



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

1998 / 3

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la con-

Commissione della con-

CH-3003 Bern

currence

correnza

(Herausgeber)

CH-3003 Berne

CH-3003 Berna

(Editeur)

(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

Eidgenössische Druck-
sachen- und Material-
zentrale

Office central fédéral
des imprimés et du
matériel

Ufficio centrale federale
degli stampati e del
materiale

CH-3000 Bern

CH-3000 Berne

CH-3000 Berna

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

Fr. 80.--

Fr. 80.--

(Form: 701.000.98/3)

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

1998 / 3

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

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

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

Oktober / octobre / ottobre 1998

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**1998 / 3****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**

- 1.1 Devisierungs-, (Vor-) Kalkulations- und Regietarif-
programme von SBV und CRB 369

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

- 2.1 Swisscom - Centrex 377
- 2.2 Service- und Reparaturleistungen an Öl- / Gasbrennern und
Kompaktwärmezentralen 382

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

- 3.1 Bell AG/SEG-Poulets AG 392
- 3.2 ESTEL 412
- 3.3 Swisscom - UTA 412
- 3.4 Zusammenschlussvorhaben Fried. Krupp AG Hoesch
Krupp - Thyssen AG 415
- 3.5 Daimler-Benz / Chrysler 418
- 3.6 CHS Electronics Inc. / Vobis Microcomputer AG 420

4. Sanktionen / Sanctions / Sanzioni

- 4.1 Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich AGZ 421

5. Andere Entscheide / Autres décisions / Altre decisioni

- 5.1 Gasversorgung Rothenburg 425

7. Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi

- 7.1 Gesetzesentwurf und Botschaft zu einem Bundesgesetz über
Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) 436
- 7.2 Vernehmlassung zu zwei Vorschlägen der Bundesversammlung
betreffend Energieabgaben 444
- 7.3 Wanderwerbe gesetzgebung und BGBM 446

B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

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

1. Jahresbericht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
(Auszüge) 454
2. BKW – AEK Unternehmenszusammenschluss
(Verwaltungssanktion) 460

B 4 Bundesrat

Conseil fédéral
Consiglio federale

1. Gesuch des Schweizer Verbands der Musikalienhändler und
–Verleger (SVMHV) 478

C Zivilrechtliche Praxis
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 2 Bundesgericht

Tribunal fédéral
Tribunale federale

1. Gameboy 486
2. X / Commission de recours pour les questions de concurrence et
Commission de la concurrence 498

D Entwicklungen
Développements
Sviluppi

D 1 Erlasse, Bekanntmachungen, Formulare, Erläuterungen

Actes législatifs, communications, formulaires, notes explicatives
Atti legislativi, comunicazioni, formulari e chiarimenti

3. Formulare / formulaires / formulari

- 3.1 Meldeformular für Zusammenschlussvorhaben 507
- 3.2 Notification pour les concentrations d'entreprises 518
- 3.3 Annuncio di concentrazioni di imprese 530

D 2 Bibliographie

Bibliographie 541
Bibliografia

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 542

Index (deutsch, français e italiano) VI-VII

B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

**B 1 1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari**

**B 1.1 1. Devisierungs-, (Vor-) Kalkulations- und
Regietarifprogramme von SBV und CRB**

*Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens;
Art. 7 KG*

*Pratiques d'une entreprise en position dominante; art. 7
LCart*

Pratica di un'impresa che domina il mercato; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 27. April 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Prüfung von Devisierungs-, (Vor-) Kalkulations- und Regietarifprogrammen durch den SBV und die CRB wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen gemäss Artikel 7 KG

A. Sachverhalt

1. Die Klossner und Partner AG ist ein Software-Unternehmen, welches sich auf Entwicklung und Vertrieb von Software für das Bauhaupt- und Baunebengewerbe spezialisiert hat, insbesondere auf Anwenderbedürfnisse von Klein- und Mittelbetrieben.
2. Das genannte Unternehmen sieht sich in der Ausübung seiner Tätigkeit durch den Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) sowie die Zentralstelle für Baurationalisierung (CRB) im Wettbewerb behindert und wendete sich am 27. September 1997 an das Sekretariat der Wettbewerbskommission.
3. Die CRB ist ein Verein, welcher die Entwicklung, Bereitstellung und Verbreitung geeigneter Arbeitssysteme zur Rationalisierung und besseren Verständigung im Bauwesen bezweckt. Zur Zeit sind der Bund Schweizer Architekten (BSA), der Schweizerische Ingenieur- und Architekten-Verein (SIA) und der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) die Trägervereine des CRB.
4. Durch die CRB, die Vereinigung Schweizer Strassenfachleute (VSS) sowie den SIA werden Normpositionskataloge (NPK) herausge-

geben, welche eine genormte Grundlage für die Ausschreibung von Bauleistungen und somit für die Schaffung eines Datenverbundes bzw. EDV-Datenaustauschs in der Bauwirtschaft bilden. Die NPK dienen ebenfalls als Basis für die Kostenkalkulation und Preisbildung der Unternehmer.

5. Der Datenaustausch zwischen Projektbeteiligten erfolgt i.d.R. über Devisierungs- und (Vor-)Kalkulationsprogramme. Erstere dienen Planern zum Erstellen von Leistungsverzeichnissen (Devis) gemäss NPK für die Ausschreibung von Bauleistungen. Das erstellte Leistungsverzeichnis kann mittels Diskette exportiert und z.B. von einem Unternehmer zur Angebotskalkulation wieder eingelesen werden. Das durch ein (Vor-)Kalkulationsprogramm erstellte Angebot des Unternehmers kann auf einer Diskette wieder an den Planer zurückgesandt und durch ein Devisierungsprogramm eingelesen werden, beispielsweise um Offertvergleiche verschiedener Unternehmer anzustellen.

6. Ein derartiger Datenaustausch bedingt die Einhaltung der NPK-Systematik sowie eine gemeinsame Schnittstelle (SIA 451) der Programme.

7. Die Auslieferung der NPK-Daten an die Hersteller von Devisierungs- und (Vor-) Kalkulationsprogrammen setzt allerdings eine vorgängige Prüfung der Software durch die CRB voraus. Der Softwaretest erfolgt auf der Grundlage der "Information für Anwender 1992", wobei die Prüfung der Schnittstelle SIA 451 integrierter Bestandteil ist.

8. Aus der Sicht von Klossner und Partner ist die Prüfung der Programme aus folgenden Gründen unverhältnismässig und wettbewerbsbehindernd:

- Die Bedingungen zur Lieferung der NPK-Daten erzwingen einen Leistungsumfang der Software, der nicht für alle Anwender notwendig sei. Eine günstigere und individuelle Bedürfnisorientierung wäre dadurch nicht möglich.
- Durch den Test werde Einsicht in die Software genommen, wodurch Innovationen oder Geschäftsgeheimnisse offengelegt würden. Der Prüfer sei zwar neutral, aber die Entscheidungsbefugnisse lägen bei der CRB, welcher eng mit dem SBV liiert sei, der seinerseits entsprechende Software herstelle.
- Die Lizenzkontrolle versetzte die CRB in Kenntnis der genauen Marktsituation. In Anbetracht der engen Beziehung zum SBV könne nicht ausgeschlossen werden, dass diese Information zum Nutzen des SBV als Programmhersteller gereiche.

9. Der SBV ist die schweizerische Berufs-, Wirtschafts- und Arbeitgeberorganisation der Unternehmungen des Hoch- und Tiefbaus sowie verwandter Zweige des Bauhauptgewerbes. Die Technisch-

Betriebswirtschaftliche Abteilung (TBA) des SBV ist bei der Mitwirkung und Herausgabe des NPK beteiligt sowie verantwortlich für die Herstellung und den Vertrieb der auf dem NPK beruhenden Standard-Analysen SBV (gemäss NPK normierte Bauleistungen zu Standardpreisen) und des Regietarifs SBV (Verrechnung von Bauleistungen nach Aufwand).

10. Programme, welche Regietarif-Dateien SBV sowie (Vor-) Kalkulationsprogramme, welche Standard-Analysen SBV verwenden, bedürfen einer Datenkopierlizenz des SBV, was an eine Überprüfung der Software in Bezug auf Preisbildung u.a. geknüpft ist. Diese Tests sind gemäss Klossner aus folgenden Gründen problematisch bzw. fragwürdig:

- Der SBV bzw. dessen Abteilung Informatik sei ebenfalls Hersteller von Regietarif- und (Vor-)Kalkulationsprogrammen.
- Die Tests, welche die Einsicht in die Programme ermöglichen, würden zwar durch einen neutralen Prüfer durchgeführt, doch die Entscheidbefugnis bezüglich der Zulassung der Software lägen bei der TBA. Somit wäre nicht auszuschliessen, dass der SBV Einblick in Geschäftsgeheimnisse der Konkurrenz erhalte.
- Alle geänderten SBV-Regietarife müssten programmgesteuert mit einem "R" gekennzeichnet werden. Ansonsten drohe eine hohe Konventionalstrafe oder der Programmanwender werde gezwungen, das Programm zu löschen. Hingegen könne diese erzwungene Markierung von SBV-eigenen Programmen umgangen werden.
- Durch die Lizenzkontrollen sei der SBV über die Marktlage bzw. die Kunden und Verkäufe der Konkurrenz informiert.

11. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 14. November 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet und den SBV sowie die CRB mittels Fragebogen zu Stellungnahmen zum Sachverhalt eingeladen. Ebenfalls wurde eine Auswahl verschiedener Hersteller entsprechender Software gebeten, sich zum Sachverhalt zu äussern.

B. Erwägungen

1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG

1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)

12. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft) vom 23. November 1994 spricht der Geltungsbereich des Gesetzes diejenigen Marktteilnehmer an, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienst-

leistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des KG (vgl. BBI 1995 I 533).

13. Der SBV und die CRB sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Der SBV tritt einerseits als Anbieter von Bausoftware auf und entwickelt die Regietarife SBV und Standard-Analysen SBV, welche von EDV-Programmen verarbeitet werden.

14. Die CRB ist massgeblich an der Entwicklung und Herausgabe des NPK beteiligt, welche als Grundlage für einen umfassenden Datenverbund sowie die Kalkulation dienen. Das Copyright des NPK liegt bei der CRB.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)

15. 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 Kartellgesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

16. Vom SBV werden sämtliche Urheberrechte an Regietarifdateien SBV und Standard-Analysen SBV geltend gemacht; die Rechte an den NPK liegen bei der CRB. Aus diesen Rechten können aber die an die Software gestellten Bedingungen bzw. Tests nicht abgeleitet werden. Folglich findet Art. 3 Abs. 2 KG keine Anwendung im vorliegenden Fall. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wird von den Parteien nicht geltend gemacht. Daher gibt es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

1.3 Marktbeherrschendes Unternehmen (Art. 4 Abs. 2 KG)

17. 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).

18. Um festzustellen, ob sich der SBV und die CRB tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

1.3.1 Der relevante Markt

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

a) Sachlich relevanter Markt

20. 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 lit. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

21. Devisierungsprogramme ermöglichen Planern die Erstellung von Leistungsverzeichnissen für die Ausschreibung von Bauleistungen (Devisierung). Die Devisierung erfolgt aufgrund einer genormten Grundlage, welche integraler Bestandteil der Software ist.

22. (Vor-) Kalkulationsprogramme dienen Unternehmen zur Preisberechnung der mittels Devisierungsprogrammen ausgeschriebenen Bauleistungen. Diese Programme bedürfen zusätzlich der Integration von Kalkulationshilfen (Standard-Analysen), welche sich auf die genormte Grundlage der Leistungsbeschreibung beziehen.

23. Regietarifprogramme dienen Unternehmen zur Verrechnung von Bauleistungen nach Aufwand unter Zuhilfenahme von Kalkulationshilfen (Regietarife).

24. Als sachlich relevante Märkte können somit folgende Märkte abgegrenzt werden:

- Der Markt für Dateien, die für die normierte Devisierung im Baubereich benötigt werden.
- Der Markt für Standard-Analysen (Kalkulationshilfen) in Form von Kalkulationsdateien.
- Der Markt für Dateien, welche Regietarife für die Baubranche enthalten.

25. Die Marktgegenseite in diesen Märkten sind die Softwarehersteller, welche die die sachlich relevanten Märkte umfassenden Dateien zur Entwicklung von Programmen benötigen.

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 lit. b VKU).

27. Als räumlich relevanter Markt ist die (gesamte) Schweiz zu betrachten. Dies ergibt sich dadurch, dass die fraglichen Daten für die schweizerische Baubranche entwickelt wurden und nicht durch ausländische Äquivalente ersetzt werden können, d.h. nur in der Schweiz angeboten werden.

1.3.2 Marktstellung

28. Die CRB verfügt auf dem Markt für Daten zur genormten Ausschreibung von Bauleistungen (Devisierung) mit den NPK über eine Monopolstellung. Es existieren keine Anbieter von substituierbaren Normierungsdateien.

29. Dem SBV muss eine marktbeherrschende Stellung bezüglich der Regietarife zugeschrieben werden. Es sind keine valablen Alternativen zu den SBV-Dateien für das Bauhauptgewerbe vorzufinden.

30. Neben den vom SBV angebotenen Standard-Analysen sind funktional austauschbare Analysen von zwei weiteren Anbietern erhältlich, welche ebenfalls auf dem NPK beruhen. Deren Abgabe bedarf keiner Software-Prüfung.

31. Nachforschungen des Sekretariats haben ergeben, dass von den Anwendern überwiegend die SBV-Analysen eingesetzt werden. Obwohl für Software-Hersteller funktional austauschbare Alternativen zur Verfügung stehen, ist die fehlende Einsatzmöglichkeit der SBV-Analysen in den Programmen daher praktisch gleichbedeutend mit Ausschluss von einem wichtigen Kundensegment.

1.3.3 Ergebnis

32. Bei der CRB handelt es sich um ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für Dateien für die normierte Devisierung (NPK Bau).

33. Im vorliegenden Zusammenhang kann auch der SBV bezüglich der Regietarife für das Bauhauptgewerbe als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 4 Abs. 2 KG qualifiziert werden.

34. Was Standard-Analysen anbelangt, kann dem SBV vermutlich eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zugeschrieben werden.

2 Unzulässige Verhaltensweisen (Art. 7 KG)

2.1 CRB

35. Der NPK Bau ist eine wichtige Voraussetzung zur Schaffung eines Datenverbunds der Baubranche. Die CRB setzt für die Abgabe der NPK-Dateien die Prüfung der Software betreffend Einhaltung der Minimalanforderungen CRB '92 voraus. Diese sind im "NPK Bau: Information für Anwender '92", Anhang 1 sowie der SIA 451, Ausgabe 1992, inkl. den dazugehörigen Merkblättern, festgehalten.

36. Es ist plausibel, dass die Gewährleistung der Schnittstellenkompatibilität sowie die korrekte Verarbeitung der Daten im Interesse der Software-Hersteller liegt, da der Markterfolg der angebotenen Programme davon abhängt. Es stellt sich somit die Frage, ob sich einerseits eine Notwendigkeit für die Prüfung der Software ableiten lässt und andererseits die damit verbundenen Anforderungen Tatbestände von Art. 7 KG erfüllen, insbesondere Abs. 2 lit. c und e.

37. Die CRB argumentiert, dass die Prüfungsanforderungen bzw. Bedingungen zum Schutze der Kunden bzw. Mitglieder im Sinne einer Gleichbehandlung eingehalten werden müssen. Allerdings kann die Notwendigkeit des durch die Anforderungen erzwungenen Lei-

stungsumfangs von der CRB gemäss Auffassung des Sekretariats nicht begründet werden. Vom Sekretariat angefragte Hersteller weisen darauf hin, dass die in der Information für Anwender 1992 festgelegten Minimalanforderungen den Leistungswettbewerb beeinträchtigen und eine günstigere und bedürfnisorientierte Ausrichtung der Programme teilweise verunmöglichen.

38. Laut Angaben der CRB erfolgt der Softwaretest durch einen neutralen Tester (PBK AG, Pfäffikon). Allerdings muss in Betracht gezogen werden, dass die Entscheidungsbefugnisse nicht beim unabhängigen Tester, sondern bei der CRB selbst liegen. Dies ist problematisch, weil der SBV als ein Trägerverein der CRB ebenfalls als Anbieter entsprechender Software auftritt. Durch die Verbindung der CRB mit dem SBV ist nicht auszuschliessen, dass der SBV durch die Lizenzkontrollen einen Informationsvorsprung gegenüber der Konkurrenz oder gar Einsicht in Geschäftsgeheimnisse der Konkurrenz erhält.

39. Ein Teil der befragten Hersteller bestätigt, dass der Prüfvorgang einen Einblick in Geschäftsgeheimnisse (z.B. Innovationen) erlaubt. Die Frage an die CRB, weshalb das Programm an sich, und nicht die Exportdiskette des Herstellers hinsichtlich der Schnittstellenkompatibilität geprüft wird, konnte gemäss Auffassung des Sekretariats nicht stichhaltig beantwortet werden.

40. Somit bestehen Anhaltspunkte, dass die Prüfung der Software bzw. die daran geknüpften Bedingungen eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c und e darstellen.

2.2 SBV

41. Programme, welche Regietarife SBV oder Standard-Analysen SBV verwenden, bedürfen einer SBV-Datennutzungslizenz. Diese bedingt eine Prüfung der Software bezüglich der Preisbildung u.a., welche den Minimalanforderungen des SBV genügen muss. Die Anforderungen sind in der Information für Anwender 1993 betreffend die Verwendung von Regietarifen SBV bzw. Standard-Analysen SBV aufgeführt.

42. Hinsichtlich der Softwareprüfung stellt sich die Frage, ob deren Notwendigkeit abgeleitet werden kann und die damit verbundenen Anforderungen mit Art. 7 KG, insbesondere Abs. 2 lit. c und e, vereinbar sind.

43. Die Tests der Programme werden durch die Firma PBK AG, Pfäffikon, durchgeführt. Die Entscheidung über die Zulassung der Software wird durch die TBA des SBV gefällt. Dies erscheint kartellgesetzlich problematisch, als dass die Abteilung Informatik des SBV dieselben Programme anbietet und daher ein Einblick in Geschäftsgeheimnisse der Konkurrenz nicht auszuschliessen ist. Die Lizenzkontrollen ermöglichen dem SBV ausserdem Informationen bezüglich Kunden und Verkäufen der Konkurrenz.

44. Die Programme müssen alle geänderten Regietarife SBV (Kontroll-, Text- und Preisdateien) zwingend mit einem "R" markieren. Der Verdacht, wonach die erzwungene Markierung von SBV-eigenen Programmen umgangen werden kann, wird vom SBV nicht widerlegt.

45. Es bestehen somit Anhaltspunkte einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung durch den SBV im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c und e.

46. Hinsichtlich der vom SBV zur Verfügung gestellten Kalkulationshilfen (Standard-Analysen und Regietarife) stellt sich übrigens die Frage nach der Beeinflussung der Baupreisbildung, was unvereinbar mit Art. 5 Abs. 3 lit. a KG wäre. Diesbezüglich ist im SBV Jahresbericht 1996, S.21, folgende Aussage zu lesen: "Der Regietarif muss unter dem Aspekt des Kartellgesetzes hinterfragt werden." Eine Beurteilung des Inhalts bzw. der Verwendung der vom SBV zur Verfügung gestellten Kalkulationshilfen ist allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung.

2.3 Anregungen des Sekretariats und Massnahmen der Beteiligten

47. Mit Brief vom 31. Dezember 1997 wurde aufgrund der angestellten Ermittlungen der CRB mitgeteilt, dass Anhaltspunkte einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung vorliegen und im Sinne einer Beratung folgende vorzunehmenden Anpassungen vorgeschlagen:

- Abschaffung der Prüfungspflicht für die Herausgabe von NPK-Dateien (Auslieferung der Daten auf Wunsch der Nachfrage ohne Prüfung von Anwendungsprogrammen).
- Allenfalls Abgabe eines 'Gütesiegels' aufgrund einer freiwilligen Prüfung, welche die Schnittstellenkompatibilität der betreffenden Software belegt [...].

48. Zunächst zeigte die CRB keine Bereitschaft, die angeregten Anpassungen umzusetzen, worauf Klossner und Partner am 28. Januar 1998 ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen einreichte, welches sowohl die Abschaffung der obligatorischen Prüfung für die Abgabe der fraglichen CRB- als auch der SBV-Dateien beinhaltet. Das Gesuch wurde gleichen Datums an den Rechtsvertreter der CRB und des SBV zur Stellungnahme weitergeleitet.

49. In der Stellungnahme zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 11. Februar gibt der Rechtsvertreter der CRB und des SBV die Zusage, die angeregten Anpassungen innert 6 Monaten vorzunehmen und dass die Lizenzkontrollen nicht zur Information von Anbietern entsprechender Software führen darf. Mit Klossner und Partner soll innert 3 Monaten eine Lösung gefunden werden.

50. In Anbetracht der beidseitig gezeigten Verhandlungsbereitschaft teilte das Sekretariat am 13. Februar 1998 Klossner und Partner mit,

dass sich unter den gegebenen Umständen die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht aufdrängt. Die Verhandlungen führten am 27. März 1998 zu einer einvernehmlichen Lösung zwischen den Parteien, so dass das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen faktisch gegenstandslos und von Klossner und Partner am 15. April 1998 zurückgezogen wurde.

C. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sowohl seitens der CRB als auch des SBV unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c und e KG vorliegen;
2. stellt fest, dass die CRB mit Klossner und Partner eine einvernehmliche Lösung gefunden hat;
3. stellt fest, dass die CRB und der SBV am 11. Februar 1998 zugesichert haben, die geäusserten kartellgesetzlichen Einwände innert sechs Monaten, d.h. bis zum 11. August 1998 auszuräumen;
4. verzichtet auf die Einleitung einer Untersuchung gemäss Artikel 27 KG, behält sich allerdings vor, eine solche im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums in die Wege zu leiten;
5. prüft die kartellgesetzliche Zulässigkeit der Verwendung der Kalkulationshilfen im Baugewerbe in einem separaten Verfahren;
6. Kosten

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

B 2 **2. Untersuchungen**
Enquêtes
Inchieste

B 2.2 **1. Swisscom - Centrex**
Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG
Enquête selon art. 27 ss. LCart
Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 22. Juni 1998 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG „Swisscom – Centrex“ gegen Swisscom AG, Viktoriastrasse 21, 3050 Bern wegen Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 29 KG)

A. Sachverhalt

1. Die Einkaufsgesellschaft Telekommunikations AG, Zürich („EGTel“) meldete dem Sekretariat der Wettbewerbskommission („Sekretariat“) am 30. September 1997 eine angeblich unzulässige Verhaltensweise der Swisscom AG, Bern („Swisscom“). EGTel beklagte sich über die Weigerung der Swisscom, das Kommunikationssystem „Centrex“ zu installieren, wenn Teilnehmervermittlungsanlagen („TVA“) eingebunden werden sollen, die nicht im Sortiment der Swisscom stehen.
2. Centrex ist die Abkürzung für „**C**entral **O**ffice **E**xchange **S**ervice“. Aufgrund neuer technischer Möglichkeiten, u.a. durch die Digitalisierung der Zentralen, können mit Centrex kundenspezifische virtuelle Netze realisiert werden. So kann der Centrex-Kunde beispielsweise jeden ans spezifische Centrex-Netz angeschlossenen Teilnehmer unabhängig vom geographischen Standort über eine interne Nummer erreichen.
3. EGTel wurde von verschiedenen Installateuren als unabhängige Einkaufszentrale gegründet. Ihr Ziel ist, im Bereich der Fernmeldeanlagen eine Alternative zum Sortiment von Swisscom anzubieten.
4. Im vorliegenden Fall hat sich die Swisscom (Direktion Lausanne) geweigert, bei der Firma McCash SA in St. Léger eine TVA, die bei einer EGTel-Partnerfirma (TSA Télécom SA, Genève) gekauft wurde, in ein Centrex-Netz einzubinden. EGTel vertritt die Ansicht, dass es ihr damit erschwert oder gar verwehrt werde, TVA zu verkaufen.
5. Swisscom bestreitet ihrerseits nicht, dass sie sich sowohl im unter Rz. 4 beschriebenen Fall wie auch grundsätzlich weigert, nicht in ihrem Sortiment stehende TVA in Centrex einzubinden. Sie begründet dieses Verhalten neben anderen technischen und betrieblichen Argumenten zusammenfassend damit, dass es nicht möglich sei, alle Leistungsmerkmale von Centrex anzubieten, wenn TVA in das virtuelle Netz eingebunden werden. Im weiteren sei aufgrund fehlender standardisierter Protokolle für die Einbindung von TVA in Centrex-Netze mit schwer lokalisierbaren Störungen und Netzausfällen zu rechnen. Swisscom bestritt jedoch von Anfang an das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens.

B. Verfahren

6. Das Sekretariat eröffnete am 8. Oktober 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Zur Abklärung des Sachverhaltes wurden Swisscom, EGTel und das Bundesamt für Kommunikation („Bakom“) befragt.

7. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens. Das Sekretariat eröffnete deshalb am 22. Januar 1998 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gegen Swisscom gemäss Art. 27 KG. Die Untersuchung wurde mittels amtlicher Publikation bekanntgemacht.

8. Im Rahmen der Untersuchung wurden Swisscom, Siemens (Schweiz) AG, Ascom, Philips (Schweiz) AG, Alcatel Schweiz und das Bakom zu Stellungnahmen eingeladen. Die eingegangenen Stellungnahmen laufen inhaltlich stark auseinander. Siemens (Schweiz) AG und Ascom vertreten wie Swisscom die Meinung, dass technische Probleme bei der Einbindung von TVA in Centrex nicht auszuschliessen sind. Philips (Schweiz) AG und teilweise Alcatel Schweiz sowie das Bakom sind der Ansicht, dass keine technischen Probleme zu erwarten sind.

9. Am 4. März 1998 erfolgte eine Akteneinsicht durch den Rechtsvertreter der Swisscom.

10. Im Anschluss an die Akteneinsicht und nach einer entsprechenden Anfrage durch das Sekretariat erklärte sich Swisscom am 7. April 1998 zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG bereit. Der Inhalt der einvernehmlichen Regelung wurde anlässlich einer Sitzung zwischen Swisscom und dem Sekretariat am 1. Mai 1998 aufgrund eines Vorschlags des Sekretariates bestimmt.

11. Der Inhalt der einvernehmlichen Regelung wurde anschliessend EGTel zur Stellungnahme vorgelegt.

12. Swisscom wurde dieser Verfügungsentwurf zur Stellungnahme unterbreitet.

C. Erwägungen

1 Einvernehmliche Regelung (Art. 29 KG)

13. Die im Rahmen der Untersuchung eingeholten Auskünfte haben bezüglich der von Swisscom angeführten technischen Schwierigkeiten bei der Einbindung von TVA in Centrex nicht zu einem einheitlichen Bild geführt. Während Siemens und Ascom das Entstehen von Störungen im Netz bei der Einbindung von TVA als möglich erachten, äussern sich Philips und teilweise auch Alcatel und das Bakom gegenteilig.

14. Die weitere Untersuchung der technischen Details wäre aufwendig, weil nur mit einem unabhängigen Gutachten festgestellt werden könnte, ob effektiv technische Probleme vorhanden sind. Ohne umfassende Klärung der technischen Aspekte ist es nicht möglich, eine kartellrechtliche Beurteilung des Verhaltens von Swisscom vornehmen zu können.

15. Das Sekretariat hat deshalb von der Möglichkeit gemäss Art. 29 KG Gebrauch gemacht und Swisscom vorgeschlagen, die Untersuchung mittels einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen.

16. Mit der einvernehmlichen Regelung soll die von EGTel beklagte und kartellrechtlich möglicherweise unzulässige Verhaltensweise der Swisscom beseitigt werden. Als zentraler Punkt muss dabei eine nicht-diskriminierende Ausgestaltung des Centrex Angebots für alle Kunden gewährleistet werden. Die Einbindung von TVA soll unabhängig von Bezugsquelle, Hersteller und Installateur der TVA erfolgen.

17. Daraus ergibt sich nachstehende einvernehmliche Regelung zwischen Swisscom und dem Sekretariat:

1. Swisscom offeriert Centrex-Dienste ab sofort ausnahmslos auch allen Kunden mit Teilnehmervermittlungsanlagen (TVA), ungeachtet der Bezugsquelle, des Herstellers und des Installateurs der betriebenen TVA (Bakom-Konformität wird vorausgesetzt).
2. Ein von Swisscom allenfalls erstellter Haftungsrevers wird gegenüber allen Kunden gleich angewendet.
3. Swisscom orientiert intern die Centrex-Verantwortlichen über den Inhalt dieser einvernehmlichen Regelung.

18. Die einvernehmliche Regelung ist in dieser Form von Swisscom und EGTel akzeptiert worden. EGTel bestätigt, dass die von ihr beklagte Verhaltensweise der Swisscom damit beseitigt wird und ist materiell mit der einvernehmlichen Regelung einverstanden.

19. EGTel hat sich vom Verfahren vor der Wettbewerbskommission auch eine Entschädigung für entstandenen Schaden erhofft und hat deshalb eine Fortsetzung der detaillierten materiellrechtlichen Überprüfung des Verhaltens von Swisscom angeregt. Für das Geltendmachen von Schadenersatzansprüchen aus Wettbewerbsbehinderungen ist jedoch der zivilrechtliche Weg zu beschreiten (Art. 12 ff. KG).

20. Mit der Einhaltung der einvernehmlichen Regelung wird die beklagte und möglicherweise kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweise der Swisscom beseitigt. Eine abschliessende materiellrechtliche Überprüfung der Vorwürfe gegen Swisscom wird somit hinfällig und die Untersuchung gemäss Art. 27 KG kann eingestellt werden.

21. Die einvernehmliche Regelung wird von der Wettbewerbskommission mittels Verfügung genehmigt (Art. 29 Abs. 2 KG).

2 Kosten

22. Gestützt auf die am 1. April 1998 in Kraft getretene Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 25. Februar 1998 ist unter ande-

rem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung).

23. Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 9 KG-Gebührenverordnung gilt bei Verfahren, die beim Inkrafttreten der KG-Gebührenverordnung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Verordnung erfolgt ist, das bisherige Recht.

24. Als bisheriges Recht gilt die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041). Gestützt auf Art. 13 der genannten Verordnung kann die Wettbewerbskommission für den Erlass von Verfügungen Verfahrenskosten in Rechnung stellen.

25. Die Untersuchung wurde am 22. Januar 1998 eröffnet und fällt somit unter die Übergangsbestimmung von Art. 9 KG-Gebührenverordnung.

26. Die Kosten für das Verwaltungsverfahren zwischen dem 22. Januar 1998 und dem 31. März 1998 betragen:

Verfahrenskosten	XXX Fr.
Kanzleigebür	XXX Fr.

27. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung wird für Verwaltungsverfahren eine Gebühr erhoben, die sich nach dem Zeitaufwand bemisst. Es gilt ein Stundenansatz von 130 Franken (Art. 4 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung). Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden. (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

28. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Verfahren keine ausserordentlichen Umstände, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Dies ist umso mehr der Fall, als die einvernehmliche Regelung frühzeitig angestrebt wurde. Die aufgewendete Zeit beträgt 7,1 Stunden. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission und des Sekretariats zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung).

29. Die Kosten für das Verwaltungsverfahren ab dem 1. April 1998 betragen demnach:

Gebühr	XXX Fr.
Auslagen	XXX Fr.

D. Dispositiv

30. Die Wettbewerbskommission verfügt, gestützt auf die vorangehenden Erwägungen, folgendes:

1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachstehende einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG.
2. Zwischen Swisscom und dem Sekretariat wird einvernehmlich geregelt:
 - a) Swisscom offeriert Centrex-Dienste ab sofort ausnahmslos auch allen Kunden mit Teilnehmervermittlungsanlagen (TVA), ungeachtet der Bezugsquelle, des Herstellers und des Installateurs der betriebenen TVA (Bakom-Konformität wird vorausgesetzt).
 - b) Ein von Swisscom allenfalls erstellter Haftungsrevers wird gegenüber allen Kunden gleich angewendet.
 - c) Swisscom orientiert intern die Centrex-Verantwortlichen über den Inhalt dieser einvernehmlichen Regelung.
3. Die Untersuchung gemäss Art. 27 KG wird eingestellt.
4. Kosten
5. Rechtsmittelbelehrung

B 2.2 2. **Service- und Reparaturleistungen an Öl- / Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen**

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 betreffend Service- und Reparaturleistungen an Öl- / Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen (Zentralheizungsmaterial) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG.

A. Sachverhalt

1 Anlass

1. Mit Schreiben vom 13. März 1996 beklagte sich ein Architekt aus der Romandie über Wettbewerbsabreden im Markt für Service- und Reparaturleistungen an Zentralheizungsanlagen. Der Kläger legte seinem Schreiben die Rechnung für die Reparatur an seiner Heizung sowie eine von zwei Verbänden herausgegebene Tarif-/Preisliste für solche Arbeiten bei. Die vorgesehenen Tarifansätze und die verrechneten Ansätze stimmen miteinander überein.

2. Am 22. September 1997 überreichte der Preisüberwacher dem Sekretariat ein Schreiben, in dem sich ein Konsument über eine zu hohe Rechnung für eine Reparatur an seiner Heizung beklagte. Die verrechneten Ansätze weichen kaum von der oben erwähnten Tarifliste ab.

2 Die Verbände und die Tariflisten

3. Die Herstellungs- und Importbranche von Zentralheizungsmaterial war bis zu Beginn dieses Jahres in zwei bedeutenden Verbänden organisiert. Es waren dies der VSO (Verband Schweizerischer Öl- und Gasbrennerunternehmen) mit 12 Mitgliedsfirmen und die KRW (Vereinigung der Kessel- und Radiatoren-Werke) mit 13 Mitgliedsfirmen. Am 1. Januar 1998 haben sich die beiden Verbände in der PROCAL (Lieferantenverband Heizungsmaterialien) zusammengeschlossen.

4. Von den Herstellern/Importeuren gelangen die Anlagen an die Installateure. Das installierende Gewerbe ist überwiegend im VUOG (Verband unabhängiger Öl- und Gasbrenner-Unternehmungen), im CLIMA SUISSE (Verband Schweizerischer Heizungs- und Lüftungsfirmen) sowie im SSIV (Schweizerischer Spenglermeister- und Installateur-Verband) organisiert.

5. Die PROCAL-Mitglieder haben in den letzten Jahren - im Zuge der Luftreinhalteverordnung 92 (LRV 92) - ein Netz für Serviceleistungen an ihren Geräten aufgebaut. Insbesondere für die ehemaligen VSO-Mitglieder spielt die Tätigkeit im Bereich der Serviceleistungen (Störung Feuerungsanlage; Brennerservice) eine bedeutende Rolle.

6. Der VSO und die KRW gaben jährlich gemeinsam eine Tarifliste für Service- und Regie-Arbeiten für Brenner und Kompaktwärmezentralen heraus.

7. Die Tarifliste regelt:

a) **Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschläge** für Regiearbeiten an Brennern und Kompaktwärmezentralen. Die Tarifliste 1997 sieht folgende Ansätze vor:

- Grundtaxe:	35.--
- Stundenansatz:	110.60
- Zuschläge ausserhalb der normalen Arbeitszeit:	
- Mo. - Fr. zwischen 18.00 und 20.00 Uhr	25%
- werktags zwischen 20.00 und 06.00 Uhr	50%
- Sonn- und allgemeine Feiertage	100%

b) **Abonnementspreise** für Brenner und Kompaktwärmezentralen, abgestuft nach deren technischen Merkmalen wie Leistungsbereich und dergleichen.

c) **Ansätze für weitere Dienstleistungen** im Zusammenhang mit Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen (Eingaben Feuerpolizei, etc.)

8. Einige Mitglieder der PROCAL wie beispielsweise Sixmadun, Oertli Cuenotherm und Elco, haben eigene Tariflisten für Stundenansätze und Serviceabonnemente. Wie die im folgenden aufgeführte Auswahl zeigt, weichen deren Ansätze (1997) indessen kaum von denjenigen der VSO/KRW-Tarifliste (1997) ab:

- Der Stundenansatz für Regiearbeiten ist bei Elco identisch mit demjenigen der VSO/KRW-Tarifliste 1997.
- Ähnliches gilt für den Stundenansatz der Tarifliste von Sixmadun. Er weicht um 10 Rappen von demjenigen der VSO/KRW-Tarifliste ab.
- Hoval (ehemaliges KRW-Mitglied) wendet ebenfalls den auf der VSO/KRW-Tarifliste vorgesehenen Stundenansatz an.
- Der Stundenansatz von Oertli ist um 1.40 Franken höher als derjenige der VSO/KRW-Tarifliste.

9. Die Preise für Serviceabonnemente für Brenner der PROCAL-Mitglieder, die eigene Tariflisten herausgeben, schwanken innerhalb einer gewissen Bandbreite um die vorgesehenen Ansätze der Verbandstarifliste oder sind teilweise identisch. Es ist indessen anzumerken, dass gewisse Leistungserbringer (herstellereigene Serviceorganisationen) ihre Abonnementspreise nach dem Brennertyp festlegen (bspw. Oertli), während die Ansätze bei der Verbandstarifliste nach der Feuerungswärmeleistung abgestuft werden. Das erschwert einen direkten Vergleich der firmeneigenen Tariflisten (der herstellereigenen Serviceorganisationen) mit der Verbandstarifliste. Immerhin können folgende repräsentative Beispiele aufgeführt werden:

- Bei Oertli kostet das günstigste Brennerservice-Abonnement gemäss der Oertli-Tarifliste 367.- Franken, während die VSO/KRW-(PROCAL)-Tarifliste für das vergleichbare (günstigste) Abonnement einen Ansatz von 364.- Franken vorsieht.
- Cuenod verrechnet – gemäss der Cuenod-Tarifliste – für ein Abonnement ohne Material für einen einstufigen Brenner vom Typ 502 (Leistungsbereich > 36 kW) 407.- Franken. Die VSO/KRW-Tarifliste sieht für ein vergleichbares Abonnement, also für einen einstufigen Brenner mit Leistungsbereich, zwischen 36 und 70 kW ebenfalls einen Ansatz von 407.- Franken vor.

10. Insgesamt ist davon auszugehen, dass diese firmeneigenen Tariflisten dieselben sind wie die VSO/KRW (PROCAL)-Verbandstarifliste oder sich zumindest stark an letzterer orientieren. Im folgenden wird deshalb nur noch von der Verbandstarifliste die Rede sein. Firmenei-

gene Tariflisten, die identische Ansätze vorsehen, werden dabei implizit erfasst.

11. Auf die während der Vorabklärung gestellte Frage des Sekretariats, was die gemeinsame Tarifliste bezwecke, antwortete der VSO:

- „...die einheitliche Regelung der fakturierten Leistungen,
- die Definition der Zuschläge sowie
- die Empfehlung für die Preisgestaltung ...“.

12. Der Verband KRW meinte zur gleichen Frage (Fragebogen der Vorabklärung):

„...die entsprechenden Arbeiten müssen besonders seriös erledigt werden und erfordern ihren Preis. Daher haben wir uns zur Verbandsspreislite entschlossen. Die Ansätze gemäss Preisliste werden nach unseren Feststellungen im normalen kleinen Tagesgeschäft weitgehend angewendet.“

13. Zu diesem Schluss gelangen auch die Ermittlungen des Sekretariats, wobei zu erwähnen ist, dass gewisse PROCAL-Mitglieder den Immobilienverwaltungen teilweise Mengenrabatte gewähren.

14. Die VUOG-, CLIMA SUISSE- und SSIV-Mitglieder (Installateure von Heizungsmaterial) sind ebenfalls im Reparatur-, Service- und Wartungsgeschäft von Brennern tätig.

15. Auch der VUOG gibt eine Tarif-/Preisliste für Service- und Regie-Arbeiten bei Kunden und Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie für weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen (Eingaben Feuerpolizei, etc.) heraus.

16. Der CLIMA SUISSE und der SSIV geben ihren Mitgliedern ebenfalls jährlich Regieansätze für die Fakturierung von Service- und Regie-Arbeiten bei Kunden, Serviceabonnements und weiteren Dienstleistungen im Zusammenhang mit Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen ab.

17. Die Ansätze der oben dargestellten jährlichen Tarif-/Preislisten des VSO/KRW (PROCAL), des VUOG, des CLIMA SUISSE und des SSIV sind identisch.

18. Hinsichtlich der erwähnten Tarifliste meinte der VUOG:

- Die Tarifliste ist nur eine Richtpreis-Vorlage, um die oberen Grenzen zu ziehen. Nach unten ist jeder frei.

19. In seiner Stellungnahme vom 9. Juni 1998 meinte der CLIMA SUISSE zu den Tariflisten:

- „Kalkulationshilfen im Bereich der Service- und Reparaturleistungen haben, soweit sie heute noch bestehen, nur statistischen Wert, bzw. dienen als Richtgrösse. Es ist denn auch primär die öf-

fentliche Hand, welche solche Werte fordert, um die Vorschriften der Beschaffungsgesetzgebung besser vollziehen zu können. Die erwähnten Kalkulationshilfen haben aber innerhalb des CLIMA SUISSE keinerlei verbindlichen Charakter. Das gleiche gilt auch für die anderen Branchenverbände.“

20. Der SSIV meinte anlässlich seiner Eingabe vom 15. Juni 1998, dass

- die Preise der Verbandspreisliste ... unter Umständen, im Einzelfall zur Anwendung kommen (vgl. Ziff. 49).

21. Die Ermittlungen des Sekretariats vom Winter 1997/98 haben gezeigt, dass die VUOG-, CLIMA SUISSE- und die SSIV-Mitglieder (Installateure) die Tarifansätze teilweise nicht strikte einhalten. Viele Leistungserbringer haben indessen ausgesagt, dass sie sich an den VUOG-, CLIMA SUISSE- und SSIV-Tarifansätzen orientieren. Ihre Rechnungen weichen durchschnittlich etwa 10% von den vorgesehenen Verbandsansätzen ab.

3 Verfahren

22. Das Sekretariat hat am 3. April 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet.

23. Die Vorabklärung hatte Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede ergeben, weshalb das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 24. November 1997 im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnete.

24. Die Eröffnung der Untersuchung wurde im Handelsamtsblatt vom 1. Dezember 1997 und im Bundesblatt vom 9. Dezember 1997 (BBI 1997 IV 1478) publiziert.

25. Während der Frist von 30 Tagen haben sich keine Dritten gemeldet, um sich am Verfahren zu beteiligen.

26. Am 25. Februar 1998 wurde die Untersuchung im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission auf den CLIMA SUISSE ausgedehnt.

27. Diese Ausdehnung der Untersuchung wurde am 17. März 1998 im Handelsamtsblatt und am 24. März 1998 im Bundesblatt (BBI 1998 II 1366) erneut publiziert.

28. Während der Frist von 30 Tagen haben sich keine Dritten gemeldet.

29. Mit Schreiben vom 5. Mai 1998 wurden die Parteien zur Stellungnahme zu diesem Sachverhalt eingeladen.

30. Am 12. Juni 1998 wurde die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission auf den SSIV ausgedehnt.

31. Mit Schreiben vom 17. Juni 1998 ging beim Sekretariat die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des gemeinsamen Rechtsvertreters der Verbände ein. Dieser Eingabe waren die Stellungnahmen des CLIMA SUISSE und des SSIV integral beigelegt.

32. Der Rechtsvertreter der Verbände bestreitet die Richtigkeit der zusammengefassten Feststellungen sowie der angeführten Erwägungen. Er machte insbesondere geltend, dass die Sachverhaltsdarstellung auf Abklärungen aus den Jahren 1996 und 1997 beruhen und die Aussagen heute überholt seien. Insbesondere habe die Kundentreue abgenommen, und der Preiskampf sich massiv verschärft. Der Wettbewerb funktioniere und werde in keiner Art und Weise beeinträchtigt.

33. Die Sachverhaltselemente beruhen auf einer Umfrage, die das Sekretariat zwischen Dezember 1997 und Februar 1998 durchgeführt hat (vgl. Ziff. 21).

B. Erwägungen

1 Allgemeines

1.1 Unternehmen

34. Das Kartellgesetz gilt gemäss Art. 2 KG für Unternehmen, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen (vgl. BBl 1995 I 533 [Botschaft]). Die Anbieter von Reparatur- und Serviceleistungen an Zentralheizungsanlagen sind solche Unternehmen.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

1.3 Wettbewerbsabrede

36. 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).

37. Das Herausgeben von identischen Tariflisten durch die Verbände VSO/KRW (PROCAL), VUOG, CLIMA SUISSE und SSIV an ihre Mitglieder ist als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren, weil damit eine einheitliche Preisfestsetzung bezweckt wird.

2 Beurteilung der Abreden

2.1 Preisabreden

38. Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden unzulässig, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen er-

heblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen.

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

40. Die Mitglieder des VSO/KRW (PROCAL), des VUOG, des CLIMA SUISSE und des SSIV erbringen allesamt Service- und Reparaturleistungen an Zentralheizungen. Bei dieser Geschäftstätigkeit stehen sie miteinander im Wettbewerb.

41. Die Abreden der vier Verbände decken den gesamten relevanten Markt ab.

42. Der sachlich relevante Markt umfasst Service- und Reparaturleistungen an Zentralheizungen, die von Privatpersonen und Immobilienverwaltungen nachgefragt werden. Eine Unterscheidung nach diesen beiden Kundengruppen erübrigt sich, weil die Preisfestsetzung für beide Gruppen auf derselben Tarifliste (vgl. Ziff. 7 und 44) beruht.

43. Der räumliche Markt wäre regional abzugrenzen, weil die Marktgegenseite Serviceleistungen in der Regel innerhalb eines begrenzten Gebietes nachfragt. Im vorliegenden Fall ist es indessen nicht nötig, regionale Märkte zu bilden, denn die an der Abrede Beteiligten betätigen sich in der gesamten Schweiz. Somit liegen homogene Wettbewerbsbedingungen vor, die eine Ausdehnung des relevanten Marktes auf das Gebiet der Schweiz rechtfertigen. Der räumlich relevante Markt ist deshalb das Gebiet der Schweiz.

44. Die identischen, aber unverbindlichen

- a) Stundenansätze, Grundtaxen und Zuschläge
- b) Abonnementspreise
- c) Ansätze für weitere Dienstleistungen

des VSO/KRW (PROCAL), des VUOG und des CLIMA SUISSE und des SSIV für Service- und Reparaturarbeiten bei Kunden bilden Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Sie beseitigen vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG.

2.2 Verhalten

45. Laut eigenen Aussagen des ehemaligen KRW (vgl. Ziff. 12) werden die Tarifansätze der VSO/KRW-(PROCAL)-Tarifliste sowie die firmeneigenen Tariflisten von den Serviceorganisationen der HeizungsHersteller im normalen Tagesgeschäft weitgehend angewendet. Die

Heizungshersteller haben im Servicebereich einen Marktanteil von etwa 50%.

46. Die Ermittlungen des Sekretariats bestätigen die Aussage, wonach die Serviceorganisationen der Hersteller die Tariflisten weitgehend einhalten.

47. Die Ermittlungen haben des weiteren gezeigt, dass die VUOG-, CLIMA SUISSE- und SSIV-Mitglieder (Installateure) die Tarifansätze nicht immer strikte einhalten, sich bei der Preisfestsetzung aber gemäss ihren eigenen Aussagen an den Verbandstariflisten orientieren. Die in den Verbänden organisierten Installateure erreichen im Servicebereich einen Marktanteil von etwa 40%.

48. Aus den Tatsachen, dass

- die Herstellerorganisationen (PROCAL-Mitglieder) die Tariflisten weitgehend einhalten,
- die Installateure (VUOG-, CLIMA SUISSE- und SSIV-Mitglieder) die Tariflisten als Orientierungsbasis für ihre Preisgestaltung verwenden und somit insgesamt eine gleichgerichtete Preisfestsetzung haben
- sowie die PROCAL-, VUOG-, CLIMA SUISSE- und SSIV-Mitglieder einen Marktanteil von 90% haben,

ergibt sich, dass eine Abrede unterliegt, die tatsächlich weitgehend eingehalten wird. Gelegentliche Abweichungen von durchschnittlich etwa 10% vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

2.3 Widerlegung der Vermutung

49. Die Parteien meinen sinngemäss, dass trotz den Verbandstariflisten wirksamer Wettbewerb herrsche. Sie machen insbesondere geltend:

1. „Der Kunde ist am Wettbewerb wenig interessiert. Wie bei anderen Investitionsgütern wendet er sich vorab einmal an den Hersteller oder Händler, der ihm dieses Gut verkauft hat. ... Entsprechend verzichtet er auf eine Gegenofferte, solange er den Preis als realistisch betrachtet. ...
2. Der Kunde hat eine nicht sehr ausgeprägte Preissensibilität. Da Servicearbeiten an Heizungen nur sehr unregelmässig ausgeführt werden, ist der Kunde auf Richtgrössen und statistische Werte angewiesen, um eine Preisvorstellung zu erhalten. Einen Preis, der nahezu dem Branchenschnitt entspricht, erachtet er als akzeptabel.
3. Bei Notfällen wie einem Heizungsausfall im Winter ist der Kunde auf eine Dienstleistung innert Stunden angewiesen. Hier hat er kaum die Möglichkeit den Wettbewerb spielen zu lassen. Entsprechend froh ist er, wenn seine Notlage nicht

entsprechend dem wettbewerbspolitischen Grundsatz von Angebot und Nachfrage ausgenutzt wird, indem für das knappe Gut der Bereitschaft ein überrissener Preis verlangt wird. "

50. Diese Rechtfertigungsversuche der Verbände genügen nicht, um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG zu entkräften. Vielmehr belegen sie die eingeschränkten Wahlmöglichkeiten der Kunden im Umfeld eines nicht wirksamen Preiswettbewerbs. Wie sich die Konsumenten bei kompetitiven Bedingungen verhalten würden, bleibt offen.

51. Tatsächlich bildet der Preis bei Service- und Reparaturarbeiten an Zentralheizungen einen zentralen Wettbewerbsparameter. Die verschiedenen Einsätze und Disponibilitäten könnten sich gerade in Preisdifferenzen niederschlagen und den Kunden eine echte Auswahl ermöglichen. Die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb durch die Preisabreden der PROCAL (vormals VSO und KRW), des VUOG, des CLIMA SUISSE und des SSIV über Service- und Regie-Arbeiten bei Kunden und Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmeeinheiten sowie über die Inbetriebnahme, Betriebsprobe und andere Leistungen (Eingaben Feuerpolizei, etc.) beseitigt wird, kann nicht widerlegt werden. Damit sind diese Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig und dürfen nicht mehr praktiziert werden. Zuwiderhandlungen haben Sanktionen im Sinne von Art. 50 bzw. 54 KG zur Folge.

2.4 Mögliche Rechtfertigung einer allfälligen Beseitigung

52. Selbst wenn man annehmen würde, dass wegen mangelnder Einhaltung im vorliegenden Fall keine Preisabsprache vorläge, müsste zum mindesten auf eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs geschlossen werden. Die Preislisten haben in jedem Fall einen starken Nivellierungseffekt zur Folge, weil sich die Anbieter bei ihrer Preisfestsetzung an den Tariflisten orientieren (vgl. Ziff. 21). Dies führt in Fällen, wo die Tariflisten nicht strikte zur Anwendung kommen, zu einer engen Eingrenzung der Preisspanne von ungefähr plus/minus 10%. Somit wird ersichtlich, dass die Tariflisten – auch wenn sie nicht verbindlich sind – den Preiswettbewerb erheblich beeinträchtigen.

53. Die direkte Preisfestsetzung von Leistungen lässt sich nicht mit Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne des Kartellgesetzes (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen; denn damit wird kein Rationalisierungseffekt im Sinne einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten bewirkt. Die direkte Preisfestsetzung führt auch nicht zu einer Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren oder zu rationaler Nutzung von Ressourcen. Daher wären die Tariflisten im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ebenfalls unzulässig.

54. Die Tarifierung von Service- und Reparaturleistungen ist auch keine effizienzfördernde und somit keine zulässige Kalkulationshilfe im Sinne der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit von Kalkulationshilfen (BBl 1998 IV 3936), weil eine Tarifliste die Endpreise direkt festsetzt.

C. Kosten

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

56. Gestützt auf die Übergangsbestimmung von Art. 9 KG-Gebührenverordnung gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten der Verordnung, d.h. am 1. April 1998, noch nicht abgeschlossen waren, für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten erfolgt ist, das bisherige Recht.

57. Als das bisherige Recht gilt die Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 (SR 172.041). Nach Art. 13 dieser Verordnung kann die Wettbewerbskommission für den Erlass von Verfügungen Verfahrenskosten erheben.

58. Derjenige Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich auf 90 Prozent der gesamten Aufwendungen. Derjenige Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, umfasst somit 10 Prozent der gesamten Aufwendungen bzw., in Stunden ausgedrückt, 24.8 Stunden.

59. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren kann die verfügende Behörde von den Parteien eine Spruchgebühr von 200-5000 Franken fordern. Wäre das Verfahren vor dem 1. April 1998 abgeschlossen worden, hätte die Wettbewerbskommission angesichts des Umfangs und der Schwierigkeiten des Falles (vgl. Art. 2 Abs. 3) in dieser Phase eine Spruchgebühr von XXX Franken erhoben. Für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, wird den Parteien somit eine Gebühr von XXX Franken auferlegt.

60. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von 130 Franken. Für die aufgewendete Zeit von XXX Stunden gilt der Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich demnach auf XXX Franken.

61. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, auf XXX Franken.

D. Dispositiv

62. Aufgrund des Sachverhalts und der Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die jährlichen Tariflisten für Service- und Regiearbeiten hinsichtlich
 - Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschlägen für Regiearbeiten an Brennern und Kompaktwärmezentralen bei Kunden,
 - Abonnementspreisen (mit Ersatzteil-Ersatz und ohne Material) für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie
 - Ansätzen für weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen (Eingaben Feuerpolizei, etc.)

stellen als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

2. Die Verbände werden verpflichtet, ihre Mitglieder bzw. Dritte – welche mit Tariflisten oder anderen Hilfsmitteln mit gleicher Zwecksetzung bedient worden sind – innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung über die Unzulässigkeit der Tariflisten im oben erwähnten Sinne zu informieren und deren Anwendung zu untersagen. Sie haben dem Sekretariat der Wettbewerbskommission den Vollzug dieser Massnahme umgehend zu melden.
3. Verfahrenskosten
4. Rechtsmittelbelehrung

B 2

3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese

B 2.3

1. Bell AG/SEG-Poulets AG

Prüfungsverfahren; Art. 33 KG.

Procédure d'examen; art. 33 LCart.

Procedura d'esame; art. 33 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission (Kammer Produktemärkte) vom 7. September 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Bell AG – SEG Poulets AG

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 14. April 1998 erhielt die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung bezüglich des erwähnten Zusammenschlussvorhabens. Demgemäss beabsichtigt die Bell AG (nachfolgend Bell) mit Sitz in Basel, eine Tochtergesellschaft der Coop Gruppe, die SEG Poulets AG (nachfolgend SEG) mit Sitz in Zell (LU) mittels Aktienkauf zu erwerben.

2. Bell produziert und handelt mit Fleischwaren. Zu ihr gehört eine Reihe von Tochtergesellschaften. Im Rahmen des beabsichtigten Zusammenschlussvorhabens sind insbesondere die Geflügel- & Wild-Import AG (nachfolgend GWI), Basel, mit ihren Tochtergesellschaften Gallup AG mit Sitz in Bern und dem Geflügelschlachthof Favorit AG mit Sitz in Kappelen, zu erwähnen.

3. Die SEG produziert und handelt mit Fleischwaren, wobei ihre Hauptgeschäftstätigkeit in der Geflügelschlachtung liegt. Das Aktienkapital der SEG Poulets AG befindet sich im Besitze von vier SEG-Genossenschaften und der SEG-Suisse.

2 Allgemeines

2.1 Unternehmen

4. Das Kartellgesetz gilt gemäss Art. 2 KG für Unternehmen, die sich als Anbieter oder als Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen (vgl. BBI 1995 I 533; Botschaft). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche zu qualifizieren.

2.2 Der Zusammenschluss

5. Mittels Erwerb der Aktienmehrheit erlangt die Bell- bzw. die Coop Gruppe die Kontrolle über die SEG-Poulets AG. Somit handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes.

2.3 Die Meldepflicht

6. Beteiligte Unternehmen sind die Bell Gruppe und die SEG Poulets AG. Zum Umsatz der beteiligten Unternehmen gehören nebst Umsätzen aus eigener Geschäftstätigkeit auch solche von Mutterunternehmen. Im vorliegenden Fall wären die konsolidierten Umsätze der Coop Gruppe massgebend. Deren Ermittlung erübrigt sich indes, da die Bell Gruppe alleine bereits die Schwellenwerte von Art. 9 KG übersteigt.

7. Die SEG Poulets AG ihrerseits erwirtschaftete in der gleichen Zeitperiode einen Umsatz, welcher ebenfalls über den Schwellenwerten gemäss Art. 9 KG liegt.

8. Angesichts dieser Umsatzzahlen ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

3 Das Verfahren

9. Am 14. April 1998 erhielt die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung betreffend des erwähnten Zusammenschlussvorhabens.

10. Am 4. Mai 1998 entschied die Kammer Produktemärkte der Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben einer vertieften Prüfung im Sinne von Art. 33 KG zu unterziehen.

11. Im Rahmen der Prüfung wurden neben den Parteien die Konkurrenten verschiedener Marktstufen sowie diverse Ämter und Interessenvereinigungen befragt.

12. Der im Rahmen der Vorprüfung durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission abgefasste Bericht wurde der Bell AG zur Stellungnahme zugestellt. Mit Eingabe vom 28. Mai 1998 hat sich diese hierzu vernehmen lassen.

13. Am 13. Juli 1998 wurde der Bell und der SEG AG die vorläufige Beurteilung der Wettbewerbskommission zur Stellungnahme zugestellt. Die Parteien haben sich innert Frist hierzu vernehmen lassen. Auf die Stellungnahmen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

14. Am 31. August 1998 fand zwischen Vertretern der Bell AG und der Coop Schweiz sowie drei Mitgliedern der Kammer Produktemärkte und drei Mitgliedern des Sekretariates der Wettbewerbskommission eine Anhörung statt. Die Vertreter von Bell und Coop erhielten Gelegenheit, ihren Standpunkt zu den bisherigen Abklärungen bzw. Beurteilungen der Wettbewerbskommission darzulegen sowie allfällige Bedingungen bzw. Auflagen für den Zusammenschluss vorzuschlagen.

4 Wettbewerbsrechtliche Prüfung

4.1 Der betroffene Markt

15. Vom Zusammenschluss betroffen werden gemäss Artikel 11 Absatz 1 litera d VKU nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, 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.

16. Zur Ermittlung der betroffenen Märkte sind die relevanten Märkte sachlich und räumlich abzugrenzen.

4.1.1 Sachlich relevanter Markt

17. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgegebenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU).

18. Aufgrund der Ermittlungen des Sekretariates der Wettbewerbskommission hat sich ergeben, dass der Schweizerische Geflügelmarkt in vier Segmente beziehungsweise relevante Märkte unterteilt werden kann. Es sind dies:

- die Geflügelmast
- die Geflügelschlachtung und Zerlegung
- die Herstellung von Geflügelprodukten
- der Vertrieb von Geflügel oder Geflügelprodukten

19. Durch den Zusammenschluss direkt betroffen ist an sich nur der Markt der Geflügelschlachtung und Zerlegung, wobei der Zusammenschluss – wie nachfolgend noch dargelegt wird – auch Auswirkungen auf andere Märkte hat. Auf der Stufe Geflügelmast sind Bauern tätig, welche in der Regel durch langfristige Verträge an Geflügelschlachthöfe gebunden sind. Die Schlachtung und Zerlegung des Geflügels erfolgt durch Geflügelschlachthöfe, welche ausschliesslich im Geflügelsegment des Fleischmarktes tätig sind. Die Herstellung und der Vertrieb von Geflügelprodukten an Detailisten und Grossverteiler (z.B. panierte Pouletschnitzel, Chicken Nuggets, etc. ..) erfolgt grösstenteils durch die Grosshändler. Der Vertrieb von Geflügel oder Geflügelprodukten erfolgt zur Hauptsache durch Grossverteiler und Detailisten.

20. Zum Schutze der inländischen Geflügelproduktion vor billigen Importen, ist der Import von Geflügel an den Bezug einer Inlandleistung gebunden (vgl. Geflügelverordnung; VEG; SR 916.335; Art. 5 und 7 VEG): pro Einheit importiertes Geflügel muss der Importeur ein gewisses Quantum an Inlandleistung beziehen; gegenwärtig muss pro Kilogramm importiertes Geflügelfleisch 0.68 Kg Inlandleistung bezogen werden. Dadurch erklärt sich auch, dass Grosshändler zugleich auch immer Importeure sind. Eine weitere agrargesetzliche Besonderheit besteht darin, dass gemäss Art. 6 Abs. 3 VEG nur Schlachthöfe zur Lieferung von Inlandleistung berechtigt sind. Ein Grosshändler/Importeur kann demgemäss nicht - zumindest nicht in derselben Rechtspersönlichkeit - als Geflügelschlächter auftreten.

21. Sowohl die SEG als auch die Favorit AG sind Geflügelschlachthöfe, die Huhn und Truten schlachten. In der Regel schlachten auch die übrigen Schlachthöfe Huhn und Truten. Eine diesbezügliche Unterscheidung erübrigt sich daher. Grundlage für die Marktabgrenzung ist daher die Schlachtung von inländischem Geflügel.

22. Marktgegenseite auf der Absatzebene sind die Nachfrager nach geschlachtetem und zerlegtem Geflügel. Marktgegenseite auf der Beschaffungsseite sind die Mäster, welche die Aufzucht des inländischen Geflügels besorgen und Absatzkanäle nachfragen. Die Nachfrager nach geschlachtetem Geflügel sind schweizerische Grosshändler/Importeure. Diese Kombination ergibt sich aus den unter RZ 20 dargelegten gesetzlichen Grundlagen. Grosshändler, welche nur Inlandleistung vertreiben, gibt es keine. Bei den durch langfristige Verträge an die Geflügelschlachthöfe gebundenen Mästern, welche die andere Kategorie der Marktgegenseite darstellen, fällt auf, dass diese jeweils ausschliesslich für einen Schlachthof produzieren.

23. Sachlich relevanter Markt ist derjenige der Schlachtung von inländischem Geflügel. Die an sich nur indirekt vom Zusammenschluss betroffenen, der Schlachtung vor- oder nachgelagerten Märkte, müssen in der Prüfung – sofern erforderlich – aber ebenfalls miteinbezogen werden.

4.1.2 Räumlich relevanter Markt

24. 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 lit. b VKU).

25. Ohne agrargesetzliche Einflüsse könnte davon ausgegangen werden, dass die Geflügelschlachtung grenzüberschreitende Dimensionen hätte. Aufgrund der erwähnten Importrestriktionen und dem statuierten Bezug von Inlandleistung ist jedoch von einem auf die Schweiz räumlich begrenzten Markt auszugehen. Die Marktgegenseite in Form der Grosshändler/Importeure fragt die Inlandleistung (Inlandgeflügel) regelmässig bei den über die gesamte Schweiz verteilten Schlachthöfen nach. Analog verhält es sich bezüglich der Mäster, welche ihre Hühner und Truten an die Schlachthöfe liefern und damit sozusagen Absatzkanäle nachfragen. In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, ob schweizerisches Geflügel nicht auch in ausländischen Schlachthöfen geschlachtet werden könnte. Die Geflügelverordnung würde solch einem Vorgehen grundsätzlich nicht entgegenstehen, was das Bundesamt für Landwirtschaft mit Schreiben vom 4. Juni 1998 bestätigte. Gleich verhält es sich unter veterinärrechtlichen Aspekten. Das Bundesamt für Veterinärwesen räumt diesbezüglich allerdings ein, dass der ausländische Schlachtbetrieb den schweizerischen Hygieneanforderungen genügen müsse. Aufgrund der einschlägigen EU-Gesetzgebung dürfte dies allerdings kein Problem darstellen (vgl. Schreiben des Bundesamtes für Veterinärwesen vom 4. Juni 1998). Mit Schreiben vom 3. Juni 1998 führte die Oberzolldirektion auf Anfrage aus, dass eine Schlachtung von inländischem Geflügel im Ausland als passiver Veredelungsverkehr gelten würde, welcher von den Zollbehörden nur dann bewilligt wird, wenn

ein wirtschaftliches Erfordernis vorliegt und keine namhaften inländischen Interessen tangiert werden. Dies will heissen, dass bei dieser Abwägung die Interessen der schweizerischen Wirtschaft zu berücksichtigen sind. Recherchen des Sekretariates der Wettbewerbskommission (nachträgliche Anfrage bei der Oberzolldirektion) haben ergeben, dass eine Bewilligung für eine Schlachtung im Ausland im Rahmen des passiven Veredelungsverkehrs bis anhin nicht erteilt wurde und aus den erwähnten Gründen wahrscheinlich auch nicht erteilt werden würde. Aus diesem Grunde erhellt, dass eine Schlachtung von Inlandleistung im Ausland wahrscheinlich ausser Betracht fällt. Gegen die Schlachtung im Ausland sprechen aber auch „Imagegründe“. Mit ihr sind lange Transporte von Lebendgeflügel verbunden, die sich negativ auf das Produkteimage auswirken. Demgemäss muss für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes für die Schlachtung von Geflügel vom Gebiet der Schweiz ausgegangen werden. Diese Schlussfolgerung wird im übrigen auch dadurch bestätigt, dass bis anhin noch kein Unternehmer versuchte, die in der Schweiz gemästeten Poulets (Inlandleistung) im Ausland schlachten zu lassen.

4.1.3 Ergebnis

26. Die Schlachtung von inländischem Geflügel stellt in casu den direkt betroffenen sachlich relevanten Markt dar. Für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt spielen aber auch die Verhältnisse auf dem vorgelagerten Beschaffungsmarkt (Mast) und auf den nachgelagerten Absatzmärkten für Geflügel (Weiterverarbeitung und Handel) beziehungsweise die Beziehungen zwischen diesen Märkten eine wichtige Rolle. Die Bestimmung der Geflügelverordnung, welche Importkontingente an den Bezug von Inlandgeflügel bindet (im Verhältnis 1 zu 0.68 Einheiten; vgl. RZ 20), hat zur Folge, dass in- und ausländisches Geflügel für die Grosshändler/Importeure faktisch nicht substitutiven, sondern komplementären Charakter hat (theoretisch gesehen handelt es sich um Kuppelprodukte im Verhältnis 1 zu 0,68).

4.2 Voraussichtliche Wettbewerbsverhältnisse nach dem Zusammenschluss

4.2.1 Markt für die Schlachtung von inländischem Geflügel sowie vor- und nachgelagerte Märkte

4.2.1.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber (aktuelle Konkurrenz)

27. Nachfolgend werden die Marktverhältnisse auf dem Markt für die Schlachtung von inländischem Geflügel sowie auf den vor- und nachgelagerten Märkten dargestellt. Auf eine exakte Angabe der Marktanteilszahlen muss hingegen verzichtet werden (Geschäftsgeheimnis). Nachstehende Tabelle führt die wichtigsten Wettbewerber

auf der Stufe Schlachtung auf, wobei die jeweilige Zugehörigkeit (nach dem Zusammenschluss) angegeben ist.

Wettbewerber auf Stufe Schlachtung:

Schlachthof	Zugehörigkeit	Marktanteil
Optigal	Migros	40% - 50%
SEG-Poulets AG	Bell (Coop)	30% - 40%
Favorit AG	GWI/Bell (Coop)	unter 10%
Frifag	OBI	"
Kneuss	unabhängig	"
Frei Emmen	unabhängig	"
Lenherr	unabhängig	"
Direktvermarkter	unabhängig	"

28. Die gesamte Inlandschlachtleistung (100%) betrug im Jahre 1997 rund 40'504 Tonnen.

29. Nach einem allfälligen Zusammenschluss von Bell und SEG würde auf der Stufe Schlachtung ein neuer Marktteilnehmer mit einem Anteil von rund 40-50% entstehen. Mit der Integration würde die Coop-Gruppe auf der Stufe Schlachtung somit eine marktanteilmässig beinahe gleich starke Stellung wie die Optigal (Migros) erzielen. Zusammen würden Migros und Coop auf dieser Stufe ein Marktanteil von rund 80-90% erreichen und damit einen bedeutenden Teil der Inlandsleistung kontrollieren. Weil die Mäster durch langfristige Verträge an die verschiedenen Geflügelschlachthöfe gebunden sind und ausschliesslich an ihre Vertragspartner liefern, gilt das hievor Gesagte sinngemäss auch für diese Stufe.

30. Auf der Stufe Importeure/Grosshändler (nachgelagert zur Stufe Schlachtung) gestaltet sich die Wettbewerbssituation wie folgt:

Importeur/Grosshändler	Zugehörigkeit	Marktanteil
Migros	MGB	zwischen 30-40%
Bell/GWI	Coop	zwischen 20-30%
Bischofberger	unabhängig	unter 10%
Sodedis	unabhängig	unter 10%
Casic	unabhängig	unter 10%
Agrifrance	unabhängig	unter 10%
Gehag	unabhängig	unter 10%
Lenherr	unabhängig	unter 10%
Poloplus	unabhängig	unter 10%
Übrige (inkl. Direktvermarkter)	unabhängig	zwischen 10-15%

31. Diese Darstellung zeigt, dass Migros und Coop auch auf der Stufe Grosshandel/Import führende Stellungen einnehmen (zusammengerechnet kommen diese Unternehmen auf einen Marktanteil von rund 50-70%).

32. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die bis anhin unabhängige SEG der wichtigste Lieferant für die unabhängigen Grosshändler/Importeure ist (die diesbezügliche Verkaufsmenge ist der Wettbewerbskommission bekannt). Das übrige Produktionsvolumen gelangt bereits heute in den Coop/Bell Kanal. Optigal liefert demgegenüber nur einen geringen Teil ihres Schlachtvolumens an Abnehmer ausserhalb der Migros.

33. Auf der Stufe Detailhandel (Import und Inlandleistung) sind folgende Verhältnisse auszumachen:

Unternehmen	Tonnen (1997)	Marktanteil
Migros	Geschäftsgeheimnis	zwischen 50-60%
Coop	"	zwischen 20-30%
Privatmetzgereien	"	unter 10%
übriger Detailhandel	"	zwischen 10-15%
Direktvermarkter	"	unter 10%

34. Das Totalvolumen im Detailhandel belief sich im Jahre 1997 auf rund 40'800 Tonnen. Im Bereich Gastronomie und Industrie wurden rund 44'300 Tonnen umgesetzt, wobei Bell/GWI bezüglich Gastro-Direktlieferungen einen Marktanteil von rund 15-25% aufweist. Welche zusätzlichen Mengen indirekt von Bell/GWI über andere (unabhängige) Händler in den Gastrosektor gelangen, konnte nicht exakt eruiert werden. Nach Schätzungen dürfte sich diese „Indirektlieferungen“ auf ca. 10-15% belaufen. Unter diesem Aspekt gilt es noch hinzuzufügen, dass Optigal/Migros praktisch nur die eigenen Gastrobetriebe beliefert. Die Verhältnisse im Gastrosektor relativieren somit den Marktanteilsunterschied auf der Stufe Detailhandel.

35. Aus dem bisher Dargelegten ergibt sich, dass Coop (im Falle des Zusammenschlusses) und Migros als einzige Unternehmen über geschlossene Produktionsketten verfügen.

36. Bezüglich der Entwicklung des schweizerischen Geflügelmarktes ergibt sich, gemessen an den letzten fünf Jahren folgendes Zahlenbild (in Tonnen; Quelle: Bundesamt für Landwirtschaft):

Jahr:	1993	1994	1995	1996	1997
Inlandleistung:	34197	35998	38013	38506	40504
Importe:	39668	28269	38113	43369	41494
Total:	73865	64267	76126	81875	81998

Zu präzisieren ist, dass die angeführten Inandleistungen im Vergleich zu den Importen jeweils ganze Poulets erfassen (somit auch Teile welche nicht zu Fleischprodukten verarbeitet werden können). Diese Darstellung zeigt, dass der Gesamtmarkt (Import und Inandleistung) eine geringe Wachstumsrate aufweist. Befragungen haben im übrigen ergeben, dass der Geflügelmarkt als gesättigt gilt.

4.2.1.2 Potentielle Konkurrenz

(s. RZ 43)

4.2.1.3 Nachfragebedingungen / Stellung der Marktgegenseite

(s. RZ 47)

4.2.2 kollektive Marktbeherrschung

37. In Branchenkreisen wurde sinngemäss die Befürchtung geäussert, dass eine Integration der SEG in die Coop/Bell Gruppe zu einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros und Coop in der Geflügelschlachtung führen könnte. Aufgrund der oben dargestellten Konstellation (Marktvolumina, Marktanteile, Wettbewerber) drängt sich im vorliegenden Zusammenschlussfall die Fragestellung der kollektiven Marktbeherrschung in der Tat in den Vordergrund. Demgegenüber dürfte sich angesichts der Marktstellung von Migros (Optigal) aus dem Zusammenschluss Bell-SEG keine marktbeherrschende Stellung der Coop/Bell Gruppe (für sich alleine genommen) ergeben.

38. Art. 4 Abs. 2 KG sieht eine marktbeherrschende Stellung als gegeben, wenn einzelne oder mehrere Unternehmen auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Das Kartellgesetz ist im Hinblick auf eine kollektive Marktbeherrschung deutlicher als die einschlägige EU-Gesetzgebung, indem es explizit anerkennt, dass eine marktbeherrschende Stellung durch mehrere Unternehmen begründet werden kann. Kollektive Marktbeherrschung bedingt, dass sich die betreffenden zwei (Duopol) oder mehr Unternehmen (Oligopol) parallel, bzw. de facto kooperativ verhalten. In der ökonomischen Literatur wird in diesem Zusammenhang von Kollusion oder von kollusivem Verhalten gesprochen. Im vorliegenden Verfahren ist vor diesem Hintergrund insbesondere zu prüfen, ob durch den fraglichen Zusammenschluss auf der Seite von Coop ein Potential für kollusives Verhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung zwischen Migros und Coop begründet oder verstärkt werden könnte. Unter diesem Aspekt ist darauf hinzuweisen, dass die Frage nach einer allfälligen kollektiven Marktbeherrschung eine zukunftsgerichtete Betrachtungsweise verlangt.

39. Um die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit und Nachhaltigkeit einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros und Coop klären zu können, bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbe-

dingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem betroffenen Markt sowie auf den vor- und nachgelagerten Beschaffungs- und Absatzmärkten. Es muss geprüft werden, ob *Anreize* zu kollusivem Verhalten gegeben sind, und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit *stabil*, bzw. dauerhaft sein wird. Folgende Kriterien müssen hierfür herangezogen werden (vgl. Briones, Oligopolistic Dominance, ECLR, 6, 1995, pp. 234-347 und Entscheid der EU-Kommission i.S. Nestlé/Perrier vom 22. Juli 1992, Fall Nr. IV/M. 190 sowie Rechtsprechung des Bundeskartellamtes in „Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle; Checkliste des Bundeskartellamtes“; 1990, S. 24 ff.):

- Erheblichkeit der Marktanteile
- Symmetrie (des Duopols oder Oligopols)
- Verflechtungen
- Marktzutrittschranken
- Substitutionswettbewerb und ausländische Wettbewerber
- Marktstellung der Marktgegenseite
- Marktphase und Gütereigenschaften

4.2.2.1 Marktanteilsbetrachtungen

40. Die Marktanteilsbetrachtung (vgl. RZ 27) ergibt, dass Coop nach dem Zusammenschluss (incl. Favorit AG) in der Schlachtung einen Marktanteil von rund 35-50% aufweisen wird, während der Anteil von Migros um 40-50% liegt. Die Bell AG trägt in diesem Zusammenhang vor, dass die Favorit AG trotz einer Mehrheitsbeteiligung der GWI als nicht der Bell/Coop Gruppe zugehörig qualifiziert werden dürfe (die entsprechenden Gründe hierfür stellen Geschäftsgeheimnisse dar). Ausschlaggebend ist jedoch, dass die GWI eine Aktienmehrheit hält und die Favorit AG einen beträchtlichen Anteil ihres Umsatzes (die Umsatzzahlen sind der Wettbewerbskommission bekannt) mit Betrieben der Coop Gruppe tätigt. Es ist somit von einer rechtlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Favorit AG von der Bell AG auszugehen. Neben Migros sowie Coop und Favorit gibt es nur noch eine kleine Anzahl von Anbietern auf der Stufe Schlachtung, mit – im Vergleich zu SEG und Optigal – geringen Marktanteilen. Insgesamt verkörpern diese unabhängigen Schlachthöfe einen Marktanteil von 10-20%. Alles in allem ergibt sich eine oligopolistische Marktstruktur mit zwei grossen und einer geringen Zahl von kleinen Anbietern. Aufgrund der grossen Marktanteilsunterschiede kann man durchaus von einem faktischen Duopol sprechen. Hinzuzufügen ist übrigens, dass sich in den letzten Jahren kaum mehr grosse Marktanteilsverschiebungen ergeben haben.

4.2.2.2 Symmetrie des Duopols

41. Vor dem Zusammenschluss verfügt nur Migros, nachher auch Coop über eine vertikal integrierte Wertschöpfungskette von der vertraglich gebundenen Mast über die Schlachtung und Weiterverarbeitung bis hin zum Grosshandel/Import und zum Detailvertrieb. Damit entsteht durch den Zusammenschluss eine produktive Ähnlichkeit zwischen Migros und Coop, der kein vergleichbar integriertes Unternehmen gegenübersteht (vgl. die verschiedenen Marktanteilsangaben in RZ 27, 30 und 33). Aufgrund der nachfolgend aufgeführten Kriterien, insbesondere aber der vorhandenen Überkapazitäten (RZ 43), des agrarpolitischen Schutzes (RZ 45) und homogener Produkteigenschaften (RZ 48) muss ebenfalls auf Symmetrie in der gesamten Leistungserstellung (Prozesse und Kosten) von Migros und Coop im Geflügelbereich geschlossen werden. Bezüglich der vertikal integrierten Produktion kann somit von einem symmetrischen Duopol gesprochen werden. Selbst wenn nur die Stufe Schlachtung betrachtet wird, verstärkt der fragliche Zusammenschluss die Symmetrie zwischen Optigal und der um SEG erweiterten Bell AG

4.2.2.3 Verflechtungen

42. Auf die Verflechtungen zwischen Bell/Coop und Favorit wird bereits in RZ 40 hingewiesen. Eine personelle oder kapitalmässige Verflechtung zwischen Migros und Coop ist demgegenüber nicht gegeben.

4.2.2.4 Marktzutrittschranken (und potentielle Konkurrenz)

43. Die Errichtung eines Schlachthofes ist mit hohen Investitionskosten für Gebäude und Einrichtungen verbunden, welche spezifisch der Geflügelschlachtung dienen und nicht noch für andere Zwecke eingesetzt werden können. Diese irreversiblen Investitionen stellen als sog. „versunkene Kosten“ (sunk costs) eine erhebliche Marktzutrittschranke dar. Viele spezifische Investitionen ergeben sich übrigens aus gesetzlichen Auflagen. So muss ein Schlachthof, um den Hygieneanforderungen zu genügen, verschiedene Hygiene-Zonen aufweisen, was mit erheblichem baulichen Mehraufwand verbunden ist. Nicht zu vernachlässigen sind auch Emmissionsbestimmungen, welche einer Realisierung eines Bauvorhabens entgegenstehen können oder zumindest zu einer Verteuerung des Projektes führen. Die Tatsache, dass auf Stufe Schlachtung bereits „zwei Grosse“ agieren, welche eigenen Angaben zufolge über Reserve- oder Überkapazitäten verfügen, stellt eine weitere, strategische Marktzutrittschranke dar. Marktneulinge sehen angesichts dieser Umstände kein genügendes Potential, um in der Schlachtung mit Erfolg tätig zu werden. Dasselbe gilt für bereits im Markt tätige Kleinunternehmen, die Ihren Marktanteil ausdehnen möchten. (In der industriellen Ökonomie gelten Überkapazitäten oder „Vorhaltekapazitäten“ als eines der wirksamsten Drohpotentiale eingessener Unternehmen gegenüber Markt-

neulingen). Diese Marktzutrittsschranken bei der Schlachtung lassen durchaus bereits den Schluss zu, dass Optigal und Bell/SEG keinen wirksamen potentiellen Wettbewerb zu gewärtigen haben. Dieser Schluss wird durch den Umstand verstärkt, dass Migros und Coop auch als Abnehmer von Schlachtgeflügel eine dominierende Rolle spielen (vgl. RZ 29 und 32). In diesem Zusammenhang bringt die SEG in ihrer Stellungnahme vom 21. Juli 1998 sinngemäss vor, dass kleinere Schlachthöfe prozentual gesehen mit geringeren Kosten für Hygiene und Umweltauflagen zu rechnen hätten. Recherchen beim Bundesamt für Veterinärwesen und kantonalen Baudepartementen haben demgegenüber ergeben, dass Hygiene- und Umweltauflagen für alle Schlachthöfe in gleichem Masse gelten. Dies ergibt sich aus veterinärrechtlichen Grundlagen und dem im Umweltschutzgesetz statuierten Verursacherprinzip. Auf der Stufe Mast existieren ebenfalls erhebliche Marktzutrittsschranken hinsichtlich der Rekrutierung von Mästern sowie Zurverfügungstellung von Mastinfrastruktur. Wie bereits dargelegt, dürfen Mäster nur an ihren Vertragsschlachthof liefern. Ein unabhängiger Schlachthof müsste also zwei Marktzutrittsschranken zu bewältigen haben. Einerseits müsste er mehr Mäster rekrutieren, andererseits müsste er hohe Investitionskosten für einen Neu- oder Umbau vornehmen, damit er die zusätzlichen Mengen verarbeiten könnte. Des weiteren existiert zum heutigen Zeitpunkt noch eine strategische Marktzutrittsschranke, da zur Zeit Überkapazität herrscht. Mit der Abwesenheit von potentieller Konkurrenz in der Konstellation der Märkte nach dem Zusammenschluss fehlt auch ein wichtiges Element für wirksamen Wettbewerb auch unter den aktuellen Konkurrenten. Darauf wird bei der Gesamtwürdigung weiter eingegangen.

4.2.2.5 Substitutionswettbewerb

44. Substitutionswettbewerb könnte von Waren oder Dienstleistungen ausgehen, die aus der Sicht der Nachfrager zwar nicht marktgleichwertig mit denen des betroffenen Marktes sind, sie aber doch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen (funktional) ersetzen können (Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Checkliste des Bundeskartellamtes; a.a.o. S. 17). Die Schlachtung von Geflügel lässt sich aus der Sicht der abnehmenden Händler und Weiterverarbeitungsbetriebe offensichtlich durch nichts ersetzen. Somit gibt es auf dem betroffenen Markt der Schlachtung keinerlei Substitutionswettbewerb. Dass sich in den nachgelagerten Märkten für Kunden (Konsumenten, Gastronomie) Geflügel durch anderes Fleisch, Fisch oder weitere Nahrungsmittel substituieren lässt, spielt im vorliegenden Zusammenhang keine wichtige Rolle, schlägt sich aber in der Preiselastizität der Gesamtnachfrage der Endabnehmer nach Geflügel und Geflügeprodukten sowie – daraus abgeleitet – in den Preiselastizitäten der Nachfrager auf den Zwischenstufen (Händler, Weiterverarbeiter) nieder.

4.2.2.6 Ausländische Wettbewerber und internationale Verhältnisse

45. Wie unter RZ 24ff (räumlicher Markt) bereits dargelegt, nehmen ausländische Wettbewerber auf der Stufe Schlachtung am inländischen Marktgeschehen aus regulatorischen und marketingmässigen Gründen (Image) nicht teil und stellen ebensowenig eine potentielle Konkurrenz dar, die eine gewisse Disziplinierungswirkung auf die aktuellen Marktteilnehmer entfalten könnte. Die Umgehung der schweizerischen Schlachtung durch den Import von geschlachtetem ausländischen Geflügel ist – wie vorne verschiedentlich erwähnt – nicht möglich, bzw. rationiert. Da für eine Einheit importierten Geflügels 0.68 Einheiten inländischen Geflügels zu übernehmen sind, ist die inländische Schlachtung indirekt vor ausländischer Konkurrenz geschützt. Dieser Schutz gilt sowohl bezüglich Menge als auch bezüglich Preis. Mikroökonomisch betrachtet führt dies dazu, dass in- und ausländisches Schlachtgeflügel für die Händler/Importeure praktisch vollkommene Komplemente darstellen. Solange die Preise importierten Geflügels niedriger sind als diejenigen von Inlandgeflügel (was bis dato stets der Fall war) werden die Händler/Importeure in- und ausländisches Geflügel in der Regel immer im Verhältnis 0.68 zu 1 Einheiten nachfragen. An diesem praktisch fixen Abnahmeverhältnis dürfte selbst eine stark ansteigende Konsumentenpräferenz für ausländische Ware kaum etwas ändern.

46. Unter diesem Aspekt machen sowohl die Bell als auch die SEG geltend, dass von einer baldigen Annäherung der Schweiz an die EU ausgegangen werden müsse, bei welcher die heute geltenden agrargesetzlichen Grenzschutzbestimmungen (Verpflichtung zum Bezug von Inlandleistung) fallen würden. Dieses Szenario würde die Gefahr eines kollusiven Duopols beseitigen. Die Fakten und insbesondere das AP 2002 Paket sowie der Entwurf für eine neue Geflügelverordnung sprechen allerdings eine andere Sprache. Der Grenzschutz und die Verpflichtung zum Bezug von Inlandleistung werden demgemäss aufrechterhalten. Abklärungen beim Bundesamt für Aussenwirtschaft haben zudem ergeben, dass die gegenwärtige Regelung WTO-konform ist und im Rahmen der GATT Uruguay-Runde kein Abbau dieser Verpflichtung zum Bezug von Inlandleistung vorgesehen ist. Auch im Rahmen der bilateralen Verhandlungen mit der EU werden Geflügelmarkt und die Importrestriktionen nicht tangiert. Die Beurteilung des Zusammenschlusses muss daher auf der Basis eines längeren Fortbestandes der heutigen Geflügelmarktordnung erfolgen.

4.2.2.7 Nachfragemacht der Marktgegenseite

47. Auf der Seite der Mäster ist keine Marktmacht gegeben, weil diese praktisch atomistisch strukturiert sind. Auf der Seite der Abnehmer von Schlachtware könnten nur die Grossverteiler eine gewisse Macht ausüben. Hier fallen aber in der Schweiz wiederum Migros und Coop in Betracht: Im Grosshandel/Import erreichen Migros zwi-

schen 30-40% und Coop zwischen 20-30% Marktanteile (RZ 30), im Detailhandel beträgt der Marktanteil der Migros zwischen 30-40%, derjenige von Coop zwischen 20-30% (RZ 33). Die Differenz im Detailhandel (im Vergleich zum Grosshandel) erklärt sich dadurch, dass die Gastronomie in wesentlichem Masse von der Coop-Gruppe (bzw. vor dem Zusammenschluss von SEG) beliefert wird. Aus diesem Grund sind an sich nur die Daten auf Stufe Grosshandel/Import für die Beurteilung der Nachfragemacht relevant. In die Absatzkanäle der Grossverteiler Migros und Coop gehen somit mehr als die Hälfte der Inlandleistung. Nach der Integration von SEG wird Coop 35-50% der Schlachtleistung kontrollieren und davon gegen 20-30% über eigene Kanäle absetzen. Die Migros kontrolliert zwischen 40-50% der Schlachtleistung und setzt zwischen 30-40% über eigene Kanäle ab. Zusammen kontrollieren diese beiden Grossverteiler 80-90% der Schlachtung und setzen zwischen 50-70% auch gleich über die eigenen Kanäle ab. Dass angesichts dieser Marktanteilsarithmetik keine weiteren Marktteilnehmer auf der Nachfrageseite über eine Machtposition verfügen können, liegt auf der Hand. Besonders problematisch erscheint überdies, dass Coop mit der Integration von SEG in die Coop Gruppe zum wichtigsten Geflügellieferanten der eigenen Konkurrenz auf der Detailhandelsstufe wird. Auf Seiten der Migros verlassen demgegenüber nur ein geringer Anteil des Schlachtvolumens die eigenen Vertriebskanäle und werden somit an direkte oder indirekte Konkurrenten im Handel geliefert.

4.2.2.8 Marktphase, Gütereigenschaften und Preiselastizität

48. Der Geflügelmarkt weist ein geringes Wachstum auf (vgl. Ziff. 36). Was die Produkte bzw. die Produktion anbelangt, Hühner und Truten, bzw. die Schlachtung dieses Geflügels, ist anzufügen, dass sie sich durch eine hohe Homogenität und niedrige Innovation auszeichnen. Diese Produkteigenschaften spielen für die Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung eine wichtige Rolle, indem sie (unter Umständen, vgl. hinten) die Wahrscheinlichkeit eines kollusiven Duopols (oder Oligopols) erhöhen.

49. Hinzuzufügen ist, dass die einzelbetriebliche Nachfrage nach einem homogenen Gut (die Nachfrage bei einem einzelnen Anbieter) in der Regel sehr preiselastisch ist. Eine kleine Preiserhöhung eines Anbieters kann zur Folge haben, dass viele Kunden zur Konkurrenz abwandern, und die Absatzmenge des betreffenden Anbieters sehr stark abnimmt. (Dies kann übrigens selbst dann der Fall sein, wenn die Gesamtnachfrage - die Nachfrage bei der gesamten Branche - sehr preisunelastisch ist). Dementsprechend könnten mit Preissenkungen Marktanteile gewonnen werden. Allerdings fragen die Konsumenten von Migros und Coop in der Regel ein Güterbündel und nicht einzelne Produkte nach (vgl. RPW 1997/3 S. 366; RZ 11), was die Preiselastizität nach einem einzelnen homogenen Gut dieses Bündels erheblich

reduzieren kann. Kohärent mit dieser Schlussfolgerung ist im übrigen die diesbezügliche Aussage der Coop Schweiz (vgl. Schreiben vom 7. August 1998), wonach der Konsument seine Kaufentscheidung aufgrund der Gesamtleistung eines Detailhändlers trifft (vgl. auch die ähnliche Aussage von Migros; Schreiben vom 12. August 1998). Daraus muss gefolgert werden, dass mit einem Preiskrieg beim Geflügel sehr wenig Marktanteile gewonnen werden können. Vielmehr riskiert die Unternehmung Ertragsausfälle. Diese Mechanik ist selbstverständlich den Anbietern bekannt und ergibt offensichtlich Anreize, auf „Preiskriege“ zu verzichten, bzw. sich stillschweigend kollusiv zu verhalten.

4.2.2.9 Zusammenfassung der Kriterien betreffend kollektiver Marktbeherrschung

50. Die skizzierten Einzelkriterien sprechen für die Vermutung, dass mit der Integration von SEG in die Coop Gruppe im betroffenen Markt der Geflügelschlachtung ein faktisches Duopol von Migros und Coop entsteht. Zieht man zudem die Zusammenhänge mit den vor- und nachgelagerten Märkten (oder Produktionsstufen der Wertschöpfungskette Geflügel) in Betracht, dann sprechen dieselben Einzelkriterien zudem dafür, dass mit dem Zusammenschluss die ganze Wertschöpfungskette weiter vertikal integriert und damit ein faktisches Duopol integrierter Wertschöpfungsketten geschaffen wird. Zugleich begründet der Zusammenschluss überdies ein faktisches Duopson in der Nachfrage nach Inlandgeflügel. Die aktuellen Konkurrenten sind zu klein, um für die Marktgegenseiten (En-gros und Detailhandel einerseits, Mäster andererseits) eine valable Alternative darstellen zu können.

51. Die faktischen Duopolisten gewinnen mit dem Zusammenschluss an Symmetrie bezüglich Struktur und Grösse, während den verbleibenden, nicht vertikal integrierten und sehr kleinen Schlachthöfen schon heute nurmehr die Rolle von Nischenanbietern zukommt. Aufgrund von erheblichen Marktzutrittsschranken ist weder mit der Ausdehnung der Produktion dieser kleinen Anbieter noch mit dem Zutritt neuer Konkurrenten zu rechnen. Damit ist wirksame potentielle Konkurrenz so gut wie ausgeschlossen. Angesichts der Marktsättigung und der allseitig vorhandenen Überkapazitäten ist ohnehin kein Marktpotential für potentielle Konkurrenten gegeben. Vielmehr verfügen Migros und Coop mit ihren eigenen Überkapazitäten über ein wirksames strategisches Drohpotential gegenüber allfälligen potentiellen Konkurrenten.

52. Auch von Seiten des Auslands droht den faktischen Duopolisten keine Konkurrenz in der Schlachtung. Schlachtungen von inländischem Geflügel im Ausland sind mit gesetzlichen, administrativen und betriebswirtschaftlichen Hindernissen verbunden. Die Schlachtung im

Inland kann überdies nicht mittels Importen umgangen werden, da diese gesetzlich rationiert, bzw. an die Inlandleistung geknüpft sind.

53. Auf den Marktgegensenden des betroffenen Marktes sind neben den faktischen Duopolisten selber keinerlei Akteure mit Gegenmachtpotential vorhanden. Die Beschaffungsseite (Mäster) ist praktisch atomistisch strukturiert. Auf der Absatzseite (Grosshandel /Import und Detailhandel) kontrollieren die Duopolisten weit mehr als die Hälfte des Marktvolumens. Mit der Integration von SEG in die Coop Gruppe wird Coop zudem Hauptlieferant von Schlachtgeflügel an die kleinen, unabhängigen Händler, die dadurch gewissermassen in Abhängigkeit der Hauptkonkurrenz gelangen.

54. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass nach dem Zusammenschluss Migros und Coop über das Potential verfügen werden, sich in der Geflügelschlachtung und den nachgelagerten Märkten von sämtlichen anderen verbleibenden Drittkonkurrenten unabhängig zu verhalten. Den beiden Duopolisten kommt die Rolle der Marktführerschaft zu.

55. Somit stellt sich die Frage, ob Migros und Coop nach dem Zusammenschluss Anreize zu kollusivem Verhalten haben werden, bzw. eine kollektive Marktbeherrschung im Sinne des KG dieser zwei Unternehmen gegeben sein wird, oder ob ein wirksamer Wettbewerb zwischen den faktischen Duopolisten zu erwarten ist. Aus den nachfolgenden Gründen ergibt sich, dass von einer kollektiven Marktbeherrschung ausgegangen werden muss:

56. Wie dargelegt, sind Migros und Coop die einzigen Wettbewerber, welche über eine vollintegrierte Wertschöpfungskette verfügen. Zudem weisen sie vergleichbare Grösse (Marktanteile auf den verschiedenen Stufen) und Strukturen auf. Es ist anzunehmen, dass sie aus diesen Gründen ebenfalls sehr ähnliche Kostenstrukturen aufweisen müssen. Hinzu kommt eine grosse Produkte- und Prozesshomogenität im Bereich des Geflügels und eine hohe Markttransparenz. All dies sind erste Voraussetzungen für kollusive strategische Interaktionen der Duopolisten.

57. Ein Preiswettbewerb im Geflügelmarkt unter den Duopolisten dürfte aus diesen Gründen durchschaubar und – infolge der voraussehbaren Gegenreaktionen – auf Dauer für beide Seiten verlustbringend sein. Positiv könnte für die Duopolisten einzig die daraus resultierende Marktverdrängung der restlichen Geflügelschlächter sein. Dies wäre aber angesichts der niedrigen Marktanteile dieser Drittbewerber und der hohen Marktanteile der Duopolisten zumindest vorübergehend mit massiven Ertragsausfällen verbunden. Aufgrund der festgestellten Symmetrien müssten beide Grossanbieter mit vergleichbaren Verlusten rechnen.

58. Gegen einen anhaltenden Preiswettbewerb im Geflügelmarkt zwischen Migros und Coop spricht zudem das vorne skizzierte Sortimentskonzept. In der Regel wird der Nachfrager nach Geflügel nicht bloss dieses kaufen. Vielmehr wird er ein ganzes Güterbündel, welches aus verschiedenen Produkten besteht, nachfragen. Das Sortimentskonzeptmodell reduziert somit die Preiselastizität der einzelbetrieblichen Nachfrage nach Geflügel. Damit wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass im Geflügelsektor der Grossverteiler zeitlich befristete Aktionen durchgeführt werden, um die Attraktivität der betreffenden Sortimente (Fleisch, Lebensmittel) zu erhöhen.

59. Aus all diesen Gründen ist nicht mit einem dauerhaften wirksamen Preiswettbewerb im Geflügelmarkt unter den Duopolisten zu rechnen. Vielmehr ergeben sich Anreize zu preislich kollusivem Verhalten, wobei die Frage der Rolle der Preisführerschaft im vorliegenden Zusammenhang offen gelassen werden kann. Die Duopolisten haben ein gemeinsames Interesse an Preisstabilität auf einem hohen Niveau.

60. Diese Darlegung zeigt, dass der Zusammenschluss Bell-SEG mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem kollusiven Duopol im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung von Migros und Coop in der Geflügelschlachtung und in nachgelagerten Stufen der Wertschöpfung im Bereich der Geflügelmärkte führen wird.

61. Insbesondere aufgrund der hohen Marktzutrittschranken bei der Schlachtung sowie der niedrigen Innovationsrate muss auch Nachhaltigkeit dieses kollusiven Duopols angenommen werden.

62. Es stellt sich somit schliesslich noch die Frage, ob durch die kollektiv marktbeherrschende Stellung von Migros und Coop der wirksame Wettbewerb beseitigt wird.

4.2.3 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

63. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG fordert, dass durch die marktbeherrschende Stellung der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann. Laut Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 „dürfte eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nur in seltenen Fällen hinreichend voraussehbar sein. Eine solche Voraussehbarkeit setzt in der Regel sehr hohe Marktzutrittschranken voraus, welche das zusammengeschlossene Unternehmen vor neuen Marktteilnehmern schützt. In der Praxis ist daher zu erwarten, dass eine Verweigerung der Genehmigung in der Hauptsache für Zusammenschlüsse zu erwägen sein wird, bei denen der schweizerische Markt wegen privater oder staatlicher Regulierungen vom Weltmarkt abgeschottet ist“ (BBl 1995 I 584).

64. Vorliegender Fall ist exemplarisch für einen staatlich regulierten Markt. Aufgrund der agrargesetzlichen Grundlagen besteht eine

Verpflichtung zum Bezug von Inlandleistung, was Abhängigkeiten der Importeure und Händler zu den Betreibern von Geflügelschlachthöfen schafft. Ausländische Mitbewerber sind (vgl. RZ 45) keine auszumachen, weshalb die Schweiz – und nur die Schweiz – den räumlich relevanten Markt darstellt. Die Beurteilung, ob die entstehende kollektiv marktbeherrschende Stellung der Grossverteiler tatsächlich auch dazu ausgenützt wird, um den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, kann nur zukunftsgerichtet erfolgen. Die Erwägung der Möglichkeit und der Wahrscheinlichkeit eines entsprechenden kollusiven Verhaltens muss genügen.

65. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Zusammenschluss von Bell und SEG in einer ersten Phase besonders auf Detailhandelsstufe zwischen Migros und Coop prokompetitive Wirkungen entfalten könnte. Die Wettbewerbskommission anerkennt, dass der Zusammenschluss eine Wettbewerbshandlung ist, mit der Coop ihre Stellung gegenüber Migros verbessern will. Mit zunehmender produktiver Symmetrie der Schlachthöfe Bell/SEG und Optigal und der gesamten Geflügelwertschöpfungsketten von Coop und Migros ergibt sich aber eine erhebliche Gefahr kollusiven Verhaltens, welches über kurz oder lang zu einem reduzierten Preiswettbewerb auf sämtlichen Stufen führen dürfte.

66. Besonders problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, dass in einer möglicherweise prokompetitiven Anfangsphase weitere Marktteilnehmer aus dem Markt ausscheiden oder in noch engere Abhängigkeit von Bell/SEG oder Optigal bzw. von Coop und Migros geraten können. Dies deshalb, weil aufgrund der gesetzlichen Importrestriktionen Coop und Migros 80-90% der Inlandleistung und somit auch der Importe kontrollieren. Im Schweizerischen Geflügelmarkt erreichen die unabhängigen Importeure zwar einen Marktanteil von 25-35%, wobei diese aber auf den Bezug von Inlandleistung (insbesondere von SEG) angewiesen sind. Diese Importeure sind wiederum direkte Konkurrenten von Bell/GWI (Coop) in der Belieferung der Gastronomie, der Industrie und des übrigen Detailhandels. Es liegt somit auf der Hand, dass Bell/SEG nach dem Zusammenschluss Mengen und Konditionen von Konkurrenten bestimmen können.

67. Obwohl sich Migros und Coop im Bereich Geflügel voraussichtlich auch inskünftig die Absatzmengen streitig machen dürften (Wettbewerb über Qualität, Produkte- und Unternehmensimage), werden sie dabei einen längerdauernden Preiswettbewerb vermeiden. Somit ist die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs anzunehmen. Hinzuzufügen ist, dass ohne die dargelegten Importrestriktionen wohl kaum von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros und Coop und der damit zusammenhängenden Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausgegangen werden könnte.

4.3 Ergebnis

68. Aufgrund der Erwägungen geht die Wettbewerbskommission davon aus, dass der Zusammenschluss eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von Bell und Optigal auf der Stufe Schlachtung begründet, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

4.3.1.1 Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG)?

69. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt hervorruft. Im übrigen haben die Parteien bis dato eine solche auch nicht geltend gemacht.

4.4 Auflagen oder Bedingungen

70. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt. Nachfolgend ist demnach noch zu prüfen, ob Auflagen oder Bedingungen auszumachen sind, mit welchen die kartellgesetzlichen Bedenken gegenüber dem Zusammenschluss ausgeräumt werden könnten.

71. Im Rahmen der am 31. August 1998 durchgeführten Anhörung hat die Bell AG als Auflage unter anderem vorgeschlagen, dass die GWI ihre Beteiligung an der Favorit AG veräussert. Aus dem Sachverhalt wird ersichtlich, dass die von der Coop-Gruppe abhängige Favorit AG auf der Stufe Schlachtung als drittstärkste Kraft auftritt. Die Favorit AG gilt in Branchenkreisen als etablierter Geflügelschlachtbetrieb, welcher auch über ein gewisses Expansionspotential verfügt. Mit dem Leistungspotential der unabhängigen Geflügelschlachthöfe würde sich unter Zurechnung des Marktanteils der Favorit AG eine „dritte Kraft“ zu Optigal und SEG bilden können, welche zur Zeit einen Marktanteil von rund 20-30% erreicht. Unter diesen Voraussetzungen anerkennt die Wettbewerbskommission die vollständige Veräusserung der Mehrheitsbeteiligung der GWI an der Favorit AG als strukturelle Veränderung, die geeignet ist, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegenüber dem Zusammenschluss Bell/SEG auszuräumen.

72. Voraussetzung ist allerdings, dass die Loslösung vor dem Vollzug erfolgt. Die Anordnung ist struktureller Natur. Sie bezweckt, dass ein verbleibendes Potential dritter (unabhängiger) Schlächter auf dem Markt erhalten bleibt, welches grundsätzlich in der Lage ist, der Gefahr eines kollusiven Duopols entgegenzuwirken. Damit diese Anordnung auch tatsächlich in erwähntem Sinne wirkt, darf zwischen Voll-

zug des Zusammenschlusses und Eintritt bzw. Wirkung der Anordnung keine zeitliche Lücke bestehen. Im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Optik muss die Anordnung folglich vor dem Vollzug und damit als Bedingung ausgestaltet werden.

73. Mit Schreiben vom 2. September 1998 hat die Bell AG erklärt, dass sie bereit ist, sich (bzw. ihre Tochter die GWI) von der Favorit AG „zu lösen“. Allerdings macht die Bell AG unter Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und anderer Gründe (Geschäftsgeheimnis) geltend, dass diese Massnahme nur in Form einer Auflage angeordnet werden dürfe. Ohne auf die fallspezifische Konstellation eintreten zu wollen (Geschäftsgeheimnis) sei in diesem Zusammenhang lediglich erwähnt, dass auch eine Auflage zeitlich limitiert sein muss.

74. In Abwägung der vorerwähnten Gründe kommt die Wettbewerbskommission somit zum Schluss, dass der Vollzug des Zusammenschlusses nur unter der Bedingung bewilligt werden kann, wenn die Bell AG die Beteiligung ihrer Tochtergesellschaft GWI an der Favorit AG vollumfänglich veräussert und der Käufer weder der Coop- noch der Migros-Gruppe angehört.

5 Kosten

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

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

77. In vorliegendem Fall sind keine Gründe auszumachen, welche für eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr sprechen. Der Zeitaufwand bemisst sich auf XXX Stunden was eine Gebühr von Fr. XXX zu Lasten der Bell AG ergibt.

78. Nebst dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG Gebührenverordnung), welche sich auf Fr. XXX belaufen.

6 Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen verfügt die Kommission:

1. Der Vollzug des Zusammenschlusses wird unter der Bedingung zugelassen, dass die Bell AG die Beteiligung ihrer Tochtergesellschaft, Geflügel und Wildimport AG, an der Favorit

AG vollumfänglich veräussert und der Käufer weder der Coop- noch der Migros-Gruppe angehört.

2. Die in Ziff. 1 des Dispositivs erwähnte Loslösung von der Favorit AG hat vor dem Vollzug des Zusammenschlusses zu erfolgen.
3. Kosten
4. Rechtsmittelbelehrung

B 2.3 **2. ESTEL**

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.

Zusammenfassung

Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ESTEL (Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ESTEL mit Sitz in Strassburg (F) durch Swisscom und Electricité de Strasbourg) hat ergeben, dass vom Zusammenschluss kein Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen ist und dass somit eine marktbeherrschende Stellung weder begründet noch verstärkt wird. Infolgedessen hat die Wettbewerbskommission darauf verzichtet, eine vertiefte Prüfung des Vorhabens einzuleiten.

B 2.3 **3. Swisscom - UTA**

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 13. Juli 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Swisscom - UTA

Die Kammer Infrastruktur hat im Namen der Wettbewerbskommission entschieden, beim obengenannten Zusammenschlussvorhaben auf eine Prüfung zu verzichten.

Der Entscheid begründet sich wie folgt:

1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 2. Juli 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom AG, Ittigen (Swisscom), über ihre neu gegründete Tochtergesellschaft Swisscom Telekommunikation Holding GmbH, A – Traiskirchen (Swisscom – Holding) eine Beteiligung von 50% plus 1 Aktie an UTA Telekom AG, A – Wien (UTA) zu erwerben. UTA ist auf dem Gebiet der Telekommunikation tätig.

2. Bislang war die Vereinigte Telekom Österreich Beteiligungs Ges.m.b.H (VTÖB) Alleinaktionärin von UTA. Gesellschafter von VTÖB sind direkt oder indirekt die neun österreichischen Landes-Energie-Gesellschaften (LG). Die LG haben VTÖB zum Zweck des Aufbaus und des Betriebs von Telekommunikationsaktivitäten im Hinblick auf die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Österreich gegründet. Nach dem Zusammenschluss werden VTÖB und Swisscom-Holding die Kontrolle in UTA gemeinsam im Sinne des (schweizerischen) Kartellgesetzes (SR 251; KG) i.V.m. der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4; VKU) ausüben.

2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse

2.1 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)

3. In casu liegt ein Unternehmenszusammenschluss i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 1 und 2 Abs. 1 VKU vor. UTA ist ein Vollfunktionsunternehmen, das bereits jetzt als Telekommunikationsunternehmen in Österreich selbständig tätig ist. Seit Dezember 1997 verfügt UTA über eine Konzession zur Erbringung der Telekommunikationsdienste öffentlicher Sprachtelefondienst (§ 14 Abs. 2 Z. 1 österreichisches Telekommunikationsgesetz [TKG]) und öffentliches Anbieten von Mietleitungen mittels selbst betriebener Telekommunikationsnetze (§ 14 Abs. 2 Z. 2 TKG). Dafür verfügt UTA exklusiv über das Lichtwellenleiternetz der LG (Backbone- und Verteilnetz).

4. Swisscom wird alle ihre derzeit in Österreich ausgeübten Telekommunikationsaktivitäten in UTA einbringen, indem sie ihren Anteil an Swisscom Telekommunikationsgesellschaft m.b.H., A – Wien, überträgt. Ferner hat sie sich verpflichtet, ihre – marginalen – Geschäftsbeziehungen in Österreich (v.a. in Vorarlberg) ebenfalls auf UTA zu übertragen.

5. Die gemeinsame Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens UTA durch VTÖB und Swisscom-Holding wird durch den zwischen ihnen abgeschlossenen Syndikatsvertrag gewährleistet. Alle Angelegenheiten, die in der Hauptversammlung oder im Aufsichtsrat von UTA entschieden werden sowie bestimmte weitere im Syndikatsvertrag genannte Angelegenheiten bedürfen eines vorherigen Beschlusses der sog. Syndikatsversammlung. Dabei ist sichergestellt, dass alle strategisch bedeutsamen Unternehmensentscheidungen ebenso von beiden Gesellschaftern getragen werden müssen wie die Bestellung der Geschäftsführung und die Nominierung der Aufsichtsratsmitglieder. Damit unterliegt UTA der gemeinsamen Kontrolle durch VTÖB und Swisscom i.S.v. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU.

2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)

6. Die Meldepflicht ergibt sich aus Art. 9 Abs. 4 KG. Im Rahmen der Untersuchung „Blue Window“ wurde rechtskräftig festgestellt, dass Swisscom auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG gilt (RPW 1997/2, S. 174, Ziff. 1 Verfügungsdispositiv).

3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)

7. Vom Zusammenschluss betroffen i.S.v. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU sind nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt, oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt.

8. Vorab sind die sachlichen und räumlichen Märkte abzugrenzen. UTA tritt auf den (österreichischen) Märkten des öffentlichen Sprachtelefondienstes sowie der Datenübermittlung über Festnetze als Anbieterin der entsprechenden Dienstleistungen auf. Die notwendigen Konzessionen wurden ihr erteilt (vgl. Rz 3). Ferner hat sie mit der staatlichen Post- und Telekom Austria AG eine Interconnection-Vereinbarung abgeschlossen. Es ist daher von einem sachlich relevanten Markt für die Übertragung von Sprache und Daten über Festnetze auszugehen.

9. In räumlicher Hinsicht beschränken die beteiligten Unternehmen den Markt auf Österreich, da UTA nur daselbst tätig ist. Ob der Markt aus schweizerischer Sicht in Anwendung des KG i.V.m. der VKU allenfalls weiter zu fassen wäre, kann angesichts der auch längerfristig nicht sehr starken Stellung von UTA im Heimmarkt (kaum mehr als [...] % Marktanteil bis 2007 erwartet) offengelassen werden. Auch wenn Swisscom auf ihrem Heimmarkt Anteile von wesentlich mehr als 30% erreicht, erübrigt sich in casu mit Blick auf die Entwicklungen auf den internationalen Telekommunikationsmärkten eine abschliessende Abgrenzung des räumlichen Marktes ebenso wie eine vertiefendere Analyse der möglichen Auswirkungen des Zusammenschlusses. So sind Auslandaktivitäten ehemaliger Monopolisten im Zuge der weitverbreiteten Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in erster Linie als Reaktion auf Einbussen auf den Heimmärkten zu werten. Diese Strategie der sog. „Home Market Extension“ ist denn auch weit verbreitet (vgl. z.B. den Marktauftritt von British Telecom und Tele Danmark über Sunrise in der Schweiz).

10. Die UTA-Beteiligung ist Bestandteil der „Home Market Extension“-Strategie von Swisscom, verursacht aber angesichts der Marktstellung von UTA in Österreich keine wettbewerblichen Bedenken in der Schweiz. Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung

einer marktbeherrschenden Stellung liegen keine vor (Art. 10 Abs. 1 KG). Auf eine eingehende Prüfung ist zu verzichten.

B 2.3 4. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN FRIED. KRUPP AG HOESCH KRUPP - THYSSEN AG

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

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

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

Zusammenfassung der Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 8. Juli 1998

Am 11. Juni 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Unternehmen Fried. Krupp AG Hoesch Krupp (Krupp), Essen und Dortmund, und Thyssen AG (Thyssen), Duisburg, vollständig zu fusionieren. Das neu gegründete Unternehmen firmiert nach erfolgter Fusion als "Thyssen Krupp AG". Als Sitz der Gesellschaft ist Duisburg und Essen und als Sitz der Verwaltung ist Düsseldorf vorgesehen.

Die hauptsächlichen Geschäftstätigkeiten von Krupp sind:

- Erzeugung und Weiterverarbeitung von Eisen, Stahl, Metallen sowie anderen Stoffen;
- Planung und Herstellung von Maschinen, maschinellen Anlagen und Komponenten, elektronischen Systemen, Geräten und Komponenten aller Art;
- Planung und Bau industrieller Werke und Anlagen;
- Erbringung technischer und sonstiger Dienstleistungen;
- Vertrieb und Handel eigener und sonstiger Erzeugnisse;
- Vermittlung von Reisen sowie das Fracht- und Speditionsgeschäft.

Thyssen deckt hauptsächlich folgende Tätigkeitsfelder ab:

- Gewinnung von Rohstoffen, Erzeugung und Verarbeitung von Stahl und anderen Werkstoffen;
- Planung und Herstellung von Maschinen, maschinellen Anlagen und Komponenten sowie elektronischer Systeme;
- Planung und Bau industrieller Werke und Anlagen;
- Erbringung von technischen und anderen Dienstleistungen;
- Vertrieb und Handel eigener und sonstiger Erzeugnisse;
- Erwerb, Veräusserung, Entwicklung und Bewirtschaftung von Immobilien;
- Kommunikationstechnik.

Die beiden Konzerne Thyssen und Krupp verfügen über verwandte und sich überschneidende Produktpaletten. Gemäss industriellem Konzept werden sämtliche operativ tätigen Unternehmen von Krupp

und Thyssen den fünf Unternehmensbereichen Stahl, Automotive, Industries, Engineering und Handel zugeordnet. Diese Unternehmensbereiche werden unter folgenden neu zu bildenden Aktiengesellschaften zusammengefasst:

- Thyssen Krupp Steel AG, Duisburg
- Thyssen Krupp Automotive AG, Bochum
- Thyssen Krupp Industries AG, Essen
- Thyssen Krupp Engineering, Dortmund
- Thyssen Krupp Trading, Düsseldorf.

Von den Parteien werden insgesamt 65 sachlich relevante Märkte bezeichnet, welche von Krupp und/ oder Thyssen in der Schweiz bearbeitet werden. Die Abgrenzungen entsprechen denjenigen, welche bereits in der bei der EU-Kommission eingereichten Notifikation vom 14. April 1998 bzw. von der EU-Kommission angewandt wurden [Fall Nr. IV/M.1080 – Thyssen/ Krupp; Fall Nr. IV/EGKS.12278 – Thyssen/ Krupp].

Von diesen 65 sachlich relevanten Märkten sind deren zehn aus dem Bereich 'Stahl' und sechs aus dem Bereich 'Industries' betroffen gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU. Folgende Tabelle zeigt die betroffenen Märkte und die entsprechenden Marktanteile in der Schweiz:

Märkte	Marktanteil Thyssen 1997 (in %)	Marktanteil Krupp 1997 (in %)	gemeinsame Marktanteile 1997 (in %)
Bereich Stahl			
Walzdraht aus Edelbaustahl	20-30	20-30	40-60
Stäbe, Profile aus Werkzeugstahl	30-40	0-5	30-45
Schmiedeerzeugnisse aus rostfreiem Edelstahl	30-40	-	30-40
Band aus Nickel und Nickelbasislegierungen	-	30-40	30-40
Blech aus Nickel und Nickelbasislegierungen	-	40-50	40-50
Funkenerosionsdrähte	30-40	-	30-40
Spundwand warmgewalzt	-	50-60	50-60
Spezialprofile aus Stahl, stranggepresst		55-65	55-65
Elektroblech, nicht kornorientiert	25-35	0-5	25-40
Bandstahl/ Stahlband aus Qualitätsstahl, warmflach ¹⁾			40-50

¹⁾Bereits vergemeinschaftet, vgl. RPW 1997/3, S. 347ff.

Märkte	Marktanteile Thyssen 1997 (in %)	Marktanteile Krupp 1997 (in %)	gemeinsame Marktanteile 1997 (in %)
Bereich Industries			
Fahrtreppen (Neuanlagen): öffentlich	45-55	-	45-55
Fahrtreppen (Neuanlagen): kommerziell	30-40	-	30-40
Maschinen und Ausrüstungen für die Instandsetzung von Verbrennungsmotoren und Bremsen	-	30-40	30-40
Extrusionsblasform-Maschinen	-	30-40	30-40
Aufbereitungsmaschinen für technische Kunststoffe	-	45-55	45-55
Ersatzteile und Serviceleistungen für Maschinen von Krupp Werner und Pfleiderer GmbH	-	30-40	30-40

Bei sämtlichen betroffenen Märkten sind die räumlich relevanten Märkte ohne Zweifel grösser als die Schweiz: Die Märkte sind, die Schweiz betreffend, völlig offen und jeweils durch zumindest EWR-weit (inkl. Schweiz) tätige Anbieter gekennzeichnet.

Im Hinblick auf eine vorsichtige Argumentation hat die Wettbewerbskommission der vorläufigen Prüfung die (zu) enge räumliche Begrenzung auf die Schweiz zugrunde gelegt.

Die Wettbewerbskommission kommt insbesondere aufgrund folgender Erkenntnisse zum Schluss, dass auf keinem der betroffenen Märkte Anhaltspunkte bestehen, wonach durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird:

- Der Zusammenschluss bewirkt lediglich bei drei der betroffenen Märkte eine Addition der Marktanteile. Auf den restlichen dreizehn Märkten hat der Zusammenschluss keine kartellgesetzlich relevante Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zur Folge.
- Auf sämtlichen betroffenen Märkten sind Krupp und Thyssen auch nach dem Zusammenschluss wirksamer aktueller Konkurrenz ausgesetzt.
- Auf keinem der betroffenen Märkte werden von der Marktgegenseite kartellgesetzlich relevante Bedenken geäussert.

In Ergänzung dieser allgemeinen Feststellungen ist Folgendes zu präzisieren:

Spezialprofile aus Stahl, stranggepresst: Neben Krupp ist lediglich Siderval auf diesem Markt tätig. Siderval konnte in den letzten drei Jahren den eigenen Marktanteil stark zu Lasten von Krupp steigern. Daher sind auch keine Anhaltspunkte eines gegenseitig angepassten Verhaltens gegeben. Auf Nachfrageseite sind in wettbewerb-

licher Hinsicht auch keine Probleme bei der Beschaffung der entsprechenden Spezialprofile bekannt. Selbst wenn die Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung gegeben ist, hat der Zusammenschluss darauf keine Auswirkungen.

Kommerzielle und öffentliche Fahrtreppen (Neuanlagen): Der Zusammenschluss bewirkt keine Marktanteilsaddition, da nur Thyssen in diesem Bereich tätig ist. Allerdings bestanden zwischen Krupp und der im selben Markt tätigen finnischen Kone-Gruppe personelle und kapitalmässige Verflechtungen, welche in Verbindung mit dem Zusammenschluss von Krupp und Thyssen erwartungsgemäss zu einer Verringerung des gegenwärtigen Wettbewerbs geführt hätten. Krupp hat daher als integraler Bestandteil der Entscheidung der EU-Kommission (Fall Nr. IV/1080, Ziff. 31ff.) zugesichert, die wettbewerblich relevanten Verbindungen mit Kone aufzulösen.

Ersatzteile und Serviceleistungen von WPK-Maschinen: Gemäss Parteien umfasst dieser Markt Ersatzteile und Serviceleistungen für Maschinen der Krupp-Tochter Krupp Werner & Pfleiderer GmbH (WPK), welche in die Schweiz Aufbereitungsmaschinen für Kunststoffe liefert. An dieser Stelle soll nicht abschliessend geklärt werden, ob Serviceleistungen und Ersatzteile für *eigene* Maschinen als sachlich relevanter Markt gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU abzugrenzen ist, da im vorliegenden Fall selbst bei dieser engen Abgrenzung keine Anhaltspunkte der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung von Krupp vorliegen.

Alles in allem ergibt die vorläufige Prüfung auf keinem der betroffenen Märkte Anhaltspunkte, wonach der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3 5. Daimler-Benz / Chrysler

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und 32 Abs. 2 KG.

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et 32 al. 2 LCart.

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e 32 cpv. 2 LCart.

Zusammenfassung der Stellungnahme der Wettbewerbskommission betreffend den Zusammenschluss Daimler-Benz AG / Chrysler Corporation

Am 13. Juli hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Unternehmen Daimler-Benz AG, Stuttgart, Deutschland (Daimler-Benz) und Chrysler Corporation, Delaware, USA (Chrysler) zu fusionieren.

Die Unternehmen der Daimler-Benz-Gruppe sind hauptsächlich in den folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- **Automobile** (Daimler-Benz):
Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Personenwagen (PW) und Nutzfahrzeugen.
- **Luftfahrt** (Daimler-Benz Aerospace):
Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Zivil- und Militärflugzeugen, Zivil- und Militärhelikoptern, Satelliten, Verteidigungselektronik und Triebwerken.
- **Dienstleistungen** (Daimler-Benz Interservices):
Finanzdienstleistungen, Versicherungen, Informationstechnologien, Telekommunikation, Marketing und Dienstleistungen in den Bereichen Systemhaus.
- **Direkt geführte industrielle Beteiligungen:**
Entwicklung und Herstellung von Bahnsystemen, Automobilelektronik und Dieselmotoren.

Die Unternehmen der Chrysler-Gruppe sind in den folgenden Geschäftsbereichen tätig:

- **PW und Nutzfahrzeuge**
Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von PW, Lastwagen, Minibussen, Mehrzweckfahrzeugen, sowie der dazugehörigen Ersatzteile und Zubehör. Das Unternehmen verkauft seine Fahrzeuge unter den Marken Chrysler, Plymouth, Dodge und Jeep, wovon Chrysler und Jeep auch in Europa.
- **Finanzdienstleistungen (Chrysler Financial Corporation und weitere verbundene Unternehmen):**
Angebot von Konsumkrediten und Leasing für Chrysler-Produkte.

Daimler-Benz und Chrysler, zwei bis anhin voneinander unabhängige Unternehmen, und die Oppenheim AG schlossen ein 'Business Combination Agreement' ab. Die Oppenheim AG, eine Aktiengesellschaft nach deutschem Recht, ist im Hinblick auf die Fusion gegründet worden. In ihr werden die zwei Fusionspartner aufgehen. Sie wird nach dem Zusammenschluss in 'DaimlerChrysler AG' umbenannt und als überlebendes Unternehmen weiterbestehen.

Im Sinne des Kartellgesetzes betroffen vom Zusammenschluss sind nur Teile des Personenwagenmarktes (PW), in welchem sich spürbare Überschneidungen ergeben. Nachfrageseitige Auswirkungen könnten sich auf die Käufer (Endkunden) und auf die schweizerischen Vertriebshändler von Daimler-Benz- und Chrysler-Produkten ergeben.

In der vorläufigen Prüfung hat die Wettbewerbskommission im Sinne einer vorsichtigen Arbeitshypothese eine sehr enge Marktabgrenzung gewählt und den PW-Markt in 9 Segmente aufgeteilt (in der gleichen

Weise ist übrigens die EG-Kommission in der Entscheidung vom 22.12.1997, Fall Nr. IV.M.1036, Chrysler Distributors vorgegangen). Ergeben sich bei dieser engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für kartellgesetzlich problematische Folgen, dann ergeben erst recht keine solchen bei einer weiteren Marktabgrenzung.

Forschung und Entwicklung (F&E), Produktion (global sourcing) und der Absatz (global marketing) werden weltweit betrieben. Die zwei Fusionspartner haben in der Schweiz weder Produktions- noch Forschungsstätten, daher ist die Schweiz nur bezüglich des Vertriebs der Fahrzeuge tangiert. Die Neuwagen werden in der gesamten Schweiz zu praktisch den gleichen Konditionen angeboten. Der räumliche Markt ist somit mindestens auf die Schweiz zu begrenzen. Allenfalls könnte der Markt aufgrund von Parallelimporten weiter abgegrenzt werden. Wiederum im Sinne einer vorsichtigen Hypothese wurde der räumlich relevante Markt auf den Raum Schweiz beschränkt.

In dieser sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung ist vom Zusammenschluss nur der Markt für Sportwagen betroffen. Daimler-Benz hatte bei den Sportcoupés 1997 einen Marktanteil von 20,6%, Chrysler einen solchen von 0,4%. Die Marktanteilsaddition ist demnach sehr gering.

Es gibt eine Vielzahl von Anbietern, die eine breite Palette von Fahrzeugen inkl. Sportcoupés anbieten. Der Automobilmarkt ist auf Stufe Produktion ausgesprochen dynamisch und innovativ, dass es keinem Hersteller möglich ist, eine marktbeherrschende Stellung einzunehmen. Aus der Sicht der Endkunden hat die Fusion demnach keine wettbewerbsrechtlich bedenklichen Auswirkungen.

Die Stellung der Vertriebshändler von Daimler-Benz und Chrysler wird gemäss Aussagen der Fusionspartner vom Zusammenschluss vorerst überhaupt nicht tangiert. Doch selbst wenn später eine Reorganisation der Vertriebsnetze vorgenommen würde, dürften sich daraus kaum kartellgesetzliche Probleme ergeben. Gegenteiligenfalls handelte es sich um Probleme, welche nicht im Rahmen der Fusionskontrolle anzugehen sind.

Alles in allem hat die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte ergeben, dass sich die zwei beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, weshalb die Voraussetzungen zur Durchführung einer Prüfung nicht gegeben waren.

B 2.3 6. CHS Electronics Inc. / Vobis Microcomputer AG

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

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

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

Zusammenfassung

Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass keines der beteiligten Unternehmen einen alleinigen Marktanteil von 30% erreicht, bzw. beide beteiligten Unternehmen keinen gemeinsamen Marktanteil von 20% erreichen (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Somit bestehen keine Anhaltspunkte, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 1 KG). Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses sind daher nicht gegeben.

B 2 **4. Sanktionen** Sanctions Sanzioni

B 2.4 **1. Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich AGZ**

Verstösse gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen Art. 50 und Art. 53 KG

Inobservation d'accords amiables et décisions administratives art. 50 et 53 LCart.

Infrazioni in relazione con conciliazioni e decisioni dell'autorità art. 50 e 53 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juli 1998 in Sachen Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich AGZ, betreffend Verhängung einer Sanktion gemäss Art. 53 i.V.m. Art. 50 KG

B. Sachverhalt

1. Auf Begehren der SWICA Gesundheitsorganisation (im folgenden SWICA) erliess die Wettbewerbskommission am 2. Februar 1998 gegen die Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich (im folgenden AGZ) vorsorgliche Massnahmen mit folgendem Inhalt:

1. „1. Der AGZ wird verboten, ihre Mitglieder aufzufordern, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen.
2. Die AGZ wird verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen nach Erlassdatum der vorliegenden Verfügung den Inhalt derselben ihren Mitgliedern schriftlich mitzuteilen sowie ihre Mitglieder ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Kartellrechtswidrigkeit des in dem Schreiben vom 10. November 1997 enthaltenen Aufrufes der AGZ an ihre Mitglieder, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen, glaubhaft gemacht worden ist.
3.“

2. Im Februar 1998 erging eine Mitteilung der AGZ an sämtliche Mitglieder. Die Mitteilung weist u.a. folgenden Inhalt auf:

- Ziffer 4 („AGZ und Wettbewerbskommission“), S. 3: „Wir dürfen unsere Mitglieder nicht mehr auffordern, sich von der Liste streichen zu lassen“. Zudem fordert die AGZ ihre Mitglieder auf, die dem Rundschreiben beigelegte Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 zu lesen.
 - Abschnitt „Weiters Vorgehen“, S. 3: „1. Die Gruppierungen, welche sich haben streichen lassen, aber nicht gestrichen worden sind, werden schriftlich bei der Swica protestieren und eine Stellungnahme verlangen. Wir nehmen direkt mit diesen Gruppen Kontakt auf“.
3. Am 9. April 1998 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Kommission ein Sanktionsverfahren gemäss Art. 53 i.V. mit Art. 50 KG mit folgender Begründung:
- „Die auf Seite drei der Mitteilung der AGZ an ihre Mitglieder unter dem Titel ‚Weiteres Vorgehen‘ enthaltene Aufforderung an die noch nicht von der Ärzteliste gestrichenen Gruppierungen, schriftlich bei der SWICA zu protestieren, verstösst gegen Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission.
 - In der Mitteilung der AGZ an ihre Mitglieder fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf die glaubhaft gemachte Kartellrechtswidrigkeit des Streichungsaufrufes vom 10. November 1997. Der diesbezüglichen in Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission enthaltenen Verpflichtung ist die AGZ somit nicht nachgekommen.“
4. In ihrer Stellungnahme vom 24. April 1998 bestreitet die AGZ, gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission verstossen zu haben. Sie macht folgendes geltend:
- Das in der Mitteilung der AGZ an ihre Mitglieder beschriebene „Weitere Vorgehen“ sei kein Aufruf der AGZ an noch nicht gestrichene Gruppierungen, bei der SWICA zu protestieren und eine Stellungnahme zu verlangen. Es handle sich bloss um eine Information der AGZ an ihre Mitglieder, dass einzelne Ärztgruppierungen sich selbständig dazu entschlossen hätten, bei der SWICA zu protestieren und eine Stellungnahme zu verlangen. Die einzelnen Ärztgruppierungen handelten in eigenem Namen und seien von der AGZ rechtlich unabhängige Vereine. Sogar wenn die AGZ selbst zu einem schriftlichen Protest und zum Verlangen einer Stellungnahme aufgerufen hätte, wäre nicht gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission verstossen worden, da ein solcher Protestaufruf keine Aufforderungen darstelle, sich von der SWICA-Liste streichen zu lassen.
 - Der Vorwurf, die AGZ habe ihre Mitglieder nicht auf die glaubhaft gemachte Kartellrechtswidrigkeit des Streichungsaufrufes

vom 10. November 1997 aufmerksam gemacht, sei falsch. Im Gegenteil habe die AGZ mehr getan als erforderlich, indem sie allen Mitgliedern die gesamte Verfügung der Wettbewerbskommission zukommen liess und die Mitglieder schriftlich und fett gedruckt aufgefordert habe, die Verfügung zu lesen.

- Verfügungsadressat in einem Sanktionsverfahren könnten nur Unternehmen sein. Da die AGZ keine Unternehmung sei, könne gegen sie keine Sanktion verhängt werden.
- Erforderlich sei nach Art. 50 KG ein Verstoß zum eigenen Vorteil eines Unternehmens. Ein objektiv messbarer Erfolg sei bei der AGZ jedoch nicht ersichtlich.

C. Erwägungen

1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes

5. Gegenstand des vorliegenden Verwaltungssanktionsverfahrens ist die Nichtbefolgung vorsorglicher Massnahmen. Die Wettbewerbskommission ist gemäss Art. 18 Abs. 3 KG und Art. 53 KG zuständig für das Aussprechen von Verwaltungssanktionen. Auf die kartellrechtlichen Verfahren sind nach Art. 39 KG die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (SR 171.021; VwVG) anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht.

6. Die AGZ ist ein Unternehmensverband. Bei den in ihm zusammengeschlossenen Ärzten handelt es sich um Unternehmen im Sinne des KG. Die Anwendbarkeit des KG ist somit gegeben.

2 Verstoß gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission

2.1 Verbot des Streichungsaufrufes

7. Ziffer 1 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 enthielt ein Verbot weiterer Streichungsaufrufe. Die AGZ macht geltend, dass das in der Mitteilung der AGZ an ihre Mitglieder vom Februar 1998 beschriebene „Weitere Vorgehen“ keinen Streichungsaufruf darstelle.

8. Nach Durchsicht der Stellungnahme der AGZ ist deren Aussage, wonach das von der AGZ skizzierte weitere Vorgehen lediglich eine Information, nicht jedoch ein Streichungsaufruf darstelle, zu folgen. Die AGZ konnte hinreichend darlegen, dass es sich bei dem in den genannten Ziffern beschriebenen Vorgehen um den Protest einzelner, von der AGZ rechtlich unabhängiger Ärztevereinigungen handelt. Einzelne dieser Ärztegruppierungen, welche noch nicht wie gewünscht von der Ärzteliste gestrichen worden waren, hatten sich selbständig dazu entschlossen, bei der SWICA zu protestieren und eine Stellungnahme zu verlangen. Mitglieder dieser Ärztegruppierungen haben die AGZ, die alleinige Adressatin der vorsorglichen Mass-

nahmen vom 2. Februar 1998 war, telefonisch über dieses Vorgehen informiert. Der in Ziffer 1 enthaltene Satz „Wir nehmen direkt mit diesen Gruppen Kontakt auf.“ wies darauf hin, dass die AGZ mit den Ärztegruppierungen Kontakt aufnahm, um sicherzustellen, dass die Ärztegruppierungen keine den vorsorglichen Massnahmen der Wettbewerbskommission widersprechenden Handlungen vornehmen würde.

9. Zudem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die einzelnen Ärztegruppierungen im Kanton Zürich zum grössten Teil in der Rechtsform eines Vereins gemäss Art. 60 ff. ZGB organisiert sind, keine Aussenorgane der AGZ sind und sich von der AGZ rechtlich unabhängig verhalten können. Die AGZ wiederum hat keine rechtliche Möglichkeiten, die Gruppierungen zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen. Auf diesem Hintergrund haben diese Gruppierungen sich dazu entschlossen, selbständig bei der SWICA zu protestieren.

10. Aufgrund dieser Feststellungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass das auf Seite drei in der Mitteilung der AGZ an ihre Mitglieder vom Februar 1998 beschriebene „Weitere Vorgehen“ keine Aufforderung der AGZ an einzelne Ärztegruppierungen darstellt, sich von der Ärzteliste des Versicherungsproduktes NOVA LIGHT streichen zu lassen. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Information an die Mitglieder der AGZ.

11. Ein Verstoss gegen Ziffer 1 der von der Wettbewerbskommission am 2. Februar 1998 erlassenen vorsorglichen Massnahmen liegt somit nicht vor.

2.2 Verpflichtung, ausdrücklich auf die glaubhaft gemachte Kartellrechtswidrigkeit aufmerksam zu machen

12. In Ziffer 2 der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 wurde die AGZ u.a. verpflichtet, ihre Mitglieder ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass die Kartellrechtswidrigkeit des Streichungsaufrufes vom 10. November 1997 glaubhaft gemacht worden war.

13. Die AGZ stellte ihren Mitgliedern die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 in vollem Wortlaut zu.

14. Die Verfügung der Wettbewerbskommission spricht einerseits in der Begründung, andererseits im Dispositiv von der glaubhaft gemachten Kartellrechtswidrigkeit. Werden die Mitglieder durch die AGZ aufgefordert, die Verfügung der Wettbewerbskommission zu lesen, so ist damit zu rechnen, dass dieser Aufforderung grösstenteils Folge geleistet wird. Wird nicht die gesamte Verfügung gelesen, so ist doch davon auszugehen, dass zumindest das Dispositiv der Verfügung gelesen wird. Ist dies der Fall, so ist die AGZ der Verpflichtung, ihre Mitglieder auf die glaubhaft gemachte Kartellrechtswidrigkeit aufmerksam zu machen, nachgekommen, da sich das Dispositiv der Ver-

fügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar in Ziffer 2 explizit mit diesem Punkt befasst. Unter diesen Umständen erübrigt sich ein weiterer ausdrücklicher Hinweis auf die glaubhaft gemachte Kartellrechtswidrigkeit.

15. Diese Beurteilung führt zum Schluss, dass die AGZ mit dem Versenden der gesamten Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 den Verpflichtungen gemäss Ziffer 2 der genannten Verfügung nachgekommen ist. Mit dem Zustellen der Verfügung in vollem Wortlaut hat die AGZ ihre Mitglieder in ausreichendem Masse auf die glaubhaft gemachte Kartellrechtswidrigkeit des Streichungsaufwurfes vom 10. November 1997 aufmerksam gemacht.

3 Sanktion

16. Aufgrund der obigen Ausführungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die AGZ nicht gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Februar 1998 verstossen hat, womit die Frage der Verhängung einer Sanktion nicht weiter geprüft werden muss.

D. Kosten

17. Gestützt auf die am 1.4.1998 in Kraft getretene Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) vom 25. Februar 1998 ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht.

18. Das vorliegende Verwaltungsanktionsverfahren wurde weder durch die AGZ direkt verursacht, noch wird der AGZ im Rahmen des Verfahrens eine Sanktion auferlegt. Verfahrenskosten gemäss KG-Gebührenverordnung werden somit keine gesprochen.

E. Dispositiv

1. Das Verwaltungsanktionsverfahren gegen die AGZ wird ohne Folgen eingestellt.
2. Rechtsmittelbelehrung
3. Eröffnung

B 2 **5. Andere Entscheide**
Autres décisions
Altre decisioni

B 2.5 1. Gasversorgung Rothenburg

Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Feststellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Juli 1998 betreffend Unternehmenseigenschaft gemäss Art. 2 Abs. 1 KG

A. Sachverhalt

1 Funktionen der Gemeinde Rothenburg im Bereich der Gasversorgung

1. Die Gesuchsgegnerin betreibt gemäss „Reglement über die Erdgasversorgung der Gemeinde Rothenburg“ „zur Ergänzung der Energieversorgung mit umweltfreundlicher Energie“ eine eigene Gasversorgung. Als Gemeindebetrieb untersteht die Gasversorgung dem Gemeinderat von Rothenburg. Der Gemeinderat schliesst die für die Gasversorgung notwendigen Gaslieferungs- und Betriebsführungsverträge ab.

2. In verschiedenen Baubewilligungen und Gestaltungsplan-Genehmigungen, welche die Gesuchsgegnerin als hoheitliche Planungs- und Baubehörde erteilt hat, sind Bestimmungen folgender Art zu finden:

- „Sofern für die Energieversorgung ein fossiler Träger gewählt wird, muss an die Erdgasversorgung Rothenburg angeschlossen werden.“
- „Vom Anschluss der Bauten an die Erdgasversorgung der Gemeinde Rothenburg wird verbindlich Kenntnis genommen.“
- „Es wird empfohlen, einen allfälligen Anschluss an eine künftige Erdgasleitung in die Energieplanung einzubeziehen.“
- „Der Gesuchstellerin wird der Anschluss an das Erdgasnetz der Gemeinde Rothenburg empfohlen.“
- „Der Gemeinderat erteilt für die Überbauung in der (...) Wohnzone einen Ausnützungszuschlag von max. 15%, unter folgenden Bedingungen:
 1. (...)
 2. (...)
 3. Die Überbauung ist im Falle einer fossilen Brennstoffversorgung an das Erdgasnetz der Gemeinde Rothenburg anzuschliessen.

Die Gewährung des Bonus bezieht sich nur auf das vorliegende Projekt. Ein Bonusanspruch bei wesentlichen Projektänderungen besteht nicht.“

2 Vorabklärung des Sekretariates der Wettbewerbskommission

3. Am 9. Juni 1997 beantragten die Gesuchsteller beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung des Verhaltens der Gesuchsgegnerin auf dem Wärmeenergiemarkt.

4. Aufgrund dieses Gesuches hat das Sekretariat am 17. Juni 1997 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG gegen die Gesuchsgegnerin eröffnet.

5. Angesprochen auf die Vorgehensweise beim Erteilen von Baubewilligungen hat der Gemeinderat Rothenburg erklärt, dass im Rahmen von Gestaltungsplanverfahren gemäss § 72f. Planungs- und Baugesetz des Kantons Luzern die Erdgasversorgung mit den entsprechenden Bauherrschaften die Möglichkeit eines Erdgasanschlusses prüfe. Entsprechend dem erzielten Verhandlungsergebnis werde der Erdgasanschluss in der Folge „verbindlich oder nur im empfehlenden Sinn“ in den Entscheid einbezogen. Diese Absicherung werde durchaus im „gegenseitigen Interesse“ verstanden. So habe die Erdgasversorgung ein Interesse, dass über eine neu zu erstellende Leitung auch ein Absatz realisiert werden könne. Gleichzeitig verlange der Bauherr die terminliche Zusage für die Erdgaslieferung entsprechend dem Baufortschritt.

6. Weiter wies der Gemeinderat darauf hin, dass es in seiner Verantwortung gegenüber dem steuerzahlenden Bürger sei, das Gemeindewerk „im Rahmen wirtschaftlicher Kriterien“ zu führen. Diesem Bedürfnis werde „in grossem Masse bei allen baulichen Massnahmen Rechnung getragen“.

7. Am 4. November 1997 hat das Sekretariat die Vorabklärung unter anderem mit folgenden Schlussfolgerungen abgeschlossen:

1. „Die Gemeinde Rothenburg übt in ihrer Funktion als Planungs- und Baubewilligungsbehörde keine unternehmerische Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG aus und fällt folglich nicht unter den Geltungsbereich des KG.“
2. „Eine Beurteilung der Planungs- und Baubewilligungspraxis der Gemeinde Rothenburg anhand der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG ist nicht möglich.“

8. Diese Schlussfolgerungen basierten auf den Erwägungen, dass die kartellrechtlich relevanten Tatbestände von der Gesuchsgegnerin in ihrer hoheitlichen Funktion als Planungs- und Baubewilligungsbehörde und nicht in ihrer unternehmerischen Funktion als Betreiberin der Gasversorgung ausgingen. Diese beiden Funktionen der Gesuchsgegnerin seien getrennt zu betrachten. Die isoliert zu betrachtenden Aktivitäten der Gesuchsgegnerin als Planungs- und Baubewilligungsbehörde stellten keine unternehmerischen Tätigkeiten im Sinne von

Art. 2 Abs. 1 KG dar, womit die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG auf die Beurteilung dieser Aktivitäten nicht anwendbar seien. Das Sekretariat regte indessen an, dass die Gesuchsgegnerin künftig in Baubewilligungen, Gestaltungsplangenehmigungen und beim Erteilen von Ausnützungszuschlägen auf Bestimmungen und Empfehlungen bezüglich eines Anschlusses an die Gasversorgung verzichten soll.

3 Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung

9. Mit Schreiben vom 15. Januar 1998 haben die Gesuchsteller bei der Wettbewerbskommission ein Gesuch mit folgenden Anträgen eingereicht:

1. „Im Sinne der nachstehenden Ausführungen beantragen wir den Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG, die folgende Feststellungen zu enthalten hat:
 - 1.1 dass das Baubewilligungsverfahren und das Betreiben einer kommunalen Gasversorgung rechtlich nicht getrennt betrachtet werden können, sondern - soweit Belange der kommunalen Gasversorgungsunternehmung planerisch oder konkret festgelegt bzw. geregelt werden - faktisch eine Einheit bilden, die einheitlich beurteilt werden muss;
 - 1.2 dass in diesem Sinne Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Verhalten der Gemeinde Rothenburg als Betreiberin der kommunalen Gasversorgung bestehen, ein Verhalten, das nicht durch Art. 3 Abs. 1 KG abgedeckt ist.
2. Es sei in der vorliegenden Angelegenheit im Sinne des Gesuches vom 6. Juni 1997 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen.

4 Stellungnahme der Gesuchsgegnerin

10. Mit Schreiben vom 29. Januar 1998 forderte das Sekretariat die Gesuchsgegnerin auf, zum Gesuch Stellung zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin reichte ihre Stellungnahme innert erstreckter Frist am 27. März 1998 ein und beantragt folgendes :

1. Auf das Gesuch der Gesuchsteller sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter : Das Gesuch sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

B. Erwägungen

1 Formelles / Anspruch der Gesuchsteller auf eine Feststellungsverfügung

11. Gemäss Art. 39 KG ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) auf die Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden

grundsätzlich anwendbar. Dies gilt gemäss Botschaft zum KG (BBl 1995 I 613f.) auch für Vorabklärungen. Dieser Grundsatz wird lediglich durch Art. 26 Abs. 3 KG eingeschränkt, wonach im Verfahren der Vorabklärung kein Recht auf Akteneinsicht besteht.

12. Das Sekretariat kann eine Vorabklärung auf eigene Initiative, auf Begehren eines Beteiligten oder auf Hinweis eines Dritten hin durchführen. Ein Anspruch auf Durchführung einer Vorabklärung besteht indessen nicht (BBl 1995 I 602).

13. Das Sekretariat hat die Vorabklärung gegen die Gesuchsgegnerin eingestellt, weil diese als Planungs- und Baubewilligungsbehörde (und gleichzeitig Betreiberin der Gasversorgung) keine unternehmerische Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG ausübe. Das Sekretariat teilte den Parteien diese Erkenntnisse in Form eines „Schlussberichts“ mit.

14. Der Schlussbericht über eine Vorabklärung stellt keine rechtsmittelfähige Verfügung dar, was von den Parteien nicht bestritten wird. Im Rahmen der Vorabklärung wird die Sach- und Rechtslage lediglich summarisch geprüft. Ergeben sich dabei Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, eröffnet das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG). Liegen keine Anhaltspunkte vor, schliesst das Sekretariat die Vorabklärung ohne Folgen ab.

15. Weil in beiden Varianten des Abschlusses einer Vorabklärung keine Rechte oder Pflichten von Parteien begründet oder geändert und keine verbindlichen Feststellungen in bezug auf Bestehen, Nichtbestehen oder Umfang von Rechten und Pflichten getroffen werden, liegt keine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG vor.

16. Die Gesuchsteller machen geltend, der Schlussbericht vom 4. November 1997 sei formell keine Verfügung, stelle jedoch in bezug auf die Frage, ob die Gesuchsgegnerin als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG dem KG unterstellt sei, materiell einen Entscheid dar. Dieser sei in Form einer Verfügung (in casu Feststellungsverfügung) zu erlassen. Eine Vorabklärung dürfe nicht dazu führen, den im Wettbewerb angeblich Behinderten den Rechtsweg abzuschneiden.

17. Demgegenüber wendet die Gesuchsgegnerin ein, dass der Zivilweg (Art. 12 ff. KG) zu beschreiten sei, wenn das Sekretariat in einer Vorabklärung zum Schluss gelange, dass keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliege.

18. Die Gesuchsgegnerin hat nicht erkannt, dass das Sekretariat in der Vorabklärung auf die materiellen Vorbringen der Gesuchsteller überhaupt nicht eingetreten ist, weil es die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens nach Art. 26 ff. KG verneinte. Damit hat sich das Sekretariat mangels Vorliegens einer Anwendungsvoraussetzung des KG mit dem Sachverhalt nicht auseinandergesetzt.

19. In bezug auf die Unternehmenseigenschaft der Gesuchsgegnerin hat es indessen Art. 2 Abs. 1 KG in einer Weise ausgelegt, welche geeignet ist, Präjudizien für ähnlich gelagerte zukünftige Fälle zu schaffen.

20. Die Wettbewerbskommission ist berufen, alle Entscheide zu treffen und Verfügungen zu erlassen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Hinsichtlich der Auslegung von materiellen Fragen des KG wie die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 KG sieht das Gesetz keine Kompetenz des Sekretariates vor. Der Wettbewerbskommission obliegt der definitive materiellrechtliche Entscheid darüber.

21. Legt das Sekretariat in einer Vorabklärung eine materiellrechtliche Bestimmung zum Nachteil der angeblich im Wettbewerb Behinderten aus, kann die Wettbewerbskommission diese Auslegung in Form einer Feststellungsverfügung (Art. 25 VwVG) überprüfen und allenfalls bestätigen oder ändern. Die Wettbewerbskommission kann eine Feststellungsverfügung von Amtes wegen oder auf Begehren hin erlassen (Art. 25 VwVG). Unter Vorbehalt der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 25 VwVG besteht somit ein Anspruch der Gesuchsteller auf eine Feststellungsverfügung hinsichtlich der Frage der Unternehmenseigenschaft der Gesuchsgegnerin bzw. der Auslegung von Art. 2 Abs. 1 KG (Rechtsbegehren 1.1).

22. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von Art. 25 VwVG generell geforderten Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung (Zuständigkeit der Behörde, schutzwürdiges Interesse des Gesuchstellers, Subsidiarität der Feststellungsverfügung und Beschränkung auf Rechtsfragen; vgl. A. Kölz/l. Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, Rz 91 ff.) im vorliegenden Fall gegeben sind.

23. Zuständig für den Erlass einer Feststellungsverfügung ist die in der Sachfrage kompetente Behörde. Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ergibt sich aus Art. 18 Abs. 3 KG.

24. Dem Begehren um eine Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn die Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachzuweisen vermögen (Art. 25 Abs. 2 VwVG).

25. Ein Interesse ist dann schutzwürdig, wenn die Gesuchsteller ohne die verbindliche Feststellung über den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten Gefahr liefen, dass sie oder die Behörde ihr nachteilige Massnahmen treffen oder ihr günstige unterlassen würde (BGE 108 Ib 546). Ein bloss tatsächliches Interesse genügt (BGE 114 V 203).

26. Der Schlussbericht der Vorabklärung des Sekretariates enthält einen Entscheid über die Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG auf Gemeinden, die sich möglicherweise durch

ihre hoheitlichen Funktionen (das Erteilen von Baubewilligungen und das Genehmigen von Gestaltungsplänen) bei ihren unternehmerischen Tätigkeiten (im konkreten Fall dem Betreiben einer Gasversorgung) Wettbewerbsvorteile verschaffen.

27. Ohne Erlass einer Feststellungsverfügung durch die Wettbewerbskommission ist es den Gesuchstellern nicht möglich, sich auf verwaltungsrechtlichem Weg gegen den materiellen Entscheid des Sekretariates zur Wehr zu setzen. Sie hätten insbesondere ohne Beschwerdemöglichkeit hinzunehmen, dass es die Wettbewerbsbehörden unterlassen, das angeblich missbräuchliche Verhalten der Gesuchsgegnerin zu prüfen. Die Gesuchsteller fühlen sich durch die Gasversorgung Rothenburg in der Ausübung des Wettbewerbs auf dem Markt behindert. Sie laufen durch die Unterlassung der Wettbewerbsbehörden Gefahr, dass diese Behörde oder eine ihr nachgelagerte Beschwerdeinstanz ihr günstige Massnahmen unterlassen würde.

28. Das schutzwürdige Interesse muss sodann ein aktuelles sein. Auch diese Voraussetzung ist gegeben. Obwohl sich die Gesuchsgegnerin der Anregung des Sekretariats aus der Vorabklärung angeblich unterworfen hat, fühlen sich die Gesuchsteller weiterhin im Wettbewerb behindert, weil die faktische Abhängigkeit eines Bauwilligen von der Bewilligungsbehörde verzerrende Auswirkungen auf den Wärmeenergiemarkt habe.

29. Schliesslich gehört zur Schutzwürdigkeit des Interesses, dass es konkret ist. Die festzustellende Rechtsfrage darf nicht rein theoretischer Natur sein, sondern muss einen Zusammenhang mit den zu beurteilenden tatsächlichen Gegebenheiten aufweisen (BGE 108 Ib 22). Dies ist vorliegend der Fall, geht es doch um den möglichen wettbewerbsverzerrenden Einfluss der Bewilligungspraxis der Gesuchsgegnerin auf die von ihr betriebene Gasversorgung bzw. auf den Wärmeenergiemarkt. Von dieser möglichen Wettbewerbsverzerrung sind die Gesuchsteller direkt betroffen.

30. Das schutzwürdige Interesse der Gesuchsteller an einer Feststellungsverfügung durch die Wettbewerbskommission ist folglich gegeben.

31. Eine Feststellungsverfügung kann grundsätzlich nicht anbegehrt werden, wenn in der gleichen Sache eine Leistungs- oder Gestaltungsverfügung möglich ist (Kölz/Häner, a.a.O., Rz 93). Im vorliegenden Fall ist es den Gesuchstellern verwehrt, im Kartellverwaltungsverfahren eine Überprüfung der Schlussfolgerungen des Sekretariats in der Vorabklärung auf andere Weise als mittels einer Feststellungsverfügung zu verlangen. Grundsätzlich könnten sie mit ihrem Begehren an den Zivilrichter gelangen. Dieser hätte aber ebenfalls über die grundlegende Rechtsfrage der Unternehmenseigenschaft und Unterstellung der Gesuchsgegnerin unter das KG zu entscheiden. Diese

Frage kann in der vorliegenden Feststellungsverfügung vorweg geklärt und allenfalls ein aufwendiges Verfahren vermieden werden.

32. Schliesslich hat sich eine Feststellungsverfügung auf eine Rechtsfrage zu beziehen. Tatbeständliche Fragen können auf diesem Weg nicht geklärt werden. Vorliegend geht es im Rechtsbegehren 1.1 um die Unternehmenseigenschaft der Gesuchsgegnerin bzw. um die Auslegung von Art. 2 Abs. 1 KG. Gegenstand dieses Feststellungsbegehrens ist eine Rechtsfrage.

33. Diese Voraussetzung ist indessen beim Rechtsbegehren 1.2 der Gesuchstellerin nicht gegeben. Ob ein missbräuchliches Verhalten der Gesuchsgegnerin vorliegt, kann nicht ohne zusätzliche Sachverhaltsabklärungen beurteilt werden. Diese zusätzlichen Abklärungen können nicht im Rahmen des vorliegenden Feststellungsverfahrens geschehen, sondern haben in einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG oder in einer Untersuchung nach Art. 27 ff. KG zu erfolgen. Auf das Feststellungsbegehren 1.2 der Gesuchsteller kann folglich nicht eingetreten werden.

34. Gleiches gilt in bezug auf das Begehren der Gesuchsteller auf Eröffnung einer Untersuchung (Antrag 2, vgl. Ziff. 9 vorne). Ob die Voraussetzungen für die Einleitung einer Untersuchung vorliegen, nämlich Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, hat das Sekretariat grundsätzlich im Rahmen einer Vorabklärung zu prüfen. Liegen die Anhaltspunkte unabhängig von einer durchgeführten Vorabklärung offensichtlich vor, kann auch die Wettbewerbskommission das Sekretariat mit der Durchführung einer Untersuchung beauftragen (Art. 27 Abs. 1 KG). Ein Anspruch der Gesuchstellerin auf Einleitung einer Untersuchung besteht indessen nicht. Die Frage der Einleitung oder Nichteinleitung einer Untersuchung kann nicht Gegenstand eines Feststellungsverfahrens nach Art. 25 VwVG sein. Entsprechend wird auf das Rechtsbegehren 2 der Gesuchsteller nicht eingetreten.

35. Die Wettbewerbskommission kann aufgrund des bekannten Sachverhalts keine offensichtlichen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen feststellen. Das Sekretariat wird im Rahmen einer Vorabklärung zusätzliche Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen haben, um über die Einleitung einer Untersuchung entscheiden zu können. Unter Vorbehalt der Gutheissung des Feststellungsbegehrens 1.1 wird das Sekretariat angewiesen, die Vorwürfe der Gesuchsteller in einer Vorabklärung einer summarischen materiellen Überprüfung zu unterziehen.

36. Im Ergebnis sind die Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung in bezug auf Rechtsbegehren 1.1 der Gesuchsteller gegeben und die Wettbewerbskommission tritt darauf ein. Auf Rechtsbegehren 1.2 und 2 tritt die Wettbewerbskommission nicht ein.

2 Materielles / Anwendbarkeit des KG auf die Gemeinde Rothenburg

37. Die Gesuchsteller machen geltend, die im Schlussbericht des Sekretariats vorgenommene Trennung zwischen staatlichem und unternehmerischem Handeln entspreche der Realität in keiner Weise und habe bloss künstlichen Charakter. Die Gesuchsgegnerin sei in der Lage, ihr Verhalten als Planungs- und Baubewilligungsbehörde zugunsten der von ihr unternehmerisch betriebenen Gasversorgung zu instrumentalisieren. Sie verschaffe sich damit auf dem Wärmeenergiemarkt gegenüber den freien Energieanbietern eine marktbeherrschende Stellung. Faktisch bestehe für die Bauherrschaften durchaus ein hinreichender Druck, um einen Anschluss ans Erdgasnetz zu bewirken.

38. Die Gesuchsgegnerin erwidert, die Anschlüsse an ihre Erdgasversorgung erfolgten mittels Verträgen, welche unabhängig vom Baubewilligungsverfahren abgeschlossen würden. Jedenfalls habe sie nie beabsichtigt, die Freiheit der Bauherrschaft, zwischen den verschiedenen Energieträgern zu wählen, zu behindern oder aufzuheben.

39. Der Geltungsbereich des KG spricht gemäss Botschaft diejenigen Marktteilnehmer an, die sich - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Zwischen Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts wird nicht unterschieden (vgl. BBl 1995 I 533f.).

40. Die Ausübung hoheitlicher Funktionen durch ein Gemeinwesen, wie vorliegend die Erteilung von Baubewilligungen durch die Gesuchsgegnerin, fällt grundsätzlich nicht unter den Begriff der unternehmerischen Tätigkeit des Art. 2 Abs. 1 KG. Demgegenüber ist der Betrieb einer Gasversorgung durch die Gesuchsgegnerin - isoliert betrachtet - eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG.

41. Fraglich ist vorliegend, ob ein Gemeinwesen, welches in Ausübung hoheitlicher Funktionen (in casu Erteilen von Baubewilligungen) in der Lage ist, eine von ihm gleichzeitig wahrgenommene unternehmerische Tätigkeit (in casu Gasversorgung) in wettbewerbsrechtlich relevanter Art zu beeinflussen, unternehmerisch im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG tätig und damit dem KG unterstellt ist. Es ist mithin abzuwägen, ob die hoheitliche Funktion oder die unternehmerische Tätigkeit den Ausschlag für die Qualifizierung der gleichzeitig ausgeübten Tätigkeiten und für die Anwendung des KG gibt.

42. Mit dem KG soll grundsätzlich erreicht werden, dass für Unternehmen des öffentlichen Rechts dieselben wettbewerbsrechtlichen Schranken bestehen wie für Unternehmen des privaten Rechts (BBl

1995 I 534). Auf den vorliegenden Fall angewandt heisst dies, dass das KG dafür zu sorgen hat, dass den Gesuchstellern und allen anderen privaten Anbietern im Wettbewerb auf dem Markt für Wärmeenergie dieselben Möglichkeiten offenstehen wie der öffentlich-rechtlichen Gasversorgung der Gesuchsgegnerin.

43. Zur Beseitigung allfälliger Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt für Wärmeenergie ist daher zu überprüfen, ob der Gasversorgung Rothenburg aus der Tatsache, dass ihre Betreiberin gleichzeitig noch andere (hoheitliche) Funktionen ausübt, gegenüber privaten Marktteilnehmern Wettbewerbsvorteile erwachsen.

44. Wer in Rothenburg ein Gebäude erstellen will, ist zwingend auf die Genehmigung des Gestaltungsplanes und die Bewilligung des Baugesuches durch den Gemeinderat angewiesen. Aufgrund dieser Abhängigkeiten sind die Möglichkeiten der Gesuchsgegnerin zur Förderung des Gasabsatzes sehr gross.

45. Betrachtet man die in den vorstehenden Ziffern 2 und 3 aufgeführten Bestimmungen aus Baubewilligungen und Gestaltungsplan-Genehmigungen, entsteht der Eindruck, dass die Gesuchsgegnerin von diesen Möglichkeiten - bis hin zum Anschlusszwang - Gebrauch macht.

46. Dadurch kann die Gemeinde die aus wettbewerblicher Sicht erforderliche Wahlfreiheit der Bauherrschaften zwischen verschiedenen Wärmeenergieträgern einschränken, im Extremfall sogar beseitigen. Dies käme einer Behinderung - und im Falle eines Anschlusszwangs sogar einer Beseitigung - des Wettbewerbs auf dem Wärmeenergiemarkt gleich.

47. Den Gesuchstellern, die keine hoheitlichen Tätigkeiten ausüben, stehen diese Möglichkeiten indessen nicht offen.

48. Dass die Gesuchsgegnerin die Bestimmungen betreffend Wahl des Wärmeenergieträgers nicht (nur) aus ökologischen Gründen fest schreibt, zeigt sich auch in den Ausführungen des Gemeinderates gegenüber dem Sekretariat in dessen Vorabklärung. So hat der Gemeinderat erklärt, dass er dieses Vorgehen in der Verantwortung gegenüber dem steuerzahlenden Bürger, das Gemeindewerk „im Rahmen wirtschaftlicher Kriterien“ zu führen, praktiziere. Der Gemeinderat gab zudem an, dass diesem Bedürfnis mit der aktuellen Baubewilligungspraxis „in grossem Masse bei allen baulichen Massnahmen Rechnung getragen“ werde. Dem Gemeinderat ist auch in seiner Funktion als Baubewilligungsbehörde bewusst, dass die gemeindeeigene Erdgasversorgung ein Interesse daran hat, „dass über eine neu zu erstellende Leitung auch ein Absatz realisiert werden kann“.

49. Ob die Gesuchsgegnerin ihre möglicherweise marktbeherrschende Stellung gegenüber den Gesuchstellern tatsächlich missbräuchlich eingesetzt hat, ist vom Sekretariat in Wiederaufnahme der am 4. No-

vember 1997 abgeschlossenen Vorabklärung zu prüfen. Das Sekretariat wird angewiesen, die von den Gesuchstellern vorgebrachten Vorwürfe gegen die Gesuchsgegnerin der materiellen Überprüfung gemäss KG zu unterziehen. Insbesondere wird das Sekretariat zu prüfen haben, ob einer Anwendung des KG allenfalls öffentlichrechtliche Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG entgegenstehen.

50. Diese Ausführungen zeigen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrer Funktion als Planungs- und Baubewilligungsbehörde die Auswirkungen ihrer Entscheide auf die gemeindeeigene Gasversorgung berücksichtigen kann. Diese beiden Funktionen der Gesuchsgegnerin (Baubewilligungsbehörde und Gasversorgerin) können demnach nicht getrennt betrachtet werden. Die Planungs- und Baubewilligungspraxis der Gesuchsgegnerin ist somit nach den Grundsätzen des KG zu beurteilen, insoweit sie die Tätigkeit der Gesuchsgegnerin als Unternehmerin zu beeinflussen vermag. Zu prüfen bleibt, ob allenfalls Art. 3 Abs. 1 KG einer Anwendung der materiellen Bestimmungen des KG entgegensteht.

C. Kosten

51. Auf die Verwaltungsverfahren nach Kartellgesetz ist die Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (SR 251.2; KG-Gebührenverordnung) anwendbar. Art. 2 der KG-Gebührenverordnung auferlegt die Gebührenpflicht demjenigen, der ein Verwaltungsverfahren verursacht. Vorliegend haben die Gesuchsteller das Feststellungsverfahren verlangt, womit sie als Verursacher im Sinne der KG-Gebührenverordnung bezeichnet werden können. Andererseits kann auch das Sekretariat als Verursacher bezeichnet werden, weil es mit seiner Auslegung von Art. 2 Abs. 1 KG die Ursache für das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung gesetzt hat. Unter Berücksichtigung des Ausgangs des Verfahrens rechtfertigt es sich, das Sekretariat als Verursacher im Sinne von Art. 2 der KG-Gebührenverordnung zu betrachten und folgedessen auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten.

D. Dispositiv

Gestützt auf den Sachverhalt und die Erwägungen stellt die Wettbewerbskommission fest:

1. Das Feststellungsbegehren der Gesuchsteller wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gemeinde Rothenburg ist in ihrer Funktion als Betreiberin einer Gasversorgung ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG.
3. Die Planungs- und Baubewilligungspraxis der Gemeinde Rothenburg ist nach den Grundsätzen des Kartellgesetzes zu

beurteilen, insoweit diese Praxis geeignet ist, die Tätigkeit der Gemeinde als Unternehmerin zu beeinflussen.

4. Das Sekretariat wird angewiesen, die Vorwürfe der Gesuchsteller in einer Vorabklärung einer summarischen materiellen Überprüfung zu unterziehen.
5. Kosten
6. Parteientschädigung
7. Rechtsmittelbelehrung

B 2 **7. Stellungnahmen**

Préavis
Preavvisi

B 2.7 **1. Gesetzesentwurf und Botschaft zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG)**

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Stellungnahme im Ämterkonsultationsverfahren

Vollzugsgrundsätze

- Art. 5 Vorentwurf HMG

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission erachtet es als äusserst sinnvoll, wenn wettbewerbliche Grundsätze, wie sie in Art. 5 Abs. 1 Bst. c des Vorentwurfs HMG aufgeführt waren, für den Vollzug des Heilmittelgesetzes zu gelten haben. Auch Bst. a, b und d von Art. 5 Vorentwurf HMG bilden für den Vollzug des Gesetzes einen wichtigen und sinnvollen Rahmen. Für das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist es nicht nachvollziehbar, dass ein solch bedeutender und umfassender Einleitungsartikel aus dem Entwurf gestrichen wurde.

Antrag:

Art. 5 Vorentwurf HMG ist wieder in den Gesetzesentwurf zu integrieren.

Zulassungsvoraussetzungen

- Art. 9 Abs. 1 Bst. d HMG

Art. 9 Abs. 1 Bst. d HMG nennt als Zulassungsvoraussetzung, dass der die Zulassung nachfragende Vertreiber in der Schweiz domiziliert sein muss.

Das Erfordernis für einen Arzneimittelvertreiber, in der Schweiz domiziliert zu sein, scheint überflüssig und überholt. Hauptgründe für

das Domizilerfordernis sind die Verfügbarkeit des Vertreibers bei Rückrufaktionen fehlerhafter Arzneimittel und ganz allgemein die Erleichterung des Informationsflusses zwischen dem Vertreiber und seinen Ansprechpartnern in der Schweiz. Im Zeitalter der modernen Kommunikation scheinen diese Gründe jedoch nicht mehr ausreichend zu sein, um ein Domizilerfordernis in der Schweiz zu statuieren. Sollten sich im Rahmen einer Rückrufaktion Probleme mit dem hoheitlichen Handeln der Schweiz auf fremdem Territorium ergeben (hoheitliche Anordnungen der schweizerischen Behörden gegenüber dem im Ausland domizilierten Vertreiber), so könnte dieses Problem dadurch gelöst werden, dass der Vertreiber verpflichtet wird, in der Schweiz ein Zustelldomizil zu verzeigen. Voraussetzung für das Gelingen eines Zustelldomizils wäre, dass sämtliche rechtlichen und gesundheitspolizeilichen Probleme, welche im Zusammenhang mit dem Import von Arzneimitteln auftauchen können, über das Zustelldomizil gelöst werden könnten. So müsste z.B. der Zugriff auf sämtliche relevanten Daten und Informationen bezüglich der vom betreffenden Importeur in der Schweiz vertriebenen Arzneimittel gewährleistet sein. Zudem kann ein Importeur, welcher ein fehlerhaftes bzw. gesundheitsschädigendes Arzneimittel einführt, aufgrund des Produkthaftpflichtgesetzes (PrHG)¹ haftbar gemacht werden.

Insgesamt ist festzustellen, dass die Wahrnehmung der mit dem Vertrieb eines Arzneimittels verbundenen sanitätspolizeilichen Verantwortung nicht notwendigerweise einen Sitz des Vertreibers in der Schweiz voraussetzt. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stellt das Domizilerfordernis eine unnötige Wettbewerbsbehinderung ausländischer Vertreiber dar und ist somit aus dem E HMG zu eliminieren.

Antrag:

Auf das in Art. 9 Abs. 1 Bst. d HMG statuierte Erfordernis des schweizerischen Domizils ist zu verzichten bzw. auf das Erfordernis eines schweizerischen Zustelldomizils zu reduzieren.

Zulassungsgesuch

- Art. 10 Abs. 3 HMG

Art. 10 Abs. 3 HMG sieht vor, dass sich ein Zulassungsgesuch „auf die Ergebnisse der pharmakologischen, toxikologischen und klinischen Untersuchungen stützen [kann], welche eine frühere Gesuchstellerin oder ein früherer Gesuchsteller für ein gleiches oder im Wesentlichen gleiches Arzneimittel für die gleiche Anwendung durchführte, wenn:

- a) deren oder dessen schriftliche Zustimmung vorliegt; oder
- b) deren oder dessen Arzneimittel bereits seit mehr als 10 Jahren in der Schweiz zugelassen ist. [...]“

¹ PrHG, SR 221.112.944

Wie bereits in der Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. Dezember 1997 zur Teilrevision des IKV-Regulativs 110.1 erwähnt, wird die erstregistrierende Firma dem Abstellen auf die von ihr eingereichten Unterlagen wohl kaum je zustimmen. Ausnahmen könnten in Fällen bestehen, in denen die erstregistrierende Firma den Vertrieb eines Arzneimittels einzustellen beabsichtigt. Falls ein Zweitanmelder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Unterlagen vorzuweisen, bedeutet dies, dass der erstregistrierenden Firma eine zehnjährige Monopolstellung betreffend des von ihr angemeldeten Originalpräparates zukommen wird.

Da Art. 39 Abs. 3 TRIPS keine zeitliche Begrenzung festlegt, innerhalb welcher der Erstanmelderschutz seine Wirkung entfalten soll, sind die TRIPS-Mitgliedstaaten frei, eine für ihr Land geltende Schutzdauer zu bestimmen. Aus diesem Grunde schlagen wir in Wiederholung unserer Stellungnahme vom 22. Dezember 1997 zur Teilrevision des IKV-Regulativs 110.1 vor, dem von der EU gemachten und auf der EU-Richtlinie 65/65 basierenden Vorschlag einer Abstufung der Dauer des Erstanmelderschutzes zu folgen. Dies bedeutet, dass die Schutzdauer auf 6 resp. 10 Jahre (letzteres für technologisch hochwertige Arzneimittel) zu limitieren ist.

Um die Registrierungskosten nicht ausschliesslich der erstanmeldenden Firma anzulasten, wäre es möglich, dem Zweitregistrierer einen Teil der Kosten aufzuerlegen. Dieser Betrag würde dann in geeigneter Weise an den Erstregistrierer zurückerstattet.

- Art. 10 Abs. 2 HMG: Bemerkungen siehe hinten.

Antrag:

Der in Art. 10 Abs. 3 HMG vorgesehene Erstanmelderschutz ist auf 6 respektive 10 Jahre (letzteres für technologisch hochwertige Arzneimittel) festzusetzen.

Vereinfachtes Zulassungsverfahren

- Art. 11 Abs. 3 HMG (Vereinfachtes Zulassungsverfahren)

Art. 11 Abs. 3 HMG sieht für parallelimportierte Arzneimittel ein vereinfachtes Zulassungsverfahren vor. Das Sekretariat begrüsst diese Neuerung gegenüber dem Vorentwurf. Konkret möchte das Sekretariat zu der Bestimmung folgende Bemerkungen anbringen:

Das vereinfachte Zulassungsverfahren soll Anwendung finden bei Parallelimporten von Arzneimitteln aus einem Mitgliedstaat aus der Europäischen Union, «sofern

- a) dieses im betreffenden Mitgliedstaat der Europäischen Union und in der Schweiz bereits zugelassen ist;
- b) seine Identität hinreichend belegt ist;

- c) die Anforderungen an die Kennzeichnung und Arzneimittelinformation gemäss Artikel 10 eingehalten sind;
- d) keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen».

Der Entwurf geht in Bst. a davon aus, dass Parallelimporte nur dann möglich sein sollen, wenn das betreffende Arzneimittel sowohl in der Schweiz als auch in dem Staat, aus welchem das Arzneimittel parallelimportiert werden soll, bereits ein «reguläres Zulassungsverfahren» durchlaufen hat. Dieser Regelung kann nicht zugestimmt werden.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission unterscheidet zwischen zwei Arten von Parallel- bzw. Reimporten:

1. Ein nicht „offizieller“ Importeur (Parallelimporteur) erwirbt im Ausland ein dort zugelassenes Arzneimittel und importiert dieses in die Schweiz, wo es bereits vom „offiziellen“ Vertreter auf den Markt gebracht worden ist.
2. Ein nicht „offizieller“ Importeur (Parallelimporteur) erwirbt ein im Ausland zugelassenes Arzneimittel und importiert dieses in die Schweiz, wo es noch von keinem „offiziellen“ Vertreter auf den Markt gebracht worden ist.

Im ersten Fall wurde das Arzneimittel in der Schweiz bereits in einem regulären Zulassungsverfahren geprüft und für die Inverkehrsetzung freigegeben. Kann der Parallelimporteur die Identität des parallelimportierten Arzneimittels mit dem in der Schweiz bereits zugelassenen Arzneimittel nachweisen, so ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Nachweis der ausländischen Zulassung erbracht werden muss.

Im zweiten Fall ist von der Notwendigkeit, dass das parallelimportierte Arzneimittel bereits in der Schweiz zugelassen sein muss, abzusehen. Ist das Arzneimittel im Ausland zugelassen und besteht mit dem betreffenden Staat, aus dem das Arzneimittel importiert werden soll, ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Arzneimittelzulassungen², ist es aus gesundheitspolizeilichen Gründen nicht notwendig, dass das Arzneimittel in der Schweiz bereits ein reguläres Zulassungsverfahren durchlaufen hat.

Gemäss Bst. b muss die Identität mit dem bereits registrierten Arzneimittel hinreichend belegt sein. Bei der Beurteilung der Identität eines parallelimportierten Arzneimittels ist von dem in der EU geltenden weiteren Identitätsbegriff auszugehen. Identität liegt demnach vor, wenn die zwischen zwei Arzneimitteln bestehenden Unterschiede in der Wirkstoff- und Zuschlagszusammensetzung therapeu-

² Art. 8 Abs. 5 HMG gibt dem Bundesrat die Kompetenz, die Anerkennung ausländischer Arzneimittelzulassungen aufgrund entsprechender Staatsverträge über die gegenseitige Anerkennung zu regeln.

tisch irrelevant sind (bzw. wenn die beiden Arzneimittel therapeutisch äquivalent sind).

Das vereinfachte Zulassungsverfahren soll nur bei Parallelimporten aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union Anwendung finden. Der Grund für diese Einschränkung dürfte in der innerhalb der EU geltenden regionalen Erschöpfung der Immaterialgüterrechte liegen. Dieser Erschöpfungsgrundsatz findet in der Schweiz keine Anwendung. Im Gegenteil sprach sich das Bundesgericht im Marken- und im Urheberrecht für die internationale Erschöpfung aus. Im Patentrecht wurde die Frage noch nicht entschieden, das Sekretariat der Wettbewerbskommission plädiert jedoch auch in diesem Bereich klar für die internationale Erschöpfung.

Zudem ist aufgrund der europa- bzw. weltweit geltenden hohen Anforderungen an die Arzneimittelzulassungsverfahren davon auszugehen, dass diese Verfahren europa- bzw. weltweit auf dem gleichen Niveau stehen. Aus diesem Grunde ist das vereinfachte Zulassungsverfahren bei Parallelimporten aus OECD-Ländern, zumindest aber der EU, den USA, Kanada und Japan, anzuwenden.

Aus den beiden genannten Gründen ist die Einschränkung von Parallelimporten aus Ländern der EU nicht gerechtfertigt.

- Art. 10 Abs. 2 HMG (Zulassungsgesuch)

Als Konsequenz zu den oben gemachten Bemerkungen betreffend Anerkennung ausländischer Zulassungen ist Art. 10 Abs. 2 E HMG anzupassen. Zulassungen anderer Länder mit vergleichbarer Arzneimittelkontrolle, mit denen Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Zulassungen bestehen, sind nicht nur zu berücksichtigen, sondern anzuerkennen. Bei Parallelimporten aus Ländern, mit welchen kein Abkommen besteht, sind die ausländischen Zulassungen zu berücksichtigen.

Anträge:

- Auf das in Art. 11 Abs. 3 Bst. a HMG enthaltene Erfordernis der bereits erfolgten Registrierung des parallelimportierten Arzneimittels *sowohl* im Ausland *als auch* in der Schweiz, ist zu verzichten.
- Die Beschränkung auf Parallelimporte aus der Europäischen Union ist aufzuheben. Parallelimporte sind zuzulassen aus OECD-Ländern, zumindest aber der EU, den USA, Kanada und Japan.
- Art. 10 Abs. 2 HMG ist zu präzisieren: Zulassungen aus Ländern, mit welchen ein Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Arzneimittelzulassungen bestehen, sind anzuerkennen. Zulassungen aus den übrigen Ländern sind zu berücksichtigen.

Versandhandel

- Art. 25 HMG

Wie bereits in ihrer Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren zum Heilmittelgesetz ist das Sekretariat der dezidierten Ansicht, dass ein grundsätzliches Verbot des Versandhandels von Arzneimitteln ein zu strenges Mittel ist, um die Sicherheit bei der postalischen Abgabe von Arzneimitteln zu gewährleisten, dies selbst dann, wenn der Bundesrat Ausnahmen vorsehen kann.

Der Versandhandel stellt ein wichtiges Standbein einer liberalisierten, an der Gesundheit der Bevölkerung orientierten Arzneimittelpolitik dar. Zudem ergeben sich mit dem Versandhandel vielversprechende Möglichkeiten zur Kostenreduktion bei Arzneimitteln. Es hat sich ferner gezeigt, dass den überaus wichtigen Sicherheitsaspekten beim Versandhandel, wie er schon heute in vielen Kantonen betrieben wird, Rechnung getragen wird. Versandapotheken bieten ein Qualitätssicherungsdispositiv an, das bisher bei der Abgabe von Medikamenten nicht bekannt war.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission schlägt deshalb vor, die grundsätzliche Untersagung des Versandhandels durch eine durch das Institut zu gewährende Bewilligung für Apotheken, die Medikamente per Versand abgeben, zu ersetzen. Für die Bewilligung sollten die in Art. 25 Abs. 2 Bst. a bis d genannten Kriterien ausschlaggebend sein.

Antrag:

Art. 25 HMG ist wie folgt zu ändern:

Wer verwendungsfertige Arzneimittel per Versand abgeben will, braucht eine Bewilligung des Instituts.

Die Bewilligung wird erteilt, sofern

- a. für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt;
- b. keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen;
- c. die sachgemässe Beratung sichergestellt ist; und
- d. eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt ist.

Bewilligung für den Detailhandel mit Arzneimitteln

- Art. 28 HMG

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ist der Meinung, dass die Bewilligungen zwar kantonale erteilt werden sollten, dass jedoch die Bewilligungsvoraussetzungen gesamtschweizerisch einheitlich geregelt werden sollte. Somit kann eine kantonale verschiedene, wettbewerbsverzerrende Ungleichbehandlung der Detailhändler vermieden werden.

Antrag:

Art. 28 HMG ist wie folgt zu ändern:

Wer Arzneimittel in Apotheken, Drogerien und anderen Detailhandelsgeschäften abgibt, benötigt eine Bewilligung. Das Institut regelt den Inhalt der Bewilligung. Die Vergabe und Kontrolle der Bewilligung unterstehen den Kantonen.

Werbung

- Art. 29 Abs. 3 Bst. a und b HMG

Art. 29 Abs. 3 Bst. a und b HMG definiert als unzulässige Werbung das

- a. Gewähren, anbieten oder Versprechen von geldwerten Vorteilen an Personen, die Arzneimittel verschreiben oder abgeben;
- b. Fordern und Annehmen von geldwerten Vorteilen durch Personen, die Arzneimittel abgeben;“

Die beiden Bestimmungen sollen die Beeinflussung von Fachpersonen (Ärzten/Apothekern/Drogisten), welche Arzneimittel anwenden oder abgeben, mittels geldwerten Vorteilen verhindern. Das Verbot der Beeinflussung ist beidseitig. Geldwerte Vorteile dürfen weder gewährt noch gefordert werden.

Der Entwurf geht davon aus, dass die Beseitigung des Vergünstigungsverbots erstens das Verschreibungs- bzw. Abgabeverhalten der Fachpersonen durch die Aussicht auf höhere Margen aus gesundheitspolizeilicher Sicht negativ beeinflusst und zweitens zu einem unerwünschten Margenwettbewerb führen wird. Ersteres wäre dann der Fall, wenn z.B. das Verschreiben oder die Abgabe von Arzneimitteln nicht mehr durch die medizinische Indikation, sondern durch die Preise der sich auf dem Markt befindenden Arzneimittel beeinflusst würde. Letzteres wäre dann der Fall, wenn die Fachperson ein Arzneimittel zu einem tieferen Preis erwerben könnte, diesen Preisvorteil jedoch nicht an die Patienten bzw. die Krankenversicherer weitergeben würden.

Betreffend Punkt eins ist davon auszugehen, dass das Verschreibungs- und Abgabeverhalten der Fachpersonen trotz des Angebotes kostengünstigerer Arzneimittel durch das Preis-/Leistungs-verhältnis eines Arzneimittels bzw. durch die medizinische Indikation bestimmt wird.

Betreffend Punkt zwei ist auf Art. 56 Abs. 3 KVG zu verweisen. Hier wird bestimmt, dass die Leistungserbringer dem Schuldner der Vergütung die direkten oder indirekten Vergünstigungen weitergeben, die ihm: a. [...]; „b. Personen oder Einrichtungen gewähren, welche Arzneimittel oder der Untersuchung oder Behandlung dienende Mittel oder Gegenstände liefern“.

Diese Bestimmung beugt exakt den in der Botschaft zu Art. 29 Abs. 3 Bst. a und b HMG beschriebenen Missständen vor. Die Fachperson, die Arzneimittel z.B. bei einem Parallelimporteureur zu einem tieferen Preis erlangen kann als bei einem anderen Anbieter (z.B. dem offiziellen Vertreiber des betreffenden Arzneimittels), ist verpflichtet, den so erlangten Preisvorteil an die Patienten bzw. Versicherer weiterzugeben. Da für die Fachpersonen in diesem Fall kein direkter Anreiz besteht, günstigere Arzneimittel zu beziehen bzw. zu verschreiben, ist es primär Sache der Krankenversicherer, entsprechende Anreize zu schaffen (z.B. durch das Angebot neuer alternativer Versicherungsmodelle).

Das Vergünstigungsverbot ist somit sowohl aus gesundheitspolizeilichen als auch aus gesundheitsökonomischen Gründen überflüssig. Im Gegenteil würde durch dessen Beseitigung ein aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wünschenswerter Preiswettbewerb erzielt, der dem Patienten direkt bzw. indirekt, über eventuelle positive Auswirkungen auf die Krankenkassenprämien, zugute käme.

- Art. 29 Abs. 4 Bst. a HMG

Art. 29 Abs. 4 Bst. a HMG verbietet die Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel.

Ein Werbeverbot für Arzneimittel basiert in erster Linie auf gesundheitspolizeilichen Überlegungen: Es soll verhindert werden, dass mittels Werbung ein Anreiz zu vermehrtem und unkontrolliertem Arzneimittelkonsum geschaffen wird. Gerade diese Überlegungen können jedoch bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln nicht greifen. Die Gefahr des Arzneimittelmissbrauches ist hier weit geringer als bei nichtrezeptpflichtigen Arzneimitteln. Der Patient kann Art und Menge seines Arzneimittelkonsums nicht selbst bestimmen, sondern ist auf die Diagnose und das darauf basierende Rezept seines Arztes angewiesen. Mit der Werbung für rezeptpflichtige Arzneimittel könnte aber die Informationsasymmetrie zwischen Arzt und Patient vermindert werden: Der Patient könnte sein Wissen über rezeptpflichtige Arzneimittel erweitern und somit der Rezeptverschreibung bzw. der Medikamentenabgabe des Arztes kritischer gegenüberstehen. Hinzu kommt, dass der Patient das Rezept bei einer Apotheke einlösen könnte, in der er Rabatt erhält. Mit diesem Kaufverhalten würde er einen Beitrag zu einem wettbewerbsorientierten und dadurch auch kostensenkenden Verhalten der Leistungserbringer leisten.

Da eine gesundheitspolizeiliche Motivation bzw. eine Gefährdung eines polizeilichen Schutzgutes, im vorliegenden Fall der öffentlichen Gesundheit, fehlt, erscheint ein Verbot für Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel als nicht gerechtfertigt.

Antrag:

- Das in Art. 29 Abs. 3 Bst. a und b HMG enthaltene Vergünstigungsverbot ist zu streichen.
- Das in Art. 29 Abs. 4 Bst. a HMG enthaltene Verbot für Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel ist zu streichen.

B 2.7 2. Vernehmlassung zu zwei Vorschlägen der Bundesversammlung betreffend Energieabgaben

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 46 Abs. 2 KG.

Projets d'actes normatifs; art. 46 al. 2 LCart.

Disegni di atti normativi; art. 46 cpv. 2 LCart.

Die Stellungnahme bezieht sich auf den "Bundesbeschluss über eine ökologische Energieabgabe" des Nationalrates und auf den Vorschlag für zwei Verfassungsartikel betreffend Energieabgabe der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie (UREK) des Ständerates. Der nationalrätliche Vorschlag verlangt die Einführung einer gesetzlichen Abgabe auf den nicht erneuerbaren Energieträgern. Die Abgabe wird auf dem Energieinhalt erhoben und beträgt 0,6 Rp./kWh, sie soll innert sechs Jahren stufenweise eingeführt und während höchstens 25 Jahren erhoben werden. Ihr Ertrag von jährlich 800 – 1000 Mio. Franken soll verwendet werden für die Förderung der Sonnen-, Holz- und Biomassenenergie, energietechnische Sanierungen und die Erhaltung und Erneuerung bestehender Wasserkraftwerke. Die UREK des Ständerates schlägt als sog. Grundnorm einen Verfassungsartikel vor, der eine Abgabe auf nicht erneuerbaren Energieträgern vorsieht, deren Ertrag zur Senkung der Lohnnebenkosten verwendet werden soll. Daneben plädiert der Ständerat für eine sog. Übergangsbestimmung, gemäss welcher während mindestens zehn Jahren 300 Mio. Franken pro Jahr für die Förderung einheimischer erneuerbarer Energien, die Erhaltung und Erneuerung einheimischer Wasserkraftwerke sowie die Förderung der rationellen Energienutzung eingesetzt werden sollen.

Stellungnahme des Sekretariates

Beide Vorschläge sehen eine Veränderung der Preisrelationen zwischen erneuerbaren und nicht erneuerbaren Energien vor, welche die Nachfrage nach erneuerbaren Energien zulasten der nicht erneuerbaren Energien erhöhen soll. Indem diese Verlagerung durch eine Verteuerung der nicht erneuerbaren Energien geschehen soll, würde dadurch eine gewisse Internalisierung der externen Kosten dieser Energieträger erreicht. Geht man davon aus, dass die nicht erneuerbaren Energien – insbesondere durch den Schadstoffausstoss – mehr externe Kosten verursachen als die erneuerbaren Energien (bspw. durch Land-

schaftsschäden), führt diese Internalisierung in Richtung unverzerrtem Wettbewerb zwischen den Energieträgern, was wir grundsätzlich begrüßen.

Um Ineffizienzen zu vermeiden, sollte mit einem wirtschaftspolitischen Mittel nur ein Ziel verfolgt werden. Im Falle von Lenkungsabgaben würde dies bedeuten, dass diese nur dem ökologischen Ziel der Schaffung von Kostenwahrheit bei Energieträgern und nicht auch finanzpolitischen Zielen dienen sollten. Vor diesem Hintergrund bevorzugen wir eine staatsquotenneutrale Lenkungsabgabe, deren Einnahmen der Bevölkerung und der Wirtschaft zurückerstattet werden. Die Entlastung der Umwelt soll möglichst nicht zu einer zusätzlichen Belastung der Wirtschaft führen. Daher findet in erster Linie die Grundnorm gemäss Vorschlag der UREK des Ständerates unsere Zustimmung.

Die Grundnorm soll einen Maximalsatz für die Energieabgabe enthalten, damit sich die Wirtschaftsakteure auf längerfristig stabile und transparente rechtliche Rahmenbedingungen einstellen können.

Zudem sollte eine ökologisch motivierte Energieabgabe unserer Ansicht nach nicht nur den Ressourcenverbrauch oder den Energieinhalt, sondern auch die Schadstoffemissionen des Verbrauchs eines Energieträgers zum Abgabesubstrat haben. Denn während die Marktpreise insbesondere die Leistungsfähigkeit eines Energieträgers durchaus widerspiegeln, stellen die Schadstoffemissionen externe Kosten dar, die vom Marktsystem nicht erfasst werden. Wir begrüßen es daher, dass die Version der UREK des Ständerates die Abgabesätze nicht einheitlich pro kWh, sondern differenziert nach effektiver Klima- und Umweltbelastung und bereits bestehenden fiskalischen Abgaben festlegt. Dadurch wird die ökologisch gerechtfertigte und volkswirtschaftlich effiziente Schaffung von Kostenwahrheit in den Vordergrund gestellt. Überdies sehen wir für die Praxis das Problem, wie die Abgabe auf nuklearem und fossilem Importstrom erhoben werden soll.

Um zu gewährleisten, dass die Abgabe die beabsichtigte Lenkungswirkung entfaltet und somit überhaupt gerechtfertigt ist, muss diese angesichts der eher tiefen Preiselastizität der Nachfrage nach Energie eine gewisse Mindesthöhe erreichen. Damit jedoch die inländischen Unternehmen auch kurzfristig (d.h. solange im Ausland keine entsprechenden Abgaben erhoben werden) im internationalen Wettbewerb keinen entscheidenden Konkurrenznachteil erleiden, darf der Maximalsatz nicht zu hoch angesetzt werden. Zudem soll die Abgabe schrittweise mit steigenden Sätzen eingeführt werden, um den Wirtschaftsakteuren genügend Zeit für Anpassungsmassnahmen an die veränderten Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen.

Um Umstellungen auf ökologische Energiesysteme möglichst langfristig lohnend zu machen, soll die Grundnorm zeitlich nicht befristet werden.

Damit die Energieabgaben in erster Linie der Internalisierung der externen Kosten und nicht der Erhöhung der Staatsquote zur Subventionierung erneuerbarer Energien dienen, soll der maximal für Förderzwecke zu verwendende Teil der Energieabgabe tief sein.

Die Förderung der rationellen Energienutzung ist aus unserer Sicht der sinnvollste Förderzweck, da diese direkt bei den Ursachen der Klima- und Umweltverschmutzung und der Ressourcenknappheit ansetzt. Die Verwendung der Einnahmen der Lenkungsabgabe für die Erhaltung und Erneuerung bestehender einheimischer Wasserkraftwerke lehnen wir ab. Sofern durch Lenkungsabgaben "richtige", d.h. sowohl die internen als auch die externen Kosten enthaltenden Energiepreise herrschen, sollte die Subventionierung der Wasserkraft nicht mehr nötig sein. Ansonsten ist deren längerfristige Wettbewerbsfähigkeit grundsätzlich in Frage zu stellen. Die Förderung der Sonnenenergie auf überbauten Flächen und der Energie aus Biomasse scheinen uns durchaus sinnvoll. Generell sollte die öffentliche Hand jedoch nur die Grundlagenforschung unterstützen, deren Erträge der Allgemeinheit zugute kommen, und von der Subventionierung kommerzieller Projekte absehen.

Die Entlastung energieintensiver Betriebe läuft im Prinzip der Schaffung von Kostenwahrheit entgegen, ist wohl jedoch zur Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit sowie zur Vermeidung von Abwanderungen dieser Betriebe notwendig. Dies impliziert zugleich, dass diese Entlastung nur so lange berechtigt ist, bis im Ausland analoge Abgaben erhoben werden.

B 2.7 3. **Wanderwerbegesetzgebung und BGBM**

Entwürfe von rechtssetzenden Erlassen; Art. 8 BGBM.

Projets d'actes normatifs; art. 8 LMI.

Disegni di atti normativi; art. 8 LMI.

Empfehlungen der Wettbewerbskommission vom 7. September 1998 betreffend Wandergewerbegesetzgebungen und BGBM zuhanden der kantonalen Justiz- und Polizeidirektionen

1 Einleitung

1. Die Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende“ hat mit Schreiben vom 4. Mai 1998 an die Wettbewerbskommission mit Hinweis auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) einen Antrag auf Erstattung eines Gutachtens darüber gestellt, „ob nach geltendem Recht das Patent eines Kantons für die traditionellen Tätigkeiten der Fahrenden auch in den andern Kantonen gilt.“

2. Das Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit (BWA) überstellte mit Schreiben vom 18. Mai 1998 Eingaben des Amtes für Polizeiwesen Graubünden sowie der Radgenossenschaft der Landstrasse, welche dieselbe Thematik behandeln.

3. Die Wettbewerbskommission überwacht gemäss Art. 8 Abs. 1 BGBM die Einhaltung des Gesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie anderer Träger öffentlicher Aufgaben. Sie kann Bund, Kantone und Gemeinden Empfehlungen zu vorgesehenen und bestehenden Erlassen abgeben. Die Empfehlung der Wettbewerbskommission betreffend Wandergewerbegesetzgebungen und BGBM ergeht in Ausführung von Art. 8 Abs. 2 BGBM.

2 Gegenstand der Empfehlung

4. Diese Empfehlung betrifft das Verhältnis zwischen den kantonalen Wandergewerbegesetzgebungen einerseits und dem BGBM andererseits. Es äussert sich insbesondere zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Bestimmungskanton ausserkantonalen Personen, die diese Tätigkeit im Herkunftskanton ausüben, verbieten kann, dieselbe Tätigkeit im Bestimmungskanton auszuüben.

5. Der Begriff des Wandergewerbes ist nicht einheitlich geregelt. Je nach Kanton fällt darunter das Hausierwesen, Einkäufer, das Handwerk im Umherziehen, Verkaufswagen, aber auch Schausteller und weitere Berufsbezeichnungen.¹ Insgesamt ist festzustellen, dass die verschiedenen kantonalen Regelungen sehr unterschiedlich sind. Gemäss Meyer/Blunier ist „der Detaillierungsgrad . . . z. T. hoch und die Kumulation kantonalen Gebühren oft prohibitiv.“²

6. Um diesem unbefriedigenden Zustand ein Ende zu setzen, hat die kantonale Justiz- und Polizeidirektoren-Konferenz beim Bundesrat den Antrag gestellt, die Vorschriften des Wandergewerbes auf der Ebene des Bundesrechts zu vereinheitlichen. Der Bundesrat hat daher das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) beauftragt, einen Entwurf zu einem Bundesgesetz auszuarbeiten. Entsprechende Arbeiten sind im Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit im Gange.³

7. Mit dieser Empfehlung äussert sich die Wettbewerbskommission dazu, inwiefern der Marktzugang ausserkantonomer Personen mit der Tätigkeit des Wandergewerbes bereits heute aufgrund des BGBM zu gewähren ist.

¹ Annemarie Meyer/Fritz Blunier (Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit; Sektion Handel und Gewerbe), Das Wandergewerbe – ein Berufszweig mit 26 unterschiedlichen kantonalen Bestimmungen, Die Volkswirtschaft 10/94, S. 55 ff, 56.

² Annemarie Meyer/Fritz Blunier, a.a.O., S. 55 ff, 55.

³ Annemarie Meyer/Fritz Blunier, a.a.O., S. 55 ff, 59.

3 Anwendbarkeit des BGBM

8. Das BGBM ist am 1. Juli 1996 grundsätzlich in Kraft getreten. Seit dem 1. Juli 1998 ist es vollumfänglich anwendbar.⁴ Das BGBM richtet sich gegen Marktzugangsbeschränkungen im öffentlichen Recht von Bund, Kantonen und Gemeinden. Eines der Ziele des BGBM ist die Erleichterung der beruflichen Mobilität und des Wirtschaftsverkehrs innerhalb der Schweiz (Art. 1 Abs. 2 Bst. a BGBM).

9. Berechtigte aus dem BGBM sind alle Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Ausländerinnen und Ausländer, welche im Besitz der Niederlassungsbewilligung C sind. Auf das BGBM können sich auch Personen berufen, die von den arbeitsmarktrechtlichen Begrenzungsmassnahmen ausgenommen sind und Anspruch auf Erneuerung der Jahresaufenthaltsbewilligung haben. Erfasst werden ebenfalls alle juristischen Personen mit Sitz in der Schweiz.⁵

10. In den sachlichen Geltungsbereich des BGBM fallen alle Erwerbstätigkeiten, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießen (Art. 1 Abs. 3 BGBM).⁶ Die „Berufe im Umherziehen“ sind eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, welche in den Geltungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit fällt. Somit ist auch das BGBM bezüglich des Wandergewerbes anwendbar.

11. Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz, welche berechtigt sind, das Wandergewerbe im Herkunftskanton auszuüben, haben das Recht, diese Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz zu verfolgen (Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM).

12. Dieses Recht auf berufliche Mobilität auf dem gesamten Gebiet der Schweiz kann vom Bestimmungskanton nur beschränkt werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt werden. Die Beschränkungen müssen demnach gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM), zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM) sowie verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM) sein. Unzulässig sind gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM zudem Beschränkungen, die ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so sind Beschränkungen des Wandergewerbes aus Sicht des BGBM unzulässig.

⁴ SR 943.02. Die Rechtsschutzbestimmungen in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen sind auf den 1. Juli 1998 hin in Kraft gesetzt worden. Mit diesem Datum endet auch die zweijährige Übergangsfrist gemäss Art. 11 Abs. 1 BGBM, AS 1996 1738, 1742.

⁵ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994 (Botschaft BGBM), BBI 1995 I 1213, 1261. Betreffend natürliche Personen siehe BGE 123 I 212 und Paul Richli, Besprechung dieses Urteils in AJP/PJA 11/97, S. 1418.

⁶ Botschaft BGBM, BBI 1995 I 1261f.

4 Die „Patente“ im Wandergewerbe

13. Das Wandergewerbe ist wie dargestellt ausschliesslich kantonal geregelt. Allen kantonalen Gesetzen ist gemeinsam, dass die Ausübung dieser Tätigkeit „patentpflichtig“ ist.⁷

14. Ein „Patent“ ist als Verfügung zu qualifizieren, welche „auf Gesuch hin eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit erlaubt, indem sie feststellt, dass sie mit den polizeilichen Vorgaben übereinstimmt.“ Es handelt sich somit um eine Bewilligung oder auch Polizeierlaubnis.⁸

15. Ist das Ausüben einer Tätigkeit ohne Bewilligung nicht gestattet, so stellt dies eine Beschränkung des Marktzuganges dar. Ist einer Person mit Sitz oder Niederlassung die Ausübung des Wandergewerbes im Herkunftskanton erlaubt, und muss sie zur Ausübung dieser Tätigkeit im Bestimmungskanton eine Bewilligung lösen, so stellt letzteres eine Beschränkung des Rechts auf Marktzugang gemäss Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM dar, welche nur gerechtfertigt ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllt werden.

5 Unterschiedslos anwendbare Vorschrift (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)

16. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM bestimmt, dass Beschränkungen des Bestimmungskantons nur dann zulässig sind, wenn sie gleichermassen auch für Ortsansässige gelten.

17. Vorschriften in kantonalen WandergewerbeGesetzen, welche Personen Beschränkungen in Bezug auf die Ausübung des Wandergewerbes auferlegen, weil es sich um ausserkantonale Personen handelt, wären mit dem BGBM daher nicht vereinbar.

6 Überwiegendes öffentliches Interesse (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)

18. Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM schreiben vor, dass die Beschränkung zudem zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich sein muss. Als öffentliches Interesse kommen allein wirtschaftspolizeiliche Interessen in Betracht. Der Zweck der Beschränkungen muss demnach im Schutz von Polizeigütern liegen.⁹ Wirtschaftspolitische Einschränkungen sind demgegenüber, abgese-

⁷ Annemarie Meyer/Fritz Blunier, a.a.O., S. 55 ff, 56.

⁸ Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rn. 1958f. Die Polizeierlaubnis wird gemäss Angabe der Autoren auch als Bewilligung, Erlaubnis oder Patent bezeichnet.

⁹ Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 3. Aufl., Zürich 1993, Rn. 1404ff.

hen von Ausnahmen, welche hier nicht einschlägig sind, grundsätzlich nicht zulässig.¹⁰

19. Beschränkungen des Marktzuganges von Personen des Wandergewerbes müssen demnach darauf ausgerichtet sein, Polizeigüter zu schützen. Vorliegend kommen in Betracht die Lauterkeit des Handelsverkehrs und der Konsumentenschutz (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BGBM). Als Gründe für die kantonale Bewilligungspflicht für die Ausübung des Wandergewerbes werden angeführt „die Gefahr der Übervorteilung und Überrumpelung des Kunden in seiner Privatsphäre“, welche beim Wandergewerbe besonders gross sei.¹¹ Durch das öffentliche Interesse abgedeckt sind demnach allein Massnahmen, welche auf den Schutz dieser Polizeigüter ausgerichtet sind.

20. Im Schreiben des Amtes für Polizeiwesen Graubünden wird darauf hingewiesen, dass jeder Kanton unter dem Titel Wandergewerbe verschiedene Sachgebiete regelt und dass sogar innerhalb einzelner Sachgebiete (z. B. Hausierwesen) unterschiedliche Regelungen bestehen.¹² Dieser Umstand mag dafür verantwortlich sein, dass die verschiedenen kantonalen Regelungen nur mit einem sehr grossen Aufwand verglichen werden können. Allerdings ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es an den Kantonen liegt, ihre Wandergewerbe-gesetzgebungen darauf hin zu überprüfen, ob das öffentliche Interesse in Bezug auf sämtliche geregelten Sachverhalte (noch) gegeben ist und daher überhaupt einer Regelung bedarf.

7 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)

21. Die Massnahmen, welche den Marktzugang beschränken, müssen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM entsprechen. Die Massnahmen müssen daher geeignet sein und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen. Ferner darf der Eingriff (im Sinne einer angemessenen Zweck-Mittel Relation im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen) nicht unangemessen sein.¹³ Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM sind Beschränkungen nur dann verhältnismässig, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird. Dabei sind die Nachteile und Sicherheiten zu berücksichtigen, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat. Unzulässig ist es, vorgängig zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit die Niederlassung oder den Sitz am Bestimmungsort zu verlangen.

¹⁰ Häfelin/Haller, a.a.O., Rn. 1421f.

¹¹ Annemarie Meyer/Fritz Blunier, a.a.O., S. 57.

¹² Dieser Hinweis erfolgt mit Verweis auf Annemarie Meyer/Fritz Blunier.

¹³ BGE 121 I 129 E.3b, mit Verweisen. Häfelin/ Müller, a.a.O., Rn. 486 ff.

22. Die Zulassung zum Wandergewerbe wird in den Kantonen an die Erfüllung verschiedener Voraussetzungen geknüpft. Dazu gehören zum Beispiel die Handlungsfähigkeit, Mindestalter, Guter Leumund, keine Vergehen gegen Wandergewerbebestimmungen, keine Verurteilungen zu Freiheitsstrafen wegen eines Verbrechens oder eines schweren Vergehens, keine Verurteilung wegen gewohnheitsmässigen Bettelns, Verbot der Landstreicherei oder auch keine ansteckende oder ekelerregende Krankheit des Gesuchstellers.¹⁴

23. Neben diesen Zulassungsvoraussetzungen haben sich die Personen bei Ausübung des Wandergewerbes an weitere Auflagen wie zeitliche Beschränkungen der kantonalen oder kommunalen Ladenöffnungszeiten oder Auskunfts- und Visumpflicht zu halten. Die Vorschriften betreffend Ladenöffnungszeiten, welche durch die kantonale Kompetenz abgedeckt sind, werden von der Wettbewerbskommission an dieser Stelle nicht beurteilt.¹⁵ Weitere Auflagen sind, je nach Einzelfall, bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Zulassungsvoraussetzungen in die Beurteilung mit einzubeziehen.

24. Es ist aufgrund der Vielfalt der verschiedenen Voraussetzungen und der Kombination derselben nicht möglich, auf jede einzelne Marktzugangsbeschränkung einzugehen. Jedoch ist darauf hinzuweisen, dass jede einzelne dieser Beschränkungen und deren Kombination zur Erreichung des avisierten Zwecks geeignet sein muss. Zudem müssen sie das mildeste Mittel zur Erreichung des überwiegenden öffentlichen Interesses darstellen. Im weiteren darf die Beschränkung im Vergleich zu den verfolgten öffentlichen Interessen nicht unangemessen sein.

25. Daraus folgt, dass Beschränkungen, die nicht geeignet sind, die öffentlichen Interessen der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Konsumentenschutzes zu gewährleisten, oder welche nicht das mildeste Mittel zur Erreichung dieses Zieles darstellen, aus Sicht des BGBM nicht zulässig sind. Insbesondere ist von den Kantonen abzuklären, inwiefern es bezüglich der einzelnen geregelten Sachverhalte (noch) gerechtfertigt ist, eine Bewilligung zu verlangen.

7.1 Die Schutzwirkung der Vorschriften des Herkunftsortes (Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM)

26. Zusätzlich ist zu beachten, dass eine Massnahme nur dann gerechtfertigt ist, wenn die mit dieser Massnahme angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftskantons erzielt wird (Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM). Dies bedeutet, dass die Beschränkung des Bestimmungskantons auf die Gewährleistung eines

¹⁴ Annemarie Meyer/Fritz Blunier, a.a.O., S. 57.

¹⁵ Vgl. aber die Empfehlungen der Kartellkommission zu den Ladenöffnungszeiten in VKKP/Publ. CCSPR 2/1992, 1 ff., 8.

bestimmten Schutzes ausgerichtet ist, welcher durch die Vorschriften des Herkunftskantons nicht gewährleistet wird.

27. Wie bereits dargestellt regeln die Kantone unter verschiedenen Titeln unterschiedliche Sachverhalte. Es kann folglich der Fall eintreten, dass die Bewilligungen der Kantone unter derselben Bezeichnung unterschiedliche Sachverhalte oder Berufe regeln. Sind zunächst einmal diejenigen Vorschriften, für welche ein öffentliches Interesse nicht mehr gegeben ist, aufgehoben, so ist bezüglich der verbleibenden geregelten Sachverhalte davon auszugehen, dass die verschiedenen kantonalen Wandergewerbegesetzgebungen auf dasselbe Schutzniveau ausgerichtet sind. Weitere Beschränkungen von einzelnen Kantonen sind daher nur zulässig, wenn sie nachweisen können, dass die Regelung im Herkunftskanton bezüglich eines Sachverhaltes nicht dasselbe Schutzniveau aufweist wie es im Bestimmungskanton angestrebt wird.

28. Aus dieser Sicht ist daher fraglich, ob von einer Person, welche bereits eine Bewilligung im Herkunftskanton hat, überhaupt noch eine weitere Bewilligung im Bestimmungskanton verlangt werden kann. Es ist Sache der Kantone abzuklären, ob im konkreten Fall eine weitere Bewilligung des Bestimmungskantons zulässig ist und ob ihre Bewilligungspraxis BGBM konform ist.

7.2 Die im Herkunftskanton erbrachten Nachweise und Sicherheiten (Art. 3 Abs. 3 Bst. b BGBM)

29. Von besonderer Wichtigkeit ist Art. 3 Abs. 3 Bst. b BGBM. Diese Vorschrift bestimmt, dass im Falle der Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen die Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind, welche die Person des Wandergewerbes im Herkunftskanton bereits erbracht hat. Ist eine Bewilligung im Herkunftskanton bereits erteilt worden, und wurde im Rahmen dieser Bewilligungserteilung zum Beispiel eine Bescheinigung betreffend gutem Leumund oder ein Auszug aus dem zentralen Strafregister beigebracht, so hat die Behörde des Bestimmungskantons dies zu berücksichtigen und kann dieselben Dokumente nicht noch einmal verlangen.

30. Will eine Person einen Beruf des Wandergewerbes im Bestimmungskanton ausüben und kann sie belegen, dass sie für den Herkunftskanton bereits eine Bewilligung besitzt und in diesem Verfahren bereits sämtliche Nachweise und Sicherheiten beigebracht hat, wie sie auch vom Bestimmungskanton verlangt werden, so ist die Erteilung einer weiteren Bewilligung für den Bestimmungskanton an sich nicht mehr notwendig. Sind an die Bewilligungserteilung des Bestimmungskantons weitere Funktionen geknüpft (z. Bsp. Kontrollinstrument), so ist der Antragstellerin die Bewilligung immerhin ohne weiteres zu erteilen.

31. Müsste die Antragstellerin im Bestimmungskanton dasselbe Bewilligungsverfahren noch einmal durchlaufen und müsste sie sämtliche Nachweise noch einmal vorlegen, obwohl sie diese bereits im Herkunftskanton beigebracht hat, so wäre dies aus Sicht des BGBM unverhältnismässig und damit nicht zulässig.

7.3 Insbesondere zu den Gebühren

32. Wird die Ausübung eines Berufs des Wandergewerbes an eine Bewilligung geknüpft und wird für die Erteilung dieser Bewilligung eine Gebühr verlangt, so stellt dies eine Beschränkung des Marktzuganges dar, die den dargelegten Voraussetzungen des Art. 3 BGBM entsprechen sollte. In Bezug auf die Höhe der Gebühren möchte die Wettbewerbskommission auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip hinweisen.

33. Im bereits zitierten Artikel von Annemarie Meyer und Fritz Blunier findet sich auch eine Aufstellung über die Art und die Höhe der Gebühren für die Bewilligungserteilung. Je nach Art des Wandergewerbes sind Gebühren von Fr. 5.-- bis Fr. 3'000.— pro Monat oder prozentuale Anteile des Bruttoumsatzes (2%, 0.5 % Warenverkaufswert etc.) zu bezahlen.¹⁶ Die Zusammenstellung stammt aus dem Jahre 1994 und nennt die niedrigsten und die höchsten Ansätze. Es mag sein, dass die Aufstellung nicht mehr ganz den aktuellen Regelungen entspricht und teilweise ein überzeichnetes Bild der Höhe der Gebühren abgeben kann. Bezüglich der Bemessung der Gebühren ist aber immerhin auf folgendes hinzuweisen:

34. Als Gebühr ist der Betrag für die Bewilligungserteilung als Verwaltungsgebühr zu definieren. Sie stellt das Entgelt für eine vom Pflichtigen veranlasste Amtshandlung dar.¹⁷

35. Auf Verwaltungsgebühren sind das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip anwendbar. Gemäss Kostendeckungsprinzip darf der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht übersteigen. Nach dem Äquivalenzprinzip „muss die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis stehen zum Wert, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat.“ Als fragwürdig sind aus dem Blickwinkel des Äquivalenzprinzips „Prozent- oder Promille-Gebühren“ einzustufen.¹⁸

36. Die Wettbewerbskommission äussert sich nicht zur Frage, inwiefern neben der Gebührenabgabe für die Erteilung einer Bewilligung für die Ausübung des Wandergewerbes auch Steueraspekte in die Bemessung Eingang finden können und inwiefern dieses Vorgehen zulässig ist.

¹⁶ Annemarie Meyer/Fritz Blunier, a.a.O., S. 59.

¹⁷ Häfelin/Haller, a.a.O., Rn. 2039 ff., 2043f.

¹⁸ Häfelin/Haller, a.a.O., Rn. 2050 ff., mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

8 Schlussfolgerungen

37. Das Wandergewerbe ist in der Schweiz zum Nachteil der in diesem Bereich tätigen Personen sehr uneinheitlich geregelt. Im Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes sind Arbeiten für eine Regelung auf Bundesebene im Gange. Die Wettbewerbskommission begrüsst und unterstützt diese Bemühungen.

38. Die Tätigkeit des Wandergewerbes fällt in den sachlichen Geltungsbereich des BGBM, so dass sich Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz auf das BGBM berufen können. Gestützt auf Art. 2 Abs. 1 BGBM hat eine Person, welche im Herkunftskanton das Wandergewerbe ausübt, das Recht, diese Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Eidgenossenschaft auszuüben. Die im Wandergewerbe tätigen Personen haben demnach bereits heute gestützt auf das BGBM ein Recht auf berufliche Mobilität.

9 Empfehlungen

39. Die Wettbewerbskommission empfiehlt daher:

- den Kantonen, ihre Bewilligungspraxis betreffend das Wandergewerbe dahingehend zu überprüfen, ob für alle Beschränkungen des Marktzuganges das öffentliche Interesse der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Konsumentenschutzes gegeben ist. Ist dies nicht der Fall, so sind die entsprechenden Beschränkungen aufzuheben;
- in Bewilligungsverfahren, sofern sie überhaupt noch notwendig sind, die Nachweise und Sicherheiten, welche im Herkunftskanton bereits erbracht wurden, zu berücksichtigen. Sind im Herkunftskanton bereits sämtliche Dokumente, die auch im Bestimmungskanton verlangt werden, erbracht worden, so ist die Bewilligung ohne weiteres zu erteilen;
- bei der Bemessung der Höhe der Verwaltungsgebühren die Prinzipien der Kostendeckung und der Äquivalenz anzuwenden.

B 3 **Rekurskommission für Wettbewerbsfragen** **Commission de recours pour les questions de concurrence** **Commissione di ricorso in materia di concorrenza**

B 3 1. **Jahresbericht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Auszüge)**

Jahresbericht 1997 (Auszüge)

1 Allgemeines und Grundlagen

Die Rekurskommission EVD (Kurzbezeichnung: REKO/EVD) und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Kurzbezeichnung: REKO/WEF) sind eidgenössische Rekurskommissionen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren¹ und der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen².

In ihrer richterlichen Tätigkeit sind die REKO/EVD und die REKO/WEF unabhängig von der Bundesverwaltung³. Die administrative Leitung beider Rekurskommissionen obliegt dem gemeinsamen Präsidenten⁴, unter Aufsicht des Bundesrates und Oberaufsicht der Bundesversammlung⁵. Für die Rechnungsführung gelten sie als Verwaltungseinheiten des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements⁶. Organisatorisch sind sie in der REKO/EVD+WEF zusammengefasst, mit Sitz in Frauenkappelen (Raum Bern). Eine interne Geschäftsordnung regelt die personellen Verantwortlichkeiten, die Zuständigkeiten, das Verfahren und die Grundsätze der administrativen Abläufe.

Die REKO/EVD⁷ ist nahezu im gesamten Bereich der Wirtschaftsverwaltung tätig. Sie entscheidet in Anwendung von derzeit 38 Bundesgesetzen⁸ über Beschwerden gegen Verfügungen des Bundes und letzter kantonaler Instanzen. Darüber hinaus ist sie als Schiedskommission eingesetzt. Sie arbeitet mit vollamtlichen Richtern, handelt in weitem Umfang als letzte Instanz und ist im übrigen dem Schweizerischen Bundesgericht vorgeschaltet, mit Beschwerdebefugnis auch der Departemente.

Die REKO/WEF entscheidet in Anwendung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen⁹ und des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985¹⁰. Sie arbeitet mit nebenamtlichen Richtern besonderer Fachausrichtung und handelt als dem Bundesgericht vorgeschaltete Instanz.

¹ SR 172.021: Art. 71a-71c

² SR 173.31

³ SR 172.021: Art. 71c Abs. 1

⁴ SR 173.31: Art. 18

⁵ SR 172.021: Art. 71c Abs. 6

⁶ SR 173.31: Art. 16 und 18

⁷ Die Lehre spricht von einem "Spezialverwaltungsgericht für wirtschaftsverwaltungsrechtliche Streitigkeiten" (vgl. etwa Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 205)

⁸ Vgl. Anhang, Ziff. 7.2

⁹ Kartellgesetz, SR 251

¹⁰ SR 942.20

2 Rückblick

Im Berichtsjahr wurde die REKO/EVD neu mit der Rechtsprechung in gewissen Bereichen der vom Gesetzgeber getroffenen konjunkturpolitischen Massnahmen¹¹ betraut. Eine weitere Zuständigkeit ergab sich durch den Bundesbeschluss über die Unterstützung des Strukturwandels im ländlichen Raum¹².

In personeller Hinsicht hat die REKO/EVD ihre Belastungsgrenze erreicht. Zum einen brachten die neu übernommenen Aufgaben eine hohe zusätzliche Geschäftslast mit sich (allein im Zivildienst 115 Geschäftseingänge). Zum anderen haben sich die stattgefundenen personellen Wechsel bei den Richtern auf die zügige Geschäftserledigung nachteilig ausgewirkt¹³. Schliesslich hat auch das starke Anwachsen der mündlichen und öffentlichen Verhandlungen zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Richter geführt.

In der REKO/WEF wurde sichtbar, dass sich die jetzige Organisation¹⁴ auf die zügige Geschäftserledigung, die namentlich im Wettbewerbsbereich und in der Preisüberwachung erforderlich ist, nachteilig auswirken kann. Derzeit wird deshalb nach Verbesserungsmöglichkeiten gesucht.

¹¹ Vgl. Bundesbeschluss vom 30. April 1997 über Massnahmen zur Verbesserung des Lehrstellenangebotes für die Ausbildungsjahre 1997, 1998 und 1999, Lehrstellenbeschluss, SR 412.100.3; Bundesbeschluss vom 30. April 1997 über die Erhaltung der Substanz öffentlicher Infrastrukturanlagen, Investitionszulagenbeschluss, SR 951.940

¹² Bundesbeschluss vom 21. März 1997 über die Unterstützung des Strukturwandels im ländlichen Raum, SR 901.3

¹³ Wahlverfahren gestalten sich aufwendig, neue Richter müssen sich zeitraubend in die schwierige Materie einarbeiten und den Parteien muss der Richterwechsel unter Fristansetzung eröffnet werden. Hinzu kommt, dass im Berichtsjahr ein Richter einen längeren unbezahlten Urlaub antrat

¹⁴ Die Instruktion der Geschäfte (vielfach Mehrparteienverfahren, besonders umfangreiche Akten, schwierige Sach- und Rechtsfragen) und die vielfältigen Gerichtstermine (Instruktion, Anhörung, Beratung) verlangen ein hohes Mass an zeitlicher Verfügbarkeit, die von einem nebenamtlichen Richter nicht ohne weiteres erwartet werden darf. Ferner steht dem Sekretariat für die Tätigkeit der REKO/WEF bislang kein zusätzliches Personal zur Verfügung

3 Administration

3.3 Personelles

Personell setzt sich die REKO/EVD+WEF ab 1. Januar 1998 wie folgt zusammen:

Präsident REKO/WEF:	Beyeler Bruno, Notar, Gümligen
Vizepräsident REKO/WEF:	Stoffel Walter, Prof., Dr.iur., Freiburg
Richter REKO/WEF:	Arioli Silvio, Dr.iur., Belp
	Borner Silvio, Prof., Dr.oec., Basel
	Maitre Bernard, Fürsprecher, Freiburg
	Richli Paul, Prof., Dr.iur., Basel
	Schelbert-Syfrig Heidi, Prof., Dr.oec., Wasen i. E.
	Stepczynski Marian, lic.oec., lic.rer.pol., Carouge
	Urech Hans, Fürsprecher, Ins

Kommissionsschreiber

REKO/ WEF¹⁵: Dubs Jürg, lic.iur., Köniz

4.3 Rechtsprechung der REKO/WEF¹⁶

Will im Beschwerdeverfahren ein Konkurrent als Partei zugelassen werden, ist seine Legitimation nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz¹⁷ zu prüfen. Steht die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen zur Diskussion, kann die Beschwerdebefugnis nur angenommen werden, wenn zur Konkurrenzsituation noch eine erhebliche Behinderung der wirtschaftlichen Position durch wettbewerbsbeschränkende Massnahmen hinzutritt. Diese erhebliche Wettbewerbsbehinderung muss zudem in hinreichendem Masse konkretisiert sein.

Auch im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren (hier dem wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahren) ist in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung die Zulässigkeit zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu bejahen. Dies, obwohl das Verwaltungsverfahrensgesetz hierfür im Gegensatz zum Beschwerdeverfahren keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage enthält. Solche vorsorglichen Massnahmen, die insbesondere auch der Sicherung des Endentscheides dienen, fallen in den Zuständigkeitsbereich der Wettbewerbskommission oder einer ihrer Kammern und sind von den übr-

¹⁵ Richter mit Sonderaufgaben

¹⁶ Ausführliche Auszüge der Rechtsprechung der REKO/WEF des Jahres 1997 finden sich in naher Zukunft auf unserer Homepage im Internet

¹⁷ SR 251: Art. 39 i. V. m. SR 172.021: Art. 6 und 48

gen verfahrensleitenden Verfügungen, die das Sekretariat im Rahmen seiner Untersuchungen¹⁸ zu erlassen hat, zu unterscheiden¹⁹.

Der Sachverhalt ist im Rahmen vorsorglicher Massnahmen nur summarisch abzuklären und auf Beweiserhebungen grundsätzlich zu verzichten (sogenannter "Prima facie"-Entscheid).

6 Statistik der REKO/WEF

6.1 Geschäftslast

	1996	1997
Hängig Beginn Berichtsjahr	0	1
Eingänge	1	6
Ausgänge	0	5
Hängig Ende Berichtsjahr	1	2

6.2 Entschiedene Geschäfte

Verfahrensart	1996	1997
Revisionsgesuche	0	0
Beschwerden	1	5
Schiedsgerichtsverfahren	0	0

Art der Erledigung	1996	1997
Abweisung	0	1
Gutheissung	0	1
Nichteintreten	0	0
Abschreibung	0	3
Rückzug formlos	0	0
Wiedererwägung Vorinstanz	0	0
Abschreibung formlos	0	0

¹⁸ SR 251; Art. 23 Abs. 1

¹⁹ 96/FB-001; vom Bundesgericht mit Entscheid vom 3. November 1997, 2A.198/1997/run, bestätigt

Besetzung		
Entscheide Einzelrichter	0	1
Entscheide in Dreierbe- setzung	0	3
Entscheide in Fünferbe- setzung	0	1

Sprache		
Deutsch	0	5
Französisch	0	0
Italienisch	0	0

Weiterzug		
Entscheide, nicht wei- tergezogen	0	4
Entscheide, weitergezo- gen	0	1
- hängig	0	0
- abgewiesen	0	1
- gutgeheissen	0	0
- nicht eingetreten	0	0
- abgeschrieben	0	0

6.3 Durchschnittliche Erledigungsdauer

	1997
ab Eingang Rechtsschrift, Tage	150
ab Abschluss Schriften- wechsel, Tage	80

6.4 Mündliche und öffentliche Verhandlungen

	1997
vom Präsidenten angeord- net	0
Verzicht der Parteien	0
Durchgeführt	0

6.5 Kosten und Entschädigungen

	1996	1997
Entscheide mit Kostenauflegung	0	2
Gesamtkosten Fr.	0	3'586
Durchschnittliche Kosten Fr.	0	1'793
Entscheide mit Entschädigung	0	3
Gesamtentschädigung Fr.	0	5'100
Durchschnittliche Entschädigung Fr.	0	1'700
Aufwand Stunden total ²⁰	28	259
Sitzungstage total ²¹	5,5	2,5

6.6 Entscheide, aufgeteilt nach Vorinstanzen

	Vor- jahr	Total	Abwei- sung	Gut- heiss.	Nicht ein- tret.	Ab- schreib.	Wie- der- erwäg.
Wettbe- werbskommission	0	5	1	1	0	3	0
- Kartelle	0	5	1	1	0	3	0

B 3 2. **BKW – AEK Unternehmenszusammenschluss (Verwaltungssanktion)**

Beschwerdeentscheid vom 15. Mai 1998

In Sachen B. AG, A. AG gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 2. Juni 1997) Betreffend Unternehmenszusammenschluss (Verwaltungssanktionen) hat sich ergeben:

A. Die B.B. AG, - deren Inhaberin die B. AG ist - und die A. AG, schlossen am 18. September 1996 einen Beteiligungsvertrag zur gemeinsamen Gründung und Leitung der C. AG mit Sitz in (...). Zweck dieses Gemeinschaftsunternehmens ist die Planung, der Verkauf und die Realisierung von Kommunikationslösungen sowie der Handel mit den dazugehörigen Komponenten.

Die C. AG wurde am 23. September 1996 ins Handelsregister der Stadt (...) eingetragen.

Am 6. November 1996 wies das Sekretariat der Wettbewerbs-

²⁰ nebenamtliche Richter, ohne Präsident

²¹ nebenamtliche Richter, ohne Präsident

skommission (Sekretariat) die B. AG auf die möglicherweise bestehende Pflicht hin, der Wettbewerbskommission die beabsichtigte gemeinsame Gründung der C. AG nach den Vorgaben des Kartellgesetzes zu melden.

Mit Brief vom 28. November 1996 teilte die B. AG dem Sekretariat mit, dass die C. AG bereits am 18. September 1996 gegründet worden, indessen nicht meldepflichtig gewesen sei, weil der Umsatz der in der C. AG ausgegliederten Telematikbereiche der B. AG und A. AG die massgebenden Grenzbeträge nicht erreiche.

Nachdem am 15. Januar 1997 zwischen Vertretern des Sekretariats und der B. AG eine Unterredung stattgefunden hatte, unterbreitete die B. AG mit Eingabe vom 14. März 1997 dem Sekretariat "unpräjudiziell für den Fall eines Beschwerdeverfahrens" Angaben zur Gründung der C. AG, welche das Sekretariat am 20. März 1997 als förmliche "Meldung" entgegennahm.

Am 18. April 1997 teilte das Sekretariat der B. AG mit, dass die Wettbewerbskommission die Gründung der C. AG materiell für unbedenklich halte, doch setzte die "Kammer Infrastruktur" der Wettbewerbskommission die B. AG mit Schreiben vom 5. Mai 1997 davon in Kenntnis, dass eine Untersuchung über das Vorliegen eines Verstosses betreffend Meldepflicht eröffnet worden sei und gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme zum Vorwurf, einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne vorgängige Meldung vollzogen zu haben. Des weiteren wurde ausgeführt, dass die Verhängung einer Strafsanktion - mangels erkennbaren Vorsatzes im Verhalten der beteiligten Unternehmen - nicht in Frage komme.

Mit Schreiben vom 26. Mai 1997 beantragte die B. AG ("auch namens und im Auftrag der A. AG") von einer Verhängung von Verwaltungssanktionen oder anderen Sanktionen abzusehen. In ihrer Begründung bestritt die B. AG, dass die Gründung der C. AG dem Sekretariat mit Schreiben vom 14. März 1997 "formell" gemeldet worden sei, da die beteiligten Unternehmen eine Meldepflicht nie anerkannt hätten. Ferner legte die B. AG einlässlich dar, weshalb sich Verwaltungssanktionen oder andere Sanktionen nicht als gerechtfertigt erweisen würden.

Am 2. Juni 1997 (Versand: 11. Juni 1997) erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit dem folgenden Dispositiv:

- "1. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens C. durch die B. AG und die A. AG war meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 1 KG.
2. In Verletzung von Art. 51 Abs. 1 KG haben die B. AG und die A. AG den Zusammenschluss erst nach dem Vollzug gemeldet. Sie haben deshalb in Anwendung von Art. 51 KG folgende Beträge

zu entrichten:

B. AG Fr. 10'000.-

A. AG Fr. 5'000.-

3. Gestützt auf Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 4 VwVG und Art. 13 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren werden der B. AG und der A. AG je folgende Kosten auferlegt:

Verfahrenskosten Fr. 1'000.-

Kanzleigeühren Fr. 100.-

Total Fr. 1'100.-

4. (...)“

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im wesentlichen folgendes aus. Die B. AG und die A. AG hätten als beteiligte Unternehmen einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss in Form der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens vor Einreichung der Meldung vollzogen, da der "Zusammenschluss" mit dem Eintrag der C. AG ins Handelsregister bereits am 23. September 1996 vollzogen, die Gründung jedoch mit Schreiben vom 14. März erst am 20. März 1997 gemeldet worden sei. Daher sei eine Verwaltungssanktion auszusprechen. Gemäss den anwendbaren Bestimmungen läge ein Unternehmenszusammenschluss auch dann vor, wenn zwei Unternehmen ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen neu gründeten.

Aufgrund des Beteiligungsvertrages vom 18. September 1996 sei davon auszugehen, dass die gemeinschaftlich gegründete C. AG von der B. AG und der A. AG gemeinsam kontrolliert werde und alle Voraussetzungen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfülle. Da die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss betreffend Umsatz die gesetzlichen Grenzbeträge erreicht hätten, liege somit ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vor. Da die Kontrolle über die C. AG bei der B. AG und der A. AG verbleibe, seien beide nicht als "Veräusserer" ihrer Telematikbereiche anzusehen, und es seien daher nicht auf die entsprechenden Teilumsätze abzustellen.

Auch wenn ein individuelles Verschulden von Organen bei der Bemessung der Sanktion allenfalls berücksichtigt werde, setze das Kartellgesetz für eine Verwaltungssanktion keine schuldhaftige Gesetzesverletzung voraus. Zudem könnten Verwaltungssanktionen bei Verletzung der Meldepflicht unabhängig von einem behördlich rechtskräftig festgestellten Sachverhalt und unabhängig vom Resultat der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung ausgesprochen werden. In bezug auf die Bemessung der Sanktion wirke sich die relativ lange Zeitspanne zwischen Voll-

zug und Meldung zwar erschwerend aus, andererseits müssten als mildernde Umstände veranschlagt werden, dass der Vollzug keine marktbeherrschende Stellung begründe. Bei Beteiligung mehrerer Unternehmen sei die Sanktion grundsätzlich für jedes von ihnen individuell entsprechend der Anzahl und Bedeutung der Handlungen, durch die das Unternehmen am Verstoss mitgewirkt habe, nach den Marktanteilen sowie nach den wirtschaftlichen Stärken festzulegen.

- B. Gegen diese Verfügung erhoben die B. AG und die A. AG (Beschwerdeführerinnen), vertreten durch Rechtsanwalt X, am 11. Juli 1997 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Darin stellen sie den Antrag, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Juni 1997 sei, unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Wettbewerbskommission, vollumfänglich aufzuheben.

Zur Begründung rügen die Beschwerdeführerinnen vorab, die Wettbewerbskommission habe in ihrer immer an die B. AG adressierten Korrespondenz nie zwischen der B. AG und der A. AG differenziert. Ferner habe die B. AG als Vertreterin ihrer Tochtergesellschaft, B.B. AG, an der angeblich sanktionswürdigen Handlung nicht teilgenommen. Fraglich sei deshalb, ob die Wettbewerbskommission ihre Sanktionsverfügung betreffend der B. AG an die richtige Adressatin gerichtet habe.

In formellrechtlicher Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen einerseits eine Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör geltend. Des weiteren rügen sie, mit der von der Wettbewerbskommission gemachten Anzeige der Eröffnung einer Untersuchung zur Verhängung von Verwaltungsanktionen sei ihnen mit der angeblich unterlassenen Meldepflicht ein rechtswidriges Verhalten unterstellt worden, über das bis anhin in keinem Verfahren rechtskräftig entschieden worden sei.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt fehlerhaft erfasst. So sei die C. AG nicht als "Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen" zu qualifizieren, da sie aufgrund der finanziellen wie auch personellen Abhängigkeit von den Gründerunternehmen gerade nicht "auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit" wahrnehmen könne.

Des weiteren führen die Beschwerdeführerinnen im wesentlichen aus, dass die von den Bestimmungen über die Fusionskontrolle erfassten Unternehmenszusammenschlüsse im Gesetz genau definiert seien. Insbesondere schliesse beim Kontrollerverb das Kriterium der bisherigen Unabhängigkeit aus, dass neugegründete Gemeinschaftsunternehmen vom Zusammenschlussbegriff der schweizerischen Fusionskontrolle erfasst würden. Der

von der Verordnung vorgesehene Tatbestand der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens sei eine gesetzwidrige Ausdehnung des kartellgesetzlichen Zusammenschlussbegriffs. Überdies sei nach der einschlägigen Verordnungsbestimmung eine Ausgliederung von Unternehmensteilen losgelöst vom ursprünglichen Gesamtunternehmen zu betrachten. Weil Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens gewesen sei, gelte nur dieser Teil als beteiligtes Unternehmen. Folglich könnte es für die Berechnung der Grenzbeträge nur auf die Unternehmensteile, nämlich die Telematikbereiche, ankommen, welche von den Muttergesellschaften ausgegliedert und auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen worden seien. Der bei einer Vergemeinschaftung dieser Telematik-Bereiche höchstens erzielbare Umsatz unterschreite bei weitem "die Grenzwerte der Fusionskontrolle des neuen Kartellgesetzes".

Weil die Verwaltungsanktionen die gleichen Wirkungen wie strafrechtliche Sanktionen entfalteten, müssten bei ihrer Verhängung auch die im Strafrecht erarbeiteten Grundsätze zumindest analog zur Anwendung kommen. Neben der Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit der Tat sei auch noch ein objektiver Sorgfaltsmangel - im Sinne einer Vorwerfbarkeit - erforderlich, der die bei der juristischen Person nicht gegebenen subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetze. Daher könne die Verhängung einer Sanktion nur in Frage kommen, wenn einem der Führungskräfte der betroffenen juristischen Person ein strafbares Verhalten vorzuwerfen sei oder bei der juristischen Person Organisationsmängel bestünden, die als objektive Sorgfaltsmängel vorwerfbar wären. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit sei hier nicht gegeben und schon gar nicht durch die Vertretung einer anderen Rechtsauffassung. Ferner habe die Wettbewerbskommission bei der Bussenbemessung nicht berücksichtigt, dass die organisatorische Verantwortung für die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens C. AG bei der A. AG gelegen habe.

Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass auch die von der Wettbewerbskommission angewendeten "Kriterien der Sanktionsverhängung" an "gravierenden Mängeln" litten. So widerspreche das Abstellen auf die lange Dauer bis zur Meldung in jedem Fall dem Kartellgesetz. Auch könne die wirtschaftliche Stärke für die Verhängung einer Verwaltungsanktion höchstens in zweiter Linie Anwendung finden.

- C. Am 18. September 1997 liess sich die Wettbewerbskommission mit dem Antrag auf Abweisung zur Beschwerde vernehmen. In ihrer Begründung bestreitet die Wettbewerbskommission, das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt zu haben.

Weiter bestreitet die Wettbewerbskommission, den rechtserheblichen Sachverhalt fehlerhaft festgestellt zu haben. Vielmehr habe sie die für die Qualifikation der C. AG relevanten Unterlagen beschafft und die erforderlichen Abklärungen vorgenommen und korrekt gewürdigt. Die Einwände der Beschwerdeführerinnen vermöchten die Qualifikation der C. AG als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen nicht in Frage zu stellen.

Ferner sei der Vorwurf, dass die Wettbewerbskommission vor der Einleitung des Sanktionsverfahrens in bezug auf die Meldepflicht eine anfechtbare Verfügung hätte erlassen müssen, insofern verfehlt, als die kartellgesetzliche Sanktionsbestimmung an eine unmittelbare Gesetzesverletzung anknüpfe und daher kein dem Sanktionsverfahren vorgelagertes Verfahren zur Feststellung der Meldepflicht nötig sei. Des weiteren gehe aus den Materialien zur Verordnung sowie aus den massgebenden Bestimmungen des "EG-Rechts" hervor, dass neugegründete Gemeinschaftsunternehmen der Fusionskontrolle unterstehen. Zur Verhängung von Verwaltungssanktionen werde keine Vorwerfbarkeit vorausgesetzt.

- D. Mit Schreiben vom 27. Oktober 1997 verlangten die Beschwerdeführerinnen, dass ihnen eine Frist gewährt werde, um zu den neuen Vorbringen der Vorinstanz Stellung nehmen zu können. Ferner machen sie darin geltend, sie hätten vor der Vorinstanz eine Feststellungsverfügung betreffend die Meldepflicht verlangt, und rügen, die Vorinstanz hätte sich in ihrer Vernehmlassung auf einen unpublizierten Kommentar zum Entwurf für die Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gestützt, der ihr nicht zugänglich gewesen sei.

Im Rahmen der Instruktion nahm die Wettbewerbskommission am 27. November 1997 zu den neuen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen sowie zu Fragen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Stellung. Im wesentlichen bestreitet die Vorinstanz, dass die Beschwerdeführerinnen am 28. November 1996 den Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend Meldepflicht anbegehrt hätten. Ferner weist sie darauf hin, dass bereits in der bundesrätlichen Botschaft zum Kartellgesetz die Fusionskontrolle auch bezüglich Neugründungen erwähnt worden sei. Des weiteren habe die Wettbewerbskommission die Verfügung an die B. AG adressiert, weil diese Gesellschaft von den Parteien als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen bezeichnet worden sei.

Am 23. Januar 1998 liessen sich die Beschwerdeführerinnen zur Eingabe der Vorinstanz vernehmen. Darin halten sie mit einlässlicher Begründung an ihrer bisher geäusserten Auffassung fest.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erschei-

nen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 2. Juni 1997 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. a) dar. Diese Verfügung kann nach Artikel 53 Absatz 2 KG (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie sind daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Die Kostenvorschüsse wurden fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) gilt als Unternehmenszusammenschluss - neben der "Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen" - ebenfalls jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b). Nach Artikel 60 KG erlässt der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen.

Gestützt auf diese Bestimmung erliess der Bundesrat die Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4; in Kraft seit 1. Juli 1996). Nach Artikel 2 VKU stellt ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf

Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (vgl. Abs. 1). Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Absatz 1 erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU). Für die Berechnung der Grenzbeträge nach Artikel 9 Absätze 1 - 3 KG sind die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen massgebend. Als beteiligte Unternehmen im Sinne der VKU gelten: (a.) bei der Fusion: die fusionierenden Unternehmen; (b.) bei der Erlangung der Kontrolle: die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 VKU). Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich im Falle, dass ein beteiligtes Unternehmen ein Konzernunternehmen ist, aus den Umsätzen der eigenen Geschäftstätigkeit sowie den Umsätzen des Tochter- beziehungsweise Mutterunternehmens zusammen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VKU).

Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss: (a.) die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und (b.) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 KG).

Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG). Wurde ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss ohne Meldung vollzogen, so wird das Verfahren nach den Artikeln 32 - 38 KG von Amtes wegen eingeleitet. In einem solchen Fall beginnt die Frist nach Artikel 32 Absatz 1 KG zu laufen, sobald die Behörde im Besitz der Informationen ist, die eine Meldung enthalten muss (Art. 35 KG).

Ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder das vorläufige Vollzugsverbot missachtet, gegen eine mit der Zulassung erteilte Auflage verstösst, einen untersagten Zusammenschluss vollzieht oder eine Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht durchführt, wird mit einem Betrag bis zu einer Million Franken

belastet (Art. 51 Abs. 1 KG). Verstösse werden vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums untersucht. Sie werden von der Wettbewerbskommission beurteilt (Art. 53 Abs. 1 KG). Auf die im KG vorgesehenen Verfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG).

3. In formeller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen vorab geltend, die Wettbewerbskommission habe in ihrer immer an die B. AG adressierten Korrespondenz nie zwischen der B. AG und der A. AG differenziert. Die B. AG habe als Vertreterin ihrer Tochtergesellschaft, B.B. AG, an der angeblich sanktionswürdigen Handlung nicht teilgenommen. Fraglich sei deshalb, ob die Wettbewerbskommission ihre Sanktionsverfügung betreffend der B. AG an die richtige Adressatin gerichtet habe. Demgegenüber weist die Wettbewerbskommission in ihrer Stellungnahme vom 27. November 1997 darauf hin, dass sie die Verfügung an die B. AG adressiert habe, weil diese Gesellschaft von den Parteien als das am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen bezeichnet worden sei.

Nachfolgend ist vorab zu prüfen, ob die B. AG, welche im Verfahren vor der Wettbewerbskommission als Vertreterin ihrer Tochtergesellschaft auftrat, von der Vorinstanz zu Recht mit einer Verwaltungssanktion belegt worden ist, nachdem aus handelsrechtlicher Sicht einzig die B.B. AG mit der A. AG unmittelbar an der Neugründung der C. AG beteiligt war (vgl. öffentliche Gründungsurkunde vom 18. 9. 1996; vgl. E. 3.2 f.). Um diese Fragestellung beantworten zu können, ist vorerst zu klären, wer im Rahmen einer Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens einer allfälligen Meldepflicht untersteht (E. 3.1).

- 3.1. Nach Artikel 9 KG sind grundsätzlich die an einem Zusammenschluss "beteiligten" Unternehmen verpflichtet, ein Zusammenschlussvorhaben zu melden. Wird die Kontrolle über ein Gemeinschaftsunternehmen erlangt, gelten nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU als beteiligte Unternehmen die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen. Indessen ist für die Konstellation, dass eine gemeinsame Kontrolle über ein neugegründetes Unternehmen erlangt wird, mit der Lehre davon auszugehen, dass lediglich diejenigen Unternehmen, welche die Kontrolle erwerben und nicht das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen, als beteiligte Unternehmen anzusehen sind (vgl. Patrick Ducrey/Jens Ivar Drolshammer, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1996, Art. 9, Rz. 15; Frank Scherrer, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 351; Philipp Zurkinden, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und

das neue schweizerische Kartellgesetz, Diss. Basel [in Erscheinung begriffen], Teil III Ziff. 4.2.2.2.). Mit der Lehre ist ferner festzuhalten, dass die ein beteiligtes Unternehmen beherrschenden (oder davon abhängigen) Unternehmen nicht als "unmittelbar" Beteiligte gelten können, und infolgedessen als "verbundene" Unternehmen (vgl. Art. 5 Abs. 1 VKU) von der Meldepflicht grundsätzlich nicht erfasst werden (vgl. Komm. KG - Ducrey/Drolshammer, a. a. O., Art. 9, Rz. 12). Insofern ist im Interesse der Rechtssicherheit der Kreis meldepflichtiger Unternehmen grundsätzlich auf diejenigen juristischen (oder natürlichen) Personen, relativ rechtsfähigen Handelsgesellschaften sowie öffentlich-rechtlichen Gebilde zu beschränken, welche unmittelbar an der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens beteiligt sind. Dies ist für den Geltungsbereich der Fusionskontrolle im übrigen nicht nachteilig, weil der massgebliche Umsatz des beteiligten Unternehmens für das Auslösen der Meldepflicht im vorliegenden Konzernsachverhalt so oder anders den Umsatz der Muttergesellschaft einschliesst (Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VKU).

- 3.2. Unter diesem Blickwinkel erscheint - im Sinne der Beschwerdeführerinnen - die von der Vorinstanz der B. AG gegenüber ausgesprochene Sanktion als verfehlt, nachdem lediglich deren Tochterunternehmung, die B.B. AG, an der Gründung der C. AG unmittelbar beteiligt war. Die sehr enge konzernmässige Verflochtenheit von Mutter und Tochter ändert an der rechtlichen Selbständigkeit der B.B. AG nichts.
- 3.3. Man könnte sich im vorliegenden Fall zwar fragen, ob sich die Wettbewerbskommission ausnahmsweise, das heisst aufgrund besonderer Umstände, angesichts des Konzernsachverhalts über die rechtliche Selbständigkeit der B.B. AG hinwegsetzen durfte, um die an der Gründung der C. AG nur mittelbar beteiligte Muttergesellschaft zu sanktionieren. Indessen kann diese Frage offen bleiben, weil die Antwort, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, nicht entscheidungswesentlich ist.
4. In bezug auf das Verfahren vor der Wettbewerbskommission rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres Anspruches auf rechtliches Gehör. Mit Ausnahme "der Unterstellung, dass die Beschwerdeführerinnen den Beteiligungsvertrag vollzogen hätten, bevor sie den Vorgang gemeldet hätten", seien aus dem Schreiben der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997 keine Sachverhaltselemente ersichtlich, die es ermöglicht hätten, zu einzelnen Beschuldigungen Stellung zu nehmen. Die konkreten Vorbringen seien erst in der angefochtenen Verfügung aufgetaucht, was mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht vereinbar sei. Beispielsweise habe die Wettbewerbskommission erst in der angefochtenen Verfügung zur Rechtsauffassung

der Gründerunternehmen betreffend der massgeblichen Umsatzgrössen Stellung bezogen, sowie sich erst zu diesem Zeitpunkt über die ihrer Meinung nach zu erfüllenden Voraussetzungen für die Verhängung einer Verwaltungsanktion ausgesprochen. Diese Verletzungen des rechtlichen Gehörs müssten nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führen.

Zu diesem Vorwurf führt die Wettbewerbskommission in ihrer Stellungnahme vom 18. September 1997 aus, nach Artikel 30 VwVG hätten die Parteien vor Erlass einer Verfügung zwar das Recht, sich zu allen entscheiderelevanten Sachfragen zu äussern. Indessen hätten sie nur in Ausnahmefällen das Recht, sich zur rechtlichen Beurteilung zu äussern. Da die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen lediglich die rechtliche Beurteilung der Vorkommnisse betreffen würden, sei eine Gehörsverletzung nicht ersichtlich.

- 4.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichtes formeller Natur; seine Verletzung hat die Aufhebung des angefochtenen Entscheides auch dann zur Folge, wenn der Beschwerdeführer kein materielles Interesse nachzuweisen vermag (Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 325 ff.; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel und Frankfurt am Main 1990, Nr. 87 B I, S. 293, mit Verweisen auf die Rechtsprechung).

Wie es sich mit der behaupteten Verletzung des rechtlichen Gehörs verhält, ist daher zu prüfen.

- 4.2. Das Recht auf Äusserung und Stellungnahme stellt den eigentlichen Kern des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Es dient einerseits der Sachverhaltsaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar. Gegenstand der Äusserung ist der gesamte Verfahrensstoff. Tatsachen dürfen einem Entscheid nur zugrunde gelegt werden, wenn sich der Betroffene dazu hat äussern können. Dabei kann sich der Betroffene zu allen für den Entscheid relevanten Sachfragen äussern. Ein Rechtsanspruch auf Äusserung zur rechtlichen Beurteilung der Tatsachen besteht dagegen grundsätzlich nicht (Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz. 304 ff. und 1147, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

Es ist unbestritten, dass die Wettbewerbskommission mit Schreiben vom 5. Mai 1997 die B. AG in Kenntnis setzte, dass eine Untersuchung über das Vorliegen eines Verstosses betreffend Meldepflicht eröffnet worden sei. Gleichzeitig gab die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, zum Vorwurf, einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne vorgängige Meldung

vollzogen zu haben, Stellung zu nehmen. Ferner ist unbestritten, dass sich die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Stellungnahme vom 26. Mai 1997 zu den für die angefochtene Verfügung entscheidenderheblichen Tatsachen äussern konnten. Inwiefern unter diesen Umständen das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt sein könnte, ist nicht ersichtlich, um so mehr, als die Vorinstanz ihren Entscheid nicht auf einen von den Beschwerdeführerinnen nicht voraussehbaren Rechtsgrund stützte.

5. In materieller Hinsicht tragen die Beschwerdeführerinnen vor allem vor, die Meldepflicht für die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen der hier fraglichen Art entbehre einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Die Definition des Unternehmenszusammenschlusses in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG erfasse die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen nicht. Und es gebe keine Delegationsnorm, welche dem Bundesrat den Einschluss gestatten würde. Artikel 60 KG, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen erlasse, reiche als Grundlage nicht aus.
- 5.1. Den Beschwerdeführerinnen ist insofern zuzustimmen, als Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG die Schaffung von Gemeinschaftsunternehmen durch Neugründung nicht ausdrücklich einschliesst. Das anerkennt richtigerweise auch die Wettbewerbskommission. Hingegen ergibt sich aus der Botschaft des Bundesrates zum Kartellgesetz die klare Absicht, die Schaffung von Gemeinschaftsunternehmen unabhängig von der Entstehungsweise jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen der Fusionskontrolle zu unterstellen. Dabei verwies der Bundesrat namentlich auf die entsprechende Regelung im europäischen Kartellrecht (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468 ff., S. 551).

In der Rechtslehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Wortlaut einer Norm nicht in jedem Fall die Grenze für die Auslegung bildet. Bei Vorliegen triftiger Gründe können die Grenzen des Wortlautes überschritten werden. Triftige Gründe können sich namentlich ergeben, wenn der Wortlaut nicht den wahren Sinn einer Norm wiedergibt. Für die Sinnermittlung ist unter anderem auf die Materialien zurückzugreifen (vgl. etwa Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, Rz. 102 ff.; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, § 24/I, S. 267 ff. mit weiteren Hinweisen; BGE 113 Ia 12 E. 3c; 113 Ia 309 E. 3c; 112 Ia 116 E. a; 99 Ib 505 E. 3). Die Verwirklichung des Normsinns fällt nicht in die ausschliessliche Zuständigkeit der rechtsanwendenden Behörde, das heisst nicht auf die Anwendung der Norm im Einzelfall, sondern

fällt auch in die Zuständigkeit des Ordnungsgebers. Er kann im Rahmen des Vollzugs Bestimmungen erlassen, welche der Verwirklichung des Sinns von gesetzlichen Bestimmungen dienen (vgl. Häfelin/Haller, a. a. O., Rz. 1005; Beatrice Weber-Dürler, a. a. O., S. 266). Eine solche Situation ist vorliegend gegeben. Es sprechen triftige Gründe für die Unterstellung der Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen unter die Fusionskontrolle, so namentlich der Wille zur Anlehnung an das EG-Recht sowie die Möglichkeit, wirtschaftliche und finanzielle Macht über ein Gemeinschaftsunternehmen auszuspielen.

- 5.2. In der bisherigen Rechtslehre zur Fusionskontrolle wird die Frage nach der Gesetzmässigkeit der hier fraglichen Meldepflicht nicht vertieft behandelt (vgl. Komm. KG - Ducrey/Drolshammer, a. a. O., Art. 4, Rz. 90, 99 ff., insbes. Rz. 123 ff., sowie Rz. 130 und 134; Zurkinden, a. a. O., Einleitung und Teil I Ziff. 3.2. [Fn 194 f.]; Scherrer, Fusionskontrollverfahren, a. a. O., S. 332 f.; derselbe in: Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz - erste Fälle und offene Fragen, AJP 11/97, S. 1381 ff., 1386; Eugen Marbach, Die Fusionskontrolle im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 115 ff., 120 ff.; Francis Nordmann, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 1996, S. 219; Jürg Borer, Kooperationen und strategische Allianzen, AJP 7/96, S. 878 f.; Rolf Watter/Urs Lehmann, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, AJP 7/96, S. 861 f.). Vereinzelt sind Fragen und Zweifel (so von Jens Ivar Drolshammer, Wettbewerbsrecht, Bern 1997, S. 81 und 260 f.) sind nicht geeignet, die vorstehenden Erwägungen zu erschüttern. Der Wille zur Anlehnung an das europäische Recht ist im fraglichen Zusammenhang derart eindeutig ausgewiesen (vgl. Botschaft, a. a. O., S. 531; Komm. KG - Ducrey/Drolshammer, Vorb. zu Art. 9 - 11, Rz. 28 ff.; Zurkinden, a. a. O., Teil I Ziff. 5 sowie Teil VI Ziff. 1; Scherrer, Fusionskontrollverfahren, a. a. O., S. 330 ff.; Marbach, a. a. O., S. 116 f.), dass der zu enge Gesetzeswortlaut keine unüberwindliche Hürde darstellt. Tatsächlich ist der Einbezug der Neugründung von konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen im EG-Wettbewerbsrecht unbestritten (vgl. etwa: Norbert Koch, in: Kommentar zur Europäischen Union, Band II, Eberhard Grabitz/Meinrad Hilf (Hrsg.), München, 4. Ergänzungslieferung, nach Art. 86, Rz. 12; Roger Zäch, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Bern/München 1994, S. 397 f.).

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, dass auch die Neugründung konzentrativer Gemeinschaftsunternehmen der Fusionskontrolle unterstellt werden kann und vom Bundesrat

zulässigerweise unterstellt worden ist (ohne vertiefte Begründung im Ergebnis gleicher Meinung: Komm. KG - Ducrey/Drolshammer, Art. 4, Rz. 134; Scherrer, Fusionskontrollverfahren, a. a. O., S. 332, bzw. Fusionskontrolle, a. a. O., S. 1386; Drolshammer, Wettbewerbsrecht, a. a. O., S. 90; implizit auch: Zbinden, a. a. O., Teil I Ziff. 6).

- 5.3. Zu einem ähnlichen Ergebnis würde man auch durch analoge Anwendung von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG auf die Gründung von Gemeinschaftsunternehmen gelangen. Eine solche Analogie wäre mit jener zu vergleichen, welche das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Bestimmung der Eigenmittelanforderungen im Finanzkonzern auf der Grundlage des Bankengesetzes (SR 952.0) angewendet hat (BGE 116 Ib 331 E. 2). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen hätte man es im vorliegenden Zusammenhang also nicht mit einer unzulässigen Lückenfüllung zu tun.
- 5.4. Im übrigen überdehnen die Beschwerdeführerinnen die Aufgabe und Zuständigkeit der Wettbewerbskommission, wenn sie verlangen, dass die Kommission die Gesetzmässigkeit von Verordnungen des Bundesrates von Amtes wegen zu prüfen habe. Verwaltungsbehörden sind prinzipiell nicht befugt, Verordnungsrecht des Bundesrates für gesetzwidrig zu erklären und ihm die Anwendung im Einzelfall zu versagen (vgl. BGE 104 Ib 412 E. 3; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, Rz. 271; vgl. auch: Fridolin Schiesser, *Die akzessorische Prüfung*, Zürich 1984, S. 139 f.). Zwar ist die Wettbewerbskommission - anders als typische Verwaltungsbehörden - keine dem Bundesrat hierarchisch untergeordnete Instanz (vgl. Art. 19 KG). Sie ist dem Bundesrat aber jedenfalls auch nicht übergeordnet, und zwar weder hierarchisch noch funktionell (vgl. Art. 31 und 36 KG). Unter diesen Umständen kann es prinzipiell nicht ihre Aufgabe sein, bundesrätliches Verordnungsrecht auf seine Gesetzmässigkeit hin zu überprüfen.
6. Im weiteren bestreiten die Beschwerdeführerinnen, dass mit Bezug auf die Unternehmensgründung die übrigen Voraussetzungen für eine Meldepflicht erfüllt gewesen seien. Entgegen der Auffassung der Wettbewerbskommission hätten sie aufgrund von Artikel 3 Absatz 2 VKU davon ausgehen können, dass es nicht um ihren gesamten Umsatz gehe, sondern nur um die ausgliederten Unternehmensteile (Telematikbereiche).

Den Beschwerdeführerinnen ist zuzugestehen, dass die Einschätzung der Rechtslage im Zeitpunkt der Gründung der C. AG nicht einfach war. Tatsächlich ist die Formulierung von Artikel 3 Absatz 2 VKU eher unklar und kann möglicherweise Anlass zu Missverständnissen geben. Aus dem Kontext der VKU und der Rege-

lung der Konzentrationskontrolle im KG allgemein geht aber eindeutig hervor, dass es um die Erfassung wirtschaftlicher und finanzieller Macht geht. Diese liegt auch vor, wenn grosse Unternehmen oder Mitglieder grosser Konzerne ein vergleichsweise kleines Gemeinschaftsunternehmen gründen. Für die Berechnung der die Meldepflicht auslösenden Umsätze wird in Konzernen daher auch der Umsatz der Mutter- beziehungsweise Tochtergesellschaft einbezogen (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a und b VKU). Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Umsätze der B.B. AG und der B. AG insgesamt betrachtet werden müssen. Unter diesen Umständen mussten sich bei der B.B. AG und bei der A. AG mindestens Zweifel daran einstellen, dass sie nicht meldepflichtig seien. Man hätte daher erwarten dürfen, dass sie sich über das Bestehen einer Meldepflicht beim Sekretariat der Wettbewerbskommission näher informieren.

7. Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, die Auferlegung eines Geldbetrages nach Artikel 51 Absatz 1 KG setze keine schuldhaftige Verletzung der Meldepflicht voraus. Es genüge, wenn die Meldepflicht verletzt worden sei. Zur Begründung dieser Auffassung beruft sie sich in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 23) namentlich auf eine entsprechende Meinungsäusserung eines Vertreters des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in einer Kommissionsberatung. Die Beschwerdeführerinnen widersprechen dieser Auffassung und berufen sich auf neuere Strafrechtstheorien.

Zutreffend ist, dass es sich bei den in den Artikeln 50 - 52 KG vorgesehenen Geldbelastungen nicht um strafrechtliche Sanktionen, sondern um Verwaltungsmassnahmen handelt (Botschaft, a. a. O., S. 619). Ihre gedankliche und konzeptionelle Nähe zu einem Institut des europäischen Wettbewerbsrechts ist auch hier unübersehbar. Das europäische Recht kennt die Geldbussen (Art. 14 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 vom 21. Dezember 1989 [FKVO] sowie Art. 15 der Verordnung Nr. 17 vom 6. Februar 1962 [vgl. dazu etwa Koch, a. a. O., nach Art. 87 {zu Art. 15}, Rz. 1 ff.]). Auch die Bussgelder sind keine strafrechtlichen Sanktionen, sondern Verwaltungssanktionen. Es geht - in Anlehnung an das deutsche Ordnungswidrigkeitsrecht - um die Ahndung von Verwaltungsunrecht (Koch, a. a. O., nach Art. 86, Rz. 41; derselbe, a. a. O., nach Art. 87, Rz. 5). Danach ist Voraussetzung für ein Bussgeld nicht allein die Verletzung von Verfahrensvorschriften als objektiver Tatbestand, sondern auch die Rechtswidrigkeit und die Schuld (Vorsatz oder Fahrlässigkeit: Art. 14 FKVO sowie Art. 15 Abs. 1 der Verordnung Nr. 17) als subjektiver Tatbestand.

Es versteht sich daher jedenfalls nicht von selbst, dass als Voraussetzung für Geldbelastungen nach schweizerischem Recht allein

die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes genügt. Zwar setzt Artikel 51 KG dem Wortlaut nach nicht wie Artikel 14 FKVO (bzw. 15 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17) Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Was mit Artikel 51 (wie mit Artikel 50 und 52) vermieden werden soll, ist ein Konflikt mit der Auffassung, dass Unternehmen (in der Gestalt juristischer Personen oder Personengemeinschaften) nicht deliktstfähig seien. Hingegen ist deswegen nicht schon erforderlich, auf den Nachweis der Vorwerfbarkeit des Tuns oder Unterlassens zu verzichten. Es ist jedenfalls nicht ohne weiteres überzeugend, dass eine Geldbelastung von maximal einer Million Franken allein aufgrund eines objektiven Tatbestandes sollte erfolgen können. Im übrigen fällt auf, dass die Wettbewerbskommission für die Bemessung der auferlegten Geldbeträge dann doch Überlegungen anstellt, welche in Richtung der Vorwerfbarkeit eines Verhaltens gehen, wenn sie in der angefochtenen Verfügung ausführt, dass die Sanktion auch von der Art und Bedeutung der Handlungen, durch die ein Unternehmen am Verstoss mitgewirkt habe, abhängt (Ziff. 32) und wenn sie als erschwerenden Faktor veranschlagt, dass die Meldung sehr spät erfolgt sei (Ziff. 29).

Die anstehende Frage ist jedenfalls auch in den grösseren Zusammenhang der Voraussetzungen für Verwaltungsanktionen zu stellen, und zwar insbesondere in den Kontext der mit den Geldbelastungen am ehesten vergleichbaren Ordnungsbussen. Diesbezüglich besteht eine Tendenz, ein Verschulden zu verlangen (vgl. Pierre Moor, *Droit administratif*, Vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne 1991, p. 96; offen gelassen noch bei Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., Zürich 1993, Rz. 949 sowie in BGE 101 Ib 33 E. 3a). Moor macht darauf aufmerksam, dass das Ausfällen einer Verwaltungsbusse ohne irgendein Verschulden seitens der gebüssten Person als willkürlich erscheint (a. a. O., S. 96).

8. Ob eine Geldbelastung ohne irgendwelches Verschulden - im Sinne einer reinen Kausalhaftung - zulässig sei, braucht im vorliegenden Verfahren indessen nicht abschliessend geprüft und entschieden zu werden (vgl. zur Problematik allgemein: Günther Stratenwerth, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, in: *Festschrift für Rudolf Schmid*, Tübingen 1992, S. 295 ff., insbes. S. 305 ff. sowie für die vergleichbare Problematik im Steuerrecht: Kathrin Kummer, *Die Strafbarkeit der juristischen Person*, insbesondere im Steuerrecht, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, ASA 1996, S. 445 ff., insbes. S. 461, mit weiteren Hinweisen; betr. KG gegen ein Abstellen auf ein Verschulden: *Komm. KG - Ducrey*, Vorb. zu Art. 50 - 57, Rz. 18). Denn die angefochtene Verfügung ist auch dann aufzuheben, wenn sich die Auffassung der Wettbewerbskommission bei einlässlicher Prüfung als zutreffend er-

weisen sollte. So oder anders hat die Kommission für die Festsetzung der auferlegten Geldbeträge Kriterien zur Anwendung gebracht, welche teilweise rechtlich nicht begründet beziehungsweise ergänzungsbedürftig sind.

- 8.1. Die Kommission betrachtet als erschwerenden Faktor bei der Festsetzung der Geldbeträge, dass die Meldung relativ spät vorgenommen worden sei. Dieser Vorwurf ist unbegründet. Durch die Gründung der C. AG am 23. September 1996 wurde die "Fusion" vollzogen. Damit war die Meldepflicht nicht beachtet worden; der objektive Sachverhalt ist von diesem Zeitpunkt an gegeben. Die späteren Korrespondenzen und Meinungsäusserungen vermochten daran nichts mehr zu ändern. Hingegen ergibt sich aus den Unterlagen die Bereitschaft der Beschwerdeführerinnen, an der Klärung der Meldepflicht mitzuwirken. Sie haben dies insbesondere in ihrem Schreiben vom 28. November 1996 bekundet. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission liess sich seinerseits auf den Meinungs austausch ein und schrieb am 5. Dezember 1996:

"Gerne erwarten wir die erwähnten Auskünfte, sind aber auch jederzeit bereit, die Angelegenheit und das weitere Vorgehen an einer Besprechung zu klären."

Die Berücksichtigung dieser Bereitschaft zur Klärung der Meldepflicht zuungunsten der Beschwerdeführerinnen ist nicht gerechtfertigt und steht mit dem Verhalten des Sekretariates selbst in Widerspruch.

- 8.2. Die Wettbewerbskommission hat es sodann unterlassen zu veranschlagen, dass die Rechtslage mit Bezug auf die Meldepflicht für die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen im fraglichen Zeitpunkt noch unübersichtlich war. Zwar hätte man erwarten dürfen, dass sich die meldepflichtigen Unternehmen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission über das Bestehen der Meldepflicht informieren (vgl. E. 6). Dennoch dürfen die meldepflichtigen ihrerseits erwarten, dass der mangelnden Offensichtlichkeit der Meldepflicht im damaligen Zeitpunkt bei der Bemessung von Geldbeträgen Rechnung getragen wird. So kann man den meldepflichtigen Unternehmen insbesondere daraus keinen Vorwurf machen, dass sie keine Kenntnis von den internen Materialien zur VKU hatten. Diese waren Mitte Februar 1996 im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens des EVD lediglich einem begrenzten Adressatenkreis (d. h. den "interessierten Organisationen der Wirtschaft"), zu welchem die Unternehmen nicht gehörten, zugänglich gemacht worden. Mangels Öffentlichkeit konnten und mussten daher die Unternehmen im fraglichen Zeitpunkt die besagten Materialien nicht kennen.
9. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Fusionskontrolle

nach KG zwar zu Recht auch neugegründete Gemeinschaftsunternehmen der hier fraglichen Art erfasst (vgl. E. 5). Hingegen hat die Wettbewerbskommission fälschlicherweise die B. AG statt die B.B. AG ins Recht gefasst (vgl. E. 3). Im übrigen und vor allem hat die Wettbewerbskommission bei der Festsetzung der Geldbeträge teilweise unhaltbare beziehungsweise ergänzungsbedürftige Kriterien angewendet (vgl. E. 8). Sie hat die Höhe der Beträge unter anderem zu Unrecht mit dem späten Meldezeitpunkt begründet; diesen hat sie durch ihr Verhalten mitverursacht. Im weiteren hätte sie veranschlagen müssen, dass die Rechtslage für die Meldepflicht im fraglichen Zeitpunkt noch vergleichsweise unübersichtlich war.

Unter diesen Umständen braucht auf die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Problematik, wonach die Vorinstanz eine allfällige Meldepflicht in einer anfechtbaren Zwischenverfügung rechtsmittelmässig hätte überprüfbar machen müssen, nicht näher eingegangen zu werden. Es ist in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht offensichtlich, dass in der gegebenen Situation (d. h. nach erfolgter Gründung der C. AG) ein Feststellungsinteresse betreffend Meldepflicht anzunehmen wäre.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführerinnen als obsiegende Parteien, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die von den Beschwerdeführerinnen am 13. August 1997 je einzeln geleisteten Kostenvorschüsse sind ihnen zu Lasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0)

Den Beschwerdeführerinnen, welche sich anwaltlich vertreten liessen, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihnen ist zu Lasten der Wettbewerbskommission eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Vertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Artikel 8 Absatz 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. Juni 1997 wird aufgehoben.
2. Verfahrenskosten
3. Parteientschädigung
4. Rechtsmittelbelehrung

**B 4 Bundesrat
Conseil fédéral
Consiglio federale**

B 4 1. Gesuch des Schweizer Verbands der Musikalienhändler und -Verleger (SVMHV)

Ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen; Art. 8 KG

Autorisation exceptionnelle d'accords illicites en matière de concurrence ; art. 8 LCart

Autorizzazione eccezionale per motivi preponderanti di interesse pubblico; art. 8 LCart

Der Bundesrat hat auf das Gesuch des Schweizer Verband der Musikalien-Händler und -Verleger (SVMHV) in Sachen ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 8 KG

befunden und erwogen:

I.

1. Der Schweizer Verband der Musikalien-Händler und -Verleger (SVMHV) richtet am 20. Oktober 1997 an den Bundesrat das Gesuch um ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 8 KG vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251).

Er stellt folgende Anträge:

1. *Es seien die Wettbewerbsbeschränkungen des SVMHV (Preisbindungsregelung mittels Sammelrevers und Umrechnungstabellen) durch den Bundesrat im Sinne von Art. 8 KG ausnahmsweise aus überwiegendem öffentlichen Interesse zuzulassen,*

eventualiter,

auf eine bestimmte Dauer von mindestens 3 Jahren zuzulassen, mit der Möglichkeit zur Verlängerung.

2. *Dem Gesuch sei aufschiebende Wirkung zu erteilen.*

3. *Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.*

2. In der Musikalienbranche (Musikalien sind Musiknoten und andere Werke der Musik, die auf verschiedene Arten vervielfältigt und gestaltet werden) ist der SVMHV der grösste Verband. Er umfasst 45 Verlagshäuser (schweizerische und ausländische mit Schweizer Niederlassung) sowie 160 Handelsgeschäfte. Es gibt daneben mehrere andere Verbände, doch gehören deren Mitglieder zum Teil zugleich dem SVMHV an. Die SVMHV-Mitglieder erzielen sowohl auf der Verlags- als auch auf der Detailhandelsstufe Anteile von rund 90 Prozent am Marktvolumen an Musikalien, welches in der Schweiz auf jährlich rund 35 Mio. Franken geschätzt wird.

Der SVMHV hat am 13. Mai 1996 zwei wettbewerbsrelevante Abreden in Kraft gesetzt - den Sammelrevers und die Wechselkursumrechnungstabellen. Der Sammelrevers erfasst etwa 30 Prozent der in der Schweiz umgesetzten Musikalien, während die Wechselkursumrechnungstabellen die andern etwa 70 Prozent betrifft. In der Praxis werden die Abreden bei etwa 90 Prozent aller Umsätze eingehalten.

- Der Sammelrevers ist eine Bündelung von individuellen, inhaltlich identischen Preisbindungsverträgen zwischen Verlegern und Händlern. In seinen Geltungsbereich fallen Musikalien, die von schweizerischen und ausländischen Verlagen mit Schweizer Niederlassung herausgegeben und in der Schweiz verkauft werden. Die Bündelung gleichlautender Verträge bezweckt eine einheitliche Marktordnung mit lückenloser Preisbindung. Er schreibt den Verlegern die Festsetzung der Endverkaufspreise im Sinne einer strikten Preisbindung der zweiten Hand vor und schaltet somit sämtliche Preisgestaltungselemente des Händlers aus.
- Die Wechselkursumrechnungstabellen legen für die Mitglieder des SVMHV verbindlich die Preise für die aus den jeweiligen Ländern importierten Musikalien fest. Die „Kurs- und Kostenumrechnungstabellen“ legen beispielsweise für die Deutsche Mark als wichtigste Währung beim Import von Musikalien in die Schweiz einen Kurs von Fr. 1.10 je Mark für kleinere Fakturierungsbeiträge fest. Der Umrechnungskurs ermässigt sich bis auf Fr. -.95 je Mark ab einem Fakturierungsbeitrag von 100 Mark und mehr.

3. Die Wettbewerbskommission hat aufgrund einer Untersuchung nach Artikel 27 KG in ihrer Verfügung vom 1. September 1997 festgehalten, dass die Bestimmungen des Sammelrevers des SVMHV durch die organisierte Bündelung, welche eine Gleichschaltung sämtlicher Preisgestaltungselemente bewirken, eine horizontale Abrede unter den Musikalienhändlern darstellen und nach Artikel 5 KG unzulässig sind. Ebenso wird die Verpflichtung der SVMHV-Mitglieder

zur Anwendung der Kurs- und Kostenumrechnungstabellen des Verbandes nach Artikel 5 KG als unzulässig bezeichnet.

4. Der SVMHV legt zur Begründung seines Gesuches an den Bundesrat dar, dass die Preisbindung für Musikalien - auch die 1995 beschlossenen Sammelrevers und Umrechnungstabellen - das Ziel einer flächendeckenden Verbreitung eines breitgefächerten Angebotes an Musiknoten als Grundlage der musikalischen Kulturpflege in allen Sparten (Volkskultur, klassische Kultur, populäre Kultur) verfolgten.

Die Marktstruktur (Umsatz an Musikalien: ca. 35 Mio. Franken; Angebot: ca. 25 Mio. Titel; Lieferanten: weltweit über 100'000 internationale Verlage, ca. 150 Grosshändler) bringe für die Anbieter (ca. 400 Schweizerische Musikfachgeschäfte; ca. 100 Musikgeschäfte mit separaten Abteilungen oder sonstwie guten Musikalienumsätzen) hohe Unkosten für Bestellungen und Zahlungsspesen.

Die Preisbindung ermögliche die Beibehaltung der heutigen Dienstleistungen der Musikalienhändler - d.h. insbesondere die Lagerhaltung von ca. 30'000 bis 50'000 Titeln bei einem mittleren Händler und ein flächendeckendes Angebot -, während bei einem Wegfall der Preisbindung eine Ausdünnung des Angebotes unausweichlich wäre. Dem kleinen Anteil der „Brotartikel“ am Angebot, wo ohne Preisbindung ein Wettbewerb mit Preissenkungen überhaupt zum Spielen käme, würde der grosse Rest des Angebotes gegenüberstehen, bei welchem der Margenverlust auf den wenigen gängigen Artikeln mit stark steigenden Verkaufspreisen ausgeglichen werden müsste. Diese wenig nachgefragten Artikel würden deshalb nicht mehr an Lager genommen. Bei den meisten Titeln bestehe ein Missverhältnis zwischen Aufwand (Bezugskosten für Noten aus aller Welt, Lager, Handling und Personalkosten) und Ertrag. Der Musikalienhandel betrachte es als kulturpolitischen Auftrag, dank der Mischkalkulation für einen überwiegenden Teil des Sortimentes nicht marktkonforme, sondern tiefere Preise zu verlangen. Das heutige sehr gute Angebot lasse sich nur mittels einer Mischkalkulation zwischen den wenigen Bestsellern unter den Musikalien und dem übrigen Angebot aufrechterhalten, wozu die Preisbindung unabdingbar sei.

Ein breitgefächertes Angebot an Musikalien wie an anderen Verlags-erzeugnissen - als unabdingbarer Bestandteil der kulturellen Vielfalt - bedinge, dass diese vom freien Wettbewerb ausgenommen seien. Die damit angesprochenen wirtschafts-, gesellschafts- und insbesondere kulturpolitischen Gründe stellten ein überwiegendes öffentliches Interesse dar, welches die ausnahmsweise Zulassung der von der Wettbewerbskommission als unzulässig bezeichneten Wettbewerbsabreden gestützt auf Artikel 8 KG begründe.

II.

1. Das Kartellgesetz legt in Artikel 5 ff fest, welche Wettbewerbsbeschränkungen unzulässig sind. Verfügungen der Wettbewerbskommission, wonach Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Kartellgesetz unzulässig sind, können mit Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen weitergezogen worden (Art. 44 KG). Artikel 8 KG sieht jedoch daneben auch vor, dass der Bundesrat auf Antrag der Beteiligten Wettbewerbsabreden, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, zulassen kann, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Der SVMHV ruft mit seinem Gesuch Artikel 8 KG an, weil er im wesentlichen kulturpolitische Gründe geltend macht für die Zulassung der aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als unzulässig bezeichneten Wettbewerbsabreden. Eine Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, mit welcher die wettbewerbsrechtliche Beurteilung angefochten werden kann, ist bisher nicht erhoben worden; sie steht aber auch nach dem Entscheid des Bundesrates über das Gesuch nach Artikel 8 KG noch offen (Art. 31 Abs. 1 KG).

Beim Verfahren nach Artikel 8 KG zur ausnahmsweisen Zulassung von Wettbewerbsabreden aus überwiegendem öffentlichem Interesse handelt es sich somit nicht um ein Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission über die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkungen. Es stellt ein besonderes Verfahren an Stelle oder im Anschluss an ein Beschwerdeverfahren dar.

Die ausnahmsweise Zulassung ist nach Artikel 31 Absatz 3 KG zeitlich zu beschränken.

2. Aus der Regelung des Kartellgesetzes ist zunächst zu schliessen, dass das Begehren, dem Gesuch aufschiebende Wirkung zu erteilen, gegenstandslos ist. Wenn ein Antrag an den Bundesrat um eine ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen gestellt ist, beginnt die Frist zur Einreichung einer Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erst mit der Eröffnung des Entscheides des Bundesrates zu laufen. Die Verfügung der Wettbewerbskommission ist somit

während der Dauer des Verfahrens nach Artikel 8 KG nicht rechtskräftig und vollstreckbar, ohne dass dem Gesuch aufschiebende Wirkung erteilt werden müsste.

Weiter ist festzuhalten, dass aufgrund von Artikel 31 Absatz 3 eine unbefristete ausnahmsweise Zulassung der Wettbewerbsabreden, wie sie der SVMHV in seinem Hauptbegehren verlangt, ausgeschlossen ist. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für eine im Eventualbegehren beantragte befristete ausnahmsweise Zulassung erfüllt sind.

3. Das Kartellgesetz will den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung erhalten und fördern (Art. 1 KG). Dementsprechend können nach Artikel 5 f KG auch einzig wirtschaftliche Effizienzgründe einzelne Arten von Wettbewerbsabreden rechtfertigen. Nicht wettbewerbliche Argumente bleiben bei dieser Beurteilung unberücksichtigt. Diese können jedoch - wie erwähnt - im speziellen Verfahren nach Artikel 8 KG geltend gemacht werden.

Damit der Bundesrat eine an sich unzulässige Wettbewerbsabrede ausnahmsweise dennoch zulassen kann, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, deren Vorliegen nachfolgend zu prüfen ist.

4. In formeller Hinsicht bedarf es zunächst der behördlichen Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung; sodann müssen die Beteiligten innerhalb von 30 Tagen seit dem Entscheid der Wettbewerbskommission beim Departement einen Antrag auf ausnahmsweise Zulassung stellen (Art. 31 KG). Diese formellen Voraussetzungen sind mit der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. September 1997 (die am 23. September 1997 zugestellt worden ist) und mit dem Gesuch des SVMHV vom 20. Oktober 1997 erfüllt.

5. In materieller Hinsicht sind den von der Wettbewerbskommission festgestellten wettbewerbsrechtlichen Nachteilen überwiegende öffentliche Interessen entgegenzusetzen. Weil für die Rechtfertigung nicht jegliches öffentliche Interesse genügt, dieses vielmehr die wettbewerbsrechtlichen Nachteile der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung überwiegen muss, fallen nur öffentliche Interessen mit einem hohen Stellenwert in der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Wertordnung in Betracht. Das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses allein genügt aber für sich noch nicht; die Wettbewerbsabrede muss vielmehr nach Artikel 8 KG auch noch ein notwendiges Mittel sein, um die überwiegenden öffentlichen Interessen zu wahren. Es genügt somit nicht, dass die unzulässige Wettbewerbsabrede geeignet oder tauglich ist zur Wahrung des angerufenen öffentlichen Interesses; es muss das Erfordernis der Notwendigkeit nachgewiesen werden.

Es ist deshalb zu klären, ob überwiegende öffentliche Interessen geltend gemacht werden, ob mit den unzulässigen Wettbewerbsabreden diese überwiegenden Interessen verwirklicht werden können, und schliesslich ob sie dazu notwendig sind.

6. Als überwiegende öffentliche Interessen, welche im Rahmen von Artikel 8 KG geltend gemacht werden können, nennt die Literatur als Beispiel etwa Arbeitnehmerinteressen, Versorgungssicherheit oder die regionale Versorgung, insbesondere jedoch kulturpolitische Anliegen (Roger Zäch; Das neue schweizerische Kartellgesetz; Zürich 1996, S. 65; Pierre Rieder, Wettbewerb und Kultur, Diss. Bern 1998;

Botschaft des Bundesrates vom 23.11.1994, BBl 1995 I 577). Kulturpolitische Gründe werden insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Preisbindung der zweiten Hand für Bücher ins Feld geführt (vgl. dazu auch Amtl. Bull. SR 1995 S. 858).

Der SVMHV ruft in seinem Gesuch zwar „verschiedenste wirtschafts-, gesellschafts- und kulturpolitische Gründe“ an, doch wird aus der Begründung klar, dass aus seiner Sicht die Sicherstellung eines breiten und flächendeckenden Angebotes an Musikalien im Sinne kulturpolitischer Überlegungen ein überwiegendes öffentliches Interesse darstellt. Es besteht hier kein Anlass - insbesondere weder aufgrund des Zweckes von Artikel 8 KG noch aufgrund der Entstehungsgeschichte dieser Regelung -, kulturpolitische Ziele nicht als öffentliche Interessen im Sinne dieser Bestimmung anzusehen.

7. Es genügt aufgrund von Artikel 8 KG indessen nicht, öffentliche Interessen geltend zu machen. Diese öffentlichen Interessen müssen im konkreten Fall überwiegen, und die Wettbewerbsabreden müssen zudem notwendig sein, um diese überwiegenden öffentlichen Interessen zu verwirklichen.

Es stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob der SVMHV, indem er die Sicherstellung eines breiten Sortimentes und einer flächendeckenden Versorgung an Musikalien als kulturpolitische Ziele hervorhebt, damit tatsächlich überwiegende öffentliche Interessen anspricht.

8. Es ist einleuchtend, dass wegen der überhöhten Preise aufgrund der Wettbewerbsabreden (Revers und Wechselkursumrechnungstabellen) das Sortiment des einzelnen Musikalienhändlers über dem betriebswirtschaftlich optimalen Niveau liegen kann. Die Preisabrede ermöglicht eine undifferenzierte Abwälzung der Lagerhaltungskosten auf die Musizierenden und zwar auch auf diejenigen Kunden, die an sich gar keine oder geringere Lagerhaltungskosten verursachen.

Das kulturpolitische Interesse liegt allerdings schwerlich darin begründet, dass ein breites Sortiment an Musikalien an Lager ist, sondern dass ein breites Sortiment überhaupt verlegt, also erzeugt wird. In dieser Hinsicht erscheint es jedoch mehr als zweifelhaft, dass das Preiskartell auf Handelsstufe beziehungsweise der damit erzielte Margenschutz für Händler tatsächlich die Erzeugung eines breiten Sortimentes an Musikalien entscheidend fördert. Es liegen keinerlei Angaben darüber vor, inwiefern die überhöhte Marge auf den gängigen Titeln tatsächlich zur Preissenkung der weniger nachgefragten Noten eingesetzt wird (wie überhaupt über die Kosten und Ertragsstrukturen des Musikalienhandels keine gesicherten Erhebungen bestehen) und so zu einem breiteren Sortiment im Handel beitragen. Erst recht gibt es keine Hinweise darauf, dass finanzielle Mittel zwischen Handel und Verlag beziehungsweise dem Komponisten als Produzenten fließen, welche dazu dienen würden, im Sinne eines kul-

turpolitischen Auftrages ein breites Angebot an Musikalien sicherzustellen. Das Kartell auf Handelsstufe, fernab von den effektiven Entscheidungsträgern über die Herausgabe der Musikalien, ist nicht ausschlaggebend für die Sicherstellung eines breiten Angebotes im Musikalienhandel.

Das öffentliche Interesse liegt klar in einem breiten Sortiment im gesamten Markt und nicht so sehr im breiten Sortiment im einzelnen Laden. Das Argument der internen Subventionierung durch den Händler (viel nachgefragte Titel finanzieren wenig nachgefragte) zur Aufrechterhaltung eines breiten Angebotes auf dem gesamten Markt ist bei Musikalien stark zu relativieren. Bei Musiknoten sind die Produktionskosten bescheiden, so dass zur Aufrechterhaltung eines vielfältigen Angebotes eine derartige interne Subventionierung nicht notwendig ist.

9. Dies liegt wesentlich in den speziellen Charakteristika begründet, welche die Nachfrage nach Musikalien auszeichnen. Die Wahl von Musikalien erfolgt mehrheitlich vor dem Gang zum Musikalienhändler. Spontankäufe an Musiknoten und Beratungen vor einem eventuellen Kauf bilden die Ausnahme. Der grösste Teil der Musikaliennachfrage ist vorbestimmt. Der Solist beschafft eine bestimmte Partitur im Hinblick auf ein Konzert; Chöre bestellen Noten gemäss den Beschlüssen über kommende Aufführungen; Musikschüler kaufen diejenigen Noten, welche ihnen ihre Lehrer angegeben haben. Die Nachfrage ist zudem sehr heterogen und geprägt von einer grossen Vielfalt unterschiedlicher Bedürfnisse (verschiedene Stilrichtungen; Gesang oder Instrumente; Chorwerke oder Soli usw.). Der Musizierende fragt in der Regel ein genau bestimmtes Musikwerk nach. Er wird nicht statt des gesuchten Stückes eines bestimmten Komponisten für sein Instrument die Noten eines Werkes für ein anderes Instrument eines anderen Komponisten wählen, weil der Musikalienhändler dieses im Angebot führt. Die Nachfrage wird demnach kaum durch preisliche Massnahmen der Verleger oder Händler beeinflusst. Günstige Preise für bestimmte Noten dürften die Nachfrage dafür kaum merklich erhöhen; die Preiselastizität ist gering. Wahrscheinlicher ist hingegen, dass der Nachfrager, nachdem er sich für ein bestimmtes Werk entschieden hat, diese am preisgünstigsten Ort kaufen wird, wenn unter den Händlern ein entsprechender Wettbewerb herrscht.

10. Ähnliche Überlegungen drängen sich auch zum geltend gemachten Argument auf, die Wettbewerbsabreden seien im Interesse des kulturpolitisch erforderlichen flächendeckenden Angebotes an Musikalien notwendig.

Eine flächendeckende musikalische Kulturpflege ist nicht in erster Linie eine Frage des flächendeckenden Verkaufsnetzes von Musikalien, sondern beruht viel eher auf einer breiten Verankerung von Gesangsvereinen, Musikschulen, Chören usw. Diese Institutionen sind Garan-

ten und Grundlage für eine musikalische Kulturpflege. Sie sind allerdings nicht davon abhängig, die Musikalien vor Ort beziehen zu können. Die Bedeutung der Beratung und damit der direkte Kontakt zwischen Händler und Konsumenten dürfte geringer sein als beispielsweise auf dem Büchermarkt. Da die Konsumenten vor dem Gang zum Händler in der Regel wissen, welche Musiknoten sie kaufen wollen, ist für sie in erster Linie wichtig, dass Musiknoten überhaupt - und zwar zu vernünftigen Preisen - erhältlich sind. Musiknoten sind unverderblich und nehmen nicht viel Platz ein. Sie werden selten innert kürzester Zeit benötigt. Deshalb eignen sie sich problemlos für den Versand. Eine allfällige Beratung muss keineswegs zwingend vor Ort erfolgen, sondern kann beispielsweise am Telefon ebenso kompetent ausgeübt werden, worauf die gewünschte Ware per Kurierdienst oder Post zugestellt wird. Diese Geschäfte werden im Zuge der Etablierung neuer Vertriebsformen (electronic commerce über Internet etc.) an Bedeutung gewinnen.

Wenn der Konsument weiss, dass das Notenmaterial bei allen Händlern gleich viel kostet, wird er eher beim grossen Händler kaufen, da er dort allenfalls damit rechnen kann, dass dieser ab Lager liefern wird. Oder aber der Konsument wird - weil das Preiskartell zu generell überhöhten Preisen von Musikalien in der Schweiz führt - die Möglichkeit eines Kaufes im Ausland erwägen, was angesichts der technischen Entwicklungen (Kauf über Internet) und der geringen Transport- und Beschaffungskosten keine Probleme bereitet und Einsparungen verheisst.

11. Das kulturpolitisch wichtige Interesse an einer guten Versorgung an Musikalien ist demnach nicht gleichbedeutend mit einem flächendeckenden Verkaufsnetz und einem grossen Lager des einzelnen Händlers.

Somit kann auch das Argument der Erhaltung eines dichten Netzes an Fachhändlern auf dem Musikalienmarkt nicht die Notwendigkeit der Preisbindung und damit eine ausnahmsweise Zulassung aus kulturpolitischen Interessen begründen.

12. Die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulassung der Wettbewerbsbeschränkungen sind demzufolge nicht erfüllt, weshalb das Gesuch abzulehnen ist.

13. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Gesuchsteller die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 13 der Verordnung vom 13. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren; SR 172.041.0)

und erkennt:

1. Das Gesuch wird, soweit darauf einzutreten ist, abgelehnt.
2. Verfahrenskosten

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 2 Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale

C 2 1. Gameboy

Urheberrecht, unlauterer Wettbewerb

Propriété intellectuelle, concurrence déloyale

Proprietà intellettuale, concorrenza sleale

Das Urteil des Bundesgerichts vom 20. Juli 1998 in Sachen A, Beklagte und Berufungsklägerin gegen B und C, Klägerinnen und Berufungsbeklagte betreffend Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb

hat ergeben:

A. B ist Inhaberin der Urheberrechte vom Videospiel X, das sich mit einem sogenannten „Game Boy“ betreiben lässt. Sie trat ihre Urheberrechte räumlich begrenzt auf die USA, Kanada, Mexiko und Lateinamerika an ihre amerikanische Tochtergesellschaft XY ab. Diese brachte das Spiel in der Game Boy-Version in den USA auf den Markt, mit englischer Spielanleitung, mit auf sie lautendem Copyright-Vermerk und mit dem Hinweis „For sale, rental and use only in USA, Canada, Mexico and Latin America“. In der Schweiz ist C Alleinvertriebsberechtigte für Nintendo-Videospiele. Sie brachte das Game Boy-Spiel X ab Juli 1995 mit einer von ihr selbst verfassten Spielanleitung in deutscher und französischer Sprache zum offiziellen Verkaufspreis von Fr. 32.76 auf den schweizerischen Markt.

Die Wahl Eximpo AG, die heute A führt, bot gemäss einer Preisliste vom Dezember 1995 die amerikanische, mit einer englischen Spielanleitung versehene Game Boy-Version des Spiels X zu einem Preis von Fr. 29.90 an. Am 15. November 1995 verkaufte sie ein solches Videospiel an die Firma Zihlmann AG in Rheinfelden.

B. Am 8. Mai 1996 erwirkte B beim Handelsgericht des Kantons Aargau eine vorsorgliche Verfügung, worin der Wahl Eximpo AG einstweilen verboten wurde, erstmals im Ausland in Verkehr gesetzte Nintendo-Videospiele X in die Schweiz zu importieren und hier zu vertreiben. Eine staatsrechtliche Beschwerde der Wahl Eximpo AG gegen den Massnahmeentscheid wies das Bundesgericht am 27. November 1996 ab.

Am 7. Juni 1996 reichten B und C beim Handelsgericht des Kantons Aargau Klage gegen die Wahl Eximpo AG ein. Sie verlangten die gerichtliche Feststellung, dass die Beklagte mit ihren Parallelimporten Urheberrechte der Erstklägerin verletzt und zudem unlauteren Wettbewerb gegenüber der Zweitklägerin begangen habe. Weiter beantragten sie ein an die Beklagte gerichtetes Verbot, erstmals im Ausland in Verkehr gesetzte Nintendo-Videospiele X, insbesondere die von der Nintendo of America Inc. auf den amerikanischen Markt gebrachten Spiele, in die Schweiz zu importieren und daselbst anzubieten, zu veräussern oder sonst wie zu verbreiten oder zu verbreiten helfen. Schliesslich forderten sie entweder eine Lizenzgebühr von 10% des Fakturabetrags der von der Beklagten widerrechtlich verkauften Spiele oder Herausgabe des mit solchen Verkäufen widerrechtlich erzielten Gewinns, je nachdem, welcher Betrag nach Massgabe des Beweisverfahrens der höhere sei.

Mit Urteil vom 16. Dezember 1997 hiess das Handelsgericht das Feststellungs- und das Unterlassungsbegehren der Klägerinnen gut. Die Forderung auf Schadenersatz oder Gewinnherausgabe wies es dagegen ab.

C. Die Beklagte beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, das handelsgerichtliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. Die Klägerinnen schliessen auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 12 Abs. 1 URG dürfen Werkexemplare, die der Urheber veräussert oder deren Veräusserung er zugestimmt hat, weiterveräussert oder sonst wie verbreitet werden. Mit der willentlichen Veräusserung der Werkexemplare begibt der Rechtsinhaber sich seines Anspruchs, deren Weiterverbreitung mit urheberrechtlichen Mitteln zu kontrollieren (vgl. Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, N 1 zu Art. 12). Wird dieser sogenannte Erschöpfungsgrundsatz national verstanden, gilt das Verbreitungsrecht nur für Werkexemplare als erschöpft, die mit Zustimmung des Rechtsinhabers auf den inländischen Markt gelangt sind; wird er dagegen international verstanden, bewirkt auch die Erstveräusserung im Ausland die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, mit der Folge, dass der Rechtsinhaber den Import von im Ausland veräusserten Werkexemplaren in die Schweiz urheberrechtlich nicht verhindern kann.

Das Handelsgericht legt Art. 12 Abs. 1 URG im Sinne der nationalen Erschöpfung aus. Es gelangt daher zum Schluss, dass die Parallelimporte der Beklagten aus den USA das Urheberrecht der Erstklägerin verletzen. Die Beklagte rügt diese Auffassung als bundesrechtswidrig.

2. Eine Gesetzesbestimmung ist in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen (grammatikalisches Auslegungselement, E. a. hienach). Von Bedeutung ist jedoch auch, welche Ueberlegungen der Gesetz-

geber beim Erlass angestellt hat (historisches Auslegungselement, E. b hienach). Dabei ist die Entstehungsgeschichte für sich allein zwar nicht entscheidend, wohl aber insoweit beachtlich, als sie Aufschluss über die Regelungsabsicht des Gesetzgebers gibt. In die Betrachtung einzubeziehen ist sodann der Zusammenhang der auszulegenden Bestimmung mit anderen Normen (systematisches Auslegungselement, E. c - h hienach). Schliesslich ist nach dem Ziel, das die Bestimmung verfolgt, nach dem Zweck, dem sie dient, zu fragen (teleologisches Auslegungselement, E. i hienach). Der Normzweck lässt sich dabei allerdings nicht aus sich selbst heraus begründen, sondern ergibt sich letztlich wiederum aus grammatikalischen, historischen und systematischen Gesichtspunkten (BGE 122 III 324 E. 7a S. 235, 469 E. 5a S. 474; 116 II 525 E. 2a und b S. 526 f., je mit Hinweisen).

a) Dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 des 1992 revidierten Urheberrechtsgesetzes (URG; SR 231.1) lässt sich nicht entnehmen, wo die Erstveräusserung stattgefunden haben muss, um die Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Rechtsinhabers nach sich zu ziehen. Das Urheberrechtsgesetz von 1922 äusserte sich allerdings ebenfalls nicht ausdrücklich zu dieser Frage. Aus Art. 58a Abs. 1 und 2 aURG liess sich jedoch ableiten, dass grundsätzlich internationale Erschöpfung galt, wobei Art. 58 a Abs. 3 aURG allerdings eine Ausnahme für mechanische Ton- und Bildträger vorsah (Alois Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1985, S. 767 f. und 905 f.; Dominique Graz, Propriété intellectuelle et libre circulation des marchandises, Diss. Lausanne 1988, S. 94 f.; Kaspar Spoendlin, Der internationale Schutz des Urhebers, UFITA 107/1988, S. 31 f.; vgl. auch BGE 85 II 431 E. 3c S. 442). Seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes ist die Rechtslage hingegen unklar. Die Auffassungen sind geteilt: Ein Teil der Lehre nimmt nationale (von Büren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1, S. 179; derselbe, daselbst, Bd. II/1, S. 221; Barrelet/Egloff, a.a.O., N 2 zu Art. 12 URG; Perret, Quelques observations sur l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, SZIER 1997, S. 283 ff.; zumindest im Ergebnis ähnlich auch Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 2. Aufl. 1996, S. 98 f. vgl. dazu E. 3 hienach), ein anderer internationale Erschöpfung an (Thomas Cottier/Marc Stucki, Parallelimporte im Patent-, Urheber- und Muster- und Modellrecht aus europarechtlicher und völkerrechtlicher Sicht, in: Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?, Comparativa 60, 1996, S. 44; Marianne Bieri-Gut, Parallelimport und Immaterialgüterrechte nach schweizerischen Spezialgesetzen und dem Recht der EU, AJP 1996, S. 569 f.; Martina Altenpohl, Zur Zulässigkeit des Parallelimportes von urheberrechtlich geschützten Produkten, sic! 1998, S. 145; Ivan Cherpillod, Protection des logiciels et des bases de données: la révision du droit d'auteur en Suisse, SMI 1993, S. 59 f.; differenzierend Christoph Willi, Schutz selektiver Vertriebssysteme durch das Urheberrecht, SJZ 91/1995, S. 205 ff., insbes. 207 ff.); weitere Autoren

beschränken sich darauf, die Frage aufzuwerfen und eine abwartende Haltung einzunehmen (Kamen Troller, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, Bd. II, 2. Aufl. 1996, S. 661 f.; Pedrazzini/von Büren/Marbach, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, S. 155 f.; Reto M. Hilty, *Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz*, UFITA 124/1994, S. 108 ff.; Peter Mosimann, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. II/1, S. 352 f.; Ivan Cherpillod, *Logiciels et importations parallèles*, in: *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?*, *Comparativa* 60, 1996, S. 65 ff.).

b) Die Gründe für den Meinungsstreit sind hauptsächlich in der Entstehungsgeschichte des geltenden Art. 12 Abs. 1 URG zu suchen. Die Vorentwürfe und Entwürfe zum neuen Urheberrechtsgesetz sahen durchwegs ein Recht der Weiterveräußerung für alle Werkexemplare vor, die vom Urheber oder mit seiner Zustimmung im In- oder Ausland veräußert worden waren. Die bundesrätliche Botschaft hielt ausdrücklich fest, dass damit das Prinzip der internationalen Erschöpfung zur Anwendung gelange (BBI 1989 III 531; ebenso die Botschaft zum ersten Entwurf, BBI 1984 III 210). In der parlamentarischen Beratung wurde dann jedoch im Hinblick auf den angestrebten Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) beschlossen, auf die Wendung „im In- und Ausland“ zu verzichten, da das EWR-Abkommen nicht eine allgemeine internationale, sondern bloss eine EWR-weite Erschöpfung vorsah. Zur Uebernahme dieses Grundsatzes kam es allerdings in der Folge nicht, wurde doch das EWR-Abkommen in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992 verworfen. Damit hat der Verzicht auf die Wendung „im In- und Ausland“ seinen ursprünglichen Sinn verloren, und es erhebt sich die Frage, ob ihm nunmehr die Bedeutung eines Übergangs von der internationalen zur nationalen Erschöpfung beizulegen ist, wie dies das Handelsgericht und die Klägerinnen annehmen.

Im angefochtenen Urteil wird in diesem Zusammenhang zunächst darauf hingewiesen, dass es nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers darum ging, das schweizerische Urheberrecht eurokompatibel auszugestalten und insbesondere die Übernahme der regionalen, d.h. EWR-weiten Erschöpfung zu ermöglichen. Im Anschluss daran wird ausgeführt, der regionalen Erschöpfung entspreche innerstaatlich die nationale Erschöpfung. Denn die regionale Erschöpfung garantiere nur den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes, nicht aber zwischen diesen und Drittländern. Sie stehe daher einer Abschottung des europäischen Binnenmarktes gegenüber Parallelimporten von immaterialgüterrechtlich geschützten Erzeugnissen aus Drittländern nicht nur nicht entgegen, sondern bezwecke diese geradezu. Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen. Richtig ist zwar, dass die regionale Erschöpfung Drittländer ausgrenzt und insofern - wie die nationale Er-

erschöpfung - zu einer Marktabschottung führt. Im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes entspricht die regionale jedoch der internationalen Erschöpfung. Der Sinn des europäischen Binnenmarktes liegt gerade darin, eine gegenseitige Abschottung der Märkte der Mitgliedstaaten zu verhindern. Der Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum sollte der Schweiz Anschluss an diesen Binnenmarkt verschaffen. Das Ziel bestand mit anderen Worten in erster Linie in einer Marktöffnung gegenüber anderen europäischen Staaten und nicht in der Ausgrenzung von Drittstaaten. Die nationale Erschöpfung ist demgegenüber geeignet, den schweizerischen Markt für urheberrechtlich geschützte Produkte gerade auch gegenüber den europäischen Handelspartnern abzuschotten. Das aber stünde im Gegensatz zu dem, was der Gesetzgeber wollte.

Die Klägerinnen wenden allerdings ein, der Gesetzgeber habe zumindest gegenüber Ländern ausserhalb des europäischen Binnenmarktes die nationale Erschöpfung gewollt. Dass er für den Fall einer Ablehnung des EWR-Abkommens nicht mehr an der diesbezüglichen Harmonisierung mit dem europäischen Recht habe festhalten wollen, lasse sich den Materialien in keiner Weise entnehmen. Parallelimporte seien sehr viel weniger aus den Ländern der Europäischen Union (EU) zu erwarten als aus billigeren Drittländern, gegenüber welchen die EU-Staaten ihren Markt abschotten würden. Es sei deshalb nicht davon auszugehen, dass mit dem Verzicht auf den EWR-Beitritt die Einführung der nationalen Erschöpfung gegenstandslos geworden sei. Als Kern des gesetzgeberischen Willens möchten die Klägerinnen mithin die Abkehr vom internationalen Verständnis der Erschöpfung hinstellen. Sie versuchen, diese Auffassung mit Zitaten verschiedener Einzelvoten aus den parlamentarischen Beratungen zu untermauern. Aus den Materialien und namentlich auch aus den von den Klägerinnen zitierten Voten ergibt sich jedoch, dass sich das Parlament mit den Auswirkungen einer allfälligen Verwerfung des EWR-Abkommens gar nicht vertieft auseinandergesetzt hat (vgl. Amtl. Bull. NR 1992, S. 2 ff., insbes. S. 15; Amtl. Bull. SR 1992, S. 372 ff., insbes. 373). Namentlich ist es in den parlamentarischen Beratungen weder in den vorberatenden Kommissionen noch im Plenum zu einer Grundsatzdebatte darüber gekommen, ob diesfalls die internationale oder die nationale Erschöpfung den Vorzug verdiene. Angesichts der langen Tradition, welche die internationale Erschöpfung im schweizerischen Urheberrecht hat, darf aber dem Gesetzgeber nicht leichthin der Wille unterschoben werden, diesen Grundsatz in sein Gegenteil zu verkehren. Das gilt umso mehr, als sich die tiefe Verankerung der internationalen Erschöpfung im schweizerischen Rechtsbewusstsein auch darin zeigt, dass sie in sämtlichen Vorentwürfen und Entwürfen ausdrücklich vorgesehen worden war. Insgesamt ergibt deshalb die Entstehungsgeschichte des Art. 12 Abs. 1 URG keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber sich vom eingewurzelten

weiten Verständnis der Erschöpfung radikal hätte abwenden und zu einer äusserst eng, nämlich rein national verstandenen Erschöpfung hätte übergehen wollen.

c) In systematischer Hinsicht ist zunächst darauf hinzuweisen, dass im Markenrecht nach der Rechtsprechung ebenfalls die internationale Erschöpfung gilt (BGE 122 III 469 E. 3 - 5 S. 471 ff.). Diese Praxis wurde zwar unter anderem damit begründet, dass die Kennzeichnungsfunktion der Marke durch Parallelimporte nicht beeinträchtigt wird (a.a.O., E. 5f S. 479). Daran anknüpfend führt das Handelsgericht im angefochtenen Urteil aus, die unterschiedliche Funktion des Marken- und des Urheberrechts lasse einen Analogieschluss von der markenrechtlichen Rechtsprechung auf die vorliegend zu beurteilende Erschöpfungsfragen nicht zu (vgl. dazu auch Cherpillod, a.a.O., *Comparativa* 60, S. 67, sowie Graz, a.a.O., S. 99). Der funktionelle Unterschied zwischen Marken- und Urheberrecht darf aber nicht überbetont werden. Wohl ist richtig, dass die Marke zunächst dazu dient, Waren oder Dienstleistungen zu kennzeichnen, während es beim Urheberrecht direkt um den Schutz einer geistigen Leistung sowie insbesondere darum geht, dem Urheber das alleinige Recht zur Verwertung dieser Leistung vorzubehalten. Das darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch der Markenschutz dem Rechtsinhaber das ausschliessliche Recht verschafft, die geschützte Marke zu verwenden. Von seiner wirtschaftlichen Funktion her erlaubt daher der Markenschutz dem Rechtsinhaber ebenfalls, den Wert, den seine Marke verkörpert, unter Ausschluss anderer zu realisieren. Dabei zielt das Markenrecht wiederum zumindest auch darauf ab, die geistigen Leistungen zu schützen, die hinter der Schaffung, der Einführung und der Vermarktung einer Marke stehen und auf die deren Kennzeichnungskraft zurückgeht. In der Literatur wird deshalb zu Recht darauf hingewiesen, dass es sich kaum rechtfertigt, Marken- und Urheberrecht in Bezug auf die Erschöpfung unterschiedlich zu behandeln (Cottier/Stucki, a.a.O., S. 50).

d) Ein mit dem Urheberrecht funktionsverwandtes Verwertungsrecht sieht das Handelsgericht im Patentrecht. Dazu führt es aus, bei der jüngsten Revision des Patentgesetzes sei die in Art. 8a des Entwurfs von 1989 vorgesehene internationale Erschöpfung in der Vorlage von 1993 wieder fallen gelassen worden. Art. 8a des Entwurfs von 1989 enthält aber lediglich eine Sonderregelung der Erschöpfung für biologisch vermehrbare Materie und äussert sich weder für diesen besonderen Bereich noch allgemein zur Frage, ob nationale oder internationale Erschöpfung Anwendung finden soll (BBI 1989 III 266); dasselbe gilt für die einschlägigen Ausführungen in der zugehörigen bundesrätlichen Botschaft (BBI 1989 III 255 f.). Folglich lässt der Umstand, dass der vorgeschlagene neue Art. 8a in die Vorlage vom 18. August 1993 nicht mehr aufgenommen wurde (vgl. BBI 1993 III 716) und deshalb auch keinen Eingang in die auf den 1. September 1995 in

Kraft getretene Aenderung des Patentgesetzes gefunden hat, entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber im Patentrecht ausdrücklich auf die internationale Erschöpfung verzichtet hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Gesetz die Frage nicht regelt. Der Botschaft zum Entwurf von 1989 lässt sich übrigens entnehmen, dass der Gedanke der Einführung einer regionalen, auf die Mitgliedstaaten der EG und der EFTA ausgedehnten Erschöpfung damals bereits im Vorverfahren wieder fallen gelassen worden war (vgl. BBl 1989 III 246).

Richtig ist hingegen, dass in der Lehre für das Patentrecht bisher überwiegend die Auffassung vertreten wird, es gelte nationale Erschöpfung (Alois Troller, a.a.O., S. 767; Pedrazzini, Patent- und Lizenzvertragsrecht, 2. Aufl. 1987, S. 123; Kamen Troller, a.a.O., S. 661; Graz, a.a.O., S. 107 ff.; ebenso die herrschende Lehre in anderen europäischen Staaten: Beier, Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse, GRUR int. 1996, S. 1 ff., insbes. S. 3 ff., mit umfassenden rechtsvergleichenden Hinweisen; a.M. jedoch Bieri-Gut, Parallelimport und Immaterialgüterrechte nach schweizerischen Spezialgesetzen und dem Recht der EU; AJP 1996, S. 574; kritisch ebenfalls Cottier/Stucki, a.a.O., S. 50 f.; vgl. dazu allerdings auch Dutoit, Les importations parallèles au cible de quel droit?, in: Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle?, Comparativa 60, 1996, S. 98 f.). Eine feststehende Gerichtspraxis, welche diese Auffassung bestätigen würde, fehlt indessen. Das letzte Wort ist noch nicht gesprochen (vgl. Pedrazzini/von Büren/Marbach, a.a.O., S. 155 f. Rz 641).

Im übrigen bedürfte auch näherer Prüfung, ob die funktionellen Ähnlichkeiten zwischen Urheber- und Patentrecht in der Tat zwingend eine übereinstimmende Regelung der Erschöpfung erheischen. Das Patentrecht unterscheidet sich vom Urheberrecht immerhin dadurch, dass die Erlangung des Patentschutzes für jedes Land erhebliche Kosten verursacht und dass auch die Aufrechterhaltung des Schutzes nicht kostenfrei möglich ist, sofern die periodische Entrichtung von Patentgebühren in den verschiedenen Schutzländern voraussetzt. Man kann sich daher die Frage stellen, ob und wieweit dem Patentinhaber ermöglicht werden soll, seine Investitionen in den Patentschutz in jedem Land gesondert zu rentabilisieren, ohne dabei durch Parallelimporte beeinträchtigt zu werden. Eine besondere Behandlung des Patents in Bezug auf die Erschöpfung wird zum Teil auch in der Lehre befürwortet (Dutoit, a.a.O., S. 98 f.; ebenso für das deutsche Recht Dietrich Reimer, Der Erschöpfungsgrundsatz im Urheberrecht und gewerblichen Rechtsschutz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, GRUR 1976 Int., S. 228 f.). Für eine einheitliche Geltung der internationalen Erschöpfung sowohl im Urheber- als auch im Patentrecht lassen sich allerdings ebenfalls beachtliche Argumente anführen (Cottier/Stucki, a.a.O.; vgl.

auch E. g und i hienach). Im vorliegenden Zusammenhang braucht die Frage indessen nicht abschliessend beurteilt zu werden. Festzuhalten ist jedenfalls, dass sich aus dem Vergleich mit dem Patentrecht nichts zugunsten einer Auslegung von Art. 12 Abs. 1 URG im Sinne der nationalen Erschöpfung ableiten lässt.

e) Die Beklagte wirft der Vorinstanz vor, bei ihrer systematischen Auslegung das Kartellrecht nicht berücksichtigt zu haben. Die Klägerinnen weisen jedoch zu Recht darauf hin, dass das Kartellgesetz (KG, SR 251) in Art. 3 Abs. 2 Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, ausdrücklich von seinem Geltungsbereich ausnimmt. Aus den Materialien geht hervor, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, hinsichtlich der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten „in die Belange der gesetzlichen Regelung des geistigen Eigentums einzugreifen und einer allfälligen höchstrichterlichen Auslegung vorzugreifen“ (BBl 1995 I 542). Aus dem Kartellrecht lassen sich deshalb - entgegen Altenpohl (a.a.O., S. 155) - weder für die eine noch für die andere Auslegungsvariante entscheidende Argumente gewinnen.

f) Entsprechendes gilt für das GATT-Recht, auf das sich die Beklagte ebenfalls beruft. Beim Abschluss des TRIPs-Abkommens, das als Anhang 1C Bestandteil des WTO-Übereinkommens ist (SR 0.632.20, S. 342 ff.), wurde die Frage der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten angesichts der unüberbrückbaren Gegensätzlichkeit der Verhandlungspositionen bewusst ausgeklammert (Art. 6 des TRIPs-Abkommens; dazu BBl 1994 IV 291 f). Auf eine allgemeine Einführung der internationalen Erschöpfung wurde verzichtet; den einzelnen Vertragsstaaten bleibt deren Praktizierung aber unbenommen (Alesch Staehelin, Das TRIPs-Abkommen, S. 28 ff.; Rehbinder/Staehelin, Das Urheberrecht im TRIPs-Abkommen, UFITA 127/1995, S. 16 f; Paul Katzenberger, TRIPs und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995, S. 463; Stanislaw Soltysinski, International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the Eurpe Agreements, GRUR Int. 1996, S. 318 ff.). Ob und wieweit vor diesem Hintergrund Raum dafür bleibt, die grundsätzliche Geltung der internationalen Erschöpfung aus anderen Teilen des WTO-Übereinkommens, insbesondere aus Art. XI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT, SR 0.632.21 in Verbindung mit SR 0.632.20, Anhang 1A.1, Ziff. 1 lit. a, S. 14), abzuleiten (so Cottier/Stucki, a.a.O., S. 51 ff., insbes. 56 und 58; vgl. auch Cottier, a.a.O., S. 53 ff.), erscheint fraglich, braucht aber vorliegend nicht abschliessend geprüft zu werden.

g) Beachtlich ist hingegen wiederum, dass die in Art. 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit auch die Aussenwirtschaftsfreiheit mit einschliesst, und zwar insbesondere auch die Freiheit, immaterialgüterrechtlich geschützte Produkte ein- und auszu-

führen (BGE 122 III 469 E. 5g/aa S. 480). Eine Beschränkung dieser Freiheit wäre nur verfassungskonform, wenn sie durch eine ausreichende gesetzliche Grundlage gedeckt und durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt wäre (vgl. BGE 123 I 212 E 3a S. 217, mit Hinweisen). Der Vorschrift von Art. 12 Abs. 1 URG lässt sich jedoch kein klarer Wille des Gesetzgebers entnehmen, Parallelimporte urheberrechtlich geschützter Produkte zu verbieten (vgl. E. a und b hievor). Ein überwiegendes öffentliches Interesse an einem solchen Verbot lässt sich ebenfalls kaum namhaft machen; die Öffentlichkeit ist im Gegenteil vor allem an einem möglichst ungehinderten Zugang zu ausländischem Kulturgut interessiert (vgl. Zäch, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, SJZ 91/1995, S. 303 ff. und 307 f.). Die Klägerinnen befürchteten allerdings, dass eine Zulassung von Parallelimporten die Kulturgüterindustrie zur Abwanderung aus der Schweiz veranlassen und die Fachhändler - wegen des Drucks auf ihre Marge - zu vermehrter Konzentration auf umsatzträchtige Produkte und zu einer Ausdünnung des Sortiments zwingen könnte. Solche Befürchtungen sind jedoch unbegründet, galt doch in der Schweiz schon unter der Herrschaft des früheren Rechts seit jeher die internationale Erschöpfung, ohne dass Klagen über negative Auswirkungen auf Kulturgüterindustrie und Fachhandel laut geworden wären. Gründe, die geeignet wären, die mit einem Übergang zur nationalen Erschöpfung verbundene Beschränkung der Handels- und Gewerbe-freiheit zu rechtfertigen, sind daher nicht ersichtlich. Der Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung (vgl. BGE 122 II 469 E 5a. S. 474; 119 Ia 241 E. 7a S. 248, mit Hinweisen) spricht somit ebenfalls dafür, Art. 12 Abs. 1 URG im Sinne der im bisherigen Recht geltenden internationalen Erschöpfung zu verstehen.

h) Die Klägerinnen führen im Rahmen der systematischen Auslegung auch den „ausgesprochenen urheberfreundlichen Geist“ ins Feld, von dem die Revision des Urheberrechtgesetzes in den Jahren 1991 und 1992 getragen gewesen sein soll. Daraus möchten sie ableiten, dass eine systematische Auslegung des Urheberrechtgesetzes im Zweifelsfall zur urheberfreundlicheren von zwei möglichen Auslegungen gelangen müsse. Sie verschweigen jedoch, dass die Urheberfreundlichkeit sich nicht etwa erst in der parlamentarischen Schlussphase der Gesetzesrevision zeigte, sondern in noch stärkerem Masse bereits die früheren Vorentwürfe und Entwürfe prägte; den ersten vom Bundesrat vorgelegten Gesetzesentwurf wies das Parlament zurück, weil er die Interessen der Urheber gegenüber jenen der Produzenten und Werknutzer zu stark betonte (BBI 1989 III 482, 485 und 503). Trotz ihrer ausgeprägten Urheberfreundlichkeit sahen aber die Vorentwürfe und Entwürfe durchwegs die internationale Erschöpfung vor (vgl. E. b hievor). Es ist daher nicht einzusehen, weshalb dieser Grundsatz nunmehr mit Hilfe einer „urheberfreundlichen

Auslegung“ beseitigt und durch jenen der nationalen Erschöpfung ersetzt werden soll.

i) Ziel der in Art. 12 Abs. 1 URG statuierten Regel, wonach sich das ausschliessliche Verbreitungsrecht mit der ersten rechtmässigen Inverkehrsetzung erschöpft, ist der Ausgleich zwischen den Interessen des Inhabers des Urheberrechts und jenen der sachenrechtlichen Eigentümer von Werkexemplaren. Die erste Vermarktung gibt dem Rechtsinhaber Gelegenheit, die ihm zustehenden Gewinnmöglichkeiten zu realisieren. Könnte er darüber hinaus den weiteren Vertrieb beliebig untersagen oder von Bedingungen abhängig machen, würde dies den Wirtschaftsverkehr übermässig behindern. Nach der ersten Inverkehrsetzung hat daher sein Interesse zurück- und dasjenige des Handels und der Konsumenten an der Verkehrsfähigkeit der Werkexemplare in den Vordergrund zu treten (Rehbinder, Schweizerisches Urheberrecht, 2. Aufl. 1996, S. 97; Willi, Schutz selektiver Vertriebssysteme durch das Urheberrecht, SJZ 91/1995, S. 206; Bieri-Gut, a.a.O., S. 569; Omsels, Erschöpfung ohne Veräusserung, GRUR 1994, S. 165).

Für Werkexemplare, die erstmals im Ausland in Verkehr gesetzt worden sind, ist davon auszugehen, dass der Rechtsinhaber bereits dort Gelegenheit zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Vorteile gehabt hat (so auch ein jüngstes amerikanisches Urteil, vgl. dazu Joller, U.S. Supreme Court für internationale Erschöpfung des Urheberrechts, European Law Reporter 1998, S. 142 ff). Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die Gewinnmöglichkeiten in den verschiedenen Ländern wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung des Urheberrechtsschutzes variieren können (vgl. Graz, a.a.O., S. 99ff.). Es liegt jedoch am Rechtsinhaber zu prüfen, wo ausreichende Gewinnmöglichkeiten bestehen, und gestützt darauf zu entscheiden, wo er das Werk vermarkten will. Dabei ist ihm durchaus zuzumuten, bei seiner Marktanalyse und bei der Festlegung seiner Vermarktungsstrategie auch mit allfälligen Parallelimporten zu rechnen. Das Gewinninteresse des Rechtsinhabers vermag deshalb das allgemeine Interesse am freien Handel und an der Ermöglichung des Wettbewerbs nicht aufzuwiegen, zumal einem möglichst freien Zugang der Konsumenten zu ausländischem Kulturgut in der Schweiz seit jeher grosses Gewicht beigemessen wird; als kleines Land ist die Schweiz auf den kulturellen Austausch besonders angewiesen (Spoendlin, Der internationale Schutz des Urhebers, UFITA 107/1988, S. 32).

Aus dem Blickwinkel einer teleologischen Gesetzesauslegung lässt es sich daher ebenfalls nicht rechtfertigen, mit einem Übergang zur rationalen Erschöpfung eine Abschottung des schweizerischen Marktes für urheberrechtlich geschützte Produkte herbeizuführen. Dagegen ist auch mit dem in der Berufungsantwort mehrfach vorgebrachten Argument nicht aufzukommen, die Klägerinnen müssten den chinesischen Markt wegen des absolut erforderlichen Kampfes gegen Pirate-

rieprodukte zu äusserst billigen Preisen beliefern. Denn abgesehen davon, dass vorliegend Parallelimporte von für den amerikanischen Markt bestimmten Videospielen in Frage stehen, liegt die Bekämpfung des Piraterieprodukte-Geschäfts in China jedenfalls ausserhalb des Normzwecks von Art. 12 Abs. 1 URG.

j) Zusammenfassend ergibt sich, dass nach dem neuen Urheberrecht weiterhin die Internationale Erschöpfung gilt. Das Verwertungsrecht des Urhebers ist somit auch für Werkexemplare erschöpft, die mit seiner Zustimmung erstmals im Ausland veräussert worden sind. Die Einfuhr solcher Produkte in die Schweiz kann mit urheberrechtlichen Mitteln nicht unterbunden werden.

3. Im Sinne einer Eventualerwägung führt das Handelsgericht aus, der Erstklägerin stünden selbst dann urheberrechtliche Abwehransprüche gegen die Beklagte zu, wenn davon auszugehen sei, dass im schweizerischen Urheberrecht die internationale Erschöpfung gelte. Es verweist dazu namentlich auf die Lehrmeinung von Rehbinder, wonach der Rechtsinhaber das Verbreitungsrecht einem Verleger mit räumlichen, zeitlichen oder inhaltlichen Beschränkungen übertragen kann (a.a.O., S. 98 und 128). Rehbinder stellt sich auf den Standpunkt, dass im Ausland in Verkehr gesetzte Werkexemplare in der Schweiz nicht weiterverbreitet werden dürfen, wenn sich das dem ausländischen Verleger eingeräumte Verbreitungsrecht nicht auf die Schweiz erstrecke (a.a.O., S. 99; ebenso - für das deutsche Recht - Schriker/Loewenheim, Urheberrecht, München 1987, N 24 zu § 17, mit weiteren Hinweisen, und Reimer, a.a.O., S. 226 f., mit ausführlicher Begründung; vgl. auch Cherpillod, a.a.O., Comparativa 60, S. 67 f.; Barrelet/Egloff, a.a.O., N 17 zu Art. 10 und N 18 zu Art. 16). Gestützt darauf gelangt die Vorinstanz zum Schluss, im vorliegenden Fall habe die Erschöpfung nur soweit eintreten können, als das der Nintendo of America Inc. abgetretene Verbreitungsrecht reiche, d.h. nur für die USA, Kanada, Mexiko und Lateinamerika. Dies habe zur Folge, dass die Erstklägerin, weil ihr für die übrigen Gebiete und insbesondere für die Schweiz weiterhin das volle Urheberrecht zustehe, urheberrechtliche Abwehransprüche gegen den Parallelimport von Videospielen geltend machen könne, die durch die Nintendo of America Inc. in den USA in Verkehr gesetzt worden seien.

Die Beklagte beanstandet diese Erwägung zu Recht als bundesrechtswidrig. Die Auffassung des Handelsgerichts läuft daraus hinaus, die Erschöpfung gewissermassen durch die Hintertür doch wieder weitgehend auf eine bloss nationale Tragweite einzugrenzen. Würde dieser Betrachtungsweise gefolgt, so würde den Inhabern von Urheberrechten ermöglicht, bei entsprechender vertraglicher Ausgestaltung ihrer Vertriebsorganisation doch wieder über die Erstveräusserung der Werkexemplare hinaus auch den weiteren Vertrieb mit den Mitteln des Urheberrechts zu steuern. Es ist aber nicht einzusehen,

weshalb eine Rechtsinhaberin der Erschöpfung ihres Verwertungsrechts dadurch entgehen können soll, dass sie, statt ihre urheberrechtlich geschützten Produkte im Ausland selbst in Verkehr zu setzen, die Inverkehrsetzung über eine Tochtergesellschaft bewerkstelligt und dieser dabei ein auf bestimmte Länder beschränktes Verbreitungsrecht einräumt, wie dies im vorliegenden Fall geschehen ist. Aus dem Blickwinkel des schweizerischen Urheberrechts ist einzig entscheidend, ob die Werkexemplare mit Zustimmung der Rechtsinhaberin veräussert worden sind, sei es im Inland oder im Ausland (E. 2 hier vor). Vertragliche Beschränkungen übertragener Verbreitungsrechte können daher nur schuldrechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Vertragspartner begründen. Es ist ausgeschlossen, sie - im Sinne von Begrenzungen der Erschöpfung - Dritten entgegenzuhalten.

4. Die Klägerinnen weisen zur Stützung des angefochtenen Urteils zusätzlich auf eine von Marianne Bieri-Gut geäußerte Lehrmeinung hin. Diese Autorin hält eine Ausnahme der von ihr sonst vertretenen internationalen Erschöpfung dann für gerechtfertigt, wenn sowohl der Schutzrechtsinhaber als auch die Konsumenten ein Interesse an der Verhinderung von Parallelimporten hätten. Dies sei der Fall bei technisch anspruchsvollen Erzeugnissen, bei welchen der Konsument eine besondere Vertriebsqualität erwarte, die nur der autorisierte Händler erbringen könne. Es gehe dabei um Kundendienstleistungen, d.h. um Zusatzleistungen wie fachmännische Beratung, Instruktion, Montage, Service, Garantie, Reparatur- und Ersatzteildienst (a.a.O., AJP 1996, S. 562). Nach Auffassung der Klägerinnen handelt es sich bei den streitigen Videospiele angesichts ihrer Komplexität und angesichts der angesprochenen Konsumentengruppen - Kinder und Jugendliche im Alter von 7 - 15 Jahren - um technisch anspruchsvolle Erzeugnisse. Die Zweitklägerin biete ihren jungen Konsumenten fachmännische Beratung über ihre Hotline, die permanent von zwei Mitarbeitern täglich bedient werde. Besonderer Beratungsbedarf ergebe sich wegen parallelimportierter Spiele mit englischsprachigen Spielanleitungen, die von Kindern und Jugendlichen nicht verstanden würden. Parallelimporteure seien nicht in der Lage, eine solche Hotline zu unterhalten. Selbst nach der Ansicht von Bieri-Gut sei daher im vorliegenden Fall die Anwendung der nationalen Erschöpfung gerechtfertigt.

Mit dieser Argumentation werfen die Klägerinnen der Beklagten der Sache nach vor, in schmarotzerischer Weise von den Zusatzleistungen zu profitieren, welche die Zweitklägerin den Konsumenten der klägerischen Videospiele erbringt. Für eine Berücksichtigung derartiger Gesichtspunkte bietet aber das Urheberrecht keine Handhabe. Angesprochen ist vielmehr die Frage, ob die beklagten Parallelimporte unter dem Blickwinkel des Wettbewerbsrechts zulässig sind. Werden bestimmte Waren unter Umgehung des offiziellen Vertriebssystems parallel importiert, so ist dies nach der Rechtsprechung für sich allein

selbst dann nicht wettbewerbswidrig, wenn dabei Vertragsbrüche von Vertragshändlern ausgenützt werden (BGE 122 III 469 E. 7 S. 482 f.; 114 II 91 E. 4b S. 101 f., mit Hinweisen). Anders verhält es sich nur, wenn dem Parallelimporteure eine Verleitung zum Vertragsbruch (Art. 4 lit. a UWG) nachgewiesen werden kann, wofür vorliegend jegliche Anhaltspunkte fehlen. Daneben kann sich die Unlauterkeit von Parallelimporten allenfalls auch aus anderen besonderen Umständen ergeben, die das Vorgehen des Parallelimporteurs als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (BGE 114 II 91 E. 4a/dd und 4b S. 100 f.) oder sich negativ auf den Wettbewerb auswirken (BGE 122 III 469 E. 10 S. 485). Auch davon kann im vorliegenden Fall jedoch keine Rede sein. Insbesondere lässt sich aus dem blossen Umstand, dass die „Hotline“ der Zweitklägerin möglicherweise auch von Käufern parallelimportierter Videospiele benutzt wird, nicht etwa schliessen, dass die Beklagte es systematisch auf ein Schmarotzen an dieser Zusatzleistung der Zweitklägerin angelegt hätte (vgl. Lucas David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 102 Rz 386); daran vermag auch nichts zu ändern, dass es um technisch verhältnismässig anspruchsvolle Produkte geht. Anhaltspunkte für negative Auswirkungen der klägerischen Parallelimporte auf den Wettbewerb (vgl. BGE 122 III 469 E. 10b S. 486 f.) sind ebenfalls nicht ersichtlich. Ein Wettbewerbsverstoß der Beklagten ist daher zu verneinen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Dezember 1997 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.-- wird den Klägerinnen auferlegt.
3. Die Klägerinnen haben die Beklagte für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 9'000.-- zu entschädigen.
4. Die Streitsache wird zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen.
5. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

C 2 **2. X / Commission de recours pour les questions de concurrence et Commission de la concurrence**

Art. 48 lit. a VwVG und 43 Abs. 4 KG: Aktivlegitimation bei Unternehmenszusammenschlüssen

Art. 48 lettre a PA et 43 al. 4 LCart : qualité pour agir contre une concentration d'entreprises

Art. 48 lettera a PA e 43 cpv. 4 LCart: diritto di agire contro una concentrazione d'impresa

Audiance du 10 août 1998

Statuant sur le recours de droit administratif formé par X, à Genève, contre la décision rendue le 23 février 1998 par la Commission de recours pour les questions de concurrence, ainsi que les décisions de la Commission de la concurrence des 1^{er} et 11 décembre 1997, dans la cause qui oppose le recourant aux sociétés Le Nouveau Quotidien ERL SA et Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, (art. 48 lettre a PA et 43 al. 4 LCart: qualité pour agir contre une concentration d'entreprises)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants:

A.- Le 7 août 1997, le Nouveau Quotidien ERL SA et la Société Anonyme du Journal de Genève et Gazette de Lausanne ont notifié à la Commission de la concurrence un projet tendant à la création d'un nouveau titre de presse, "Le Temps", qui devait remplacer les deux titres existants, "Journal de Genève et Gazette de Lausanne" et "Nouveau Quotidien". L'exploitation du nouveau titre était assurée par une nouvelle société, "Le Temps SA", où chaque partie détiendrait 47% du capital-action, le 6% restant devant être attribué à une société des rédacteurs du nouveau titre.

Le 18 août 1997, la Commission de la concurrence a prononcé l'ouverture de la procédure d'examen selon les art. 32 ss de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart; RS 251). A cette fin, elle a fait parvenir, le 20 août 1997, un questionnaire aux personnes, organisations et autorités susceptibles de lui apporter des informations sur les effets de la fusion, conformément à l'art. 15 al. 2 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 (RS 251.4).

X a reçu ce questionnaire en qualité "d'opposant". Il y a répondu le 4 septembre 1997, en déclarant agir en sa qualité de président de l'Association des amis du Journal de Genève et Gazette de Lausanne, créée le 16 juillet 1997, et a demandé à pouvoir consulter le dossier. Cette requête a été rejetée par décision de la Commission de la concurrence du 8 septembre 1997 pour le motif que, selon l'art. 43 al. 4 LCart, seules les entreprises participantes avaient qualité de parties et pouvaient donc consulter le dossier à ce titre.

B.- Le 1^{er} décembre 1997, la Commission de la concurrence a estimé que l'opération projetée représentait la solution la moins dommageable pour la concurrence et a pris la décision suivante:

"1. Il est constaté:

(a) que l'entreprise commune créée par les parties détiendra une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse de Suisse romande et;

(b) que la position dominante détenue par le groupe Edipresse sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et de Lausanne sera renforcée à la suite de la concentration;

(c) que les modifications structurelles consécutives à l'opération sont à même de supprimer la concurrence efficace sur les marchés concernés.

2. En dépit des constatations sous chiffre 1 et sous réserve des charges prévues au chiffre 3, la concentration est autorisée en application de la théorie de l'entreprise défaillante dont les trois conditions sont en l'espèce remplies.

3. Cette décision est assortie des charges suivantes:

(a) toute modification de la structure du capital et de la répartition des droits de vote de la société "Le Temps SA" est soumise à l'autorisation préalable de la Commission de la concurrence;

(b) le Président du Conseil d'administration de la société éditrice du journal "Le Temps" doit obligatoirement être une personne indépendante des actionnaires principaux".

Le 11 décembre 1997, la Commission a refusé de donner suite à la requête de X qui lui avait demandé de lui notifier sa décision du 1^{er} décembre 1997.

C.- Par acte du 22 décembre 1997, X a recouru auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence contre les décisions des 1^{er} et 11 décembre 1997, en faisant valoir sa qualité pour agir au sens de l'art. 48 PA.

Le 23 janvier 1998, la Commission de recours a admis la requête des sociétés Le Nouveau Quotidien ERL SA et Société Anonyme du Journal de Genève et Gazette de Lausanne tendant au retrait de l'effet suspensif au recours du 22 décembre 1997.

Statuant le 23 février 1998, la Commission de recours a rejeté le recours de X dans la mesure où il était recevable (plus précisément, elle a déclaré irrecevable le recours contre la décision du 1^{er} décembre 1997 sur la base de l'art. 48 lettre a PA et l'a rejeté en tant qu'il concernait la décision du 11 décembre 1997 refusant de notifier au recourant la décision au fond, ainsi que de lui accorder le droit de consulter le dossier). La Commission a retenu en bref que, d'une façon générale, les tiers n'avaient pas qualité pour recourir contre une décision finale en matière de concentration d'entreprises et qu'en l'espèce, X ne pouvait se prévaloir ni de sa qualité d'actionnaire de la Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, ni de celle d'abonné audit journal, de sorte qu'il n'avait pas non plus

la faculté pour agir au nom de l'association dont il était président et dont la plupart des membres étaient aussi actionnaires ou abonnés. Enfin, l'intéressé ne pouvait faire état de sa qualification d'opposant par la Commission de la concurrence, ce terme ayant uniquement pour but de mentionner la raison pour laquelle il avait été considéré comme "tiers concerné".

D.- A la suite de cette décision, le Tribunal fédéral a constaté que le recours de droit administratif déposé le 29 janvier 1998 par X contre la décision incidente du 23 janvier 1998 était devenu sans objet et a mis les frais et dépens à la charge du recourant, en application des art. 72 PCF et 40 OJ, par arrêt du 28 mars 1998.

E.- Agissant le 19 mars 1998 par la voie du recours de droit administratif, X conclut, avec suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 23 février 1998 et, partant, de celles de la Commission de la concurrence des 1^{er} et 11 décembre 1997. Il demande également au Tribunal fédéral d'interdire la concentration en cause et, subsidiairement, d'enjoindre la Commission de recours à l'autoriser à consulter le dossier, son droit de compléter ses moyens après cette consultation étant réservé.

La Commission de recours pour les questions de concurrence s'en remet aux considérants de sa décision.

Le Nouveau Quotidien ERL SA et la Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne concluent à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

F.- Par ordonnance du 29 avril 1998, le Président de la IIe Cour de droit public a rejeté la requête d'effet suspensif contenue dans le recours.

Considérant en droit:

1.- a) Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis, sans être lié par les conclusions des parties (ATF 123 II 231 consid. 1p. 233; 121 II 39 consid. 2 p. 41, 72 consid. 1a p. 74).

b) Dans une procédure administrative régie par le droit fédéral, l'auteur d'un recours déclaré irrecevable pour défaut de qualité pour agir est habilité à contester ce prononcé par la voie du recours de droit administratif (ATF 123 II 115 consid. 2b/aa p. 118; 121 II 39 consid. 2a p. 41/42; 120 Ib 183 consid. 1b p. 186; 119 Ib 56 consid. 1e p. 59; 114 la 156 consid. 1c p. 157/158) lorsque, comme en l'espèce, la décision de l'autorité intimée peut faire l'objet d'un tel recours auprès du Tribunal fédéral (art. 98 lettre e OJ; Message du CF du 23.11.94 concernant la loi sur les cartels, FF 1995 I p. 606; Walter A. Stoffel, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, in RSDA

Numéro spécial 1996, p. 46). Déposé en temps utile et dans les formes prescrites, le présent recours de droit administratif, est donc en principe recevable.

c) Les conclusions du recours ne peuvent toutefois porter que sur l'objet du litige, soit la qualité du recourant pour agir devant la Commission de recours pour les questions de concurrence, qui ne s'est elle-même pas prononcée sur le fond. Elles sont ainsi irrecevables en tant qu'elles tendent à l'annulation des décisions de la Commission de la concurrence des 1^{er} et 11 décembre 1997 ou demandent au Tribunal fédéral d'interdire la concentration en cause (voir ATF 104 Ib 412 consid. 1c p. 416; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^{ème} éd. 1983, p. 127/128).

Compte tenu de l'objet du litige, le Tribunal fédéral estime être suffisamment renseigné pour statuer en l'état du dossier. Il s'ensuit que la demande de second échange d'écritures après consultation du dossier de la Commission de la concurrence, qui a été présentée par le recourant, doit être rejetée.

2.- Selon l'art. 104 lettre a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation.

Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral qui englobe notamment les droits constitutionnels (ATF 122 IV 8 consid. 1b p. 11; 121 II 39 consid. 2d/bb p. 47, 447 consid. 1b p. 448; 119 Ib 254 consid. 2b p. 265; 118 Ia 8 consid. 1b p. 10). Comme il n'est pas lié par les motifs que les parties invoquent, il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer l'arrêt attaqué pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (art. 114 al. 1 in fine OJ; ATF 117 Ib 114 consid. 4a p. 117 et la jurisprudence citée). En revanche, il ne peut pas revoir l'opportunité de l'arrêt entrepris, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen en la matière. De plus, lorsque le recours est dirigé, comme en l'espèce, contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 105 al. 2 OJ).

3.- La seule question à trancher en l'espèce est de déterminer si la Commission de recours a ou non correctement interprété et appliqué le droit fédéral en déniant au recourant la qualité pour agir.

a) Selon l'art. 39 LCart, la loi fédérale sur la procédure administrative est applicable aux procédures régies par la loi sur les cartels, dans la mesure où les art. 40 ss n'y dérogent pas.

D'une manière générale, la LCart distingue les entreprises visées par des enquêtes, qui ont évidemment qualité de parties au sens de l'art. 6 PA dans la procédure devant la Commission de la concurrence, des

tiers dont la qualité de parties varie selon la position économique qu'ils occupent ou selon la nature de la participation à l'enquête qui leur est demandée (Marcel Dietrich, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, August 1997, ad art. 39 n. 36 p. 21/22 et ad art. 40 n. 12 p. 8). Ainsi, les personnes ou les associations mentionnées à l'art. 43 al. 1 lettres a et b LCart ont en règle générale déjà qualité de partie en vertu de l'art. 6 PA (FF 1995 I p. 605 et 607); il en va de même des organisations de protection des consommateurs que la loi autorise expressément à demander leur participation à l'enquête (art. 43 al. 1 lettre c LCart; Balz Gross, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, August 1997, ad art. 43 n. 15 p. 7, n. 20 p. 8 et n. 28 p. 10).

En revanche, dans la procédure d'examen des concentrations d'entreprises, seules les entreprises participantes ont qualité de parties (art. 43 al. 4 LCart), dans l'intérêt de la procédure simple et rapide voulue par le législateur, qui s'est écarté sur ce point du droit européen (FF 1995 I p. 597 et 605 voir aussi note 211 p. 598; Walter A. Stoffel, *op. cit.* p. 48; Francis Nordmann, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts*, in *Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht*, vol. 172, p. 246; Karl Hofstetter / Reto Schiltknecht, *Fusions- und Marktmachtkontrolle im neuen schweizerischen Kartellgesetz*, in *RDS 93/1997* p. 127; voir aussi Frank Scherrer, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Diss. Zurich 1996, p. 211 ss et *Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fragen*, *PJA 11/97* p. 1397). Les tiers concernés n'ont ainsi le droit que de prendre position par écrit sur la concentration en cause (art. 33 al. 1 LCart et 19 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises; Jens Drolshammer/Patrik Ducrey, *Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten schweizerischen Kartellgesetz*, in *WuW 1/1997* p. 26/27; Karl Scherrer *op. cit.* Diss. Zurich 1996, p. 437; Marcel Dietrich, *op. cit.* ad art. 39 n. 36 p. 21; Balz Gross, *op. cit.* ad art. 43 n. 40 p. 14). Ce dernier auteur estime cependant que l'intérêt à une procédure accélérée ne devrait pas empêcher de comprendre les aliénateurs éventuels dans les destinataires de la décision de concentration, avec les droits et obligations qui y sont liées (Balz Gross, *op. cit.* ad art. 43 n. 39 p. 14), et que la qualité pour recourir auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence devrait être reconnue, à titre tout à fait exceptionnel et avec une grande retenue, aux tiers qui ont des liens particulièrement étroits, plus forts que ceux d'un concurrent, avec la concentration d'entreprises en cause (*ibidem* ad art. 44 n. 55 et 56 p. 21; voir aussi Karl Scherrer *op. cit.*, Diss. Zurich, p. 438 et *op. cit.* in *PJA 11/97* p. 1397). Même si l'art. 43 al. 4 LCart a été adopté par les Chambres tel que proposé par le Conseil fédéral (voir BO CN 1995 vol. I p. 1109; BO CE 1995 p. 868), ces derniers auteurs considèrent en effet qu'en excluant les droits de parties des tiers par cette disposition, le législateur n'a pas eu l'intention de

les priver, dans tous les cas, de la qualité pour recourir contre une décision de la Commission de la concurrence.

Dans ces circonstances, la voie de recours devant la Commission ne pourrait de toute façon être ouverte à des tiers que très restrictivement. Point n'est toutefois besoin de trancher définitivement la question de savoir si la recevabilité d'un tel recours peut être admise à titre exceptionnel, car l'autorité intimée a elle-même déjà exclu la qualité pour agir du recourant sur la base des règles ordinaires de la procédure administrative.

b) La teneur de l'art. 48 lettre a PA est à peu près identique à celle de l'art. 103 lettre a OJ, lequel détermine la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Ces deux dispositions légales s'interprètent du reste de la même manière (ATF 123 II 376 consid. 2 p. 378; 121 II 176 consid. 2a p. 177 et les arrêts cités). Selon la jurisprudence, la qualité pour recourir appartient à quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Le recourant doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. L'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait – doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération; il faut donc que l'admission du recours procure au recourant un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 123 II 376 consid. 4a p. 376, 115 consid. 2a p. 117). Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers est en revanche irrecevable (ATF 121 II 39 consid. 2c/aa p. 43/44; 120 IB 48 consid. 2a p. 51, 379 consid. 4b p. 386; 119 Ib 374 consid. 2a/aa p. 376).

La jurisprudence a ainsi dénié aux consommateurs la qualité pour recourir contre une autorisation relative aux aliments à base de soja manipulé génétiquement, car ils n'étaient pas plus touchés que l'ensemble du public par la décision attaquée (ATF 123 II 376 consid. 4c p. 381). Un rapport étroit et digne d'être protégé a également été nié dans le cas de riverains d'une ligne de chemin de fer sur laquelle étaient transportés des déchets radioactifs (ATF 121 II 176 consid. 2b p. 178), contrairement à ce qui est en principe admis pour les riverains d'installations fixes comme les aéroports (ATF 104 Ib 307 consid. 3b p. 318) ou les stands de tirs (ATF 110 Ib 99 consid. 1b p. 102). La qualité pour recourir n'a pas non plus été reconnue à l'actionnaire d'une société anonyme touchée par une décision administrative, même s'il était actionnaire unique ou principal, considérant qu'il n'était qu'indirectement concerné par la décision incriminée (ATF 116 Ib 331 consid. 1c p. 335). De même, le recours de l'Association suisse des producteurs de films contre la dissolution de la Fondation Cinéjournal suisse a été déclaré irrecevable, les relations commerciales en-

tretenues par certains membres de l'Association avec la Fondation ne constituant pas un lien suffisamment étroit avec l'objet de la décision attaquée (ATF 101 Ib 108 consid. 2a p. 110/111). Quant aux associations de concurrents, leur qualité pour recourir n'est pas non plus admise si elles ne se trouvent pas dans un rapport spécial et digne d'être protégé mais se sentent seulement visées par une concurrence accrue (ATF 113 Ib 363 ss; 109 Ib 198 ss; voir aussi Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2^e éd. Zurich 1993 n. 1525 p. 349).

La jurisprudence, comme la doctrine, exige donc de manière assez stricte la présence d'un intérêt propre et direct lorsqu'un tiers désire recourir contre une décision dont il n'est pas le destinataire (Gygi, op. cit., p. 158-159; Häfelin/Müller, op. cit. n. 1519 ss p. 348/349; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, rem. 240 à 242 p. 147/148).

c) Ici, le recours émane d'un tiers, indirectement concerné par une décision de concentration d'entreprises, qui prétend agir à différents titres pour empêcher la fusion de deux quotidiens. Il estime en effet que, même assortie de charges, la concentration autorisée par la Commission de la concurrence dans sa décision du 1^{er} décembre 1997 nuit à l'ordre économique et social que la loi sur les cartels a pour but de garantir (art. 1^{er} LCart), dans la mesure où la liberté de presse n'est plus sauvegardée.

Au vu des principes rappelés ci-dessus (consid. 3b), la Commission de recours a cependant constaté à juste titre que le recourant ne pouvait pas se prévaloir de sa qualité d'actionnaire de la Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, dès lors qu'un actionnaire ne peut attaquer lui-même une décision concernant la société anonyme (ATF 116 Ib 331 331 consid. 1c p. 335). L'actionnaire a en revanche la faculté d'attaquer devant la juridiction civile compétente une décision de l'assemblée générale acceptant une concentration d'entreprises, ainsi que l'a d'ailleurs fait le recourant auprès du Tribunal de première instance du canton de Genève. En qualité d'abonné au Journal de Genève et Gazette de Lausanne, soit dans une situation analogue à celle du consommateur, le recourant n'a pas davantage un lien suffisamment étroit avec la décision attaquée qui le touche comme n'importe quel lecteur. Il n'est pas non plus habilité à défendre les intérêts idéaux de la liberté de presse, ce qui reviendrait sinon à admettre l'action populaire (ATF 123 II 376 consid. 2 p. 378 et les références citées). A noter, au surplus, que l'art. 43 al. 1 lettre c LCart prévoit comme participants à l'enquête non pas les consommateurs individuels, mais les organisations de consommateurs. Enfin, le recourant ne saurait agir en qualité de président de l'Association des amis du Journal de Genève et Gazette de Lausanne. Seule l'association elle-même aurait pu recourir (voir Gygi, op. cit. n. 4.3.2 p.

159 à 161; Kölz/Häner, op.cit. n. 243 et 244 p. 149; Häfelin/Müller, op. cit. n. 1530 et 1531 p. 350/351); mais son intervention n'eût vraisemblablement pas été admise, dans la mesure où la majorité de ses membres se trouvent dans la même situation que le recourant.

d) Pour le reste, le recourant ne peut tirer aucun droit de la lettre de la Commission de la concurrence du 20 août 1997 qui l'invite, en qualité d'opposant, à donner son avis sur la concentration, conformément à l'art. 33 al. 1 LCart.

La lettre de la Commission de la concurrence du 20 août 1997 s'adresse à tous les "milieux intéressés selon la liste ci-jointe" et envoie ainsi le même questionnaire aux éditeurs, entreprises publicitaires, associations d'employés, associations économiques, opposants et spécialistes des médias. Il s'agit clairement d'une consultation auprès des personnes, qui d'une manière générale, seraient susceptibles de lui fournir des renseignements sur la concentration en cause. Cela ne suffit donc pas à conférer la qualité de parties à tous les destinataires de la lettre. En l'espèce, le fait que le recourant a été placé dans la rubrique des "opposants" n'est pas déterminant, du moment que l'intéressé s'opposait effectivement à la fusion des deux quotidiens. Il paraît en effet normal qu'à ce titre, la Commission de la concurrence l'ait interpellé pour se forger une opinion.

e) Enfin, le recourant ne saurait se prévaloir des art. 4 Cst et 6 CEDH pour soulever des griefs qui n'ont pas de portée propre par rapport à sa position de partie qui ne lui a pas été reconnue. Par ailleurs, si l'art. 6 CEDH est bien applicable à la procédure devant la Commission de la concurrence et la Commission de recours (Marcel Dietrich, op. cit. ad art. 39 n. 56 à 58 p. 29), cette disposition n'empêche pas de poser des conditions pour l'admission de tiers comme parties dans une procédure, soit plus particulièrement ici pour admettre une personne qui n'est pas destinataire de la décision (voir ATF 123 II 376 consid. 6 p. 384).

4.- Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable. Il y a lieu également de mettre à la charge du recourant les frais judiciaires, de même que les dépens qui doivent être alloués aux deux sociétés intimées par moitié chacune (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le T r i b u n a l f é d é r a l,

- 1.- Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.
- 2.- [Emoluments].
- 3.- [Dépens].
- 4.- [Notification].

D Entwicklungen Développements Sviluppi

**D 1 Erlasse, Bekanntmachungen, Meldeformulare und
Erläuterungen
Actes législatifs, communications, formulaires et
explications
Atti legislativi, comunicazioni, formulari e
chiarimenti**

**D 1 3. Meldeformulare
Formulaires
Formulari**

**D 1.3 1. Meldeformular für Zusammenschluss-
vorhaben**

Meldeformular
vom 7. September 1998

Teil I

A Grundlage und Zweck

Dieses Formular erläutert die in Artikel 11 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) (SR 251.4) verlangten Angaben bei Meldungen von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Artikel 4 Absatz 3 und Artikel 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) (SR 251). Es erleichtert das Einreichen der vollständigen Meldung und erlaubt den Wettbewerbsbehörden die rasche und reibungslose Durchführung der vorläufigen Prüfung im Sinne von Artikel 10 Absatz 1 und Artikel 32 KG. Dem Formular kommt keine Gesetzeskraft zu. Die meldenden Unternehmen werden daher auf die einschlägigen Gesetzes- und Verordnungstexte verwiesen.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), ist gerne bereit, Fragen zum Meldeformular oder zur Vorprüfung und Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen im allgemeinen zu beantworten. Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen und das Sekretariat können vor der Meldung eines Zusammenschlusses Einzelheiten des Inhalts der Meldung einvernehmlich festlegen. Die Adresse des Sekretariats lautet:

Sekretariat der Wettbewerbskommission
Effingerstrasse 27
3003 Bern
Telefon 031 322 20 40

Fax 031 322 20 53

B Erleichterte Meldung

Das Sekretariat kann von der Pflicht zur Vorlage von einzelnen Angaben oder Unterlagen nach Artikel 11 VKU befreien, wenn es der Ansicht ist, dass diese für die Prüfung des Falles nicht notwendig sind (Art. 12 VKU).

Denkbar ist eine erleichterte Meldung beispielsweise, wenn die Wettbewerbskommission die vom Zusammenschluss betroffenen Märkte bereits aus früheren Entscheidungen kennt oder wenn ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird, um in einen entstehenden Markt einzutreten¹. In jedem Fall ist der Inhalt der erleichterten Meldung mit dem Sekretariat abzusprechen.

C Begriffsbestimmungen

Unternehmenszusammenschluss:

Dieser Begriff umfasst:

- die **Fusion** von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen (Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG);
- die **Erlangung der Kontrolle** (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU);
- die **gemeinsame Erlangung der Kontrolle** über ein Unternehmen oder die Gründung eines Unternehmens, welches zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam kontrollieren wollen (Art. 2 VKU). Zwei (oder mehr) Unternehmen kontrollieren ein anderes Unternehmen gemeinsam, wenn sie gemeinsam einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeiten des kontrollierten Unternehmens (auch Gemeinschaftsunternehmen genannt) ausüben können. Für Gemeinschaftsunternehmen ist typisch, dass keines der kontrollierenden Unternehmen Massnahmen gegen den Willen des oder der anderen kontrollierenden Unternehmen erzwingen kann und es somit zu sogenannten Pattsituationen kommen kann. Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens gilt nur als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes, wenn in das Gemeinschaftsunternehmen Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

¹ Vgl. z.B. den Fall Diax – SBCIS, RPW 2/1997, 197ff., Randziffer 35

Beteiligte(s) Unternehmen:

Dieser Begriff umfasst:

- bei der Fusion: die fusionierenden Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a VKU). Beispiele: Falls A und B zur Unternehmung C verschmelzen, sind beteiligte Unternehmen A und B. Dasselbe gilt, wenn A das Unternehmen B absorbiert oder umgekehrt;
- bei der Erlangung der Kontrolle (und der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle): die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Beispiele: Übernimmt A die Unternehmung B, sind beteiligte Unternehmungen A und B. Übernehmen A und B zusammen die Unternehmung C, sind beteiligte Unternehmen A, B und C;
- ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Beispiel: Besteht B aus den Divisionen B1 und B2, und übernimmt A nur die Division B1, sind beteiligte Unternehmen A und B1.

Meldende(s) Unternehmen: vgl. unten, Abschnitt D (die meldenden Unternehmen sind nicht in jedem Fall identisch mit den beteiligten Unternehmen).

Vollzug: als Vollzug gilt die Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts.

D Wer melden muss

Bei der Fusion: Die beteiligten Unternehmen gemeinsam (Art. 9 Abs. 1 Bst. a VKU).

Bei der Erlangung der Kontrolle: Das Unternehmen, welches die Kontrolle erlangt (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).

Bei der Erlangung der gemeinsamen Kontrolle: Gemeinsam diejenigen Unternehmen, welche die gemeinsame Kontrolle erlangen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU).

Bei gemeinsamer Meldung haben die meldenden Unternehmen mindestens einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen (Art. 9 Abs. 2 VKU).

Meldende Unternehmen oder ihre Vertreter mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland haben in der Schweiz ein Zustellungsdomizil zu bezeichnen (Art. 9 Abs. 3 VKU).

E Vollständigkeitserfordernis

Alle in diesem Formular oder - bei erleichterter Meldung - alle vom Sekretariat verlangten Angaben sind einzureichen. Kann eine Angabe nicht oder nicht vollständig gemacht werden, sind die Gründe zu nennen.

Falls nicht alle im Formular oder vom Sekretariat verlangten Angaben eingereicht werden und keine hinreichenden Gründe genannt wer-

den, weshalb diese Angaben nicht gemacht werden können, ist die Meldung unvollständig.

Wesentliche Änderungen der in der Meldung beschriebenen tatsächlichen Verhältnisse sind dem Sekretariat unaufgefordert und umgehend mitzuteilen (Art. 21 VKU).

F Zeitpunkt der Meldung und Fristen

Die Meldung muss gemäss Art. 9 KG vor dem Vollzug des Zusammenschlusses erfolgen. Damit die Meldung erfolgen kann, ist der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts Voraussetzung. Erfolgt eine Übernahme ohne schriftlichen Vertrag, d.h. durch blossen Erwerb von Anteilen, ist die Meldung sofort nach dem öffentlichen Übernahmeangebot und vor dem Vollzug einzureichen.

Die Frist von einem Monat für die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens beginnt am Tag nach Eingang der *vollständigen* Meldung und endet mit Ablauf des Tages im Folgemonat, dessen Datum dieselbe Tageszahl trägt wie der Tag des Fristbeginns; gibt es diesen Tag im Folgemonat nicht, so endet die Frist am letzten Tag des Folgemonats (Art. 20 VKU). Fällt der letzte Tag auf einen Samstag, einen Sonntag oder einen am Wohnsitz oder Sitz der Partei oder ihres Vertreters vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag, so endigt die Frist am nächsten Werktag (Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021).

Das Sekretariat bestätigt den meldenden Unternehmen innert zehn Tagen schriftlich den Eingang der Meldung und deren Vollständigkeit (Art. 14 VKU).

G Wie zu melden ist

Die Meldung ist in einer der Amtssprachen einzureichen. Das Verfahren wird in dieser Sprache durchgeführt, sofern nichts anderes vereinbart wird. Die Beilagen können auch in englischer Sprache eingereicht werden (Art. 11 Abs. 4 VKU).

Die Meldung ist in fünffacher Ausfertigung beim Sekretariat einzureichen (Art. 9 Abs. 1 VKU). Das Sekretariat kann dem meldenden Unternehmen gestatten, weniger Ausfertigungen einzureichen.

Um die Arbeit des Sekretariats zu erleichtern, sollten die Antworten in der angegebenen Reihenfolge und mit der entsprechenden Nummer bezeichnet eingereicht werden.

H Vollzugsverbot

Die beteiligten Unternehmen dürfen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission habe dies auf Antrag dieser Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt (Art. 32 Abs. 2 KG). Als wichtiger Grund können etwa Sanierungsübernahmen gelten, falls

der Konkurs der übernommenen Unternehmung unmittelbar droht, wenn der Erwerber nicht sofort die operative und finanzielle Führung übernehmen kann (Botschaft vom 25. November 1994 zum Kartellgesetz; BBl 1995 I 608).

I Geschäftsgeheimnisse

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 40 KG).

Artikel 25 KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden das Amtsgeheimnis zu wahren haben. Sie dürfen Kenntnisse, die sie bei ihrer Tätigkeit erlangen, nur zu dem mit der Auskunft oder dem Verfahren verfolgten Zweck verwerten. Ferner dürfen die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben.

Falls die Interessen eines beteiligten Unternehmens gefährdet werden, wenn bestimmte in diesem Formular verlangten Angaben veröffentlicht oder sonstwie Dritten oder einem anderen beteiligten Unternehmen bekanntgegeben werden, sind diese Angaben separat und als „Geschäftsgeheimnis“ bezeichnet einzureichen. Ferner ist anzugeben, weshalb diese Angaben Geschäftsgeheimnisse darstellen.

J Sanktionen

Ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder das vorläufige Vollzugsverbot missachtet, wird mit einem Betrag bis zu 1 Million Franken belastet (Art. 51 Abs. 1 KG).

Ein Unternehmen, welches die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird mit einem Betrag bis zu 100 000 Franken belastet (Art. 52 KG).

Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbskommission betreffend die Auskunftspflicht nicht oder nicht richtig befolgt, einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder Verfügungen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen zuwiderhandelt, wird mit Busse bis zu 20 000 Franken bestraft (Art. 55 KG).

K Ausländische Meldeformulare

Müssen Zusammenschlussvorhaben auch in anderen Staaten angemeldet werden, können in diesen Staaten eingereichte Meldungen grundsätzlich auch der Wettbewerbskommission zugestellt werden. Als vollständig gelten solche Meldungen, wenn sie in einer Amtssprache gehalten sind (Art. 11 Abs. 4 VKU) und alle in Artikel 11 VKU verlangten Angaben enthalten. Ferner müssen diejenigen Stellen bezeichnet werden, an welchen die für die Meldung in der Schweiz relevanten Daten gefunden werden können.

Der Inhalt von Begriffen wie Kontrolle, Gemeinschaftsunternehmen, beteiligtes Unternehmen und andere sind in ausländischen Erlassen zum Teil nicht mit jenen im KG und in der VKU identisch. Wird beabsichtigt, Meldeformulare von anderen Staaten in der Schweiz einzureichen, empfiehlt die Wettbewerbskommission daher, vorgängig mit dem Sekretariat Kontakt aufzunehmen und zu klären, ob eine solche Meldung auch in der Schweiz als vollständig gilt. Das Sekretariat kann der meldenden Partei auch mitteilen, welche Angaben allenfalls noch zu ergänzen sind.

Meldeformular EU: Die Abschnitte 1 - 12 des Formblattes CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäss der Verordnung (EWG) 4064/89 des EWG-Rates enthalten alle in Artikel 11 VKU verlangten Angaben, sofern die entsprechenden Daten für die Schweiz ergänzt werden.

Gemeinsames Meldeformular D, F, GB: Das gemeinsame Meldeformular für Zusammenschlüsse im Vereinigten Königreich, in Frankreich und in Deutschland enthält die meisten in Artikel 11 VKU verlangten Angaben. Wird dieses Formular ausgefüllt, sind zur Vollständigkeit der Meldung in der Schweiz folgende zusätzlichen Angaben zu machen:

1. Umsatzangaben gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe c VKU (Ziff. 3.1 - 3.3 des zweiten Teils dieses Meldeformulars);
2. Beschreibung der im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffenen Märkte, die zumindest über die Vertriebs- und Nachfragestrukturen sowie die Bedeutung von Forschung und Entwicklung Auskunft gibt (Ziff. 4.3 - 4.8 des zweiten Teils dieses Meldeformulars);
3. Marktanteile der beteiligten Unternehmen und der drei wichtigsten Wettbewerber in den betroffenen Märkten für die letzten drei Jahre (Art. 11 Abs. 1 Bst. e VKU), d.h. Ziffern 5.1 und 5.2 des zweiten Teils dieses Meldeformulars;
4. Angaben gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe f VKU (Ziff. 6.1 - 6.4 des zweiten Teils dieses Meldeformulars);
5. Beilagen gemäss Artikel 11 Absatz 2 VKU bzw. Ziffern 7.1 - 7.4 des zweiten Teils dieses Meldeformulars.

Meldeformular OECD: Die OECD bereitet zurzeit ein Meldeformular für Zusammenschlüsse vor. Sobald dieses Formular von den zuständigen Gremien verabschiedet wird, wird die Wettbewerbskommission angeben, ob und unter welchen Umständen es auch in der Schweiz eingereicht werden kann.

Teil II**1 Angaben zu den Unternehmen (Art. 11 Abs. 1 Bst. a VKU)**

Bitte geben Sie an:

- 1.1 Zum (Zu den) meldenden Unternehmen:
 - 1.1.1 Firma und Sitz des oder der Unternehmen, welche die Kontrolle über ein bisher von ihr bzw. ihnen unabhängiges Unternehmen erwerben, oder der Unternehmen, welche fusionieren.
 - 1.1.2 Geschäftstätigkeiten dieses/r Unternehmen/s (kurze Beschreibung).
 - 1.1.3 Namen, Adresse, Tel-Nr. und Fax-Nr. sowie Funktion der Kontaktperson(en) in diesem/n Unternehmen.
- 1.2 Zum (Zu den) anderen beteiligten Unternehmen:
 - 1.2.1 Firma und Sitz des/der Unternehmen/s, welches/e übernommen oder - im Fall eines Gemeinschaftsunternehmens - gegründet wird/werden.
 - 1.2.2 Geschäftstätigkeiten dieses/r Unternehmen (kurze Beschreibung).
 - 1.2.3 Namen, Adresse, Tel-Nr. und Fax-Nr. sowie Funktion der Kontaktperson(en) in diesem/n Unternehmen.
- 1.3 Alle Unternehmen, deren Umsätze gemäss Art. 5 VKU zu jenen der beteiligten Unternehmen hinzuzuaddieren sind. Ist aus den Jahresberichten nicht ersichtlich, welche Unternehmen hierzu gehören, sind diese auf einem Beiblatt zu nennen und die Geschäftstätigkeiten anzugeben.
- 1.4 Zum (Zu den) Veräusserer/n:
 - 1.4.1 Name und Sitz der veräussernden Unternehmung/en.
 - 1.4.2 Geschäftstätigkeiten dieses/r Unternehmen (kurze Beschreibung).
 - 1.4.3 Namen, Adresse, Tel-Nr. und Fax-Nr. sowie Funktion der Kontaktperson(en) in diesem/n Unternehmen.
- 1.5 Zum (Zu den) Vertreter/n des/der meldepflichtigen Unternehmen/s:
 - 1.5.1 Name und Adresse.
 - 1.5.2 Name der Kontaktperson/en.
Tel-Nr. und Fax-Nr.

2 Beschreibung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 11 Abs. 1 Bst. b VKU)

Bitte beschreiben Sie:

- 2.1 das Zusammenschlussvorhaben. Handelt es sich um eine Fusion, eine Übernahme, ein öffentliches Kaufangebot, ein Gemeinschaftsunternehmen? Wie werden sich die Kontrollverhältnisse gestalten bzw. welches ist die Änderung des bisherigen Kontrollverhältnisses? Welches sind die Modalitäten des Zusammenschlusses?
- 2.2 die Umstände, die zum Zusammenschlussvorhaben geführt haben.
- 2.3 die Ziele, die mit dem Zusammenschlussvorhaben verfolgt werden.

3 Umsätze (Art. 11 Abs. 1 Bst. c VKU)

Entfällt für marktbeherrschende Unternehmen im Sinne von Artikel 9 Absatz 4 KG und solche, welche mit ersteren am Zusammenschluss beteiligt sind.

Für die Umsatzberechnung wird auf die Artikel 9 KG und 4 - 8 VKU verwiesen. Medienunternehmen, Banken und Versicherungen werden auf die Sonderbestimmungen in Artikel 9 Absatz 2 bzw. Absatz 3 KG und Artikel 6 - 8 VKU aufmerksam gemacht. Gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU sind zu erfassen nicht nur die Umsätze der direkt am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, sondern ebenfalls diejenigen

- a. der Unternehmen, bei denen sie mehr als die Hälfte des Kapitals oder der Stimmrechte besitzen oder mehr als die Hälfte der Mitglieder der zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organe bestellen können oder auf andere Weise das Recht haben, die Geschäfte des Unternehmens zu führen (Tochterunternehmen);
- b. der Unternehmen, die bei ihm einzeln oder gemeinsam die Rechte oder Einflussmöglichkeiten nach Buchstaben a haben (Mutterunternehmen);
- c. der Unternehmen, bei denen ein Unternehmen nach Buchstabe b die Rechte oder Einflussmöglichkeiten nach Buchstaben a hat (Schwesterunternehmen);
- d. der Unternehmen, bei denen mehrere der in diesem Absatz aufgeführten Unternehmen die Rechte oder Einflussmöglichkeiten nach Buchstaben a jeweils gemeinsam haben (Gemeinschaftsunternehmen).“

Die Umsätze des veräussernden Unternehmens bleiben bei der Umsatzberechnung unberücksichtigt.

Auch wenn Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens ist (welches z.B. in ein Gemeinschaftsunternehmen eingebracht wird), sind die Umsätze der/des zukünftigen Mutterunternehmen/s und allfälliger Tochter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen zu berücksichtigen.

Bitte geben Sie an:

- 3.1 die kumulierten Umsätze im letzten Geschäftsjahr aller beteiligten Unternehmen weltweit. Massgebend für die Bestimmung des letzten Geschäftsjahres ist der Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts, welches dem Zusammenschlussvorhaben zugrunde liegt.
- 3.2 die kumulierten Umsätze im letzten Geschäftsjahr aller beteiligten Unternehmen in der Schweiz.
- 3.3 den Umsatz im letzten Geschäftsjahr von jedem beteiligten Unternehmen in der Schweiz.

4 Definition der vom Zusammenschluss betroffenen Märkte (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU)

Um die betroffenen Märkte zu bestimmen, sind vorgängig die relevanten Märkte abzugrenzen. Der relevante Markt besteht aus einer sachlichen und einer räumlichen Dimension.

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

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

Die VKU definiert den relevanten Markt aus der Sicht der Marktgegenseite und damit in der Regel aus der Sicht des Nachfragers. Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kann aber zusätzlich und separat das Konzept der Angebotssubstitution zur Anwendung gelangen.² Sind Anbieter in der Lage, ihre Produktion auf die – bei Definition aus Nachfragersicht - den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen umzustellen und sie *kurzfristig* auf den Markt zu bringen, *ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken einzugehen*, so sind die entsprechenden Produktionskapazitäten dieser Anbieter dem

² Vgl. z.B. den Fall Migros – Globus, RPW 3/1997, 364 ff., Randziffer 18 f. Aber auch die Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 9.12.1997 C 372, 5 ff., Randziffern 20 ff.

Volumen des relevanten Marktes zuzurechnen. Mit anderen Worten: Diese Anbieter sind als Wettbewerber der beteiligten Unternehmen zu betrachten.

Für die Angaben in diesem Formular gelten als vom Zusammenschluss betroffene Märkte jene Märkte,

- in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 Prozent oder mehr beträgt, und jene Märkte,
- in denen der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 Prozent oder mehr beträgt.

Bitte nennen Sie:

- 4.1 jeden vom Zusammenschluss betroffenen Markt, und erläutern Sie, weshalb bestimmte Waren oder Leistungen in den relevanten Markt einbezogen und weshalb andere ausgeschlossen wurden, wobei die Austauschbarkeit dieser Waren oder Leistungen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und der/des Verwendungszweck/s zu würdigen sind. Dabei ist auszugehen von der Optik
- a. Ihrer Kunden (d.h. zu nennen sind die betroffenen Absatzmärkte) und
 - b. Ihrer Lieferanten (d.h. zu nennen sind die betroffenen Beschaffungsmärkte).
- 4.2 die Grundlagen, welche zur Berechnung des Marktvolumens und der Marktanteile dienen.

Die Beantwortung der folgenden Fragen ist nur notwendig, wenn in Frage 4.1 betroffene Märkte zu nennen sind.

Bitte beschreiben Sie für jeden betroffenen Markt:

- 4.3 die Vertriebs- und Nachfragestrukturen. Hierzu gehören insbesondere
- die Marktphase (Experimentierungs-, Expansions-, Stagnations- oder Rückbildungsphase). Bitte erläutern Sie in diesem Zusammenhang, ob die Nachfrage in Zukunft zunehmen wird, stagniert oder abnehmende Tendenz zeigt;
 - die Unterteilung der Nachfrage in Kundensegmente und/oder eine Beschreibung des/r „typischen“ Kunden.
- 4.4 die Bedeutung von Forschung und Entwicklung (F+E) für die Fähigkeit auch längerfristig im Wettbewerb bestehen zu können. Als Indikatoren können die jährlich notwendigen F+E-Ausgaben sowie die F+E-Intensität dienen, d.h. der Anteil der F+E-Ausgaben am Umsatz.

- 4.5 die wichtigsten F+E-Tätigkeiten bzw. -bereiche der beteiligten Unternehmen.
- 4.6 die wichtigsten Innovationen (insbesondere Verfahrens- aber auch Produkte- oder andere Innovationen) und nennen Sie deren Zeitpunkt und Urheber.
- 4.7 die Innovationszyklen und in welchem Stadium dieses Zyklus sich die F+E-Aktivitäten der beteiligten Unternehmen befinden.
- 4.8 die Patente, das Know-how oder andere Schutzrechte, über welche die beteiligten Unternehmen verfügen.

5 Marktanteile (Art. 11 Abs.1 Bst. e VKU)

Die Beantwortung der folgenden Fragen ist nur notwendig, wenn es betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU gibt (vgl. Frage 4.1).

Bitte geben Sie für *jeden betroffenen Markt* und für *die letzten drei Jahre* an und nennen Sie die Berechnungsgrundlagen (sofern diese von denjenigen in Frage 4.2 abweichen):

- 5.1 das Marktvolumen und die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.
- 5.2 die Marktanteile von jedem der drei wichtigsten Wettbewerber, soweit bekannt.

6 Marktzutritte (Art. 11 Abs.1 Bst. f VKU)

Die Beantwortung der folgenden Fragen ist nur notwendig, wenn es betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU gibt (vgl. Frage 4.1).

Bitte nennen Sie für jeden betroffenen Markt:

- 6.1 die in den letzten fünf Jahren neu eingetretenen Unternehmen und deren aktuelle Marktanteile.
- 6.2 diejenigen Unternehmen, welche in den nächsten drei Jahren eintreten könnten und die Wahrscheinlichkeit, dass es tatsächlich zu einem solchen Zutritt kommt.
- 6.3 nach Möglichkeit, die Kosten, die ein Marktzutritt verursacht (Kapitalbedarf für Ausrüstung, Marketingaktivitäten, Aufbau von Vertriebssystemen, F+E-Aktivitäten usw.). Es ist ein Marktzutritt von genügender Grösse anzunehmen, so dass die zutretende Unternehmung tatsächlich als ernstzunehmender Wettbewerber gelten könnte.
- 6.4 andere Faktoren, welche die Kosten des Marktzutritts beeinflussen. Solche sind insbesondere
 - behördliche Bewilligungen und/oder Normen;

- bestehende Exklusivverträge betreffend den Bezug oder die Belieferung;
- Patente, Know-how und andere Schutzrechte;
- die Kundenbindungen und der Stellenwert der Werbung;
- Grössenvorteile bei der Produktion von Waren oder Leistungen;
- die Frist, innerhalb welcher ein Marktzutritt vollzogen werden könnte (Startpunkt ist der Zeitpunkt ab Planung des Zutritts, Vollzugszeitpunkt ist das Wirksamwerden des Zutritts).

7 Der Meldung beizulegende Unterlagen (Art. 11 Abs. 2 VKU)

- 7.1 Kopien der neuesten Jahresrechnungen und Jahresberichte der beteiligten Unternehmen.
- 7.2 Kopien der Verträge, die den Zusammenschluss bewirken oder sonst mit ihm in einem Zusammenhang stehen, soweit sich deren wesentlicher Inhalt nicht bereits aus den Angaben 2.1 - 2.3 ergibt.
- 7.3 Im Falle eines öffentlichen Kaufangebots Kopien der Angebotsunterlagen.
- 7.4 Kopien der Berichte, Analysen und Geschäftspläne, die im Hinblick auf den Zusammenschluss erstellt wurden, soweit sie für die Beurteilung des Zusammenschlusses wichtige Angaben enthalten, die sich nicht bereits aus der Beschreibung in 2.1 - 2.3 ergeben.

8 Vollmacht

Der/Die Vertreter des/r meldenden Unternehmen/s hat/ben sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen (Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021).

D 1.3 2. Notification pour les concentrations d'entreprises

Notification des concentrations d'entreprises

Formulaire

du 7 septembre 1998

Partie I

A Objet du présent formulaire

Le présent formulaire précise les informations qui doivent être fournies selon l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE) (RS 251.4) en cas de notifica-

tion de concentrations d'entreprises au sens des articles 4, 3^e alinéa, et 9 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart) (RS 251). Il facilite le dépôt de la notification complète et permet aux autorités de la concurrence de procéder de manière rapide et sans difficultés à l'examen préalable au sens des articles 10, 1^{er} alinéa, et 32 LCart. Le présent formulaire n'a pas force de loi. Les entreprises notifiantes doivent se référer aux textes légaux et réglementaires.

Pour toutes questions en rapport avec le formulaire de notification, l'examen préalable ou l'examen de la concentration, veuillez prendre contact avec le Secrétariat. Vous pouvez également prendre contact avec le Secrétariat afin de convenir du contenu précis de la notification, à l'adresse suivante:

Secrétariat de la Commission de la concurrence
Effingerstrasse 27
3003 Berne
Tél. 031 322 20 40
Fax 031 322 20 53

B Notification facilitée

Le Secrétariat peut libérer les entreprises participantes de l'obligation de produire certains renseignements ou documents mentionnés à l'article 11 OCCE lorsque ceux-ci ne sont pas indispensables pour évaluer le cas (art. 12 OCCE).

Une notification facilitée est notamment possible lorsque la Commission de la concurrence connaît déjà les marchés affectés par la concentration à la suite d'une décision antérieure ou lorsqu'une entreprise commune est créée afin d'entrer sur un nouveau marché en phase de développement¹. Dans tous les cas, le contenu de la notification facilitée doit être convenu avec le Secrétariat.

C Définitions

Concentration d'entreprises:

Par concentration d'entreprises, on entend:

- la **fusion** de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres (art. 4, 3^e al., let. a, LCart);
- l'**acquisition du contrôle** (art. 4, 3^e al., let. b, LCart). Une entreprise est réputée acquérir le contrôle d'une entreprise jusque-là indépendante lorsque, par la prise de participations au capital ou par tout autre moyen, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise (art. 1^{er} OCCE);

¹ [Cf. par exemple Diax-SBCIS, DPC 2/1997, p. 197 ss, no 35.](#)

- **l'acquisition du contrôle en commun** d'une entreprise ou la création, par deux ou plusieurs entreprises, d'une entreprise qu'elles ont l'intention de contrôler en commun (art. 2 OCCE). Deux (ou plusieurs) entreprises contrôlent une entreprise en commun lorsqu'elles ont ensemble la possibilité d'exercer une influence déterminante sur les activités de l'entreprise contrôlée (l'entreprise commune). Les entreprises participant au contrôle commun ont chacune le pouvoir de bloquer des décisions stratégiques concernant l'activité de l'entreprise commune. Aucune des entreprises participant au contrôle ne peut donc mettre en œuvre des décisions stratégiques sans l'accord de la ou des autres entreprises (possibilité d'une situation de blocage). La création d'une entreprise commune ne constitue une concentration d'entreprise au sens de la loi, que lorsque des activités d'au moins une des entreprises exerçant le contrôle passent à l'entreprise commune (art. 2, 2^e al., OCCE).

Entreprise(s) participante(s):

Par entreprise(s) participante(s), on entend:

- en cas de fusion: les entreprises qui fusionnent (art. 3, 1^{er} al., let. a, OCCE). Exemples: au cas où A et B fusionnent en entreprise C, les entreprises participantes sont A et B, de même si A absorbe l'entreprise B ou l'inverse;

- en cas d'acquisition du contrôle (ou d'acquisition du contrôle en commun), la ou les entreprises qui acquièrent et la ou les entreprises qui font l'objet de l'acquisition (art. 3, 1^{er} al., let. b, OCCE). Exemples: si A prend le contrôle de l'entreprise B, les entreprises participantes sont A et B. Si les entreprises A et B ensemble prennent le contrôle de l'entreprise C, les entreprises participantes sont les entreprises A, B et C;

- lorsque la concentration concerne une partie d'une entreprise, cette partie d'entreprise est réputée entreprise participante (art. 3, 2^e al., OCCE). Exemple: si B comprend les divisions B1 et B2 et A prend seulement le contrôle de B1, les entreprises participantes sont A et B1.

Entreprise(s) notifiante(s): cf. ci-dessous, sous lettre D (les entreprises participantes ne doivent pas être automatiquement assimilées aux entreprises notifiantes).

Réalisation: La réalisation de la concentration est la concrétisation de l'acte générateur d'obligations.

D Qui doit notifier?

L'obligation de notifier incombe:

En cas de fusion: conjointement, aux entreprises participantes (art. 9, 1^{er} al., let. a, OCCE);

En cas d'acquisition du contrôle: à l'entreprise qui acquiert le contrôle (art. 9, 1^{er} al., let. b, OCCE);

En cas d'acquisition du contrôle en commun: conjointement aux entreprises qui acquièrent le contrôle en commun (art. 9, 1^{er} al., let. b, OCCE);

En cas de notification conjointe, les entreprises notifiantes désigneront au moins un représentant commun (art. 9, 2^e al., OCCE);

La/les entreprise/s notifiante/s ou leur représentant dont le siège ou le domicile est à l'étranger désigneront un domicile de notification en Suisse (art. 9, 3^e al., OCCE).

E Nécessité d'une notification complète et exacte

Les entreprises notifiantes doivent fournir toutes les informations exigées par ce formulaire ou - en cas de notification facilitée - toutes les informations requises par le Secrétariat. Si toutes les informations ne peuvent pas être fournies de manière complète, les raisons doivent être indiquées.

Au cas où toutes les informations du formulaire ou les informations exigées par le Secrétariat ne sont pas fournies, et lorsqu'aucun motif valable n'est fourni, la notification est incomplète.

Des modifications essentielles des faits contenus dans la notification doivent être communiquées spontanément et sans délai au Secrétariat (art. 21 OCCE).

F Moment de la notification et délais

L'opération de concentration doit être notifiée, conformément à l'article 9 LCart, avant sa réalisation. La conclusion de l'acte générateur d'obligations est un préalable nécessaire à la notification. En cas d'offre publique d'achat, la notification est faite au plus tôt après la publication de l'offre publique d'achat et en tous les cas avant la réalisation.

Le délai d'un mois pour l'examen préalable de l'opération de concentration commence à courir le lendemain de la réception de la notification *complète* et prend fin le même quantième du mois suivant ou, à défaut, le dernier jour du mois suivant (art. 20 OCCE). Lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié du canton où la partie ou son représentant a son domicile ou son siège, son terme est reporté au premier jour utile qui suit conformément à l'article 20, 3^e alinéa, de la loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021).

Le Secrétariat délivre dans les dix jours aux entreprises notifiantes un accusé de réception de la notification et une attestation écrite selon laquelle la notification est complète (art. 14 OCCE).

G Procédure à suivre

La notification a lieu dans une langue officielle. Sauf accord contraire, celle-ci sera la langue de la procédure. Les documents annexes peuvent être déposés en anglais (art. 11, 4^e al., OCCE).

La notification d'une opération de concentration est remise en cinq exemplaires au Secrétariat (art. 9, 1^{er} al., OCCE). Le Secrétariat peut dispenser la(les) entreprise(s) notifiante(s) de fournir la notification en cinq exemplaires.

Pour faciliter l'examen du Secrétariat, les réponses sont fournies dans l'ordre des questions et se réfèrent au numéro des questions.

H Interdiction de réalisation

Les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration pendant le délai d'un mois suivant sa notification, à moins que, à leur requête, la Commission ne les ait autorisées à le faire pour des motifs importants (art. 32, 2^e al., LCart). Est notamment considéré comme motif important le cas où la faillite de l'entreprise qui fait l'objet de la concentration serait imminente si l'opération n'avait pas lieu (message du 25 novembre 1994 concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence; FF 1995 I 472).

I Secrets d'affaires

Les entreprises participantes sont tenues de fournir aux autorités en matière de concurrence tous les renseignements utiles et de produire toutes les pièces nécessaires (art. 40 LCart).

Les autorités de concurrence sont assujetties au secret de fonction. Les informations recueillies dans l'exercice de leurs fonctions ne peuvent être utilisées qu'à des fins de renseignement ou d'enquête. Les publications des autorités en matière de concurrence ne doivent révéler aucun secret d'affaires (art. 25 LCart).

Au cas où les intérêts d'une entreprise participante seraient lésés si certaines informations étaient publiées ou divulguées d'une autre manière à une autre entreprise participante ou à des tiers, ces informations doivent être fournies séparément, en apposant clairement la mention « secret d'affaires ». Les raisons pour lesquelles ces informations constituent des secrets d'affaires qui ne doivent pas être divulgués ou publiés doivent être indiquées.

J Sanctions

L'entreprise qui aura réalisé une concentration sans procéder à la notification obligatoire ou n'aura pas observé l'interdiction provisoire de réaliser la concentration, sera tenue au paiement d'un montant de 1 million de francs au plus (art. 51, 1^{er} al., LCart).

L'entreprise qui n'aura pas exécuté son obligation de renseigner ou de produire des documents, ou ne l'aura fait qu'en partie, sera tenue au paiement d'un montant de 100 000 francs au plus (art. 52 LCart).

Quiconque, intentionnellement, n'aura pas exécuté, ou ne l'aura fait qu'en partie, une décision des autorités en matière de concurrence concernant l'obligation de renseigner (art. 40), aura réalisé une concentration d'entreprises sans procéder à la notification dont elle aurait dû faire l'objet ou aura violé des décisions liées à des concentrations d'entreprises, sera puni d'une amende de 20 000 francs au plus (art. 55 LCart).

K Formulaires de notification étrangers

La notification d'une opération de concentration déposée auprès d'une autorité étrangère peut en principe également être adressée à la Commission de la concurrence. Sont considérées complètes les notifications dans une langue officielle (art. 11, 4^e al., OCCE) qui contiennent toutes les informations prévues à l'article 11 OCCE. Les passages de la notification où se trouvent les données spécifiques pour la Suisse doivent en outre être indiqués.

Certains concepts tels que celui de contrôle, d'entreprise commune, d'entreprises participantes et d'autres contenus dans des réglementations étrangères ne sont pas toujours identiques à ceux de la LCart et de l'OCCE. S'il est prévu d'utiliser des formulaires de notification étrangers en Suisse, la Commission de la concurrence recommande par conséquent de prendre contact au préalable avec le Secrétariat afin de clarifier si une telle notification peut être considérée comme complète en Suisse. Le Secrétariat peut également communiquer à la partie notifiante quelles informations doivent encore être complétées.

Formulaire de notification de l'UE: les sections 1 à 12 du formulaire CO de notification des concentrations conformément au règlement 4064/89 du Conseil contiennent toutes les informations exigées par l'article 11 OCCE, tant que les données correspondantes pour la Suisse sont complétées.

Formulaire commun de notification de l'Allemagne, France et Grande Bretagne: le formulaire commun de notification des opérations de concentration en Allemagne, France et Grande Bretagne contient la plupart des informations requises par l'article 11 OCCE. Si ce formulaire est rempli, les informations additionnelles suivantes sont nécessaires pour qu'il soit complet en Suisse:

1. le chiffre d'affaires conformément à l'article 11, 1^{er} alinéa, lettre c, OCCE (ch. 3.1 à 3.3 de la deuxième partie du présent formulaire de notification);

2. la définition au sens de l'article 11, 1^{er} alinéa, lettre d, OCCE des marchés affectés, qui indiquera au moins la structure de la distribution et de la demande ainsi que l'importance de la recherche et du développement (ch. 4.3 à 4.8 de la deuxième partie du présent formulaire de notification);
3. les parts de marché des entreprises participantes et des trois principaux concurrents sur les marchés affectés pour les trois dernières années conformément à l'article 11, 1^{er} alinéa, lettre e, OCCE (ch. 5.1 et 5.2 de la deuxième partie du présent formulaire de notification);
4. les informations conformément à l'article 11, 1^{er} alinéa, lettre f, OCCE (ch. 6.1 à 6.4 de la deuxième partie du présent formulaire de notification);
5. les annexes selon l'article 11, 2^e alinéa, OCCE (ch. 7.1 à 7.4 de la deuxième partie du présent formulaire de notification).

Formulaire de notification de l'OCDE: l'OCDE prépare actuellement un formulaire de notification des concentrations. Dès que ce formulaire aura été accepté par les autorités compétentes, la Commission de la concurrence déterminera dans quelle mesure ce formulaire peut également être utilisé en Suisse.

Partie II

1. Informations concernant les entreprises (art. 11, 1^{er} al., let. a, OCCE)

Veillez indiquer:

- 1.1 en ce qui concerne la(les) entreprise(s) notifiante(s):
 - 1.1.1 le nom et le siège de la ou des entreprises qui acquièrent le contrôle d'une entreprise jusque-là indépendante ou des entreprises qui fusionnent.
 - 1.1.2 la nature de l'activité de cette(ces) entreprise(s) (brève description).
 - 1.1.3 les noms, adresse, numéros de téléphone et de fax ainsi que la fonction de la ou des personnes de contact dans cette(ces) entreprise(s).
- 1.2 en ce qui concerne l'(les) autre(s) entreprise(s) participante(s)
 - 1.2.1 le nom et le siège de la ou des entreprises qui font l'objet de la prise de contrôle, ou - en cas d'entreprise commune - qui est(sont) fondée(s).
 - 1.2.2 les activités de cette(ces) entreprise(s) (brève description).
 - 1.2.3 les noms, adresse, numéros de téléphone et de fax ainsi que la fonction de la ou des personnes de contact dans cette(ces) entreprise(s).

- 1.3 informations concernant les entreprises dont le chiffre d'affaires doit être inclus dans le calcul du chiffre d'affaires de chaque entreprise participante (voir art. 5 OCCE). Si les différentes entreprises qui entrent dans le calcul du chiffre d'affaires ne ressortent pas du rapport annuel, celles-ci ainsi que leurs domaines d'activité doivent être énumérés séparément dans une annexe.
- 1.4 en ce qui concerne l'aliénateur:
 - 1.4.1 nom et siège de l'(des) entreprise(s).
 - 1.4.2 activités commerciales de cette(ces) entreprise(s) (brève description).
 - 1.4.3 nom, adresse, numéro de téléphone, et numéro de fax et fonction des personnes de contact dans cette(ces) entreprise(s).
- 1.5 en ce qui concerne le(les) représentant(s) de l'(des) entreprise(s) soumises à l'obligation de notifier:
 - 1.5.1 nom et adresse.
 - 1.5.2 nom de la(des) personne(s) de contact.
 - 1.5.3 numéro de téléphone et de fax.

2. Description de l'opération de concentration (art. 11, 1^{er} al., let. b, OCCE)

Veillez décrire:

- 2.1 l'opération de concentration. S'agit-il d'une fusion, d'une prise de contrôle, d'une offre publique d'achat ou d'une entreprise commune? Quelle est la structure des rapports de contrôle existants et en quoi seront-ils modifiés? Quelles sont les modalités de la concentration?
- 2.2 les circonstances qui ont conduit à l'opération de concentration.
- 2.3 les objectifs poursuivis par la concentration.

3. Chiffres d'affaires (art. 11, 1^{er} al., let. c, OCCE)

Ce point ne concerne pas les entreprises ayant une position dominante au sens de l'article 9, 4^e alinéa, LCart ni les entreprises qui participent à cette opération.

Pour le calcul du chiffre d'affaires, il est renvoyé à l'article 9 LCart et aux articles 4 et 8 OCCE. Les entreprises des médias, les banques et les assurances doivent se référer aux règles particulières des articles 9, 2^e et 3^e alinéas, LCart et des articles 6 à 8 OCCE. Conformément à l'article 5, 1^{er} alinéa, OCCE, doit être pris en compte non seulement le chiffre d'affaires d'une entreprise participante, mais également celui:

- «a. des entreprises dans lesquelles elle dispose soit de plus de la moitié du capital ou des droits de vote, soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres des organes représentant légalement l'entreprise, ou encore de tout autre droit de conduire les affaires de l'entreprise (filiales);
- b. des entreprises qui disposent seules ou conjointement dans celle-ci des droits ou pouvoirs mentionnés à la lettre a (sociétés mères);
- c. des entreprises dans lesquelles une entreprise selon la lettre b dispose des droits et pouvoirs mentionnés à la lettre a (sociétés affiliées);
- d. des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées au présent alinéa disposent conjointement des droits ou pouvoirs énoncés à la lettre a (entreprises communes).»

Le chiffre d'affaires de l'entreprise aliénatrice n'est pas pris en compte dans le calcul du chiffre d'affaires.

Lorsque l'objet de la concentration est une partie d'une entreprise (qui est par exemple intégrée dans une entreprise commune), les chiffres d'affaires de la(des) future(s) entreprise(s) mère, filiale ou société affiliée, doivent être pris en compte.

Veillez indiquer:

- 3.1 Le chiffre d'affaires cumulé dans le dernier exercice précédant la concentration de toutes les entreprises participantes au niveau mondial. Est décisif pour la détermination du dernier exercice précédant la concentration, la date de la conclusion de l'acte générateur d'obligation;
- 3.2 le chiffre d'affaires cumulé dans le dernier exercice précédant la concentration de toutes les entreprises participantes en Suisse;
- 3.3 le chiffre d'affaires réalisé dans le dernier exercice précédant la concentration de chacune des entreprises participantes en Suisse.

4. Définition des marchés affectés par la concentration (art. 11, 1^{er} al., let. d, OCCE)

Pour déterminer les marchés affectés, les marchés pertinents doivent être définis au préalable. Le marché pertinent comprend le marché de produit et le marché géographique (art. 11, 2^e al., OCCE).

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

L'OCCE définit le marché relevant du point de vue des partenaires potentiels à l'échange et ainsi en principe du point de vue de la demande. Dans le cas où certaines conditions sont réunies et de manière additionnelle et séparée, la substituabilité du côté de l'offre peut entrer en considération². Si des offreurs sont en mesure de réorienter leur production vers les produits ou services en cause et de les commercialiser *à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel*, les capacités de production de ces offreurs doivent être additionnées au volume du marché relevant. En d'autres termes: ces offreurs doivent être considérés comme des concurrents des entreprises concernées.

Sont considérés comme marchés affectés au sens du présent formulaire les marchés

- sur lesquels la part de marché totale en Suisse de deux ou plusieurs entreprises participantes est de 20 pour cent ou plus, et ceux
- sur lesquels la part de marché en Suisse de l'une des entreprises participantes est de 30 pour cent ou plus.

Veillez indiquer:

- 4.1 chaque marché affecté par la concentration et expliquer pourquoi les produits et/ou les services de ces marchés sont inclus dans la définition du marché des produits (et pourquoi d'autres en sont exclus) en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés dans l'optique:
 - a) de vos clients (doivent être mentionnés les marchés d'écoulement des produits ou services relevant) et
 - b) de vos fournisseurs (doivent être mentionnés les marchés d'approvisionnement des produits ou services relevant).
- 4.2 les bases de calcul utilisées pour déterminer les volumes de marché et les parts de marché.

La réponse aux questions qui suivent est seulement nécessaire pour les marchés affectés mentionnés à la question 4.1.

² [Ainsi, par exemple dans l'affaire Migros-Globus, DPC 1997/3, p. 364 ss, no 18 s; cf aussi la Communication de la Commission européenne sur la détermination du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE 1997 C 372, p. 7 ss, no 20-23.](#)

Veillez décrire pour chaque marché affecté:

- 4.3 La structure de la distribution et de la demande, en particulier:
- les différentes phases du marché (expérimentation, décollage, expansion, maturité et déclin). Veillez indiquer dans ce contexte si la demande montre une tendance à l'avenir à l'accroissement, à la stagnation ou au déclin;
 - la répartition de la demande en fonction des types de clients et/ou une description des principaux clients;
- 4.4 l'importance de la recherche et du développement dans la capacité de soutenir la concurrence à long terme. Les dépenses de recherche et de développement effectuées par les entreprises participantes, de même que l'intensité de la recherche et du développement (c'est-à-dire la part des dépenses en recherche et développement au chiffre d'affaires), peuvent être utilisées comme indices;
- 4.5 la nature des travaux de recherche et de développement effectués par les entreprises participantes;
- 4.6 les principales innovations intervenues sur les marchés affectés, le moment où elles sont intervenues et les entreprises qui sont à l'origine de ces innovations;
- 4.7 le cycle d'innovation sur ces marchés et la phase du cycle dans laquelle se situent les entreprises participantes;
- 4.8 les licences de brevet, de savoir-faire et d'autres droits dont disposent les entreprises concernées sur les marchés affectés.

5. Parts de marché (art. 11, 1^{er} al., let. e, OCCE)

La réponse aux questions qui suivent est seulement nécessaire s'il existe des marchés affectés au sens de l'article 11, 1^{er} alinéa, lettre d, OCCE (cf. question 4.1).

Veillez indiquer pour *chaque marché affecté et pour les trois derniers exercices* en mentionnant les méthodes et les bases de calcul, les données suivantes (dans la mesure où elles diffèrent des informations fournies en réponse à la question 4.2):

- 5.1 Le volume de marché et les parts de marché des entreprises participantes;
- 5.2 les parts de marché de chacun des trois principaux concurrents, si ces informations sont disponibles.

6. Entrée sur le marché (art. 11, 1^{er} al., let. f, OCCE)

La réponse aux questions qui suivent est seulement nécessaire, lorsqu'il existe des marchés affectés au sens de l'article 11, 1^{er} alinéa, lettre d, OCCE (cf. question 4.1).

Veillez indiquer pour chaque marché affecté:

- 6.1 les entreprises nouvellement entrées sur le marché dans les cinq dernières années et les parts de marché qu'elles détiennent actuellement;
- 6.2 les entreprises qui pourraient entrer sur le marché dans les trois prochaines années et une estimation du délai prévisible de leur entrée sur le marché;
- 6.3 si possible, les coûts qui sont engendrés par l'entrée sur le marché d'une entreprise d'une dimension équivalente à celle d'un concurrent viable et important (besoin en capitaux pour le matériel, marketing, publicité, systèmes de distribution nécessaires, activités de recherche et de développement).
- 6.4 d'autres facteurs qui, en l'espèce, influencent les coûts d'accès sur le marché, en particulier
 - les autorisations de pouvoirs publics et/ou des normes techniques;
 - les contrats d'exclusivité existants en matière de fourniture ou de livraison;
 - les licences de brevet, de savoir-faire et autres droits;
 - les accords avec des clients et l'importance de la publicité;
 - les économies d'échelle pour la fabrication de produits ou la fourniture de services sur les marchés affectés;
 - le délai dans lequel l'entrée sur le marché doit être réalisée (le point de départ est le moment de la planification de l'entrée, le point final celui de l'entrée effective).

7. Documents à joindre à la notification (art. 11, 2^e al., OCCE)

Veillez joindre les documents suivants:

- 7.1 Copie des comptes et rapports annuels les plus récents de toutes les entreprises participantes.
- 7.2 Copie des contrats qui mettent en œuvre la concentration ou de ceux qui sont en rapport avec la concentration, pour autant que leur contenu essentiel ne ressorte pas déjà des informations fournies sous chiffres 2.1 à 2.3.
- 7.3 En cas d'offre publique d'achat, une copie du document de l'offre.
- 7.4 Copie des rapports, des analyses et des études commerciales élaborées en vue de la concentration qui contiennent des informations importantes pour l'évaluation de cette dernière, si

ces informations ne ressortent pas déjà des informations fournies sous chiffres 2.1 à 2.3.

8. Procuration

Le/les représentant/s de la/des entreprise/s notificante/s doit/doivent présenter une procuration écrite (art. 11, 2^e al., de la loi fédérale sur la procédure administrative; RS 172.021).

D 1.3 3. Annuncio di concentrazioni di imprese

Annuncio di concentrazioni di imprese

Formulario
del 7 settembre 1998

Parte I

A Scopo del presente formulario

Il presente formulario specifica le indicazioni che devono essere fornite, giusta l'articolo 11 dell'ordinanza del 17 giugno 1996 concernente il controllo delle concentrazioni di imprese (OCCI) (RS 251.4), in caso di annuncio di concentrazioni di imprese ai sensi degli articoli 4 capoverso 3 e 9 della legge federale del 6 ottobre 1995 sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (legge sui cartelli, LCart) (RS 251). Esso facilita il deposito dell'annuncio completo e permette alle autorità in materia di concorrenza di procedere in modo rapido e senza difficoltà all'esame preliminare ai sensi degli articoli 10 capoverso 1 e 32 LCart. Il presente formulario non ha forza di legge. Le imprese annuncianti il progetto di concentrazione devono sempre fare riferimento ai testi legali ed ai regolamenti delle autorità in materia di concorrenza.

Per ogni eventuale domanda in relazione con il formulario di annuncio, con l'esame preliminare o con l'esame della concentrazione, vogliate mettervi in contatto con la Segreteria. È possibile pure mettersi in contatto con la Segreteria per accordarsi sul contenuto preciso dell'annuncio, al seguente indirizzo:

Segreteria della Commissione della concorrenza
Effingerstrasse 27
3003 Berna
Tel. 031 322 20 40
Fax 031 322 20 53

B Annuncio facilitato

La Segreteria può esonerare le imprese partecipanti dall'obbligo di produrre alcune indicazioni o documenti di cui all'articolo 11 OCCI se essi non sono indispensabili per valutare il caso (art. 12 OCCI).

È possibile inoltrare un annuncio facilitato in particolare qualora la Commissione della concorrenza conosca già i mercati interessati dalla

concentrazione in seguito ad una decisione anteriore o qualora un'impresa comune sia creata al fine di entrare su un mercato nuovo in fase di sviluppo¹. Ad ogni modo, il contenuto dell'annuncio facilitato deve essere stabilito di comune accordo con la Segreteria.

C Definizioni

Concentrazioni di imprese:

Per concentrazioni di imprese, si intendono:

- la **fusione** di due o più imprese fino allora indipendenti le une dalle altre (art. 4 cpv. 3 lett. a LCart);
- **l'assunzione del controllo** (art. 4 cpv. 3 lett. b LCart): un'impresa assume il controllo di un'altra impresa fino allora indipendente quando ottiene, con l'acquisto di una partecipazione al capitale o in altro modo, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sull'attività di quest'ultima (art. 1 OCCI);
- **l'assunzione del controllo comune** di un'impresa o la costituzione da parte di due o più imprese di un'impresa che intendono controllare congiuntamente (art. 2 OCCI). Due (o più) imprese controllano congiuntamente un'impresa quando hanno la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività dell'impresa controllata (l'impresa comune). Le imprese partecipanti al controllo congiunto hanno ognuna il potere di bloccare decisioni strategiche concernenti l'attività dell'impresa comune. Nessuna delle imprese partecipanti al controllo può quindi mettere in atto decisioni strategiche senza l'accordo della o delle altre imprese (possibilità di una situazione di bloccaggio). La costituzione di un'impresa comune è considerata una concentrazione di imprese ai sensi della legge solamente quando le attività commerciali di almeno una delle imprese controllanti passano all'impresa comune (art. 2 cpv. 2 OCCI).

Impresa(e) partecipante(i):

Per impresa(e) partecipante(i), si intendono:

- in caso di fusione: le imprese che vi partecipano (art. 3 cpv. 1 lett. a OCCI). Esempi: nel caso in cui A e B si fondono in un'impresa C, le imprese partecipanti sono A e B, lo stesso se A assorbe l'impresa B o viceversa;
- in caso di assunzione del controllo (o di assunzione del controllo congiunto), le imprese controllanti e le imprese controllate (art. 3 cpv. 1 lett. b OCCI). Esempi: se A assume il controllo dell'impresa B, le imprese partecipanti sono A e B. Se le imprese A e B assumono congiuntamente il controllo dell'impresa C, le imprese partecipanti sono A, B e C;

¹ Cf. per esempio DiAx-SBCIS, DPC 2/1997, p. 197 segg., n. 35.

– quando la concentrazione concerne una parte d'impresa, siffatta parte è considerata impresa partecipante (art. 3 cpv. 2 OCCl). Esempio: se B comprende le divisioni B1 e B2 e A assume solamente il controllo di B1, le imprese partecipanti sono A e B1.

Impresa(e) annunciante(i): cf. qui di seguito lettera D (le imprese partecipanti non devono essere automaticamente assimilate alle imprese annuncianti il progetto di concentrazione).

Realizzazione: La realizzazione della concentrazione è la concretizzazione dell'atto generatore d'obblighi.

D Soggetti tenuti all'annuncio di un progetto di concentrazione

L'obbligo di annunciare incombe:

In caso di fusione: in comune alle imprese partecipanti (art. 9 cpv. 1 lett. a OCCl).

In caso di assunzione del controllo: all'impresa che assume il controllo (art. 9 cpv. 1 lett. b OCCl).

In caso di assunzione del controllo congiunto: congiuntamente alle imprese che assumono il controllo in comune (art. 9 cpv. 1 lett. b OCCl).

In caso di annuncio congiunto, le imprese che lo effettuano nominano almeno un rappresentante comune (art. 9 cpv. 2 OCCl).

Le imprese che annunciano il progetto o il loro rappresentante il cui domicilio o sede si trovano all'estero designano un domicilio di notificazione in Svizzera (art. 9 cpv. 3 OCCl).

E Necessità di un annuncio completo e esatto

Le imprese che annunciano devono fornire tutte le indicazioni richieste dal formulario o – in caso di annuncio facilitato – tutte le indicazioni richieste dalla Segreteria. Se le indicazioni non possono essere fornite tutte in modo completo, è necessario indicarne le ragioni.

Nel caso in cui tutte le indicazioni del formulario o le indicazioni richieste dalla Segreteria non siano fornite, e qualora alcun motivo valido sia addotto, l'annuncio è incompleto.

Le modifiche fondamentali di fatti descritti nell'annuncio sono comunicate spontaneamente e senza indugio alla Segreteria (art. 21 OCCl).

F Modalità dell'annuncio

Il progetto di concentrazione deve essere annunciato, conformemente all'articolo 9 LCart, prima della sua realizzazione. La conclusione dell'atto generatore d'obblighi è un preliminare necessario all'annuncio. In caso d'offerta pubblica d'acquisto, l'annuncio è inoltrato al più presto dopo la pubblicazione dell'offerta pubblica d'acquisto e in ogni caso prima della realizzazione.

Il termine di un mese per l'avvio dell'esame preliminare del progetto di concentrazione decorre dal giorno seguente l'arrivo dell'annuncio *completo* e scade allo spirare di quel giorno del mese successivo che per il numero corrisponde a quello dell'inizio della decorrenza del termine; se tal giorno manca nel mese successivo, il termine scade l'ultimo giorno di detto mese (art. 20 OCCI). Se l'ultimo giorno del termine è un sabato, una domenica o un giorno riconosciuto come festivo dal diritto del Cantone ove ha domicilio o sede la parte o il suo rappresentante, il termine scade il primo giorno feriale seguente giusta l'articolo 20 capoverso 3 della legge federale sulla procedura amministrativa (RS 172.021).

Entro dieci giorni la Segreteria accusa per scritto ricevuta dell'annuncio e ne conferma la completezza alle imprese interessate (art. 14 OCCI).

G Procedura da seguire

L'annuncio è inoltrato in una delle lingue ufficiali. In difetto d'altra disposizione, la procedura si svolgerà in questa lingua. Gli allegati possono essere presentati anche in inglese (art. 11 cpv. 4 OCCI).

L'annuncio di un progetto di concentrazione è inoltrato in cinque esemplari presso la Segreteria (art. 9 cpv. 1 OCCI). La Segreteria può dispensare la(le) impresa(e) annunciante(i) dall'obbligo di inoltrare l'annuncio in cinque esemplari.

Per facilitare l'esame da parte della Segreteria, le risposte sono fornite nell'ordine delle domande e si riferiscono al numero di quest'ultime.

H Divieto di realizzazione

Le imprese partecipanti non possono effettuare la concentrazione durante il mese seguente la comunicazione del progetto di concentrazione, a meno che la Commissione le autorizzi per motivi importanti, su loro richiesta (art. 32 cpv. 2 LCart). È considerato, in particolare, motivo importante il caso in cui il fallimento dell'impresa oggetto della concentrazione sarebbe imminente se il progetto di concentrazione non potesse essere realizzato (messaggio del 25 novembre 1994 concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza, FF 1995 I 475).

I Segreto d'affari

Le imprese partecipanti sono tenute a fornire alle autorità in materia di concorrenza tutte le informazioni utili e a produrre tutti i documenti necessari (art. 40 LCart).

Le autorità in materia di concorrenza serbano il segreto d'ufficio. Quanto appreso nell'esercizio delle loro funzioni può essere utilizzato unicamente per gli scopi perseguiti dalla raccolta d'informazioni o

dalla procedura. Le pubblicazioni delle autorità della concorrenza non devono rivelare alcun segreto d'affari (art. 25 LCart).

Qualora gli interessi di un'impresa partecipante fossero lesi se alcune informazioni venissero pubblicate o divulgate in altro modo ad un'altra impresa partecipante o a terzi, tali informazioni devono essere fornite separatamente, apponendo chiaramente la menzione «segreto d'affari». Le ragioni per le quali queste informazioni costituiscono dei segreti d'affari da non divulgare o pubblicare devono essere indicate.

J Sanzioni

All'impresa che effettua senza comunicazione una concentrazione soggetta a comunicazione o non osserva il divieto temporaneo di esecuzione è addossato un importo sino ad 1 milione di franchi (art. 51 cpv. 1 LCart).

All'impresa che non adempie o adempie solo in parte il suo obbligo di fornire informazioni o di presentare i documenti è addossato un importo sino a 100 000 franchi (art. 52 LCart).

Chiunque, intenzionalmente, non esegue o esegue solo in parte una decisione dell'autorità in materia di concorrenza concernente l'obbligo di fornire informazioni, esegue senza comunicazione una concentrazione soggetta a comunicazione oppure viola decisioni in relazione con le concentrazioni di imprese, è punito con la multa sino a 20 000 franchi (art. 55 LCart).

K Formulari di annuncio esteri

L'annuncio di un progetto di concentrazione inoltrato presso un'autorità estera può di norma essere pure indirizzato alla Commissione della concorrenza. Sono considerati completi gli annunci inoltrati in una delle lingue ufficiali (art. 11 cpv. 4 OCCl) che contengono tutte le indicazioni previste dall'articolo 11 OCCl. I passaggi dell'annuncio concernenti i dati specifici alla Svizzera devono inoltre essere indicati.

Alcuni concetti come quello di controllo, d'impresa comune, d'impresa partecipante e altri contenuti nelle regolamentazioni estere non sono sempre identici a quelli contenuti nella LCart e nell'OCCl. Se si desidera utilizzare formulari di annuncio esteri in Svizzera, la Commissione della concorrenza raccomanda di conseguenza di prendere dapprima contatto con la Segreteria al fin di chiarire se un tale annuncio può essere considerato completo in Svizzera. La Segreteria può anche comunicare alle parti che annunciano quali informazioni devono essere ancora completate.

Formulario d'annuncio dell'UE: le sezioni 1 a 12 del formulario CO d'annuncio delle concentrazioni conformemente al regolamento 4064/89 del Consiglio contengono tutte le informazioni richieste

dall'articolo 11 OCCI, fin tanto che i dati corrispondenti per la Svizzera sono completati.

Formulario comune d'annuncio di Germania, Francia e Gran Bretagna: il formulario comune d'annuncio dei progetti di concentrazione di Germania, Francia e Gran Bretagna contiene gran parte delle informazioni richieste dall'articolo 11 OCCI. Se tale formulario è compilato, affinché esso sia completo in Svizzera è necessario indicare le seguenti informazioni supplementari:

1. la cifra d'affari conformemente all'articolo 11 capoverso 1 lettera c OCCI (cfr. 3.1 a 3.3 della seconda parte di tale formulario d'annuncio);
2. la definizione secondo l'articolo 11 capoverso 1 lettera d OCCI dei mercati interessati dalla concentrazione, indicando almeno la struttura della distribuzione e della domanda come pure l'importanza della ricerca e sviluppo (cfr. 4.3 a 4.8 della seconda parte del presente formulario);
3. le quote di mercato detenute negli ultimi tre anni dalle imprese partecipanti e dai tre concorrenti più importanti sui mercati interessati conformemente all'articolo 11 capoverso 1 lettera e OCCI (cfr. 5.1 e 5.2 della seconda parte del presente formulario);
4. le informazioni conformemente all'articolo 11 capoverso 1 lettera f OCCI (cfr. 6.1 a 6.4 della seconda parte del presente formulario);
5. gli allegati secondo l'articolo 11 capoverso 2 OCCI (cfr. 7.1 a 7.4 della seconda parte del presente formulario).

Formulario d'annuncio dell'OCSE: l'OCSE prepara al momento un formulario d'annuncio delle concentrazioni. Non appena questo formulario verrà accettato dalle autorità competenti, la Commissione della concorrenza dovrà decidere in che misura esso potrà essere utilizzato anche in Svizzera.

Parte II

1. Indicazioni concernenti le imprese (art. 11 cpv. 1 lett. a OCCI)

Vogliate indicare:

- 1.1 Per quanto concerne l'(le) impresa(e) annunciante(i) il progetto di concentrazione:
 - 1.1.1 il nome e la sede delle imprese che assumono il controllo di un'impresa fino allora indipendente o delle imprese che si fondono;
 - 1.1.2 la natura dell'attività di queste imprese (breve descrizione);

- 1.1.3 i nomi, gli indirizzi, i numeri di telefono e di fax come pure la funzione della o delle persone di contatto in queste imprese.
 - 1.2 Per quanto concerne le imprese partecipanti:
 - 1.2.1 il nome e la sede della o delle imprese oggetto dell'assunzione del controllo, o – in caso d'impresa comune – il nome e la sede dell'impresa costituita;
 - 1.2.2 l'attività di queste imprese (breve descrizione);
 - 1.2.3 i nomi, gli indirizzi, i numeri di telefono e di fax come pure la funzione della o delle persone di contatto in queste imprese.
 - 1.3 Le informazioni concernenti le imprese la cui cifra d'affari deve essere inclusa nel calcolo della cifra d'affari di ogni impresa partecipante (cf. art. 5 OCCI). Se le diverse imprese che entrano nel calcolo della cifra d'affari non risultano dal rapporto annuale, queste ultime, come pure i loro ambiti d'attività, devono essere enumerati separatamente in allegato.
 - 1.4 Per quanto concerne l'alienatore:
 - 1.4.1 nome e sede delle imprese;
 - 1.4.2 attività commerciali di queste imprese (breve descrizione);
 - 1.4.3 i nomi, gli indirizzi, i numeri di telefono e di fax come pure la funzione della o delle persone di contatto in queste imprese.
 - 1.5 Per quanto concerne i rappresentati delle imprese sottoposte all'obbligo d'annuncio:
 - 1.5.1 nome e indirizzo;
 - 1.5.2 nome della o delle persone di contatto;
 - 1.5.3 numero di telefono e di fax.
- 2 Descrizione del progetto di concentrazione (art. 11 cpv. 1 lett. b OCCI)**

Vogliate descrivere:

Il progetto di concentrazione. Trattasi di una fusione, di una presa di controllo, di un'offerta pubblica d'acquisto o di un'impresa comune? Qual è la struttura dei rapporti di controllo esistenti e come saranno modificati? Quali sono le modalità della concentrazione?

- 2.2 Le circostanze che hanno portato al progetto di concentrazione.
- 2.3 Gli obiettivi perseguiti dalla concentrazione.

3 Cifre d'affari (art. 11 cpv. 1 lett. c OCCI)

Questo capitolo non concerne le imprese aventi una posizione dominante ai sensi dell'articolo 9 capoverso 4 LCart né le imprese che partecipano al progetto.

Per il calcolo della cifra d'affari, si rinvia all'articolo 9 LCart e agli articoli 4 a 8 OCCI. Le imprese operanti nel settore dei media, le banche e le assicurazioni devono fare riferimento alle regole particolari contenute nell'articolo 9 capoversi 2 e 3 LCart e negli articoli 6 a 8 OCCI. Conformemente all'articolo 5 capoverso 1 OCCI, deve essere presa in considerazione non soltanto la cifra d'affari di un'impresa partecipante, ma pure quella:

- «a. delle imprese nelle quali essa detiene più della metà del capitale o dei diritti di voto, o dispone della facoltà di eleggere più della metà dei membri degli organi chiamati a rappresentare legalmente l'impresa, o ancora, in altro modo, del diritto di dirigere gli affari dell'impresa (filiali);
- b. delle imprese che, singolarmente o in comune, vi dispongono dei diritti o dei poteri di controllo di cui alla lettera a (imprese madri);
- c. delle imprese nelle quali un'impresa ai sensi della lettera b dispone dei diritti e dei poteri di controllo di cui alla lettera a (impresa affiliata);
- d. delle imprese nelle quali più imprese menzionate nel presente capoverso dispongono in comune dei diritti o dei poteri di controllo di cui alla lettera a (imprese comuni).»

La cifra d'affari dell'impresa alienatrice non è presa in considerazione nel calcolo della cifra d'affari.

Qualora l'oggetto della concentrazione sia una parte di un'impresa (che è per esempio integrata in un'impresa comune), le cifre d'affari della(delle) futura(e) impresa(e) madre(i), filiale(i) o società affiliata(e), devono essere prese in conto.

Vogliate indicare:

- 3.1 la cifra d'affari cumulata a livello mondiale durante l'ultimo esercizio precedente la concentrazione di tutte le imprese partecipanti. È decisiva per stabilire l'ultimo esercizio precedente la concentrazione, la data della conclusione dell'atto generatore d'obblighi.
 - 3.2 La cifra d'affari cumulata durante l'ultimo esercizio precedente la concentrazione di tutte le imprese partecipanti in Svizzera.
 - 3.3 La cifra d'affari realizzata durante l'ultimo esercizio precedente la concentrazione da ognuna delle imprese partecipanti in Svizzera.
- 4 Definizione dei mercati interessati dalla concentrazione (art. 11 cpv. 1lett. d OCCI)**

Per stabilire quali siano i mercati interessati, devono innanzitutto essere definiti i mercati pertinenti. Il mercato pertinente comprende il mercato reale e il mercato territoriale (art. 11 cpv. 2 OCCI).

Il mercato reale comprende tutte le merci o prestazioni di servizi che la controparte sul mercato considera sostituibili quanto alle loro caratteristiche e all'uso al quale sono destinate (art. 11 cpv. 3 lett. a OCCI).

Il mercato territoriale comprende il territorio all'interno del quale la controparte sul mercato domanda o offre le merci o prestazioni di servizi che compongono il mercato reale (art. 11 cpv. 3 lett. b OCCI).

L'OCCI definisce il mercato pertinente dal punto di vista della controparte sul mercato, ossia in genere dal punto di vista della domanda. Nel caso in cui siano date determinate condizioni (e non alternative), l'offerta di sostituzione può essere presa in considerazione². Se gli offerenti sono in grado di adattare la loro produzione alle merci o alle prestazioni di servizi in questione, e di commercializzarle *a corto termine senza incorrere in alcun costo e in alcun rischio supplementare importante*, le capacità di produzione di questi offerenti devono essere sommate al volume del mercato pertinente. In altri termini, questi offerenti devono essere considerati come dei concorrenti delle imprese in questione.

Ai sensi del presente formulario, sono considerati mercati interessati dalla concentrazione quei mercati

- sui quali la quota comune totale di mercato in Svizzera è pari o superiore al 20 per cento, e
- sui quali la quota di mercato in Svizzera di una delle imprese partecipanti è pari o superiore al 30 per cento.

Vogliate indicare:

- 4.1 ogni mercato interessato dalla concentrazione e spiegare i motivi per i quali le merci e/o le prestazioni di servizi di questi mercati sono incluse nella definizione del mercato reale (e perché altre ne sono escluse) a causa delle loro caratteristiche, del loro prezzo e dell'uso al quale esse sono destinate nell'ottica:
- a. dei vostri clienti (devono essere indicati i mercati di smercio delle merci o delle prestazioni di servizi pertinenti) e

² Per esempio nel caso Migros-Globus, DPC 1997/3, p. 364 segg., n. 18 s; cf anche la Comunicazione della Commissione europea sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, Gazzetta ufficiale 1997 C 372, p. 5 segg., n. 20-23.

b. dei vostri fornitori (devono essere indicati i mercati d'approvvigionamento delle merci o delle prestazioni di servizi pertinenti).

4.2 Le basi di calcolo utilizzate per determinare i volumi di mercato e le quote di mercato.

La risposta alle domande seguenti è indispensabile unicamente per i mercati interessati di cui al punto 4.1.

Vogliate descrivere per ogni mercato interessato:

4.3 a struttura della distribuzione e della domanda, in particolare:

- le diverse fasi di mercato (sperimentazione, decollo, espansione, maturità e declino). Vogliate indicare in tale contesto se la domanda mostra una tendenza futura alla crescita, alla stagnazione o al declino;
- la ripartizione della domanda in funzione dei tipi di clienti e/o una descrizione dei clienti tipici.

4.4 L'importanza della ricerca e sviluppo nel determinare la capacità di mantenere a lungo termine una significativa capacità competitiva. I costi di ricerca e sviluppo sostenuti dalle imprese partecipanti come pure l'intensità della ricerca e sviluppo (ossia la quota delle spese per la ricerca e sviluppo rispetto alla cifra d'affari) possono essere utilizzati come indici.

4.5 La natura dei lavori di ricerca e sviluppo effettuati dalle imprese partecipanti.

4.6 Le più importanti innovazioni intervenute sui mercati interessati, quando si sono verificate e quali imprese ne sono all'origine.

4.7 Il ciclo d'innovazione sui mercati interessati e la fase di tale ciclo in cui si trovano le imprese partecipanti.

4.8 Le licenze di brevetto, *know-how* e altri diritti di proprietà intellettuale di cui dispongono le imprese in questione sui mercati interessati.

5 Quote di mercato (art. 11 cpv.1 lett. e OCCI)

È necessario rispondere alle domande seguenti unicamente in presenza di mercati interessati ai sensi dell'articolo 11 capoverso 1 lettera d) OCCI (cf. domanda 4.1).

Vogliate indicare *per ogni mercato interessato e per gli ultimi tre esercizi*, menzionando i metodi e le basi di calcolo, i dati seguenti (nella misura in cui si differenziano dalle informazioni fornite in risposta alla domanda 4.2):

5.1 il volume di mercato e le quote di mercato delle imprese partecipanti.

5.2 Le quote di mercato di ognuno dei tre concorrenti più importanti, se tali indicazioni sono disponibili.

6 Ingresso sul mercato (art. 11 cpv.1 lett. f OCCI)

È necessario rispondere alle domande seguenti unicamente in presenza di mercati interessati ai sensi dell'articolo 11 capoverso 1 lettera d OCCI (cf. domanda 4.1).

Vogliate indicare per ogni mercato interessato:

6.1 le imprese entrate sul mercato durante gli ultimi cinque anni e le quote di mercato di cui dispongono attualmente.

6.2 Le imprese che potrebbero entrare sul mercato durante i prossimi tre anni e una stima del termine prevedibile del loro ingresso sul mercato.

6.3 Se possibile, i costi generati dall'ingresso sul mercato di un'impresa avente dimensioni equivalenti a quelle d'un concorrente di rilievo (fabbisogno in capitali per il materiale, il marketing, la pubblicità, i sistemi di distribuzione necessari, le attività di ricerca e sviluppo).

6.4 Altri fattori che influenzano i costi d'accesso al mercato, in particolare:

- le autorizzazioni dei poteri pubblici e le norme tecniche;
- i contratti d'esclusività esistenti in materia di forniture o di consegna;
- le licenze di brevetto, *know-how* e altri diritti;
- gli accordi con i clienti e l'importanza della pubblicità;
- le economie di scala per la fabbricazione di merci o la fornitura di prestazioni di servizi sui mercati interessati;
- il termine entro il quale l'entrata sul mercato deve aver luogo (il punto di partenza è il momento della pianificazione dell'entrata, il punto d'arrivo è quello dell'entrata effettiva).

7 Documenti da accludere all'annuncio (art. 11 cpv. 2 OCCI)

Vogliate accludere i seguenti documenti:

7.1 copia dei conti e rapporti annuali più recenti di tutte le imprese partecipanti.

7.2 Copia dei contratti che rendono operativa la concentrazione o di quelli in relazione con la concentrazione, se il loro contenuto non risulta già dalle informazioni fornite ai punti 2.1 a 2.3.

- 7.3 In caso d'offerta pubblica d'acquisto, una copia del documento d'offerta.
- 7.4 Copia dei rapporti, delle analisi e degli studi commerciali elaborati in vista della concentrazione contenenti indicazioni essenziali per la valutazione di quest'ultima, se queste informazioni non risultano già dalle indicazioni fornite ai punti 2.1 a 2.3.

8 Procura

I rappresentanti delle imprese annuncianti il progetto di concentrazione devono presentare una procura scritta (art. 11 cpv. 2 della legge federale sulla procedura amministrativa, RS 172.021).

D 2 **Bibliographie** **Bibliographie** **Bibliografia**

1. Aufsätze und Zeitungsartikel / articles /articoli

PHILIPPE GUGLER / PHILIPP ZURKINDEN, Das neue Schweizer Kartellgesetz im Vergleich zum europäischen und österreichischen Kartellrecht, in *Wirtschaft und Gesellschaft*, 24. Jahrgang (1998), Heft 3

BRECHTBÜHL Beat A., Fusionskontrolle: Innovationsmarkt-Analyse und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, *RSDA* 1998, S. 173 ff

LEUPOLD Michael, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, *RSDA* 1998, S. 183ff

WEBER Rolf, Liberalisierung des Fernmeldemarktes: Erste Erfahrungen, *Media Lex* 3/1998, S. 127 ff

Abkürzungsverzeichnis**Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

L

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände

LMI	LF sur le marché intérieur	RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
LMP	LF sur les marchés publics	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio	RR	Regierungsrat
LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
M		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
N			
O		S	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	T	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
P		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	U	
Publ.CCSPR	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Q		URG	BG über das Urheberrecht
R		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	V	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		

VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
W	
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

Abrede 388f
accordi 540
accords 421, 478, 529
aktuelle Konkurrenz 397
Art. 4 Abs. 1 KG 381, 387
Art. 5 Abs. 3 lit. a KG 376, 388
Art. 7 KG 369, 374
Artikel 5 KG 382
Auflagen 394, 402, 410

B

beabsichtigte Lenkungswirkung 445
Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 388,
408

F

Festsetzung von Preisen 388
Feststellungsverfügung 425f, 428ff, 465

G

Gemeinschaftsunternehmen 463, 465, 467f,
471, 473f, 476f, 508, 512, 514f, 542
Gründe wirtschaftlicher Effizienz 388

H

Herstellungs- oder Vertriebskosten 390
horizontale Abrede 479

K

kollektive Marktbeherrschung 400, 406
kollektiven Marktbeherrschung 400, 405,
407f, 418
Kollusion 400

M

marché géographique 526, 527
marchés publics 542, 543
Marktanteile 397, 400f, 405, 407, 416, 417,
512, 516f

Marktanteilsaddition 418, 420
marktbeherrschende Stellung 374, 400, 408ff,
412, 417f, 420f, 433f, 463, 467
marktbeherrschende Unternehmen 369
Marktbeherrschende Unternehmen 372
marktbeherrschenden Unternehmens 369
marktbeherrschendes Unternehmen 374, 378
Marktbeherrschung 400f, 403
Marktgegenseite 372f, 388, 395f, 400f, 404,
417, 515
Marktöffnung 490
Marktzutritt 517, 518
Marktzutrittsschranken 401ff, 406, 408
Meldepflicht 393, 414, 461, 463, 465, 468,
471ff, 476f
missbräuchliches Verhalten 428, 432
Monopolstellung 373, 438

O

offreurs 527

P

position dominante 369, 500, 525
potentielle Konkurrenz 402, 404, 406
Preiswettbewerb 390, 407, 409, 443

R

Räumlich relevanter Markt 373, 396
Rechtfertigung 390, 482f
relevante Markt 372, 388, 420, 515
relevanter Markt 372, 418

S

sachlich relevanter Markt 388
Sachlich relevanter Markt 372, 395, 396
Schwellenwerte 393
staatliche Markt- oder Preisordnung 372
substituierbar 372, 395, 515
Substitutionswettbewerb 401, 403

U

unabhängig 400, 420, 424, 432, 471

unabhängig verhalten 372

Unternehmen 371f, 387, 393f, 414, 419ff,
423, 429, 461, 466f, 474ff, 507ff, 542

Unzulässige Verhaltensweisen 374

V

Verstärkung einer marktbeherrschenden
Stellung 415, 418

Vorläufige Prüfung 412, 414, 415, 418, 420

W

Wettbewerbsabreden 382, 387, 478, 480ff

Wettbewerbsbeschränkung 375f, 387, 392,
432, 482

Widerlegung der Vermutung 389

wirtschaftliche Effizienz 482