MATHIS Klaus, "Das Recht im Lichte der Effizienz: Was können die Juristen von den Ökonomen lernen?", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 4/2004, S. 479 ff.

McELWEE Donal, "Should the European Commission adopt 'Amesty Plus' in its Fight Against Hard-Core Cartels?", *European Competition Law Review* 25/9(2004), p. 558

MUELLER Willard F., "The Revival of Economics at the FTC in the 1960s", *Review of Industrial Organization* 25/1(2004), p. 91 ff.

NERA, "Economics of Postal Services: Final Report. A Report for the European Commission DG-Markt", Nera Economic Consulting; Juli 2004

NIKOLINAKOS Nikos Th., "Mergers and Strategic Alliances in the Emerging Multi-Media Sector: The EC Competition Policy", *European Competition Law Review* 25/10(2004), p. 625 ff.

OLDALE Alison, WANG Elizabeth, "A Little Knowledge Can Be a Dangerous Thing: Price Controls in the Yellow Pages Industry", *European Competition Law Review* 25/10(2004), p. 607 ff.

PASTRÉ Olivier, "Quelques réflexions de circonstance sur la concurrence bancaire", *Revue d'économie industrielle* No 106/2(2004), p. 93 ss.

RIEKHOF Gina M., SYKUTA Michael E., "Regulating Wine by Mail. What really motivates states to change their alcohol distribution laws?", *Regulation*, Fall 2004, p. 30 ff.

RIESEN Roland, "Die Schweizerische Kartellrechtsrevision vom 1. April 2004. Eine ökonomische Analyse", *Lizenziatsarbeit am VWI, Universität Bern*, August 2004

ROSS T.W., "Sunk Costs and the Entry Decision", *Journal of Industry, Competition and Trade* 4/2(2004), p. 79 ff.

SHLEIFER Andrei, "Does Competition Destroy Ethical Behavior?", *AEA Papers and Proceedings* 94/2(2004), p. 414 ff.

SJOSTROM William, "Ocean Shipping Cartels: A Survey", *Review of Network Economics* 3/2(2004), p. 107 ff.

STROUX Sigrid, "US and EC Oligopoly Control", *Kluwer Law Int.*, The Hague, 2004

VASCONCELOS Helder, "Entry Effects on Cartel Stability and the Joint Executive Committee", *Review of Industrial Organization* 24(2004), p. 219 ff.

Wu Lawrence (Hrsg.), "Economics of Antitrust. New Issues, Questions, and Insights", National Economic Research Associates, 2004

E *Diverses*
Divers
Diversi

E 2	<i>Gutachten</i> Avis Pareri
E 2	<i>1. Vergabe der restlichen GSM 1800 Frequenzen</i>

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 6. September 2004 in Sachen Vergabe der restlichen GSM 1800 Frequenzen; Stellungnahme an das Bundesamt für Kommunikation gemäss Artikel 23 Absatz 4 Fernmeldegesetz

A. Sachverhalt

1. Mit Schreiben vom 16. August 2004 hat das Bundesamt für Kommunikation (Bakom) die Wettbewerbskommission (Weko) gemäss Artikel 23 Absatz 4 Fernmeldegesetz (FMG) in Sachen "Vergabe der restlichen GSM 1800 Frequenzen" konsultiert. Artikel 23 Absatz 4 FMG sieht vor, dass die Konzessionsbehörde in Zusammenhang mit der Erteilung von Funkkonzessionen in Zweifelsfällen die Wettbewerbsbehörden konsultiert.

2. Das Bakom hatte die Weko in ähnlicher Angelegenheit bereits am 2. Mai 2003 in Sachen "Vergabe zusätzlicher GSM 1800 Frequenzen" konsultiert. Durch einen Frequenzwechsel des Militärs waren im Bereich 1710-1785 MHz (uplink) und 1805-1180 MHz (downlink) per 1. Januar 2002 Frequenzen für die zivile Nutzung frei geworden.

3. Am 2. Mai 2003 bat das Bakom die Weko aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zur Art der Ausschreibung Stellung zu nehmen. Die Weko sprach sich damals dafür aus, dass die Frequenzen in Form einer Auktion ausgeschrieben würden, unter der Auflage, dass an den Erwerb der Frequenzen die Verpflichtung zur Öffnung der Mobilfunknetze für mobile virtuelle Netzwerkbetreiber (Mobile Virtual Network Operator; MVNO) geknüpft würden (RPW 2003/3, S. 617 ff.).

4. Per Ende 2003 vergab die Kommunikationskommission (Com-Com) die 2 x 15 MHz im Rahmen eines Kriterienwettbewerbs, unter Ausschluss der bestehenden GSM Konzessionärinnen, an die beiden Unternehmen Tele2 und In&Phone.

5. Aktuell steht nun die Vergabe der restlichen 2x10 MHz der im Jahr 2002 freigewordenen GSM 1800 Frequenzen zur Diskussion. Durch die Ausschreibung werden gemäss Bakom zwei wesentliche

Ziele verfolgt: einerseits die flächendeckende Versorgung der Schweiz mit mobilen breitbandigen Datendiensten und andererseits die Belebung des Wettbewerbs auf dem Schweizer Mobilfunkmarkt. Das Bakom hat die Weko ersucht, gemäss Artikel 23 Absatz 4 FMG Stellung zu nehmen.

B. Beurteilung

6. Im Folgenden wird zuerst allgemein auf die Ausschreibung von Funkfrequenzen eingegangen. Nachfolgend wird auf die verschiedenen, vom Bakom vorgeschlagenen Varianten näher eingegangen.

B.1 Allgemeine Bemerkungen

7. Für die Vergabe von Funkfrequenzen als knappes Gut sind einige Prinzipien zu beachten. Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts sind vor allem die folgenden Grundsätze von Bedeutung.

- a. Die Beachtung wettbewerbspolitischer Belange: Ziel ist es, ein Marktergebnis mit möglichst tiefen Preisen und einer Vielfalt an Diensten zu erhalten. Bedingt durch die Knappheit des Gutes "Funkfrequenzen" entstehen jedoch meistens oligopolistische Marktstrukturen. Daher sollte die Vergabe der Frequenzen so erfolgen, dass eine möglichst kompetitive Marktstruktur entsteht.
- b. Die effiziente Nutzung des Frequenzspektrums: Beispielsweise sollten möglichst grosse Blöcke vergeben werden, da jeweils zum nächsten Block ein so genannter Schutzkanal vonnöten ist, welcher Interferenzen vermeiden soll.
- c. Die Setzung von Innovations- und Investitionsanreizen: Durch die Ausschreibung der Frequenzen sollen die interessierten Kreise Anreize erhalten, Investitionen zu tätigen und neue Dienste zu entwickeln.
- d. Die Diskriminierungsfreiheit: Es sollten keine Frequenznutzer anderen Frequenznutzern ohne sachlich gerechtfertigte Gründe vorgezogen werden.

B.1.1 Frequenz - beziehungsweise Blockaufteilung

8. Was die Frage der Frequenz- beziehungsweise Blockaufteilung betrifft, so äussert sich die Weko an dieser Stelle nicht näher, da die wesentlichen Elemente der Aufteilung technisch bedingt sind. Die Weko empfiehlt, in dieser Hinsicht den Ausführungen des Bakom zu folgen. Es ist jedoch vorzuziehen, die zur Diskussion stehenden Frequenzen in möglichst grosse Blöcke aufzuteilen, da dadurch weniger Kanäle als Schutzkanäle zwischen den Frequenzen verloren gehen und somit die zur Verfügung stehende Bandbreite effizienter genutzt werden kann. Auch bezüglich der Frage des Refarming überlässt die Weko der ComCom die Beurteilung. Falls sich dadurch eine

effizientere Nutzung des Frequenzspektrums erreichen lässt, ist diese Massnahme jedoch zu begrüssen.

B.2 Vergabeverfahren

9. Das Bakom hat in seinem Bericht an die ComCom diejenigen Varianten der Frequenzvergabe erläutert, welche aus seiner Sicht realisierbar wären, sowie deren Vor- und Nachteile aus eigener Sicht und aus Sicht einiger anderer Behörden (der Vollzugsbehörden der Verordnung über den Schutz vor nicht ionisierender Strahlung, des Bundesamts für Umwelt, Wald und Landwirtschaft sowie des Bundesamts für Raumentwicklung) dargelegt.

10. Die Weko möchte auf die allgemeinen Aspekte respektive auf die Vor- und Nachteile der diversen Vergabeverfahren (Kriterienwettbewerb, Auktion oder direkte Vergabe) nicht mehr detailliert eingehen, sondern in diesem Zusammenhang auf das frühere Gutachten im Bereich der Vergabe zusätzlicher GSM 1800 Frequenzen verweisen (RPW 2003/3, S. 617 ff.). Nachfolgend werden daher lediglich diejenigen Varianten behandelt, welche vom Bakom vorgeschlagen wurden.

B.2.1 Varianten der Zuteilung von Blöcken der Funkfrequenz mit EDGE Auflage (Direkt 1-2, Auktion 1-3)

11. Gemäss Bakom hat die ComCom Variante Direkt 1 ins Auge gefasst. Dies würde bedeuten, dass die zu Verfügung stehenden 20 MHz Funkfrequenzen an die drei Mobilfunkanbieter (MFA) mit einer landesweiten Netzabdeckung verteilt werden würden, also an Swisscom Mobile, Orange und sunrise. Um eine flächendeckende Abdeckung der Schweizer Bevölkerung mit breitbandigen Mobilfunkdiensten zu gewährleisten, sollen die drei Konzessionen mit der Auflage verbunden werden, in den Gebieten der Schweiz, welche (vorläufig) nicht mit UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) versorgt werden, EDGE anzubieten. EDGE (Enhanced Data Rates for GSM Evolution) ist eine Erweiterung der bestehenden GSM-Netze, welche es erlaubt, breitbandige Dienste anzubieten.

12. Zu dieser Variante ist Folgendes festzuhalten: Die MFA haben ein Interesse an der Einführung von EDGE, da sie Kundenbedürfnisse zu erfüllen versuchen. Falls die Einführung von UMTS in ländlichen Gebieten wirklich stark verzögert erfolgen oder gar nie stattfinden sollte, werden die MFA falls Nachfrage nach breitbandigen Diensten besteht, EDGE anbieten. Swisscom Mobile hat nach eigener Aussage vor, EDGE bis Anfang 2005 schweizweit anzubieten.¹ Auch Orange

¹ <http://www.swisscom-mobile.ch/abt_asp/abt_home.asp?nid=1816&UserLanguage=D>, besucht am 30. August 2004.

plant 2005 die Einführung von EDGE.² Es kann demzufolge davon ausgegangen werden, dass die MFA EDGE auch ohne eine entsprechende Auflage bei der Funkfrequenzvergabe einführen werden.

13. Es macht wenig Sinn, die Frequenzen mit EDGE-Auflage in einer Auktion zu versteigern. Falls EDGE kein profitables Geschäftsmodell darstellen sollte, käme diese Auflage einer Fehlregulierung gleich, da die MFA einen Dienst anbieten müssten, den niemand nachfragt. Dabei spielt es keine Rolle, in wie viele Blöcke die Frequenzen unterteilt werden und welche Unternehmen zu dieser Auktion zugelassen werden. Die Weko spricht sich deshalb grundsätzlich gegen alle Varianten aus, welche eine EDGE-Auflage enthalten, da sich das von den Konzessionsbehörden verfolgte Ziel der flächendeckenden Versorgung der Schweiz mit mobilen breitbandigen Datendiensten auf diese Weise nicht entscheidend besser erreichen lässt und den Nachteil einer Zementierung der Marktstrukturen nicht aufzuwiegen vermag.

B.2.2 Variante der Zuteilung von fünf Blöcken an die bestehenden GSM-Konzessionärinnen (Direkt 3)

14. Diese Variante wäre aus Sicht der drei MFA mit landesweiter Netzabdeckung sicher wünschenswert, da sie pro rata der bereits erworbenen Kanäle erfolgen würde. Das heisst, Swisscom Mobile, Orange und sunrise gelangen ohne Auflagen und Bedingungen in den Besitz von mehr Kanälen, welche sie nutzen könnten. Es besteht bei diesem Vergabeverfahren die Gefahr, dass die MFA mit landesweiter Netzabdeckung diese zusätzlichen Frequenzen dazu nutzen werden, bestehende Marktstrukturen zu erhalten.

15. Für die zwei weiteren GSM Konzessionärinnen, also Tele2 und In&Phone würde es hingegen keinen grossen Unterschied machen, ob sie diese Frequenzen erhalten oder nicht. Ihr erklärtes Ziel ist der Abschluss von nationalen Roamingabkommen mit den MFA mit landesweiter Netzabdeckung. Diese Abkommen sind für sie notwendig, um überhaupt interessante Mobilfunkdienste anbieten zu können. Zusätzliche Frequenzen ohne ein nationales Roamingabkommen sind für sie wahrscheinlich nicht von grosser Bedeutung.

16. Ein weiterer Nachteil der Variante der Zuteilung in fünf Blöcken wäre die tiefe Frequenzeffizienz. Je mehr Blöcke aus den zur Verfügung stehenden Frequenzen gebildet werden, desto mehr Schutzkanäle gehen für die Nutzung verloren.

² <<http://www.konsumenteninfo.ch/index.asp?content=%2Fd%2FNews%2Fg%2F546%2F5%2Ehtml>>, besucht am 30. August 2004.

17. Die Weko spricht sich dagegen aus, die zur Verfügung stehenden Frequenzen einfach an die bestehenden GSM-Betreiberinnen pro rata zu verteilen, da dadurch wichtige Impulse für Innovationen sowie Konkurrenz via Roamingabkommen mit virtuellen Netzbetreibern verhindert werden.

B.2.3 Variante der Vergabe in einem Block mit der Auflage die Mobilfunknetze für virtuelle Netzbetreiber zu öffnen (Krit 1)

18. Bei dieser Variante würden die 20 MHz Frequenz in einem Block vergeben, unter der Auflage, dass der betreffende MFA sein Mobilfunknetz für virtuelle Netzbetreiber zu öffnen hat. Das impliziert, dass an der Ausschreibung nur diejenigen MFA teilnehmen können, welche über ein landesweites Netz verfügen. Die Konzession würde dann demjenigen Unternehmen erteilt, welches den niedrigsten Preis für die Netzöffnung anbietet.

19. Mittels dieser Variante könnte erreicht werden, dass virtuelle Netzbetreiber, also Netzbetreiber ohne eigene Netzinfrastruktur, in der Lage wären, in den Schweizer Mobilfunkmarkt einzutreten. Durch das Eintreten weiterer Anbieter von mobilen Diensten würde der Wettbewerb im Mobilfunkmarkt gefördert werden. In anderen europäischen Ländern, wie zum Beispiel in Deutschland und England, haben MVNO zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beigetragen.

20. Aus der Auswertung des Bakom ist ersichtlich, dass diese Variante erhebliche Vorteile mit sich bringen würde. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht der wichtigste Aspekt ist sicher derjenige der Belegung des Wettbewerbs durch die Netzöffnung. Dies würde den Vorteil mit sich bringen, dass Netzbetreiber ohne Aufbau eines eigenen Netzes in den Mobilfunkmarkt eintreten könnten, das heisst, dass der Marktzutritt erheblich vereinfacht werden würde. Ein Unternehmen, welches über gute Ideen und Innovationsgeist verfügt, hätte damit die Chance, in den Markt zu treten und würde gleichzeitig mit den bestehenden Unternehmen im Wettbewerb stehen. Dies würde eine Marktbelegung mit sich bringen und die Einführung neuer und innovativer Dienste begünstigen. Durch die Neuzutritte ist langfristig mit günstigeren Angeboten im Mobilfunkbereich zu rechnen.

21. Zudem hätte die Variante mit MVNO-Verpflichtung unter dem Blickwinkel der Frequenzökonomie den Vorteil, dass durch die Vergabe in einem Block keine zusätzlichen Kanäle als Schutzkanäle verloren gehen würden. Diese Variante ist deshalb aus frequenzökonomischer Sicht klar zu befürworten.

22. Die Markteintritte von MVNO haben generell den Vorteil, dass keine zusätzlichen Antennen benötigt werden und gleichzeitig eine bessere Auslastung der bestehenden Strukturen erreicht wird. Es ist

demzufolge kaum mit Einsprachen aus Gründen des Umwelt- oder Gesundheitsschutzes zu rechnen.

23. Das Bakom äussert in seinem Bericht an die ComCom Bedenken, dass bei der Vergabe mit MVNO-Verpflichtung seitens der MFA mit landesweiter Netzabdeckung kein Interesse an den zu vergebenden Frequenzen bestehen könnte. Es sind jedoch bereits Verhandlungen in Bezug auf nationale Roamingabkommen im Gange, wobei die Vergabe der betreffenden Frequenzen zusätzliche Anreize bieten könnte. Demzufolge ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass kein Interesse an den zu vergebenden Frequenzen besteht. Falls dennoch keiner der MFA mit landesweiter Netzabdeckung Interesse an den Frequenzen unter der Auflage der Netzöffnung zeigen sollte, bestünde die Möglichkeit, diese Frequenzen an die beiden GSM-Konzessionärinnen ohne landesweite Netzabdeckung zu vergeben. Damit würde einer Nichtnutzung der betreffenden Frequenzen Vorschub geleistet. Dies wäre insbesondere auch aus frequenzökonomischer Sicht zu begrüssen.

24. Die Wettbewerbskommission schlägt vor, die restlichen 2x10 MHz 1800 GSM Frequenzen unter der Auflage der Öffnung des Mobilfunknetzes für virtuelle Netzbetreiber, das heisst unter Abschluss eines nationalen Roamingabkommens, zu vergeben. Das von den Konzessionsbehörden verfolgte Ziel der Belebung des Wettbewerbs im Schweizer Mobilfunkmarkt lässt sich mit dieser Variante am besten verfolgen.

B.2.4 Keine Beschränkung der Ausschreibung auf Swisscom Mobile, Orange und sunrise

25. Es ist nochmals zu betonen, dass eine Ausschreibung oder Zuteilung der GSM 1800 Frequenzen auf Swisscom Mobile, Orange und sunrise unter Ausschluss weiterer Bewerber aus wettbewerblicher Sicht keine anzustrebende Option ist, sofern sich damit keine Auflage zur Netzöffnung verbindet. Dadurch werden die bestehenden Marktstrukturen zementiert und die Innovationsanreize minimiert.

C. Ergebnis des Gutachtens

Die Wettbewerbskommission empfiehlt deshalb, die Vergabe der restlichen 2x10 MHz 1800 GSM Frequenzen mittels Vergabe der Frequenzen in einem Block unter Auflage der Öffnung des Mobilfunknetzes für virtuelle Netzbetreiber durchzuführen.

E 2	2. TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend Mietleitungen
-----	--

Gutachten vom 11. Oktober 2004 in Sachen TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend Mietleitungen; Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz)

A. Sachverhalt und Verfahren

1. Am 29. Juli 2003 hat TDC Switzerland AG (sunrise) beim Bundesamt für Kommunikation (Bakom) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen für den Interkonnectionsdienst Mietleitungen (Gesuch) gegen Swisscom Fixnet AG (Swisscom) eingereicht. Das Gesuch stützt sich auf Artikel 11 Fernmeldegesetz (FMG) und Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a^{ter} Verordnung über Fernmeldedienste (FDV). Gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnection gewähren.
 2. Mit Schreiben vom 24. September 2003 hat Swisscom beantragt, dass das Gesuch abzuweisen sei. Dabei hat Swisscom unter anderem geltend gemacht, dass sie im Bereich Mietleitungen nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.
 3. Ist im Rahmen von Interkonnectionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das Bakom die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG). Die Wettbewerbskommission (Weko) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (vgl. Art. 56 FDV).
 4. Mit Schreiben vom 8. Juni 2004 hat das Bakom das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) aufgefordert, einen Fragebogen zur Beurteilung der Marktstellung zu entwerfen. Am 1. Juli 2004 hat das Sekretariat einen Entwurf eines Fragebogens dem Bakom zugestellt. Das Bakom als verfahrensleitende Behörde hat anschliessend eine Befragung von Fernmeldediensteanbietern (FDA) durchgeführt.
 5. Mit am 30. August 2004 eingegangenen Schreiben hat das Bakom die Wettbewerbskommission um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 FMG ersucht. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung der FDA resultierenden Antworten.
-

6. Mit Schreiben vom 2. September 2004, eingegangen am 6. September 2004, hat das Bakom weitere Antworten von mehr als zehn befragten FDA nachgereicht. Die vierwöchige Frist gemäss Artikel 56 FDV beginnt nach Eingang dieser Antworten und läuft damit am 4. Oktober 2004 ab.

7. Das Gutachten basiert auf den vom Bakom zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften von Mietleitungen, die Ausführungen der Parteien des Interkonnektionsverfahrens und der befragten FDA wird nachstehend eingegangen.

B. Beurteilung

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

8. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (vgl. Gutachten der Wettbewerbskommission in Sachen Interkonnektionsverfahren Commcare AG/Swisscom AG, RPW 2000/1, S. 70 ff.).

9. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

10. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.2 Relevanter Markt

B.2.1 Sachlich relevanter Markt

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

12. Ausgegangen wird vom Gegenstand des Interkonnektionsgesuches von sunrise, das heisst von Mietleitungen. Unter einer Mietleitung wird die Bereitstellung von transparenter Übertragungskapazität über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen verstanden (siehe Art. 1 Bst. b FDV). Zu unterscheiden von Mietleitungen sind Übertragungsmedien. Übertragungsmedien können Glasfaser-, Kupfer-, Koaxialkabel aber auch Luft oder andere physische Materialien sein, über die es möglich ist, Daten zu übertragen. Damit mit Hilfe eines Übertragungsmedi-

ums eine Mietleitung erstellt werden kann, braucht es zusätzliche technische Einrichtungen, sodass die Daten verschickt beziehungsweise empfangen oder dass die entsprechenden Bandbreiten garantiert werden können usw. Damit eine Mietleitung zur Verfügung gestellt werden kann, braucht es folglich ein Übertragungsmedium und zusätzliche technische Einrichtungen zur Aufbereitung des Signals.

13. Es können grundsätzlich zwei Arten von Mietleitungen voneinander unterschieden werden:

- A) Mietleitungen, welche von einem POP (Point of Presence) zu einem anderen POP verlaufen
- B) Mietleitungen, welche einen Endkunden mit einem nächstgelegenen POP verbinden.

14. Mietleitungen des Typs A werden in der Regel von FDA nachgefragt und transferieren Daten oft über grössere Distanzen. Dazu werden Glasfasernetze im so genannten Backbone verwendet. Diese Netze werden auch als Fernnetze bezeichnet. In der Schweiz verfügt neben Swisscom unter anderem auch Colt, Cablecom, sunrise, Solpa und MCI über eine solche Infrastruktur. Mit Fernnetzen werden grössere Städte beziehungsweise Agglomerationen miteinander verbunden. Diese Netzwerke verfügen über die Möglichkeit, Mietleitungen mit sehr hohen Bandbreiten über grössere Distanzen zu garantieren.

15. Mietleitungen des Typs B werden in der Regel von Endkunden oder FDA, die einen Endkunden an ihr eigenes Netz anbinden möchten, nachgefragt. Diese Art von Mietleitungen sind daher oftmals nur einige hundert Meter lang. Sie werden über das Anschlussnetz hergestellt. Wie im Folgenden gezeigt wird, verfügt lediglich Swisscom über ein flächendeckendes Anschlussnetz in der Schweiz. Das Übertragungsmedium, welches im Anschlussnetz aus historischen Gründen hauptsächlich verwendet wird, ist zweiadriger Kupferdraht, auch bekannt unter der Bezeichnung "letzte Meile".

16. In der Schweiz sind praktisch alle Gebäude mit zweiadrigem Kupferkabel erschlossen. Swisscom verfügt über rund 4'000'000 Teilnehmeranschlussleitungen, wobei die Abdeckung mehr als 98% der bewohnten Gebiete ausmacht. Diese Anschlüsse sind dazu geeignet, als Übertragungsmedium für Mietleitungen eingesetzt zu werden. In diesem Sinne können sie als "mietleitungsfähig" bezeichnet werden.

17. Viele Privathaushalte verfügen zusätzlich über einen Kabelanschluss. Geschäftsgebäude vor allem in Ballungszentren, welche nach der Liberalisierung im Bereich Telekommunikation erbaut oder renoviert wurden, verfügen teilweise über Glasfaseranschlüsse verschiedener FDA. Aus der aktuellsten Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2002 in der Schweiz 17'846 Glasfaserkabelanschlüsse bestanden (Amtliche Fernmeldestatistik 2002, Bakom, Biel, 19.7.2004, S. 18).

18. Aktuelle genaue Zahlen zu "mietleitungsfähigen" Anschlüssen gibt es nicht. Es kann allerdings festgehalten werden, dass praktisch alle Gebäude über einen zweiadrigen Kupferdrahtanschluss (letzte Meile) der Swisscom verfügen. Der Anteil der "mietleitungsfähigen" Anschlüsse von Cablecom und anderen FDA in Geschäftsgebäuden muss als sehr gering eingeschätzt werden. Die grössten Wettbewerber von Swisscom im Bereich Mietleitungen verfügen vor allem über Städte verbindende Fernnetze, über welche sehr hohe Bandbreiten garantiert werden können. Das Anbinden einzelner Gebäude von alternativen Anbietern ist eher die Ausnahme (siehe Kap. B.3.1.1 unten).

19. Die Daten, welche über eine Mietleitung übertragen werden, können unterschiedlicher Natur sein. Das können Daten im Bereich Internet sein (IP), analoge oder digitale Sprachtelefonie, oder Daten in irgendeiner anderen Form.

20. Nachfrager von Mietleitungen und damit Markgegenseite sind auf der einen Seite FDA und auf der anderen Seite Endkunden, wobei Endkunden ausschliesslich Geschäftskunden (folglich keine Privatpersonen) sind. Wenn FDA Mietleitungen nachfragen, können diese in ähnlicher Form an Endkunden weitervermietet werden, oder die FDA können die gemietete Mietleitung als Teil einer anderen Dienstleistung (z.B. Virtual Privat Network, VPN) verwenden, welche dann an einen Endkunden verkauft wird. Es kann folglich in eine Wholesale-Ebene (FDA) und eine Retail-Ebene (Endkunden) unterteilt werden.

21. Eine Mietleitung kann verschiedene Anfangs- und Endpunkte aufweisen. Sie kann von einem Firmengebäude zu einem anderen Firmengebäude verlaufen, sie kann von einem POP zu einem anderen POP verlaufen oder eine Kombination von beidem. Dabei kann sie unterschiedliche Wege durchlaufen. Sie kann an verschiedenen POPs an unterschiedliche FDA übergeben werden. Damit wird deutlich, dass eine Mietleitung verschiedene Netzhierarchiestufen und unterschiedliche Übertragungsmedien in verschiedenen Regionen in der Schweiz durchlaufen kann.

22. Mit einer Mietleitung können unterschiedliche Distanzen überwunden werden. So kann eine Mietleitung nur innerhalb einer Ortschaft über wenige Meter zwei Gebäude oder zwei POPs miteinander verbinden oder die Mietleitung kann quer durch die ganze Schweiz verlaufen.

23. Bei Mietleitungen können verschiedene Bandbreiten unterschieden werden. Eine übliche Einteilung nach Bandbreiten ist die folgende:

<i>Bandbreite</i>	<i>Bezeichnung¹</i>
n*64 Kbit/s	PDH
n*2 MBit/s	E1, E2, PDH
34/45 MBit/s	E3, PDH
140/155 MBit/s	E4, PDH/STM-1, SDH
622 MBit/s	STM-4, SDH
2.4 GBit/s	STM-16, SDH
10 GBit/s	STM-64, SDH
mehr als 10 GBit/s	STM-n, SDH

24. Die Bandbreite schränkt dabei häufig die Wahl des Übertragungsmediums ein. Bandbreiten bis zu zwei MBit/s können mit zweiadrigem Kupfer-, Koaxial- oder Glasfaserkabeln garantiert werden. Hingegen wird für hohe Bandbreiten in der Regel Glasfaser benötigt. Über die Fernnetze (Backbones) in der Schweiz werden normalerweise Mietleitungen des Typs STM-1 bis STM-64 und höher nachgefragt, während im Anschlussbereich mehrheitlich Mietleitungen des Typs E1 nachgefragt werden.

25. Wie gezeigt wurde, können Mietleitungen unterteilt werden in solche im Bereich des Fern- und solche im Bereich des Anschlussnetzes. Im Folgenden wird untersucht, welche Alternativen bestehen, um Gebäude mit Mietleitungen zu erschliessen (Mietleitungen des Typs B). Zunächst werden andere in Frage kommende technische Möglichkeiten untersucht, welche im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU als Substitute in Frage kommen.

26. Als mögliches Substitut von Mietleitungen kann die so genannte Powerline Communications (PLC) Technologie in Betracht gezogen werden. Die PLC Technologie basiert auf der Übertragung von Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken. Gemäss Amtlicher Fernmeldestatistik 2002 (a.a.O., S. 18) existieren in der Schweiz 1'329 PLC-Anschlüsse. Ohne über exakte Zahlen zu verfügen, ist mit Blick auf die

¹ Die Bezeichnungen entsprechen den ITU-T Empfehlungen, siehe www.itu.org.

wenigen Anbieter von PLC in der Schweiz davon auszugehen, dass die Anzahl Anschlüsse unter 5'000 liegt. Dass PLC den hohen Anforderungen genügt, die in qualitativer und quantitativer Hinsicht an Mietleitungen gestellt werden, kann bezweifelt werden. Die Powerline-Technologie kann daher nicht als Substitut von Mietleitungen im Anschlussbereich angesehen werden.

27. Als weiteres mögliches Substitut von Mietleitungen im Anschlussbereich können die CATV-Netze in Betracht gezogen werden. Die CATV-Netze sind häufig nicht in den Geschäftsgebäuden vorhanden und können in der Regel nur einige IP-basierte Dienste oder Dienste, welche keine allzu hohen Anforderungen an die Bandbreiten stellen, anbieten. Die CATV-Netze im Anschlussbereich sind keine stern- sondern ringförmige Netze. Dies bedeutet, dass von einem Gebäude nicht verschiedene Kabel getrennt bis in eine Zentrale verlaufen, wie das beim Anschlussnetz von Swisscom der Fall ist, sondern zusammen über ein Übertragungsmedium verlaufen. Daher können Engpässe auftreten und oftmals kann eine bestimmte Übertragungsrate nicht garantiert werden. Dies ist der Fall, weil die CATV-Netze ursprünglich nur für TV-Signale in eine Richtung gedacht waren. Gemäss Angaben des Verbandes der Kabelnetzbetreiber Swisscable existierten am 1. Januar 2004 in der Schweiz 2,8 Mio. Kabelnetzanschlüsse (Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Dokumentation Swisscable, erhältlich unter: www.swisscable.ch). Diese sind jedoch häufig nur in Privathaushalten. Ferner gibt es kein Kabelnetzunternehmen, welches flächendeckend in der ganzen Schweiz präsent ist. Wenn ein FDA beispielsweise eine Bank mit Filialen in der ganzen Schweiz mit qualitativ hoch stehenden Mietleitungen erschliessen will, muss er mit über hundert kleinen Kabelnetzunternehmen aber schlussendlich auch noch mit Swisscom über die Erschliessung einzelner Gebäude verhandeln. Die CATV-Netze können daher in Bezug auf Mietleitungen nicht als Substitute des Anschlussnetzes von Swisscom angesehen werden.

28. Es ist anzufügen, dass der grösste Kabelnetzbetreiber Cablecom über ein sehr leistungsfähiges Fernnetz verfügt, welches in den meisten Agglomerationen der Schweiz präsent ist. Über dieses Backbone-Netzwerk können Mietleitungen des Typs A mit sehr hohen Bandbreiten zur Verfügung gestellt werden.

29. Im Folgenden ist zu prüfen, ob drahtlose Technologien bezüglich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszweckes als Substitute zu Mietleitungen betrachtet werden können. Insbesondere Swisscom macht geltend, dass auch drahtlosen Technologien als Substitute zu Mietleitungen zu betrachten seien. Allgemein kann für drahtlose Technologien festgehalten werden, dass sie im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien eher niedrigere Übertragungsraten und eine höhere Anfälligkeit auf Störungen aufweisen. Zudem stellen

sich bezüglich der Abhörsicherheit besondere Fragen. Drahtlose Technologien eignen sich in der Regel eher für ein beschränkteres Spektrum von Endanwendungen. Im Weiteren sind frequenzplanerische Aspekte und Umweltfragen (insbesondere in Zusammenhang mit nicht ionisierender Strahlung) zu berücksichtigen. Insgesamt deutet dies allgemein für drahtlose Anschlusstechnologien auf eine begrenzte Austauschbarkeit.

30. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der dritten Generation (3G), das im Vergleich zu GSM höhere Übertragungsraten erlaubt und die Nutzung von gewissen Breitbanddiensten zulässt. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte (insbesondere Mobiltelefone) einen Breitbandzugriff zu ermöglichen. Die zu erwartenden Übertragungspreise für UMTS werden beispielsweise im Vergleich zu den Preisen von ADSL voraussichtlich hoch sein. Zudem erscheint es zurzeit wenig wahrscheinlich, dass abgesehen von Swisscom einer der UMTS-Anbieter über ein flächendeckendes Netz verfügt. Zudem sind die Probleme, welche in Absatz 29 allgemein in Bezug auf drahtlose Technologien genannt wurden, insbesondere bei UMTS zu berücksichtigen. Aus diesen Gründen ist nicht davon auszugehen, dass UMTS als Substitut für Mietleitungen anzusehen ist.

31. Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob so genannte Wireless Local Area Network (WLAN) als Substitute in Frage kommen. Bei WLAN handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptops) erlauben. WLAN ist punktuell an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sog. Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her begrenzt und nur punktuell verfügbar. In vielen Fällen beruht zudem der Anschluss der Sendeeinrichtung auf einer drahtgebunden Technologie (z.B. auf einer Mietleitung oder einem ADSL-Anschluss). Aufgrund der Konzeption und Ausrichtung von WLAN für mobile Dienste ist diese Technologie hinsichtlich des Verwendungszwecks nicht als Substitut anzusehen. So ist beispielsweise WLAN schlecht geeignet, benachbarte Gebäude zu vernetzen. Ausserdem darf keine Antenne ausserhalb eines Gebäudes montiert werden (WLAN - Frequently Asked Questions, Bakom, erhältlich unter: www.bakom.ch). Ähnliches gilt im Übrigen für WMAN (Wireless Metropolitan Area Network), das eine leistungsfähigere Variante von WLAN darstellt.

32. Ebenfalls ist zu prüfen, ob die Wireless Local Loop (WLL) Technologie mit Mietleitungen vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mittels WLL können von einer Vermittlungszentrale Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die ComCom hat drei nationale und vier regionale WLL Konzessionen vergeben (vgl. Faktenblatt WLL, Bakom, Version 2.9, 17.4.2003). Bisher hat sich WLL in der Schweiz aus verschiedenen

Gründen nicht durchgesetzt. Eine Studie kommt zum Schluss, dass WLL, welches in der Schweiz nur von sehr wenigen Anbietern vermarktet wird, keine aktuelle und keine erkennbare künftige Marktrelevanz hat (Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des Bakom, WIK Consult, 30.4.2001, korrigierte Fassung vom 24.2.2003, S. 51). Allein im Jahr 2003 kam es zur Übertragung einer WLL-Konzession, zu zwei freiwilligen Konzessionsrückgaben und zum Entzug einer WLL-Konzession wegen fehlender Einhaltung der minimalen Betriebspflicht (Tätigkeitsbericht 2003 der ComCom S. 24). WLL hat sich damit nicht zu einer Alternative des Anschlussnetzes entwickelt und ist deshalb ebenfalls nicht als Substitut zu Mietleitungen zu betrachten.

33. Als Letztes ist zu prüfen, ob die Technologie Richtfunk mit Mietleitungen vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mit Hilfe von Richtfunk werden im Gegensatz zu WLL Punkt-zu-Punkt-Verbindungen über Funk hergestellt. Auch hier stellen sich die gleichen Probleme wie bei anderen Funkverbindungen. Es benötigt direkte Sichtverbindung, Aussenantennen und folglich Baugenehmigungen. Ferner sind die Anlagen sehr teuer, sodass sich deren Einsatz nur für höhere Bandbreiten lohnt. Diese können aber jedoch nicht garantiert werden. Wegen der Ausbreitungseinflüsse ist es für die Richtfunksysteme praktisch unmöglich, vorgegebene Qualitätseigenschaften einzuhalten. Gelegentlich muss eine Minderung des zu übertragenden Signals in Kauf genommen werden.

34. Aus der aktuellsten Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2002 in der Schweiz 333 Richtfunkanschlüsse bestanden (Amtliche Fernmeldestatistik 2002, Bakom, Biel, 19.7.2004, S. 18). Richtfunk kann punktuell in Ausnahmefällen für geringe Bandbreiten als Teil einer Mietleitung eingesetzt werden, ist aber generell ebenfalls nicht als Substitut zu Mietleitungen zu betrachten.

35. Weitere drahtlose Übertragungstechnologien wie Zugang über Satelliten oder Laserübertragung (Free Space Laser, Quantenkaskadenlaser) werden nicht näher geprüft, kommen jedoch nach der Praxis der Weko aus unterschiedlichen Gründen nicht als Substitute für Mietleitungen in Frage (vgl. Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 425, Rz. 85 und S. 427, Rz. 89).

36. Drahtlose Technologien können daher nicht als Substitute von Mietleitungen angesehen werden.

37. Es hat sich gezeigt, dass alternative Technologien wenig geeignet sind, die hohen Anforderungen an Quantität und Qualität, welche an Mietleitungen gestellt werden, zu erfüllen. Dies insbesondere im Hinblick auf Bandbreite und Verfügbarkeit. Die einzige Möglichkeit, eine Mietleitungen im Bereich des Anschlussnetzes zu erstellen,

ist das eigene Erschliessen der Geschäftsgebäude mit neuen Leitungen.

38. Es kann darauf verzichtet werden, auf alternative Möglichkeiten für Mietleitungen im Fernnetz einzugehen. Wie sich bei der Analyse der Marktstellung zeigen wird, ist selbst bei einer engen Marktabgrenzung genügend Wettbewerbsdruck vorhanden, sodass in diesem Bereich eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom ausgeschlossen werden kann.

39. Wie die Analyse des relevanten Marktes gezeigt hat, können zwei relevante Märkte ausgedehnt werden: der Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz und der Markt für Mietleitungen im Fernnetz. Eine Unterscheidung macht - wie gezeigt wurde - Sinn, da sich Mietleitungen in den beiden Märkten von den technischen Eigenschaften, den Preisen, der Nachfrage und auch vom Angebot her zum Teil fundamental unterscheiden.

B.2.2 Räumlich relevanter Markt

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

41. Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den FDA und Endkunden, welche Mietleitungen nachfragen. Die FDA und Endkunden fragen Mietleitungen in der ganzen Schweiz nach. Soweit möglich, werden Mietleitungen auch gesamtschweizerisch angeboten. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

B.3 Marktstellung

42. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

B.3.1 Aktueller Wettbewerb

43. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht. Der Abgrenzung des relevanten Marktes entsprechend wird der aktuelle Wettbewerb im Bereich Mietleitungen im Anschlussnetz und im Fernnetz in der Schweiz betrachtet.

44. In der Schweiz werden mit Mietleitungen insgesamt über **[500-1'100]²** Mio. Schweizer Franken umgesetzt. Die grössten Unterneh-

² Die eckigen Klammern enthalten Geschäftsgeheimnisse und sind daher nicht oder nur in groben Kategorien wiedergegeben.

men im Bereich Mietleitungen sind in folgender Tabelle aufgelistet. Swisscom nimmt in diesem Bereich eine überragende Stellung ein.

<i>Rang</i>	<i>FDA</i>	<i>Umsatz Mio.</i>	<i>Marktanteil</i>
[x]	AEW Energie	[...]	[<10]%
[x]	Cablecom	[...]	[<10]%
[x]	Colt Telecom	[...]	[<10]%
[x]	EBL Com	[...]	[<10]%
[x]	EEF (El.werk FR)	[...]	[<10]%
[x]	EWZ (El.werk. Stadt ZH)	[...]	[<10]%
[x]	Flims Electric	[...]	[<10]%
[x]	IWB (El.werk BS)	[...]	[<10]%
[x]	LAN Services	[...]	[<10]%
[x]	MCI	[...]	[<10]%
[x]	Service multimédia de la ville de Lausanne	[...]	[<10]%
[x]	Solpa	[...]	[<10]%
[x]	sunrise	[...]	[<10]%
[x]	Swisscom total	[...]	[>60]%
[x]	Télésonique	[...]	[<10]%
[x]	Telezug AG	[...]	[<10]%
[x]	TIC - The Internet Company	[...]	[<10]%
[x]	Tiscali	[...]	[<10]%

45. Die abgebildeten Umsätze und auf den Umsätzen basierenden Marktanteile wurden auf Basis der zur Verfügung stehenden Zahlen aus dem Jahr 2003 berechnet. Sie sind als Grössenordnungen beziehungsweise Indikatoren zu betrachten. Einige Aspekte sollen nachfolgend erläutert werden.

46. Es wurden möglicherweise nicht alle FDA in der Schweiz befragt, welche Mietleitungen auf dem Markt anbieten. Jeder zusätzliche

FDA würde damit den Marktanteil von Swisscom geringfügig verkleinern.

47. Bei einigen FDA ist die Unterscheidung zwischen Mietleitungen und Übertragungsmedien nicht klar nachvollzogen worden. Wenn also ein FDA fälschlicherweise auch den Umsatz lediglich für Übertragungsmedien ausgewiesen hätte, würde dies den Marktanteil von Swisscom geringfügig verringern.

48. In Bezug auf die Marktanteile lässt sich Folgendes ergänzen: Marktanteile können berechnet werden, indem die Umsätze als Berechnungsbasis dienen. Es können aber auch diverse Mengenangaben als Basis dienen. Dazu könnten die Anzahl Leitungen, Länge der Leitungen in km, Summe der Menge des maximal möglichen Datentransports über ein Jahr, oder andere Indikatoren für die Menge verwendet werden. Da all diese Zahlen jedoch nur punktuell von einzelnen Anbietern zur Verfügung stehen, erübrigt sich eine solche Vorgehensweise.

49. In Bezug auf die Umsätze lässt sich Folgendes ergänzen: Der Umsatz wird berechnet, indem die verkaufte Menge mit dem verrechneten Preis multipliziert wird. Die Preise für zwei Mietleitungen der genau gleichen Art können aber je nach Anbieter und Region sehr starke Unterschiede aufweisen. Dies verdeutlicht ein Beispiel, das auf der Internetseite der Interessengruppe "Innovative Telekommunikation" (www.innotelco.ch, besucht am 22.9.2004) dargestellt wird. So hat eine Anfrage eines FDA bei Swisscom zu folgender Preisauskunft geführt: Swisscom verlangte für eine Mietleitung von Romanel nach Lausanne (ca. 6 km) CHF 8'900.- pro Monat, während eine gleichartige Mietleitung von Genf nach Zürich für CHF 2'100.- pro Monat angeboten wurde. Wenn also ein FDA zehn Mietleitungen des ersten Typs verkauft, macht dieser einen Jahresumsatz von CHF 1,068 Mio., während ein zweiter FDA, welcher zehn Mietleitungen desselben Typs von Genf nach Zürich vermietet, einen Jahresumsatz von CHF 252'000.- erwirtschaftet.

50. Dieses Beispiel zeigt zwei Probleme auf: Erstens sind Umsätze nur sehr bedingt vergleichbar. Dies insbesondere in einem Markt, in dem Preise sehr unterschiedlich sind. Zweitens kann in Bezug auf Swisscom geschlossen werden, dass die Marktanteile von Swisscom tendenziell eher hoch geschätzt werden, wenn auf Umsätze als Mass für die Marktanteile abgestützt wird. Swisscom verfügt als einzige FDA über ein flächendeckendes Netz an Anschlussleitungen (meist aus Kupfer) und kann in diesem Bereich höhere Preise durchsetzen als im Bereich Fernnetz, in dem zahlreiche grosse FDA mit eigenen Netzen (meist Glasfaser) Wettbewerbsdruck ausüben können (siehe Abs. 16 oben).

51. Bei der Betrachtung einzelner Angebote der FDA wird klar, dass sich die Angebote von Swisscom und sämtlichen anderen FDA in einer Hinsicht deutlich unterscheiden: in der Bandbreite. Swisscom erzielte im Jahr 2003 den meisten Umsatz mit vergleichsweise geringen Bandbreiten: Im Bereich Mietleitungen mit Bandbreiten bis 45 MBit/s ca. CHF [...] Mio., jedoch bei sämtlichen höheren Bandbreiten nur ca. CHF [...] Mio. Dieses Verhältnis ist bei den anderen FDA genau umgekehrt: Diese erzielen mehr Umsatz mit sehr hohen und häufig gar keinen mit geringen Bandbreiten. Oft basiert der Umsatz, welcher mit geringen Bandbreiten im Anschlussnetz erzielt wurde, auf einer Mietleitung, dessen letztes Stück im Anschlussbereich von Swisscom hinzugemietet werden musste. Daraus kann geschlossen werden, dass Swisscom im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz noch einen wesentlich höheren und im Markt für Mietleitungen im Fernnetz einen deutlich tieferen Marktanteil haben muss.

52. Die Analyse des vorhandenen Zahlenmaterials hat gezeigt, dass Swisscom im Bereich der Mietleitungen im Anschlussnetz über einen sehr hohen Marktanteil verfügt, während der Marktanteil im Bereich des Fernnetzes mit sehr hohen Bandbreiten als eher gering bezeichnet werden kann. Im Folgenden werden die einzelnen Märkte genauer analysiert.

B.3.1.1. Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz

53. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes hat sich gezeigt, dass zurzeit die einzige Alternative zu Mietleitungen im Anschlussnetz das Erschliessen der Geschäftsgebäude mit eigener Infrastruktur darstellt.

54. Grundsätzlich ist jedes Geschäftsgebäude von jedem FDA - also auch Unternehmen wie Cablecom oder Elektrizitätswerke - mit "mietleitungsfähigen" Anschlüssen erschliessbar. Möchte ein FDA ein Geschäftsgebäude mit einer drahtgebundenen Technologie ans eigene Netzwerk anbinden, stellt sich eine Reihe von Problemen. Es gibt theoretisch zwei Möglichkeiten:

- Eine Leitung in einen vorhandenen Kabelkanal legen oder
- den Boden (Strasse) öffnen, selbst einen Kabelkanal bauen und die notwendigen Kabel verlegen.

55. Den alternativen Anbietern von Mietleitungen bleibt meist nur die zweite Variante, weil Swisscom andere FDA ihre eigenen Kabelkanäle nicht zur Verfügung stellt. Andere Kanäle, wie Abwasser- und Stromkanäle sind aus verschiedenen Gründen nur bedingt für Telekommunikationsleitungen einsetzbar.

56. Die zweite Variante ist jedoch viel teurer. Es braucht Baubewilligungen, die Erlaubnis der Grundeigentümer und dauert wesentlich länger, so dass ein potenzieller Kunde meist schon auf ein Angebot

von Swisscom eingegangen ist. Selber den Zugang zu einem Gebäude zu bauen lohnt sich meist nur, wenn folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sind:³

- langjähriger Vertrag (mehr als zwei Jahre) mit dem zu erschliessenden Kunden
- hohe Übertragungsrate (mehr als 10 MBit/s)
- kurze Distanz zum eigenen Access Point (höchstens einige 100 Meter)
- Potenzial für weitere Folgeaufträge im selben Gebäude
- niedrige Gesamtkosten
- ein in vernünftiger Zeit realisierbares Projekt

57. In jedem Fall hat ein Wettbewerber von Swisscom grosse Nachteile, weil die vorhandenen Kabelkanäle der Swisscom uneingeschränkt zur Verfügung stehen. Dies ist ein wesentlicher Wettbewerbsvorteil für Swisscom, da diese die Möglichkeit besitzt, die vorhandene Infrastruktur jederzeit mit neuer Technologie (z.B. Glasfaser) und damit wesentlich höheren Bandbreiten aufzurüsten.

58. Als Faktor bei der Beurteilung der Markstellung ist zudem die relative Finanzkraft von Unternehmen einzustufen. Grosse Finanzkraft verleiht die Möglichkeit, grössere Mittel als andere Unternehmen für Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten, Werbung und anderes zu verwenden oder verbessert die Aussichten, Preiskämpfe durchzustehen oder solche mit Erfolgsaussichten zu starten. Überlegene Finanzkraft vermittelt einen Wettbewerbsvorteil (vgl. Publicitas - Gasser - Tschudi, RPW 1997/2, S. 183, Rz. 35). Die finanzielle Situation von Swisscom kann in jeder Hinsicht als ausgezeichnet eingestuft werden, was insbesondere im Vergleich zur Finanzkraft von anderen in der Schweiz tätigen FDA gilt.

59. Die Analyse der alternativen Möglichkeiten, ein Geschäftsgebäude ans eigene Fernnetz anzubinden, hat ergeben, dass es äusserst schwierig ist, für alternative FDA ein Geschäftsgebäude an die eigene Infrastruktur anzubinden. Swisscom verfügt in diesem Bereich über einen Marktanteil, der bei über **[60]**% anzusiedeln ist. Zusammenfas-

³ Diese Liste von Eigenschaften basiert auf den vom Bakom zur Verfügung gestellten Unterlagen, insbesondere stellt es eine Zusammenfassung der Antworten von Frage 18 des vom Bakom verschickten Fragebogens dar.

send kann festgehalten werden, dass aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Swisscom im Bereich Mietleitungen im Anschlussnetz unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten kann.

B.3.1.2. Markt für Mietleitungen im Fernnetz

60. Neben Swisscom gibt es in der Schweiz eine Reihe weiterer FDA, welche über ein gut funktionierendes Fernnetz verfügen, das in den grossen Agglomerationen präsent ist und die grössten Städte der Schweiz miteinander verbindet. Zu den Unternehmen mit einer solchen Infrastruktur gehören unter anderem Colt, Cablecom, sunrise, Solpa und MCI. Ferner verfügen diverse Elektrizitätswerke hauptsächlich in Agglomerationen über gut ausgebaute Regionalnetze. Meist sind an diese regionalen und überregionalen Netzwerke (Backbones) jedoch nur wenige Hausanschlüsse angebunden (siehe Kapitel B.2.1 oben).

61. Diese Netzwerke verfügen in der Regel über die Möglichkeit, Mietleitungen mit sehr hohen Bandbreiten über grössere Distanzen zu garantieren. Über die Hauptdatenverkehrsachsen (z.B. Zürich - Genf) bestehen auch Reserven was die Übertragungsmedien anbelangt; es kann von Überkapazitäten gesprochen werden. Entsprechend sind auch die Preise für diese Mietleitungen zum Teil deutlich tiefer als im Bereich der Anschlüsse. Das Beispiel, welches in Absatz 49 oben aufgeführt wurde, verdeutlicht die Situation der Preise.

62. Die Wettbewerbskommission ist im Gutachten in Sachen Interkonnectionsverfahren Commcare AG/Swisscom AG (RPW 2000/1, S. 70 ff.) zu einem ähnlichen Schluss gelangt. Darin hat sie festgestellt, dass im Bereich des Fernnetzes bereits ein erheblicher Wettbewerbsdruck auf Swisscom besteht, und Swisscom deshalb in diesem Bereich über keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verfügt. Es ist davon auszugehen, dass der Wettbewerbsdruck seither aufgrund weiterer Investitionen in alternative Netzwerke eher zugenommen hat.

63. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund der Analyse der aktuellen Konkurrenz im Bereich Mietleitungen im Fernnetz ausgeschlossen werden kann, dass sich Swisscom unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten kann.

B.3.2 Potenzieller Wettbewerb

64. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit im Markt für Mietleitungen im *Fernnetz* genügend Wettbewerb gibt, sodass ein unabhängiges Verhalten der Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden kann. Eine Analyse des potenziellen Wettbewerbs in diesem Bereich erübrigt sich daher.

65. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs im Markt für Mietleitungen im *Anschlussnetz* ergab, dass es zurzeit nicht genügend Wettbewerb gibt, um ein unabhängiges Verhalten der Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird. Es wird deshalb geprüft, ob Technologien, welche als Substitute in Frage kommen, einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

66. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es trotz Wettbewerbsbeschränkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da ihnen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

67. In Zusammenhang mit vorliegendem Gutachten ist zu beachten, dass es sich um eine Stellungnahme handelt, welche eine Grundlage für eine mögliche, in Zukunft zu treffende Regulierung zu kostenorientierten Preisen von Mietleitungen bildet. Ähnlich wie in der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (vgl. Art. 9 ff. KG) kommt deshalb einer dynamischen und vorausschauenden Betrachtungsweise eine erhöhte Bedeutung zu.

68. Bezüglich der eigenen Erschliessung mittels Glasfasern wird bei grösseren Geschäftskunden mit hohem Datenverkehrsaufkommen weiterhin zu prüfen sein, ob sich eine eigene Erschliessung lohnt. Da eine solche Erschliessung einerseits kostenaufwändig und andererseits in zeitlicher Hinsicht (Baubewilligungsverfahren, Frage von Zugangsrechten) unsicher ist, wird es sich bei solchen Erschliessungen auch inskünftig höchstens um punktuelle Lösungen handeln.

69. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass trotz gewisser Unsicherheiten bezüglich Prognosen der technologischen Entwicklungen der potenzielle Wettbewerbsdruck nicht dazu führt, dass sich Swisscom im Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz nicht unabhängig verhalten könnte.

B.3.3 Übergabepunkte des Signals

70. Das Bakom hat mit Schreiben vom 8. Juni 2004 das Sekretariat gebeten, einen Vorschlag für einen Fragebogen zu einer Marktbefragung auszuarbeiten. In diesem Schreiben hat das Bakom darauf hingewiesen, dass die Marktbefragung auch darüber Aufschluss geben solle, auf welcher oder welchen Netzhierarchiestufe(n) der Point of Interconnection (POI) in Abhängigkeit von einer möglichen Marktbeherrschung von Swisscom liegen solle.

71. Es stellt sich damit die Frage, bis auf welche Netzhierarchiestufe eine Marktbeherrschung von Swisscom reicht. Diese Frage ist analog zu der Problematik im Bereich Bitstream Access zu behandeln. Es kann daher an dieser Stelle auf das Gutachten betreffend schneller Bitstrom-Zugang vom 27. September 2004 und die darin aufgeführte Argumentation verwiesen werden.

B.3.4 Ergebnis

72. Aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Swisscom ist somit bezüglich Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

C. Schlussfolgerung

73. Swisscom ist betreffend Mietleitungen im Anschlussnetz als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren.

74. Swisscom ist betreffend Mietleitungen im Fernnetz nicht als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren.

E 2	3. TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstrom-Zugang
-----	--

Gutachten vom 27. September 2004 in Sachen TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstrom-Zugang; Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 Kartellgesetz)

A. Sachverhalt und Verfahren

1. Am 29. Juli 2003 hat TDC Switzerland AG (sunrise) beim Bundesamt für Kommunikation (Bakom) zuhanden der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen für den Interkonnectionsdienst schneller Bitstrom-Zugang (Gesuch) gegen Swisscom Fixnet AG (Swisscom) eingereicht. Das Gesuch stützt sich auf Artikel 11 Fernmeldegesetz (FMG) und Artikel 43 Absatz 1 Buchstabe a^{ter} Verordnung über Fernmeldedienste (FDV). Gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG müssen marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und

kostenorientierten Preisgestaltung auf nichtdiskriminierende Weise Interkonnektion gewähren.

2. Mit Schreiben vom 24. September 2003 hat Swisscom beantragt, dass das Gesuch abzuweisen sei. Dabei hat Swisscom unter anderem geltend gemacht, dass sie im Bereich schneller Bitstrom-Zugang nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.

3. Ist im Rahmen von Interkonnektionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das Bakom die Wettbewerbskommission (vgl. Art. 11 Abs. 3 FMG). Die Wettbewerbskommission (Weko) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (vgl. Art. 56 FDV).

4. Mit Schreiben vom 8. Juni 2004 hat das Bakom das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) aufgefordert, einen Fragebogen zur Beurteilung der Marktstellung zu entwerfen. Am 1. Juli 2004 hat das Sekretariat einen Entwurf eines Fragebogens dem Bakom zugestellt. Das Bakom als verfahrensleitende Behörde hat anschliessend eine Befragung von Fernmeldediensteanbietern (FDA) durchgeführt.

5. Mit am 30. August 2004 eingegangenen Schreiben hat das Bakom die Wettbewerbskommission um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 FMG ersucht. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung der FDA resultierenden Antworten.

6. Mit Schreiben vom 2. September 2004, eingegangen am 6. September 2004, hat das Bakom weitere Antworten von mehr als zehn befragten FDA nachgereicht. Die vierwöchige Frist gemäss Artikel 56 FDV beginnt nach Eingang dieser Antworten und läuft damit am 4. Oktober 2004 ab.

7. Das Gutachten basiert auf den vom Bakom zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften des Bitstrom-Zugangs, die Ausführungen der Parteien des Interkonnektionsverfahrens und der befragten FDA wird nachstehend eingegangen.

B. Beurteilung

B.1 Marktbeherrschende Unternehmen

8. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (vgl. Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom/Swisscom AG und diAx/Swisscom AG, RPW 2001/2, S. 361, Rz. 9).

9. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

10. Um festzustellen, ob sich Swisscom in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

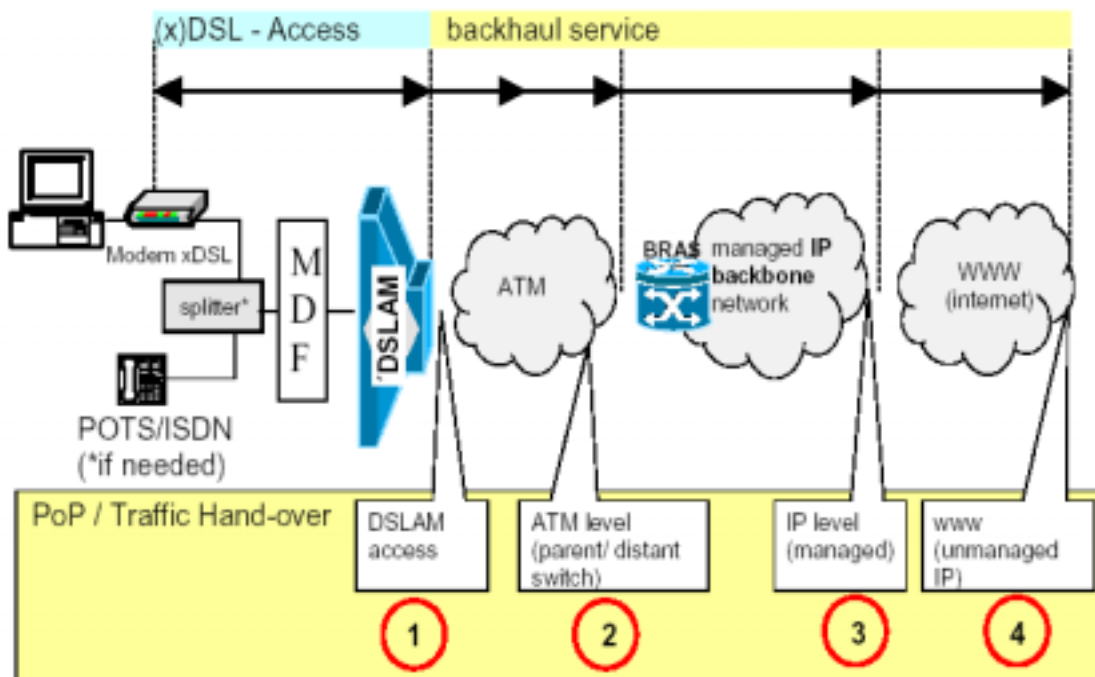
B.2 Relevanter Markt

B.2.1 Sachlich relevanter Markt

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

12. Ausgegangen wird vom Gegenstand des Interkonnektionsgesuches von sunrise, das heisst vom so genannten schnellen Bitstrom-Zugang. Schneller Bitstrom-Zugang kann als die Bereitstellung von Übertragungskapazität zwischen dem Endkunden und dem Netzzusammenschaltungspunkt eines alternativen Anbieters verstanden werden. Ein Fernmeldedienstanbieter kann aufbauend auf diese Vorleistung seinen Endkunden beispielsweise einen regulierten Internetzugang bereitstellen. Artikel 1 Buchstabe c FDV definiert den schnellen Bitstrom-Zugang (Bitstream-Access) als die Herstellung von Hochgeschwindigkeitsverbindungen zum Endkunden durch die verpflichtete Fernmeldedienstanbieterin und Überlassung der Verbindung an die berechnete Fernmeldedienstanbieterin zum Wiederverkauf. Nachfrager des schnellen Bitstrom-Zugangs und damit Marktgegenseite sind in dem Fall Fernmeldedienstanbieter (FDA).

13. Beim schnellen Bitstrom-Zugang handelt es sich um eine Dienstleistung, welche Fernmeldedienstleistern ermöglicht, Endkunden einen breitbandigen Datenzugang in beide Richtungen (up-/downstream) anzubieten. Die Fernmeldedienstleister haben dabei die Möglichkeit, gewisse technische Eigenschaften zu beeinflussen und beispielsweise xDSL Dienste anzubieten (x steht für die verschiedenen Variationen, DSL für Digital Subscriber Line). ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) ist eine Variante von xDSL. Die zukünftigen xDSL-Angebote werden leistungsfähiger sein und symmetrische Bandbreiten erlauben. Der schnelle Bitstrom-Zugang besteht typischerweise aus einem DSL-Part und einem Backhaul (Rücktransport) Service (vgl. auch nachfolgende Grafik).



Quelle Text und Grafik: European Regulators Group, Bitstream Access, ERG Common Position - Adopted on 2nd April 2004. Abkürzungen: ATM (Asynchronous Transfer Mode), BRAS (Broadband Access Server), DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer), MDF (Main Distribution Frame), POP (Point of Presence), IP (Internet Protocol).

14. Für den schnellen Bitstrom-Zugang kommen wie in der Grafik dargestellt vier mögliche Übergabepunkte in Betracht. In Funktion der Netzhierarchiestufe, das heisst in der Grafik mit steigender Höhe der Übergabepunkte, nehmen die Gestaltungsmöglichkeiten der FDA auf das Endkundenangebot ab. Die ComCom hat noch nicht entschieden, auf welcher Stufe der Übergabepunkt für einen schnellen Bitstrom-Zugang liegen soll. In der Analyse der Marktstellung wird bezüglich der Übergabe des Signals auf diesen Punkt zurückzukommen sein.

15. Basierend auf dem schnellen Bitstrom-Zugang könnten durch FDA an Endkunden unter anderem folgende Dienstleistungen angeboten werden: Internetzugang, Internet Protokoll basierte Telefondienstleistungen (Voice over IP), Virtual Private Networks, Video on demand, Fernsehen, Multimedia oder andere interaktive Dienstleistungen. Die Nachfrage der Endkunden ist dabei mitentscheidend für die Eigenschaften von möglichen Vorleistungsprodukten. Nachfolgend ist zu prüfen, welche Dienstleistungen und insbesondere Technologien aus Sicht der FDA mit dem Bitstream-Access substituierbar sind und sich eignen, die vorstehend erwähnten Dienstleistungen zu erbringen. Charakteristisch für Technologien, welche geeignet sind, solche Dienstleistungen zu erbringen, ist die hohe Übertragungskapazität (Breitband) sowie die dauernde und zeitunabhängige Nutzbarkeit (sog. "always on"). Nachfolgend werden zuerst die leitungsgebundene und anschliessend die drahtlosen Technologien auf eine Substituierbarkeit überprüft.

16. Ungefähr die erwähnten Charakteristika weisen zum Beispiel die auf dem Kupferdraht des Anschlussnetzes von Swisscom basierenden ADSL-Angebote auf. ADSL ist heute in der Schweiz die am weitesten verbreitete Breitbandübertragungstechnologie. Zur Erbringung von ADSL-Dienstleistungen bietet Swisscom den FDA das Produkt Broadband Connectivity Service (BBCS) zum Wiederverkauf an. Das Produkt BBCS von Swisscom war Gegenstand der Untersuchung in Sachen Swisscom ADSL (Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 407 ff.). Vorliegendes Gutachten orientiert sich an den Ausführungen der Weko in Sachen Swisscom ADSL. BBCS weist gewisse Ähnlichkeiten mit einem Bitstream-Access Angebot auf, im Speziellen mit Netzhierarchiestufe 3 (IP Level managed) in der oben aufgeführten Grafik. BBCS ist jedoch als reines Wiederkaufsangebot anzusehen, da die Einflussmöglichkeiten der FDA auf das Angebot gering sind. Demgegenüber hätten die FDA beim Bitstream-Zugang in technischer (insbesondere DSL-Variationen mit höheren Bandbreiten) und kommerzieller Sicht grössere Gestaltungsmöglichkeiten.

17. Hohe Übertragungskapazität (Breitband) sowie dauernde und zeitunabhängige Nutzbarkeit können auch über Mietleitungen zu Endkunden erfolgen. Artikel 1 Buchstabe b FDV definiert Mietleitungen als die Bereitstellung von transparenten Übertragungskapazitäten über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen. Falls Endkunden über Mietleitungen erschlossen werden, handelt es sich in der Regel um Mietleitungen, welche auf der Infrastruktur von Swisscom basieren. Mietleitungsangebote verfügen über hohe Bandbreiten und garantierte Leistungen. Preislich sind Mietleitungen bedeutend teurer als beispielsweise BBCS. Mietleitungen kommen vor allem für Geschäftskunden zum Einsatz.

18. Bezüglich der Eigenschaften Übertragungskapazität und "always on" weisen die Breitbandzugänge der Kabelnetzbetreiber ähnliche Charakteristika auf wie der schnelle Bitstrom-Zugang. Die von den Kabelnetzbetreibern angebotenen Internetzugänge basieren auf den Koaxialkabeln der Kabelfernsehtnetzen (CATV), welche ursprünglich zur Übertragung von Fernseh- und Radiosignalen verlegt wurden. Kabelnetzbetreiber bieten in der Regel anderen Anbietern keine Wiederverkaufsangebote von breitbandfähigen Anschlüssen an. Der durch die Kabelnetzbetreiber entstehende Wettbewerbsdruck ist bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigen (vgl. Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 439, Rz. 130 ff.).

19. Eine mögliche Zugangstechnologie ist der Anschluss von Endkunden mittels Glasfaserkabel, welche vom den Endkunden anschliessenden FDA verlegt werden. Glasfaserkabel verfügen über sehr hohe Übertragungskapazitäten (>10 Gbit/s). Die Datenübertragung beruht meist auf dem SDH (Synchronous Digital Hierarchy)-Standard. In einigen Ballungszentren wurden gewisse Geschäftskunden direkt

mittels Glasfaser angeschlossen. Auf die praktische Bedeutung von Glasfasern ist im Rahmen der Analyse der Marktstellung zurückzukommen.

20. Als weitere mögliche Zugangstechnologie für die breitbandige Übertragung von Daten kommt auch die so genannte Powerline Communications (PLC) Technologie in Frage. Die PLC Technologie basiert auf der Übertragung von Daten über das Stromnetz von Elektrizitätswerken und weist bezüglich Übertragungsgeschwindigkeiten und Zugang ähnliche Eigenschaften wie die vorstehend erwähnten Technologien auf. Inwiefern PLC in der Lage ist, Breitbandtechnologien zu konkurrenzieren, ist im Rahmen der Prüfung der Marktstellung zu analysieren.

21. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass abhängig von den Bedürfnissen der Endkunden unter Umständen für gewisse Vorleistungsprodukte engere Marktabgrenzungen in Betracht gezogen werden könnten. So kann beispielsweise bezüglich der Nachfrage von Geschäftskunden festgestellt werden, dass diese hinsichtlich Übertragungsraten und Qualität (insbesondere sog. garantierte Qualität) spezielle Anforderungen an die nachgefragten Dienstleistungen stellen.

22. Im Folgenden ist zu prüfen, ob drahtlose Technologien bezüglich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszweckes als Substitute zum schnellen Bitstrom-Zugang betrachtet werden können. Insbesondere Swisscom macht geltend, dass auch drahtlose Technologien als Substitute zum schnellen Bitstrom-Zugang zu betrachten seien. Allgemein kann für drahtlose Technologien festgehalten werden, dass sie im Vergleich zu leitungsgebundenen Technologien eher niedrigere Übertragungsraten und eine höhere Anfälligkeit auf Störungen aufweisen. Zudem stellen sich bezüglich der Abhörsicherheit besondere Fragen und eignen sich drahtlose Technologien in der Regel eher für ein beschränkteres Spektrum von Endanwendungen. Im Weiteren sind frequenzplanerische Aspekte und Umweltfragen (insbesondere in Zusammenhang mit nicht ionisierender Strahlung) zu berücksichtigen. Insgesamt deutet dies allgemein für drahtlose Anschlussstechnologien auf eine begrenztere Austauschbarkeit.

23. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der dritten Generation (3G), das im Vergleich zu GSM höhere Übertragungsraten erlaubt und die Nutzung von gewissen Breitbanddiensten zulässt. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte (insbesondere Mobiltelefone) einen Breitbandzugriff zu ermöglichen. Insgesamt wurden vier UMTS-Konzessionen unter Durchführung eines Auktionsverfahrens vergeben. Die drei Mobilfunkanbieter Swisscom, sunrise und Orange verfügen über je eine Konzession. Die vierte Konzession wurde von 3G Mobile erworben, wobei noch unsicher ist, ob diese Konzession ge-

nutzt werden wird. Swisscom ist das erste Unternehmen in der Schweiz, welches UMTS-Dienste anbietet. Die zu erwartenden Übertragungspreise für UMTS werden beispielsweise im Vergleich zu den Preisen von ADSL voraussichtlich hoch sein. Zudem erscheint zurzeit wenig wahrscheinlich, dass abgesehen von Swisscom einer der UMTS-Anbieter über ein einigermaßen flächendeckendes Netz verfügt. Aus diesen Gründen ist nicht davon auszugehen, dass UMTS als Substitut für Produkte anzusehen ist, welche auf dem schnellen Bitstrom-Zugang basieren.

24. Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob so genannte Wireless Local Area Network (WLAN) als Substitute in Frage kommen. Bei WLAN handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptops) erlauben. WLAN ist punktuell an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sog. Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her begrenzt und nur punktuell verfügbar. In vielen Fällen beruht zudem der Anschluss der Sendeeinrichtung auf einer drahtgebunden Technologie (z.B. xDSL oder CATV). Aufgrund der Konzeption und Ausrichtung von WLAN für mobile Dienste ist diese Technologie hinsichtlich des Verwendungszwecks nicht als Substitut anzusehen. So ist beispielsweise WLAN schlecht geeignet, benachbarte Gebäude zu vernetzen und ausserdem darf keine Antenne ausserhalb eines Gebäudes montiert werden (WLAN - Frequently Asked Questions, Bakom, erhältlich unter: www.bakom.ch). Ähnliches gilt im Übrigen für WMAN (Wireless Metropolitan Area Network), das eine leistungsfähigere Variante von WLAN darstellt.

25. Zudem ist zu prüfen, ob die Wireless Local Loop (WLL) Technologie mit dem Bitstream Access vergleichbare Eigenschaften aufweist. Mittels WLL können von einer Vermittlungszentrale Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Die ComCom hat drei nationale und vier regionale WLL Konzessionen vergeben (vgl. Faktenblatt WLL, Bakom, Version 2.9, 17.4.2003). Bisher hat sich WLL in der Schweiz aus verschiedenen Gründen nicht durchgesetzt. Eine Studie kommt zum Schluss, dass WLL, welches in der Schweiz nur von sehr wenigen Anbietern vermarktet wird, keine aktuelle und keine erkennbare künftige Marktrelevanz hat (Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des Bakom, WIK Consult, 30.4.2001, korrigierte Fassung vom 24.2.2003, S. 51). Allein im Jahr 2003 kam es zur Übertragung einer WLL-Konzession, zu zwei freiwilligen Konzessionsrückgaben und einem Entzug einer WLL-Konzession wegen fehlender Einhaltung der minimalen Betriebspflicht (Tätigkeitsbericht 2003 der ComCom, S. 24). WLL hat sich damit nicht zu einer Alternative des Anschlussnetzes entwickelt und ist deshalb ebenfalls nicht als Substitut zu einem schnellen Bitstrom Zugang zu betrachten.

26. Weitere drahtlose Übertragungstechnologien wie Zugang über Satelliten oder Laserübertragung (Free Space Laser, Quantenkaskadenlaser) werden nicht näher geprüft, kommen jedoch nach der Praxis der Weko aus unterschiedlichen Gründen nicht als Substitute für einen Breitbandzugang in Frage (vgl. Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 425, Rz. 85 und S. 427, Rz. 89).

27. Der relevante Markt umfasst aus den genannten Gründen den Zugang zu Breitbanddiensten. Zum relevanten Markt gehören die leitungsgebundenen Technologien, welche auf dem Netz und insbesondere der Kupferleitung von Swisscom beruhen (u.a. Bitstream Access, ADSL bzw. BBCS) sowie CATV, PLC und Glasfaser. Nicht in den relevanten Markt einbezogen wurden aus den angeführten Gründen alle drahtlosen Technologien (insbesondere UMTS, WLAN und WLL).

28. Diese Abgrenzung des relevanten Marktes entspricht im Übrigen annähernd derjenigen wie sie in der Europäischen Union unter dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vorgenommen wird (vgl. Empfehlung der Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl 2003 L 114/45, Anhang, Ziff. 12).

B.2.2 Räumlich relevanter Markt

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

30. Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den FDA, welche gestützt auf die Nachfrage der Endkunden, Zugang zu Breitbanddiensten nachfragen. Die FDA fragen in Funktion der Nachfrage der Endkunden solche Zugänge in der ganzen Schweiz nach. Soweit möglich, werden Breitbandzugänge auch gesamtschweizerisch angeboten. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

B.3 Marktstellung

31. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

B.3.1 Aktueller Wettbewerb

32. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen

diesen Wettbewerbern besteht. Der Abgrenzung des relevanten Marktes entsprechend wird der aktuelle Wettbewerb im Bereich des Zugangs zu Breitbanddiensten in der Schweiz betrachtet. Als untereinander substituierbar wurden das Anschlussnetz von Swisscom, CATV, Glasfaser und PLC angesehen, deren Marktstellung in diese Reihenfolge geprüft wird.

33. Zugang zu Breitbanddiensten kann über das Anschlussnetz von Swisscom erfolgen, welches in den meisten Fällen auf einem zweiadrigen Kupferdraht beruht. Swisscom bietet mit den Produkten BBCS (Vorleistungsangebot für ADSL) und gewissen Mietleitungsangeboten den Fernmeldediensteanbietern Dienstleistungen an, die es den FDA erlauben, ihren Endkunden Breitbanddienste zu offerieren. Zudem hat Swisscom die Möglichkeit, leistungsfähigere DSL-Variationen anzubieten. Zu den möglichen auf dem Kupferdraht basierenden Breitbandzugängen gehört auch der schnelle Bitstrom-Zugang.

34. Alle diese Breitbandzugänge beruhen auf dem Anschlussnetz von Swisscom, welche grundsätzlich davon absehen wird, ihre eigenen Produkte zu konkurrenzieren, weshalb diesbezüglich auch kein Wettbewerbsdruck entstehen kann. Es wird deshalb in einem ersten Schritt geprüft, wie viele Breitbandzugänge Swisscom gestützt auf ihre Infrastruktur anbieten kann. In einem zweiten Schritt wird geprüft, wie viel Wettbewerbsdruck die zum relevanten Markt gehörigen anderen Anschlusstechnologien ausüben.

35. Swisscom verfügt über rund 4'000'000 Teilnehmeranschlussleitungen, wobei die Abdeckung mehr als 98% der bewohnten Gebiete ausmacht. Mehrheitlich sind diese Anschlüsse auch ADSL- und damit grundsätzlich breitbandfähig. Im Gegensatz zu den nachstehend erwähnten CATV-Anschlüssen besitzt das Anschlussnetz der Swisscom den Vorteil, dass sowohl Privathaushalte als auch Geschäftsgebäude in der Regel vollständig erschlossen sind. CATV-Anschlüsse sind demgegenüber in Geschäftsgebäuden weniger verbreitet.

36. Die stärksten Wettbewerber von Swisscom für Zugänge zu Breitbanddiensten sind die Kabelnetzbetreiber, welche entsprechende Anschlüsse basierend auf ihren CATV-Netzen anbieten. Gemäss Angaben des Verbandes der Kabelnetzbetreiber Swisscable sind am 30. Juni 2004 in der Schweiz 2'400'000 Kabelnetzanschlüsse internet- und damit der Technologie entsprechend auch breitbandtauglich (Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Dokumentation Swisscable, erhältlich unter: www.swisscable.ch).

37. Der bei weitem stärkste Akteur unter den Kabelnetzbetreibern ist Cablecom. Cablecom verfügt zurzeit über 1'400'000 breitbandfähige Anschlüsse. In der Regel bieten Kabelnetzbetreiber anderen FDA keine Wiederverkaufsangebote von Endkundenzugängen an. Cablecom ist aufgrund seiner Grösse und seiner Angebote (auch für Geschäftskunden) dasjenige Unternehmen, welches am meisten Wett-

bewerbsdruck auf Swisscom auszuüben vermag. Mittels dieser Anschlüsse bietet Cablecom unter anderem ihr Produkt "hispeed internet" an. Die restlichen Kabelnetzunternehmen (total mehr als 400) sind regional relativ stark zersplittert. Aufgrund der hohen Anzahl breitbandfähiger Anschlüsse der Kabelnetzbetreiber und im Speziellen der relativ starken Rolle von Cablecom üben CATV-Betreiber bis zu einem gewissen Grad Wettbewerbsdruck auf die Anschlüsse der Swisscom aus.

38. Weitere Wettbewerber können Fernmeldedienstanbieter sein, welche Endkunden direkt mit Glasfaser angeschlossen haben. Die Anzahl dieser Anschlüsse ist jedoch gering, da solche Anschlüsse erst errichtet werden mussten. FDA wie Colt, MCI, sunrise, das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich oder Swisscom haben solche Anschlüsse vor allem in Ballungszentren für Geschäftskunden errichtet. Die vom Bakom durchgeführte Befragung ergab etwas mehr als 1'000 Glasfaseranschlüsse. Aus der aktuellsten Fernmeldestatistik ist zu entnehmen, dass im Jahr 2002 in der Schweiz 17'846 Glasfaserkabelanschlüsse bestanden (Amtliche Fernmeldestatistik 2002, Bakom, Biel, 19.7.2004, S. 18). Ohne über exakte Zahlen für die ganze Schweiz zu verfügen, kann davon ausgegangen werden, dass die Anzahl mittels Glasfaserkabel angeschlossenen Endkunden (ohne diejenigen von Swisscom) vermutlich unter 20'000 liegt.

39. Als weiterer Wettbewerber ist Powerline Communications (Datenübertragung über das Stromnetz) zu prüfen. Das Angebot von Breitbanddiensten über diese Technologie beschränkt sich auf sehr wenige Gebiete, wobei es sich selbst dort zumeist um Pilotprojekte handelt. Insgesamt steht Powerline in der Schweiz für den kommerziellen Einsatz im Massenmarkt nicht zur Verfügung (Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, a.a.O., S. 52). In der Schweiz bieten beispielsweise die Freiburgerischen Elektrizitätswerke (EEF/FEW) in Zusammenarbeit mit sunrise das Produkt "sunrise powernet" im Raum Freiburg an, welches einen breitbandigen Zugang zum Internet über das Stromnetz erlaubt. EEF/FEW verfügt nach eigener Auskunft über 200 Anschlüsse. Gemäss Amtlicher Fernmeldestatistik 2002 (a.a.O., S. 18) existieren in der Schweiz 1'329 PLC-Anschlüsse. Ohne über exakte Zahlen zu verfügen, ist mit Blick auf die wenigen Anbieter von PLC in der Schweiz davon auszugehen, dass die Anzahl Anschlüsse unter 5'000 liegt. Hinsichtlich der Powerline-Technologie kann aufgrund der beschränkten Verfügbarkeit daher von niedrigem Konkurrenzdruck ausgegangen werden.

40. Unter der Berücksichtigung, dass es sich um Grössenordnungen handelt, lassen sich die in den vorstehenden Absätzen gemachten Aussagen für drahtgebundene Breitbandzugänge tabellarisch wie folgt zusammenfassen:

	<i>Breitbandzugänge</i>				Total
	Swisscom Anschlüsse	Kabel- netze (CATV)	Glasfaser	PLC	
Anzahl	4'000'000	2'400'000	<20'000	<5'000	6'425'000
Prozent	62,3	37,4	<0,3	<0,1	100

41. Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass zum Anschlussnetz von Swisscom vor allem die Anschlüsse der Kabelnetzbetreiber (CATV) als Konkurrenten Wettbewerbsdruck ausüben. Abgesehen von der absoluten Verteilung sind jedoch auch die Marktanteilsverteilung und die Marktanteilsentwicklung von Bedeutung. Wie oben erwähnt, ist neben einer grossen Zahl mittlerer und kleiner Kabelnetzbetreiber die Cablecom der stärkste Akteur im Bereich CATV. Mit ihrem 1'400'000 breitbandfähigen Anschlüssen hätte sie bei den Zugängen einen Marktanteil von 21,8%, was sie trotz fehlender Flächendeckung zu einem nicht unwesentlichen Wettbewerber macht. Hingegen ist bezüglich Glasfaser oder PLC Anschlüssen von geringen disziplinierenden Einflüssen auszugehen.

42. Diese Einschätzung der Marktverhältnisse stimmt mit einer erst kürzlich erschienen Analyse des Bakom überein, wonach in der Schweiz die Breitbandzugänge grösstenteils über die ADSL- und die Kabelmodem-Technologie angeboten werden. Der Anteil der anderen möglichen Zugangstechnologien (Satellit, Glasfaser, PLC, WLL, Mietleitungen, 3G) kann als vernachlässigbarer Teil des gesamten Breitbandmarktes betrachtet werden (Der Schweizer Fernmelde- markt im internationalen Vergleich - Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union, Bakom, Biel, Juli 2004, S. 6).

43. Als Faktor bei der Beurteilung der Marktstellung ist zudem die relative Finanzkraft von Unternehmen einzustufen. Grosse Finanzkraft verleiht die Möglichkeit, grössere Mittel als andere Unternehmen für Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten, Werbung und anderes zu verwenden oder verbessert die Aussichten, Preiskämpfe durchzustehen oder solche mit Erfolgsaussichten zu starten. Überlegene Finanzkraft vermittelt einen Wettbewerbsvorteil (vgl. Publicitas - Gasser - Tschudi, RPW 1997/2, S. 183, Rz. 35). Die finanzielle Situation von Swisscom kann in jeder Hinsicht als ausgezeichnet eingestuft werden, was insbesondere im Vergleich zur Finanzkraft von anderen in der Schweiz tätigen FDA gilt.

44. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom besteht, dieser jedoch mit Blick auf das vor-

stehend Geschriebene nicht dazu führt, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten kann.

B.3.2 Potenzieller Wettbewerb

45. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten der Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird. Es wird deshalb geprüft, ob drahtgebundene Technologien (CATV, PLC, CATV), welche als Substitute in Frage kommen, einen disziplinierenden Einfluss auf Swisscom ausüben.

46. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es trotz Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen Unternehmen, da ihnen nur beschränkt ausgewichen werden kann.

47. In Zusammenhang mit vorliegendem Gutachten ist zu beachten, dass es sich um eine Stellungnahme handelt, welche eine Grundlage bildet für eine mögliche, in Zukunft zu treffende Regulierung zu kostenorientierten Preisen des schnellen Bitstrom-Zugangs. Ähnlich wie in der wettbewerbsrechtlichen Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (vgl. Art. 9 ff. KG) kommt deshalb einer dynamischen und vorausschauenden Betrachtungsweise eine erhöhte Bedeutung zu.

48. Betreffend die drahtgebundenen Technologien kann Folgendes festgehalten werden: Bezüglich der Anzahl der Teilnehmeranschlüsse von Swisscom werden keine erheblichen Änderungen eintreten. Hinsichtlich CATV ist zu vermuten, dass von den rund 2'800'000 Kabelnetzanschlüssen, wovon zurzeit ungefähr 2'400'000 internettauglich sind, in nächster Zeit weitere Kabelnetzunternehmen zur Breitbandfähigkeit aufrüsten.

49. Bezüglich der eigenen Erschliessung mittels Glasfasern wird bei grösseren Geschäftskunden mit hohem Datenverkehrsaufkommen weiterhin zu prüfen sein, ob sich eine eigene Erschliessung lohnt. Da eine solche Erschliessung einerseits kostenaufwändig und andererseits in zeitlicher Hinsicht (Baubewilligungsverfahren, Frage von Zugangsrechten) unsicher ist, wird es sich bei solchen Erschliessungen auch inskünftig höchstens um punktuelle Lösungen handeln.

50. Betreffend PLC ist nicht anzunehmen, dass, nachdem einige Unternehmen die Entwicklung von PLC nicht weiterverfolgen, in naher Zukunft grundlegende Veränderungen stattfinden werden. Insbe-

sondere scheint zurzeit kein grösseres Elektrizitätsversorgungsunternehmen in diese Technologie investieren zu wollen.

51. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass trotz gewisser Unsicherheiten bezüglich Prognosen der technologischen Entwicklungen der potenzielle Wettbewerbsdruck nicht die in Randziffer 46 aufgezählten Eigenschaften aufweist. Der potenzielle Wettbewerb führt deshalb nicht dazu, dass sich Swisscom im relevanten Markt nicht unabhängig verhalten könnte.

B.3.3 Übergabepunkte des Signals

52. Das Bakom hat mit Schreiben vom 8. Juni 2004 das Sekretariat gebeten, einen Vorschlag für einen Fragebogen zu einer Marktbefragung auszuarbeiten. In diesem Schreiben hat das Bakom darauf hingewiesen, dass die Marktbefragung auch darüber Aufschluss geben solle, auf welcher oder welchen Netzhierarchiestufe(n) der Point of Interconnection (POI) in Abhängigkeit von einer möglichen Marktbeherrschung von Swisscom liegen solle.

53. Es stellt sich damit die Frage, bis auf welche Netzhierarchiestufe eine Marktbeherrschung von Swisscom reicht. Die unterschiedlichen Netzhierarchiestufen ergeben sich aus den möglichen Übergabepunkten des Bitstream Access (vgl. Grafik oben Rz. 13, PoP/ Traffic Handover [1]-[4]). Gemäss Schreiben des Bakom müssen alternative FDA für ein flächendeckendes Angebot des Bitstream Access in Abhängigkeit der Übergabepunkte folgende Anzahl Standorte erschliessen:

- Variante (1): Übergabepunkt Ortszentrale (Hauptverteiler). FDA müssten etwa 1400 Standorte erschliessen.
- Variante (2): Übergabepunkt Anschluss- oder Knotenzentrale der Ortsnetze. FDA müssten etwa 200 Standorte erschliessen.
- Variante (3): Übergabepunkt Transitzentrale des jeweiligen Regionalnetzes. FDA müssten etwa 18 Standorte erschliessen.
- Variante (4): Übergabepunkt in irgendeiner Transitzentrale des Fernnetzes. FDA müssten einen Standort erschliessen.

54. Hiezu ist vorweg festzuhalten, dass in Abhängigkeit von der Definition und der Auslegung des Begriffs des schnellen Bitstrom-Zugangs in Artikel 1 Buchstabe c FDV es Aufgabe der ComCom sein wird, den Übergabepunkt des Bitstream-Access festzulegen. Es kann dabei davon ausgegangen werden, dass der schnelle Bitstrom-Zugang nicht nur die Verbindung vom POI zum Endkunden umfassen kann, sondern unter Umständen auch weitere Dienstleistungen er-

fasst, sofern diese untrennbar mit der Erbringung des schnellen Bitstrom-Zugangs verknüpft sind.

55. Aus der Analyse der aktuellen und der potenziellen Konkurrenz ist hervorgegangen, dass Swisscom im Bereich der Zugänge zu Breitbanddiensten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Daraus kann abgeleitet werden, dass Swisscom mindestens bis zum Übergabepunkt in der Ortszentrale über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. Variante [1]).

56. Bei Variante (2) würde die Übergabe des Signals auf Stufe Anschluss- oder Knotenzentrale der Ortsnetze erfolgen, was für FDA für ein flächendeckendes Angebot eine Erschliessung von rund 200 Standorten bedeuten würde. In der Schweiz verfügt zurzeit kein FDA über eine derartige Anzahl von POI mit Swisscom. Um die Standorte zu erschliessen, bestehen hauptsächlich zwei Möglichkeiten: Entweder eine Mietleitung mieten (i.d.R. bei Swisscom) oder den Standort selber mit einer Leitung erschliessen. Abhängig von den Umständen im Einzelfall ist eine solche Lösung mit hohem finanziellem Aufwand und Unsicherheiten bezüglich Baubewilligungsverfahren und Durchgangsrechten verbunden (vgl. auch Rz. 49). Es ist deshalb davon auszugehen, dass Swisscom bei einer Übergabe des Signals unter Variante (2) bis zu dieser Netzhierarchiestufe über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

57. Bei einem Übergabepunkt auf Stufe Transitzentrale des jeweiligen Regionalnetzes müssten FDA etwa 18 Standorte erschliessen, wobei diese Standorte von der Sprachinterkonnektion oder vom BBCS bereits teilweise durch andere FDA erschlossen sind. Die durchgeführten Befragungen haben ergeben, dass fünf der befragten Fernmeldediensteanbieter (Cablecom, Colt, MCI, Solpa und sunrise) über [>10] bis [<100] Interkonnektionspunkte mit Swisscom verfügen. Daraus kann geschlossen werden, dass auf dieser Stufe bezüglich einer Übergabe auf Stufe Transitzentrale (Variante 3) vermutlich keine marktbeherrschende Stellung von Swisscom mehr vorliegt, da eine Erschliessung via andere Fernmeldediensteanbieter möglich wäre. Unter einer unter Umständen vorzunehmenden regionalen Betrachtungsweise wäre möglicherweise nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall eine Marktbeherrschung bis Stufe Transitzentrale (Variante 3) vorliegen könnte. Aufgrund der erwähnten bestehenden Alternativen besteht bei einem Übergabepunkt in irgendeiner Transitzentrale (Variante 4) keine Marktbeherrschung.

58. Aus den genannten Gründen ergibt sich, dass Swisscom bei einer Übergabe auf Stufe Anschluss- oder Knotenzentrale der Ortsnetze (Variante 2) bis zu diesem Übergabepunkt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

B.3.4 Ergebnis

59. Aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs ist Swisscom in der Lage, sich auf dem Markt für Zugänge zu Breitbanddiensten von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (ähnlich: Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 439, Rz. 140). Swisscom ist somit bezüglich der Zugänge zu Breitbanddiensten als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

60. Im Gutachten der Wettbewerbskommission in Sachen Interkonktionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG hat die Wettbewerbskommission festgehalten, dass Swisscom im Bereich des Anschlussnetzes über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (RPW 2000/1, S. 70 ff.). Im Vergleich zur damaligen Marktsituation kann heute festgestellt werden, dass der Wettbewerbsdruck zugenommen hat, was sich positiv auf Preise und Innovationen im Angebot der Telekommunikationsdienstleistungen ausgewirkt hat. Diese Zunahme des Wettbewerbsdrucks ist dabei unter anderem auf den Wettbewerb zwischen verschiedenen Infrastrukturen zurückzuführen. In Zukunft wird unter der Annahme einer weiteren Zunahme des Wettbewerbsdrucks und der erfolgenden technologischen Entwicklungen deshalb regelmässig zu überprüfen sein, ob sich Swisscom im Bereich des Anschlussnetzes weiterhin unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten kann.

C. Schlussfolgerung

61. Swisscom ist betreffend den schnellen Bitstrom-Zugang als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren.

E 2	4. Cablecom
-----	--------------------

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 25. Oktober 2004 im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20) zuhanden des Preisübewachlers in Sachen Cablecom betreffend Marktstellung und wirksamer Wettbewerb (Art. 2 und 12 PüG)

A. Sachverhalt

1. Der Preisübewacher hat die Wettbewerbskommission (Weko) mit Schreiben vom 6. Oktober 2004 zu einer Stellungnahme im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Preisübewachlungsgesetzes (PüG; SR 942.20) zur Frage der Marktmacht (Art. 2 PüG) von Cablecom und zur Wirksamkeit des Wettbewerbs (Art. 12 PüG) in Bezug auf das Cablecom-Basisangebot Radio und Fernsehen aufgefordert.

2. Gegenstand der Beurteilung durch den Preisüberwacher ist die Absicht von Cablecom, den Preis ihres Basisangebots, das heisst die Weiterverbreitung von analogen und digitalen Radio- und Fernsehprogrammen über ihr Kabelnetz, zu erhöhen und das Basisangebot zu modifizieren, nachdem die einvernehmliche Regelung über die Kabelfernsehgebühren zwischen dem Preisüberwacher und Cablecom auf Ende 2004 ausläuft.

3. Cablecom betreibt als Kabelnetzbetreiberin die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihr Kabelnetz in der Schweiz. Dazu betreibt sie einerseits ein als Backbone bezeichnetes Hauptnetz, das die Grobverteilung der Fernsehsignale an die lokalen und regionalen Ortsnetze vornimmt und andererseits nimmt Cablecom Netzdienstleistungen für die Vermittlung von Signalen an die Endabnehmer mit regionalen Ortsnetzen vor (Feinverteilung). Cablecom versorgt heute nach eigenen Angaben 1,5 Millionen Kundinnen und Kunden über ihr eigenes Netz sowie rund weitere 500'000 über Partnernetze (vgl. www.cablecom.ch/corpcomm_imagebroschre_d.pdf). Neben dem herkömmlichen Fernsehen und Radio werden über das Kabelnetz der Cablecom heute auch andere Dienste angeboten: Enthalten sind Zugang zum Internet, digitale Telefonie und digitales Fernsehen. Nach Angaben von Cablecom haben Kabelnetze heute einen Abdeckungsgrad von ca. 94%, wobei Cablecom über das eigene Netz etwa 50% der Kabelhaushalte versorgt und weitere rund 20% über Partnernetze (www.cablecom.ch/cable5234_brosch_ch_d.pdf). Von den ca. 94% angeschlossenen Haushalten haben nach diesen Angaben 84% davon Kabelfernsehen abonniert.

B. Beurteilung

4. Wenn Fragen des persönlichen Geltungsbereichs und des wirkamen Wettbewerbs zu beurteilen sind, hat der Preisüberwacher die Weko zu konsultieren, bevor er eine Verfügung trifft (vgl. Art. 5 Abs. 4 PüG).

5. Die Prüfung der Weko hat sich gemäss Artikel 5 Absatz 4 PüG und gestützt auf die Anfrage des Preisüberwachers vom 6. Oktober 2004 auf die Frage zu beschränken, ob Cablecom im betroffenen Bereich ein marktmächtiges Unternehmen im Sinne von Artikel 2 PüG ist, und ob die von ihr gesetzten Preise für das Basisangebot das Ergebnis wirkamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 12 PüG sind.

1. Unterstellung unter das Preisüberwachungsgesetz

6. Das PüG gilt für Wettbewerbsabreden im Sinne des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 2 PüG). Der Begriff der Marktmacht wird im PüG nicht definiert. Er findet sich aber in Artikel 2 Absatz 1 KG wieder, wobei sich die Frage stellt,

ob dem Marktmachtbegriff in den beiden Gesetzen die gleiche Bedeutung zukommt. Die Weko hat sich mit dieser Problematik bereits im Rahmen anderer (nicht publizierter) Gutachten befasst.

7. Nach kartellrechtlichem Verständnis ist Marktmacht zwischen dem normalen Markteinfluss und der -beherrschung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu situieren (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215; SCHMIDHAUSER, in HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1997, Rz. 20 zu Art. 2). Konkret wird damit der Zustand umschrieben, bei dem ein Unternehmen dem Wettbewerb in ungenügendem Masse ausgesetzt ist, ohne sich deswegen auf dem Markt unabhängig verhalten zu können (SCHMIDHAUSER, in HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1997, Rz. 74 zu Art. 4).

8. Als marktbeherrschend gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten demgegenüber einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Das Vorliegen von Marktmacht - verstanden als massgeblicher Markteinfluss - wird in der Regel ohne weiteres angenommen (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in ihrem Entscheid GB /2001-1 gegen ACTV SA festgehalten, dass die Begriffe Marktmacht im Preisüberwachungs- und im Kartellgesetz grundsätzlich gleichzusetzen sind (*Les entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé ont donc le même sens que dans la LCart, partant, elles doivent être interprétées de la même manière que dans cette loi*). Sie verweist im genannten Entscheid hingegen nicht auf Artikel 2 KG sondern vielmehr auf Artikel 4 KG und somit auf die Umschreibung des Begriffs der Marktbeherrschung. Gleichzeitig äussert sich die REKO/WEF aber dahingehend, dass das Preisüberwachungsgesetz auch auf Unternehmen, deren Marktstellung unterhalb der Marktbeherrschung (im Sinne von Art. 4 KG) anzusiedeln ist, Anwendung findet (*La LSPr s'applique aux entreprises puissantes sur le marché, soit aux entreprises qui ont une position de force se situant en deçà de la position dominante définie à l'article 4 alinéa 2 LCart*).

10. Das Bundesgericht hat im Entscheid in Sachen ACTV SA vom 14. Juni 2004 (Urteil 2A.306/2003 Ieb) die Argumentation der Vorinstanzen in dieser Frage nicht beanstandet.

11. Um beurteilen zu können, ob Cablecom in Bezug auf ihr Basisangebot marktmächtig ist, ist deren Marktstellung zu analysieren. Diese Beurteilung setzt die Abgrenzung der relevanten Märkte voraus. In einem zweiten Schritt gilt es dann zu überprüfen, ob auf dem betroffenen Markt wirksamer Wettbewerb besteht.

II. Relevanter Markt

12. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, VKU; SR 251.4). 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).

13. Gegenstand der Anfrage des Preisüberwachers sind die Preise, welche Cablecom für die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihr Kabelnetz verlangt. Es muss demnach bestimmt werden, welche Leistungen von der Marktgegenseite, im vorliegenden Fall den Endkonsumenten, als substituierbar zur Verbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen angesehen werden.

II.1 Der sachlich relevante Markt

14. Das Basisangebot von Cablecom umfasst die Weiterverbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen über das Kabelnetz. Die Marktgegenseite bilden in diesem Zusammenhang somit diejenigen Personen, welche diese verbreiteten Radio- und Fernsehprogramme empfangen wollen.

15. Aufgrund ihrer verschiedenen Eigenschaften können diese beiden Medien nicht demselben sachlich relevanten Markt zugeordnet werden und müssen demnach gesondert betrachtet werden:

II.1.1 Verbreitung von Fernsehprogrammen

16. Fernsehen kann zurzeit über Kabelnetze oder Satelliten, drahtlos terrestrisch und für einen beschränkten Kreis von Konsumenten neu auch über Telefonnetze übertragen werden. Die flächendeckende Übertragung von Fernsehprogrammen über Telefonkabel wurde von der Swisscom auf nächstes Jahr in Aussicht gestellt (vgl. www.bluewinag.com/cont/pm/040824_d). Zur Beantwortung der Frage nach dem sachlich relevanten Markt muss deshalb bestimmt werden, ob diese verschiedenen Formen der Übertragung von Fernsehprogrammen aus Sicht der Marktgegenseite, das heisst den Konsumenten, austauschbar sind.

II.1.1.a Drahtlos terrestrische Verbreitung von Fernsehprogrammen

17. Nach Auffassung der Weko ist die drahtlos terrestrische Verbreitung aus folgenden Gründen nicht mit der Verbreitung über das Kabelnetz substituierbar:

18. Vorab ist bei dieser Übertragungsform zwischen der analog drahtlos terrestrischen und der digital drahtlos terrestrischen Verbreitung zu unterscheiden.

19. **Analog drahtlos terrestrisch** sind nur vereinzelte Sender (durchschnittlich 4 im Gegensatz zu rund 50 beim Kabelempfang) zu empfangen. Hinzu kommt, dass diese in einer mit dem Kabelnetz nicht vergleichbaren, schlechteren orts- und wetterabhängigen Qualität angeliefert werden, so dass kaum Haushalte in der Schweiz auf diesem Weg Fernsehprogramme konsumieren. Die analog drahtlos terrestrische Verbreitung ist deshalb aufgrund der Unterschiede zur Kabelverbreitung hinsichtlich Anzahl empfangbarer Programme, der Qualität des Empfangs und der geringen Verbreitung nicht als Substitut zur Kabelverbreitung zu qualifizieren (vgl. www.broadcast.ch/homepage/html/broadcast_deut.htm). Zudem soll mit Einführung der digital terrestrischen Verbreitung die analoge Verbreitung eingestellt werden, so dass diese mittelfristig als "Auslaufmodell" gilt.

20. Die **digital drahtlos terrestrische** Verbreitung kann ebenfalls kein Substitut zur Verbreitung über Kabelnetz darstellen: In der Schweiz sind erst zwei DVB-T-Netze in Betrieb: Ein privates Weiterverbreitungsnetz im Wallis, das den Empfang von 37 Fernseh- und 31 Radioprogrammen erlaubt sowie ein Testnetz der SRG im Engadin, mit dem vier TV-Programme verbreitet werden. An eine vollständige Abdeckung der Schweiz mit DVB-T-Signalen ist jedoch gemäss Ausführungen des Bakom nach wie vor vorläufig nicht zu denken (vgl. www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dvb_t/). Nach Angaben der SRG soll eine erste landesweite digitale Senderkette bis 2008 erstellt werden. Gemäss Swisscom soll DVB-T nach gegenwärtigem Fahrplan bis 2009 rundum auf Sendung sein (vgl. www.swisscom.com/sbc/content/geschfe/dvbt/index_DE.html). Bis also mittels DVB-T Technologie eine ähnliche Anzahl an Sendern wie bei der Kabelverbreitung landesweit empfangbar ist, dürfte es noch geraume Zeit in Anspruch nehmen, so dass auch die digital terrestrische Verbreitung vorläufig bereits aus zeitlichen Gründen kein Substitut zur Übertragung über Kabelnetz darstellen kann (vgl. www.srg.ch/de/tv/reception/de_dvb.html).

21. Diese Auffassung wurde im Bundesgerichtsentscheid vom 14. Juni 2004 i.S. ACTV SA bestätigt, wobei das Bundesgericht zum konventionellen terrestrischen Empfang ausführte, dieser stelle aufgrund des eingeschränkteren Programmangebots offensichtlich kein vergleichbares Angebot dar (Erw. 5.6). Zum digital terrestrischen Empfang hat das Bundesgericht in Erw. 5.6 ausgeführt, die Vorinstanzen hätten zu Recht laufende oder künftige technische Entwicklungen nicht einbezogen. Der relevante Markt habe auch eine zeitliche Komponente, das heisst die meisten Konsumenten würden in der Regel Produkte, die erst in Entwicklung oder Einführung sind, nicht als Substitute für eingeführte und bewährte Produkte betrachten, jedenfalls nicht bei Produkten, die zum aktuellen Konsum bestimmt seien.

II.1.1.b Verbreitung von Fernsehprogrammen über Satellit

22. Die Weko hat sich in einer konstanten, von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) und dem Bundesgericht bestätigten Praxis auf den Standpunkt gestellt, dass die Verbreitung von Fernsehprogrammen über Satelliten kein Substitut zum Empfang über das Kabelnetz darstellt (vgl. z.B. RPW 2002/4, S. 574, RPW 2003/2, S. 426, RPW 1999/2, S. 210, RPW 1999/4, S. 640 sowie drei weitere unveröffentlichte Gutachten zuhanden des Preisüberwachers). Diese Praxis wurde letztmals im Bundesgerichtsentscheid vom 14. Juni 2004 in Sachen ACTV SA mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003 in Sachen Cablecom gegen Teleclub bestätigt (Erw. 5.7).

23. Nach Auffassung der Weko ist die Verbreitung über Satelliten aus folgenden Gründen nicht mit der Kabelverbreitung substituierbar:

24. Je nach Lage der Liegenschaft ist der Satelliten-Empfang technisch unmöglich oder stark eingeschränkt: So muss der Parabolspiegel zwingend nach Süden ausgerichtet sein, und es dürfen weder Bäume noch ein Dachvorsprung oder andere Bauten oder natürliche Hindernisse die Sicht beeinträchtigen. Dies erfordert, dass bei Mietwohnungen ohne Balkon mit Südausrichtung der Parabolspiegel auf dem Dach oder an der südlichen Aussenwand der Liegenschaft befestigt werden muss. Dazu ist gemäss Artikel 260a Obligationenrecht (OR) das Einverständnis der Hauseigentümerschaft einzuholen, so dass neben den technischen auch mietrechtliche Hindernisse bestehen. Zum Teil bestehen überdies mietvertragliche Beschränkungen für die Nutzung von Satellitenempfang. Auf dem Balkon bildet der Parabolspiegel ein Hindernis und auch ästhetische Gründe können möglicherweise gegen die Installation sprechen. Gestützt auf Artikel 53 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG; SR 784.40) können Kantone in bestimmten Gebieten das Errichten von Aussenantennen verbieten, wenn dies für den Schutz bedeutender Orts- und Landschaftsbilder, von geschichtlichen Stätten oder von Natur- und Kunstdenkmälern notwendig ist. Zu den mietrechtlichen Einschränkungen treten demnach auch baurechtliche hinzu.

25. Während der Kabelnetzanschluss in über 90% der Haushalte bereits besteht, muss ein Fernsehkonsument, der auf den Satellitenempfang wechseln will, verschiedene Vorkehren treffen: Der Wechsel vom Kabel- auf den Satellitenempfang erfordert zudem den Kauf eines Parabolspiegels, einer Set-Top-Box und Kabel und die Installation der entsprechenden Infrastruktur. Der Parabolspiegel muss von Zeit zu Zeit neu ausgerichtet, gewartet und gereinigt werden. Frequenzänderungen oder Veränderungen der Kanalbelegungen müssen selbst vorgenommen werden. Schliesslich erfordert der Empfang der

sieben SRG-Programme über Satellit eine Sat-Access-Karte (vgl. www.broadcast.ch/homepage/html/broadcast_deut.htm). Darüber hinaus trägt der Konsument die Risiken einer Neuanschaffung, wenn die Anlage aufgrund technischen Fortschritts überholt ist. Möglicherweise sind es die gegenüber dem Kabelempfang erschwerte Installation und Wartung, die (gerade bei Mietern) dazu führen, dass der Kabelempfang trotz höherer Kosten als der Satellitenempfang gemäss Cablecom bei 84% der angeschlossenen Haushalte tatsächlich auch abonniert ist. Diese Auffassung wurde auch vom Bundesgericht im Entscheid in Sachen ACTV SA vom 14. Juni 2004 vertreten, indem es in Erw. 5.7.4 ausführte, der durchschnittliche Konsument dürftte einen möglichst unkomplizierten und verlässlichen Empfang wünschen und erachte eine Lösung, die von ihm technische Massnahmen oder Kenntnisse verlange, kaum als vergleichbar. Da es sich beim Fernsehempfang um ein Produkt handle, welches von einem Grossteil der Bevölkerung ohne spezielle technische Kenntnisse konsumiert werde, sei dabei auf die Sicht dieser durchschnittlichen Kundschaft abzustellen.

26. Dementsprechend weist der um die Schweiz erweiterte Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union, S. 117, für die Schweiz im Jahr 2003 eine Satelliten-Penetration von 9,9% an allen Schweizer TV-Haushalten aus (vgl. Bakom, Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich, um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union).

27. Das Bundesgericht stützte diese Auffassung in seinem Urteil vom 5. September 2003 in Sachen Cablecom gegen Teleclub mit der (provisorischen) Begründung, eine Alternative zum Kabelempfang dürftte zurzeit nicht bestehen. Dass die Konsumenten auf Satellitenempfang umsteigen würden, sei wegen der damit verbundenen Umrüstkosten- und -schwierigkeiten kaum zu erwarten. Die Möglichkeit der Übertragung von Fernsehsignalen über Satellit dürftte keine ernsthafte Alternative für die Verbreitung von digitalen Pay-TV-Programmen bilden (vgl. Erw. 4.2.2). Diese Auffassung wurde im Entscheid des Bundesgericht vom 14. Juni 2004 in Sachen ACTV SA bestätigt.

II.1.1.c Verbreitung von Fernsehprogrammen über das Telefonkabel

28. Die Swisscom Tochter Bluewin prüft gegenwärtig eine neue Generation von Fernsehen über ADSL. In Zusammenarbeit mit Microsoft bringt Bluewin via Telefonleitung in einem ersten Schritt 25 TV-Kanäle in über 600 Haushalte. Das Angebot beinhaltet zusätzlich fünf Pay-TV-Kanäle, Mietvideos und einen integrierten Videorekorder. Mit der Ausstrahlung des TV-Programmes über alternative Netze werden unter anderem die Bedürfnisse des Schweizer Marktes und Unterscheidungsmerkmale zu bestehenden Fernsehangeboten evaluiert. Nach Abschluss der rund vier Monate dauernden Tests beginnen

die Arbeiten für die Markteinführung von Bluewin TV im 2005 (vgl. www.bluewinag.com/cont/pm/040824_d.html).

29. Gemäss Mediengespräch Bluewin TV vom 24. August 2004 (vgl. www.bluewinag.com/cont/pm/pdf/Triple_Play_Mediengespraech_dt.pdf) besteht die Strategie der Swisscom darin, ein kunden-/segmentspezifisches Triple-Play-Angebot inklusive TV unter Einbindung von Mobile-Services zu unterbreiten, wobei für die Infrastruktur ein zeitlich gestaffelter Ausbau vorgesehen ist.

30. Heute ist deshalb noch nicht absehbar, in welchem Zeitpunkt das TV-Angebot von Swisscom tatsächlich *flächendeckend* eingeführt wird. Zudem wird erst der Abschluss des laufenden Markttestes zeigen, wie das Angebot konkret ausgestaltet sein wird, was wiederum für die Beurteilung der Nähe der Substitutionsbeziehung ausschlaggebend sein wird: So ist heute noch unklar, ob nur ein Breitbandanschluss via ADSL Voraussetzung zum Empfang sein wird oder ob ein ADSL-Abonnement gelöst werden muss (vgl. dazu den Artikel "Swisscom testet das digitale Fernsehen" in: "Der Bund" vom 25.8.2004, S. 25).

31. Weiter muss beachtet werden, dass das Telefonkabel keine analogen Fernsehsignale übertragen kann, sondern nur digitale, weshalb es zwingend einer Set-Top-Box bedarf, damit die heutigen Fernsehgeräte die Signale entschlüsseln können. Es stellt sich daher für die Beurteilung der Substitutionsbeziehung die Frage, ob die für den Empfang der digitalen Fernsehsignale notwendige Set-Top-Box separat zum TV-Abonnement bezahlt werden muss, oder ob die Box von Swisscom gratis zur Verfügung gestellt wird. Ersteres spricht gegen eine nahe Substitutionsbeziehung, weil heute noch immer sehr wenige Schweizer Fernsehkonsumenten digitales Fernsehen empfangen. Für das Jahr 2003 waren es 6,3% der Fernsehkonsumenten, die am Kabelnetz angeschlossen sind (vgl. Bakom, Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich, um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union, S. 118).

32. Schliesslich ist zu beachten, dass Kritiker befürchten, dass die von Swisscom geplante Lösung nicht halten könnte, was sie verspricht. So werden namentlich Zweifel an der Vergleichbarkeit mit dem konventionellen Fernsehen hinsichtlich Bildqualität laut (vgl. Artikel "Tücken des Internet-TV" in: "Handelszeitung" vom 15.9.2004).

33. In Bezug auf den digital terrestrischen Empfang oder weitere Entwicklungen hat das Bundesgericht in Erw. 5.6 des Entscheides in Sachen ACTV SA vom 14. Juni 2004 ausgeführt, die Vorinstanzen hätten zu Recht laufende oder künftige technische Entwicklungen nicht einbezogen. Der relevante Markt habe auch eine zeitliche Komponente, das heisst die meisten Konsumenten würden in der Regel Produkte, die erst in Entwicklung oder Einführung sind, nicht als Substi-

tute für eingeführte und bewährte Produkte betrachten, jedenfalls nicht bei Produkten, die zum aktuellen Konsum bestimmt seien. Dies hat auch für die allfällige Einführung des sich derzeit noch im Markttest befindlichen geplanten Angebot der Swisscom zu gelten.

34. Gestützt auf diese zeitlichen sowie inhaltlichen Unklarheiten in Bezug auf das Projekt von Swisscom kann im heutigen Zeitpunkt der Begutachtung die Verbreitung von Fernsehprogrammen über das Telefonkabel nicht als Substitut zur Verbreitung über das Kabelnetz gelten. Selbstverständlich ist der geplante Markteintritt von Swisscom hingegen nachfolgend im Rahmen der potenziellen Konkurrenz zu würdigen.

II.1.1.d Andere Arten der Verbreitung von Fernsehprogrammen

35. Wie bereits das Bundesgericht in Erw. 5.6 des Entscheids in Sachen ACTV SA vom 14. Juni 2004 ausgeführt hat, kommen Angebote wie **feste Träger** (CD-Rom, DVD) als gleichwertige Alternativen zur Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabelnetz nicht in Frage, da sie mit einem herkömmlichen Fernsehempfang nicht vergleichbar sind und nicht die gleichen Informations- beziehungsweise Unterhaltungsquellen erschliessen.

36. **Kino** scheidet als Substitut zur Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabelnetz aus denselben Gründen ohne weiteres aus.

37. **Drahtlose Breitband-Technologien wie UMTS, W-LAN, WLL und Powerline Communications Technologie (PLC) sowie Streaming Angebote über Internet** können aufgrund der qualitativen und geräteseitigen Eigenschaften ebenso wenig als gleichwertige Alternativen zur Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabelnetz in Frage kommen, da sie mit einem herkömmlichen Fernsehempfang nicht vergleichbar sind und nicht die gleichen Informationsbeziehungsweise Unterhaltungsquellen erschliessen (vgl. dazu Erw. 5.6 des Bundesgerichtsentscheids i.S. ACTV SA vom 14.6.2004): Die drahtlosen Breitband Technologien sind insbesondere darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte (insbesondere Mobiltelefone) einen Breitbandzugriff zu ermöglichen:

38. UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) ist ein leistungsfähiges digitales Mobilfunksystem der dritten Generation (3G), das im Vergleich zu GSM höhere Übertragungsraten erlaubt und die Nutzung von gewissen Breitbanddiensten zulässt. UMTS ist darauf ausgerichtet, via mobile Endgeräte (insbesondere Mobiltelefone) einen Breitbandzugriff zu ermöglichen.

39. Bei WLAN (Wireless Local Area Network) handelt es sich um drahtlose lokale Netzwerke, die einen breitbandigen Zugang für mobile Endgeräte (z.B. Laptops) erlauben. WLAN ist punktuell an häufig frequentierten Stellen wie Bahnhöfen, Hotels oder Flughäfen erhältlich (sog. Hotspots). WLAN ist von der Reichweite her begrenzt

und nur punktuell verfügbar. In vielen Fällen beruht zudem der Anschluss der Sendeeinrichtung auf einer drahtgebunden Technologie (z.B. xDSL oder CATV).

40. Mittels WLL (Wireless Local Loop) können von einer Vermittlungszentrale Funkverbindungen zu mehreren Teilnehmeranlagen (Point-to-Multipoint) erstellt werden. Bisher hat sich WLL in der Schweiz aus verschiedenen Gründen nicht durchgesetzt. Eine Studie kommt zum Schluss, dass WLL, welches in der Schweiz nur von sehr wenigen Anbietern vermarktet wird, keine aktuelle und keine erkennbare künftige Marktrelevanz hat (Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich, Studie im Auftrag des Bakom, WIK Consult, 30.4.2001, korrigierte Fassung vom 24.2.2003, S. 51).

41. Die Powerline Communications Technologie (PLC) bezweckt die Nutzung des Stromnetzes für Daten- und Sprachkommunikation. Powerline eignet sich insbesondere für den Internetzugang, für Telefonie, Gebäudeautomation, Sicherheitstechnik, Personenbetreuung und Spezialdienste von Energieversorgern, kann heute aber nicht zur Übertragung von Fernsehinhalten verwendet werden. Zudem existieren gemäss Amtlicher Fernmeldestatistik 2002, Bakom, Biel, 19. Juli 2004, S. 18, in der Schweiz 1'329 PLC-Anschlüsse. Diese Technologie hat sich auf dem Markt nicht durchgesetzt (vgl. dazu auch www.ascom.ch/ecore/WebObjects/ecore.woa/de/showNode/siteNodeID_50177_contentID_134953_languageID_30.html).

42. Streaming Angebote über Internet ermöglichen den Konsum von TV-Kanälen oder Filmen über PC im Abonnement. Dass diese Angebote mit einem herkömmlichen Fernsehempfang nicht vergleichbar sind, zeigt namentlich auch die Tatsache, dass die Swisscom-Tochter Bluewin, welche bereits seit einiger Zeit solche Streaming Angebote über Internet ermöglicht (vgl. www.stream-it.buewin.ch) mit einer neuen Generation von Fernsehen über ADSL (d.h. über das konventionelle Fernsehgerät unter Anschluss einer Set-Top-Box) in den Markt einsteigen möchte (vgl. Ziff. 28 ff. hievore).

II.1.1.e Veränderung des sachlich relevanten Marktes für die Zukunft?

43. Sollten künftig Fernsehprogramme in vergleichbarer Qualität und in ähnlichen Preissegmenten über verschiedene Infrastrukturen bezogen werden können, stellt sich die Frage, ob der sachlich relevante Markt nicht mehr nur die Verbreitung dieser Produkte über das Kabelnetz, sondern auch über weitere Infrastrukturen, zum Beispiel Telefonkabel, umfassen wird. Die gegenwärtige Entwicklung deutet in diese Richtung.

44. Sollte die Entwicklung noch weitergehen, indem nicht mehr die Verbreitung der einzelnen Anwendungen nachgefragt werden sollte,

sondern jeweils ein Bündel von verschiedenen Anwendungen wie Telefonie, Internet, Fernsehen und Radio aus einer Hand, das heisst über eine einzige Infrastruktur, stellt sich möglicherweise auch die Frage nach einer anderen sachlichen Marktabgrenzung, wovon jedoch nach heutiger Auffassung der Weko aufgrund der Verschiedenheit der Anwendungen nicht auszugehen ist. Nach heutiger Auffassung der Weko werden solche Angebote aus einer Hand (sog. "Triple Play") eher auf deren Auswirkung auf die Marktstellung von Infrastrukturanbietern zu überprüfen sein.

45. Die Schwierigkeit der vorliegenden Begutachtung liegt darin, dass diese als Grundlage für eine allfällige Intervention des Preisüberwachers dienen soll, welche ihre Wirkungen erst ab 2005 entfalten wird und noch unklar ist, ob mit dem neu geplanten Fernsehen über Telefonkabel von Swisscom überhaupt ein Substitut zur Kabelverbreitung von Fernsehprogrammen vorhanden sein wird.

46. Nach Auffassung der Weko ist nach der allfälligen flächendeckenden Einführung eines TV-Angebotes durch Swisscom eine disziplinierende Wirkung auf Cablecom als wahrscheinlich zu qualifizieren, weshalb diesfalls eine Neubeurteilung vorzunehmen wäre.

II.1.3 Markt für die Verbreitung von Radioprogrammen

47. In Bezug auf die Verbreitung von Radioprogrammen erscheint die Substituierbarkeit zwischen der Kabelverbreitung und der Übertragung über Satellit oder der drahtlos terrestrischen Verbreitung grösser als beim Fernsehen.

48. Angesichts der Tatsache, dass das zur Diskussion stehende Basisangebot ein kombiniertes Radio- und Fernseh-Angebot ist, während der blosser Radioempfang als separates Abonnement erhältlich ist, erübrigt sich die eingehende Prüfung des Radiomarktes, da das Basisangebot in erster Linie zum Zweck des Fernsehkonsums abonniert wird.

II.1.4 Ergebnis sachlich relevanter Markt

49. Aufgrund oben stehender Erwägungen folgt, dass der sachlich relevante Markt im heutigen Zeitpunkt und in naher Zukunft nach wie vor die Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabelnetze umfasst.

b) Räumlich relevanter Markt

50. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Es stellt sich somit die Frage, wo die Endverbraucher (Radio- und Fernsehprogramme über das Kabelnetz empfangen.

51. Mindestens im heutigen Zeitpunkt wird das Fernsehangebot über Kabelnetze am Wohnort der Fernsehzuschauer nachgefragt. Da

die lokalen Kabelnetzbetreiber über Gebietsmonopole verfügen, erstreckt sich der räumlich relevante Markt jeweils auf das Gebiet, welches ein Kabelnetzbetreiber abdeckt. Im vorliegenden Fall betrifft dies das von Cablecom abgedeckte Gebiet innerhalb der Schweiz.

III. Marktstellung von Cablecom

III.1 Marktmacht als Voraussetzung für die Zuständigkeit des Preisüberwachers

52. Eine Unterstellung von Cablecom unter das Preisüberwachungsgesetz (PüG) setzt voraus, dass Cablecom auf dem relevanten Markt über Marktmacht im Sinne von Artikel 2 PüG verfügt.

53. Die Prüfung der Marktstellung hat dabei die aktuelle und die potenzielle Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite zu berücksichtigen.

III.2 Die aktuelle Konkurrenz

54. Wie bereits bei den Ausführungen zur Marktabgrenzung erwähnt, ist für das Produkt "Basisangebot Radio- und TV-Programme" als sachlich relevanter Markt der Markt für die Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabelnetze und nicht der Markt für Anschlüsse zum Bezug breitbandiger Inhalte zu betrachten. Würde letzterer auf das Basisangebot der Cablecom angewendet, so hätte Cablecom nach eigenen Angaben lediglich einen Marktanteil von 35% und wiese somit wahrscheinlich keine marktbeherrschende Stellung auf.

55. Aus verschiedenen Quellen ergibt sich, dass sich der Marktanteil von Cablecom auf ungefähr 50% beläuft: Nach Angaben der NZZ, die als Datenquelle das Bundesamt für Kommunikation angibt, hält Cablecom einen Marktanteil von 52% (vgl. www.nzz.ch/dossiers/telekommunikation/nzz991007hugentobler.html). Acht kleinere Netzverbände erreichen weitere 14% des Gesamtmarktes, was einer Kundenzahl zwischen 20'000 und 100'000 gleichkommt. Die restlichen 34% verteilen sich auf die übrigen 260 Kabelnetzunternehmen, von denen die meisten weniger als 1'000 Kunden bedienen.

56. In der Schweiz verfügen 3,2 Mio. Haushalte über einen Kabelanschluss. Dies sind 94% der Schweizer Fernsehkunden. Davon deckt die Cablecom mit ihren 1,5 Millionen Kundinnen und Kunden über ihr eigenes Netz etwa 50% ab. Auf dem räumlich relevanten Markt, auf dem Cablecom tätig ist, verfügt diese über einen Anteil auf dem Kabelfernsehmarkt von 100%, das heisst über ein lokales Monopol (vgl. <http://www.cablecom.ch/wirueberuns-ir/ourmarkets-ir.htm>).

57. In RPW 2002/4, Seite 575 f., hat die Weko mit Verweis auf den Jahresbericht 2001 von Swisscable dargestellt, dass Cablecom bereits im Jahr 2000 über eine Marktabdeckung von 46% aller Kabelfernsehanschlüsse verfügte. Diese hat sich also bis zum gegenwärtigen

Zeitpunkt weiter vergrössert und bringt die Stärke bei der Marktanteilsentwicklung der Cablecom im Kabelfernsehnetz zum Ausdruck.

III.3 Die potenzielle Konkurrenz

58. Die aktuell fehlende Konkurrenz verlangt eine Analyse der potenziellen Konkurrenz, um festzustellen, inwieweit die im Markt befindliche Cablecom durch potenzielle Konkurrenten in ihren Verhaltensspielräumen eingeschränkt werden könnte.

59. Das Ein- und das Austreten in den sachlich relevanten Markt wird durch zunehmende Skalenerträge (d.h. sinkende Durchschnittskosten mit zunehmender Produktionsmenge) und "sunk costs"¹ beim Aufbau eines konkurrenzfähigen Kabelfernsehnetzes erschwert. Die Drohung potenzieller Konkurrenten ohne eigenes Netz, kurzfristig ebenfalls ein solches zu errichten, ist deshalb wenig glaubwürdig.

60. Mit dem angekündigten Markteintritt der Swisscom in das Fernsehgeschäft im Jahr 2005 stellt sich die Frage, inwieweit Swisscom als potenzielle Konkurrentin der Cablecom ernst zu nehmen ist.

61. Aufgrund der zunehmenden Austauschbarkeit verschiedener Netzinfrastrukturen hat sich die Swisscom als Ziel gesetzt, ihren Kunden zukünftig Telefon, Breitband-Internet und Fernsehen gebündelt anzubieten (sog. "Triple Play"-Angebot). Das Senden von Fernsehsignalen erfolgt dabei über die Telefon-Kupferader und eine schnelle DSL-Verbindung (Digital Subscriber Line).

62. Bei der gegenwärtigen Veränderung des relevanten Marktes kann der geplante Markteintritt der Swisscom ins TV-Geschäft als wichtiger Schritt in der Entwicklung des Marktes betrachtet werden, namentlich weil die Swisscom analog zur Cablecom auf bestehende Netzinfrastrukturen zurückgreifen kann und ihre Marktaustrittskosten im Falle eines Misserfolges im TV-Geschäft als durchaus tragbar zu beurteilen sind, insbesondere aufgrund der gesunden Finanzen der Swisscom.

63. Die Swisscom prüft ihre Erfolgchancen auf dem TV-Markt gegenwärtig mit einem Markttest. Deshalb ist ihr Markteintritt noch mit vielen Unsicherheiten verbunden (vgl. Ziff. 28 ff.). Zweifel bestehen zudem noch bezüglich der Bildqualität (vgl. Ziff. 32 mit Verweis auf Beilage 2) und der Anschlusskonditionen (vgl. Ziff. 30 f.). Kurzfristig werden deshalb die Fernsehkonsumenten ohne wesentlichen Mehraufwand kaum auf andere vergleichbare Angebote ausweichen können.

¹ "Sunk costs" sind die Kosten, die bei Aufnahme der Markttätigkeit anfallen und die beim Verlassen des Marktes nicht wieder rückgängig gemacht werden können.

64. Gegenwärtig erfolgt die Übertragung von Fernsehprogrammen über Kabelnetze noch immer grösstenteils analog und nicht digital. Auch gemäss dem um die Schweiz erweiterten Auszug aus dem 9. Implementierungsbericht der Europäischen Union, Seite 118, haben im Jahr 2003 erst 6,3% der Haushalte mit Kabelfernsehanschluss das digitale Programmangebot verwendet. Zwar ist das Swisscom-Netz zur Verbreitung analoger Signale technisch nicht geeignet, doch könnte dieser Wettbewerbsnachteil behoben werden, wenn die Swisscom ihren TV-Kunden eine Set-Top-Box günstig oder sogar gratis zur Verfügung stellen würde.

65. Mit der rasanten Penetration der bereits heute weit verbreiteten ADSL-Anschlüsse,² die für das TV-Angebot der Swisscom notwendig sind, dürfte das Fernsehen über diesen Weg in absehbarer Zeit wahrscheinlich als Substitut zum Kabelfernsehen zu betrachten sein. Der Konkurrenzdruck der Swisscom wird demnach wesentlich von der konkreten Ausgestaltung von deren TV-Angebot bestimmt (vgl. dazu Ziff. 40 hievor).

66. Fazit: Swisscom ist als potenzielle Konkurrentin ernst zu nehmen. Da aber der Markteintritt als solcher und die disziplinierende Wirkung des allenfalls übertragenen Fernsehangebots nicht feststeht, dürfte die disziplinierende Wirkung zurzeit nicht ausreichend stark sein.

67. Keine potenzielle Konkurrenz stellt hingegen noch die DVB-T-Technologie dar, da diese erst im Aufbau begriffen ist und erst in ein paar Jahren die Schweiz flächendeckend beliefern kann (vgl. Ziff. 21 hievor).

III.4 Die Marktgegenseite

68. Da weder die aktuelle noch die potenzielle Konkurrenz aufgrund der bisherigen Erläuterungen ausreichen, den Verhaltensspielraum der Cablecom in der Preisfestlegung massgeblich zu beschränken, ist es angebracht, die Stellung der Marktgegenseite (Hausverwaltungen/Liegenschaften) zu analysieren, um die Verhandlungsmacht allfälliger Abnehmer zu ermitteln.

69. Im Versorgungsgebiet der Cablecom sind nach deren eigenen Angaben [...] Liegenschaften angeschlossen, was an der Gesamtzahl der Liegenschaften im Versorgungsgebiet der Cablecom von [...] einem prozentualen Anteil von [>50]% entspricht.

² Gemäss 9. Implementierungsbericht der EU (S. 7) gab es Ende 2003 in der Schweiz 487'000 ADSL-Kunden, wovon 274'000 (56% des ADSL-Marktes) auf Bluewin, der Tochtergesellschaft der Swisscom, entfielen. Die Anzahl Kabelmodemanschlüsse betrug Ende 2003 fast 350'000, wovon 200'000 (57% des Kabelmarktes) die Cablecom kontrollierte.

70. Auch wenn sich einzelne Hausverwaltungen entschliessen, selber Satellitenempfangsanlagen zu installieren, wird dadurch auch gemäss Bundesgericht kein genügend starker Gegendruck auf die Cablecom zur Änderung ihrer Preispolitik ausgeübt (vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 14.6.2004 in Sachen ACTV SA, S. 7 [2A.306/2003]). Für eine spürbare disziplinierende Wirkung auf die Cablecom müsste eine grössere Zahl von Hausverwaltungen im Versorgungsgebiet der Cablecom den Wechsel vom Kabel- zum Satellitenempfang vornehmen.

71. Die Bildung einer starken Verhandlungsmacht wird aber durch die heterogene Struktur der Hausverwaltungen erschwert.

72. Das Interesse der Liegenschaften, eine wirkungsvolle Gegenmacht gegenüber der Cablecom zu sein, wird durch die Möglichkeit der Liegenschaftsverwaltungen, Preiserhöhungen der Cablecom auf die Mieter zu überwälzen, reduziert.

III.5 Ergebnis

73. Aufgrund der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs und der Analyse der Marktgegenseite ergibt sich, dass Cablecom auf dem relevanten Markt gegenwärtig noch eine marktmächtige Stellung besitzt. Angesichts der potenziellen Konkurrenz der Swisscom dürfte sich diese jedoch in absehbarer Zeit ändern, was eine stetige Beobachtung der betroffenen Märkte notwendig macht.

IV. Wirksamer Wettbewerb

74. Preismissbrauch im Sinne des PüG kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (Art. 12 Abs. 1 PüG). Wettbewerb soll die in einem Markt handelnden Unternehmen zwingen oder anspornen, das Preis-/Leistungsverhältnis zu verbessern und zu diesem Zweck den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Wirksamer Wettbewerb besteht, wenn diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört sind (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, S. 44 ff.). Von wirksamem Wettbewerb kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PüG).

75. Es bleibt somit zu prüfen, ob der von Cablecom erhobene Preis für das Basisangebot, das den Anschluss an das Kabelnetz beinhaltet und den Empfang von analogen und digitalen Radio- und Fernsehprogrammen ermöglicht, das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs ist und das PüG somit im konkreten Fall zur Anwendung kommt.

76. Swisscom führt gegenwärtig einen Markttest durch, mit welchem geprüft werden soll, ob und in welcher Art mit der Verbreitung von Fernsehprogrammen über das Telefonnetz in den Markt eingetreten wird. Immerhin ist nicht ausser Acht zu lassen, dass mit Swisscom ein finanziell starker Akteur mit einer Cablecom ebenbürtigen Netzinfrastruktur den Marktzutritt angekündigt hat.

77. Gegenwärtig ist jedoch der allfällige Marktzutritt von Swisscom wie bereits ausgeführt (vgl. Ziff. 28 ff. hievor) mit zu vielen Unklarheiten behaftet, als dass kurzfristig die Fernsehkonsumenten die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PüG).

78. Dieselbe Argumentation gilt auch für die allfällige zukünftige disziplinierende Wirkung durch die digital drahtlos terrestrische Verbreitung von Fernsehhalten. Gemäss Bakom ist an eine vollständige Abdeckung der Schweiz mit DVB-T-Signalen nach wie vor nicht zu denken (vgl. Ziff. 20 f. hievor mit den entsprechenden Hinweisen). Demnach haben die Fernsehkonsumenten auch nicht kurzfristig ohne erheblichen Aufwand die Möglichkeit, auf die digital drahtlos terrestrische Verbreitung auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PüG).

79. Deshalb ist im heutigen Zeitpunkt nach wie vor davon auszugehen, dass sich Cablecom noch immer als Monopolist auf dem relevanten Markt bewegt, und somit der von Cablecom erhobene Preis für das Basisangebot, das den Anschluss an das Kabelnetz beinhaltet und den Empfang von analogen und digitalen Radio- und Fernsehprogrammen ermöglicht, nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs ist.

80. Die Weko legt jedoch Wert auf die Feststellung, dass der Markt in schneller Entwicklung begriffen ist, weshalb die stetige Beobachtung der Marktentwicklung und eine Überprüfung der vorliegenden Beurteilung in absehbarer Zeit erforderlich ist.

81. Die Weko empfiehlt deshalb, eine allfällige Intervention des Preisüberwachers angesichts der angeführten Gründe, insbesondere der Dynamik des Marktes sowie der für Swisscom tiefen Marktzutrittschranken angemessen zu befristen.

C. Ergebnis

82. Zu den vom Preisüberwacher gestellten Fragen nimmt die Weko wie folgt Stellung:

- Cablecom verfügt im Bereich des Marktes für die Verbreitung von Fernsehsignalen über Kabelnetz über Marktmacht im Sinne von Artikel 2 PüG.
 - Die Preise von Cablecom für das Basisangebot "Radio und Fernsehen" sind gegenwärtig nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs.
-

E 2	5. <i>Festsetzung und Genehmigung von Tarifen im Bereich der Versicherung "allgemein ganze Schweiz"</i>
-----	--

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 27. September 2004 gemäss Artikel 47 Kartellgesetz für das Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau zur Frage der Festsetzung und Genehmigung von Tarifen im Bereich der Versicherung "allgemein ganze Schweiz"

A. Ausgangslage

Mit Schreiben vom 9. Juni 2004 wurde die Wettbewerbskommission vom Gesundheitsdepartement des Kantons Aargau angefragt, ob die Kantonsregierung des Kantons Aargau neben den Grundversicherungstaxen nach KVG auch bei der Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz" Festsetzungen und Genehmigungen vornehmen soll. Die Wettbewerbskommission hat zu der aufgeworfenen Frage im Rahmen eines Gutachtens gemäss Artikel 47 KG wie folgt Stellung genommen:

B. Anwendbare Bestimmungen des KVG

1. Eine der im vorliegenden Fall zentralen Bestimmungen des KVG ist in Artikel 41 Absatz 1 formuliert:

"Die Versicherten können unter den zugelassenen Leistungserbringern, die für die Behandlung ihrer Krankheit geeignet sind, frei wählen."

Das KVG gewährt dem Versicherten das Recht, die im KVG vorgesehenen Pflichtleistungen in der ganzen Schweiz bei einem geeigneten und zugelassenen Leistungserbringer seiner Wahl zu beziehen (Wahlfreiheit).

2. Die Vergütung der Pflichtleistungen wird durch das KVG stark reguliert. Artikel 44 KVG schreibt vor, dass sich die Leistungserbringer an die vertraglich oder behördlich festgelegten Tarife und Preise halten müssen und für Leistungen nach KVG keine weiter gehenden Vergütungen berechnen dürfen (**Tarifschutz**).

3. In Zusammenhang mit dem Tarifschutz trifft das KVG Unterscheidungen, welche zwar zur Klärung der Frage der Kostenübernahme wichtig sind, welche aber keinerlei Einfluss auf die Frage der Anwendbarkeit des KVG haben.

4. Zunächst ist nach dem Ort der Behandlung zu unterscheiden. Im stationären und teilstationären Bereich ist massgebend, ob die Behandlung im Wohnkanton erfolgt oder nicht:¹

- a) Entscheidet sich der Versicherte für einen Leistungserbringer im Wohnkanton, so werden sämtliche Kosten durch seine Obligatorische Krankenpflegeversicherung (OKP) übernommen.
- b) Entscheidet sich der Versicherte für einen auswärtigen Leistungserbringer, so werden ihm von der OKP diejenigen Kosten vergütet, welche bei einer Behandlung in seinem Wohnkanton angefallen wären (Art. 41 Abs. 1 KVG). Ist die auswärtige Behandlung teurer als es eine Behandlung im Wohnkanton gewesen wäre, so entsteht eine **Kostendifferenz**.

5. Das KVG unterscheidet zwei Fälle, welche für die Tragung dieser Kostendifferenz entscheidend sind:

- a) Bestehen *medizinische Gründe* für die Wahl des auswärtigen Leistungserbringers (Medizinische Gründe liegen bei einem Notfall vor oder wenn die erforderlichen Leistungen nur durch auswärtige Leistungserbringer angeboten werden), so muss der Versicherte die Kostendifferenz nicht selber tragen. Beansprucht er in einem solchen Fall ein ausserkantoniales öffentliches oder öffentlich subventioniertes Spital, so muss der Wohnkanton die Kostendifferenz übernehmen (Art. 41 Abs. 3 KVG).
- b) Bestehen für die Wahl des auswärtigen Leistungserbringers *keine medizinischen Gründe*, so hat der KVG-Versicherte die Differenz grundsätzlich selbst zu tragen (**Selbstzahler**).

6. Der Selbstzahler bewegt sich vollumfänglich im Bereich des KVG. Er hat für die Erbringung einer Pflichtleistung aufgrund seines Wahlrechts gemäss Artikel 41 KVG einen auswärtigen Leistungserbringer gewählt. Folgerichtig gewährt im das KVG einen Tarifschutz. Die Botschaft hält hiezu fest (Botschaft über die Revision des KVG vom 06.11.1991, Separatdruck, S. 76 f.): "**Der auswärtige Leistungserbringer darf aber immerhin keine höhere als die dem auswärtigen Tarif gemässe Vergütung verlangen. Es besteht also auch hier ein Tarifschutz für den Versicherten (vgl. Art. 38 in Verbindung mit Art. 39 und 40 Abs. 2).**"^{2,3}

¹ Bei der ambulanten Behandlung wird darauf abgestellt, ob diese am Wohn- oder Arbeitsort oder deren Umgebung erfolgt. Da sich die in Frage stehende Versicherung "allgemein ganze Schweiz" nicht auf den ambulanten Bereich bezieht, wird auf eine Darstellung der diesbezüglichen Bestimmungen verzichtet.

² Hervorhebung durch die Gutachterin.

³ Der Verweis betrifft die heutigen Art. 44 (Tarifschutz), 46 (Tarifvertrag) und 47 Abs. 2 KVG (Fehlen eines Tarifvertrages).

C. Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz"

7. Die meisten Versicherer bieten unter dem Begriff "allgemein ganze Schweiz" eine Spitalzusatzversicherung an. Lässt sich ein Patient ohne medizinische Indikation ausserhalb seines Wohnkantons hospitalisieren (potenzieller Selbstzahler), so übernimmt diese Zusatzversicherung die Kostendifferenz. Der Patient schliesst diese Versicherung ab, damit er die Kostendifferenz nicht selbst zahlen muss. Technisch gesehen übernimmt die Zusatzversicherung das Risiko, dass Spitalbehandlung gemäss KVG ausserhalb des Wohnkantons teurer zu stehen kommt als jene im Wohnkanton.

8. Die Tatsache, dass ein Patient eine Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz" abschliesst, führt nicht dazu, dass ihm kein Tarifschutz mehr zukommt. Der Leistungserbringer darf nicht eine höhere Vergütung verlangen, je nachdem ob ein Patient die Kostendifferenz selbst bezahlt oder ob dies eine Versicherung an seiner Stelle übernimmt.

9. Es handelt sich bei der Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz" also nicht um eine Versicherung, welche die freie Wahl des Leistungserbringers im Grundversicherungsbereich garantieren soll, da diese freie Wahl bereits im KVG enthalten ist.

C.1. Qualifikation der Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz"

10. Bei der kartellrechtlichen Analyse der Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz" muss eine grundlegende Unterscheidung getroffen werden zwischen: (1) dem Verhältnis zwischen Versicherung und Versichertem und (2) dem Verhältnis zwischen Versicherung und Leistungserbringer.

11. Das Verhältnis zwischen der Versicherung "allgemein ganze Schweiz" und dem Versicherten wird im KVG nicht geregelt. Es handelt sich dabei um eine Zusatzversicherung, die dem VVG unterliegt (Art. 12 Abs. 3 KVG).

12. Das VVG gehört zum Privatrecht und es gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien. Dieser Grundsatz gilt auch für die Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz": Sowohl Versicherung als auch Versicherter sind völlig frei, eine derartige Zusatzversicherung abzuschliessen. Weder besteht seitens des Versicherten hiefür ein Obligatorium, noch seitens des Versicherers eine Aufnahme-pflicht. Es bestehen auch keinerlei Einschränkungen bezüglich der Festsetzung der Prämien für eine solche Versicherung, das heisst die Prämien können durch den Versicherer frei gestaltet werden.

13. Anders ist das Verhältnis zwischen Versicherung und Leistungserbringer bezüglich der Festlegung der Höhe der Tarife zu beurteilen. Im Abschnitt A wurde dargestellt, dass die Inanspruchnahme von

KVG-Pflichtleistungen ausserhalb des Wohnkantons, gleichgültig ob medizinisch indiziert oder nicht, durch das KVG geregelt ist.

14. Zu diesem Ergebnis gelangt das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) in einem Entscheid vom 27. Dezember 2001 (K 92/2001). Das EVG hatte einen Fall zu beurteilen, in dem eine Patientin aus persönlichen Gründen für Geburt und nachfolgenden Spitalaufenthalt ein Spital ausserhalb ihres Wohnkantons gewählt hatte. Die Patientin verfügte über eine Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz". Strittig war die Höhe der Vergütung an das Spital. Die erste Instanz war auf den Fall nicht eingetreten, da die Streitigkeit nur Privatrecht betreffe (VVG). Das EVG hielt demgegenüber fest, dass die Position des Leistungserbringers durch das KVG bestimmt werde und insbesondere Fragen in Zusammenhang mit dem Tarifschutz nach diesem Gesetz zu beurteilen seien.

15. Nachfolgend wird deshalb noch näher dargestellt, wie der im KVG vorgesehene Tarifschutz für ausserkantonale Patienten ausgestaltet ist.

C.2. Tarifschutz für ausserkantonale Patienten

16. Im 4. Abschnitt des KVG "Tarife und Preise" gibt es eine einzige Bestimmung, welche direkt Bezug auf die auswärtige Behandlung nimmt. Artikel 47 Absatz 2 KVG lautet wie folgt:

"Besteht für die ambulante Behandlung der versicherten Person ausserhalb ihres Wohn- oder Arbeitsortes oder deren Umgebung oder für die stationäre oder teilstationäre Behandlung der versicherten Person ausserhalb ihres Wohnkantons kein Tarifvertrag, so setzt die Regierung des Kantons, in dem die ständige Einrichtung des Leistungserbringers liegt, den Tarif fest."

17. Um die Bedeutung dieses Absatzes zu klären, muss er der allgemein gültigen Regel in Artikel 47 Absatz 1 KVG gegenüber gestellt werden. Artikel 47 Absatz 1 KVG sieht folgendes vor:

"Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest."

18. In Artikel 47 Absatz 1 KVG ist die behördliche Festsetzung subsidiär zum verhandelten Tarifvertrag. Erst wenn kein Tarifvertrag zustande kommt, setzt die Kantonsregierung den Tarif fest.

19. Artikel 47 Absatz 2 KVG hat neben Artikel 47 Absatz 1 KVG für die Fälle eine eigenständige Bedeutung, in denen gar kein verhandelter Tarifvertrag möglich ist. Konkret ist dies beim Selbstzahler der Fall. Für den Selbstzahler kann der Tarifschutz nur dadurch erreicht werden, dass die Kantonsregierung einen "auswärtigen Tarif" festsetzt.

20. Ist ein Patient hingegen nicht Selbstzahler, sondern hat er eine Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz" abgeschlossen, so sollte die autonome Tariffestsetzung mittels Tarifverträgen zwischen der Versicherung und den Leistungserbringern den Regelfall darstellen. Das heisst, dass der durch die Kantonsregierung festgesetzte auswärtige Tarif nur dann als "ultima ratio" zur Anwendung gelangt, wenn zwischen dem Versicherer und dem Leistungserbringer kein Tarifvertrag besteht.

21. Der Tarifschutz bewirkt, dass die Parteien bei der Verhandlung eines Tarifvertrages nicht völlig frei sind. Sie dürfen maximal Vergütungen in der Höhe des auswärtigen Tarifes vorsehen. Die Vereinbarung tieferer Vergütungen ist zulässig, nicht jedoch die Vereinbarung höherer Vergütungen als diejenigen, welche im auswärtigen Tarif vorgesehen sind.

22. Dieser Umstand ist in Zusammenhang mit der Frage der Genehmigung von Tarifverträgen für die Behandlung ausserkantonalen Patienten von Bedeutung. Wie das BSV in seiner "Stellungnahme vom 11. Juli 1999 zur nicht medizinisch bedingten ausserkantonalen Behandlung und Tarifschutz" ausgeführt hat, muss bei der regierungsrätlichen Genehmigung überprüft werden *"ob der Leistungserbringer auf der kantonalen Spitalliste aufgeführt ist und dass der Leistungserbringer keine höhere Vergütung als den 'auswärtigen' Tarif einfordert."*

23. Werden im Tarifvertrag tiefere Vergütungen vorgesehen als diejenigen, welche sich aufgrund des den Regierungsrat festgelegten auswärtigen Tarifs ergeben, so muss der Vertrag genehmigt werden. Problematisch am heutigen System ist, dass der Regierungsrat aufgrund seiner Stellung als Träger der öffentlichen Spitäler in einen Interessenkonflikt geraten könnte. Als Träger der öffentlichen Spitäler hat er ein Interesse daran, dass nicht zu tiefe Vergütungen vereinbart werden. Dieses Interesse darf jedoch keinen Einfluss auf seine Stellung als Genehmigungsbehörde der Tarifverträge zwischen den Versicherungen und den Leistungserbringern haben. Er darf Tarifverträgen, die eine tiefere Vergütung vorsehen, nicht die Genehmigung versagen.

24. Zu klären bleibt noch die Frage, ob die Genehmigung eines Tarifvertrages eine Gültigkeitsvoraussetzung für diesen darstellt. Diese Frage stellt sich deshalb, weil das EVG im oben erwähnten Entscheid (K 92/2001) einem Tarifvertrag die Anwendung versagte, da dieser nie mit der Kantonsregierung verhandelt oder von dieser genehmigt worden sei. Der Versicherer habe deshalb nur die vom Kanton festgelegte Taxe zu vergüten. Nach der hier vertretenen Auffassung muss der Entscheid des EVG nicht in dem Sinne interpretiert werden, dass ein Tarifvertrag ohne Genehmigung ungültig ist. Ein ganz wesentliches Sachverhaltselement jenes Falles würde bei einer solchen Inter-

pretation ausser Acht gelassen: jener Tarifvertrag sah eine höhere Vergütung vor, als diejenige des festgesetzten "auswärtigen" Tarifs. Damit verletzte der Tarifvertrag den Tarifschutz. Aufgrund dieser Verletzung war der Tarifvertrag nicht anwendbar. Tarifverträge, welche den Tarifschutz nicht verletzen, sollten nach der hier vertretenen Auffassung ohne Genehmigung des Regierungsrates Gültigkeit haben (nur deklaratorische und nicht konstitutive Wirkung der Genehmigung).

D. Anwendbarkeit des KG auf die Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz"

25. Nach Artikel 3 Absatz 1 Kartellgesetz (KG, SR 251) gehen Vorschriften, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, den Bestimmungen des Kartellgesetzes vor. Als solche gelten Bestimmungen, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Die Botschaft zum Kartellgesetz führt dazu aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbe- reich auszuschalten (Botschaft zum KG vom 23.11.1994, Separatdruck, S. 72). Bestehen solche Vorschriften, so kann die Wettbewerbskommission in diesem Bereich keine Verfügungen erlassen. Sie kann in diesem Fall (unverbindliche) Empfehlungen an die politischen Behörden abgeben (Art. 45 Abs. 2 KG).

26. Die Wettbewerbskommission (Weko) und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO) haben in Sachen "Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung" festgehalten, dass im Bereich des VVG das KG grundsätzlich anwendbar ist (vgl. RPW 2001/4, S. 657 ff., und RPW 2003/4, S. 859 ff., insbesondere S. 863, E. 4.3.4.).

27. Bei der Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz" wird das Verhältnis zwischen Versicherung und Versichertem durch das VVG bestimmt. Auf dieses Verhältnis ist das KG uneingeschränkt anwendbar. So könnten insbesondere Prämienabsprachen zwischen verschiedenen Versicherern durch die Wettbewerbsbehörden untersucht und je nach Verfahrensausgang untersagt und sanktioniert werden.

28. Das Verhältnis zwischen Versicherung und Leistungserbringer wird hingegen, was die Festlegung der Höhe der Tarife betrifft, durch das KVG geregelt. Es besteht ein Tarifschutz. Setzt die Kantonsregierung einen Tarif gemäss Artikel 47 Absatz 2 KVG fest oder genehmigt sie einen Tarifvertrag "allgemein ganze Schweiz" gemäss Artikel 46 Absatz 4 KVG, so ist eine Anwendung des KG grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies gilt selbst unabhängig davon, ob ein Tarifvertrag nach wettbewerbskonformen Gesichtspunkten zustande gekommen ist (vgl. SCHALLER/TAGMANN, Kartellrecht und öf-

fentliches Recht - neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, in: AJP 6/2004, S. 704 ff. [S. 709]). Ein Anwendungsspielraum für das KG ergibt sich dann, wenn der Genehmigung der Tarifverträge nur deklaratorische Wirkung zugesprochen wird (vgl. Ziff. 24). In diesem Fall könnten Tarifverträge trotz behördlicher Genehmigung durch die Wettbewerbsbehörden kartellrechtlich überprüft werden.

E. Stellungnahme der Weko

29. Ausgehend von den oben gemachten Ausführungen kann die Eingangs gestellte Frage wie folgt beantwortet werden: Die Kantonsregierung hat für die nicht medizinisch indizierte Behandlung ausserkantonaler Patienten Genehmigungen und Festsetzungen gemäss KVG vorzunehmen. Es handelt sich dabei nicht um Festsetzungen und Genehmigungen im Bereich des VVG, wie dies allenfalls aus der Frage des Kantons abgeleitet werden könnte. In denjenigen Bereichen der Zusatzversicherung "allgemein ganze Schweiz", die durch das VVG bestimmt werden, hat der Kanton nicht zu intervenieren.

30. Es gilt allerdings hervorzuheben, dass das KVG-System der behördlich genehmigten und festgesetzten Tarife aus Sicht der Wettbewerbsbehörden wesentlich verbessert werden sollte. Die Wettbewerbskommission hat bereits mehrmals, beispielsweise im Rahmen ihrer Vernehmlassung zum Paket 1 B "Vertragsfreiheit" und 2 A "Spitalfinanzierung" der KVG-Reformen 2004, ausgeführt, dass im Rahmen der Grundversicherung auf die behördliche Genehmigung von Tarifverträgen beziehungsweise auf die Festsetzung von subsidiären Tarifen verzichtet werden sollte (RPW 2004/3, S. 848 ff., S. 852 ff.). Die Wettbewerbskommission ist überzeugt, dass durch die Einführung der Vertragsfreiheit zwischen Versicherern und Leistungserbringern, verbunden mit der Anwendbarkeit des KG, Effizienzsteigerungen im Gesundheitswesen erreicht werden können (Zum gleichen Ergebnis gelangten auch die Arbeitsgruppen "Monistische Spitalfinanzierung" unter der Leitung von Prof. Dr. ROBERT E. LEU sowie "Kontrahierungszwang" unter der Leitung von Dr. OGGIER, vgl. S. 10 unter http://www.bag.admin.ch/kv/projekte/d/botschaft_2a.pdf; S. 7 ff. unter http://www.bag.admin.ch/kv/projekte/d/3_Monistische%20Spitalfinanzierung.pdf und S. 3 unter www.bag.admin.ch/kv/projekte/d/3_Kontrahierungszwang.pdf).

31. Schliesslich möchte die Wettbewerbskommission die Gelegenheit ergreifen, an eine weitere Position zu erinnern, die sie in Zusammenhang mit Tarifen bereits mehrfach vorgebracht hat: Tarifwerke, welche in Einzel- oder Gruppenverhandlungen zustande kommen, sind nach Auffassung der Wettbewerbskommission einheitlichen (kantonalen oder eidgenössischen) Tarifwerken, die in Verbands- oder marktumfassenden Kollektivverhandlungen entstehen, grundsätzlich vorzuziehen (So der Entscheid der Weko in Sachen "Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung" [RPW 2001/4, S. 657 ff.]. Vgl.

auch STÜSSI, Tarife und Wettbewerb, in: RICHLI/POLEDNA [Hrsg.] Tarife im Gesundheitsrecht, 2002, S. 77 ff., insbesondere S. 84 ff. Allerdings hat die REKO in ihrer Entscheidung in oben erwähnter Sache [RPW 2003/4, S. 859 ff.] in Erwägung gezogen, dass doch Effizienzgründe für Kollektivverträge vorliegen könnten). Entsprechend können im selben Markt verschiedene Vertragslösungen als Ausdruck von Wettbewerb existieren. Unter diesem Aspekt ist es erfreulich, dass es sich beim Tarifvertrag zwischen der Kantonsspital Baden AG und der X. Krankenversicherung sowie der Y. Versicherungen um einen Einzelvertrag und nicht um einen Kollektivvertrag handelt.

E 2	6. Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève
-----	---

Avis de la Commission de la concurrence du 27 septembre 2004 sur la base de l'article 103 de la Loi fédérale sur l'aviation. Compatibilité avec l'article 13 de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien du projet "Remise en service de l'ancien terminal T2" de l'Aéroport International de Genève

I. PROJET T2

1. Description

1. L'Aéroport International de Genève (AIG) envisage d'introduire une segmentation du produit aéroportuaire reflétant et prolongeant la segmentation existante au sein du transport aérien entre d'une part une aviation simplifiée, à bas coûts et prestations minimalistes, et d'autre part une aviation traditionnelle, à structure de coûts différente et offrant une gamme variée de services et prestations à des tarifs adaptés.

2. Concrètement, il s'agit de remettre en service d'ici fin 2005 l'ancienne aérogare (T2) construite en 1948 et de l'adapter aux besoins de l'aviation simplifiée. Le concept consiste à offrir une aérogare présentant des coûts d'investissement et d'exploitation réduits permettant la facturation d'une taxe passager réduite. La différenciation du produit aéroportuaire T2 sera forte et clairement perceptible tant par le passager que par la compagnie aérienne.

3. La réduction des coûts provient de la simplification du "produit aérogare" offert, notamment à travers ses équipements et son confort minimalistes, correspondant au niveau de service D selon la classification IATA. Par exemple:

- Aucun système d'air conditionné n'est prévu.

- La circulation dans les couloirs ainsi que les changements de niveau se font sans assistance mécanique.
 - Ce terminal ne dispose pas de salons privés, ni de bureaux d'information ou de comptoirs de location de voitures.
 - Les comptoirs et postes de travail à disposition des compagnies aériennes (souvent à l'usage commun) ne disposent pas de systèmes informatiques.
 - Quelques tâches (par exemple la mise en place d'une procédure pour les bagages hors gabarit ou d'une procédure de traitement des personnes à mobilité réduite) doivent être assurées par une compagnie d'assistance.
 - Installations minimales au stationnement avions.
 - Le terminal n'offre aucun service, ni aucune procédure permettant de traiter le passager en correspondance ou en transit.
4. En outre, une partie des tâches habituelles de l'AIG est transférée sur le passager qui en subira des contraintes accrues. Par exemple:
- Un processus d'enregistrement entièrement automatisé (il n'y aura pas de guichets d'enregistrement).
 - La manutention des bagages est en grande partie confiée au passager.
 - Aucun chariot à bagages ne sera mis à disposition dans le terminal.
 - Pas de système de tri de bagages.
5. En matière d'assistance en escale, les compagnies utiliseront les services des agents d'assistance agréés et pourront sous certaines conditions exercer leur auto-assistance (totale ou partielle). L'AIG n'offre pas lui-même les services d'assistance en escale.
6. L'AIG estime qu'avec une utilisation rationnelle de l'aérogare et avec un lissage du trafic sur l'ensemble des heures d'exploitation, la capacité opérationnelle globale sera de l'ordre de deux à trois millions de passagers annuellement. Dans une première étape, il est prévu de pouvoir traiter simultanément au maximum cinq avions jusqu'au code C (en raison de l'espace limité). Une extension en fonction des besoins est prévue, en offrant huit positions avions et en portant la capacité annuelle opérationnelle à environ trois et demi à quatre millions de passagers à l'horizon 2007-2008.
7. Pour des raisons opérationnelles, les passagers d'un même vol ne pourront être traités que dans un seul terminal. Dans le T2 aucun traitement différencié du passager ne pourra être demandé à l'AIG, ni offert par l'agent d'assistance ou par la compagnie aérienne.
-

2. Bases économiques

8. Le projet T2 a pour objectif de renforcer l'attractivité de l'AIG et de contribuer à assurer sa pérennité financière. Le marché de l'aviation simplifiée représente plus de 25% du trafic de l'AIG, dont la quasi-totalité provient d'easyJet, la compagnie aérienne générant le plus grand volume de trafic sur l'aéroport. Le projet T2 vise en effet surtout le partenaire easyJet, que l'AIG souhaite garder à Genève. Il est clair que sans l'engagement d'easyJet dans le projet T2, ce dernier ne pourrait pas être réalisé.

9. Cependant, l'AIG envisage aussi d'attirer d'autres compagnies aériennes, en estimant que le transport aérien court/moyen-courrier se développe essentiellement en mode de transport simplifié.¹

10. Par le transfert d'une partie significative du trafic du T1 au T2, une certaine capacité de traitement pourrait être libérée dans le T1, et en conséquence le besoin (important) d'investissements dans le T1 serait fortement réduit et reporté dans le temps. En outre, quelques charges de fonctionnement (frais généraux) pourront être réparties entre les deux terminaux.

11. L'AIG projette de fixer la taxe passager pour le T2 à CHF 14.- (CHF 19.- actuellement pour le T1), soit la taxe de sûreté de CHF 8.- d'une part et la "Passenger Service Charge" (PSC) de CHF 6.- d'autre part. La taxe de sûreté est la même pour les deux terminaux.

12. La fixation de la PSC du T2 découle de l'analyse des coûts qui lui sont effectivement liés, soit:

- les charges directes, constituées par les coûts engendrés exclusivement par le T2,
- les charges financières et les amortissements directement liés aux immobilisations,
- les charges indirectes qui sont des charges communes avec le T1 et réparties selon le nombre de passagers utilisant chaque terminal.

13. Pour les deux terminaux, les principes pour le calcul des coûts et pour la relation entre les coûts et la taxe sont les mêmes. Une comptabilité analytique fera apparaître les coûts et les recettes aéronautiques de chaque terminal. Les taxes sont fixées par l'AIG dans le respect des principes nationaux et internationaux (OACI).

¹ A part easyJet, Virgin Express a également signalé son intérêt à utiliser le T2.

14. L'AIG a indiqué vouloir s'engager pour qu'une éventuelle hausse des coûts par passager au T1 (en raison du transfert de passagers au T2) ne soit pas répercutée au-delà du niveau qui aurait été atteint en l'absence du projet T2 (c'est-à-dire en tenant compte des investissements au T1 qui auraient été nécessaires sans la réalisation du T2).

3. Accès au T2

15. Le choix sera offert à toutes les compagnies aériennes de traiter leurs vols dans l'une ou l'autre des deux aérogares, sous réserve des limites de capacité physique des installations aéroportuaires.

16. Dans l'hypothèse où la demande serait supérieure à la capacité offerte, des règles seront appliquées pour allouer cette capacité, afin de favoriser une exploitation optimale de l'infrastructure T2:

1. Engagement contractuel (pour une durée maximale de 5 ans) à utiliser le T2, prévoyant un minimum garanti de recettes à l'AIG

- 2./3. Volume de trafic passagers et durée d'engagement

4. Lissage du trafic sur la journée, sur la semaine et sur l'année

5. Nouvelles destinations

17. Le premier critère est le plus important parce qu'il garantit un maximum de sécurité et de prévisibilité à l'AIG. Pour trier ces offres, ou en l'absence d'un engagement contractuel, les critères 2 et 3 sont déterminants, suivis finalement par les critères 4 et 5. La durée minimale pour opérer dans le terminal T2 est d'une saison horaire.

II. PROCEDURE

18. Le 12 mars 2004, après l'avoir annoncé en janvier, l'AIG a présenté deux projets au secrétariat de la Commission de la concurrence (secrétariat). Il s'agit d'une part de l'aménagement et de l'allocation de la capacité disponible du terminal T2 et d'autre part de la nouvelle politique tarifaire.

19. Le secrétariat a procédé de manière informelle à un premier examen des projets et a demandé des informations additionnelles à l'AIG.

20. Le 24 mars 2004 des représentants de l'AIG ont rencontré de manière informelle des membres de la Direction générale de l'Energie et des transports de l'Union européenne (DG TREN) et leur ont présenté les projets en question. Lors de l'entrevue, les membres de la DG TREN ont estimé sous réserve d'un avis contraire de la Commission qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les règles relatives aux aides d'Etat dans ce cas.

21. Par lettre du 8 juin 2004, l'AIG a transmis des informations additionnelles et des versions actualisées des projets. Les contrats standards rédigés par l'AIG relatifs aux projets ont été envoyés par cour-

rier du 10 juin 2004. Diverses autres informations ont été communiquées par courrier électronique.

22. Le 24 juin 2004, le Secrétariat a communiqué à l'AIG qu'à première vue il jugeait les deux projets compatibles avec les règles de la concurrence et en particulier avec les règles concernant les aides d'Etat. Lors de cette communication, le secrétariat a insisté sur le fait que le résultat était provisoire et que la Commission européenne serait encore consultée avant la présentation du résultat définitif de l'examen du projet par la Commission de la concurrence.

23. Lors de ses séances du 25 juin et du 2 juillet 2004, le conseil d'administration de l'AIG a décidé la réalisation du projet T2, tout en renonçant cependant à l'application de la nouvelle politique tarifaire. En outre, il a décidé de surseoir à l'augmentation de CHF 3.- de la taxe passager de l'aérogare principale (T1) en 2004 (initialement prévue pour le 1^{er} septembre 2004). L'avis de la Commission de la concurrence se limite donc à l'examen du projet T2.

24. Conformément à l'article 14, 2^{ème} phrase ATA,² la Commission européenne a ensuite été consultée. Elle n'a cependant pas rendu d'observations.

III. BASES LEGALES

25. Le 1^{er} juin 2002 est entré en vigueur l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (RS 0.748.127.192.68; "Accord"; ATA).

26. L'article 13 ATA prévoit des règles concernant les aides d'Etat. En relation avec l'article 12 ATA, les entreprises publiques ou celles à qui étaient accordés des droits spéciaux sont également soumises à cette règle. Selon l'article 14 ATA, la Suisse est chargée d'appliquer les règles de l'articles 12 et 13 ATA en Suisse. Le 7 mars 2003, le Conseil fédéral a désigné la Commission de la concurrence responsable de la surveillance de l'application des règles sur les aides d'Etat. La base légale fondant la compétence de la Commission de la concurrence, l'article 103 de la Loi fédérale sur l'aviation (LA; SR 748), est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2004.

27. Selon cet article la Commission de la concurrence examine la compatibilité avec l'article 13 ATA des projets de décisions du Conseil fédéral favorisant certaines entreprises ou la production de certains

² Accord sur le transport aérien, voir ch. 25 ss.

produits entrant dans le champ d'application de l'Accord, notamment des prestations et des participations prévues aux articles 101, 101a et 102 LA. Elle fait de même avec des mesures similaires de soutien des cantons et des communes, ainsi que d'autres corporations ou établissements suisses d'économie mixte ou de droit public (art. 103 al. 2 LA).

IV. REGLES D'AIDES D'ETAT

1. Disposition principale: article 13 ATA

28. Sauf disposition contraire de l'Accord, sont incompatibles avec le présent Accord, pour autant qu'elles affectent les échanges entre les Parties contractantes, les aides accordées par la Suisse ou par un Etat membre de la CE ou provenant de fonds publics, sous quelque forme que ce soit, et qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou la production de certains produits (art. 13 al. 1 ATA). Les dérogations au principe sont définies dans les alinéas 2 et 3, selon lesquels les aides illicites sont/peuvent être considérées compatibles avec l'Accord.

29. L'article 13 ATA est reproduit selon le modèle de l'article 87 du Traité instituant la Communauté européenne. Selon l'article 1 alinéa 2, pour autant que les dispositions dans l'Accord soient identiques en substance aux règles correspondantes du Traité susmentionné et aux actes adoptés en application de ce Traité, ces dispositions sont interprétées, aux fins de leur mise en œuvre et application, conformément aux décisions et arrêts de la Cour de justice et de la Commission des Communautés européennes rendus avant la date de signature du présent Accord. Les décisions et arrêts rendus après la date de signature de l'Accord seront communiqués à la Suisse. A la demande d'une des Parties contractantes, les conséquences de ces décisions et arrêts ultérieurs seront déterminées par le Comité mixte en vue d'assurer le bon fonctionnement du présent Accord.³

30. Les éléments constitutifs d'une aide d'Etat sont les suivants:

- La mesure provient de l'Etat ou de ressources d'Etat.
- La mesure constitue un avantage "gratuit".
- La mesure doit favoriser certaines entreprises (caractère sélectif).

Une aide au sens précité n'est pas compatible avec l'Accord si les critères suivants sont remplis:

³ Pour le présent examen, des décisions et arrêts rendus après la date de signature de l'Accord ont été pris en considération.

- distorsion de la concurrence,
- affectation des échanges entre les Parties contractantes.

31. Si tous ces critères sont remplis cumulativement, une aide n'est pas compatible avec l'Accord, à condition qu'il n'y ait pas une dérogation au sens des alinéas 2 et 3 de l'article 13 ATA.

2. Mise à disposition d'installations d'aéroport

32. Il se pose d'abord la question de savoir si la mise à disposition (construction, développement et gestion) d'installations d'aéroport est soumise aux règles de la concurrence et notamment aux règles d'aides d'Etat. La Commission européenne a jugé dans sa décision "Manchester Airport"⁴ qu'une construction ou un agrandissement d'infrastructure pour l'aviation qui est financé par le secteur public et qui vise à atteindre des buts de planification ou de mise en œuvre de politiques nationales de transport, représente une mesure générale de politique économique qui ne peut être contrôlée par la Commission européenne à l'aune des règles d'aides d'Etat. Ce principe est seulement valable à condition que l'infrastructure concernée soit accessible à tout utilisateur sur la base de critères objectifs et non-discriminatoires.⁵ La compétence d'examen de la Commission de la concurrence en application de l'article 103 LA en combinaison avec l'article 13 ATA est présumée en général ne pas excéder celle de la Commission européenne.

33. Toutefois ce principe, partant de l'idée qu'il n'y a pas une concurrence notable entre les aéroports, est remis en question. Il est reconnu aujourd'hui que le secteur "è in piena mutazione"⁶ et qu'il faut tenir compte également d'une certaine concurrence entre les aéroports.⁷

⁴ NN 109/98 - United Kingdom, Manchester Airport, point 4. Cette décision se base sur les "Commission's Guidelines for the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty and Article 61 of the EEA Agreement to State aid in the aviation sector", JO C 350, 10.12.1994, point 12.

⁵ Cf. pour ces critères la décision 2004/393/CE du 12 février 2004 concernant les avantages consentis par la Région wallonne et Brussels South Charleroi Airport à la compagnie aérienne Ryanair lors de son installation à Charleroi, JO 2004 L 137/1.

⁶ Décision de la Commission N 58/2000, Italia, sistemi aeroportuale piemontese, disponible sur http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport-2000/n058-00.pdf.

⁷ Cf. Cranfield University, Study on Competition between Airports and the Application of State Aid Rules, September 2002, disponible sur http://europa.eu.int/comm/transport/air/rules/studies_en.htm.

34. Même si l'on procédait en démontrant qu'il ne s'agit que d'une mesure générale de politique économique n'étant pas soumise aux règles d'aides d'Etat, des clarifications similaires à l'examen d'une aide d'Etat devraient être faites.⁸ Notamment, les effets sur la concurrence devraient être pris en considération et le cas échéant, un examen approfondi être fait, dans le cas d'un soutien direct de l'Etat à l'AIG si celui-ci est jugé être en concurrence avec des aéroports de la CE. En outre, l'accessibilité non-discriminatoire à tout utilisateur correspond grosso modo à l'examen du critère de la sélectivité des règles d'aides d'Etat.

35. Au vu de ce qui précède, le projet T2 sera directement examiné sous l'angle de sa compatibilité avec les règles d'aides d'Etat.⁹ Il convient d'étudier si:

- l'AIG reçoit une aide de l'Etat pour le projet T2, ce qui pourrait fausser la concurrence vis-à-vis des aéroports de la CE,
- le présent projet T2 constitue une aide envers des compagnies aériennes spécifiques pouvant fausser la concurrence avec d'autres compagnies aériennes. En plus de l'examen de la sélectivité et de l'éventuelle concession d'un avantage qui sont traités ensemble, l'élément "au moyen de ressources d'Etat" est aussi présenté parce qu'il a donné lieu à des questions durant la procédure.

V. EXAMEN DU PROJET

1. Aide envers l'aéroport

36. L'AIG finance lui-même entièrement la remise en service du T2. Il ne reçoit ni de subventions générales, ni de soutien spécial de l'Etat pour le projet T2. Il n'y a donc pas lieu d'examiner en détail la relation directe entre l'Etat et l'AIG (art. 12 ATA en combinaison avec l'art. 13 ATA) et la situation concurrentielle de celui-ci.

⁸ Il faudrait en outre préalablement démontrer que la mesure vise à atteindre des buts de planification ou de mise en œuvre de politiques nationales de transport.

⁹ Il n'est donc pas nécessaire d'examiner si le T2 est un projet d'infrastructure qui vise à atteindre des buts de planification ou de mise en œuvre de politiques nationales de transport, ce qui aurait pu être considéré comme une mesure générale de politique économique. Le procédé choisi pour l'examen n'a cependant aucun effet sur le résultat de celui-ci pour l'AIG.

2. Aide envers des compagnies aériennes

a) Aide accordée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat

37. Il importe tout d'abord d'examiner si la remise en service de l'ancienne aérogare T2 est effectuée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat.¹⁰

38. Le terme "au moyen de ressources d'Etat" signifie qu'une aide peut provenir également d'entités publiques ou privées désignées ou constituées par l'Etat.¹¹ Il suffit que les sommes correspondant à la mesure en cause restent constamment sous contrôle public pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'Etat.¹² Par conséquent les moyens des entreprises publiques constituent de telles ressources, étant donné que l'Etat pourrait, par l'exercice de son influence dominante, diriger l'utilisation de ces moyens.¹³ On entend par entreprise publique toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.¹⁴

39. D'après la nouvelle jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes,¹⁵ il ne suffit plus de déduire l'imputabilité d'une mesure à l'Etat du fait que ladite mesure a été prise par une entreprise publique contrôlée par l'Etat. Il faut examiner si l'Etat était impliqué dans l'adoption de la mesure. Au-delà des preuves concrètes, l'imputabilité à l'Etat peut être déduite d'un ensemble d'indices. Par exemple du fait que l'entreprise doit tenir compte des exigences ou directives de l'Etat dans le processus d'adoption de la décision d'une mesure. D'autres indices pourraient être "l'intégration de l'entreprise dans les structures de l'administration publique, la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés, le statut juridique de l'entreprise, celle-ci relevant du droit public ou du droit commun des sociétés, l'intensité de la tutelle exercée par les autorités

¹⁰ Dans le texte français de l'art. 13 ATA le terme "ou provenant de fonds publics" est utilisé, ce qui ne correspond pas à celui utilisé dans le Traité instituant la Communauté européenne ("ou au moyen de ressources d'Etat"). Cependant le texte allemand et italien de l'Accord correspondent à la version du Traité. Dans cet avis, le terme français du Traité est utilisé.

¹¹ CJCE, C 72/91 et 73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG contre Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, Recueil 1993, I-887, point 19.

¹² CJCE, C 83/98, *France contre Ladbroke Racing et Commission*, Recueil 2000, I-3271, point 50.

¹³ CJCE, C 482/99, *France c. Commission (Stardust Marine)*, Recueil 2002, I-4397, point 38.

¹⁴ Art. 2 de la Directive 80/723/CEE de la Commission du 25 juin 1980, JO L 125 du 29/07/1980, p. 35-37. Cette directive fait partie de l'annexe de l'Accord.

¹⁵ *Ibid.* n. 4, point 50 ss.

publiques sur la gestion de l'entreprise ou toute autre indice indiquant, dans le cas concret, une implication des autorités ou l'improbabilité d'une absence d'implication dans l'adoption d'une mesure, eu égard également à l'ampleur de celle-ci, à son contenu ou aux conditions qu'elle comporte".¹⁶

40. Au regard de cette définition, la remise en service de l'ancienne aérogare T2 doit être considérée comme provenant de ressources d'Etat et comme étant imputable à l'Etat. Cette appréciation se base notamment sur les points suivants:

- Le statut d'établissement de droit public.
- La mission de l'AIG est réglée dans une loi¹⁷ qui prescrit entre autres le respect de l'intérêt général.
- L'Etat exerce la haute surveillance sur l'AIG et approuve les budgets et les comptes de l'établissement.
- La gestion d'un aéroport fait l'objet d'une forte réglementation et d'un contrôle étatique.
- La plupart des membres du conseil d'administration sont nommés par l'Etat
- L'AIG est libéré de l'obligation de payer des impôts, mais a l'obligation de verser la moitié des recettes nettes à l'Etat.
- L'Etat est propriétaire du terrain de l'aéroport et de quelques bâtiments.
- Le Conseil d'Etat du Canton et de la République de Genève est appelé à donner son approbation au projet en cause.

b) Avantage et sélectivité

41. La notion d'aide (d'avantage) "comprend non seulement des prestations positives telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous de formes diverses, allègent les charges qui, normalement, grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques".¹⁸ Un élément important est l'absence d'une contrepartie à la prestation de l'Etat.¹⁹

¹⁶ Ibid. n. 4, point 56.

¹⁷ Loi sur l'aéroport international de Genève (LAIG) du 10 juin 1993; H 3 25.

¹⁸ CJCE, C 30/59, De Gezamljke Steenkolenmijnen in Limburg contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Recueil 1961-3, point 39.

¹⁹ MEDERER/VAN YSENDYCK, Artikel 87 EG-Vertrag - Vereinbare und unvereinbare Beihilfen, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, n. 6.

42. En outre, une mesure doit être sélective afin de pouvoir provoquer une distorsion de la concurrence. Une mesure est sélective si seulement certains types d'entreprises profitent du traitement favorable prodigué par l'Etat.²⁰

43. L'institution du T2, avec une PSC inférieure à celle du T1, ne crée aucun avantage aux compagnies aériennes dans le sens de la définition d'une aide d'Etat, cette taxe étant directement liée aux prestations offertes par l'AIG. Le T2 est un produit aéroportuaire clairement différencié du T1, qui vise à continuer la stratégie "low-cost" au sol. La PSC T2 est réduite au vu de l'infrastructure et des prestations minimalistes qui sont offertes au T2, celles-ci engendrant beaucoup moins de coûts pour l'AIG. En outre, il est à constater que selon les informations de l'AIG les mêmes principes de financement seront appliqués pour les deux terminaux et une comptabilité analytique assurera une distribution précise des coûts.

44. Même si le client principal visé par le présent projet est easyJet, l'utilisation du T2 est ouverte à toutes les compagnies aériennes intéressées acceptant les conditions et contraintes relatives à l'utilisation du T2. Les critères d'admission au T2 sont objectifs, transparents, non-discriminatoires et relèvent d'une approche économique rationnelle. D'autres compagnies aériennes "low-cost" sont en effet susceptibles d'utiliser cette offre. En outre, il n'est pas exclu que des compagnies "traditionnelles" puissent être intéressées à opérer des vols au départ du T2.

45. De nos jours, le transport aérien peut principalement être partagé en 2 catégories: l'aviation traditionnelle d'une part et l'aviation simplifiée d'autre part. Afin de fortifier l'attractivité de l'aéroport et d'assurer une bonne exploitation de sa capacité, l'AIG a l'intention d'offrir une infrastructure qui correspond aux stratégies différentes des compagnies aériennes. Le T2 vise à poursuivre au sol la stratégie "prestations minimales à un prix bas" qui est appliquée avec succès par les compagnies aériennes "low-cost" dans l'air. Le seul fait que deux concepts différenciés puissent être offerts par l'AIG ne peut en aucun cas être problématique au vu des règles d'aides d'Etat. En conséquence, le projet T2 et la PSC inférieure pour ce terminal ne constituent ni un avantage, ni une mesure sélective provoquant une distorsion de la concurrence.

²⁰ ARNOLD, *The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2003/2004*, *European State Aid Law Quarterly* EstAL 2/2004, p. 174.

VI. RESULTAT

46. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence est d'avis que le projet envisagé par l'AIG ne constitue pas une aide au sens de l'article 13 de l'Accord et est dès lors compatible avec les règles d'aides d'Etat de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A		F	
AF	Arrêté fédéral	FF	Feuille fédérale
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	FMG	Fernmeldegesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	G	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
B		GU	Gemeinschaftsunternehmen
BA	Bundesamt	H	
BB	Bundesbeschluss	HGer	Handelsgericht
BBI	Bundesblatt	HMG	Heilmittelgesetz
BG	Bundesgesetz	I	
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BGer	Bundesgericht	J	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	JdT	Journal des Tribunaux
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	K	
BR	Bundesrat	KG	Kartellgesetz
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BV	Bundesverfassung	L	
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
C		LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
CC	Code civil	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
CE	Communauté Européenne	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
CE	Conseil des Etats	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
CF	Conseil fédéral	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CO	Code des obligations	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
Cost.	Costituzione federale	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LF	Loi fédérale / Legge federale
CPS	Code pénal suisse	LL	Legge federale sul lavoro
cst.	Constitution fédérale	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
D		LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	LOTC	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
DG	Direction Générale (UE)		
E			
EU	Europäische Union		

LPM	Loi fédérale sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	W	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
		WuW	Wirtschaft und Wettbewerb

X

Y

Z

ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index**A**

abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 995, 1050,
 1056 f., 1059 ff., 1083, 1089 f., 1097
 Abrede 995 f., 998 ff., 1038, 1040, 1052, 1056
 f., 1059, 1061 f., 1064, 1072 ff., 1089 f.,
 1093, 1096, 1105, 1110, 1112 f., 1116 ff.,
 1165
 Acquiring 1003 f., 1007, 1009 ff., 1113 ff.,
 1193 f.
 Anhörung 1049, 1079, 1174, 1206
 Apotheker/innen 1043, 1046, 1052, 1054 f.,
 1058 ff., 1062, 1065 f., 1068 f., 1074, 1076
 ff., 1082 ff., 1091, 1093 f., 1096 f.
 Ärzte(-Verband) 1020, 1023, 1027 f., 1031,
 1033 ff., 1038 f., 1052, 1054, 1091, 1100,
 1114

B

Breitbanddienste 1271

C**D****E**

Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 1030, 1050 f.,
 1088 f., 1097, 1099, 1278
 Exklusivvertrieb 1043 f.

F**G**

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
 mitteln 1043 ff., 1050, 1052, 1055 f., 1058,
 1061, 1063 ff., 1067 ff., 1071, 1073 f., 1081
 f., 1087 ff., 1091

I

Indizienbeweis -

J**K**

Kanton Aargau 1018 f., 1021 f., 1024, 1026 f.,
 1030, 1032, 1035
 kollektive Marktbeherrschung 1057, 1132
 Kontrolle von Unternehmenszusammen-
 schlüssen 996, 1007, 1042, 1114, 1123,

1129, 1137 f., 1144, 1159, 1249, 1262,
 1265, 1274, 1280
 Koppelungsgeschäft 1013 f.
 Krankenversicherer 1018, 1020 ff., 1026,
 1028 ff., 1100, 1103 ff., 1112 ff., 1119 f.
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 1004, 1007
 ff.

L

legitimate business reasons 1208, 1210

M

marktbeherrschende Stellung 1005, 1007,
 1010 f., 1013 ff., 1130, 1133 f., 1139, 1147,
 1150, 1153, 1161, 1188, 1248, 1261 f.,
 1264, 1274, 1276 f., 1288
 Marktgegenseite 996 ff., 1000, 1007 ff.,
 1012, 1063 ff., 1114 f., 1123 f., 1130, 1142,
 1151, 1249, 1256, 1265, 1270, 1280, 1287
 f., 1290 f.
 Marktstruktur 1045, 1058, 1073, 1114, 1119,
 1243
 Marktzutrittsschranken 1011, 1075, 1147
 Meldepflicht 1122, 1129, 1141, 1149 f., 1160
 Missbrauch 1012, 1014 f., 1208

N**O****P**

Parallelverhalten 1057 ff.
 Privatkliniken 1018, 1021 ff., 1026 ff., 1032
 ff.

Q

Quersubventionierung 1177

R

Rabatte 999, 1012
 Reduktion der Sanktion -

S

Submission -
 Submissionskartell -

T

Tarife 1000, 1022, 1024, 1029, 1032, 1034,
 1036, 1038, 1104, 1166, 1293, 1295 ff.
 Tarifvertrag 1018, 1023 f., 1026, 1035 ff.,
 1103 ff., 1111, 1294, 1296 ff.
 Tierärzte/innen 1043 ff., 1049 f., 1052, 1054
 ff., 1059, 1061 ff., 1065 f., 1068, 1070 f.,
 1074, 1076 f., 1080 ff., 1084, 1088 ff.

U	vorbehaltene Vorschriften 994, 1006, 1053, 1106, 1129	
Untersuchung 1002 ff., 1006, 1011, 1017 ff., 1021 ff., 1029 ff., 1036 ff., 1042, 1044 f., 1047 f., 1052, 1065, 1090 f., 1096 f., 1100, 1104, 1106, 1116, 1118, 1120 f., 1194, 1196 ff., 1267		W
unzulässige Wettbewerbsabrede 993 f., 1023, 1029, 1044, 1112, 1206		X
		Y
V		Z
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		
Veröffentlichung 1132, 1174, Verschulden 1209 f.		
