



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

**1998 / 4**

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission  
currence  
CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

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

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

Vertrieb:

Eidgenössische Druck-  
sachen- und Material-  
zentrale  
CH-3000 Bern

Vente:

Office central fédéral  
des imprimés et du  
matériel  
CH-3000 Berne

Vendita:

Ufficio centrale federale  
degli stampati e del  
materiale  
CH-3000 Berna

Preis Einzelnummer:

Fr. 25.--

Prix au numéro:

Fr. 25.--

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Fr. 80.--

Prix de l'abonnement annuel:

Fr. 80.--

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

(Form: 701.000.98/4)

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

**1998 / 4**

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

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

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

Dezember / décembre / dicembre 1998

<b>Systematik</b>	<p><b>A Tätigkeitsberichte</b>  A 1 Wettbewerbskommission  A 2 Preisüberwacher</p> <p><b>B Verwaltungsrechtliche Praxis</b>  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><b>C Zivilrechtliche Praxis</b>  C 1 Kantonale Gerichte  C 2 Bundesgericht</p> <p><b>D Entwicklungen</b>  D 1 Erlasse, Bekanntmachungen  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Diverses</b></p>
<b>Systematique</b>	<p><b>A Rapports d'activité</b>  A 1 Commission de la concurrence  A 2 Surveillance des prix</p> <p><b>B Pratique administrative</b>  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><b>C Pratique des tribunaux civils</b>  C 1 Tribunaux cantonaux  C 2 Tribunal fédéral</p> <p><b>D Développements</b>  D 1 Actes législatifs, communications  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Divers</b></p>

<b>Systematik</b>	<p><b>A Tätigkeitsberichte</b>  A 1 Wettbewerbskommission  A 2 Preisüberwacher</p> <p><b>B Verwaltungsrechtliche Praxis</b>  B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission  B 2 Wettbewerbskommission  B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen  B 4 Bundesgericht  B 5 Bundesrat  B 6 Preisüberwacher</p> <p><b>C Zivilrechtliche Praxis</b>  C 1 Kantonale Gerichte  C 2 Bundesgericht</p> <p><b>D Entwicklungen</b>  D 1 Erlasse, Bekanntmachungen  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Diverses</b></p>
<b>Systématique</b>	<p><b>A Rapports d'activité</b>  A 1 Commission de la concurrence  A 2 Surveillance des prix</p> <p><b>B Pratique administrative</b>  B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence  B 2 Commission de la concurrence  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><b>C Pratique des tribunaux civils</b>  C 1 Tribunaux cantonaux  C 2 Tribunal fédéral</p> <p><b>D Développements</b>  D 1 Actes législatifs, communications  D 2 Bibliographie</p> <p><b>E Divers</b></p>
<b>Sistematica</b>	<p><b>A Rapporti d'attività</b>  A 1 Commissione della concorrenza  A 2 Sorveglianza dei prezzi</p> <p><b>B Prassi amministrativa</b>  B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza  B 2 Commissione della concorrenza  B 3 Commissione di ricorso in materia di concorrenza  B 4 Tribunale federale  B 5 Consiglio federale  B 6 Sorvegliante dei prezzi</p> <p><b>C Prassi dei tribunali civili</b>  C 1 Tribunali cantonali  C 2 Tribunale federale</p> <p><b>D Sviluppi</b>  D 1 Atti legislativi, comunicazioni  D 2 Bibliografia</p> <p><b>E Diversi</b></p>

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****1998 / 4**

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

**B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**

Secrétariat de la Commission de la concurrence

Segreteria della Commissione della concorrenza

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

- |     |   |     |
|-----|---|-----|
| 1.1 | Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen  | 545 |
| 1.2 | Versandapotheke MediService AG  | 549 |
| 1.3 | Implants chirurgicaux pour l'ostéosynthèse  | 555 |
| 1.4 | Dottor Gino Slivar  | 555 |
| 1.5 | Tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires | 562 |
| 1.6 | Homologation und Sponsoring von Fussbällen  | 567 |

**3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi 573**

- |     |   |     |
|-----|---|-----|
| 3.1 | Ausführungsbestimmungen zum neuen Landwirtschaftsgesetz | 573 |
|-----|---|-----|

**4. Beratungen Conseils Consulenze 582**

- |     |                |     |
|-----|----------------|-----|
| 4.1 | Eureko Allianz | 582 |
|-----|----------------|-----|

**B 2 Wettbewerbskommission**

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

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

- |     |  |     |
|-----|--|-----|
| 1.1 | Schweizerische Meteorologische Anstalt | 586 |
|-----|--|-----|

**2. Untersuchungen / Enquêtes / Inchieste**

- |     |                                 |     |
|-----|---------------------------------|-----|
| 2.1 | Telecom PTT-Fachhändlerverträge | 599 |
|-----|---------------------------------|-----|

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

- |     |  |     |
|-----|--|-----|
| 3.1 | Exxon / Shell                                  | 600 |
| 3.2 | Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe – Swisscom | 601 |

**4. Sanktionen / Sanctions / Sanzioni**

- |     |  |     |
|-----|--|-----|
| 4.1 | Curti & Co. AG                                   | 613 |
| 4.2 | Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Comtop AG | 620 |

**5. Andere Entscheide / Autres décisions / Altre decisioni**

- |     |  |     |
|-----|--|-----|
| 5.1 | Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz        | 621 |
| 5.2 | Principes relatifs aux avis de droit selon l'art. 15 al. 1 LCart | 622 |

<b>6. Empfehlungen / Préavis / Preavvisi</b>	
6.1 Versandhandels mit Arzneimitteln in den Kantonen	623
<b>7. Stellungnahmen / Préavis / Preavvisi</b>	
7.1 Vernehmlassungsverfahren Revision VVG und VAG	634
<b>8. Diverses / Divers / Diversi</b>	
8.1 Missbräuche im Zinswesen: Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats mit den entsprechenden Bundesgesetzen (BGBM, KG)	639
<b>B 3 Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>	
Commission de recours pour les questions de concurrence	
Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF	655
<b>C Zivilrechtliche Praxis</b>	
<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
<b>C 1 Kantonale Gerichte</b>	
Tribunaux cantonaux	
Tribunali cantonali	
1. Verwaltungsgericht des Kantons Zürich	678
2. Handelsgericht des Kantons Zürich	683
<b>C 2 Bundesgericht</b>	
Tribunal fédéral	
Tribunale federale	
1. Zulassung als Notar	700
2. Sanzioni disciplinari	709
3. Konkurrenzverbot	718
<b>D Entwicklungen</b>	
<b>Développements</b>	
<b>Sviluppi</b>	
<b>D 1 Erlasse, Bekanntmachungen</b>	
Actes législatifs, communications	
Atti legislativi, comunicazioni	
<b>3. Formulare Formulaire formulari</b>	<b>725</b>
3.1 Form for the Notification of Concentration of Undertakings	725
<b>D 2 Bibliographie</b>	
Bibliographie	
Bibliografia	<b>736</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	<b>737</b>
<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	<b>VI</b>

## **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.    Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen**

*Unzulässige Wettbewerbsabrede sowie unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 5 und 7 KG*

*Accords illicites et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 5 et 7 LCart*

*Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 5 e 7 LCart*

*Schlussbericht vom 6. August 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen*

### **A.    Sachverhalt**

1. Mit Schreiben vom 25. Mai 1998 beklagte sich ein Betreiber einer Frankiermaschine „Hasler“ darüber, dass ausschliesslich die drei von der Post bezeichneten Hersteller berechtigt sind, Frankiermaschinen anzubieten. Ferner störte er sich daran, dass die jeweiligen Hersteller nur ihre eigenen Maschinen warteten, nicht aber diejenigen ihrer Konkurrenten.

2. Um zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sowohl im Sinne von Art. 5 als auch von Art. 7 KG vorliegen, eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 29. Mai 1998 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Befragt wurden die Post, Bern, die drei Hersteller der von der Post akzeptierten Frankiermaschinen (Frama AG, Laupersdorf; Ascom Hasler Mailingsysteme AG, Bern; Pitney Bowes AG, Effretikon) sowie die Klagende.

3. Im Rahmen der Vorabklärung war zu untersuchen, ob die Homologationspraxis der Post in bezug auf Frankiermaschinen den Marktzutritt auf missbräuchliche Weise erschwert und ob die Weigerung



der Hersteller, Geräte der Konkurrenz zu warten, auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede basiert.

## **B. Erwägungen**

### **1 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens**

4. Als marktbeherrschende Unternehmen i.S. von Art. 4 Abs. 2 KG 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). Im vorliegenden Fall ist atypisch, dass mit der Post dasjenige Unternehmen, dem allenfalls missbräuchliches Verhalten anzulasten ist, nicht selbst auf dem Markt tätig ist, auf welchem die Auswirkungen zu spüren sind.

5. Da sich zeigen wird, dass der Post kein missbräuchliches Verhalten und daher kein Verstoss gegen die einschlägigen Bestimmungen des KG nachgewiesen werden kann (vgl. unten Rz 15), erübrigt sich eine abschliessende Abgrenzung des Marktes für zu frankierende Postsendungen. Nachfolgend ist deshalb ausschliesslich auf den vorgelagerten Markt für Frankiermaschinen einzutreten und zu prüfen, ob die Post auf missbräuchliche Art und Weise die Marktzutrittsbedingungen diktiert.

#### **1.1 Der relevante Markt**

##### **1.1.1 Sachlich relevanter Markt**

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

7. Frankiermaschinen dienen der Frankierung von Briefpostsendungen und Paketen, wobei die Aufdrucke Briefmarken ersetzen. Gegenwärtig stehen in der Schweiz ca. 40'200 Frankiermaschinen in Betrieb. Damit werden jährlich Frankaturen im Wert von über CHF 600 Mio. erstellt (ca. 20% des allgemeinen Postertrages).

8. Das Zählwerk einer Maschine registriert den Wert der Aufdrucke. Den Benützern wird dann periodisch aufgrund des Zählerstandes von der Post Rechnung gestellt. Im Gegensatz zum Kauf einer Briefmarke wird der Beförderungspreis somit erst nach Inanspruchnahme der Postdienstleistung entrichtet. Ausserdem resultiert ein Komfortgewinn für die „Frankierenden“ insbesondere bei grösserem Versandvolumen. Substitutionsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Briefpostsendungen bestehen keine. Es ist von einem sachlich relevanten Markt für Frankiermaschinen auszugehen.

9. Der Markt umfasst zusätzlich die Wartung der Geräte. Die Hersteller der von der Post homologierten Frankiermaschinen sind gegenüber letzterer verpflichtet, eine rasche und zuverlässige Instandhaltung sicherzustellen. Die Besitzer ihrerseits sind verpflichtet, ihre Geräte jährlich warten zu lassen (Ziff. 3.1 AGB). Dabei haften die Hersteller namentlich für Frankaturfehlbeträge aus fehlerhaftem Gang oder aufgrund mangelhafter Wartung, sofern der Schaden nicht dem Besitzer anzulasten ist (jeweils Ziff. 18 Rahmenvertrag zwischen der Post und den Herstellern homologierter Geräte). Ferner machen die Hersteller geltend, dass sie weder über Ersatzteile und Zubehör für die Wartung der Geräte der Konkurrenz noch über die entsprechende Produktekenntnis verfügen.

### **1.1.2 Räumlich relevanter Markt**

10. 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).

11. Die Hersteller der Frankiermaschinen verfügen alle über ein flächendeckendes Vertriebsnetz, während die Nachfrager von Frankiermaschinen Kunden der schweizerischen Post sind. Es ist deshalb naheliegend, von einem nationalen Markt auszugehen.

### **1.2 Marktstruktur und -zutrittsbedingungen**

12. Gegenwärtig bieten in der Schweiz drei Hersteller Frankiermaschinen an (vgl. oben Rz 2). Die 1997 erzielten Umsätze aus Verkauf und Vermietung (sehr selten) lassen bei einem Marktvolumen von CHF 5,1 Mio. auf Marktanteile von ca. 40% für Ascom und je ca. 30% der beiden anderen Anbieterinnen schliessen. Im Bereich der Wartung sind die Anteile bei einem Marktvolumen von ca. CHF 3,5 Mio. ähnlich verteilt.

13. Marktzutritte sind abhängig von der Zulassung eines oder mehrerer Maschinentypen durch die Post. Dies entspreche weltweiten Gepflogenheiten. Ascom hat mit der Post zum ersten Mal im Jahr 1923 einen unbefristeten Rahmenvertrag „über die Zulassung und den Vertrieb von Frankiermaschinen“ abgeschlossen. Pitney Bowes und Frama erhielten ihre ersten Zulassungen Ende 1968 bzw. 1970.

14. Die Rahmenverträge definieren die technischen Voraussetzungen für die Homologation der Geräte und verpflichten die Hersteller zur Gewährleistung einer sicheren und raschen Wartung. Die Homologation erfolgt im Anschluss an ein entsprechendes Gesuch der Hersteller. Dabei ist unerheblich, ob es sich um ein eingesehnes Unternehmen oder um einen Newcomer handelt. Gemäss Aussage der Post könne „selbstverständlich [ ... ] jeder Hersteller eine Frankiermaschine zur Homologation anmelden“ (Stellungnahme der Post vom 13. Juli 1998, II.12.). Dennoch sei die Anzahl Gesuche in den letzten Jahren angesichts eines gesättigten Marktes rückläufig. Immerhin wurde En-

de 1994 ein Modell eines neuen Anbieters (Telefrank) homologiert; der Verkauf freilich ist noch nicht angelaufen.

### **1.3 Ergebnis**

15. Die Post hat somit zwar massgeblichen Einfluss auf die Struktur des Angebots, diskriminiert mit ihrer Praxis indessen niemanden. Wer mit seinen Geräten objektiv klar definierte Kriterien erfüllt, kann diese anbieten. Auch neue Geräte eingesessener Unternehmen müssen von der Post nach identischen Kriterien zugelassen werden. Eine missbräuchliche Verhaltensweise i.S. von Art. 7 KG ist der Post in diesem Zusammenhang somit nicht zur Last zu legen.

## **2 Unzulässige Wettbewerbsabreden**

### **2.1 Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)**

16. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Die Post ist zwar nicht selbst auf dem Markt für Frankiermaschinen tätig, doch bewirkt die Bestimmung in den Rahmenverträgen, wonach die Hersteller die Wartung der von ihnen vertriebenen Geräte zu gewährleisten haben, durchaus eine Wettbewerbsbeschränkung im entsprechenden Bereich. Es liegen somit Wettbewerbsabreden i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

17. Auf Seiten der Hersteller wurde nie vereinbart, keine Geräte der Konkurrenz zu warten. Hinweise auf ein abgestimmtes Verhalten haben sich ebenfalls keine ergeben. Dafür sind die eingereichten Dokumente und Berechnungsgrundlagen bzw. -beispiele zu unterschiedlich. Vielmehr sind die Hersteller aus Haftungs- und Garantiegründen gar nicht daran interessiert, Konkurrenzprodukte zu warten (vgl. oben Rz 9).

### **2.2 Beurteilung der Abreden nach Art. 5 KG**

18. Die in Art. 5 Abs. 3 KG statuierten Vermutungstatbestände erfassen Horizontalabreden über Preise, Mengen und Marktaufteilungen. Vertikalabreden werden von Gesetzes wegen nur dann mit einer negativen Vermutung behaftet, wenn sie mit einer Horizontalabrede gekoppelt sind, die ihrerseits den Vermutungstatbestand erfüllt (Botschaft zum KG vom 23. November 1994, 566).

19. Eine Horizontalabrede auf Stufe der Hersteller liegt nicht vor. Der Umstand, dass die Hersteller nur ihre eigenen Geräte warten, ist darauf zurückzuführen, dass sie gegenüber der Post für mangelhafte Wartung und darauf zurückzuführende Einkommensverluste haften. Ihr wirtschaftliches Interesse, „fremde“ Geräte zu warten bzw. die eigenen von der Konkurrenz warten zu lassen, ist somit aus naheliegenden Gründen sehr gering. Ausserdem deutet nichts darauf hin,

dass sie aufgrunddessen mit der Wartung übermässige Gewinne erzielen würden.

20. Betreffend die Bestimmungen über die Wartung in den Rahmenverträgen zwischen der Post und den Herstellern drängt es sich auf, diese analog vertikalen Abreden zu behandeln. Mangels damit gekoppelter Horizontalabreden ist die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG aber zu verneinen. Zu prüfen bleibt, ob die Abreden betreffend die Wartung ausreichen, den Wettbewerb auf dem Markt für Frankiermaschinen in einem Masse zu beeinträchtigen, dass von kartellrechtlicher Unzulässigkeit auszugehen wäre.

### **2.3 Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung**

21. Im Bereich der Wartung ist Wettbewerb insofern ausgeschaltet, als der Entscheid für oder gegen einen Anbieter von Wartungsdienstleistungen - also für oder gegen einen Hersteller - im Moment des Gerätekaufes fällt. Auf dem Gerätemarkt dagegen ist der Wettbewerb zwischen den Herstellern homologierter Frankiermaschinen wirksam. Die Wartung ist dabei immerhin als wichtiger Wettbewerbsparameter zu werten. Aus Sicht des Gesamtmarktes ergibt sich somit, dass die Abreden betreffend die Wartung nicht geeignet sind, Wettbewerb auf dem Markt für Frankiermaschinen in erheblichem Masse zu beeinträchtigen. Ebenso wenig eröffnen sie den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).

22. Es liegen somit keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 5 KG vor.

## **C. Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass weder Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i.S. von Art. 7 KG noch für unzulässige Wettbewerbsabreden i.S. von Art. 5 KG vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. Eröffnet

B 1.1	<b>2. Versandapotheke MediService AG</b>
-------	--

*Unzulässige Wettbewerbsabrede sowie unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 5 und 7 KG*

*Accords illicites et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 5 et 7 LCart*

*Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 5 e 7 LCart*

*Schlussbericht vom 24. September 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Versandapotheke MediService AG*

## **A. Sachverhalt**

1. Der Schweizerische Apothekerverein (SAV) hat sich in seinem Schreiben vom 23. April 1997 beklagt, die Versandapotheke MediService AG (nachfolgend MediService) und die selbstdispensierenden Ärzte (nachfolgend SD-Ärzte) hätten marktbeherrschende Stellungen inne und drängten mittels dieser Stellungen die Offizinapotheken (nachfolgend Apotheken) aus dem Markt. Somit werde der Wettbewerb auf dem Markt für verschriebene Arzneimittel verunmöglicht oder zumindest erheblich beeinträchtigt.

2. Im März 1997 hat MediService vom Gesundheitsamt des Kantons Solothurn eine Bewilligung für den Betrieb einer Versandapotheke erhalten. MediService hat seine Tätigkeit im April 1997 aufgenommen. Gegen Vorweisen eines Arztrezepts versendet MediService nun Medikamente der IKS-Kategorien A, B, C und D an Langzeitpatienten.

3. MediService wurde mit der finanziellen Hilfe der Helsana Versicherungen AG (nachfolgend Helsana) aufgebaut. Sie besitzt heute 60% des Aktienkapitals der MediService. Die restlichen 40% gehören der Controlmed AG in Zürich, einer im Gesundheitswesen tätigen Investorengruppe. Die Aktienstruktur ist gemäss Auskunft vom geschäftsführenden Direktor von MediService, J.P. Krähenbühl, noch nicht definitiv. Neue Aktionäre und ein Rückzug des finanziellen Engagements der Helsana sind ein Diskussionsthema. Zur Zeit arbeitet MediService mit folgenden Krankenversicherungen zusammen: Helsana, SBB Krankenkasse, Groupe Mutuel, SMUV, Progrès, Schweizerische Lehrerkrankenkasse (SLKK) und Provita. Sie beliefert rund 9'000 Patienten regelmässig.

4. Am 20. Mai 1997 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG) eröffnet. Zur näheren Abklärung des Sachverhalts wurde dem SAV und MediService je ein Fragebogen zugestellt.

5. In der Vorabklärung wird nun überprüft, ob Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG zu finden sind. Von Amtes wegen prüft das Sekretariat der Wettbewerbskommission auch, ob Indizien für unzulässige Abreden zwischen Marktteilnehmern gemäss Art. 5 KG bestehen.

## B. Erwägungen

### 1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG

#### 1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)

6. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Laut der 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 Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen selbständig am Wirtschaftsprozess beteiligen. MediService und die Mitglieder des SAV wie auch die SD-Ärzte sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

#### 1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)

7. Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 lit. A KG).

8. Die Zulässigkeit des Versandhandels von Medikamenten ist in den kantonalen Gesundheitsgesetzen und entsprechenden Verordnungen geregelt. Einige Kantone verbieten den Versandhandel ausdrücklich, währenddem in anderen Kantonen keine expliziten Regelungen vorhanden sind bzw. der Versandhandel erlaubt ist. Die folgende kartellrechtliche Beurteilung bezieht sich ausschliesslich auf Kantone, in denen der Versandhandel von Medikamenten zulässig ist.

9. Die Bewilligung zur Führung einer Privatapotheke und die damit verbundene Zulassung von SD-Ärzten ist ebenfalls in den kantonalen Gesetzen und entsprechenden Verordnungen verankert. Die Marktstellung der SD-Ärzte ist somit nicht Resultat von wettbewerblichem Verhalten dieser, sondern durch kantonale Regelungen bestimmt. Den SD-Ärzten steht jedoch ein unternehmerischer Handlungsspielraum offen. Innerhalb dieses Bereiches kann sich das Sekretariat zu Missbräuchen einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung äussern.

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

10. 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).

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

## **2.1 Der relevante Markt**

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

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

13. 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).

14. Die Marktgegenseite der Apotheken (Offizin- oder Versandapotheken) und der SD-Ärzte sind die Patienten: Muss ein Patient ein Medikament der IKS-Kategorien A oder B (rezeptpflichtiges Medikament) besorgen oder will er, dass ein Medikament von der Krankenkasse rückerstattet wird (rezeptfähiges Medikament), so sind für ihn die Dienstleistungen dieser drei Akteure substituierbar. Bei allen drei Stellen kann er das benötigte Medikament innert vergleichbarer Frist und mit den für ihn notwendigen Informationen nachfragen. Der sachlich relevante Markt kann somit als Markt für Vertriebsdienstleistungen für rezeptpflichtige bzw. rezeptfähige Arzneimittel bezeichnet werden.

15. Obwohl sich MediService gemäss ihren Angaben auf die Belieferung von Langzeitpatienten konzentriert, können alle Medikamente, für die der Patient ein Rezept vorweisen kann, bei MediService bezogen werden. Somit muss beim sachlich relevanten Markt nicht zwischen Langzeit- und Akutpatienten unterschieden werden.

### **b) Räumlich relevanter Markt**

16. 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).

17. Die Patienten können rezeptpflichtige Arzneimittel, die sie von den Krankenkassen rückvergütet haben wollen, nur in der Schweiz kaufen. Der räumlich relevante Markt beschränkt sich somit auf die Schweiz. Für Patienten, welche in Kantonen wohnen, in denen der Versandhandel verboten ist, wird der relevante Markt eher regional beschränkt sein. Für die Zwecke des vorliegenden Falles kann aber auf eine regionale Marktabgrenzung verzichtet werden.

## **2.2 Marktstellung**

18. Als Wettbewerber sind die Offizinapotheken, die Versandapotheken und – abhängig von den kantonalen Bestimmungen – ge-

benenfalls auch die SD-Ärzte auf dem Markt tätig. Die Marktanteile für den Verkauf von rezeptpflichtigen Medikamenten in der gesamten Schweiz betrugen 1997 (Quelle: Marktflash, Sanphar, Nr. 1/Juni 1998)

?? Apotheken: 69,8%,

?? SD-Ärzte: 30,2%.

19. Die Marktanteile können jedoch von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich sein, weil die Anzahl zugelassener SD-Ärzte von Region zu Region sehr variieren kann.

20. Durch den Markteintritt von MediService im Speziellen, aber auch durch den Versandhandel im Allgemeinen wird sich der Marktanteil der Offizinapotheken voraussichtlich verkleinern. Neben MediService, welche neu auf dem Markt aufgetreten ist, und zwei weiteren kleinen Versandapotheken bestehen in der Schweiz zur Zeit ca. 1'600 Offizinapotheken. Eine marktbeherrschende Stellung von MediService ist daher nicht gegeben.

21. Bezüglich der marktbeherrschenden Stellung von SD-Ärzten können vorliegend keine Abklärungen vorgenommen werden (vgl. Ziffer 9). Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die SD-Ärzte daran interessiert sind, Medikamente selbst abzugeben, weil sie eigene Apotheken führen. Somit werden die SD-Ärzte kein Interesse haben, ihre mögliche marktbeherrschende Stellung auf eine missbräuchliche Weise zu benutzen, indem sie Versandhandelsapotheken den Apotheken vorziehen.

### **2.3 Ergebnis**

22. Es bestehen keine Indizien dafür, dass sich MediService von den anderen Marktteilnehmer unabhängig verhalten kann bzw. dass MediService eine marktbeherrschende Stellung inne hält. Art. 7 KG ist daher nicht anwendbar.

23. Es bestehen keine Indizien dafür, dass die SD-Ärzte eine allfällige marktbeherrschende Stellung dazu benutzen, den Versandhandel von Medikamenten auf eine missbräuchliche Weise den Offizinapotheken vorzuziehen.

### **3 Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)**

24. Von Amtes wegen überprüft das Sekretariat der Wettbewerbskommission auch den Aspekt der Abreden. 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.

25. Es ist nun zu prüfen, ob Abreden zwischen den verschreibenden Ärzten und MediService bzw. den verschreibenden Ärzten und den



Krankenkassen bzw. MediService und den Krankenkassen bestehen, welche zu einer erheblichen Benachteiligung der Apotheken im Wettbewerb führen könnten. Die Ärzte könnten durch finanzielle oder materielle Anreize (sog. Kick-Backs) bewogen werden, ihre Patienten für den Bezug von Medikamenten an MediService weiterzuleiten.

26. Wie selbst der SAV in seiner Antwort zum Fragebogen schreibt, bestehen für Ärzte keine besonderen Abgeltungen, die diese dazu bewegen könnten, die Patienten zum Medikamentenbezug vorzugsweise an MediService weiterzuleiten.

27. Bei MediService wird den Patienten jedoch - im Gegensatz zu den verschreibenden Ärzten und den Apotheken - der Gang zur Versandapotheke finanziell belohnt: Der Versicherte erhält eine direkte Rückvergütung von Fr. 50.- pro Jahr. Die weiteren und damit der grössere Teil der durch den Versand der Medikamente erreichten Einsparungen geht an die Versicherungen. Dies hat somit indirekt kostendämpfende Wirkung auf die Prämien. Dieses Vorgehen ist jedoch unabhängig von der finanziellen Verknüpfung zwischen der Krankenkasse und MediService, weil alle Versicherten von diesem Angebot profitieren können.

28. Bei den finanziellen Anreizen von MediService und den kooperierenden Krankenkassen kann nicht von Wettbewerbsabreden, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, gesprochen werden. Vielmehr handelt es sich vorliegend um wettbewerbliches Verhalten eines Marktteilnehmers. Jeder Apotheke und jedem SD-Arzt steht es frei, die gleichen Massnahmen zu ergreifen und sich damit Marktanteile zu sichern.

### **3.2 Ergebnis**

29. Es bestehen ebenfalls keine Indizien, dass zwischen verschreibenden Ärzten und MediService bzw. zwischen verschreibenden Ärzten und den Krankenkassen bzw. zwischen MediService und den Krankenkassen unzulässige Wettbewerbsabreden bestehen.

## **D. Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. Eröffnet

B 1.1	<b>3. Implants chirurgicaux pour l'ostéosynthèse</b>
-------	--

*Unzulässige Wettbewerbsabrede sowie unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 5 und 7 KG*

*Accords illicites et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 5 et 7 LCart*

*Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 5 e 7 LCart*

#### Résumé

Suite aux plaintes de deux entreprises présentes sur le marché suisse des implants chirurgicaux pour l'ostéosynthèse, le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert une enquête préalable dans le but d'examiner la situation de la concurrence sur ce marché. Les plaintes sont adressées contre l'entreprise Stratec Medical, qui occupe une place centrale sur le marché. Cependant, cette position est liée à la forte position de la fondation AO (Arbeitsgemeinschaft für Osteosynthesefragen) dans les milieux scientifique (universitaire) et hospitalier.

Après avoir pris des renseignements auprès des cercles concernés (notamment les médecins et les entreprises présentes sur ce marché), le secrétariat a constaté que les éventuelles distorsions de la concurrence ne pouvaient être attribuées au seul comportement de Stratec Medical. Elles seraient plutôt le résultat de différents développements dont les acteurs sont issus aussi bien des milieux de la science et de la médecine que de l'économie, et qui dépassent le cadre de cette procédure.

Par conséquent, l'enquête préalable aboutit à une question plus large, celle des rapports entre les universités, les instituts de recherche et l'économie privée, ou, en d'autres termes, celle du „sponsoring“ de la recherche et de la formation par l'industrie et de ses effets sur la concurrence. Le secrétariat traitera cette problématique dans un contexte élargi. Pour cette raison, l'enquête préalable contre Stratec Medical est close sans autre suite.

B 1.1	<b>4. Dottor Gino Slivar</b>
-------	------------------------------

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5*

*Accordi illeciti; art. 5*

*Rapporto finale del 27 novembre 1998 concernente l'inchiesta preliminare secondo l'articolo 26 LCart in merito al caso Dottor Gino Slivar*

### **A. In fatto**

1. Il dottor Gino Slivar ha effettuato gli studi di medicina in Italia. Nel 1964, l'Università di Modena gli conferisce il titolo di specialista in malattie nervose. Nel 1971, il dottor Slivar è nominato medico psichiatra caporeparto presso l'ONC-OSC di Mendrisio dal Consiglio di Stato ticinese. Egli ha inoltre compiuto molteplici perizie e si è pure occupato della formazione di molti medici-assistenti.

2. Su richiesta del dottor Slivar, il Dipartimento delle opere sociali (DOS) lo autorizza, in data 6 maggio 1996, ad esercitare quale medico psichiatra, limitatamente al comune di Mendrisio e per una durata di tre anni. Tale autorizzazione sostituisce quella concessa il 31 gennaio 1995.

3. Le tariffe dei medici ticinesi sono regolate da una convenzione stipulata fra la Federazione ticinese degli assicuratori malattia (FTAM) e l'Ordine dei medici del cantone Ticino (OMCT) e approvata dal Consiglio di Stato ticinese.

4. Sulla base di tale convenzione, la FTAM ha decretato che il dottor Slivar non era abilitato a fatturare i suoi onorari come psichiatra, in quanto non in possesso di un titolo FMH in psichiatria. La FTAM si è basata sul capitolo 9 del Prontuario medico, il quale prevede:

„PSICHIATRIA

Riservato esclusivamente ai medici psichiatri e psicoterapeuti in possesso della specialità FMH (...)”.

5. Non essendo in possesso di un titolo di specialista FMH in psichiatria, il dottor Slivar può fatturare le sue prestazioni a carico dell'assicurazione malattia obbligatoria solamente sulla base delle tariffe previste per i medici generici, le quali sono inferiori a quelle in vigore per gli specialisti in psichiatria.

6. Il 29 agosto 1995, il dottor Slivar ha fatto inoltrare un'istanza di tentativo di conciliazione davanti al Presidente del Tribunale arbitrale in materia di assicurazione contro le malattie e gli infortuni così da poter essere autorizzato dalla FTAM a calcolare i suoi onorari sulla base del capitolo 9 incriminato, adducendo che la sua specialità in psichiatria è equivalente a quella del titolo FMH.

7. Parallelamente, la segreteria della Commissione dei cartelli (ora Commissione della concorrenza) ha ricevuto, in data 23 febbraio 1996, una lettera del dottor Slivar nella quale egli si lamenta, in merito all'attività esercitata privatamente, di avere ricevuto dalle Casse malati soltanto un onorario basato sulla tariffa prevista per i medici

generici, invece che sulla tariffa applicabile ai medici specialisti, più vantaggiosa e valevole anche per gli psichiatri.

8. Il 29 febbraio 1996, la segreteria ha aperto un'inchiesta preliminare per stabilire se il fatto che solo i medici titolari di una specialità FMH in psichiatria possono fatturare i loro onorari sulla base della tariffa sopracitata potesse costituire una restrizione illecita della concorrenza. Un questionario è stato inviato al Dipartimento delle opere sociali del Cantone Ticino, alla Federazione delle casse malati del Cantone Ticino e all'Ordine dei medici del Cantone Ticino.

9. Essendo fallito l'esperimento di conciliazione, il 15 maggio 1996 il dottor Slivar inoltra una petizione presso il Tribunale arbitrale in materia di malattie e infortuni, con la quale chiede di „essere autorizzato a fatturare secondo le posizioni del capitolo 9 del Prontuario delle cure mediche”.

10. A causa di tale procedura in corso, la segreteria ha deciso di sospendere l'inchiesta preliminare fino a quando il presidente del Tribunale arbitrale non avesse pronunciato la sua decisione.

11. Con decisione del 14 novembre 1997, il Tribunale arbitrale in materia di assicurazione contro le malattie e gli infortuni respinge la petizione del dottor Slivar dichiarando in sostanza che le posizioni contenute nel capitolo 9 del Prontuario delle tariffe mediche sono riservate esclusivamente ai medici psichiatri e psicoterapeuti specialisti FMH e che tale formulazione restrittiva esclude dunque dalla possibilità di fatturare le prestazioni enumerate al capitolo 9 i medici non specialisti FMH in psichiatria e psicoterapia.

12. In data 25 novembre 1997, il dottor Slivar ha richiesto alla Commissione della concorrenza l'apertura di un'inchiesta.

## **B. In diritto**

### **1 Applicabilità delle regole materiali della LCart**

#### **1.1 Impresa (art. 2 LCart)**

13. Secondo il Messaggio concernente una legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza del 23 novembre 1994 (Messaggio), la legge sui cartelli si applica ad ogni impresa, ossia ad ogni operatore che produce beni o servizi e partecipa pertanto in modo indipendente al processo economico, sia dalla parte dell'offerta sia da quella della domanda (edizione speciale, pag. 43). Nel caso concreto, le imprese sono da un lato i medici e dall'altro gli assicuratori malattia, che attraverso le loro associazioni, rispettivamente l'OMCT e la FTAM, hanno stipulato la tariffa in causa. Pertanto, devono essere qualificati quali imprese ai sensi della LCart.

## 1.2 Prescrizioni fatte salve (art. 3 LCart)

14. Giusta l'art. 3, cpv. 1 LCart, sono fatte salve le prescrizioni che vietano la concorrenza per determinati beni o servizi su un mercato, in particolare quelle che fondano un regime statale di mercato o dei prezzi, e quelle che incaricano singole imprese dell'esecuzione di compiti pubblici e accordano loro speciali diritti. La LCart non si applica agli effetti della concorrenza dovuti esclusivamente alla legislazione sulla proprietà intellettuale (art. 3, cpv. 2 LCart).

15. La riserva dell'art. 3, cpv. 1, let. a LCart è tuttavia limitata, poiché non concerne che le disposizioni di diritto pubblico che escludono determinati beni o servizi dalla concorrenza. Per cui, „tous les secteurs économiques, y compris les secteurs réglementés, sont en principe soumis à la LCart, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec les régimes de caractère étatique ou les dispositions régissant les droits spéciaux” (Tercier/Venturi, *Les ententes illicites et l'abus de position dominante dans le nouveau droit suisse de la concurrence*, RDAI/IBLJ, no 1, p. 69).

16. E' dunque necessario chiarire se esiste, nel diritto pubblico federale o cantonale, una disposizione mirante ad avvantaggiare i titolari di una specialità FMH in merito al calcolo dei loro onorari. In tal caso l'art. 3 LCart si applicherebbe.

### 1.2.1 Autorizzazione d'esercizio di un medico generico

17. In virtù dell'art. 57 della Legge sanitaria ticinese, le autorità cantonali possono autorizzare, eccezionalmente, l'esercizio indipendente o dipendente di una professione sanitaria. L'autorizzazione deve però essere limitata nel luogo e nel tempo. Inoltre deve essere accertata la mancanza di medici nella regione in questione. Secondo la dottrina (Knapp, *Précis de droit administratif*, n° 650 ss), si tratta di un'autorizzazione di polizia che non crea nessun diritto. Si limita a constatare che il richiedente riempie le condizioni per esercitare una professione senza che l'ordine pubblico sia messo in pericolo.

18. Un'autorizzazione d'esercizio è dunque strettamente limitata ad un cantone e non deve essere confusa con il diritto per un medico generico di esercitare la sua professione in tutto il territorio della Confederazione (libera circolazione). Tale diritto è retto dall'art. 1 della legge federale sul libero esercizio delle arti salutari nella Confederazione Svizzera (RS 811.11) che dispone che a questo scopo, un medico generico deve essere munito di un diploma federale, o di un diploma estero purché esista un trattato di reciprocità.

19. Conformemente alla vecchia legislazione sull'assicurazione malattia, un'autorizzazione cantonale d'esercizio era sufficiente affinché le prestazioni di un medico esercitante a titolo di generico fossero prese a carico dall'assicurazione.

20. L'entrata in vigore il 1° gennaio 1996 della LAMal ha parzialmente modificato questo sistema, d'ora in poi, un medico è considerato un fornitore di prestazioni di servizio e le sue prestazioni sono rimborsate dall'assicurazione malattia se (art. 36):

- a) egli è titolare del diploma federale o di un attestato scientifico equivalente e
- b) se dispone di un perfezionamento di due anni.

21. Giusta l'art. 39, cpv. 1 dell'ordinanza sull'assicurazione malattie, i medici titolari d'un attestato scientifico, riconosciuto equivalente dalla competente autorità federale previa consultazione dei Cantoni e delle associazioni professionali, sono parificati ai medici titolari del diploma federale. Tale competenza, dapprima cantonale, è ora affidata al Dipartimento federale dell'interno, rispettivamente all'Ufficio federale delle assicurazioni sociali (UFAS).

22. Nel nostro caso, l'UFAS non ha avuto bisogno di procedere all'esame di equivalenza del diploma ottenuto dal dottor Slivar, in quanto beneficiario del regime transitorio previsto dall'art. 101 LAMal. Secondo questa disposizione legale, i medici autorizzati a esercitare a carico dell'assicurazione malattie secondo il diritto vigente prima sono considerati fornitori di prestazioni anche ai sensi del nuovo diritto.

### **1.2.2 Titoli di specialista**

23. Secondo il prontuario RFP 5/96 (Réglementation pour la formation postgraduée) della FMH, ogni candidato ad un titolo di specialista FMH deve:

- ?? possedere un diploma federale in medicina
- ?? essere membro della FMH
- ?? aver ottenuto il dottorato in medicina presso un'università svizzera o un'università straniera le cui esigenze di promozione sono equivalenti
- ?? attestare la formazione postgrado prescritta dal programma di formazione
- ?? aver superato l'esame.

24. A differenza di ciò che avviene per l'esame di equivalenza di un diploma straniero (cfr. cifra 21), la FMH è competente quando si tratta di esaminare l'equivalenza dei titoli di specialisti stranieri.

25. Nel caso specifico, la FMH ha riconosciuto, per decisione del 14 novembre 1995 che:

*„Die Titelkommission stellt fest, dass Dauer und Gliederung der Weiterbildung inkl. Psychotherapiestunden und Supervisionen reglemen-*

*tskonform ausgewiesen sind und dass die Voraussetzungen für die Erteilung des obgenannten Facharztstitels FMH (...) erfüllt sind. Die Facharztstitel FMH für Psychiatrie und Psychotherapie kann Ihnen jedoch erst verliehen werden, wenn Sie im Besitz des eidgenössischen Arztdiploms sind“.*

### **1.2.3 Convenzioni ai sensi della LAMal**

26. Le tariffe e i prezzi dei fornitori di prestazioni sono fissati per convenzione fra gli assicuratori e i fornitori di prestazioni. Affinché possano produrre i loro effetti, le convenzioni tariffarie – sia individuali sia collettive – devono ancora essere approvate dal governo cantonale (art. 46, cpv. 4 LAMal). L'autorità verifica che la convenzione sia conforme all'equità e che soddisfi il principio dell'economicità. Nell'ambito di quest'esame, l'autorità può e deve mostrarsi severa, visto che si tratta di vegliare che le cure siano appropriate e d'alto livello rimanendo comunque le più vantaggiose possibili. La decisione dell'autorità che approva può essere oggetto di ricorso presso il Consiglio federale, il quale è in ultima analisi incaricato di vegliare che i principi legati alle tariffe siano rispettati.

27. La convenzione stipulata in Ticino fra l'Ordine dei Medici e la FTAM è stata ratificata dal Consiglio di stato conformemente all'art. 46, cpv. 4 LAMal; essa mira ad uniformare le tariffe dei medici a carico dell'assicurazione malattia. In quest'ottica, stabilisce effettivamente un regime di mercato a carattere statale ai sensi dell'art. 3, cpv. 1 della LCart. Tuttavia, il fatto di prevedere che unicamente i titolari di un titolo di specialista FMH in psichiatria o psicoterapia possono utilizzare delle tariffe applicabili agli psichiatri, non è propriamente una questione legata alle tariffe. Quindi, l'art. 3 LCart non si applica.

28. Tenendo conto di ciò che precede, non esistono manifestamente delle disposizioni di diritto pubblico federali o cantonali, secondo le quali i titolari d'un titolo di specialista FMH, rispettivamente solamente i titolari di questo titolo, possono espressamente fatturare i loro onorari secondo una tariffa più vantaggiosa, che escluderebbe la concorrenza nell'ambito delle cure psichiatriche. Quindi l'art. 3, cpv. 1 LCart non si applica.

### **1.3 Accordi in materia di concorrenza (art. 4, cpv. 1 LCart)**

29. Per accordo in materia di concorrenza, si intendono le convenzioni con o senza forza obbligatoria, nonché le pratiche concordate da imprese di livello economico identico o diverso, nella misura in cui si prefiggono o provocano una limitazione della concorrenza (art. 4, cpv. 1 LCart).

30. Nel caso in questione, l'accordo stipulato tra l'OMCT e la FTAM ha come effetto che solamente gli specialisti titolari di un titolo FMH in psichiatria possono pretendere di farsi rimborsare le loro prestazioni sulla base delle tariffe adottate.

31. Si può constatare in primo luogo che il dottor Slivar non può invocare la presenza di ostacoli all'accesso sul mercato. In effetti, gli è possibile esercitare la sua professione, essendo al beneficio di un'autorizzazione cantonale di esercizio.

32. In secondo luogo, gli onorari che il dottor Slivar percepisce gli permettono di coprire i suoi costi, altrimenti non esisterebbero più dei medici generici.

33. Inoltre, per i pazienti ticinesi l'importante non è sapere se le prestazioni offerte dal dottor Slivar sono più o meno vantaggiose di quelle dei suoi colleghi, visto che comunque sono prese a carico dall'assicurazione per le cure obbligatorie. Certamente, giusta l'art. 64 LAMal, gli assicurati sono tenuti a partecipare ai costi delle prestazioni di cui beneficiano nella misura del 10 per cento dei costi che superano la franchigia. Questa percentuale però non è sufficientemente importante per influenzare la domanda in materia di cure psichiatriche. Al contrario, si deve constatare che se il dottor Slivar fosse abilitato a fatturare le sue prestazioni in qualità di specialista FMH e dunque ricevesse degli onorari più importanti, la concorrenza non interverrebbe né in materia di prezzi né di qualità.

34. Quindi, si può concludere che nel caso specifico si invoca unicamente la protezione degli interessi pecuniari privati del dottor Slivar, visto che subisce una minusvalenza rispetto ai suoi colleghi psichiatri. La concorrenza in quanto tale non è lesa. Si tratta di interessi individuali generalmente di competenza delle autorità giudiziarie in materia civile. Così, le rivendicazioni del dottor Slivar avrebbero potuto essere trattate dal Tribunale federale nell'ambito di un ricorso contro la decisione del Tribunale arbitrale. Ora, il dottor Slivar ha informato l'autorità competente di non avere l'intenzione d'interporre un tale ricorso.

### **C. Conclusioni**

La segreteria della Commissione della concorrenza, fondandosi sui fatti a sua conoscenza e gli sviluppi precedenti

1. constata che la convenzione in causa non mira e non comporta una restrizione alla concorrenza. Non si tratta quindi di un accordo in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 LCart;
2. afferma che le disposizioni materiali della LCart non sono di conseguenza applicabili. Non è quindi necessario stabilire se esistono indizi di restrizioni illecite alla concorrenza;
3. decide di chiudere l'inchiesta preliminare senza seguito.



B 1.1	<b>5. Tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires</b>
-------	---

*Unzulässige Wettbewerbsabrede sowie unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 5 und 7 KG*

*Accords illicites et pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 5 et 7 LCart*

*Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 5 e 7 LCart*

*Rapport final du 30 novembre 1998 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart sur le cas des tarifs pratiqués par les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires*

### **A. En fait**

1. Le 5 février 1998, le Conseil d'administration des Hôpitaux universitaires de Genève (ci-après: HUG) ratifiait le texte d'une convention tarifaire conclue entre les HUG et la Fédération genevoise des assureurs-maladie (ci-après: FGAM) relative aux soins ambulatoires fournis par les HUG. Cette convention a été approuvée par le Conseil d'Etat genevois.

2. Par courrier du 16 mars 1998, l'association des médecins de Genève (ci-après: AMG) a déposé une demande adressée à la Commission de la concurrence, portant les conclusions suivantes:

a) *„préalablement, prendre des mesures provisionnelles visant à suspendre l'effet de la convention et imposer le retour à l'utilisation du tarif-cadre J3 05 12, conformément à l'application des articles 18 LCart et 56 LPA;*

b) *principalement, ouvrir une enquête visant à établir dans quelle mesure l'octroi de subventions cantonales aux HUG est susceptible de fausser la concurrence que son secteur ambulatoire peut faire à l'ambulatoire privé, conformément à l'art. 27 LCart;*

c) *enjoindre le Conseil d'administration des HUG et son partenaire, la FGAM, de rapporter le cas échéant la convention qu'ils ont signée;*

d) *émettre toute recommandation utile à l'intention des autorités cantonales et des HUG quant aux problèmes liés aux subventions croisées dans le domaine des traitements ambulatoires des HUG conformément à l'art. 45 LCart;*

e) *considérer l'AMG comme partie et lui permettre de participer à l'enquête au sens de l'art. 43 al. 1<sup>er</sup> let. b LCart“.*

3. Faute de convention tarifaire conclue entre les assureurs-maladie et les HUG, les prestations ambulatoires fournies par ces derniers étaient facturées par application analogique du tarif-cadre édicté par le Conseil d'Etat, s'appliquant aux médecins privés genevois pour leurs prestations en matière de soins ambulatoires.

4. Par la suite, une convention portant sur les traitements et les examens ambulatoires, ainsi que sur les interventions de chirurgie ambulatoire a été signée le 18 décembre 1997 entre les HUG et la FGAM. Elle a été approuvée par le Conseil d'Etat, conformément à l'art. 46 al. 4 LAMal et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1998. Cette nouvelle convention se réfère au Catalogue des prestations hospitalières (CPH) appliqué par la majorité des hôpitaux universitaires de Suisse, en se basant sur une valeur du point de fr. 4.--. Elle introduit la notion d'une rémunération au temps pour la chirurgie ambulatoire alors que le tarif-cadre se réfère à une rémunération à l'acte.

5. L'AMG a allégué qu'une telle rémunération n'était possible que par le biais des subventions prévues par la LAMal, destinées uniquement aux traitements hospitaliers. Elle a également exposé qu'en l'absence de comptabilité analytique pourtant exigée par la LAMal, il n'était pas possible de déterminer l'affectation de l'ensemble des subventions octroyées aux HUG.

6. Selon l'AMG, la convention affecterait de manière notable la concurrence sur le marché des prestations médicales ambulatoires, dans la mesure où elle fixe le coût obligatoire des prestations à un niveau impossible à atteindre par la médecine privée non subventionnée.

7. La Commission de la concurrence s'est tout d'abord penchée sur le bien-fondé de la requête de mesures provisionnelles, eu égard à son caractère urgent. Après avoir imparti un délai aux parties pour se prononcer sur ce point, elle a rendu une décision le 4 mai 1998, rejetant la requête, pour le motif que l'exigence d'un préjudice difficilement réparable n'était pas réalisée.

8. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a néanmoins décidé de contrôler si des indices que les tarifs pratiqués par les HUG dans le domaine des soins ambulatoires constituaient un accord illicite au sens de l'art. 5 LCart voire un abus de position dominante selon l'art. 7 LCart existaient. Il a décidé d'ouvrir une enquête préalable au sens de l'art. 26 LCart. Il en a informé l'AMG et les HUG par courrier du 15 juin 1998 et leur a fait parvenir un questionnaire.

## B. En droit

### 1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart

#### 1.1 Entreprise (art. 2 LCart)

9. Selon le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (Message), la loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les HUG et les membres de la FGAM tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

#### 1.2 Prescriptions réservées (art. 3 LCart)

10. Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1er LCart).

11. La réserve de l'art. 3 al. 1 let. a LCart est toutefois limitée, puisqu'elle ne concerne que les dispositions de droit public qui excluent certains biens ou services de la concurrence. Dès lors, „tous les secteurs économiques, y compris les secteurs réglementés, sont en principe soumis à la LCart, à moins que celle-ci ne soit incompatible avec les régimes de caractère étatique ou les dispositions régissant les droits spéciaux“ (Tercier/Venturi, les ententes illicites et l'abus de position dominante dans le nouveau droit suisse de la concurrence, RDA/IBLJ, no 1, p. 69).

##### 1.2.1 La législation fédérale

12. L'assurance obligatoire des soins est régie par la loi sur l'assurance-maladie (LAMal). Son but est non seulement d'assurer une protection médicale pour chaque citoyen de la Confédération, mais aussi de trouver le financement nécessaire y relatif.

13. Ainsi, l'art. 49 al. 1 LAMal prévoit explicitement que les frais d'exploitation liés aux soins hospitaliers stationnaires sont financés à raison de 50% au minimum par les pouvoirs publics. Cette disposition a pour but de ne pas mettre trop de frais à la charge des assureurs et indirectement des assurés, en d'autres termes de rendre les soins hospitaliers accessibles à tous (limitation des frais couverts à travers les primes individuelles).

14. En ce qui concerne les soins ambulatoires, la loi fédérale ne prévoit pas explicitement de subventions publiques. L'art. 49 al. 5 LAMal stipule que „[les] partenaires tarifaires conviennent de la rémunération du traitement ambulatoire et du séjour semi-hospitalier à l'hôpital“. Or, il est évident qu'à la lumière de la LAMal,

un financement des soins ambulatoires par l'Etat ne paraît pas exclu à première vue. Les soins hospitaliers étant de la compétence des cantons, ceux-ci peuvent en principe et dans les limites de la LAMal régler le financement des hôpitaux comme ils l'entendent. Le subventionnement des soins ambulatoires soulagerait davantage les particuliers en réduisant l'apport des assurances à la rémunération des traitements hospitaliers.

15. La LCart reconnaît notamment qu'un régime étatique de marché ou de prix peut exclure la concurrence dans un secteur donné (cf. ci-dessus, ch. 10 s.). Un tel secteur peut être défini comme „l'ensemble des marchés dans lesquels l'Etat, par une législation de droit public, use de ses prérogatives de puissance publique pour influencer sur les conditions de concurrence „ (B. Carron, le régime des ordres de marchés du droit public en droit de la concurrence, thèse Fribourg 1994, p. 57).

16. Il ne fait aucun doute que le domaine de la santé correspond à la notion de secteur telle que définie ci-dessus. Pourtant, réglementer le domaine de la santé ne signifie pas automatiquement soustraire le marché des traitements ambulatoires de toutes les règles de la concurrence. L'interprétation des normes de droit public doit rendre clair que la concurrence efficace est exclue.

17. Concernant les subventions, la LAMal ne les interdit pas a priori. Il convient donc d'examiner quelles sont les dispositions genevoises applicables en l'espèce.

### **1.2.2 La législation cantonale**

18. L'art. 173 al. 3 de la constitution genevoise règle le financement des établissements publics médicaux sans distinguer entre traitement stationnaire ou ambulatoire. Il y est disposé que:

„[le] déficit d'exploitation des établissements publics médicaux est couvert par une subvention portée chaque année au budget de l'Etat.“

19. Cette non-distinction est reprise par l'art. 12 al. 2 de la loi sur les établissements publics médicaux (LEPM):

#### **Ressources**

(2) Les ressources des établissements se composent:

- a) du produit de la facturation des frais relatifs aux services dispensés;
- b) des sommes versées pour l'enseignement et la recherche par le département de l'instruction publique;
- c) des revenus du patrimoine;
- d) d'une subvention d'exploitation et d'une subvention d'investissement fixées chaque année par le Grand

Conseil dans le cadre de la loi sur les dépenses et les recettes du canton de Genève.

20. La législation genevoise prévoit donc un subventionnement d'exploitation et d'investissement général – sans distinguer entre les soins stationnaire et ambulatoire. Le domaine de la santé laissant une large liberté de manœuvre aux cantons, il y a lieu de considérer qu'en n'excluant pas les soins ambulatoires des subventions cantonales, le législateur genevois entendait bien soutenir les HUG dans tous leurs domaines d'activité.

21. Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'art. 3 LCart est applicable au cas d'espèce. Il en découle que le secrétariat de la Commission de la concurrence n'est pas compétent pour déterminer si le fait de fixer une valeur du point à Fr. 4.-- constitue ou non une restriction illicite à la concurrence, en vertu des art. 5 et/ou 7 LCart.

22. A noter tout de même que l'article 3 LEPM semble, quant à lui, distinguer les soins ambulatoires des soins stationnaires :

### **Art. 3 Fonctionnement des établissements**

Les établissements dispensent des soins hospitaliers et peuvent avoir une activité destinée à des malades traités ambulatoirement.

(1) Les soins ambulatoires comportent:

- a) les diagnostics et les traitements spécialisés demandés par le médecin traitant;
- b) l'examen des personnes qui se présentent spontanément et, s'il y a lieu, le commencement d'un traitement;
- c) les examens pré- ou post-hospitaliers destinés à abrégier l'hospitalisation;

(2) Dans la mesure où les besoins de l'enseignement et de la recherche le justifient, les médecins assurant des soins ambulatoires peuvent suivre ou revoir un malade avec son accord; lorsque celui-ci a un médecin traitant, ce dernier est préalablement informé;

(3) Les soins ambulatoires sont facturés selon les conventions conclues entre les caisses-maladie et les établissements; les tarifs ne doivent pas être inférieurs à ceux découlant de la convention entre les médecins et les caisses-maladie pour des prestations identiques. A défaut de convention, les tarifs sont ceux du tarif-cadre cantonal.

23. Même si l'intitulé de cet article semble ne pas vouloir avantager les établissements publics par rapport aux praticiens exerçant en cabinet privé, il ne répond pas à la question de savoir si le législateur entend subventionner les activités ambulatoires des HUG ou non. Par

conséquent, le secrétariat de la Commission de la concurrence n'a pas à se prononcer davantage sur la conformité de la convention litigieuse avec la disposition légale susmentionnée.

### C. Conclusions

Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits et les développements qui précèdent :

1. constate que la législation cantonale genevoise n'exclut pas le subventionnement des soins hospitaliers ambulatoires et que, dès lors, l'art. 3 LCart est applicable en l'espèce ;
2. décide de clore la procédure d'enquête préalable sans suite.
3. Communications

B 1.1	<b>6. Homologation und Sponsoring von Fussbällen</b>
-------	--

*Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG*

*Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante; art. 7 LCart*

*Accordi illeciti e pratiche illecite di imprese che dominano il mercato; art. 7 LCart*

*Schlussbericht vom 10. Dezember 1998 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Homologation und Sponsoring von Fussbällen durch den Schweizerischen Fussballverband*

#### A. Sachverhalt

1. Die Wettbewerbskommission und schon vorher die Kartellkommission hatten sich mehrfach mit Problemen der Finanzierung des Leistungssports über Sponsoring-Verträge (auch Offizialisierungsverträge) der Sportverbände mit Sportartikellieferanten zu befassen. Die Wettbewerbskommission hat deshalb am 15. Dezember 1997 die Bekanntmachung „Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln“ erlassen (vgl. RPW 1998/1 S. 154).

2. 1994 statuierte die Fédération Internationale de Football Association (FIFA) in ihrem Reglement (Regel II – der Ball), dass an Wettkämpfen, die von der FIFA selbst oder von den Konföderationen (für Europa: Union des Associations Européennes de Football; UEFA) organisiert werden, nur Bälle eingesetzt werden dürfen, die von der FIFA homologiert wurden. Zu diesen Wettkämpfen zählen namentlich der UEFA-Cup, der Cup der Cupsieger, die Championsleague sowie die WM-Qualifikationsspiele. Die Ballhomologation wurde zum da-

maligen Zeitpunkt ausschliesslich über das FIFA Denominations Programm erteilt, welches zwei Kategorien von homologierten Bällen vorsah: einerseits Bälle, die unter der Marke „FIFA-approved“ und andererseits Bälle, die unter der Marke „FIFA-inspected“ lizenziert wurden. Beide Kennzeichnungen waren (und sind es immer noch) markenrechtlich geschützt. Die Berechtigung zum Benützen der Labels „FIFA-approved“ und „FIFA-inspected“ wurde von der FIFA nur dann verliehen, wenn der Ballanbieter mit seinem Ball eine Qualitätsprüfung bestand und ein Lizenzvertragsverhältnis mit der Luzerner ISL Marketing AG (ISL) einging. Die ISL als Lizenzgeberin war hierzu von der FIFA beauftragt worden. Die Qualitätsprüfung wurde unter anderem auch von der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Forschungsanstalt (EMPA) in St. Gallen durchgeführt. Die Ballanbieter (Lizenznehmer) mussten der ISL (Lizenzgeber) pro verkauften Ball des lizenzierten Fussballtyps, eine Lizenzgebühr von SFr. 3.- für die Marke „FIFA-approved“ und SFr. 2.- für die Marke „FIFA-inspected“ entrichten. Die Erträge aus den Lizenzverkäufen gingen nach Abzug der Aufwände für den Markenschutz und die Verwaltung via den FIFA-Jugendfonds an die SOS-Kinderdörfer.

3. Der internationale Verband der Sportartikelindustrie - World Federation of Sporting Goods Industry (SGI) mit Sitz in Verbier - klagte bei der Generaldirektion Wettbewerb der europäischen Kommission (GD IV) die FIFA wegen Verletzung der Artikel 85 und 86 EGV ein. Darüber hat die GD IV bis zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht entschieden.

4. Im Verlaufe des Jahres 1996 sah sich die FIFA veranlasst, die Lizenzgebühren auf SFr. 1.50 (FIFA-approved) respektive SFr. 0.75 (FIFA-inspected) zu reduzieren. Sie liess für die oben erwähnten Spiele zudem eine dritte Ballkategorie zu, welche unter dem Label „International Matchball Standard“ (IMS) kommerzialisiert werden darf und den gleichen technischen Qualitätsanforderungen entspricht, wie die Bälle der Kategorie „FIFA-inspected“. Im Gegensatz zu den Kategorien „FIFA-inspected“ und „FIFA approved“ muss für die Erfüllung des „International Matchball Standard“ kein Lizenzvertragsverhältnis eingegangen werden. Hierfür reicht ein Qualitätstest welcher von sieben unabhängigen Prüfinstituten (unter anderem auch der EMPA) durchgeführt wird, wobei dasjenige Prüfverfahren, das auch für FIFA-inspected-Bälle gilt, angewendet wird. Für das IMS-Label müssen die Ballhersteller der FIFA keine Gebühren entrichten.

5. Am 17. Oktober 1996 waren 51 Fussballmodelle mit der Marke „FIFA-approved“ und 83 Fussballmodelle mit der Marke „FIFA-inspected“ lizenziert, und 35 Modelle haben sich für das IMS-Label qualifiziert.

6. Bei Wettbewerben, die von den nationalen Verbänden organisiert werden, müssen die Bälle nur die technischen Anforderungen

von FIFA Spielregel II (Umfang, Gewicht, Druck, Material) erfüllen. Die nationalen Verbände können aber gemäss FIFA Spielregel II verlangen, dass an Wettspielen auf nationaler Ebene ausschliesslich Bälle verwendet werden, die eine der drei genannten Bezeichnungen tragen. Befragungen beim Schweizerischen Fussballverband (SFV) sowie bei dessen Mitgliedern haben ergeben, dass der SFV von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat und dass er den Clubs freistellt, welche Bälle sie bei Wettspielen verwenden wollen. Bei Wettspielen, die unter der Ägide des SFV organisiert werden, müssen die Fussbälle lediglich die technischen Anforderungen von FIFA-Spielregel II (Umfang, Gewicht, Druck, Material) erfüllen. Die Bälle müssen keine der drei oben genannten Bezeichnungen tragen.

7. Recherchen des Sekretariates der Wettbewerbskommission bei verschiedenen schweizerischen Fussballclubs (Nationalliga A bis 5. Liga) haben gezeigt, dass bei offiziellen Wettspielen unterschiedliche Ballkategorien verwendet werden, wobei eine Dominanz von FIFA approved, bzw. FIFA inspected Bällen auszumachen war. Allerdings verwenden gewisse Fussballclubs (unter anderem auch Nationalliga A Vereine) ausschliesslich FIFA inspected Bälle oder dann gar Bälle ohne Label, die lediglich die Kriterien der Spielregel II (Umfang, Gewicht, Druck und Material) erfüllen. Diese Schlussfolgerungen gelten auch für Freundschaftsspiele und Trainings.

## **B. Verfahren**

8. Die Vorabklärung wurde am 13. Januar 1997 eröffnet. Angesichts einer Mehrzahl gleichartiger Vorabklärungen im Sportartikelbereich gaben die Wettbewerbskommission und das Sekretariat dem Erlass der Bekanntmachung Priorität.

9. Im Rahmen der Vorabklärung erfolgten diverse Kontaktnahmen zum SFV und verschiedenen Fussballclubs sowie zur World Federation of Sporting Goods Industry.

## **C. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG**

#### **1.1 Unternehmen (Art. 2 KG)**

10. 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 - sei es als Anbieter oder als Nachfrager - selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen. Diese Marktteilnehmer sind Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes (vgl. BBl 1995 I 533).



11. Die Sportartikelhersteller und -händler sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

12. Auch der SFV ist nach den genannten Kriterien ein Unternehmen: dieser Sportverband ist Organisator von offiziellen Fussballspielen und – aufgrund einer Delegation durch die ihm übergeordneten Sportverbände – mit Regelkompetenz (im besonderen Verwendung des Balles) ausgestattet. So gesehen tritt der SFV als Dienstleistungsanbieter auf, was Auswirkungen auf den Absatzmarkt von offiziellen – an den Wettkämpfen eingesetzten - Fussbällen hat. Weil die Kaufentscheidung eines Ballkäufers (für Training oder Freizeit) durchaus vom Umstand beeinflusst werden kann, ob ein Ball als offizieller Wettspielball verwendet wird oder nicht (Prestige- und vermeintliches Qualitätsdenken), gilt die dargelegte Auswirkung auch für den Trainings- und Freizeitbereich. Nicht zu vernachlässigen ist in diesem Zusammenhang auch die Tatsache, dass der SFV Werbemöglichkeiten offeriert, was ebenfalls Kennzeichen seiner Unternehmenseigenschaft ist. Aus diesen Gründen muss der SFV als Unternehmung im Sinne des Kartellgesetzes angesehen werden.

### **1.2 Vorbehaltene Vorschriften (Art. 3 KG)**

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

14. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

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

15. 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).

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

#### **1.3.1 Der relevante Markt**

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

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

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

19. In vorliegender Sache geht es um die Organisation von Fussballspielen (Markt 1) und um Fussbälle (Markt 2) sowie um Abhängigkeiten zwischen diesen Märkten.

20. Fussbälle werden für das Spiel benötigt, weshalb der Markt für Fussbälle als demjenigen für die Organisation von Fussballspielen vorgelagerter Markt betrachtet werden kann (vertikale Abhängigkeit der Märkte). Der Markt für Fussbälle kann nach Verwendungszweck und/oder Kundengruppen in weitere, möglicherweise ebenfalls relevante Teilmärkte untergliedert werden (Wettbewerb, Training, Freizeit). Allerdings ist bekannt, dass der Markt für Wettbewerbälle die übrigen Ball-Teilmärkte (Training, Freizeit) beeinflusst, weil Bälle und Ballmarken, welche in den Turnieren verwendet werden, den Kunden dazu bewegen, diese auch im Training und im Freizeitsportbereich einzusetzen. Infolge dieser Abhängigkeiten, welche eigentlichen Anlass für die Bekanntmachung gegeben haben, kann für die Zwecke der Vorabklärung der Gesamtmarkt für Fussbälle als relevant betrachtet werden.

#### **b) Räumlich relevanter Markt**

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

22. Bezüglich der Organisation von Fussballspielen (Markt 1) ist die gesamte Schweiz als räumlich relevanter Markt auszumachen. Weil der schweizerische Nachfrager – von wenigen Ausnahmen abgesehen – Fussbälle in der Schweiz und nicht im Ausland nachfragt, gilt dies ebenso für den Markt 2.

#### **1.3.2 Marktstellung**

23. Auf dem Markt für die Organisation des nationalen Fussballsportes ist der SFV Alleinanbieter.

24. Der SFV beeinflusst in entscheidendem Masse die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Fussbälle. Durch die ihm eingeräumte Regelkompetenz bezüglich der Fussbälle erlangen die Ballanbieter, deren Produkte als Wettbewerbälle berücksichtigt werden, auf dem Markt für Fussbälle eine Sonderstellung, weil – wie dargelegt – der Markt für offizielle Wettbewerbälle die ihm untergeordneten Freizeit- und Trainingsballmärkte beeinflusst.

### 1.3.3 Ergebnis

25. Der SFV ist ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG auf dem Markt für die Organisation des nationalen Fussballsportes und untersteht unter diesem Titel dem KG. Im weiteren vermag der SFV aufgrund seiner Regelkompetenz den Markt für Fussbälle stark zu beeinflussen.

## 2 Unzulässige Verhaltensweisen

26. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

27. Verhaltensweisen marktbeherrschender Sportverbände, die dem KG nach Art. 4 Abs. 2 KG unterstehen, werden von der erwähnten Bekanntmachung grundsätzlich nicht erfasst. Allerdings spricht nichts dagegen, die in der Bekanntmachung statuierten Grundsätze auch für KG 7 Fälle sinngemäss anzuwenden, sofern sie der Auslegung von unzulässigem Verhalten dienlich sein können (vgl. RPW 1998/1, S. 167, Rz. 6).

28. Dass Kategoriensystem der FIFA kann wie folgt qualifiziert werden: die Kategorie „International Matchball Standard“ gilt als vom Sponsoring unabhängige Homologation, welche aufgrund einer sachgerechten und nach objektiven Kriterien durchgeführten Prüfung erteilt wird (zu den Begriffen Sponsoring und Homologation vgl. RPW 1998/1 S. 155 lit. B). Demgegenüber stellen die lizenzpflichtigen Stufen „FIFA inspected“ bzw. „FIFA approved“ einerseits Homologationsprüfungen und andererseits Sponsoringvereinbarungen (Lizenzgebühr für die Markenbenützung) dar, wobei die Besonderheit darin liegt, dass die Homologation vom Sponsoring abhängig gemacht wird. Diese Verknüpfung wäre kartellrechtlich nur dann problematisch, wenn dem einzelnen Ballanbieter lediglich die lizenzpflichtigen Stufen „FIFA inspected“ bzw. „FIFA approved“ offenstehen würden (vgl. RPW 1998/1 S. 155 Regel 4). Obgleich der SFV gemäss FIFA Spielreglement die Möglichkeit hätte bei nationalen Wettspielen lediglich eine der drei Ballkategorien als zulässig zu erklären, hat er hievon keinen Gebrauch gemacht. Die einzige durch den SFV diesbezügliche Einschränkung besteht darin, dass die an Wettspielen verwendeten Bälle bestimmten Kriterien entsprechen müssen (Umfang, Gewicht, Druck und Material; vgl. Regel 2, der Ball). Bei diesen Kriterien handelt es sich um solche objektiver Art, gegen welche nichts einzuwenden ist. Demgemäss ist von einer sachlich gerechtfertigten Ballhomologation auszugehen, die jedermann offensteht und im Einklang mit dem Kartellgesetz steht (zur Zulässigkeit der Homologation vgl. RPW 1998/1 S. 156). Im Lichte dessen kann dem SFV kein unzulässiges Verhalten im Sinne von KG 7 attestiert werden.

## D. Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für ein unzulässiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens bestehen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. Kosten
4. Eröffnet

B 1

### 3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi

B 1.3

### 1. Ausführungsbestimmungen zum neuen Landwirtschaftsgesetz

*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*

*Bereinigte Stellungnahme zu den Ausführungsbestimmungen zum neuen Landwirtschaftsgesetz*

#### 1 Allgemeine Bemerkungen

Gemäss Ihren Erläuterungen ist es das Ziel, die schweizerische Landwirtschaft bis ins Jahr 2007 beitriffsfähig zu machen. Wir begrüssen dieses Ziel, weil wir - unbesehen von der Beitrittsfrage - der Überzeugung sind, dass dies der einzige Weg ist, längerfristig die Existenz einer sich im europäischen Umfeld behauptenden schweizerischen Landwirtschaft zu garantieren.

Längerfristig bedeutet dieses Ziel den kontinuierlichen Abbau des Grenzschutzes. Gemäss Ihren Erwartungen wird dies im Rahmen der WTO stattfinden; und zwar in einem ersten Schritt mit der Aufhebung der Zollkontingente sowie in darauffolgenden Schritten mit einem etappenweisen Abbau der Einheitszölle.

Im Rahmen der AP 2002 wird der existierende Grenzschutz nicht tangiert. Unsere Anträge tragen diesem Umstand Rechnung und beziehen sich daher einzig auf die im Rahmen des Grenzschutzes vorgesehenen staatlichen Bestimmungen und Regelungen.

Wir sind der Auffassung, dass sich mit der AP 2002 und den entsprechenden Rahmenbedingungen ein Schritt in Richtung marktwirt-

schaftlicher Erneuerung in den der Produktion *nachgelagerten Stufen* (Veredelung und Handel) des landwirtschaftlichen Ernährungssektors aufdrängt. Im Rahmen der Liberalisierung der schweizerischen Landwirtschaft müssen – im Rahmen des Grenzschutzes – wettbewerbs-hemmende sowie etatistisch-interventionistische Bestimmungen, die höchstens Ausdruck eines Misstrauens gegenüber der Wirksamkeit des Grenzschutzes darstellen, durch effizientere Regulierungen ersetzt werden.

## **2 Verteilung von Zollkontingenten im Verordnungspaket AP 2002**

Der Verteilungsmechanismus von Zollkontingenten tangiert den Grenzschutz nicht. Mit dem Zollkontingents-Zuteilungskriterium nach Massgabe einer Inlandleistung wird die Landwirtschaftspolitik indes-sen zu einem Instrument der Industriepolitik und zwar in dem Sinne, dass vor allem die der landwirtschaftlichen Produktion nachgelager-ten Bereiche vor dem Wettbewerb geschützt werden. Damit werden regelmässig ineffiziente Strukturen zementiert.

Das Landwirtschaftsgesetz (LwG) sieht in Artikel 22 Absatz 1 vor, dass bei der Verteilung von Zollkontingenten der Wettbewerb gewahrt bleiben soll. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Verfügung vom 7. September 1998 festgestellt, dass das Zuteilungskriterium der In-landleistung zu Wettbewerbsverzerrungen führt. In unserer Stellung-nahme vom 27. Oktober 1998 haben wir dargelegt, dass diese Wett-bewerbsverzerrungen in sämtlichen landwirtschaftlichen Produkte-märkten auftreten.

Zudem lädt die Koppelung der Importe an eine Inlandleistung zum Missbrauch ein und fordert deshalb unverhältnismässige Kontroll-massnahmen (Stichwort Schnittblumen). Die Inlandleistung führt im weiteren häufig dazu, dass der Wettbewerb unter den inländischen Produzenten beschränkt und ein marktgerechtes Angebot deshalb nicht erreicht wird.

Wir beantragen daher, in sämtlichen Produktemärkten – abgesehen vom Milch- und Buttermarkt sowie dem Fleischmarkt – das Kriterium der Inlandleistung durch ein wettbewerbsneutraleres und verwal-tungstechnisch effizienteres zu ersetzen.

Die spezifische Wahl des Kriteriums ist pragmatisch zu treffen, weil die jeweiligen Marktgegebenheiten sowie die Entwicklungen auf in-ternationaler Ebene zu berücksichtigen sind.

Prinzipiell sollte die Kontingentsrente in erster Linie dem Konsumenten und in zweiter Linie der Bundeskasse zukommen. Rentengenerie-rungen auf Stufe Importeur (Sofaimporteur) sind zu vermeiden. Des Weiteren darf die Zuteilung von Kontingenten nicht zu einer Markt-zutrittsschranke für Neueinsteiger bzw. zu einer Zementierung von Handelsstrukturen führen.

Die Kontingentsrente kommt in der Regel dem Konsumenten zu, wenn eine genügende Anzahl von (potentiellen) Importeuren in dem Sinne existiert, dass der Import nicht monopolisiert wird, das Kontingent gross ist und ein Windhundverfahren zur Anwendung kommt. Bei lagerfähigen Produkten ist das Kontingent eventuell quartalsweise aufzuteilen.

Wo die Rahmenbedingungen dazu führen, dass die Kontingentsrente nicht dem Konsumenten weitergegeben wird, das Kontingent klein und die Preisdifferenz an der Schweizer Grenze gross ist, drängt sich in der Regel eine Versteigerung auf. Mit der Versteigerung fliesst ein Teil der Kontingentsrente in die Bundeskasse.

Aufgrund der Komplexität und der verschiedenen Aspekte, die bei der Verteilung von Zollkontingenten zu berücksichtigen sind, haben wir vereinbarungsgemäss mit den Fachleuten des Bundesamtes für Aussenwirtschaft (BAWI) Kontakt aufgenommen. In Anlehnung an die Fachmeinung des BAWI beantragen wir, die Inlandleistung bei den folgenden Verordnungen durch ein wettbewerbsneutraleres Kriterium zu ersetzen.

## **2.1 Verordnung über die Einfuhr und die Ausfuhr von Gemüse, Obst und Gartenbauerzeugnissen (VEAGOG)**

### **1. Abschnitt: frisches Gemüse und frisches Obst**

#### Art. 5

*Wir beantragen, das Zollkontingent zu **100% aufgrund von Importvergleichszahlen** (Basis ganzes Jahr; entsprechend den Einfuhren zum KZA und AKZA im vorangegangenen Jahr) zu verteilen.*

#### Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 4 et 5 (Vernehmlassungs-Entwurf)

*An diesen Bestimmungen (Bedürfnisse der Nahrungsmittelindustrie, Erschöpfung des inländischen Angebotes an Bio-Gemüse und bei Gefährdung der Sortenvielfalt im Inland sowie der vorgesehenen Zuteilungsmechanismen – beantragte Menge und Versteigerung) des Vernehmlassungsentwurfs des BLW ist entgegen dem Antrag der Branche festzuhalten, weil damit eine gewisse Flexibilisierung ermöglicht wird.*

### **2. Abschnitt: Tiefkühlgemüse**

*Wir beantragen, das Zollkontingent zu **100% aufgrund von Importvergleichszahlen** (Basis ganzes Jahr; entsprechend den Einfuhren zum KZA und AKZA im vorangegangenen Jahr) zu verteilen.*

### 3. Abschnitt: Schnittblumen

Wir beantragen, das Basiskontingent zu **100% aufgrund von Importvergleichszahlen** (Basis ganzes Jahr) und das

*Zusatzkontingent aufgrund einer **Versteigerung** zu verteilen.*

#### Begründung

Im Gegensatz zu einem System mit Inlandleistung werden die Produzenten (im Rahmen des Grenzschutzes) dazu angehalten, Erzeugnisse anzubieten, die am Markt nachgefragt werden. Die „Händler“ werden diejenigen Produkte nachfragen, die die grössten Absatzmöglichkeiten haben. Mit der Inlandleistung fragen Händler häufig möglichst günstige (qualitativ minderwertige) Ware nach, damit sie zollkontingentsberechtigt werden. Die Inlandleistung führt zudem zu gewaltigem Verwaltungsaufwand sowie zu noch grösserem Anreiz zu Missbrauch.

### 2.2 Eierverordnung (EV)

### 3. Abschnitt Zuteilung der Zollkontingentsanteile aufgrund einer Inlandleistung

#### Art. 8 und 9

*Wir beantragen, Art. 8 und 9 folgendermassen abzuändern:*

*Der Zollkontingentsanteil am Teilzollkontingent Konsumeier wird nach Massgabe der Reihenfolge der Verzollung zugeteilt (Windhund an der Grenze).*

#### Begründung

Angeichts der beschriebenen Wettbewerbsverzerrung (vgl. auch unsere Stellungnahme vom 27. Oktober 1998), der Grösse des Zollkontingents und seiner rückläufigen Ausschöpfung (1997 nur 70%) sowie der Tatsache, dass Eier nicht lange gelagert werden können, ist der Windhund an der Grenze für den Erwerb von Zollkontingentsanteilen ein effizienteres Kriterium als die Inlandleistung.

### 2.3 Kartoffelverordnung

#### Art. 17

*Das Teilzollkontingent 14 soll durch ein einziges, aggregiertes Kontingent ersetzt werden. Die verschiedenen Waren/Produkte werden in Kartoffeläquivalente umgerechnet.*

#### Art. 20 und 21

*Die Zuteilung der Zollkontingente aufgrund der Inlandleistung soll gestrichen und durch eine Versteigerung ersetzt werden.*

### Begründung

Der Grenzschutz ist bereits durch die Zollkontingente gegeben. Daher bedarf es keines weiteren Schutzes der Kartoffelbranche durch den Zuteilungsmodus der Zollkontingente. Das Erfordernis einer Inlandleistung führt zu keiner Gleichbehandlung aller Importinteressierten und zu einer Zementierung der bestehenden Strukturen. Dass sich gerade die Branche selbst gegen eine Veränderung der Zuteilungskriterien ausspricht, belegt deren derzeitige Privilegierung und sollte kein Hindernis darstellen, Kartoffeln nach einem anderen, effizienteren und neutraleren Verfahren zuzuteilen.

Des weiteren erscheint es nicht sinnvoll, das Zollkontingent Nr. 14 in Teilzollkontingente aufzuteilen, welche wiederum in verschiedene Warenkategorien gegliedert sind. Im Sinne einer Flexibilisierung der Kontingente (Einfuhr der verschiedenen Produkte nach Bedarf) und der Minimierung des Verwaltungsaufwands ist es angebracht, die Produktgruppen zu aggregieren und als Ganzes zu behandeln, wobei ein 'Kartoffeläquivalent' als Rechnungseinheit innerhalb der gesamten Zollkontingentsmenge gelten soll.

Durch diese Flexibilisierung zusammen mit einer Versteigerung der Kontingente als Zuteilungsverfahren wäre es dem Markt überlassen, wann, wieviel und in welcher Form die 'Kartoffeläquivalente' in die Schweiz importiert werden. Dies würde auch den Anliegen der AP 2002 entsprechen.

## **2.4 Tierzuchtverordnung**

### Art. 32 Abs 3

*Wir beantragen, Artikel 32 Absatz 3 ersatzlos zu streichen.*

### Begründung:

Grundsätzlich begrüßen wir, dass der Anteil des zu verwendenden Inlandspermats für KB-Organisationen nicht mehr vorgegeben wird und die Bewilligungspflicht gelockert wird.

Allerdings sehen wir in Art. 32 Abs. 3, wonach die Verteilung der Zollkontingentsanteile unter die KB-Organisationen aufgrund der im Vorjahr ausgeführten Besamungen mit Samen von Inlandstieren erfolgt, Widersprüche zu dieser Liberalisierung. In Verbindung mit der Festlegung der Zollkontingente erfolgt dadurch erneut eine Bindung des verwendeten Anteils ausländischen Spermats an Inlandsperma. Falls die Kontingente ausgeschöpft werden, sind durch diese Bestimmung Marktzutritte neuer KB-Organisationen bzw. deren Marktchancen stark eingeschränkt. Neue KB-Organisationen sind dadurch stark auf Zuchtorganisationen angewiesen, welche in personeller und finanzieller Hinsicht eng mit dem SVKB verbunden sind.



### Art. 32 Abs. 5

*Unseren bisherigen Ausführungen betreffend die Verteilung von Zollkontingenten folgend beantragen wir, dass Zollkontingentsanteile unter den in Artikel 31 TZV genannten Organisationen und Personen übertragbar sind.*

## **3 Zu den einzelnen Verordnungen**

### **3.1 Übergangsverordnung Milch**

Im Übergang zur neuen Milchmarktordnung sind bis zum 30. April 2004 Beihilfen für Butter (1999: 85.9 Mio. Franken) vorgesehen.

Der Verordnungsentwurf sieht Beihilfen für Vorzugsbutter und Buttermischungen – Butter aus pasteurisiertem Milchrahm bzw. einem vorgesehenen Anteil Sirtenrahm – (Art. 12 Abs. 1), welche in Betrieben produziert wurden, die nach den Normen der ISO 9000-Reihe zertifiziert sind (Art. 12 Abs. 3).

Die Verordnung über die Qualitätssicherung in der gewerblichen Milchverarbeitung (QSVO) vom 24. Januar 1996 setzt die Hygieneanforderungen fest, die ein Betrieb, der Butter herstellt, zu erfüllen hat. Mit dieser QSVO werden die einschlägigen EU-Normen erfüllt. Die Zertifizierung nach der ISO 9000-Reihe (Art. 12 Abs. 3 der Übergangsverordnung Milch) drängt sich daher nicht auf. Diese Zertifizierung ist für Betriebe, welche erst kürzlich ihre Infrastruktur auf den Stand der QSVO gebracht haben, mit unverhältnismässig hohen Kosten verbunden und wirkt besonders für kleinere Betriebe als Marktzutrittschranke. Es ist nicht Aufgabe des Staates, Strukturen durch nicht erforderliche Auflagen zu zementieren.

Der Verordnungsentwurf statuiert in der vorliegenden Form einen Wettbewerbsnachteil für Betriebe, die Butter aus pasteurisiertem Milchrahm bzw. dem vorgesehenen Anteil Sirtenrahm herstellen wollen und nicht ISO-zertifiziert sind.

*Wir beantragen deshalb, die diskriminierenden Bestimmungen für gewerbliche Betriebe, wie namentlich die Zertifizierung nach der ISO 9000-Reihe für die Berechtigung der Beihilfen durch die einschlägigen Bestimmungen der QSVO zu ersetzen.*

### **3.2 Höchstbestandesverordnung (HBV)**

Wir erkennen keine Notwendigkeit für diese Verordnung. Direktzahlungen in der Höhe von jährlich über 2 Mrd. Franken fördern eine ökologische und naturnahe Landwirtschaft. Gewässerschutz und Tierschutz stellen die politisch ausgehandelten Rahmenbedingungen hinsichtlich Umwelt- und Tierschutz dar. Letztendlich soll der Markt entscheiden, welche bzw. wie viel landwirtschaftliche Erzeugnisse aus Tierfabriken oder aus (subventionierten) ökologischen Betrieben stammen sollen. Angesichts der Tatsache, dass Tierfabriken Umwelt-

und Tierschutzaufgaben einzuhalten haben und keine Direktzahlungen erhalten, stellt eine staatlich vorgeschriebene Höchstbestandsmenge (nota bene in absoluter Höhe) einen *unverhältnismässigen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit* dar.

In einer Wirtschaft müssen Rahmenbedingungen festgesetzt werden, die für alle gleich sind. Die Höchstbestandesverordnung bietet Handhabe zu arbiträrem und überschüssendem staatlichen Interventionismus. Sie führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Wirtschaftsakteure und läuft damit den Grundsätzen und Grundbedingungen einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung diametral entgegen. Wenn ein Betrieb die einschlägigen Tierschutz- und Umweltschutzaufgaben erfüllt (selbst mit Gülleabnahmeverträgen) ist er zwar nicht unbedingt DZ-anrechtsberechtigt, muss aber Garantie haben, dass er innerhalb der gesetzten Rahmenbedingungen agieren kann ohne der Unsicherheit eines (willkürlichen) staatlichen Eingriffs ausgesetzt zu sein. Die HBV ist Ausdruck dafür, dass der Gesetzgeber seine einschlägigen Rahmenbedingungen im Gewässer- und Tierschutz für die politische Zielerreichung nicht als ausreichend ansieht. Dadurch dürften aber notwendige Strukturbereinigungen im Landwirtschaftssektor verhindert werden.

*Wir beantragen, die Verordnung über die Höchstbestände in der Fleisch- und Eierproduktion (Höchstbestandesverordnung) ersatzlos zu streichen.*

### **3.3 Ackerbaubeitragsverordnung**

Die Ölgewinnung erfolgt wirtschaftlich effizienter durch das Extraktionsverfahren als durch das Pressverfahren. Gemäss Artikel 9 und 10 wird den Ölwerken ohne Extraktionsverfahren ein Ausbeuteausgleichsbetrag ausgerichtet, welcher der unterschiedlichen Grenzabschöpfung entspricht. Dadurch sollen die wirtschaftlichen Nachteile der Presswerke kompensiert werden, damit diese den Produzenten den gleichen Ölsaatenpreis bezahlen können wie ein Extraktionswerk.

Aus ökonomischer Sicht kann diese Vorgehensweise nicht gerechtfertigt werden, da dadurch keine Anreize bestehen, die weniger effizienten Presswerke durch Extraktionswerke zu ersetzen (Strukturerhaltung).

Der Ausbeuteausgleich ist des weiteren kein effizientes Mittel um allen Ölwerken zu ermöglichen, den Produzenten den gleichen Ölsaatenpreis zu bezahlen.

Vielmehr sollten die Bestimmungen in der Verordnung Anreize setzen, dass die Verarbeitungsbeiträge durch die Ölwerke möglichst wirtschaftlich ausgeführt werden. Wird sich einmal Wettbewerb auf Stufe der Verarbeitung einstellen, wird sich auch ein Marktpreis für

Ölsaaten einstellen, welcher grundsätzlich für alle Produzenten gleich ist. Sollte der sich ergebende Ölsaatenpreis aus politischen Gründen zu tief sein, sollten die Flächenbeiträge für Ölsaaten erhöht werden. Dieses Vorgehen wäre gesamtwirtschaftlich bedeutend günstiger, da einerseits die Mittel direkt an die Produzenten gelangen und andererseits auf die unnötige Koppelung an die Strukturhaltung in der Verarbeitung verzichtet werden kann. Wettbewerb auf der Verarbeitungsstufe würde sich ebenfalls günstig auf die Konsumentenpreise auswirken.

Da bei der Ölgewinnung erwartungsgemäss Skalenerträge bei der Produktion vorliegen und folglich nach der Schaffung von Wettbewerb ein Monopol resultieren könnte, ist es notwendig, die Märkte schrittweise zu öffnen.

*Wir beantragen, die Artikel 9 und 10 der besagten Verordnung zu streichen und durch einen neuen Abschnitt zu ersetzen, welcher folgenden Überlegungen Rechnung trägt:*

1. Die in Art. 56 LwG vorgesehene Sicherstellung einer angemessenen Versorgung mit inländischen pflanzlichen Ölen und Proteinen soll ähnlich der Zuckerverordnung durch die Festlegung einer bestimmten zu produzierenden Menge konkretisiert werden.
2. Die Produktion der Gesamtmenge kann in verschiedene Anteile aufgeteilt werden. Bei der Festlegung sollen allfällige Skalenerträge in der Produktion berücksichtigt werden.
3. Die Produktion der Teilmengen soll jeweils in Form eines Leistungsauftrages nach Möglichkeit im offenen Verfahren gemäss Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen ausgeschrieben und an den wirtschaftlich günstigsten Submittenten vergeben werden.

### **3.4 Tierzuchtverordnung**

#### Art. 5 Abs. 5 lit. d

*Wir beantragen, diesen Absatz folgendermassen zu ergänzen:*

<sup>5</sup>*Die bewilligten KB-Organisationen haben jederzeit Zugang zu allen weiblichen und männlichen Leistungs-, Besamungs- und Zuchtwertdaten.*

Begründung: Aufgrund der Verbindung von privaten und öffentlichen Tätigkeiten und der engen personellen und wirtschaftlichen Verflechtung der Zuchtverbände mit dem SVKB ist diese Ergänzung aus wettbewerblicher Sicht notwendig, auch wenn die Zuchtverbände gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. k ihre züchterischen Dienstleistungen für alle bewilligten KB-Organisationen neutral und zu gleichen Bedingungen erbringen und gewährleisten müssen. Die Besamungsdaten sind von

grosser Bedeutung für den Ankauf von Stieren und somit für das zukünftige Angebot der bewilligten KB-Organisationen.

Die Erhebung dieser Daten wird durch Beiträge des Bundes und der Kantone unterstützt und obliegt den Zuchtverbänden. Daher sollen die Daten auch allen KB-Organisationen gleichermaßen zugänglich gemacht werden.

### **3.5 Verordnung des BLW über die Buttereinfuhr**

Wie wir anlässlich der Sitzung vom 29. Oktober 1998 angedeutet haben, akzeptieren wir die planwirtschaftliche Übergangslösung im Buttermarkt, weil wir der Ansicht sind, dass die volkswirtschaftlichen Schäden über den gesamten Milchmarkt betrachtet mit der vorgesehenen Lösung unter Umständen geringer ausfallen, als bei einer radikalen Freigabe des Teilzollkontingents Butter. Dabei darf unter den Akteuren indessen nicht die Meinung aufkommen, im Buttermarkt gäbe es (für eine längere Zeit) eine „Verschnaufpause“.

*Wir wollen daher bereits an dieser Stelle festhalten, dass wir im Rahmen der weiteren Liberalisierung der schweizerischen Landwirtschaft grundsätzlich beantragen, das Teilzollkontingent von 3'000t Butter sämtlichen Kreisen zu öffnen, im Versteigerungsverfahren zu verteilen und von einer Inlandleistung abzusehen.*

Wie Sie uns anlässlich der Sitzung signalisiert haben, vertreten Sie diesbezüglich überwiegend die gleiche Meinung. Wir ersuchen Sie daher bereits zum heutigen Zeitpunkt die entsprechenden Vorbereitungen sowie Informationsmassnahmen an die Branche zu treffen.

#### Begründung:

Wird die knappe Ressource „Importbutter“ vom Staat für zwei Teilzollkontingentsberechtigte fixiert und zugeteilt (Planwirtschaft), führt dies unweigerlich zu einer Fehlallokation von Ressourcen und zu Effizienzverlusten, da die Ressource nicht durch einen funktionierenden Preismechanismus (Versteigerung = Marktwirtschaft) alloziert wird.

Im Zusammenhang mit der neugegründeten „Branchenorganisation Butter“, welche den Butterimport regelt und der fixen Zuteilung des Teilzollkontingents von 2'400t für die Butterproduzenten, führt die Verordnung des BLW über die Buttereinfuhr zu einer faktischen Übertragung des ehemaligen (halbstaatlichen) Butter(import)-monopols auf ein privates Monopol, bzw. ein Kartell. Dies ist aus wettbewerblicher Sicht höchst bedenklich; wir werden daher die geplanten Aktivitäten der „BO Butter“ einer vertieften Prüfung unterziehen.

B 1	<b>4. Beratungen Conseils Consulenze</b>
B 1.4	<b>1. Eureka Allianz</b>

*Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG in Sachen Eureka Allianz betreffend Vereinbarkeit mit Art. 5 KG*

*Conseil selon l'art. 23 al. 2 LCart sur le cas Eureka Allianz concernant la compatibilité avec l'art. 5 LCart*

*Consulenze secondo l'art. 23 cpv. 2 LCart in merito al caso Eureka Allinaz concernente la compatibilità con l'art. 5 LCart*

### **A. En fait**

1. Les entreprises
  - ?? Mobiliar Gruppe (CH)
  - ?? Achmea Gruppe (NL)
  - ?? BCP/BPA Gruppe (P)
  - ?? Friend's Provident Gruppe (GB)
  - ?? Parion/Gothaer Gruppe (D)
  - ?? Topdanmark Gruppe (DK)
  - ?? WASA Gruppe (S)

sont des groupes d'assureurs, qui sont pour la plupart des coopératives orientées sur leur marché indigène. Ils sont aussi bien actifs dans le domaine de l'assurance-vie que dans l'assurance non vie.

2. Toutes ces entreprises, en dehors de la Mobiliar Gruppe, sont actuellement partenaires de l'alliance Eureka (NL), qui est une joint venture. Eureka B.V. est une société holding qui détient d'une part des participations minoritaires dans chaque partenaire et d'autre part des participations majoritaires dans ses sociétés opératives. La Mobiliar Gruppe a maintenant l'intention d'adhérer à cette alliance.

3. L'objectif de l'alliance est d'offrir aux partenaires une plateforme internationale de coopération et de développer de nouveaux marchés étrangers dans le domaine de l'assurance direct, de l'assurance-chose et de l'assurance-vie. La coopération doit en particulier permettre aux membres de l'alliance d'offrir à leurs clients des couvertures de risques dans plusieurs pays.

4. Afin d'atteindre ces objectifs, les partenaires transmettent leurs activités étrangères à Eureka B.V. ou au partenaire compétent du

pays concerné. Chaque partenaire est entièrement autonome dans son marché indigène et conserve son identité. Le principe un partenaire par marché/pays est appliqué.

5. L'accord de joint venture est composé de différents documents et en particulier du Shareholders' agreement. Ce dernier contient une clause de non-concurrence:

[secret d'affaires]

6. Cette clause de non-concurrence pose le problème de sa compatibilité avec l'art. 5 LCart.

## **B. En droit**

### **1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart**

#### **1.1 Entreprise (art. 2 LCart)**

7. Selon le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994 (Message), la loi sur les cartels s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (FF 1995 I 533). Les entreprises participantes (cf. pt 1) tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart.

#### **1.2 Accords en matière de concurrence (art. 4 al. 1 LCart)**

8. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

9. Eureka B.V. s'engage à ne pas être actif sur les marchés indigènes qui constituent le „Core Business“ de la Mobiliar Gruppe.

10. Les autres partenaires d'Eureka B.V. s'engagent à ne pas être actifs sur des marchés qui ne leur sont pas indigènes et qui constituent le „Core Business“ de la Mobiliar Gruppe.

11. Ces deux clauses de protection territoriale ont pour but de restreindre la concurrence. Elles sont à considérer comme des accords au sens de l'art. 4 al. 1 LCart compte tenu de l'aspect intentionnel et voulu de ces restrictions et le fait qu'un paramètre essentiel de la concurrence est concerné.

### **2 Appréciation selon l'art. 5 LCart de la clause de non-concurrence**

12. Selon l'art. 5 al. 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché des certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que

tous ceux qui conduisent à la suppression de la concurrence efficace, sont illicites.

13. La suppression de la concurrence efficace est présumée dans la mesure où ils réunissent des entreprises effectivement ou potentiellement concurrentes, les accords qui opèrent une répartition géographique des marchés ou une répartition en fonction des partenaires commerciaux (art. 5 al. 3 lit. c LCart).

14. La clause de non-concurrence en question est présumée supprimer la concurrence efficace au titre de l'art. 5 al. 3 lit. c LCart du fait qu'il s'agit d'un accord qui opère une limitation géographique. Une telle présomption peut être toutefois renversée.

15. Pour déterminer si la présomption peut être renversée, ainsi que pour apprécier si un accord affecte de manière notable la concurrence ou supprime la concurrence efficace, il faut d'abord définir le marché de référence.

## **2.1 Marché de référence**

16. Le marché de référence a une dimension matérielle (marché des produits) et une dimension territoriale (marché géographique).

### **a) Marché des produits**

17. S'agissant des produits, le marché de référence 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 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE).

18. Dans le cas *Credit Suisse / Winterthur Versicherungen*, les marchés d'assurances suivants sont distingués: assurance-vie individuelle, assurance-vie collective, assurance-maladie, assurance-accident, assurance-responsabilité civile, assurance-véhicules à moteur, assurance-incendies et assurance-transport (cf. cas *Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen*, in *Droit et politique de la concurrence*, 1997/4, § 14). Selon la pratique de l'Office fédéral des assurance privées, on peut encore y ajouter l'assurance-chose. Il semble raisonnable de considérer que l'assurance-incendie et l'assurance-chose forment un marché unitaire en raison de l'importance des polices combinées (couverture de plusieurs risques).

### **b) Marché géographique**

19. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE).

20. Selon la pratique de la Commission de la concurrence dans le cas *CS-Winterthur*, le marché géographique de référence peut être déli-

mité à la Suisse (cf. cas Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen, in Droit et politique de la concurrence, 1997/4, § 21).

## **2.2 Renversement de la présomption**

21. Des 6 partenaires actuels d'Eureko B.V., seul un est actif dans le domaine des assurances en Suisse. Parion/Gothaer possède en effet une succursale en suisse (Gothaer) qui ne s'occupe que d'activités en relation avec l'Allemagne (primes brutes env. [...] de francs par an). Cette activité est négligeable sur le marché Suisse. Parion/Gothaer a aussi une filiale suisse active dans le domaine de l'assurance automobile (CG Car-Garantie Versicherungsgesellschaft). Sa part de marché est aussi négligeable (part de marché inférieure à [...]%) selon les estimations du secrétariat de la Commission de la concurrence).

22. Dès lors, on peut considérer que les parts de marché en Suisse de la Mobiliar Gruppe sont celles qu'auraient Eureko B.V. avec la Mobiliar Gruppe.

23. Les parts de marché de la Mobiliar Gruppe sur les différents marchés de l'assurance (cf. pt 18) n'excèdent jamais 23%, cela signifie qu'au minimum 77% du marché est occupé par des concurrents. Compte tenu du nombre important de concurrents et de l'intensité de la concurrence entre les assureurs, la présomption peut être renversée sur ces marchés.

## **2.3 Pas d'affectation notable de la concurrence**

24. Dans les conditions actuelles du marché, La Mobiliar Gruppe ne va pas conclure un accord avec des concurrents directs mais avec des concurrents potentiels, vu que les autres partenaires à l'accord n'ont aucune part de marché en Suisse (exception faite des marchés cités au point 21 mais cela est négligeable). D'un point de vue purement statique, cet accord n'affecte pas le marché suisse.

25. D'un point de vue dynamique, cet accord empêche 6 sociétés d'assurance d'entrer à l'avenir sur le marché suisse. Cela doit être relativisé en raison du nombre total d'entrants potentiels, c'est-à-dire qu'il faut tenir compte du nombre d'assurances étrangères n'ayant pas d'activités en Suisse.

26. Il faut mentionner ici que les barrières à l'entrée ne jouent pas de rôle dans cette appréciation, car toutes les assurances étrangères, y compris les partenaires d'Eureko, font face aux mêmes barrières à l'entrée.

27. En raison du fait que

?? cet accord implique la Mobiliar Gruppe et des concurrents potentiels;

?? les parts de marché de la Mobiliar Gruppe n'excèdent jamais 23%;



- ?? le nombre de concurrents potentiels est élevé;
- ?? les barrières à l'entrée sont identiques pour tous les concurrents potentiels;
- ?? l'intensité de la concurrence dans le domaine des assurances est grande et que le nombre d'assurances actives en Suisse est élevé;
- l'accord n'affecte pas la concurrence de manière notable au sens de l'art. 5 al. 1 LCart.

### C. Conclusions

28. Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent, considère que l'adhésion de la Mobiliar Gruppe à l'alliance Eureko ne tombent pas sous le coup de l'art. 5 LCart.

29. Nous vous informons que l'opinion présentée ci-dessus est celle du secrétariat de la Commission de la concurrence. Cette dernière resterait évidemment libre dans son opinion si elle avait à se confronter à ce cas.

## B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

### B 2 1. Vorsorgliche Massnahmen Mesures provisionnelles Misure cautelari

#### B 2.1 1. Schweizerische Meteorologische Anstalt

*Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung; vorsorgliche Massnahmen; Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG*

*Restriction illicite de la concurrence; mesures provisionnelles; art. 17 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA*

*Limitazione illecita della concorrenza; misure cautelari; art. 18 e 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA*

*Verfügung der Wettbewerbskommission vom 16. November 1998 in Sachen Meteotest, Bern, gegen Schweizerische Meteorologische Anstalt, Zürich*

## 1 Sachverhalt

### 1.1 Verfahren

1. Mit Schreiben vom 17. September 1998 stellte Meteotest bei der Wettbewerbskommission einen Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung sowie ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA).

2. Die Eingabe enthielt folgende Anträge:

1. *Es sei auf dem Markt für Meteodaten bzw. Meteorienleistungen gegen die SMA eine Untersuchung zur eröffnen (Art. 27 ff. Kartellgesetz (KG)).*

2. *Die Gesuchsgegnerin sei gerichtlich und unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 Strafgesetzbuch (StGB) an die verantwortlichen Organe zu verpflichten, der Gesuchstellerin zu den gleichen Bedingungen Zugang zu den hoheitlich erfassten meteorologischen Daten zu gewähren, welche sie sich im Zusammenhang ihres eigenen Angebotes von kommerziellen Dienstleistungen selbst belastet.*

Eventualiter: *Die Gesuchsgegnerin sei gerichtlich und unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB an die verantwortlichen Organe zu verpflichten, sich bei der Nutzung hoheitlich erfasster meteorologischer Daten für erweiterte Dienstleistungen im Rahmen der entsprechenden Kostenrechnung die gleichen Kosten zu belasten, wie sie privaten Anbietern verrechnet.*

3. *Die Gesuchsgegnerin sei gerichtlich und unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB an die verantwortlichen Organe zu verpflichten, privaten Anbietern die Datenbank-Software „Meteo Vorhersagearbeitsplatz“ zu den gleichen Bedingungen (pro Arbeitsplatz) zu lizenzieren, welche sich die Gesuchsgegnerin bei der Nutzung dieser Software zur Erbringung kommerzieller Dienstleistungen pro Arbeitsplatz selbst belastet.*

Eventualiter: *Die Gesuchstellerin sei gerichtlich und unter Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB an die verantwortlichen Organe zu verpflichten, bei der Nutzung der Datenbank-Software „Meteo Vorhersagearbeitsplatz“ für erweiterte Dienstleistungen im Rahmen der entsprechenden Kostenrechnung pro Arbeitsplatz CHF 348'700.- zzgl. 11,4% des von der Gesuchsgegnerin erzielten Gesamtumsatzes zu belasten.*

4. *Die Anträge gemäss Ziff. 2 und 3 seien im Sinne von Massnahmen **vorsorglich** zu verfügen.*

*– Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchsgegnerin –*

3. Am 21. September 1998 forderte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) Meteotest zur Nachbesserung des Gesuches auf. Meteotest reichte die Nachbesserung am 13. Oktober 1998 fristgerecht ein.
4. Mit Schreiben vom 24. September 1998 sowie vom 6. Oktober 1998 lud das Sekretariat die SMA zur Stellungnahme zum Gesuch inkl. Nachbesserung sowie zur Beantwortung einiger Zusatzfragen ein.
5. Mit Eingabe vom 27. Oktober 1998 nahm die SMA fristgerecht Stellung.
6. In der vorliegenden Angelegenheit wurde am 16. November 1998 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnet.

## **1.2 SMA**

6. Die SMA erfüllt als Bundesamt die dem Bund übertragenen meteorologischen und klimatologischen Aufgaben. Sie erhebt flächendeckend und dauernd die dafür erforderlichen Daten und ist für einen Grossteil aller nötigen Warnungen sowie Wetter- und Klimainformationen zugunsten von Bundesstellen und der weiteren Öffentlichkeit zuständig.
7. Im Rahmen seiner Bestrebungen zur wirkungsorientierten Verwaltungsführung hat der Bundesrat der SMA als Pilotamt für Anfang 1997 einen Leistungsauftrag mit Globalbudget erteilt. Der Leistungsauftrag verpflichtet die SMA unter anderem, ihren Kostendeckungsgrad bis Ende 1999 um mindestens 5% auf 37% zu erhöhen. Der Leistungsauftrag hält weiter fest, dass diese Steigerung nur durch das Erbringen sog. erweiterter Dienstleistungen auf kommerzieller Basis möglich sei. 1997 hat die SMA mit dem Verkauf von erweiterten Dienstleistungen Erlöse von knapp 4 Mio. CHF erzielt. Die dafür ausgewiesenen Kosten entsprechen 4% der Gesamtkosten der SMA.
8. Rechtliche Grundlage für die Tätigkeiten der SMA bildet das Bundesgesetz über die Schweizerische Meteorologische Zentralanstalt von 1901 (Meteorologiestatut, SR 429.1). Dieses Gesetz nennt als Aufgaben der SMA unter anderem die Veranstaltung von meteorologischen Beobachtungen und Witterungsaufzeichnungen, die Veröffentlichung und Verwertung der Beobachtungsergebnisse sowie die Herausgabe eines täglichen Wetterberichtes. Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für das Erbringen von kommerziellen Dienstleistungen fehlt. Die Verordnung über die Gebühren der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt von 1995 (GVO, SR 429.19) legt die Gebührenansätze für Dienstleistungen der SMA fest. Diese Verordnung gibt für gewisse Leistungen fixe Gebühren vor und bestimmt daneben, dass die Gebühren für Dienstleistungen ohne festen Gebührenansatz nach Aufwand bemessen werden.

9. Der Nationalrat hat in der Herbstsession 1998 als Erstrat den Entwurf für ein revidiertes Bundesgesetz über die Meteorologie und Klimatologie (MetG) beraten. Der Entwurf sah vor, die SMA als Bundesamt beizubehalten, daneben aber die Grundlage für eine mögliche Privatisierung einzelner Dienstleistungen zu schaffen. Der Nationalrat hat den Entwurf zurückgewiesen und eine Vorlage gefordert, welche die privatrechtliche Organisation aller nicht hoheitlichen Aufgaben vorsieht.

10. Das Sekretariat hat im Rahmen einer Ämterkonsultation zum Entwurf des MetG Stellung genommen. Dabei hat es beantragt, dass die SMA für die Grunddienste und die erweiterten Dienste getrennte Rechnungen erstellt, dass die Grunddienste allen Interessierten zu gleichen Bedingungen angeboten werden sowie dass die SMA die erweiterten Dienste nicht mit Erträgen aus den Grunddiensten verbilligen darf.

11. Das Sekretariat der Kartellkommission hat 1995 eine Vorabklärung gegen die SMA geführt (vgl. VKKP 3/1996, 45f.). Diese führte zum Schluss, dass Quersubventionierungen, Informationsvorsprünge, eine bevorzugte Behandlung der SMA-eigenen kommerziellen Abteilung bei der Datenbelieferung durch die SMA sowie die Steuerfreiheit derselben zu erheblichen Wettbewerbsverfälschungen auf dem Markt für meteorologische Dienstleistungen führen. Angesichts des baldigen Inkrafttretens des neuen Kartellgesetzes wurde damals jedoch auf eine Untersuchung verzichtet. Stattdessen wurde beim Departement des Innern angeregt, die Aufgaben der SMA, soweit diese im Departement des Innern integriert bleibe, auf den hoheitlichen Bereich zu beschränken. Um Wettbewerbsvor- und -nachteile zu vermeiden, sollten die rein kommerziell tätigen Zweige von der SMA institutionell getrennt werden.

### **1.3 Meteotest**

12. Meteotest, eine Genossenschaft mit Sitz in Bern, ist nach eigenen Angaben in der Schweiz die wahrscheinlich führende private Anbieterin von meteorologischen Dienstleistungen. Sie erwirtschaftete 1997 einen Umsatz von knapp CHF 2,4 Mio. und wies einen Gewinn von CHF 22'000.- aus. Der Bereich Wetterprognose macht ca. 40% des Umsatzes von Meteotest aus. Meteotest erklärt, dass im Bereich Wetterprognose der Preisdruck wegen der Aktivitäten der SMA sehr stark zugenommen habe und dass ihre wirtschaftliche Lage angespannt sei.

13. Meteotest wirft der SMA vor, dass sie privaten Anbietern den diskriminierungsfreien Zugang zu den hoheitlich erstellten Basisdaten und -produkten verweigere. Zur Begründung dieses Vorwurfs weist Meteotest insbesondere auf die Verhandlungen über den Erwerb einer Lizenz für die sog. Datenbank-Software Meteo-Vorhersagearbeitsplatz hin, welche einen effizienten Zugriff auf die SMA-Daten erlaubt. Meteotest erklärt, dass die SMA diese Software unter Einsatz

erheblicher öffentlicher Mittel entwickelt habe und auch für kommerzielle Dienstleistungen nutze. Die Nutzung dieser Software zu gleichen Bedingungen sei Voraussetzung für einen Wettbewerb mit gleich langen Spiessen. Die Offerte der SMA für die Lizenzierung dieses Vorhersagearbeitsplatzes erachtet Meteotest als missbräuchlich hoch.

## **2 Erwägungen**

### **2.1 Formelle Voraussetzungen**

14. Die SMA ist sowohl hoheitlich als auch unternehmerisch tätig. In Bezug auf den Verkauf von meteorologischen Basisdaten und Basisprodukten an Dritte beteiligt sich die SMA selbständig am Wirtschaftsprozess und ist somit als öffentliches Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu beurteilen.

15. Das Meteorologiegesezt stattet die SMA zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben des Bundes in den Bereichen Meteorologie und Klimatologie nicht mit besonderen Rechten aus, die Wettbewerb nicht zulassen. Die GVO regelt die Gebühren für die Dienstleistungen der SMA und begründet insofern eine staatliche Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG. Die durch die GVO vorgegebenen Gebühren ausgenommen, ist das Verhalten der SMA somit gemäss Art. 3 Abs. 1 KG den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG unterstellt.

16. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG ist die Wettbewerbskommission resp. eine ihrer Kammern zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

### **2.2 Materielle Voraussetzungen**

17. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist, dass die Gesuchstellerin glaubhaft macht, dass erstens eine günstige Erfolgsprognose vorliegt, dass zweitens einer Partei und dem wirksamen Wettbewerb ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht und dass drittens die anzuordnenden Massnahmen dringend sind. Zudem müssen die anzuordnenden Massnahmen verhältnismässig sein (vgl. P. DUCREY, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 3/1998).

#### **2.2.1 Erfolgsprognose**

18. Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss glaubhaft sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden.

19. Nachfolgend wird geprüft, ob glaubhaft ist, dass sich die SMA auf einem relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Art. 7 KG missbraucht.

### **2.2.1.1 Marktstellung der SMA**

20. Im Bereich der Meteorologie werden drei Kategorien von Daten erhoben resp. Dienstleistungen angeboten. Es sind dies erstens meteorologische Basisdaten, welche mittels Beobachtungsnetzen in landesweit etwa 900 Stationen gesammelt werden, zweitens meteorologische Basisprodukte wie Karten, Texte oder Dateien, welche nur von Meteorologen verwendet werden können, sowie drittens sog. erweiterte oder kommerzielle Dienstleistungen (Wetter-, Strassenzustands-, Neuschnee- und Flugroutenprognosen sowie Pollen- und Luftschadstoffberichte für Medien, Sport, Tourismus und Wirtschaft).

21. Die Stufe erweiterte Dienstleistungen ist den Bereichen Basisdaten und –produkte nachgelagert. Diese Basisleistungen stellen für das Erbringen von erweiterten Dienstleistungen unverzichtbare Inputfaktoren dar. Zumindest die Bereiche Basisleistungen und erweiterte Dienstleistungen stellen zwei unterschiedliche Märkte dar.

22. Die SMA ist als vertikal integriertes Unternehmen sowohl im Bereich der Basisleistungen als auch im Bereich erweiterte Dienstleistungen tätig. Im Bereich Basisleistungen ist in der Schweiz ausschliesslich die SMA tätig. Kleinere private Unternehmen sind lediglich im Bereich der kommerziellen Dienstleistungen aktiv und sind Nachfrager von Basisleistungen. Prognose-Dienstleistungen werden nebst Meteotest einzig von der METEOMEDIA AG, Gais, und der METEONEWS GmbH, Zürich, angeboten.

23. Gewisse Basisleistungen können über Internet bezogen werden, da die US-amerikanische Wetterbehörde ihre Daten dort gratis zur Verfügung stellt. Gegenüber dem Bezug bei der SMA bringt dies jedoch einen erhöhten Aufwand mit sich. Daneben sind die Anbieter von erweiterten Dienstleistungen für ihre Tätigkeiten in der Schweiz auf verschiedene Daten der SMA angewiesen. So sind etwa die für die tägliche Wetterprognose unverzichtbaren Daten des automatischen Netzes der Schweiz sowie die sog. „Schweizer Modelldaten“ nur bei der SMA erhältlich.

24. Für den vorliegenden Fall ist daher davon auszugehen, dass die SMA im nationalen Markt für meteorologische Basisleistungen über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

### **2.2.1.2 Verhalten der SMA**

25. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c KG unzulässig, wenn sie gegenüber Kunden unangemes-

sene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingen. Vorliegend ist zu prüfen, ob glaubhaft ist, dass die SMA privaten Dritten – ohne sachliche Rechtfertigung – hoheitlich erhobene Daten und/oder durch öffentliche Gelder entwickelte Produkte zu höheren Preisen und/oder schlechteren Bedingungen zur Verfügung stellt als den eigenen kommerziellen Diensten und diese Dritten damit in der Ausübung des Wettbewerbs im Bereich der erweiterten meteorologischen Dienstleistungen behindert.

26. Der Leistungsauftrag verpflichtet die SMA im Prinzip, die erweiterten Dienstleistungen nicht mit öffentlichen Mitteln in wettbewerbsverzerrender Art und Weise zu subventionieren. Zudem hat die SMA die Preise für ihre erweiterten Dienstleistungen so festzusetzen, als hätte sie für die benötigten Daten und Produkte bezahlt. Alle Daten und Produkte, welche die SMA für ihre eigenen erweiterten Dienstleistungen nutzt, sind interessierten Dritten in nichtdiskriminierender Art und Weise zur Verfügung zu stellen. Der Leistungsauftrag gibt der SMA für die Jahre 1997 – 1999 für den Bereich erweiterte Dienstleistungen einen mittleren Kostendeckungsgrad von 108% vor.

27. Zur Erfüllung dieser Anforderungen ist die SMA gegenwärtig daran, eine Kostenrechnung aufzubauen. Diese funktioniert nach Angaben der SMA heute bis Stufe Produktegruppe (alle erweiterten Dienstleistungen zusammen) und sei nicht detailliert genug, um eine genaue Kostenaufteilung auf die einzelnen Dienstleistungen vorzunehmen. Die kommerziellen Leistungen und die direkten Kosten würden „soweit praktisch möglich“ gesondert erfasst. Eine detaillierte Abrechnung der für die erweiterten Dienste verwendeten Basisleistungen sei aus technischen Gründen „mit zumutbarem Aufwand nicht realisierbar“.

28. Mit der Finanzverwaltung sei daher – zu einem Zeitpunkt, als die Betriebskostenrechnung noch nicht in ihrer heutigen Form existierte – die Vereinbarung getroffen worden, den Zugriff auf Basisleistungen sowie die Benutzung der Infrastruktur (allgemeine „Overhead“-Kosten“) für erweiterte Dienstleistungen mit einer umsatzbezogenen Pauschale von 20% der Endpreise dieser Leistungen abzugelten. Beim gegenwärtigen Umsatz von CHF 4 Mio. für erweiterte Dienstleistungen ergibt dies einen Fixkostenbeitrag von CHF 800'000.- pro Jahr, welchen die erweiterten Dienstleistungen der SMA intern abliefern.

29. Zu den separat erfassten und zusätzlich zur 20%-Pauschale direkt den erweiterten Dienstleistungen belasteten Kosten zählen gemäss SMA insbesondere die Löhne derjenigen Angestellten, die für eine erweiterte Dienstleistung tätig seien. Mittels Zeiterfassung habe ermittelt werden können, dass der Bereich erweiterte Dienstleistungen durchschnittlich 13,5 der rund 230 Angestellten beanspruche. Die einzelnen Prognostiker und Berater erbrächten aufgrund der allgemeinen Prozessorientierung der SMA sowohl hoheitliche als auch kom-

merzielle Tätigkeiten. Ab 1999 seien im Budget des kommerziellen Teils auch die Entschädigungen für die Sozialleistungen dieser Mitarbeiter vorgesehen.

30. Dies deutet darauf hin, dass die Sozialleistungen derjenigen Mitarbeiter, die für die erweiterten Dienstleistungen arbeiten, gegenwärtig noch vom hoheitlichen Bereich der SMA bezahlt werden.

31. Die SMA hat Meteotest am 27. Juli 1998 eine Offerte mit verschiedenen Gebührenvarianten für die Nutzung der Arbeitsumgebung Meteor3, den gegenwärtig bereits nutzbaren Teil des Vorhersagearbeitsplatzes, sowie weiterer Dienste unterbreitet. Meteor3 kann heute nur als Ganzes betrieben werden und ermöglicht sowohl den Zugang auf das Global Basic Dataset, die Schweizer Realtimedaten, die kontrollierten Klimadaten und die Grundprodukte des Wetterdienstes. Zur Zusammensetzung der Offerte hat die SMA gegenüber der Wettbewerbskommission erklärt, dass sie für das Global Basic Dataset und die Grundprodukte des Wetterdienstes die Gebühren gemäss GVO angeboten habe. Da von den Schweizer Real-timedaten nie alle gleichzeitig und von den kontrollierten Klimadaten nur wenige benötigt würden, hätte sie dafür ein Drittel resp. ein Zehntel des Betrages der GVO offeriert. Für die weiteren Posten der Offerte hat die SMA gemäss eigenen Angaben entweder von der GVO vorgegebene Gebühren oder aufgrund von eigenen Aufwandschätzungen berechnete Tarife angeboten.

32. Die Offerte der SMA an Meteotest belief sich pro Arbeitsplatz je nach Variante auf jährliche Kosten zwischen gut CHF 500'000.- und CHF 671'000.-. Dazu kämen einmalige Installationskosten von CHF 205'500.-. Diese Preise für eine einzige Lizenz entsprechen knapp zwei Dritteln des gesamten Umsatzes von Meteotest im Bereich Wetterprognose.

33. Die Abgeltung für die Nutzung von Meteor3 für die eigenen erweiterten Dienste der SMA ist in der 20%-Pauschale für die Nutzung der Basisleistungen und Infrastruktur inbegriffen. Die erweiterten Dienste der SMA, für welche nach Angaben der Meteotest mindestens sechs Meteor3-Arbeitsplätze genutzt werden, liefern der SMA somit ungefähr gleichviel für die Nutzung aller Basisleistungen – inklusive Meteor3 für eine unbeschränkte Zahl von Arbeitsplätzen – und der Infrastruktur (Räumlichkeiten, Abschreibungen etc.) insgesamt ab, wie Meteotest alleine für die Lizenzierung eines Meteor3-Arbeitsplatzes zu bezahlen hätte.

34. Bezüglich Preisberechnungen für die erweiterten Dienstleistungen erklärte die SMA, dass sie im Hinblick auf den New Public Management-Pilotversuch bereits vor Jahren Kalkulationsschemata entwickelt und teilweise auch angewandt habe. Danach sei die Summe der reinen Produktionszeit einer Dienstleistung plus ein Anteil des ursprünglichen Aufwandes für die Produktentwicklung als 100%-Basis



verwendet worden. Dazu seien Prozentzuschläge für Backofficearbeit, Promotion und Abgeltung an den Bund addiert worden. Die Verwendung dieser Kalkulationsschemata hätte in mehreren Fällen dazu geführt, dass in Konkurrenzsituationen Aufträge an Private erteilt wurden, weil die Preise der SMA zu hoch waren.

35. In Bezug auf den Zugang Dritter zu den hoheitlich erhobenen Daten erklärte die SMA, dass sie gewisse Leistungen, die sie auch Meteotest offeriert habe, der SRG und SF-DRS im Vergleich zu Meteotest zu tieferen Preisen zur Verfügung stelle. Diese Vorzugskonditionen rechtfertigen sich laut SMA durch den Informationsauftrag des Bundes, welcher die SMA verpflichte, die Bevölkerung via Massenmedien über das Wettergeschehen zu informieren. Zudem führe die Zusammenarbeit zwischen der SMA und SF DRS für die Sendung „Meteo“ zu einem Prestigegewinn der SMA.

36. Dazu ist anzuführen, dass viele Radiostationen und grosse Schweizer Tageszeitungen von Meteotest (Regionaljournale SR DRS, Berner, Neue Luzerner, Aargauer, Basler und Neue Mittelland Zeitung) und der METEOMEDIA AG (Blick, Tagesanzeiger) mit Wetterprognosen beliefert werden und dass somit diese privaten Unternehmen resp. deren Kunden ebenso zur Information der Bevölkerung über das Wettergeschehen beitragen wie die SMA resp. die öffentlich-rechtlichen Fernsehstationen.

37. Aufgrund obiger Ausführungen erscheint glaubhaft, dass die SMA gewisse Basisleistungen den eigenen erweiterten Dienstleistungen sowie der SRG und SF DRS preisgünstiger zur Verfügung stellt als privaten Dritten. Dafür sprechen insbesondere die Offerte an Meteotest für Meteor3 sowie das Verhalten gegenüber der SRG und SF DRS. Fest steht zudem, dass die SMA aufgrund ihres langjährigen Monopols im Bereich der Basisleistungen grundsätzlich über den Spielraum verfügt, um ihre eigenen erweiterten Dienstleistungen gegenüber anderen Anbietern zu bevorzugen.

38. Die Wettbewerbskommission erachtet es somit als glaubhaft, dass das Verhalten der SMA in Bezug auf den Zugang zu Basisleistungen ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG darstellt. Das für den Erlass vorsorglicher Massnahmen relevante Kriterium der glaubhaft gemachten günstigen Erfolgsprognose ist somit erfüllt.

### **2.2.2 Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil**

39. Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid dem wirksamen Wettbewerb und – bei Anordnung auf Gesuch hin – subsidiär dazu der Gesuchstellerin ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und ir-

reversible Strukturveränderungen des betroffenen Marktes drohen. In Bezug auf die Gesuchstellerin liegt dieser Nachteil auf jeden Fall dann vor, wenn die wirtschaftliche Existenz derselben bei einem Zuwarten ernsthaft in Frage gestellt ist. Zudem muss zwischen dem Nachteil und der wahrscheinlichen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang bestehen.

40. Der Bereich der erweiterten meteorologischen Dienstleistungen ist ein relativ junger Markt, der in den letzten Jahren aufgrund der gestiegenen – kommerziellen – Nachfrage nach vielfältigen meteorologischen Leistungen gewachsen ist. Die privaten Anbieter auf diesem Markt sind zurzeit noch daran, Know how und einen guten Ruf bei den Kunden aufzubauen. Wären diese Unternehmen aufgrund des glaubhaft missbräuchlichen Verhaltens der SMA gezwungen, aus diesem Markt vor Ende einer Untersuchung auszusteigen, würden sie sowohl ihren Ruf als auch Kunden verlieren. Die Kunden, zu einem wesentlichen Teil grosse Tageszeitungen und private Radiostationen, die eine tägliche Wetterprognose nachfragen, wären gezwungen, sich neue „Lieferanten“ von Wetterdaten zu suchen, mit denen sie möglicherweise längerfristige Verträge abschliessen würden. Diese Kunden wären bei einem späteren Wiedereinstieg oder beim Neueintritt eines privaten Anbieters für diesen nicht mehr akquirierbar. Dieser Mechanismus wäre geeignet, die Marktstruktur im Bereich erweiterte meteorologische Dienstleistungen durch den Aufbau von faktischen Marktzutrittsschranken für längere Zeit entscheidend zu verschlechtern und wäre in der gegenwärtigen Phase des Marktaufbaus für den wirksamen Wettbewerb besonders gravierend.

41. Die von Meteotest geltend gemachte angebliche Diskriminierung durch die SMA betrifft in erster Linie den Bereich Wetterprognose, in welchem Meteotest 40% ihres Gesamtumsatzes erzielt. Für die anderen Geschäftstätigkeiten benötigt Meteotest zwar ebenfalls Daten, doch nur in viel geringerem Ausmass. Im Bereich Wetterprognosen erzielt Meteotest nach eigenen Angaben ungenügende Erträge, weshalb die wirtschaftliche Lage des ganzen Unternehmens als angespannt betrachtet werden müsse. Meteotest erklärt zudem, dass ihr bisheriges Angebot an meteorologischen Dienstleistungen bedroht sei, wenn beim Datenbezug nicht kurzfristig die Gleichbehandlung gewährleistet werden könne. Da insbesondere im Bereich Wetterprognose der Preisdruck wegen der Aktivitäten der SMA sehr stark zugenommen habe, komme einem effizienten Zugriff auf die Daten im Wettbewerb entscheidende Bedeutung zu. Soweit Meteotest ihre Löhne auch nur annähernd dem Niveau der SMA anpassen würde, müsste sie nach eigenen Angaben ihre Bilanz sehr bald deponieren.

42. Weiter erklärte Meteotest, dass bei einem Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen eine betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise den

Verzicht auf ein zukünftiges Angebot von Wetterprognose-Dienstleistungen nahelegen würde.

43. Befragt danach, ob Meteotest bis zum Abschluss einer Untersuchung aufgrund des Verhaltens der SMA allenfalls bereits vom Markt verschwunden sein werde, antwortete Meteotest, dass sie als Anbieterin von Dienstleistungen im Bereich der Geoinformatik, der Luftreinhaltung sowie der angewandten Meteorologie überleben werde. Demgegenüber sei es sehr fraglich, ob Meteotest ihr bisheriges Angebot an Wetterprognose-Dienstleistungen auch dann fortführen werde, wenn die aktuelle Diskriminierung beim Datenzugang nicht gestoppt werden könne. Eine betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise würde dies eigentlich verbieten.

44. Diese Aussagen zeigen, dass ein Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen zwar nicht den Konkurs von Meteotest zur Folge hätte. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das Überleben von Meteotest insgesamt bis zum Abschluss des Hauptverfahrens nur dadurch gewährleistet ist, dass Meteotest nebst der Meteorologie noch in anderen Geschäftsbereichen erfolgreich tätig ist. Wäre Meteotest nur im Bereich der Meteorologie tätig, wäre das Überleben von Meteotest sehr viel unsicherer.

45. Die Wettbewerbskommission darf für das Erlassen vorsorglicher Massnahmen nicht voraussetzen, dass sich ein glaubhaft gemachtes missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens auf den Hauptgeschäftsbereich eines Kunden auswirkt. Es reicht aus, dass es glaubhaft ist, dass das missbräuchliche Verhalten bei einem Zuwarten bis zum Endentscheid bei betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise dem wirksamen Wettbewerb und subsidiär dazu den betroffenen Unternehmen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zufügt.

46. Bei einem glaubhaft gemachten missbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens darf die Wettbewerbskommission nicht deshalb auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen verzichten, weil die betroffene Marktgegenseite theoretisch dank Gewinnen aus anderen Geschäftsbereichen eine gravierende und nur schwer reversible Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse in einem betroffenen Markt verhindern könnte, obwohl betriebswirtschaftliche Überlegungen wegen des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens einen Ausstieg aus diesem Markt fordern würden.

47. Von einem solchen Verzicht hat die Wettbewerbskommission insbesondere deshalb abzusehen, weil sie mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen primär den wirksamen Wettbewerb auf einem bestimmten Markt und nur subsidiär konkrete Marktteilnehmer zu schützen hat. Vorliegend würde der Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen nicht zuletzt auch den potentiellen Wettbewerb im Markt für erweiterte meteorologische Dienstleistungen weitgehend verun-

möglichen. Dies dadurch, dass gewinnbringende Markteintritte von Unternehmen, die entweder nur im Markt für erweiterte meteorologische Dienstleistungen tätig sein wollen oder keine Möglichkeiten zur Quersubventionierung aus anderen Märkten haben, verhindert werden.

48. Diese Aussagen führen zum Schluss, dass es glaubhaft ist, dass sowohl dem wirksamen Wettbewerb im Bereich der erweiterten meteorologischen Dienstleistungen als auch Meteotest durch den Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen aufgrund des Verhaltens der SMA ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen würde.

49. Das Kriterium des glaubhaft gemachten nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils ist somit erfüllt.

### **2.2.3 Dringlichkeit**

50. Dringlichkeit liegt dann vor, wenn es für die Wettbewerbskommission glaubhaft ist, dass der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil vor Erlass des Hauptentscheidendes eintreten wird.

51. Die heutigen gesetzlichen Grundlagen im Bereich der Meteorologie sind offensichtlich unzureichend, um ein für die Wettbewerbskommission glaubhaft unzulässiges Verhalten der SMA zu verhindern. Nach der Rückweisung des Entwurfes des MetG im Nationalrat ist zudem nicht damit zu rechnen, dass bis zum Abschluss einer Untersuchung neue rechtliche Grundlagen in Kraft sein werden, welche den in Frage stehenden Missbrauch unterbinden würden.

52. Wie oben gezeigt wurde, hätte ein Verzicht auf vorsorgliche Massnahmen und ein Zuwarten bis zum Abschluss einer Untersuchung, welcher aufgrund von Erfahrungswerten der Wettbewerbskommission frühestens für das zweite Quartal 1999 erwartet werden könnte, einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil für den Wettbewerb zur Folge. Dieser kann nur durch den unverzüglichen Erlass vorsorglicher Massnahmen verhindert werden. Das Kriterium der glaubhaft gemachten Dringlichkeit ist somit erfüllt.

### **2.2.4 Verhältnismässigkeit**

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

54. Dass die zu verfügbaren Massnahmen geeignet sind, den wahrscheinlich eintretenden Nachteil abzuwenden, lässt sich deshalb annehmen, weil diese Massnahmen von einer direkt betroffenen Marktteilnehmerin begehrt wurden, welche die Voraussetzungen für die erfolgreiche Teilnahme am Wettbewerb im Bereich erweiterte meteorologische Dienstleistungen sehr genau kennen muss.

55. Die Erforderlichkeit der Massnahmen leitet sich daraus ab, dass der Zugang zu meteorologischen Basisleistungen Voraussetzung ist für die Tätigkeit im Bereich erweiterte Dienstleistungen. Zu gewissen Daten kann nur die SMA Zugang gewähren. Eine erfolgreiche Tätigkeit Dritter im Bereich erweiterte Dienstleistungen, die für wirksamen Wettbewerb erforderlich ist, setzt weiter voraus, dass dieser Zugang allen Anbietern zu gleichen Bedingungen gewährt wird. Die angeführten Massnahmen sind somit erforderlich.

56. Die SMA hat diejenigen Leistungen, welche sie Dritten diskriminierungsfrei anbieten soll, als staatlicher Monopolbetrieb mit öffentlichen Geldern erstellt. Diese Leistungen sind nicht Resultat jahrelanger Innovationsleistungen, welche die SMA zur Erlangung ihrer heutigen Marktstellung im Bereich Basisleistungen getätigt hat. Indem Dritten diskriminierungsfreier Zugang zu diesen Leistungen gewährt wird, wird die SMA nicht jener Wettbewerbsvorteile beraubt, welche sie sich durch unerreichte Eigenleistungen in einer Konkurrenzsituation verschafft hat. Die Verfügung des diskriminierungsfreien Zugangs wird somit keine innovationshemmenden Auswirkungen haben.

57. Mit den vorsorglichen Massnahmen soll zudem lediglich erreicht werden, dass Dritte über den gleichen Zugang zu Basisleistungen verfügen wie der Bereich erweiterte Dienstleistungen der SMA. Sofern die SMA auf dem Markt für erweiterte Dienstleistungen im diskriminierungsfreien Wettbewerb mit Dritten in Zukunft die besseren Leistungen erbringt als Dritte, wird sie auf diesem Markt auch weiterhin erfolgreich sein können.

58. Die zu verfügenden Massnahmen zielen zudem im Kern lediglich darauf ab, diejenigen Vorgaben durchzusetzen, welche die SMA in ihrem Leistungsauftrag vom Bundesrat erhalten hat.

59. Da weitere entgegenstehende Interessen nicht ersichtlich sind, kann das Kriterium der Verhältnismässigkeit vorliegend als erfüllt erachtet werden.

### **2.2.5 Schlussfolgerungen**

60. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegeben sind.

61. Die SMA wird daher verpflichtet, meteorologische Basisleistungen Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten.

### **3 Kosten**

62. Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

63. Die SMA hat die Zuspreehung einer Parteientschädigung beantragt. Weder das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

(SR 172.021) bzw. die darauf gestützt erlassene Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR. 172.041.0) noch das KG sehen im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren die Möglichkeit einer Parteientschädigung vor.

#### 4 Dispositiv

1. Das Gesuch von Meteotest wird im Sinne der unter 2. aufgeführten Massnahme gutgeheissen:
2. Die SMA wird verpflichtet, meteorologische Basisleistungen Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten.
3. Parteientschädigung
4. Kosten
5. Rechtsmittel
6. Eröffnet

B 2

## 2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste

B 2.2

### 1. Telecom PTT-Fachhändlerverträge

*Untersuchung gemäss Art. 7. KG*

*Enquête selon art. 7 LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 7 LCart*

*Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Dezember 1998 in Sachen Telecom PTT-Fachhändlerverträge für Swisscom AG, Bern (nachstehend „Swisscom“)*

#### **Aufgrund der Tatsache,**

- ?? dass die Wettbewerbskommission am 15. Dezember 1997 eine Verfügung gegen Swisscom in Sachen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG erlassen hat;
- ?? dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Entscheid vom 12. November 1998 die Beschwerde der Verfügungsadressantin gutgeheissen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vollumfänglich aufgehoben hat;
- ?? dass die Verteilung der Jahresprämien durch Swisscom nicht mehr auf der in der Verfügung beanstandeten Basis praktiziert wird;

### in Erwägung,

?? dass dieses Verfahren gegenstandslos geworden ist,

#### verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Untersuchungsverfahren wird eingestellt.
2. Kosten
3. Eröffnet

B 2

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

B 2.3

#### 1. Zusammenschlussvorhaben Exxon / Shell

*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

Am 20. Juli 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Exxon-Shell erhalten. Danach beabsichtigen Exxon [Houston] und Shell [London] ein Gemeinschaftsunternehmen unter der Firma Infineum mit Sitz der Holdinggesellschaft in Holland zu gründen. Das Gemeinschaftsunternehmen wird die von Exxon und Shell einzubringenden Geschäftstätigkeiten mit Schmierstoff- und Kraftstoffzusätzen (Additiven) wahrnehmen.

Mit der Zugabe von Additiven erhalten die Schmiermittel, Grundöle und Treibstoffe in Abhängigkeit ihres spezifischen Verwendungszwecks gewisse für ihre Leistung erforderliche Eigenschaften.

Nachgefragt werden Additive vorwiegend von der Erdölverarbeitenden Industrie (Raffinerien). In der Schweiz sind diese vor allem Shell Switzerland (Raffinerie de Cressier, NE) sowie Esso Switzerland, welche zum Exxon Konzern gehört. Die Umsätze und Marktanteile der Additive von Exxon und Shell sind in der Schweiz mehrheitlich bescheiden; nur in einem der vier relevanten Märkte erreichen die Beteiligten insgesamt etwa 20% Marktanteil. Davon gelangen aber rund 75% in die Shell- und Exxon-Gruppe. Im übrigen hat Shell 1997 kein Produkt der relevanten Märkte ausserhalb der Shell-Gruppe abgesetzt. Damit scheidet mit dem Zusammenschlussvorhaben einzig ein potentieller Konkurrent vom Schweizer Markt aus.

Angesichts dieser Tatsachen sowie der übrigen europaweit tätigen Konkurrenten, bei denen die Schweizer Abnehmer die Additive nachfragen, waren die Voraussetzungen zur Einleitung des Prüfungsverfahrens nicht gegeben.

B 2.3	<b>2. Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe – Swisscom</b>
-------	--

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vertreten durch die Kammer Infrastruktur vom 9. Oktober 1998 betreffend das Zusammenschlussvorhaben PubliGroupe – Swisscom*

### **1 Das Vorhaben und die Parteien**

1. Am 14. September 1998 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen PubliGroupe SA, Lausanne („PubliGroupe“), und Swisscom AG, Bern („Swisscom“), erhalten.

2. PubliGroupe ist die Holdinggesellschaft der PubliGroupe-Gruppe, welche in folgenden Geschäftsfeldern tätig ist:

- ?? PubliPresse: Promotion und Verkauf von Pressewerbung in der Schweiz
- ?? Publicitas Promotion Network: Internationale Promotion und Verkauf von Pressewerbung
- ?? PubliDirect: Herausgabe und Inserateverwaltung von Telefon- und Branchenbüchern durch die Tochterunternehmung LTV, welche ca. 140 lokale Telefonbücher veröffentlicht
- ?? PubliService: Informatikleistungen, Netze, Forschung und technologische Entwicklung
- ?? PubliOnline: Dienstleistungen im Bereich Multimedia und interaktive Werbung.

3. Swisscom erbringt Fernmelde- und Rundfunkdienste im In- und Ausland sowie damit zusammenhängende Produkte und Dienstleistungen. Im Bereich Verzeichnisse ist Swisscom eine wichtige Marktteilnehmerin. Sie kann von der langjährigen Monopolsituation profitieren, indem nach wie vor nahezu alle Telekommunikationsbenutzer einen Anschluss bei Swisscom haben und ihr demnach alle Adressdaten zur Verfügung stehen. Jeder Kunde erhält ohne zusätzliche Kosten das Swisscom-Telefonbuch seiner Region zugestellt. Die Verzeich-



nisse der restlichen Landesteile sind gegen Bezahlung erhältlich. Neben den Verzeichnissen in Papierform bietet Swisscom auch Verzeichnisse auf CD-Rom und online Versionen (Elektronisches Teilnehmerverzeichnis, ETV) an.

4. Zwischen den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Mutterunternehmen besteht schon seit 1995 eine unternehmerische Bindung in der Form eines Gemeinschaftsunternehmens („GU“). Die beiden Muttergesellschaften (PubliGroupe via die von ihr mehrheitlich kontrollierte Tochter LTV) kontrollieren die LTV-Media AG, Zürich, als GU. LTV-Media AG übt nur eine eingeschränkte Unternehmenstätigkeit aus. Sie dient als Teilfunktions-GU den beteiligten Unternehmen als Gefäss zur Abwicklung des Anzeigengeschäftes für die Swisscom-Telefonbücher und tritt selbst nicht als selbständige unternehmerische Einheit am Markt auf.

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben soll die Zusammenarbeit zwischen den beiden Parteien bei der Herausgabe und der Vermarktung von Verzeichnissen intensiviert werden. PubliGroupe und Swisscom gründen je eine Aktiengesellschaft, an der sich die jeweils andere Partei mit einer Minderheit beteiligt (Kreuzbeteiligung). So entstehen die PubliDirect AG („PubliDirect“) und die Swisscom Directories AG („Swisscom Directories“).

6. PubliDirect wird als Geschäftstätigkeit die Vermittlung von Inseraten und Werbung für die von PubliDirect und Swisscom Directories hergestellten Verzeichnisse und die verlegerische Verantwortung für die lokalen weissen Seiten und Gelben Seiten (140 regionale Telefonverzeichnisse der LTV) übernehmen.

7. Swisscom Directories wird die Datenaufbereitung für sämtliche Verzeichnisse, die Bewirtschaftung und Pflege aller für die Verzeichnisse notwendigen Daten aus Kundendatenbanken von Fernmeldeanbieterinnen sowie die verlegerische Verantwortung für das Produkt „Telefonbuch der Swisscom“ übernehmen.

## **2 Anwendbarkeit der Vorschriften über Unternehmenszusammenschlüsse**

### **2.1 Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)**

8. Die Gründung eines oder mehrerer Gemeinschaftsunternehmen („GU“) ist gemäss Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) als Unternehmenszusammenschluss im Sinn von Art. 4 Abs. 3 Kartellgesetz (KG) zu beurteilen, wenn

?? das GU gemeinsam kontrolliert wird,

?? das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und

?? in das GU Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen.

9. Die Kontrolle über die beiden zu gründenden Unternehmen wird im Joint-Venture Vertrag für beide Unternehmen gemeinsam geregelt. Die Verwaltungsräte setzen sich aus jeweils 5 Mitgliedern zusammen. PubliGroupe stellt bei PubliDirect zwei Mitglieder und den Präsidenten. Swisscom stellt spiegelbildlich bei Swisscom Directories zwei Mitglieder und den Präsidenten des Verwaltungsrates. Die Partei mit der kapitalmässigen Mehrheitsbeteiligung hat folglich auch die Mehrheit im Verwaltungsrat.

10. Diese Mehrheitsverhältnisse werden relativiert, indem im Joint-Venture Vertrag ein Aufsichtsboard vorgesehen ist, welches bezüglich PubliDirect und Swisscom Directories die wichtigen strategischen Entscheide fällen wird und eine Mediationsfunktion erhält. Als strategisch wichtige Entscheide werden etwa die Überwachung der Einhaltung der Ziele des Joint-Venture, die Abgabe von Richtlinien an die beiden Joint-Venture Gesellschaften und die Zusammensetzung des Produkteportfolios genannt. Im weiteren können zwei Mitglieder der Verwaltungsräte von PubliDirect bzw. Swisscom Directories verlangen, dass ein Entscheid vom Aufsichtsboard getroffen wird.

11. Das Aufsichtsboard setzt sich aus sechs Mitgliedern zusammen, die von PubliGroupe und Swisscom paritätisch gestellt werden. Beschlüsse des Aufsichtsboards bedürfen zur Gültigkeit der Zustimmung der Mehrheit seiner Mitglieder.

12. PubliGroupe und Swisscom kontrollieren die beiden Unternehmen PubliDirect und Swisscom Directories daher gemeinsam.

13. PubliGroupe und Swisscom ziehen sich zugunsten ihrer Tochterunternehmen PubliDirect und Swisscom Directories aus dem jeweiligen Tätigkeitsbereich zurück und bringen dabei die bisherige Geschäftstätigkeit in die neuen Unternehmen ein. Ebenso werden Personal und Know-how in die jeweiligen Tochterunternehmen transferiert.

14. Die Gründung der beiden GU PubliDirect und Swisscom Directories erfüllt somit die drei Bedingungen gemäss Art. 2 VKU und führt zu zwei Unternehmenszusammenschlüssen im Sinn von Art. 4 Abs. 3 KG.

15. Weil im vorliegenden Fall die beiden Unternehmenszusammenschlüsse nicht unabhängig voneinander zustande kommen und die Geschäftstätigkeiten der entstehenden Unternehmen verknüpft sind, erfolgt die kartellrechtliche Beurteilung in der Folge für beide GU gemeinsam.

## **2.2 Meldepflicht (Art. 9 KG)**

16. PubliGroupe erzielte im Jahr 1997 einen weltweiten Umsatz von rund Fr. 1'900 Mio. Davon entfielen rund Fr. 1'582 Mio. auf die Schweiz. Swisscom weist für dasselbe Jahr einen konsolidierten Umsatz von Fr. 10'119 Mio. aus.

17. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG werden somit erreicht.

18. In der rechtskräftigen Verfügung der Wettbewerbskommission i.S. Blue Window vom 5. Mai 1997 wurde eine marktbeherrschende Stellung der Swisscom im Telefoniemarkt festgestellt. Die Frage, ob das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig wäre, kann offenbleiben, weil die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht werden.

## **3 Vorläufige Prüfung (Art. 10 KG)**

### **3.1 Die relevanten Märkte**

#### **3.1.1 Sachlich relevante Märkte**

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

20. Im Zentrum der Betrachtung steht der Bereich Adressverzeichnisse. Dort und in vorgelagerten bzw. benachbarten Märkten sind die beiden geplanten GU in unterschiedlicher Art tätig. Im folgenden

##### **3.1.1.1 Markt für Adressverzeichnisse**

21. Swisscom und PubliGroupe bzw. Swisscom Directories und Publi-Direct bieten unterschiedliche Adressverzeichnisse an. Unter „Adresse“ wird dabei nicht nur die Postadresse verstanden, sondern es kann sich auch um Telefonnummern, Faxnummern, E-Mail Adressen oder Internet Adressen handeln.

22. Für die Verwender (Marktgegenseite) haben Adressverzeichnisse immer einen ähnlichen Zweck. Sie dienen dazu, gewünschte Informationen in Erfahrung zu bringen. Für die Marktgegenseite sind diejenigen Adressverzeichnisse untereinander austauschbar, welche die gewünschten Informationen enthalten. Weil als Marktgegenseite nicht einzelne Individuen betrachtet werden, sondern die Summe der Individuen, scheint bezüglich Verwendungszweck die Begrenzung des Marktes allgemein auf Adressverzeichnisse angebracht.

23. Verzeichnisse existieren in Papier- und zunehmend auch in elektronischer Form auf CD-Rom oder als online Dienst. Aufgrund des Verwendungszweckes sind die Verzeichnisse unabhängig vom Informationsträger untereinander austauschbar. Die Informationsträger weisen jedoch unterschiedliche Eigenschaften auf. So haben Ver-

zeichnisse in Papierform oder auf CD-Rom gegenüber online Versionen den Nachteil, dass sie nicht dauernd den aktuellsten Stand aufweisen. Weiter können CD-Rom und online Versionen nur in Verbindung mit Verarbeitungsgeräten (Computern) verwendet werden. Diese teilweise unterschiedlichen Eigenschaften deuten darauf hin, dass die Verzeichnisse in Papierform nicht substituierbar sind mit denjenigen in elektronischer Form.

24. Es ist jedoch bei der heutigen Verbreitung von Personal Computern auch denkbar, dass die Form des Informationsträgers beim Entscheid des Konsumenten, welches Verzeichnis er konsultieren will, nurmehr eine untergeordnete Rolle spielt. Falls dies zutreffen würde, könnten Adressverzeichnisse unabhängig vom Informationsträger einem relevanten Markt zugeordnet werden.

25. Für die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wird auf eine definitive Marktabgrenzung verzichtet, weil bei der engsten wie bei allen weiteren Marktabgrenzungen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Der Beurteilung wird sowohl die engere Marktabgrenzung (Adressverzeichnisse in Papierform und Adressverzeichnisse in elektronischer Form) als auch die weitere Abgrenzung auf den Markt für Adressverzeichnisse (unabhängig vom Informationsträger) zugrunde gelegt.

### **3.1.1.2 Markt für Adressdaten in elektronischer Form**

26. Für die Erstellung eines Adressverzeichnisses werden Adressdaten benötigt.

27. Als Marktgegenseite gelten die Unternehmen, welche Adressverzeichnisse erstellen. Für die Marktgegenseite spielt vor allem die Qualität der Daten eine wichtige Rolle. Die Qualität von Adressdaten wird weitgehend durch die Vollständigkeit und die Aktualität bestimmt.

28. Für die Marktgegenseite ist weiter wichtig, dass die Adressdaten in einer Form bezogen werden können, die sich gut zur Weiterbearbeitung eignet. Im Vordergrund steht dabei die elektronische Form. Für die Marktgegenseite sind Adressdaten auf Papier nicht mit elektronischen gespeicherten Daten substituierbar.

29. Es wird ein relevanter Markt für Adressdaten in elektronischer Form definiert.

### **3.1.1.3 Markt für Werberaum**

30. Die Herausgeber von Adressverzeichnissen haben das Problem, dass Verzeichnisse aufgrund der relativ geringen Zahlungsbereitschaft der Kunden nur zu knapp kostendeckenden Preisen oder gratis angeboten werden können. Die Herausgeber von Adressverzeichnissen sind auf weitere Finanzierungsquellen angewiesen. In Adressverzeichnissen werden deshalb häufig Anzeigen und Werbung platziert.

Die meisten regionalen Adressverzeichnisse sind sogar vollständig mit Werbeeinnahmen finanziert (vgl. Kap. 3.2.2).

31. Der Markt für Werberaum ist teilweise vertikal unterteilt. Es kann häufig zwischen Werbetreibenden, Vermittlern von Werbung oder Werberaum und Anbietern von Werberaum unterschieden werden. Der Anbieter von Werberaum hat aber immer die Möglichkeit, sich selber um Werbetreibende in seinem Werbeträger zu bemühen, weshalb im vorliegenden Fall die Werbetreibenden und nicht die Vermittler als Marktgegenseite betrachtet werden.

32. Aus Sicht der Werbetreibenden (Marktgegenseite) ist ein Adressverzeichnis eine Möglichkeit, auf das eigene Unternehmen oder die angebotenen Waren oder Dienstleistungen aufmerksam zu machen.

33. Für die Marktgegenseite sind Werbeträger substituierbar, welche potentielle Kunden erreichen. Die Werbetreibenden benutzen häufig verschiedene Werbeträger, um die gewünschte Werbewirkung zu erzielen. Dabei stehen die Werbeträger meist sowohl in einem Konkurrenz- wie in einem Ergänzungsverhältnis. Im vorliegenden Fall ist die Werbung im Adressverzeichnis beispielsweise mit Werbung in (lokalen) Zeitungen, im Lokalradio oder durch Direct Mail austauschbar. Diejenigen Kunden, die mit Werbung in Adressverzeichnissen erreicht werden, können allesamt auch durch andere Werbeträger angesprochen werden. Der Werberaum in Adressverzeichnissen ist demzufolge nicht als eigener relevanter Markt zu betrachten.

34. Für die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens wird der Markt für Werberaum als relevant abgegrenzt.

### **3.1.2 Räumlich relevante Märkte**

35. 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).

36. Die Abgrenzung der räumlichen Märkte wird für jeden der unter Kap. 3.1.1 definierten Markt separat vorgenommen.

#### **3.1.2.1 Markt für Adressverzeichnisse**

37. Für Adressverzeichnisse in Papierform, die gemäss der engeren Marktabgrenzung unter Kap. 3.1.1.1 nicht demselben Markt zuzuordnen sind wie Adressverzeichnisse in elektronischer Form, können folgende Überlegungen zur räumlichen Abgrenzung gemacht werden.

38. Die Marktgegenseite benötigt die Informationen über Adressen, Telefon- oder Faxnummern und E-Mail Adressen für den lokalen, regionalen, nationalen und teilweise internationalen Raum. Die Adressverzeichnisse in Papierform können kaum in einem Band für einen nationalen oder gar internationalen Raum produziert werden, weil

ein solches Buch einen nicht mehr handlichen Umfang hätte (Swisscom bietet ihr Telefonbuch in 25 regionalen Bänden an).

39. Die Wohnregion ist häufig auch Mittelpunkt des sozialen und geschäftlichen Lebens. Dadurch entstehen auch die meisten Informationsbedürfnisse bezüglich Adressen in einem regionalen Raum.

40. Der Markt für Adressverzeichnisse in Papierform hat demnach eine regionale Dimension.

41. Adressverzeichnisse in elektronischer Form kennen diese Restriktionen bezüglich Umfang nicht. Demzufolge werden heute auch nicht regionale sondern ausschliesslich nationale Verzeichnisse angeboten. Der Markt für Adressverzeichnisse in elektronischer Form hat demnach eine nationale Dimension.

42. Für Adressverzeichnisse in Papierform werden lokale/regionale räumliche Märkte und für elektronische Verzeichnisse ein nationaler Markt abgegrenzt.

43. Mit der grösser werdenden Verbreitung von elektronischen Verzeichnissen wird diese regionale Begrenzung des Marktes für Adressverzeichnisse zunehmend verschwinden. Deshalb kann bei der weniger engen sachlichen Abgrenzung (Adressverzeichnisse unabhängig vom Informationsträger) von einem nationalen Markt für Adressverzeichnisse ausgegangen werden.

### **3.1.2.2 Markt für Adressdaten in elektronischer Form**

44. Die Herausgeber von Verzeichnissen fragen die Adressdaten je nach Art des zu produzierenden Verzeichnisses für einen regionalen oder nationalen Markt nach.

45. Die Daten werden jedoch in der Regel für den nationalen Raum erhoben.

46. Für die Beurteilung des Zusammenschlusses wird ein nationaler Markt für Adressdaten definiert.

### **3.1.2.3 Markt für Werberaum**

47. Die Marktgegenseite ist häufig interessiert, Anzeigen und Werbung in einem genau definierten, lokalen oder regionalen Raum zu platzieren. Für einen Handwerker ist es beispielsweise wichtig, dass seine Anzeige im Adressverzeichnis unter dem Ort des Firmensitzes gefunden werden kann.

48. Für grössere, schweizweit tätige Unternehmen kann es als Ergänzung zu anderen Werbemassnahmen durchaus Sinn machen, Werbung in Adressverzeichnissen auf nationaler Ebene zu platzieren.

49. Parallel zur räumlichen Abgrenzung der Märkte für Adressverzeichnisse kann demnach auch im Markt für Werberaum unterschiede-

den werden zwischen einem regionalen/lokalen und einem nationalen Markt.

### **3.2 Marktstellung**

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

51. Gemäss Angaben der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ergeben sich in keinem Markt Marktanteile von über 20% bzw. 30% (gemäss Art. 11 Abs. 1, lit. d VKU). Die von der Wettbewerbskommission vorgenommenen Marktabgrenzungen entsprechen jedoch nur teilweise denjenigen, welche von den Parteien vorgebracht wurden. Entsprechend ergibt sich eine unterschiedliche Grundlage für die Berechnung der Marktanteile.

#### **3.2.1 Markt für Werberaum**

52. Das gesamte Marktvolumen, welches als regional zu beurteilen ist, beträgt ca. Fr. [...] Mio. Davon entfallen ca. Fr. [...] Mio. auf Publi-Direct und Swisscom. Der Marktanteil beträgt folglich [...]%. Im nationalen Markt ist der Marktanteil der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen noch geringer.

53. Eine nähere Prüfung des Marktes für Werberaum erübrigt sich folglich.

#### **3.2.2 Markt für Adressverzeichnisse**

##### **3.2.2.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber**

54. Beide am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben bis anhin getrennte Aktivitäten in diesem Markt. Swisscom bietet ein Telefonverzeichnis für die gesamte Schweiz in 25 Bänden an, wobei jeder Telefonabonnent der Swisscom den Band mit seinem Wohnort und der entsprechenden Region gratis erhält. Weitere Bände können zum Preis von Fr. 10.- gekauft werden.

55. Swisscom muss gemäss Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.1) als Grundversorgungskonzessionärin im Telekommunikationsmarkt anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten oder Dritten den Zugang zu einem „virtuellen“ Verzeichnis aller Teilnehmer am öffentlichen Telefondienst gewährleisten, auch wenn diese Kunden eines anderen Telekommunikationsanbieters sind. Gemäss Art. 21 FMG muss Swisscom den elektronischen Zugang auch dann ermöglichen,

wenn sie diese Verzeichnisse selbst nicht veröffentlicht. Der Ausstieg aus der Geschäftstätigkeit stellt also keine Alternative dar.

56. Eine befragte Konkurrentin bestätigt die Aussage der Parteien, wonach mit dem Zusammenschluss die Chancen, auch in Zukunft ein gesamtschweizerisch vollständiges Adressverzeichnis anbieten zu können, grösser werden.

57. PubliGroupe bietet durch ihr Tochterunternehmen LTV mehr als 140 verschiedene lokale Telefon- und Branchenverzeichnisse an. Der Umsatz aus dem Verkauf der Verzeichnisse ist vernachlässigbar, weil diese zum grössten Teil über Inseratewerbung finanziert werden.

58. Daneben existieren rund 15 unabhängige Anbieter von lokalen Telefon- und nationalen Branchenverzeichnissen, die im Schweizerischen Adressbuchverleger Verband organisiert sind. Ihre Verzeichnisse sind teils gegen Bezahlung und teils gratis erhältlich.

59. Eine Marktanteilsanalyse kann nicht vorgenommen werden, weil sich der Markt für Adressverzeichnisse nur teilweise durch Verkauf der Produkte „selber finanziert“. Vielmehr ist festzustellen, dass Adressverzeichnisse über den Markt für Werberaum finanziert werden, indem sie als Werbeträger zur Verfügung gestellt werden.

60. Im Bereich der elektronischen Verzeichnisse ist neben Swisscom vor allem die Twix Equipment AG, Egg b. Zürich, tätig. Die CD-Rom von Twix hat bei den elektronischen Telefonverzeichnissen einen Marktanteil, der leicht über demjenigen von Swisscom liegt. Es existieren weitere kleinere Anbieter, die allerdings nur bescheidene Umsätze und Marktanteile aufweisen.

61. Im Bereich der elektronischen Verzeichnisse ist PubliGroupe bisher nicht tätig. Der Zusammenschluss wird also nicht zu einer Addition von Marktanteilen führen.

62. Die obenstehende Beurteilung der Marktstellung basiert auf der engen Marktabgrenzung. Wenn die weniger enge Marktabgrenzung (Adressverzeichnisse unabhängig vom Informationsträger) zugrunde gelegt wird, resultieren Ergebnisse, die nicht entscheidende Abweichungen aufweisen. Tendenziell könnte dabei die Marktstellung der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen als schwächer beurteilt werden.

### **3.2.2.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb**

63. Vor allem im Bereich der elektronischen Verzeichnisse kann eine recht grosse Dynamik festgestellt werden. Der Markt für elektronische Verzeichnisse ist verhältnismässig jung und hat die Sättigung noch nicht erreicht. Es ergaben sich zwar nicht eine grosse Zahl von Markteintritten, aber Unternehmen wie Twix konnten sich mit innovativen Verzeichnissen und Kombination von verschiedenen Informa-



tionsangeboten (Telefonverzeichnis, Routenplaner, SBB-Fahrpläne usw.) innert kurzer Zeit im Markt etablieren.

64. Es ist zu erwarten, dass Adressverzeichnisse in Papierform in Zukunft von innovativen, elektronischen Verzeichnissen verdrängt werden. Unternehmen mit Angeboten, die dem Verwender einen Zusatznutzen bringen (Branchenverzeichnissen oder integrierten Fahrplänen, geographischen Karten und dergleichen), werden durchaus in der Lage sein, in den Markt für Adressverzeichnisse einzusteigen und erfolgreich darauf zu bestehen.

65. Als potentielle Konkurrenz zu herkömmlichen Adressverzeichnissen können auch Internet Suchprogramme (z.B. Yahoo, Altavista, Lycos) bezeichnet werden. In diesem Bereich, der heute auch Eintrittspforte zum Internet genannt wird, sind starke Tendenzen beobachtbar, den Kunden mit Zusatznutzen an einen bestimmten Anbieter zu binden. Als möglicher Zusatznutzen sind nicht zuletzt Adressverzeichnisse denkbar.

66. Marktzutrittsschranken bestehen hauptsächlich dadurch, dass (aktuelle und potentielle) Konkurrenten in einem gewissen Mass auf die Daten von Swisscom angewiesen sind, um vollständige und aktuelle Verzeichnisse anbieten zu können. Im Extremfall könnte Swisscom anderen Unternehmen den Marktzutritt verunmöglichen, indem sie sich weigern würde, Adressdaten zu liefern. Es besteht also ein enger Zusammenhang zwischen den Märkten für Adressverzeichnisse und für elektronische Adressdaten. Dieser Aspekt wird jedoch relativiert, weil der Joint-Venture Vertrag ausdrücklich die Belieferung Dritter mit Daten vorsieht.

67. Swisscom hat auch strategische und wirtschaftliche Anreize zur Belieferung Dritter mit Adressdaten. Die Verzeichnisse können aufgrund der geringen Zahlungsbereitschaft der Nachfrager nicht kostendeckend verkauft werden oder müssen sogar gratis abgegeben werden. Der Verkauf von Adressdaten stellt für Swisscom eine Möglichkeit dar, diesen Bereich lukrativ zu gestalten. Eine Weigerung zum Verkauf würde sich nur dann lohnen, wenn die Preise für die Platzierung von Werbung in Adressverzeichnissen erhöht werden könnten. Dies ist jedoch aufgrund des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Werberaum nicht möglich.

68. Im weiteren ist zu beachten, dass der Telekommunikationsmarkt, in dessen Umfeld der grösste Teil der Verzeichnisse Verwendung findet, nach der Liberalisierung einem Wandel unterliegt. So treten neue Fernmeldediensteanbieter auf, die mit der Zeit auch vermehrt in der Lage sein werden, ihren Kunden eigene Anschlüsse und Nummern anzubieten. Dadurch entstehen neue potentielle Anbieter von Daten und Verzeichnissen. Gerade im Bereich des Internet ist diese Entwicklung schon viel weiter fortgeschritten und es ist zu erwarten,

dass Verzeichnisse über E-Mail Adressen ähnliche Verbreitung finden werden wie heute Telefonverzeichnisse.

### **3.2.2.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite**

69. Die Nachfrager nach Verzeichnissen befinden sich in einer vergleichsweise starken Position, da ein Verzeichnis nicht nur der Befriedigung ihrer Informationsbedürfnisse dient, sondern auch für die Anbieter des Verzeichnisses, die selber z.B. Telefoniedienste anbieten, einen gewissen Nutzen haben. So ist klar, dass Swisscom ein grosses Interesse daran hat, dass Telefonverzeichnisse existieren. Das Kennen der Telefonnummer ist eine notwendige Bedingung dafür, dass der Telefondienst benutzt wird. Eine gleiche Wirkung erzielt die Tatsache, dass der Werbeträger attraktiver wird, wenn er von mehr Lesern benutzt wird. Dadurch entsteht auch der Druck auf Anbieter von Verzeichnissen, diese möglichst kostengünstig anzubieten, um das Verzeichnis möglichst breit streuen zu können.

### **3.2.2.4 Ergebnis**

70. Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass weder bei der engsten noch bei allen weiteren Abgrenzungen des Marktes Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

## **3.2.3 Markt für Adressdaten in elektronischer Form**

### **3.2.3.1 Marktvolumen, Marktanteile und Wettbewerber**

71. Es konnten keine Marktvolumen oder Marktanteile ermittelt werden.

72. Swisscom ist jedoch mit Sicherheit führender Anbieter von Adressdaten in der Schweiz (vgl. Kap. 1).

73. Grundsätzlich existieren weitere Anbieter von Adressdaten wie die Post oder Einwohnerkontrollen der Gemeinden. Diese haben aber mehr oder weniger grosse Nachteile gegenüber Swisscom. So muss die Post die Aktualisierung der Daten bezüglich Telefonnummern auch teilweise in Zusammenarbeit mit der Swisscom vornehmen. Bei der Zusammenarbeit mit Einwohnerkontrollen entstehen grosse Schwierigkeiten bezüglich dem Ablauf, weil diese nicht einheitliche elektronische Systeme einsetzen und deshalb für den Nachfrager nach Adressdaten hohe Kosten für die „Synchronisierung“ entstehen würden. Die Daten der Einwohnerkontrollen würden also nur in einem regionalen Markt für Adressdaten eine wirkliche Alternative zu den Daten von Swisscom darstellen.

74. PubliGroupe ist selber nicht als Anbieter von Adressdaten tätig.

75. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen.

### **3.2.3.2 Markteintritte, Produktneueinführungen und potentieller Wettbewerb**

76. Markteintritte waren in den letzten Jahren keine zu beobachten. Allenfalls kann sich diese Situation verändern, wenn die neuen Fernmeldediensteanbieter selber einen gewissen Kundenstamm aufgebaut haben.

77. Ebenso ist zu erwarten, dass in Zukunft Verzeichnisse mit Adressen der modernen Kommunikationsmittel wie Internet entstehen werden. Dabei können neue Anbieter von Adressdaten entstehen.

### **3.2.3.3 Nachfragebedingungen bzw. Stellung der Marktgegenseite**

78. Die Hersteller von Verzeichnissen (Marktgegenseite) sind zur Erstellung ihrer Dienstleistungen auf Adressdaten angewiesen. Aufgrund obiger Ausführungen kann weiter festgestellt werden, dass sie hauptsächlich auf Swisscom angewiesen sind. An der Stellung der Marktgegenseite ändert sich jedoch durch den Zusammenschluss nichts.

79. Wichtig erscheint, dass Swisscom bzw. Swisscom Directories auch in Zukunft allen Konkurrenten auf dem Markt für Adressverzeichnisse und allen weiteren Interessenten die entsprechenden Adressdaten anbieten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bekunden denn auch im Joint-Venture Vertrag ausdrücklich, dass die Adressdaten Dritten zur Verfügung gestellt werden müssen.

80. Daneben hat Swisscom strategische und wirtschaftliche Anreize, Dritten weiterhin Adressdaten anzubieten (vgl. Kap. 3.2.2.2).

81. Die wichtigste Konkurrentin der Parteien im Bereich der elektronischen Verzeichnisse und gleichzeitige Nachfragerin von Adressdaten der Swisscom erachtet den Zusammenschluss unter der Bedingung, dass weiterhin Adressdaten bezogen werden können, nicht als Bedrohung für die eigene Geschäftstätigkeit.

### **3.2.3.4 Ergebnis**

82. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen Marktanteilsadditionen. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss die starke Stellung von Swisscom im nationalen Markt für elektronische Adressdaten verstärkt wird.

## **3.3 Ergebnis**

83. Obwohl keine detaillierten Marktanteile eruiert werden konnten, ist davon auszugehen, dass die Märkte für Adressverzeichnisse und für elektronische Adressdaten als vom Zusammenschluss betroffen gelten.

84. Beim Markt für Adressverzeichnisse ergaben sich selbst bei einer engen Abgrenzung keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammen-

schluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte.

85. Im Markt für elektronische Adressdaten hat die Swisscom eine starke Stellung. Es ergaben sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass diese durch den Zusammenschluss noch verstärkt wird.

86. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2

#### **4. Sanktionen Sanctions Sanzioni**

B 2.4

#### **1. Curti & Co. AG**

*Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 51 Abs. 1 KG*

*Inobservation en rapport avec les fusions d'entreprises selon l'art. 51 al. 3 LCart*

*Infrazioni in relazione con le fusioni secondo l'art. 51 cpv. 3 LCart*

### **A. Sachverhalt**

1. Am 30. Juni 1997 hat Curti & Co. AG („Curti“) von der Feldschlösschen-Hürlimann Holding AG („Feldschlösschen“) 4880 Aktien der SSG Schweizerischen Speisewagen-Gesellschaft Holding („SSG“) gekauft und hält neu 9760 Aktien, d.h. 97,6 % der Stimmen. Der Kaufvertrag wurde unmittelbar im Anschluss an die Unterzeichnung vollzogen.

2. Vor dem Zusammenschluss hatten Curti und Feldschlösschen je zwei von insgesamt fünf Verwaltungsratsmandaten und je 48,8% Stimmenanteile. Ein Aktionärsbindungsvertrag sah vor, dass die beiden Unternehmen sowohl in der Generalversammlung als auch im Verwaltungsrat immer übereinstimmend abzustimmen hatten; für Streitigkeiten war ein neutraler Einzelschiedsrichter vorgesehen. Gemäss diesem Sachverhalt lag damals eine gemeinsame Kontrolle der SSG durch Curti und Feldschlösschen vor. Die restlichen Aktien verteilten sich zu je 80 Stück auf drei weitere Aktionäre.

3. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission („Sekretariat“) hat Mitte April 1998 im Zusammenhang mit der Zusammenlegung der Prodega Gruppe und der SSG in die Bon Appétit Gruppe vom oben erwähnten Zusammenschluss aus der Presse erfahren. Mit Schreiben vom 16. April wurde Curti darüber informiert, dass der Erwerb der

Mehrheit in der SSG am 30. Juni 1997 vermutlich ein meldepflichtiger Zusammenschluss gewesen sei.

4. Nach einer vorgängigen Besprechung in Bern ging am 30. April 1998 die nachträgliche Meldung des in Ziffer 1 beschriebenen Vorganges ein.

5. Die Wettbewerbskommission ist im Rahmen der vorläufigen Prüfung gemäss Art. 32 Abs. 1 KG zum Schluss gekommen,

?? dass die Übernahme der Kontrolle der SSG durch Curti einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. B KG i.V.m. Art. 1 VKU darstellt;

?? dass Curti und die SSG beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b VKU sind;

?? dass der Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 KG meldepflichtig ist;

?? dass keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach der Zusammenschluss im Sinne von Art. 10 Abs. 1 KG eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

6. Aufgrund dieser Ergebnisse verzichtete die Wettbewerbskommission am 20. Mai 1998 auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens. Dies wurde den Parteien gleichentags mitgeteilt.

7. Um festzustellen, ob ein Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG vorliegt, eröffnete das Sekretariat am 25. Mai 1998 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 53 Abs. 1 KG.

8. Mit Schreiben vom 27. Mai wurde Curti eingeladen, sich zum Vorwurf der Meldepflichtverletzung zu äussern.

9. Mit der Möglichkeit der Parteien zur Stellungnahme ist den Anforderungen des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 f. des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 171.021) Genüge getan.

## **B. Erwägungen**

### **1 Anwendbarkeit des KG**

10. Gegenstand des Verwaltungssanktionsverfahrens ist der Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung. Dieser stellt einen Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen im Sinne von Art. 51 Abs. 1 KG dar.

11. Die Wettbewerbskommission ist gemäss Art. 18 Abs. 3 KG und Art. 53 KG zuständig für die Ausfällung von Verwaltungssanktionen.

12. Auf die kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG von

diesen nicht abweicht. Art. 53 KG enthält keine abweichende Bestimmung. Die einschlägigen Bestimmungen des VwVG sind somit anwendbar (Botschaft BBl 1995 I 622).

## 2 Meldepflicht

13. Gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. b KG gilt jeder Vorgang, durch den ein Unternehmen die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erlangt, als Unternehmenszusammenschluss. Dies kann z.B. durch den Erwerb einer Beteiligung oder den Abschluss eines entsprechenden Vertrages erfolgen. Das Erlangen der Kontrolle setzt gemäss Art. 1 VKU voraus, dass mit dem Erwerb von Beteiligungsrechten die Möglichkeit geschaffen wird, bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens auszuüben. Dies gilt sowohl für den Erwerb der alleinigen Kontrolle als auch für den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle; der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle fällt ebenfalls unter den Zusammenschlussbegriff.

14. Im Rahmen der vorläufigen Prüfung hat die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall denn auch festgestellt, dass es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss handelt. Die Meldung ist bei Übernahme der Kontrolle durch dasjenige Unternehmen einzureichen, welches gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b VKU die Kontrolle erlangt, hier also Curti. Adressat einer allfälligen Sanktionsverfügung ist daher Curti.

15. Curti hat bereits im Hauptantrag der Eingabe vom 30. April 1998 und erneut im Rechtsbegehren vom 23. Juni geltend gemacht, eine Meldepflicht sei nicht gegeben, da sie bereits vor dem Vollzug des Kaufvertrages die alleinige Kontrolle über die SSG ausgeübt habe. Die Mittel der Kontrolle seien unerheblich; die Kontrolle könne sowohl rechtlicher als auch faktischer Natur sein. Die Parteien unterstreichen die faktische Kontrolle von Curti im wesentlichen mit folgenden Argumenten:

- ?? Der Aktionärbindungsvertrag sei - ohne formelle Änderung - anders gelebt worden, als dies vorgesehen gewesen sei, da bei den Parteien nach dessen Inkrafttreten Veränderungen stattgefunden haben.
- ?? Für Feldschlösschen habe die Beteiligung den Charakter einer Finanzanlage und nicht einer strategischen Beteiligung gehabt.
- ?? Eine vorgängige Koordination der Entscheide in der Generalversammlung habe in den letzten Jahren nie stattgefunden. Die Anträge des Verwaltungsrates seien ebenfalls ohne Berücksichtigung des Aktionärbindungsvertrags zustande gekommen.
- ?? In der Praxis sei ein Vertreter von Curti der „starke Mann“ im Verwaltungsrat gewesen.

- ?? Alle Entscheide, auch wichtige Personalentscheide und operative Entscheide, seien durch diesen Vertreter gefällt worden; es habe nie Opposition gegen einen solchen Entscheid gegeben.
- ?? Feldschlösschen habe die Beteiligung bloss zur Sicherung eines Vertriebskanals gehalten und sei nie am operativen Geschäft der SSG interessiert gewesen.
- ?? Die Veräusserung der Anteile sei lediglich ein konsequenter Schritt von Feldschlösschen gewesen.
- ?? Curti und Feldschlösschen hätten sich diskussionslos, ohne Bewertungsgutachten, auf den Preis des Aktienpakets geeinigt. Ein Paketzuschlag, wie er bei Kontrollwechseln üblich sei, sei nicht vereinbart und bezahlt worden.

16. Art. 1 VKU verlangt nicht, dass ein bestimmender Einfluss tatsächlich ausgeübt wird, sondern bloss, dass die Möglichkeit dazu besteht. Dass Curti die SSG faktisch allein geführt hat, kann daher nicht bedeuten, dass diese Unternehmung die SSG zusammenschlussrechtlich alleine kontrollierte.

17. Feldschlösschen kam bei einer allfälligen Uneinigkeit im Verwaltungsrat durch den Aktionärsbindungsvertrag ein Vetorecht zu, da sich die Parteien dazu verpflichtet hatten, die ihnen aus ihren Aktien zustehenden Stimmrechte sowie die Befugnisse ihrer Verwaltungsräte übereinstimmend auszuüben. Für den Fall, dass keine Übereinstimmung hätte erzielt werden können, sah der Vertrag die Einsetzung eines abschliessend entscheidenden Einzelschiedsrichter vor. Sämtliche wichtigen strategischen Entscheide, die vom Verwaltungsrat resp. von der Generalversammlung gefällt wurden, mussten von Curti und Feldschlösschen gemeinsam getroffen werden. Deshalb wurde SSG vor dem Zusammenschluss letztlich durch Curti und Feldschlösschen *gemeinsam* kontrolliert.

18. Gemäss Art. 32 Abs. 2 KG dürfen die beteiligten Unternehmen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission bewillige dies auf deren Antrag aus wichtigen Gründen. Vom Vollzugsverbot ist lediglich diejenige Handlung erfasst, die den Zusammenschluss definitiv vollzieht, also zur Veränderung der Marktstruktur führt. Im Falle der Kontrollübernahme in einer Aktiengesellschaft handelt es sich um den Zeitpunkt, in welchem die Aktien und somit die Kontrolle auf den Erwerber übergehen.

19. Für die Übertragung der in Namenaktien verkörperten Rechte bedarf es der Verfügungsbefugnis des Veräusserers, des Abschlusses eines obligatorischen Rechtsgeschäftes sowie der Übergabe der indossierten Aktientitel (vgl. Art. 684 OR). Damit gehen die Aktionärsrechte grundsätzlich über, doch können sie in der Regel gegenüber

der Gesellschaft erst geltend gemacht werden, wenn der Erwerber im Aktienbuch eingetragen ist (vgl. Art. 686 OR).

20. Im vorliegenden Fall waren sämtliche Voraussetzungen für eine gültige Übertragung erfüllt. Direkt im Anschluss an die Unterzeichnung am 30. Juni 1997 wurde der Kaufvertrag vollzogen, d.h. der Verwaltungsrat hat die Zustimmung zur Aktienübertragung an die Käuferin und zur Eintragung der Käuferin im Aktienbuch erteilt. Die Verwaltungsräte von Feldschlösschen sind zurückgetreten und die blankoindossierten Einzeltitel oder Aktienzertifikate übergeben worden.

### **3 Verstoss**

21. Art. 51 Abs. 1 KG regelt Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen: Ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, wird mit einem Betrag von bis zu einer Million Franken belastet. Die Verwaltungssanktionen wurden ins Gesetz aufgenommen, um die direkte Sanktionierung von Unternehmen zu ermöglichen; gemäss herrschender Lehre sind juristische Personen nicht deliktstfähig im Sinne des Strafrechts, weil ihnen keine Schuld bzw. kein Verschulden zugewiesen werden kann (BBl 1995 I 619 f.).

22. Der Vollzug eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ohne Meldung führt in seiner Konsequenz dazu, dass das Fusionskontrollverfahren des KG unterlaufen wird. Die Fusionskontrolle soll präventiv verhindern, dass marktbeherrschende Stellungen entstehen oder verstärkt werden, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 1 KG). Art. 51 KG will die Pflicht durchsetzen, Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 KG vor ihrem Vollzug zu melden. Direktes Schutzobjekt der Bestimmung ist somit die Sicherung der präventiven Funktion der Zusammenschlusskontrolle (vgl. Komm. KG – Ducrey, Art. 51 Ziffer 7). Indirekt wird durch die Gewährleistung des präventiven Kontrollsystems auch der wirksame Wettbewerb geschützt.

23. Der Tatbestand des Art. 51 Abs. 1 KG ist vorliegend erfüllt: Curti und SSG haben als beteiligte Unternehmen einen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss in Form der Erlangung der Kontrolle vor Einreichung der Meldung vollzogen.

24. Curti hat vorgebracht, die Meldung sei unverschuldetermassen unterblieben; eine Verwaltungssanktion gemäss Art. 51 KG müsse daher unterbleiben. Aus welchen Gründen die Meldung unterblieb, ist gemäss KG jedoch irrelevant. Insbesondere bildet ein Verschulden nicht Voraussetzung dieser Verwaltungssanktion. Diese dient ausschliesslich der Sicherung der gesetzlichen Meldepflicht. Weder dem Gesetz noch den Materialien lässt sich etwas Gegenteiliges entnehmen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können selbst die



der Sanktion von Art. 51 KG am ehesten ähnlichen Ordnungsbussen ohne Vorliegen eines Verschuldens verhängt werden (BGE 101 Ib 33). Die Frage des Verschuldens wird im Rahmen allfälliger verwaltungsstrafrechtlicher Sanktionen (vgl. Art. 55 KG) berücksichtigt; solche Sanktionen stehen im vorliegenden Fall mangels eines nachweisbaren Verschuldens jedoch nicht zur Diskussion. Diese gesetzssystematische Trennung zwischen Verwaltungssanktionen, die ausdrücklich für nicht deliktsfähige Unternehmen vorgesehen sind, und allenfalls komplementär anzuwendenden Strafsanktionen, bildet einen deutlichen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bei ersteren kein Verschulden voraussetzt (vgl. BBI 1995 I 619; Ducrey in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Vorbemerkungen zu Art. 50 – 57, Rz. 18).

25. Ein Verschulden ist zur Erfüllung des objektiven Tatbestands der Meldepflichtverletzung somit nicht notwendig. Die diesbezüglichen Vorbringen der Parteien (z.B. Unkenntnis darüber, dass der Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle einen meldepflichtigen Zusammenschluss darstellt) sind daher unbehelflich.

26. Zufolge Nichtmeldung eines meldepflichtigen Zusammenschlusses ist somit eine Verwaltungssanktion gemäss Art. 51 Abs. 1 KG auszusprechen.

#### **4 Bemessung der Sanktion**

27. Gemäss der Botschaft zum Kartellgesetz (BBI 1995 I 621) ist die Höhe der Verwaltungssanktion nach den konkreten Umständen zu bemessen. Das Abstellen auf die konkreten Umstände ist Ausdruck des im Verwaltungsrecht allgemein gültigen Verhältnismässigkeitsprinzips. Ferner ist die Höhe der Verwaltungssanktion so zu bemessen, dass sie für die betroffenen Unternehmen spürbar ist.

28. Zu klären ist vorab die Frage, ob die subjektive Vorwerfbarkeit bzw. das Verschulden bei der Bemessung der Sanktion zu berücksichtigen ist. Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen: Zum einen ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Verhängung von Verwaltungssanktionen kein Verschulden voraussetzt (vgl. Ziff. 24). Zum anderen ist die Abgrenzung gegenüber den kumulativ anwendbaren Strafsanktionen von Art. 54 KG sicherzustellen.

29. Im Rahmen ihrer bisherigen Praxis hat die Wettbewerbskommission das Verschulden bei der Bemessung der Sanktion teilweise berücksichtigt. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und zur Gewährleistung einer einheitlichen Praxis berücksichtigt die Wettbewerbskommission - in Änderung der bisherigen Praxis - neu ausschliesslich objektive Kriterien. Diese wiederum müssen dem Sinn und Zweck von Art. 51 KG und der Zusammenschlusskontrolle entsprechen.

30. Bei der Bemessung der Sanktion für die Verletzung der Meldepflicht berücksichtigt die Wettbewerbskommission erstens die Bedeutung der Unternehmen auf dem Markt (Kriterium 1). Diese lässt sich mittels der in der Schweiz erzielten Jahresumsätze messen. Dieses Vorgehen entspricht der Konzeption des Kartellgesetzes, richtet sich doch auch die Meldepflicht nach dieser Grösse (Art. 9 Abs. 1 KG). Weiter zieht die Wettbewerbskommission bei der Sanktionsbemessung in Betracht, ob das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb potentiell gefährdet (Kriterium 2). Dies ist dann der Fall, wenn betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU vorliegen (gemeinsamer Marktanteil von mehr als 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mehr als 30 %). Schliesslich soll die Höhe der Sanktion davon abhängen, ob das Zusammenschlussvorhaben wirksamen Wettbewerb gemäss Art. 10 Abs. 2 beseitigen kann (Kriterium 3).

31. Kriterium 1 hat bei der geschilderten Sanktionsbemessung die Funktion eines Basiskriteriums, welches den Verstoss gegen die Meldepflicht als solchen sanktioniert. Die Kriterien 2 und 3 bezwecken, diesen Verstoss aus wettbewerblicher Sicht zu gewichten. Sie können den Basisbetrag je nach der konkreten Sachlage erhöhen oder vermindern. Entsprechend muss der Grundbetrag so bemessen werden, dass hinreichend Spielraum für eine Erhöhung oder Verminderung verbleibt. Angemessen erscheint aufgrund dieser Überlegungen und unter Berücksichtigung der maximalen Sanktion von einer Million Franken ein Basisbetrag von 0,1 Promille, jedoch maximal 300'000 Franken des in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes. Der resultierende Basisbetrag wird sodann unter dem Titel von Kriterium 2 erhöht (Variante „Vorliegen betroffener Märkte“) bzw. vermindert (Variante „Fehlen betroffener Märkte“). Der resultierende Betrag wird in Anwendung von Kriterium 3 erhöht (Variante „Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“) bzw. reduziert (Variante „keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs“).

32. Der von der Curti AG in der Schweiz erzielte Jahresumsatz beläuft sich auf 912 Mio Franken. Nach Massgabe dieses Umsatzes ergibt sich somit in Anwendung von Kriterium 1 ein Grundbetrag für den Verstoss gegen die Meldepflicht als solchen von 91'200 Franken.

33. In Anwendung von Kriterium 2 erscheint vorliegend eine Erhöhung des Grundbetrags um 50 % auf 136'800 Franken angemessen, da betroffene Märkte vorliegen (vgl. RPW 1998/2, S. 250). Der Zusammenschluss führte jedoch nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung; wirksamer Wettbewerb wurde durch die Transaktion nicht beseitigt (vgl. Ziff. 5). Diese Umstand wirkt sich in Anwendung von Kriterium 3 sanktionsvermindernd aus. Da ausserdem insofern besondere Umstände vorliegen, als es durch den Zusammenschluss nicht zu einer Marktanteilsaddition gekommen

ist (vgl. RPW 1998/2, S. 251), rechtfertigt sich eine Senkung des Betrags gemäss Kriterium 1 und 2 (136'800 Franken) um die Hälfte. Somit ergibt sich unter Berücksichtigung aller drei Kriterien ein Betrag von 68'400 Franken.

34. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen wird der Curti AG für die Verletzung der Meldepflicht eine Sanktion von 68'400 Franken auferlegt.

B 2.4	<b>2. Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Comtop AG</b>
-------	--

*Verstoss im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen Art. 51 KG*

*Inobservation en rapport avec les fusions d'entreprises selon l'art. 51 LCart*

*Infrazioni in relazione con le fusioni d'impresa secondo l'art. 51 LCart*

*Einstellungsverfügung der Wettbewerbskommission vom 16. November 1998 in Sachen Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Comtop AG für BKW FMB Beteiligungen AG, Bern, (nachstehend „BKW“) und AEK Energie AG, Solothurn, (nachstehend „AEK“)*

#### **Aufgrund der Tatsache,**

- ?? dass die Wettbewerbskommission am 2. Juni 1997 eine Sanktionsverfügung wegen eines Verstosses im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 51 KG) gegen BKW und AEK erlassen hat;
- ?? dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Entscheid vom 15. Mai 1998 die Beschwerde der Verfügungsadressatinnen gutgeheissen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vollumfänglich aufgehoben hat;
- ?? dass das Bundesgericht mit Entscheid vom 27. Juli 1998 das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren als durch Rückzug der Beschwerde vom 15. Juni 1998 erledigt abgeschlossen hat;

#### **in Erwägung,**

- ?? dass dieses Verfahren eines formellen Abschlusses bedarf,

#### **verfügt die Wettbewerbskommission:**

1. Das Sanktionsverfahren wird eingestellt.

2. Kosten
3. Eröffnet

B 2

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

B 2.5

**1. Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1  
Kartellgesetz**

*Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG*

*Avis de droit selon l'art. 15 al. 1 LCart*

*Avviso di diritto giusta l'art. 15 cpv. 1 LCart*

*Entscheid der Wettbewerbskommission vom 12. Oktober 1998*

**Sachverhaltsermittlung durch den Zivilrichter**

1. Nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz (KG) ist der Zivilrichter verpflichtet, die Sache der Wettbewerbskommission (WEKO) zur Begutachtung vorzulegen, wenn die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in einem zivilrechtlichen Verfahren in Frage steht.

2. Das Gesuch um Erstellung eines Gutachtens hat eine bereinigte Darstellung des Sachverhalts, klar formulierte Fragen und, sofern nötig, sämtliche Zusatzinformationen zu enthalten, die für die Beantwortung der gestellten Fragen erforderlich sein könnten. Dies ergibt sich aus den Richtlinien, welche anlässlich eines Treffens am 13. Juni 1997 zwischen einer Delegation des Bundesgerichts sowie kantonaler Gerichte und einer Delegation der WEKO und des Sekretariats verabschiedet wurden (publiziert in: RPW 1997, S. 593 ff.).

3. Die WEKO hat kürzlich in einem Grundsatzentscheid (Entscheid vom 12. Oktober 1998) über Kompetenzen und Vorgehen bei der Ermittlung des Sachverhalts im Zusammenhang mit Gutachten gemäss Art. 15 Abs. 1 KG Folgendes entschieden:

?? „Gutachten werden einzig und allein aufgrund des vom Richter präsentierten Sachverhalts abgegeben.“

Daraus ergibt sich, dass die WEKO keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vornimmt.

?? „Bei ungenügender Sachverhaltsdarstellung sind im Gutachten entsprechende Vorbehalte anzubringen.“

Daraus ergibt sich, dass die WEKO bei allfälligen Sachverhaltslücken das Gutachten ohne weitere Nachforschungen beim auftraggebenden Zivilrichter erstellt.

4. Damit der Sachrichter von vornherein den kartellrechtlich relevanten Sachverhalt zusammentragen kann, haben die Wettbewerbsbehörden beschlossen, einen Leitfaden herauszugeben. Dieser ist in Vorbereitung. In der Zwischenzeit steht Ihnen das Sekretariat der Wettbewerbskommission gerne zur Beantwortung allfälliger Fragen zur Verfügung.

B 2.5	<b>2. Principes relatifs aux avis de droit selon l'art. 15 al. 1 LCart</b>
-------	--

*Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 KG*

*Avis de droit selon l'art. 15 al. 1 LCart*

*Avviso di diritto giusta l'art. 15 cpv. 1 LCart*

*Décision de la Commission de la concurrence du 12 octobre 1998*

### **Etablissement de l'état de fait par le juge civil**

1. Lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, le juge civil est tenu - en vertu de l'art. 15 al. 1 de la loi sur les cartels (LCart) - de transmettre l'affaire pour avis à la Commission de la concurrence.

2. La demande d'avis doit contenir un état de fait épuré, des questions précises et, au besoin, toute information complémentaire qui pourrait être nécessaire pour y répondre. Ceci ressort des conclusions prises lors de la rencontre du 13 juin 1997 entre une délégation de la Commission de la concurrence et de son secrétariat d'une part et des délégations du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux d'autre part (publ. in: DPC 1997/4, p. 598 ss).

3. La Commission de la concurrence a récemment rendu une décision de principe (décision du 12 octobre 1998 en langue allemande) concernant les compétences et la procédure lors de l'établissement de l'avis selon l'art. 15 al. 1 LCart.

?? *La Commission de la concurrence fonde son avis uniquement sur les faits tels qu'ils ont été présentés par le juge civil.*

Partant, la Commission de la concurrence ne complète pas l'état de fait constaté par le juge civil.

?? *Lorsque l'état de fait présenté par le juge civil est incomplet pour répondre aux questions posées, la Commission émettra certaines réserves dans son avis.*

Partant, la Commission de la concurrence rend son avis sans inviter au préalable le juge civil à compléter le dossier.

4. Afin que le juge civil soit à même d'établir l'état de fait nécessaire à l'élaboration de l'avis, l'autorité de la concurrence a décidé de publier un vade-mecum à ce sujet. Celui-ci est en phase de préparation. Dans l'intervalle, le secrétariat de la Commission se tient à votre disposition pour toute question éventuelle.

B 2

## **6. Empfehlungen Préavis Preavvisi**

B 2.6

### **1. Versandhandels mit Arzneimitteln in den Kantonen**

*Empfehlung nach Art. 8 Abs. 2 BGBM*

*Recommandation selon l'art. 8 al. 2 LMI*

*Raccomandazione giusta l'art. 7 al. 2 LMI*

*Empfehlung der Wettbewerbskommission vom 7. Dezember 1998 betreffend Regelung des Versandhandels mit Arzneimitteln in den Kantonen zuhanden der Kantone*

#### **1 Einleitung**

1. Der Versandhandel mit Medikamenten steht zur Zeit im Zentrum vieler Diskussionen. Grund dafür sind nicht alleine die seit kurzer Zeit auf dem Markt tätigen Versandapotheken. Auch die fehlenden bundesrechtlichen Vorschriften zum Versand von Medikamenten und die Vielzahl unterschiedlicher kantonaler Bestimmungen, die infolgedessen zur Anwendung kommen, tragen zur Verunsicherung bei. Diese kantonalen Unterschiede führen zu Problemen, welche Ineffizienzen und vermehrten Aufwand in den kantonalen Verwaltungen und bei den Gerichten verursachen. Sie stehen zudem im Widerspruch zu einem Binnenmarkt Schweiz. Bis zum Inkrafttreten des neuen Heilmittelgesetzes wird diese Rechtsunsicherheit zwischen den Kantonen weiter bestehen bleiben.

2. Der Entwurf für ein Heilmittelgesetz (E-HMG) sieht in Art. 25 eine Regelung zum Versand von Medikamenten vor. In ihren Stellungnahmen zum E-HMG hat die Wettbewerbskommission die Ansicht vertreten, dass der Versandhandel von Medikamenten in der Schweiz möglich sein sollte (vgl. RPW 1997/2, S. 225 ff.).

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

4. Die Wettbewerbskommission stützt sich bei den Begriffsabgrenzungen auf die von der Interkantonalen Kontrollstelle für Medikamente (IKS) verwendeten Definitionen.

## **2 Gegenstand der Empfehlung**

5. Der Versandhandel mit Medikamenten stellt eine Form der Abgabe von Medikamenten an Endverbraucher dar. Es ist zu unterscheiden zwischen der persönlichen Abgabe von Medikamenten in der Apotheke oder der Drogerie und dem postalischen Versand des Medikamentes, der unter Einhaltung gewisser Anforderungen an die Adresse der Endverbraucher erfolgt.

6. Beim Versand von Medikamenten muss weiter unterschieden werden zwischen dem Nachversand und dem mit diesen Empfehlungen angesprochenen - auch Direktversand genannten - Versandhandel. Der Nachversand erfolgt in Einzelfällen durch die Apotheke oder die Drogerie, wenn z.B. Medikamente nicht an Lager waren oder der Patient nicht in der Lage ist, das Medikament selbst abzuholen. Der Nachversand wird von einer Apotheke oder einer Drogerie nicht hauptgeschäftlich betrieben.

7. Versandhandel im eigentlichen Sinn wird nur von Unternehmen betrieben, welche eine Apothekenbewilligung besitzen und daher berechtigt sind, Medikamente auch direkt an die Endverbraucher abzugeben. Die vorliegende Empfehlung bezieht sich daher allein auf diejenigen Aspekte, die zusätzlich zu berücksichtigen sind, wenn eine zur direkten Abgabeberechtigte Stelle Medikamente postalisch stellt.

8. Von der Empfehlung nicht berührt wird der Vertrieb von Medikamenten über das Internet und der Versand von Grosshändlern an den Detailhandel.

## **3 Anwendbarkeit des BGBM**

9. Das BGBM ist am 1. Juli 1996 in Kraft getreten und seit dem 1. Juli 1998 vollumfänglich anwendbar<sup>1</sup>. Das BGBM richtet sich gegen

---

<sup>1</sup> SR 943.02. Die Rechtsschutzbestimmungen in bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen sind auf den 1. Juli 1998 hin in Kraft gesetzt

Marktzugangsbeschränkungen im öffentlichen Recht von Bund, Kantonen und Gemeinden.

10. Auf das BGBM können sich alle Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Ausländerinnen und Ausländer berufen, 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<sup>2</sup>.

11. In den sachlichen Geltungsbereich des BGBM fallen alle Erwerbstätigkeiten, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) geniessen (Art. 1 Abs. 3 BGBM)<sup>3</sup>. Der Versand von Medikamenten ist eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, welche in den sachlichen Geltungsbereich der HGF und somit unter das BGBM fällt. Das BGBM ist somit auf den Versandhandel anwendbar.

12. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Demnach richtet sich das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen nach den Vorschriften des Herkunftsortes (Art. 2 Abs. 3 BGBM).

#### **4 Die Regelung des Versandhandels mit Medikamenten in den Kantonen**

13. Zur Zeit bestehen keine bundesrechtlichen Vorschriften betreffend den Versand von Medikamenten.

14. Die Interkantonale Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (IKV)<sup>4</sup> enthält kein ausdrückliches Verbot des Versandhandels. Jedoch sind die Bestimmungen über die Verkaufsarten bzw. – kategorien sowie die Vorschriften zu den Abgabekategorien zu beachten.

15. Es wird unterschieden zwischen folgenden Verkaufsarten (Art. 16 Abs. 1 IKV-Regulativ):

---

worden. Mit diesem Datum endet auch die zweijährige Übergangsfrist gemäss Art. 11 Abs. 1 BGBM, AS 1996 1738, 1742.

<sup>2</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994 (Botschaft BGBM), BBl 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.

<sup>3</sup> Botschaft BGBM, BBl 1995 I 1261f. René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel und Frankfurt/M 1998, S. 96ff. § 5 Rn. 26 ff.

<sup>4</sup> Interkantonale Vereinbarung vom 3. Juni 1971 über die Kontrolle der Heilmittel, SR 812.101.



- ?? Abgabe durch Apotheken bei verschärfter Rezeptpflicht;
- ?? Abgabe durch Apotheken gegen ärztliches Rezept;
- ?? Abgabe durch Apotheken ohne ärztliches Rezept;
- ?? Abgabe durch Apotheken und Drogerien;
- ?? Abgabe durch alle Geschäfte (freiverkäufliche Präparate).

Als Apotheken gelten die öffentlichen und privaten Apotheken nach Massgabe des kantonalen Rechts (Art. 16 Abs. 2 IKV-Regulativ)<sup>5</sup>.

16. Die Arzneistoffe werden von der IKS durch Listen in folgende Verkaufskategorien eingeteilt (Art. 29 IKV-Regulativ):

- A. Abgabe durch Apotheken bei verschärfter Rezeptpflicht;
- B. Abgabe durch Apotheken gegen ärztliches Rezept;
- C. Abgabe durch Apotheken ohne ärztliches Rezept;
- D. Abgabe durch Apotheken und Drogerien;
- E. Abgabe durch alle Geschäfte<sup>6</sup>.

17. Aus dieser Aufstellung geht hervor, dass der Versand von Medikamenten der IKS-Kategorie E, sog. freiverkäufliche Präparate, zulässig ist, da sie keine Fachberatung erfordern und in allen Geschäften und im offenen Handverkauf abgegeben werden dürfen.

18. Anders verhält es sich für die Medikamente der Kategorien A bis D. Dabei sind die kantonalen Gesetzgebungen unterschiedlich. Es finden sich folgende Regelungen:

- ?? Generelles Verbot des Versandhandels mit Medikamenten;
- ?? Verbot des Versandhandels für Medikamente der Kategorie A bis D;
- ?? Verbot des Versandhandels für Medikamente der Kategorie A bis C;

---

<sup>5</sup> Art. 16 IKV-Regulativ: Die Verkaufsart gilt auch für die Abgabe von Gratismustern an das Publikum (Abs. 3). Der Antrag auf „Verkauf durch alle Geschäfte“ ist so zu verstehen, dass das Heilmittel in den Schranken des eidgenössischen und kantonalen Rechts von jedermann abgegeben werden darf (Abs. 4). Für Heilvorrichtungen kann die Bewilligung des Verkaufs durch Spezialgeschäfte wie Orthopäden, Bandagisten, Sanitätsgeschäfte, Optiker, Radio- und Elektrizitätsgeschäfte usw. beantragt werden (Abs. 5).

<sup>6</sup> Art. 29 IKV-Regulativ: Gemäss Abs. 2 erlässt die IKS die Abgrenzungsgrundsätze dieser Listen und bezeichnet die Arzneistoffe, für die wegen einer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit Publikumswerbung nicht erlaubt werden kann. Liste ABC vom 10. Juni 1960, Liste D vom 25. November 1988 und Liste E vom 11. Mai 1957.

?? Indirektes Verbot (z.B. „Das Inverkehrbringen von Heilmitteln im Detailhandel ist untersagt durch Aufnahme und Vermittlung von Bestellungen bei Privatkunden“, keine direkten Bestimmungen zum Versandhandel);

?? Keine Regelungen oder Verweise auf die Bestimmungen der IKS.

Generelles Verbot?	Verbot Kat. A – D	Verbot Kat. A - C	Indirektes Verbot	Keine Regelungen bzw. nur Verweis auf IKS-Bestimmungen
AG	GE	AR	FR	AI
BS	NE		LU	BL
OW	SG*		SZ	BE
JU	SH		VS	GL
VD*	TG			NW
ZH*	UR			SO
	ZG			TI

\* Möglichkeit von Ausnahmen/Bewilligungspflicht

Quelle: Bericht IKS über den Versandhandel mit Arzneimitteln vom 22. April 1998<sup>7</sup>

19. Bewilligungen für Versandapotheken haben bisher die Kantone Solothurn, Luzern, Schaffhausen, Jura und Uri erteilt.

20. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich die Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel<sup>8</sup> für folgende Regelung ausgesprochen hat: Der Versandhandel sei im Grundsatz zu untersagen. Da aber ein absolutes Verbot nicht zulässig sei, sollten Bewilligungen für den Versandhandel unter folgenden kumulativ geltenden Voraussetzungen erteilt werden:

- es liegt ein ärztliches Rezept vor;
- es stehen keine Sicherheitsanforderungen entgegen;
- die sachgemässe Beratung ist sichergestellt;
- eine hinreichende ärztliche Überwachung der Wirkung ist gewährleistet<sup>9</sup>.

21. Auch im Entwurf für ein Heilmittelgesetz (E-HMG) ist der Versandhandel unter gewissen Bedingungen vorgesehen. Grundsätzlich

<sup>7</sup> vgl. Anm. 9. Aufgrund von Revisionen in kantonalen Gesundheitsgesetzen können sich in der Darstellung Verschiebungen ergeben haben.

<sup>8</sup> Art. 12 ff. IKV (Anm. 4).

<sup>9</sup> Interkantonale Kontrollstelle für Heilmittel, Erlachstrasse 8, 3000 Bern 9, Versandhandel mit Arzneimitteln, Bericht vom 22. April 1998 der von der Fachkommission der Kantone eingesetzten Arbeitsgruppe, S. 15. Gemäss Bericht ist ein absolutes Verbot aus Sicht der Handels- und Gewerbefreiheit und des Binnenmarktgesetzes nicht zulässig.

soll auch hier ein Verbot gelten<sup>10</sup>. Jedoch ist der Bundesrat autorisiert, den Versandhandel mit verwendungsfertigen Arzneimitteln zu gestatten, sofern

- für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt;
- keine Sicherheitsanforderungen entgegenstehen;
- die sachgemässe Beratung sichergestellt ist; und
- eine ausreichende ärztliche Überwachung der Wirkung sichergestellt ist<sup>11</sup>.

22. Es liegt somit auf Bundesebene ein Entwurf vor (E-HMG), gemäss welchem der Versandhandel mit Medikamenten möglich sein soll. Dasselbe gilt auf kantonaler Ebene, wo die zuständige Fachkommission der IKS in ihrem Bericht über den Versandhandel zum Schluss kommt, dass ein absolutes Verbot (ohne Möglichkeit von Bewilligungen) vor der Handels- und Gewerbefreiheit und dem Binnenmarktgesetz nicht stand hält<sup>12</sup>. Ein absolutes Verbot des Versandes von Medikamenten (ohne Möglichkeit von Bewilligungen) liegt daher ausserhalb der Entwicklungen des Bundesrechts und der interkantonalen Bestrebungen.

## **5 Der Versandhandel von Medikamenten aus Sicht des BGBM**

23. Besitzt eine Person in ihrem Heimatkanton eine Bewilligung für den Versand von Medikamenten, so hat sie gemäss Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 BGBM grundsätzlich das Recht, diese Tätigkeit ohne weitere Beschränkungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz auszuüben.

24. Wird ihr der Versand von Medikamenten in einen anderen Kanton untersagt, stellt dies eine Beschränkung des Rechts auf gesamtschweizerischen Marktzugang dar. Dies ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM kumulativ erfüllt werden: Die Beschränkungen müssen 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) und verhältnismässig (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM) sein. Gemäss Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM ist es insbesondere dann unverhältnismässig den Marktzugang zu verweigern, wenn die angestrebte Schutzwirkung bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt werden. Eine Beschränkung des Marktzu-

---

<sup>10</sup> Entwurf vom 26. August 1998 zu einem Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG), Bundesamt für Gesundheit. Gemäss Art. 25 Abs. 1 E-HMG ist der Versandhandel mit verwendungsfertigen Arzneimitteln untersagt.

<sup>11</sup> Art. 25 Abs. 2 E-HMG (vgl. Anm. 10).

<sup>12</sup> vgl. Ziffer 20 und Anm. 9, Bericht Seite 15.

ganges wäre demnach nur dann gerechtfertigt, wenn nicht von der Gleichwertigkeit der kantonalen Schutzniveaus ausgegangen werden könnte.

25. Unzulässig sind gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM zudem Beschränkungen, die ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten.

26. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so sind Beschränkungen des Versandhandels von Medikamenten aus Sicht des BGBM unzulässig. Dabei liegt es an den einzelnen Kantonen, die Gründe hierfür darzulegen, da sie die Beweislast für die Rechtfertigung der Beschränkungen tragen.

### **5.1 Unterschiedslos anwendbare Vorschrift (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)**

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

28. Kantonale Vorschriften betreffend den Versand von Medikamenten, die zwischen im Kanton ansässigen und ortsfremden Personen unterscheiden und für diese Kategorien unterschiedliche Regelungen aufstellen, wären mit dem BGBM nicht vereinbar. Sind die Vorschriften demgegenüber unterschiedslos formuliert, ist die Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM erfüllt.

29. Vorliegend gelten die kantonalen Bestimmungen über den Versand von Medikamenten jeweils unterschiedslos für Ortsansässige wie auch für Ortsfremde.

### **5.2 Überwiegendes öffentliches Interesse (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)**

30. 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<sup>13</sup>. Wirtschaftspolitische Einschränkungen sind demgegenüber, abgesehen von Ausnahmen, welche hier nicht von Bedeutung sind, grundsätzlich nicht zulässig<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Botschaft BGBM, BBI 1995 I 1265.

<sup>14</sup> Siehe dazu auch Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Aufl., Zürich 1998, S. 472 ff. Rn. 1403 ff. Die Autoren weisen darauf hin, dass in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Anlehnung an Rhinow statt von wirtschaftspolitischen von *grundsatzwidrigen* Massnahmen die Rede ist.

31. Beschränkungen des Marktzuganges müssen demnach darauf ausgerichtet sein, Polizeigüter zu schützen. Vorliegend kommt der Schutz der Volksgesundheit (auch Schutz der öffentlichen Gesundheit genannt) in Betracht, welcher als Polizeigut unbestritten ist (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 Bst. a BGBM). Durch das öffentliche Interesse abgedeckt sind demnach allein Massnahmen, welche auf den Schutz dieses Polizeigutes ausgerichtet sind.

32. Beim Handel und bei der Abgabe von Medikamenten müssen Aspekte berücksichtigt werden, die bei Handelswaren in der Regel unerheblich sind. Es sind dies die Arzneimittelsicherheit und der Schutz des Patienten. Unter die Arzneimittelsicherheit fallen Aspekte wie die Transportsicherheit oder der Schutz vor gefälschten Präparaten. Den Schutz des Patienten betreffen z.B. Bestimmungen über die Vermeidung von falschen Versprechungen, übertriebenem Konsum, falscher Dosierung oder falscher Einnahme wegen mangelnder Beratung sowie Haftungsbestimmungen. Schliesslich kann im Bereich des Gesundheitswesens auch die flächendeckende medizinische Versorgung der Bevölkerung eine Rolle spielen.

### **5.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)**

33. 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 zur Erreichung des Ziels geeignet sein und den mildesten zur Verfügung stehenden Mitteln entsprechen. Ferner darf der Eingriff im Sinne einer angemessenen Zweck-Mittel Relation im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unangemessen schwer wiegen<sup>15</sup>.

34. Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM sind Beschränkungen nur dann verhältnismässig, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird (Bst. a). Dabei sind die Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat (Bst. b). Unzulässig ist es, zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgängig die Niederlassung oder den Sitz am Bestimmungsort zu verlangen (Bst. c).

35. Im folgenden ist zu überprüfen, ob die kantonalen Massnahmen beim Versandhandel bezüglich den polizeilichen Interessen verhältnismässig sind.

---

<sup>15</sup> BGE 121 I 129 E.3b, mit Verweisen. Ulrich Häfelin/ Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, S. 112 Rn. 486 ff.

### 5.3.1 Die Arzneimittelsicherheit

36. Die Vorschriften über den Versand von Medikamenten sollen gewährleisten, dass den Endverbrauchern aus dem Umstand, dass die Medikamente postalisch zugestellt werden, kein Schaden erwächst, der bei persönlicher Übergabe nicht entstehen könnte. So dürfen die Medikamente zum Beispiel beim Transport nicht beschädigt werden und dürfen nicht an die falsche Person (Kinder) übergeben werden.

37. Ein generelles Verbot des Versandhandels ist grundsätzlich geeignet, die genannten Gefahrenquellen zu verhindern. Jedoch stellt dieses nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel zu Beseitigung dieser Gefahren dar (vgl. auch Stellungnahme der Wettbewerbskommission zum Entwurf für ein Heilmittelgesetz, RPW 1997/2, S. 225 ff.).

38. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Anforderungen der Arzneimittelsicherheit auch durch eine gut organisierte Zustellung gewahrt werden können. So kann durch geeignete Massnahmen sichergestellt werden, dass die Zustellung an die richtige Person erfolgt, eine Beschädigung der Medikamente (z.B. Kontamination, Auslaufen, Zerschlagen, Diebstahl) ausgeschlossen ist und dass die Medikamente keinen sonstigen schädlichen Einflüssen wie Hitze, Kälte, Licht, Feuchtigkeit, etc. ausgesetzt sind.

39. Es ist Aufgabe der zuständigen kantonalen Behörden, im Rahmen des Verfahrens zur Erteilung der Bewilligung für den Versandhandel die genannten Umstände zu berücksichtigen und ein entsprechendes Sicherheitssystem für den Versand zu verlangen. Folgende Bemerkungen mögen zur Illustration dieser Problematik dienen: Die Übergabe ausschliesslich an die Patientin bzw. den Patienten gewährleistet, dass das Medikament nicht in falsche Hände gerät. Der Versand durch eine Stelle, die zur direkten Abgabe an die Endverbraucher berechtigt ist, verhindert die Zustellung von gefälschten Medikamenten. Die allgemein gebräuchlichen Verpackungen der Medikamente sind an sich bereits auf die Anforderungen der Arzneimittelsicherheit ausgerichtet. Führt die postalische Zustellung in Bezug auf einzelne Medikamente zu weiteren Anforderungen, kann diesen durch ein geeignetes Sicherheitssystem ohne weiteres entsprochen werden (z.B. Notwendigkeit der Kühlung eines Medikamentes während des Transports). Derartige Anforderungen an die Arzneimittelsicherheit können mit geeigneten zusätzlichen Vorkehrungen erfüllt werden.

40. Es ist davon auszugehen, dass die Kantone beim postalischen Versand bezüglich der Arzneimittelsicherheit jeweils von einem ähnlichen Schutzniveau ausgehen. Die Vorschriften im Kanton des Sitzes oder der Niederlassung streben eine Schutzwirkung an, welche den Anforderungen der anderen Kantone entspricht. Unter diesen Voraussetzungen ist ein Verbot des Versandhandels, welches sich an eine

Unternehmung richtet, die in einem anderen Kanton eine Bewilligung für den Versandhandel hat, im Widerspruch zum BGBM. Kommt eine kantonale Behörde jedoch zum Schluss, dass das im Kanton angestrebte Schutzniveau durch die Vorschriften des Herkunftsortes nicht erreicht wird, hat sie zunächst darzulegen, worin genau der Unterschied der Schutzniveaus besteht. Zudem hätte sie im eigenen Bewilligungsverfahren die Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen, welche die Bewilligungsinhaberin bereits am Herkunftsort erbracht hat (Art. 3 Abs. 3 Bst. a und b BGBM).

41. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Bericht der IKS bezüglich der Arzneimittelsicherheit festhält, dass der Versand gewissen Sicherheitsanforderungen genügen muss<sup>16</sup>. Dieselben Bedingungen werden auch im Entwurf für ein Heilmittelgesetz gestellt<sup>17</sup>. Es bestehen in der Schweiz denn auch einige Apotheken, die den Versand von Medikamenten betreiben und die für den Versand ein Qualitätssicherungssystem erarbeitet haben, welches diese Anforderungen an die Arzneimittelsicherheit erfüllt<sup>18</sup>.

### 5.3.2 Der Schutz der Patienten

42. Wie bereits erwähnt, müssen die Patienten vor falschen Versprechungen, übertriebenem Konsum, falscher Dosierung oder falscher Einnahme geschützt werden. Durch das Vorweisen eines ärztlichen Rezepts und der damit verbundenen Beratung durch den Arzt wird diesem Schutzbedürfnis Genüge getan. Die genannten Gefahren bestehen im übrigen auch bei der direkten Abgabe in der Apotheke selber. Der Umstand, dass die Zustellung postalisch erfolgt, erhöht das Risiko bezüglich dieser Aspekte nicht.

43. Weiter ist festzuhalten, dass mit einem entsprechenden Qualitätssicherungssystem allfällige zusätzliche Sicherheitsbedürfnisse berücksichtigt werden können. Im übrigen gelten bezüglich Art. 3 Abs. 3 Bst. a und b BGBM die Ausführungen, welche zur Arzneimittelsicherheit gemacht wurden. Es ist demnach von der Gleichwertigkeit der kantonalen Schutzniveaus auszugehen, so dass ein Unternehmen, welches den Versandhandel im Herkunftskanton ausüben darf, dies auf dem gesamten Gebiet der Schweiz tun kann.

44. Die IKS erachtet den Versandhandel (mit Bewilligung) als zulässig, wenn ein ärztliches Rezept vorliegt und eine sachgemässe Beratung sichergestellt ist. Ferner ist eine hinreichende ärztliche Überwachung der Wirkung zu gewährleisten<sup>19</sup>. Dieselben Anforderungen

---

<sup>16</sup> Vgl. Ziffer 20.

<sup>17</sup> Vgl. Ziffer 21.

<sup>18</sup> Als Beispiel sei genannt die MediService AG in Zuchwil.

<sup>19</sup> Vgl. Ziffer 20.

werden auch im Entwurf für ein Heilmittelgesetz aufgestellt<sup>20</sup>. Der sachgemässen Beratung und der hinreichenden ärztlichen Überwachung wird durch das Vorweisen des ärztlichen Rezeptes entsprochen. Die postalische Zustellung führt auch hier zu keiner Erhöhung des Risikos. Sie ist im übrigen auch nicht geeignet, den regelmässigen Gang zur Ärztin oder zum Arzt zu ersetzen. Auch an dieser Stelle ist zu bemerken, dass der Versand von Medikamenten in diversen Kantonen der Schweiz bereits praktiziert wird und dass die Schutzinteressen der Patienten offensichtlich gewahrt sind.

### **5.3.3 Die flächendeckende medizinische Versorgung**

45. Nach Meinung der Wettbewerbskommission ist ein Verbot des Versandes von Medikamenten nicht geeignet, eine flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Heilmitteln zu gewährleisten. Im Gegenteil kann gerade der Versand von Medikamenten als alternatives Vertriebsmodell helfen, mögliche Lücken in der Versorgung zu schliessen (vgl. Stellungnahme der Wettbewerbskommission zum Entwurf für ein Heilmittelgesetz, RPW 1997/2, S. 225 ff.).

## **6 Schlussfolgerungen**

46. Der Versand von Medikamenten führt im Vergleich zur direkten Abgabe zu keinem zusätzlichen Risiko, welchem nicht mit einem entsprechenden Qualitätssicherungssystem entsprochen werden könnte. Der Versand von Medikamenten wird denn auch in einzelnen Kantonen praktiziert.

47. Ein generelles Verbot des Versandes (ohne Möglichkeit von Bewilligungen) stellt eine unverhältnismässige Massnahme dar, welche den Voraussetzungen des BGBM an Beschränkungen des Marktzuganges nicht entspricht und daher im Widerspruch zum BGBM steht.

48. Der Versandhandel mit Medikamenten ist demnach unter Beachtung gewisser Bedingungen, wie der Gewährleistung der Arzneimittelsicherheit und des Schutzes der Patienten (durch ein entsprechendes Qualitätssicherungssystem), zuzulassen.

## **7 Empfehlungen**

Die Wettbewerbskommission empfiehlt den Kantonen daher:

- ?? Von einem generellen direkten oder indirekten Verbot des Versandhandels mit Medikamenten (Kat. A, B, C oder D) ohne Möglichkeit von Bewilligungen abzusehen;
- ?? Kantonale Vorschriften, welche ein generelles Verbot des Versandhandels mit Medikamenten (ohne Möglichkeit von Bewilligungen) beinhalten, wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Bun-

---

<sup>20</sup> Vgl. Ziffer 21.



desrecht (BGBM) nicht anzuwenden und entsprechend anzupassen;

- ?? Bewilligungen zum Versandhandel anderer Kantone (ausserkantonale Firmen) anzuerkennen;
- ?? Bei entsprechenden Gesuchen die Bewilligungen zum Versandhandel von Medikamenten zu erteilen, sofern die folgenden kumulativ geltenden Voraussetzungen erfüllt werden:
- es liegt ein ärztliches Rezept vor;
  - es stehen keine Sicherheitsanforderungen entgegen;
  - die sachgemässe Beratung ist sichergestellt;
  - eine hinreichende ärztliche Überwachung der Wirkung ist gewährleistet.

B 2

## 7. **Stellungnahmen** **Préavis** **Preavvisi**

B 2.7

### 1. **Vernehmlassungsverfahren Revision VVG und VAG**

*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*

#### **A. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1)**

##### **A.1 Teilbarkeit der Prämie**

1. Der nun ohne Ausnahmen festgeschriebene Grundsatz der Teilbarkeit der Prämie (Art. 24) wird von der Wettbewerbskommission begrüsst. Es ist aus wettbewerblicher Sicht zentral, dass die Nachfrager ihre Versicherung frei auswählen können, wenn aufgrund äusserer Umstände eine ausserplanmässige Auflösung des Vertragsverhältnisses möglich bzw. der Abschluss eines neuen Vertrages notwendig ist. Aus diesem Grund ist alles zu vermeiden, was – wie der Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie oder der im folgenden Abschnitt (A. 2.) besprochene automatische Übergang des Vertragsverhältnisses bei einer Handänderung – einen Versicherungsverwechsel verhindert (bzw. Anreize zum Beibehalten der Versicherung setzt) und so die wettbewerbswilligen Versicherungen behindert.

##### **A.2 Handänderung**

2. Noch immer nicht zu überzeugen vermag der Artikel 54 VVG, an welchem Sie trotz der vom Sekretariat der Wettbewerbskommission

mehrfach vorgebrachten Bedenken in der Substanz weiterhin festhalten. Die Verlängerung der Kündigungsfrist von zwei auf vier Wochen ändert an der grundsätzlichen Problematik wenig, dass ein Übergang des Versicherungsvertrages im Falle der Handänderung primär die Interessen der etablierten Versicherer schützt. Damit wird das Weiterführen der Versicherungsbeziehung zur bequemsten Lösung, und, wenn der Kunde die Auflösungsfrist verpasst, gar zum Zwang.

3. Sie haben an einer Besprechung mit dem Sekretariat der WEKO im September 1998 zwei Fallkonstellationen erwähnt, in welchen Ihrer Ansicht nach die Beibehaltung der bisherigen Lösung (Übergang des Versicherungsvertrages) aus Sicht der Versicherten wünschbar sei: Erstens bei Todesfall, weil sich die Erben in diesem Fall nicht noch um die neue Versicherung des übergegangenen Gegenstandes kümmern könnten, und zweitens im Falle der güterrechtlichen Auseinandersetzung, als deren Folge möglicherweise Eigentümer des versicherten Gegenstandes (Versicherter) und Versicherungsnehmer nicht mehr identisch seien. Im Erläuterungsbericht zu den Vorentwürfen schreiben Sie weiter, als Ausweg stehe die Möglichkeit der Auflösung des zweiten Vertrages wegen Grundlagenirrtums offen.

4. Diese Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Erstens geht im Falle der Erbschaft wegen Universalsukzession nicht nur der versicherte Gegenstand, sondern auch der Versicherungsvertrag über. Gerade dort stellt sich somit das Problem der Deckungslücke, wenn man die allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen lässt, gar nicht. Zweitens fällt bei Auseinanderfallen von Versicherungsnehmer und Versichertem (wie eben z.B. nach einer güterrechtlichen Auseinandersetzung) der Versicherungsvertrag nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen auch nicht ipso iure dahin, sondern muss gekündigt werden. Dies müsste unseres Erachtens in Art. 54 Abs. 1 VVG zur Klarstellung festgehalten werden. Dabei scheint eine Kündigungsfrist von vier Wochen durchaus sinnvoll. Zum dritten Argument ist festzuhalten, dass selbst dann, wenn ein Grundlagenirrtum bei Abschluss einer Doppelversicherung bejaht wird, von einem fahrlässigen Irrtum (Art. 26 OR) ausgegangen werden müsste, mit den entsprechenden Schadenersatzpflichten (zusätzlich zum administrativen Aufwand) für den Versicherungsnehmer als Folge. Diese Möglichkeit ist somit nicht zielführend.

5. Mit Bezug auf Art. 54 VVG ist somit unseres Erachtens folgende Lösung vorzusehen:

1. Es ist zunächst das Prinzip festzuhalten, dass die Handänderung einen ausserordentlichen Kündigungsgrund darstellt.
2. Eine Kündigungsfrist von z.B. vier Wochen erscheint sinnvoll und sollte u.E. beibehalten werden. Allerdings sollte für den Fall der Kündigung eine Informationspflicht des Versicherers auch gegenüber dem neuen Eigentümer festgelegt werden.

3. Für den Fall, dass der Versicherungsnehmer die Kündigung vergisst, müsste ein erneutes Kündigungsrecht auf das Datum der neuen Versicherungsperiode vorgesehen werden. Spätestens mit Zusendung der neuen Prämienrechnung wird nämlich der Versicherungsnehmer auf seine Unterlassung aufmerksam werden.
  4. Für diejenigen Fälle, für welche ein Versicherungsobligatorium vorgesehen werden soll, kann allenfalls eine Lösung analog zur obligatorischen Krankenversicherung gewählt werden. Dort erlischt die Versicherungsdeckung erst mit der Bestätigung des neuen Versicherers, dass die gesetzlich vorgeschriebene Versicherungsdeckung ohne Unterbruch weiterbesteht.
6. Einen Formulierungsvorschlag finden Sie hinten bei den Anträgen.
7. Es sei hier noch einmal darauf hingewiesen, dass das Ziel dieser Bemerkungen einzig und alleine ist, der Vertragsfreiheit und dem Wettbewerb beim Abschluss von Versicherungsverträgen auch im Zusammenhang mit der Handänderung an versicherten Sachen zum Durchbruch zu verhelfen.

#### **B. Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG)**

8. Was das VAG betrifft, möchten wir auch hier noch einmal das bereits vorgetragene Anliegen wiederholen, den Art. 34 des Entwurfs einzuschränken. Die Vorbehalte gegen die jetzige Formulierung sind aus wettbewerblicher Sicht die folgenden:
9. Kein Zwang zu einheitlichen Prämien
  - ?? Die Festlegung einheitlicher Prämientarife für das Elementarschadenrisiko ist unnötig wettbewerbshindernd. Es ist nicht einzusehen, weshalb den Versicherungsunternehmen nicht erlaubt sein soll, finanzielle Anreize z.B. für eine verbesserte Prävention zu setzen. Nachdem die kantonalen Monopole gerade mit der angeblichen besseren Schadensprävention der Monopolanstalten im Feuerversicherungsbereich begründet werden, ist aus wettbewerblicher Sicht nicht nachvollziehbar, warum den Privatversicherern in denjenigen Kantonen, welche den Wettbewerb zulassen, die Möglichkeit zu derartigen finanziellen Anreizen verstellt werden soll.
  - ?? Selbst wenn man im Bereich der Elementarschadensversicherung am (sozialpolitisch zu motivierenden) Zwang zu einheitlichen Grundprämien festhalten will, sollte eine Ausgestaltung gewählt werden, welche dem sozialen Anliegen Rechnung trägt, ohne

aber den Wettbewerb unter den Versicherern übermässig einzuschränken.

- ?? Indem die Tarife, und nicht die Nettoprämien vereinheitlicht werden (soweit überhaupt vereinheitlicht werden soll), wird den Versicherern jede Möglichkeit zum Preiswettbewerb durch Verminderung der Verwaltungskosten genommen. Auch dies ist durch den sozialpolitischen Zweck einer einheitlichen oder zumindest relativ angeglichenen Prämie keinesfalls gerechtfertigt.
- ?? Diese Überlegung führt zu unserem minimalen Anliegen bezüglich Modifikation von Art. 34:
10. Wenn Vereinheitlichung, dann Nettoprämien anstatt Bruttoprämien
- ?? Wenn im Bereich von Feuer- und Elementarschadensversicherung eine soziale Angleichung der Prämien erfolgen soll, ist diese auf die Nettoprämie zu beschränken.
- ?? Auch nach der Verordnung (EWG) Nr. 3932/92 vom 21. Dezember 1991 über die Anwendung von Artikel 85 Abs. 3 EWG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Bereich der Versicherungswirtschaft ist nur die Bekanntgabe von Nettoprämien aus statistischen Gründen zulässig (Art. 2 lit. a). Gemäss Erwägung (6) dieser Verordnung sind Bruttoprämien von der Freistellung gerade nicht erfasst.
- ?? Auch bei Gesprächen zwischen dem Sekretariat und den Versicherern im Zusammenhang mit der Frage, ob eine der vorerwähnten EU-Verordnung analoge Freistellung nach KG nötig und wünschenswert sei, hat sich nie ein Anliegen der Versicherer ergeben, die Bruttoprämien zu vereinheitlichen. Es ist deshalb aus unserer Sicht nicht angezeigt, dies für einen Versicherungszweig, welcher aufgrund der kantonalen Monopole aus wettbewerblicher Sicht nicht unproblematisch erscheint, von Gesetzes wegen zu tun.
- ?? Die Kommission hat zudem am 4. Mai 1998 die Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen“ erlassen, aus welcher in leicht anderem Zusammenhang dasselbe Anliegen hervorgeht: Die Vereinheitlichung (dort: von Kalkulationsschemata) muss auf das notwendige Minimum, d.h. die Berechnungsverfahren beschränkt werden und darf nicht zur Folge haben, dass eine materielle Vereinheitlichung der Preise resultiert. Auf Art. 34 VAG angewandt heisst dies: Die (hier beabsichtigte materielle) Vereinheitlichung muss auf das absolut notwendige Minimum beschränkt werden, damit all jene Parameter dem Wettbewerb zugeführt werden können, bei welchen dies ohne Bein-

Beinträchtigung des Vereinheitlichungszwecks möglich ist. Das absolut notwendige Minimum sind aber vereinheitlichte Risiko-  
prämien, d.h. Nettoprämien.

- ?? Zusätzlich sollte den Versicherern in einem gewissen Rahmen erlaubt sein, finanzielle Anreize zur Feuerprävention zu schaffen. Eine gewisse Bandbreite auch bei den Nettoprämien ist deshalb aus unserer Sicht durchaus denkbar, ohne den sozialen Zweck der Vereinheitlichung der Prämien zu gefährden.
11. Keine Vereinheitlichung des Deckungsumfangs
- ?? Weiter sollte es den Versicherern ermöglicht werden, Wettbewerb beim Deckungsumfang aufzunehmen. Dem sozialpolitischen Anliegen, dass auch Eigentümer von besonders feuer- oder elementarschadensgeneigten Liegenschaften eine Mindestdeckung zu vertretbaren Prämien erhalten sollen, wäre u.E. mit einem Mindest-Deckungsumfang auch Genüge getan.

### **C. Anträge**

12. Wir beantragen Ihnen deshalb folgende Änderungen von Art. 54 VVG und Art. 34 VAG (Formulierungsvorschläge):

#### **Art. 54 VVG**

1. Wechselt der Gegenstand des Versicherungsvertrages den Eigentümer, so stellt dies für den Versicherungsnehmer einen ausserordentlichen Kündigungsgrund dar. Er kann das Versicherungsverhältnis innert vier Wochen nach Handänderung mit einer Kündigungsfrist von vier Wochen auflösen.
2. Unterlässt der Veräusserer die Kündigung im Zeitpunkt der Handänderung, kann er innert vier Wochen nach Erhalt der Prämienrechnung auf das Ende der Versicherungsperiode hin erneut kündigen.
3. Der Versicherer ist berechtigt, binnen vier Wochen, nachdem er von der Handänderung Kenntnis erhalten hat, durch schriftliche Kündigungserklärungen an den alten und den neuen Eigentümer vom Verträge zurückzutreten. Seine Haftung erlischt mit dem Ablauf von vier Wochen nach Zugang der Kündigungserklärungen.
4. Besteht ein Versicherungsobligatorium, erlischt ein gekündigtes Versicherungsverhältnis erst dann, wenn der alte Versicherer vom neuen Versicherer eine schriftliche Bestätigung über den Bestand der Versicherungsdeckung im gesetzlich geforderten Umfang erhalten hat. Während der Weiterdauer der Versicherungsdeckung besteht die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Weiterbezahlung der Prämien.

**Art. 34 VAG**

1. Die Versicherungsunternehmen dürfen für in der Schweiz gelegene Risiken das Feuerrisiko nur decken, wenn sie die Deckung von Elementarschäden in die Feuerversicherung einschliessen.
2. Mindestdeckungsumfang (evtl.: sowie Basis-Nettoprämie) sind für alle Versicherungsunternehmen einheitlich und verbindlich festgelegt. Die Versicherer sind frei, mittels Deckungsvarianten (evtl.: und finanziellen Anreizen für Schadensprävention) die Prämien zu differenzieren.
3. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

B 2

**8. Diverses  
Divers  
Diversi**

B 2.8

**1. Missbräuche im Zinswesen: Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats mit den entsprechenden Bundesgesetzen (BGBM, KG)**

*Gutachten der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 zuhanden der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug*

**1 Einleitung**

1. Die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hat der Wettbewerbskommission mit Schreiben vom 19. Februar 1998 einen Antrag auf Erstellung eines Gutachtens betreffend die Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen (Konkordat) mit dem Binnenmarktgesetz (BGBM) und dem Kartellgesetz (KG) sowie weiteren bundesrechtlichen Vorschriften zugestellt.

2. Die Wettbewerbskommission kann gemäss Art. 10 BGBM und Art. 47 KG eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung der genannten Gesetze erstatten. Nachfolgend nimmt die Wettbewerbskommission daher allein zu den Fragen betreffend das Binnenmarktgesetz und das Kartellgesetz Stellung. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend der ganze Fragenkatalog dargestellt.

1. Sind die §§ 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (SR 221.121.1), soweit sie auf die Vermittlung von Geschäftskrediten Anwendung finden, mit den Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes (SR 943.02) vereinbar

2. Wie ist das Verbot der Entschädigung für die Kreditvermittlung gemäss §§ 2 und 7 des Konkordats wettbewerbsrechtlich zu beurteilen?
3. Sind die §§ 2 und 7 des Konkordats insbesondere mit der bundesrechtlichen Ordnung über den Mäklervertrag und über den Konsumkredit vereinbar?
4. Wie sind die §§ 2 und 7 des Konkordats im Lichte der Handels- und Gewerbefreiheit zu beurteilen? Besteht insbesondere ein öffentliches Interesse am Verbot bzw. einer Beschränkung der Entschädigung für die Vermittlung von Krediten?
5. Geben weitere Bestimmungen des Konkordates im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarktgesetz, dem Konsumkreditgesetz (einschliesslich der geplanten Revision), dem Obligationenrecht und der Handels- und Gewerbefreiheit zu Bemerkungen Anlass?
6. Haben Sie weitere Bemerkungen?

## 2 Sachverhalt

3. Das Gutachten ergeht im Zusammenhang mit einem vor der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Fall betreffend Kreditvermittlung. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1997 hat der zuständige Regierungsrat die im Kanton Zug ansässige Kreditvermittlungsfirma auf Aktivitäten hingewiesen, die mit dem Interkantonalen Konkordat nicht vereinbar seien. Er hat ausgeführt, Kreditanträge, Begleitschreiben und Rechnungen würden ergeben, dass die Firma

?? von potentiellen Kreditnehmern vor Bearbeitung des Kreditantrages eine Gebühr erhebe, und

?? bei Ablehnung des Kreditantrages nicht die vollen, sondern nur «die nicht beanspruchten» Kosten zurückerstatte.

Diese Vorgehensweise stelle einen klaren Verstoss gegen das Konkordat dar, welches es den Kreditvermittlern gemäss § 2 verbiete, von Kreditnehmern Entschädigungen bzw. Kostenrückerstattungen zu fordern und gemäss § 7 «überdies jede Erhebung einer Entschädigung für ein nicht zustandegekommenes Kreditgeschäft» untersage. Zugleich wurde die Firma X zur Einreichung eines ausführlichen Berichts aufgefordert.

4. Mit Datum vom 10. November 1997 hat die Firma X dieser Aufforderung entsprochen und über ihren Rechtsvertreter eine Stellungnahme (in folgenden «Stellungnahme») eingereicht. Es wurde insbesondere auf die Unterscheidung zwischen Konsum- und Geschäftskredite hingewiesen und dargestellt, dass der Kreditgeber bei Konsumkrediten eine Provision ausrichte; allein für Geschäftskredite werde vom Kreditnehmer eine Bearbeitungsgebühr verlangt, welche bei

Nichtzustandekommen je nach Aufwand ganz oder teilweise zurück-erstattet werde.

5. Mit Korrespondenzen vom 30. Januar hat die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug dem Rechtsvertreter der Firma X den Fragenkatalog zugestellt. Dieser hat dazu am 13. Februar 1998, unter Formulierung ergänzender Fragen, Stellung genommen.

### **3 Gegenstand des Gutachtens**

6. Der Rechtsvertreter stellt sich auf den Standpunkt, die auf das Konkordat gestützte Kritik des Polizei- und Justizdirektion des Kantons Zug verstosse gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts (entgeltlicher Mäklervertrag). Ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an einem gänzlichen Verbot der entgeltlichen Kreditvermittlung sei zu verneinen, so dass auch die Handels- und Gewerbefreiheit verletzt werde. Ferner widerspreche diese Kritik Sinn und Geist des Binnenmarktgesetzes als auch der Rechtsgleichheit und enthalte einen Widerspruch zum kantonalen Recht.

7. Das Konkordat stützt sich auf Art. 7 Abs. 2 und 31 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) sowie auf Art. 73 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR).<sup>1</sup> Nach Literatur und bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 73 Abs. 2 OR um einen Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts, der den Kantonen im Bereich der Zinsvorschriften bundesrechtlich eine expansive Kraft, eine Unabhängigkeit vom Bundeszivilrecht, zugesteht (BGE 120 IA 286 E.2, 119 IA 59, 62 E.2 mit Verweisen).

8. Festzustellen, in welchem Ausmass diese Unabhängigkeit vom Bundeszivilrecht besteht und wo die Schranken der expansiven Kraft des öffentlichen Rechts liegen, welche den Kantonen die Kompetenz einräumt, öffentlichrechtliche Vorschriften aufzustellen, die der Handels- und Gewerbefreiheit oder dem BGBM zuwiderlaufen, ist nicht Aufgabe der Wettbewerbskommission. Sie äussert sich ebenfalls nicht zu den Fragen betreffend Obligationenrecht, Mäklervertrag und Konsumkreditgesetz. Das Gutachten behandelt allein die Frage, wie die betreffenden Bestimmungen des Konkordates aus Sicht des BGBM zu beurteilen sind (vgl. jedoch diesbezüglich die Einschränkung gemäss Ziffer 13).

---

<sup>1</sup> Art. 73 Abs. 2 OR lautet: «Dem öffentlichen Rechte bleibt es vorbehalten, Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufzustellen.»



#### **4 Die Anwendbarkeit des Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995**

9. Das BGBM ist am 1. Juli 1996 grundsätzlich in Kraft getreten. Seit dem 1. Juli 1998 ist es vollumfänglich anwendbar.<sup>2</sup> Berechtigte aus dem BGBM sind alle Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Ausländerinnen und Ausländer, welche entweder im Besitz der Niederlassungsbewilligung C sind oder Anspruch auf Erneuerung der Jahresaufenthaltsbewilligung haben. Erfasst werden ebenfalls alle juristischen Personen mit Sitz in der Schweiz.<sup>3</sup>

10. In den sachlichen Geltungsbereich des BGBM fallen alle Erwerbstätigkeiten, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießen (Art. 1 Abs. 3 BGBM).<sup>4</sup> Die auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit der Kreditvermittlung und der Kreditstätigkeit fällt in den Geltungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit und damit in den sachlichen Geltungsbereich des BGBM.

11. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Herkunftsprinzip).

12. Dieses Recht auf Marktzugang aufgrund der Vorschriften des Herkunftsortes gilt nicht absolut. Es kann vom Bestimmungskanton allerdings nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM eingeschränkt werden. Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt sind somit nur zulässig, sofern die Beschränkungen a) gleichermassen auch für Ortsansässige gelten, b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und c) verhältnismässig sind. Ausserdem dürfen sie in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

13. Die betroffene Firma mit Sitz im Kanton Zug ist von einer Vorschrift des Kantons Zug betroffen. Die Firma ist somit ortsansässig und kann sich nicht direkt auf Art. 2 Abs. 1 BGBM berufen. Die Wett-

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994 (Botschaft BGBM), BBl 1995 I 1213, 1261, betreffend natürliche Personen auch BGE 123 I 212, vgl. Paul Richli, Besprechung dieses Urteils in AJP/PJA 11/97, S. 1418.

<sup>4</sup> Botschaft BGBM, BBl 1995 I 1261f.

bewerbskommission wäre damit auch nicht zuständig nach Art. 8 Abs. 2 BGBM. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn es sich um eine ausserkantonale Firma, zum Beispiel mit Sitz in Zürich, handeln würde, welcher die Ausübung einer Tätigkeit im Kanton Zug verboten würde, obwohl dieselbe Tätigkeit im Herkunftskanton Zürich legal wäre. Diesfalls wäre das BGBM wohl anwendbar. Da es ohne weiteres möglich ist, dass in ähnlichen Fällen ausserkantonale Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz betroffen sind, beurteilt die Wettbewerbskommission diesen Sachverhalt, als ob sich um eine ausserkantonale Firma handelte.

14. In der Stellungnahme der Firma wird sinngemäss der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe angesprochen. Es wird geltend gemacht, dass ein Zürcher diese Tätigkeit im Gebiet des Kantons Zug ausüben dürfe, während dies einem Zuger verboten sei. Es widerspreche «sowohl Sinn und Geist des Binnenmarktgesetzes als auch der Rechtsgleichheit, einen Zuger und einen Zürcher . . . anders zu behandeln» (Stellungnahme S. 10f.). Der bei der Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit anwendbare Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe verbietet Massnahmen, «welche den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren . . . beziehungsweise nicht wettbewerbsneutral sind. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.»<sup>5</sup> Gemäss Botschaft «hat der Rechtsanwender bei der Überprüfung der «Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe» auch zu berücksichtigen, dass Anbieterinnen und Anbieter unterschiedlicher Herkunft bei gleichartigen Leistungsangeboten auf schweizerischem Gebiet fortan als direkte Konkurrenten anzusehen sind.»<sup>6</sup>

15. Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, die Regelungen des Kantons Zug in Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe zu untersuchen. Im vorliegenden Fall kann ohnehin darauf verzichtet werden. Die betroffene Massnahme des Kantons Zug kann allgemein unter dem Stichwort des überwiegenden öffentlichen Interesses angefochten werden, wie nachfolgende Ausführungen zeigen. Weitere Abhandlungen bezüglich des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe sind daher in vorliegendem Fall nicht notwendig.

## 5 Frage 1:

**Sind die Art. 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (SR 221.121.1), soweit sie auf die**

---

<sup>5</sup> BGE 121 I 129, E. 3b.

<sup>6</sup> Botschaft BGBM, S. 1266.

## **Vermittlung von Geschäftskrediten Anwendung finden, mit den Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes (SR 943.02) vereinbar?**

### **5.1 Das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957**

16. Das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 ist am 1. Juli 1958 in Kraft getreten. Es enthält Vorschriften im Zusammenhang mit der Vermittlung und Gewährung von Krediten. Das Konkordat ist heute für 9 Kantone verbindlich.<sup>7</sup>

17. Die beiden genannten Bestimmungen lauten:<sup>8</sup>

#### **Art. 2**

Wer Darlehen oder Kredite vermittelt, darf weder vom Kreditnehmer noch vom Borger eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung fordern.

#### **Art. 7**

Es ist untersagt, für ein nicht zustandegekommenes Darlehens- oder Kreditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern.

### **5.2 Das Verbot gemäss Art. 2 des Konkordates im Lichte des BGBM**

18. Gemäss Art. 1 und 2 des Konkordates ist es Kreditvermittlern, die auf dem Gebiet der Konkordatskantone tätig sind,<sup>9</sup> verboten, von den Kreditnehmern oder Borgern eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung zu fordern.

19. Es ist somit Personen mit Sitz oder Niederlassung ausserhalb der Konkordatskantone verboten, im Konkordatsgebiet vom Kreditnehmer eine Entschädigung zu verlangen. Ist dieses Vorgehen nach dem Recht des Ortes des Sitzes oder der Niederlassung erlaubt, so liegt ein Verstoss gegen das Herkunftsprinzip des Art. 2 BGBM vor. Diese Beschränkung des Marktzuganges ist gerechtfertigt, wenn sie den Voraussetzungen des Art. 3 BGBM genügt.

20. Bei der Beurteilung dieser Problematik ist eine Unterscheidung vorzunehmen zwischen Konsumkrediten und Geschäftskrediten, da

---

<sup>7</sup> Bern, Zug, Freiburg, Schaffhausen, Waadt (mit Vorbehalt), Wallis, Neuenburg, Genf, Jura (Nachfolge); SR 221.121.1.

<sup>8</sup> Der Fragenkatalog numeriert die Vorschriften mittels Paragraphen, das Interkantonale Konkordat enthält demgegenüber Artikel. Nachfolgend werden daher Artikel verwendet.

<sup>9</sup> Art. 1 des Konkordates enthält eine Höchstzinsvorschrift und wendet sie auf Personen an, die «auf dem Gebiet der Konkordatskantone» tätig sind.

sich diesbezüglich Unterschiede ergeben in Bezug auf das überwiegende öffentliche Interesse und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

### 5.2.1 Betreffend Konsumkredite

21. Zur Definition des Begriffs «Konsumkredit» kann auf die Bundesgesetzgebung sowie kantonale Erlasse zurückgegriffen werden. Gemäss Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG) sind als Konsumkredite zu bezeichnen Kredite «in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe», die «zu einem Zweck» abgeschlossen werden, der nicht der «beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.»<sup>10</sup> Es handelt sich somit um Kredite, die für private Zwecke des Konsumenten, für den Erwerb von Konsumgütern, bestimmt sind.<sup>11</sup>

22. Eine Einschränkung des Begriffs «Konsumkredit» ist in zweifacher Hinsicht vorzunehmen. Zum einen sieht das KKG in Art. 6 in 3 Absätzen und acht Buchstaben Einschränkungen des Geltungsbereichs vor. So gilt das KKG zum Beispiel nicht für folgende Kredite: Kredite im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Beibehaltung von Eigentumsrechten an Grundstücken (Bst. a); Kredite auf weniger als 350 Franken oder mehr als 40'000 Franken (Bst. f); Kredite mit Laufzeit unter 3 Monaten oder über nicht mehr als vier Raten innerhalb von 12 Monaten (Bst. g); etc.

23. Zum andern sollen gemäss Art. 3a des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG nur jene Kreditvermittlerinnen unter das revidierte Gesetz fallen, welche die Kreditvermittlung zu «beruflichen oder gewerblichen Zwecken» betreiben. Gemäss Begleitbericht sollen nur jene Kreditvermittlerinnen erfasst werden, welche «mit einer gewissen Regelmässigkeit und gegen Entgelt Konsumentinnen und Konsumenten an Kreditgeberinnen vermitteln.»<sup>12</sup>

24. Die Ausnahmeregelung gemäss Art. 6 KKG ist komplex und die Bestimmung bezüglich der in den Geltungsbereich des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG fallenden Kreditvermittlerinnen ist interpretationsbedürftig. Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, wollte man an dieser Stelle den Begriff der Kreditvermittlung zu «beruflichen oder gewerblichen Zwecken» definieren oder

---

<sup>10</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG), SR 221.214.1.

<sup>11</sup> Vgl. BGE 119 IA 59, § 213 des Einführungsgesetzes des Kantons Zürich zum Zivilgesetzbuch zitierend, und BGE 120 I 286, Art. 15 des Gesetzes des Kantons Bern über Handel und Gewerbe zitierend.

<sup>12</sup> Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht von 1997 zum Vorentwurf über eine Änderung des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (Begleitbericht), S. 24.

auf jede Variante eines Konsumkredites eingehen. Die Aussagen der Wettbewerbskommission zu Konsumkrediten beziehen sich daher allgemein auf Kredite, die in den Geltungsbereich des KKG und des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG fallen. Dies entspricht im übrigen auch dem Sachverhalt des vor der Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Falles.

#### **5.2.1.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)**

25. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM schreibt vor, dass Marktzugangsbeschränkungen keinen Unterschied machen dürfen zwischen ortsansässigen und ortsfremden Personen.

26. Art. 2 des Konkordates trifft alle im Geltungsbereich des Konkordates tätigen Personen in gleicher Weise. Es wird keine Unterscheidung getroffen zwischen Ortsansässigen und Ortsfremden. Diese Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM ist somit erfüllt.

#### **5.2.1.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)**

27. In vorliegendem Fall sind insbesondere sozialpolitische Ziele relevant (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Das Verbot von Art. 2 des Konkordates hat offensichtlich den Schutz der Kreditnehmer und Borger zum Gegenstand. Der Schutz der Konsumenten vor übermässiger Verschuldung ist als sozialpolitisches Ziel anerkannt und widerspiegelt sich im Konkordat sowie in kantonalen Erlassen, die vom Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren bestätigt worden sind. Zu nennen sind ebenfalls das Bundesgesetz über den Konsumkredit und die aktuellen Bestrebungen zur Revision desselben.

28. Das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG) ist am 1. April 1994 in Kraft getreten. Gegenwärtig ist im Bundesamt für Justiz eine Änderung des KKG in Bearbeitung. Zweck der Vorlage ist unter anderem die Verbesserung des Schutzes der Konsumentinnen und Konsumenten. Ferner soll damit erreicht werden, dass die Vergabe von Konsumkrediten gesamtschweizerisch nach gleichen Grundsätzen erfolgen soll. Letztere Möglichkeit war nicht mehr gegeben, nachdem einzelne Kantone (z. Bsp. Bern, Neuenburg, Zürich) eigene Bestimmungen erlassen hatten und diese kantonalen Regelungen vom Bundesgericht als verfassungskonform bezeichnet worden waren.<sup>13</sup> Das Bundesgericht hat im Urteil 120 IA 286, welches die Vorschriften über Konsumkredite des Gesetzes des Kantons Bern über Handel und Gewerbe zum Gegenstand hatte, festgestellt, dass es einem «anerkannten sozialpolitischen Interesse [entspricht], einer übermässigen Verschuldung breiter Bevölkerungskreise durch die

---

<sup>13</sup> BGE 120 IA 299ff., 120 IA 286 ff., 119 IA 59 ff.; Begleitbericht, S. 4, 24.

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigende Konsumkredite entgegenzuwirken.<sup>14</sup>

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

29. Die Beschränkung hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu respektieren. Die Massnahmen müssen mit Blick auf den angestrebten Zweck allgemein 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 schwer wiegen.<sup>15</sup> Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM sind Beschränkungen zudem 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.

30. Das Verbot, von kreditnehmenden Konsumentinnen und Konsumenten für die Vermittlung eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung zu fordern, ist als verhältnismässige Massnahme einzustufen. Das genannte Verbot betrifft den Aspekt, wie die Kreditvermittlung organisiert wird, und nicht die Kreditvergabe selber. Es ist dem Kreditvermittler unbenommen, mit dem kreditgebenden Institut abzusprechen, dass für die Vermittlung eines Konsumkredites eine Provision ausgerichtet wird. Dieser Regelung entspricht im übrigen das baselstädtische Konsumkreditgesetz<sup>16</sup> sowie Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Bern über Handel und Gewerbe.<sup>17</sup>

31. Dieselbe Regelung ist in Art. 17a Abs. 1 des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG enthalten.<sup>18</sup> Im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf hat diese Vorschrift seitens der Kantone (BE, BS, FR,

---

<sup>14</sup> 120 IA 286, E.4b, mit Verweis auf 119 IA 59 E. 5f/6b.

<sup>15</sup> BGE 121 I 129 E.3b, mit Verweisen. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rn. 486 ff.

<sup>16</sup> Bundesamt für Justiz, Hauptabteilung Privatrecht, Abteilung Gesetzgebungsprojekte, Ergebnis vom Juni 1998 des Vernehmlassungsverfahrens über die Änderung des BG vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit, Zusammenstellung Vernehmlassungsantworten (provisorisch) (Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens), S. 189f..

<sup>17</sup> Zitiert in BGE 120 IA 286. Gemäss Art. 17 Abs. 2 dürfen die Kosten «nicht bei den Kreditnehmenden erhoben werden.»

<sup>18</sup> Gemäss Art. 17a Abs. 1 des Vorentwurfs schuldet die Konsumentin der Kreditvermittlerin für die Vermittlung eines Konsumkredites keine Entschädigung. Gemäss Begleitbericht steht hinter dieser Lösung «die Überlegung, dass die Kreditvermittlerin für ihre Aufwendungen von der Kreditgeberin zu entschädigen ist» (S. 38).

SO, ZG), Verbände und sonstigen interessierten Organisationen volle Unterstützung erhalten.

32. Aus diesen Bemerkungen folgt auch, dass in den Kantonen ohne solche Beschränkung bezüglich Kreditvermittlung nicht dasselbe Schutzniveau für kreditsuchende Konsumentinnen und Konsumenten erreicht wird, welches in Kantonen mit Beschränkung angestrebt wird. Diese Regelung ist somit für Konsumkredite auch aus Sicht von Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM nicht zu beanstanden.

#### **5.2.1.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)**

33. Die Beschränkung, dass Kreditvermittler von kreditnehmenden Personen für die Vermittlung keine Entschädigung oder Kostenrückerstattung verlangen dürfen, ist offensichtlich auch nicht als verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen zu interpretieren. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist ebenfalls gewahrt.

#### **5.2.1.5 Zwischenergebnis betreffend Konsumkredite**

34. Das in Art. 2 des interkantonalen Konkordates enthaltene Verbot für Kreditvermittler, von den Kreditnehmern oder Borgern für die Vermittlung von Konsumkrediten eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung zu fordern, widerspricht dem BGBM nicht.

#### **5.2.2 Geschäftskredite**

35. Aus der Definition der Konsumkredite ist zu folgern, dass als Geschäftskredite diejenigen Kredite zu bezeichnen sind, die zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken getätigt werden. Die Abgrenzung der Geschäftskredite von andern Krediten kann nicht in jedem Detail dargestellt werden, so dass sich die Aussagen der Wettbewerbskommission auf jene Fälle der Kreditvermittlung beziehen, in denen keine weiteren aussergewöhnlichen Umstände zu berücksichtigen sind. Die Aussagen der Wettbewerbskommission beziehen sich auf Sachverhalte ähnlich demjenigen des vor der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Falles.

##### **5.2.2.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)**

36. Es gilt diesbezüglich das zu den Konsumkrediten Gesagte. Art. 2 des Konkordates enthält in bezug auf die Vermittlung von Geschäftskrediten keine Unterscheidung zwischen Ortansässigen und Ortsfremden. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM ist gewahrt.

##### **5.2.2.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)**

37. Die Ausführungen zum Konsum-Kredit zeigen deutlich, dass ein Unterschied zu machen ist zwischen Konsum- und Geschäftskrediten. In Bezug auf Geschäftskredite beurteilt die Wettbewerbskommission

das öffentliche Interesse am Verbot der Entschädigungspflicht der kreditnehmenden Person anders als bezüglich des Konsumkredites. Das KKG, der Vorentwurf über eine Änderung desselben wie auch die genannten kantonalen Gesetze regeln allein den Konsumkredit. Bezüglich des Geschäftskredites enthalten die genannten Erlasse keine Vorschriften.

38. Mit dem Bundesgericht ist davon auszugehen, dass bei Geschäftskrediten das Bedürfnis des sozialen Schutzes nicht in dem Ausmass gegeben ist, wie dies bei den Konsumkrediten der Fall ist.<sup>19</sup> Kredite, die im Zusammenhang mit einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit aufgenommen werden, sind Teil einer breiteren Geschäftstätigkeit. Die Gefahr der Verschuldung breiter Bevölkerungskreise ist hier nicht gegeben. Vielmehr ist den Gewerbetreibenden zuzumuten, dass sie allfällige Entschädigungen für die Kreditvermittlung in ihre Kalkulationen und in die Geschäftsplanung einbeziehen.

39. Der Kreditvermittlung im Geschäftsverkehr haftet der Aspekt des Risikos der Verschuldung breiter Bevölkerungskreise nicht an. Bei Geschäftskrediten kann vielmehr die Dienstleistung der Kreditvermittlung als selbständiger Aspekt im Vordergrund stehen. Entsprechend kann sie mit einer Gegenleistung durch den Kreditnehmer verbunden sein. Ausserdem ist es den kreditnehmenden Personen unbenommen, für Geschäftskredite direkten Kontakt mit der Kreditgeberin aufzunehmen, um die allfälligen Kosten der Vermittlung zu sparen.

40. Die Wettbewerbskommission ist daher der Meinung, dass ein öffentliches Interesse sozialpolitischer Natur für das Verbot von Art. 2 des Konkordates bei Geschäftskrediten nicht gegeben ist. Art. 2 des Konkordates ist in Bezug auf Geschäftskredite daher mit Art. 3 Abs. 2 BGBM nicht kompatibel.

41. Wie in Ziffer 8 ausgeführt, ist damit nicht zugleich gesagt, dass es den Kantonen an einer Kompetenz zur Gesetzgebung in diesem Bereich fehlt. Diese Frage ist Gegenstand der Interpretation von Art. 73 Abs. 2 OR in Verbindung mit andern einschlägigen Normen des Verfassungs- und des Bundesrechts.

### **5.2.2.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)**

42. Da das Verbot des Art. 2 des Konkordates in Bezug auf Geschäftskredite nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, braucht die Verhältnismässigkeit der Beschränkung nicht weiter geprüft zu werden.

---

<sup>19</sup> BGE 119 IA 59, E. 7.



#### **5.2.2.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)**

43. Es gilt das zu den Konsumkrediten Ausgeführte.

#### **5.2.2.5 Zwischenergebnis betreffend Geschäftskredite**

44. Art. 2 des Konkordates ist bezüglich der Vermittlung von Geschäftskrediten mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 Bst. d BGBM) nicht kompatibel.

### **5.3 Das Verbot gemäss Art. 7 des Konkordates im Lichte des BGBM**

45. Gemäss Art. 7 des Konkordates ist es «untersagt, für ein nicht zustandegekommenes Darlehens- oder Kreditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern.» Aufwendungen, die im Hinblick auf den Abschluss eines Kreditvertrages gemacht werden, sind dabei als Teil der Kosten, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag anfallen, zu verstehen.

#### **5.3.1 Betreffend Konsumkredite**

##### **5.3.1.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)**

46. Art. 7 des Konkordates enthält keine Unterscheidung zwischen Ortsansässigen und Ortsfremden und genügt damit der Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM.

##### **5.3.1.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)**

47. Bezüglich des öffentlichen Interesses in Bezug auf Konsumkredite kann auf die Ausführung zu Art. 2 verwiesen werden. Das Vorhandensein eines überwiegenden öffentlichen Interesses ist zu bejahen.

##### **5.3.1.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)**

48. Das Verbot von Art. 7 des Konkordates ist allgemein formuliert und betrifft die Kreditvermittlerin wie auch die Kreditgeberin. Ist es verhältnismässig, dass die Konsumentin der Kreditvermittlerin für die Vermittlung keine Entschädigung schuldet, so ist es umso mehr verhältnismässig, dass für eine erfolglose Vermittlung keine Entschädigung geschuldet ist. Für Entschädigungen betreffend Konsumkredite soll sich die Kreditvermittlerin allein an die Kreditgeberin halten.

49. Im vor der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Fall stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit des Entschädigungsverbotens bei Konsumkrediten in Bezug auf die Kreditgeberin nicht. Es ist der Wettbewerbskommission nicht bekannt, inwiefern ein Interesse der Kreditgeberinnen selber diesbezüglich überhaupt vorhanden

ist. Jedoch kann die Verhältnismässigkeit des Entschädigungsverbotes für Konsumkredite auch bezüglich der Kreditgeberin angenommen werden. Kann die Kreditgeberin für erfolglose Konsumkreditverhandlungen keine Entschädigung verlangen, so wird sie bei der Abklärung betreffend neue Konsumkredite entsprechende Vorsicht walten lassen und Zurückhaltung üben. Andererseits erwachsen den Konsumentinnen und Konsumenten keine zusätzlichen Kosten im Zusammenhang mit Konsumkrediten, die nicht gewährt werden können.

50. In diesem Sinne könnte auch die Regelung im KKG und dem Vorentwurf über eine Änderung des KKG ausgelegt werden. Gemäss Art. 4 KKG gelten als Gesamtkosten des Kredits «sämtliche Kosten, einschliesslich der Zinsen und sonstigen Kosten, welche die Konsumentin oder der Konsument für den Kredit zu bezahlen hat.» Aufwendungen, die im Hinblick auf einen Konsumkredit getätigt werden, würden bei dieser Interpretation ebenfalls unter diese Bestimmung fallen. Wird kein Konsumkreditvertrag abgeschlossen, könnten auch keine Kosten geltend gemacht werden.

51. Bezüglich der Kreditvermittlung schreibt Art. 17a Abs. 1 des Vorentwurfs vor, dass die Konsumentin oder der Konsument der Kreditvermittlerin für die Vermittlung eines Konsumkredites keine Entschädigung schulde. Zudem bilden gemäss Abs. 2 die Kosten der Kreditgeberin für die Kreditvermittlung Teil der Gesamtkosten des Kredits und dürfen der Konsumentin nicht gesondert in Rechnung gestellt werden. Kommt kein Konsumkredit zustande, kann auch für die erfolglose Vermittlung keine Entschädigung verlangt werden.<sup>20</sup> Es bleibt anzufügen, dass Art. 17a des Vorentwurfs im Vernehmlassungsverfahren von den sich äussernden Kantonen, Verbänden und sonstigen interessierten Organisationen begrüsst worden ist.<sup>21</sup>

#### **5.3.1.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)**

52. Das Verbot, bei erfolgloser Konsumkreditverhandlung oder -vermittlung eine Entschädigung zu verlangen, ist nicht als verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen zu werten. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist gewahrt.

#### **5.3.1.5 Zwischenergebnis betreffend Konsumkredite**

53. Art. 7 des Konkordates ist bezüglich Konsumkredite als mit dem BGBM vereinbar einzustufen.

---

<sup>20</sup> Vgl. Begleitbericht Vorentwurf Art. 17a.

<sup>21</sup> Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 189f.

### **5.3.2 Betreffend Geschäftskredite**

#### **5.3.2.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)**

54. Die Regelung in Art. 7 des Konkordates ist auch in bezug auf Geschäftskredite unterschiedslos. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM wird respektiert.

#### **5.3.2.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)**

55. Wie bereits dargestellt, ist das Bedürfnis des sozialen Schutzes bei Geschäftskrediten nicht gegeben. Kreditgeber und Kreditvermittler können hier aus Sicht des BGBM mit Kreditnehmerinnen und -nehmern Abmachungen betreffend Entschädigungen treffen. Die Dienstleistung der Vermittlung von Krediten kann im Geschäftsverkehr einen selbständigen Aspekt haben. Der gewerbetreibenden Person ist zuzumuten, den Aufwand für die Vermittlung der Geldmittel abzuschätzen und in ihre Kalkulationen einzubeziehen oder die Kreditgeberin selber zu kontaktieren.

#### **5.3.2.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)**

56. Da das Verbot von Art. 7 des Konkordates in Bezug auf Geschäftskredite nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, erübrigt sich die Prüfung der Verhältnismässigkeit.

#### **5.3.2.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)**

57. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist wie bereits dargestellt gewahrt.

#### **5.3.2.5 Zwischenergebnis betreffend Geschäftskredite**

58. Art. 7 des Konkordates ist in Bezug auf Geschäftskredite mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 Bst. d BGBM) nicht kompatibel.

### **6 Frage 2:**

**Wie ist das Verbot der Entschädigung für die Kreditvermittlung gemäss Art. 2 und 7 des Konkordats wettbewerbsrechtlich zu beurteilen?**

59. Die Wettbewerbskommission hat Zuständigkeiten betreffend Binnenmarkt- und Kartellgesetz. Sie äussert sich daher nicht zu anderen Erlassen wie dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen

den unlauteren Wettbewerb (UWG)<sup>22</sup> oder dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985.<sup>23</sup>

60. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG)<sup>24</sup> bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und den Wettbewerb zu fördern (Art. 1 KG). Es ist darauf gerichtet, den wirksamen Wettbewerb auf den Märkten für Waren und Dienstleistungen vor Beeinträchtigung oder Beseitigung durch private Abreden oder durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen. Die Zusammenschlusskontrolle als dritter Pfeiler bezweckt die Verhinderung des Entstehens von wettbewerbsschädlicher Marktherrschaft durch strukturelle Vorkehrungen.

61. In vorliegendem Fall ist das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren nicht anwendbar, da es sich bei den Art. 2 und 7 des Konkordates um öffentlichrechtliche Vorschriften handelt, die vom Geltungsbereich des KG ausgenommen sind (Art. 3 KG). Die Wettbewerbskommission ist der Meinung, dass die zwei beanstandeten Vorschriften keine erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse haben. Sie verzichtet daher auf weitere Bemerkungen aus Sicht des KG und insbesondere auf Empfehlungen gemäss Art. 45 KG.

#### **7 Frage 4:**

**Wie sind die Art. 2 und 7 des Konkordats im Lichte der Handels- und Gewerbefreiheit zu beurteilen? Besteht insbesondere ein öffentliches Interesse am Verbot bzw. einer Beschränkung der Entschädigung für die Vermittlung von Krediten?**

62. Es kann an dieser Stelle auf die Bemerkungen zu Frage 1 und das überwiegende öffentliche Interesse verwiesen werden. Weitere Bemerkungen erübrigen sich.

#### **8 Frage 5:**

**Geben weitere Bestimmungen des Konkordates im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarktgesetz, [ . . . ] und der Handels- und Gewerbefreiheit zu Bemerkungen Anlass?**

63. Die Wettbewerbskommission verzichtet darauf, auf jede einzelne Bestimmung des Konkordates einzugehen. Im Sinne eines Überblicks ist darauf hinzuweisen, dass die übrigen Bestimmungen des Konkordates im grossen und ganzen den grundsätzlichen Anliegen des

---

<sup>22</sup> SR 241.

<sup>23</sup> SR 942.20.

<sup>24</sup> SR 251.

Höchstzinses, der Transparenz und der Durchsetzung der Bestimmungen mittels Strafbestimmungen dienen.

64. Aus Sicht des BGBM ist festzustellen, dass alle diese Vorschriften unterschiedslos formuliert sind und kein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Angesichts der Bestrebungen bezüglich der Änderung des Konsumkreditgesetzes und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geben sie zu keinen weiteren Bemerkungen bezüglich des Binnenmarktgesetzes oder der Handels- und Gewerbefreiheit Anlass.

## **9 Frage 6:**

### **Haben Sie weitere Bemerkungen?**

65. Die Wettbewerbskommission verzichtet auf weitere Bemerkungen.

## **10 Schlussfolgerungen**

66. Das Interkantonale Konkordat stützt sich auf Art. 31 Abs. 2 BV und den öffentlichrechtlichen Vorbehalt von Art. 73 Abs. 2 OR. Es ist nicht Aufgabe der Wettbewerbskommission zu beurteilen, inwiefern und in welchem Ausmass Art. 73 Abs. 2 OR den Kantonen eine Kompetenz zur Gesetzgebung einräumt. Sie äussert sich zu den Art. 2 und 7 des Konkordates daher allein aus Sicht des BGBM und des KG.

67. Art. 2 des Konkordates verbietet es der Kreditvermittlerin, von der Kreditnehmerin eine Entschädigung für die Vermittlung zu verlangen. Dieses Verbot ist aus Sicht des BGBM nicht zu beanstanden, soweit es die Vermittlung von Konsumkrediten betrifft. In diesen Fällen rechtfertigt das sozialpolitische öffentliche Interesse am Schutz breiter Bevölkerungskreise vor einer übermässigen Verschuldung diese Beschränkung. Die Massnahme ist mit Blick auf das Ziel verhältnismässig.

68. Soweit Art. 2 des Konkordates die Vermittlung von Geschäftskrediten betrifft, fehlt ein sozialpolitisches Interesse an einer derartigen Beschränkung.

69. Art. 7 des Konkordates untersagt es, für ein nichtzustandekommenes Darlehens- oder Kreditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern. Die Sachlage verhält sich hier gleich wie bezüglich des Verbotes von Art. 2. Bei Konsumkrediten ist diese Beschränkung gerechtfertigt. Handelt es sich um Geschäftskredite, fehlt einem derartigen Verbot das rechtfertigende öffentliche Interesse. Diese Feststellungen betreffen Entschädigungen für Kreditvermittlerinnen wie auch für Kreditgeberinnen.

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

B 3

**1. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF**

*Beschwerdeentscheid vom 12. November 1998 in Sachen X AG, Bern (Beschwerde vom 2. Februar 1998), gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 15. Dezember 1997) betreffend Unzulässige Verhaltensweise*

A. (...)

Auf Grund einer Meldung der Y AG führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) ab November 1996 eine Nachkontrolle zur Klärung der Frage durch, inwieweit die von den X im Jahre 1994 angenommenen Empfehlungen betreffend die Aufhebung von Verbots- und Vorzugsklauseln in ihren Verträgen mit „X-Fachhändlern“ verwirklicht worden seien. In seinem Bericht vom 25. April 1997 kam das Sekretariat zum Schluss, dass den Empfehlungen zwar Folge geleistet werde. Indessen bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die X auf dem Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen gewisse Handelspartner bei der Gewährung von Jahresprämien diskriminiere und damit den Wettbewerb auf diesem Markt in unzulässiger Weise einschränke.

Am 30. April 1997 teilte das Sekretariat der X die Eröffnung einer Untersuchung mit. (...) Am 13. Mai 1997 erfolgte die amtliche Bekanntmachung der Untersuchung im Bundesblatt.

Am 15. Dezember 1997 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit dem folgenden Dispositiv:

„1. Die von X praktizierte Jahresprämieinstufung gemäss Fachhändlervertrag (...) stellt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b und e KG dar und ist daher zu unterlassen

2. ...“

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, die X gewähre den betroffenen Fachhändlern aufgrund des Fachhändlervertrages je nach Einteilung (Kategorie A, B oder C) einen Treuerabatt in Form einer Jahresprämie von 5 % (Kat. A), 3 % (Kat. B) oder 2 % (Kat. C) des Umsatzes, welcher mit Teilnehmeranlagen von X erzielt wird. Einteilungskriterien seien: „Loyalität, Qualität der Arbeit, regionale Integration und Verhalten zu X“, wobei für eine Einteilung als „Typ A-Händler“ ein Umsatz von mindestens Fr. 250'000.-

erforderlich sei. Einige Fachhändler hätten angesichts ihres mit X im Jahre 1996 erzielten Umsatzes um eine Höhereinstufung von der Kategorie B in die Kategorie A gebeten. Dies sei in vier Fällen gewährt worden, so dass gegenwärtig kein Fachhändler mehr tiefer eingestuft sei, als dies in Bezug auf den Umsatz gerechtfertigt wäre. Des Weiteren hätten die Y AG sowie verschiedene Fachhändler glaubhaft berichtet, dass die X wiederholt ihre Monopolstellung als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen dazu verwendet habe, Elektroinstallateure auf den Wettbewerbsmärkten unter Druck zu setzen, Teilnehmeranlagen bei ihr zu beziehen. Andernfalls hätten diese riskiert, beispielsweise bei der Vergabe von grossen Aufträgen durch die X nicht berücksichtigt zu werden. Ferner habe sich die Y AG beklagt, nur erschwerten Zugang zu Informationen betreffend Ausbaustandard von Amtszentralen zu haben sowie über Neuerungen und Kursangebote verspätet orientiert worden zu sein. Auch würden Netzanschlussmeldungen von der X vertragswidrig zugunsten des Wettbewerbsbereiches ausgewertet.

Auf dem relevanten Markt, welcher den Vertriebsmarkt für Teilnehmeranlagen im geografischen Zuständigkeitsbereich der X (Zürich) umfasse, sei die X angesichts der aktuellen und potenziellen Konkurrenz wie auch der Stellung der Marktgegenseite marktbeherrschend.

Im Zusammenhang mit der Frage der aktuellen Konkurrenz hätten zwar weder die Beteiligten noch die betroffenen Dritte einschlägige Marktanteilsdaten angeben können. Aufgrund der grossen Heterogenität des Endgerätemarktes seien diesbezüglich verlässliche Werte nur für den gesamtschweizerischen Vertriebsmarkt von Teilnehmervermittlungsanlagen verfügbar. Diese Daten könnten indessen als Orientierungshilfe herangezogen werden.

Die X sei daher in Bezug auf Marktanteile in jedem Fall führend, auch wenn diese rückläufig seien.

Im Zusammenhang mit dem potenziellen Wettbewerb seien die institutionellen Marktzutrittschranken mit dem neuen Fernmeldegesetz zwar tiefer geworden. Hingegen blieben strategische Marktzutrittschranken weiterhin erkennbar, wie „z. B. Preis- und/oder Kapazitätsstrategien, welche bei Marktzutrittswilligen die Erwartung schaffen sollen, dass im Falle eines Marktzutrittes heftige Reaktionen der im Markt eingesessener Unternehmen erfolgen“ werden. Die von der X praktizierten Verhaltensweisen zur Bindung von Kunden seien durchaus geeignet, Zutritte auf dem Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen zu erschweren. Die Branche rechne daher erst mittel- bis langfristig mit Zutritten einiger amerikanischer und fernöstlicher Anbieter.

Mit Bezug auf die Stellung der Marktgegenseite sei zu berücksichtigen, dass die Elektroinstallationsfirmen in der Regel Geschäftsbeziehungen zur X sowohl im Monopol- als auch im Wettbewerbsbereich unterhielten und daher auf den Wettbewerbsmärkten gleichzeitig in

Konkurrenz zu ihr stünden. Einige von der X in der Vergangenheit auf Wettbewerbsmärkten praktizierte Verhaltensweisen seien geeignet, Elektroinstallateure unter Druck zu setzen, Teilnehmeranlagen bei ihr zu beziehen und sie vom Kauf bei Konkurrenten abzuhalten. Damit gelinge es der X, sich in ausreichendem Masse unabhängig von ihren Konkurrenten und von der Marktgegenseite zu verhalten und insofern eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen.

Die von der X praktizierte Jahresprämieeinstufung und darauf gründende Gewährung von Treuerabatten erfülle den Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens. Der Umstand, dass ausschliesslich Fachhändler tiefer eingestuft worden seien, welche zugleich bei der Y AG beziehen, lege den Schluss nahe, dass die betreffenden Händler angehalten werden sollten, nur bei der X zu beziehen. Im Weiteren zwingt die X die Fachhändler, welche die maximale Jahresprämie erhalten wollten, die ganze Produktlinie von der X im Bereiche Teilnehmeranlagen zu vermarkten („full-line forcing“), obschon dies sachlich nicht notwendig sei und die Geräte von anderen Quellen bezogen werden könnten. Damit werde der Marktgegenseite der Zugang zu den Konkurrenten der X erschwert. Gleichzeitig würden die Fachhändler ohne sachliche Rechtfertigung eingeteilt in solche mit und in solche ohne Aussenseiterbezüge, was einer Diskriminierung in den Geschäftsbedingungen gleichkomme. Ferner entbehre die tiefere Einstufung derjenigen Fachhändler, die zugleich Produkte der Y AG beziehen, einer objektiven Grundlage, da das Verhalten der betroffenen Fachhändler in Bezug auf „Loyalität, Qualität der Arbeit, lokale Integration und ihr Verhalten gegenüber der X“ keine ungleiche Behandlung rechtfertige.

B. Gegen diese Verfügung erhob die X AG (Beschwerdeführerin), vertreten durch (...), am 2. Februar 1998 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Darin stellt sie folgende Anträge:

- „1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben;
2. Die der angefochtenen Verfügung zugrundeliegende Untersuchung sei einzustellen;
3. **Eventualiter**, nämlich für den Fall, dass die Rekurskommission die Untersuchung nicht einstellt, sei die Sache zur Ergänzung des Verfahrens zurückzuweisen, und es sei die Vorinstanz anzuweisen, die Untersuchung im Sinne der Erwägungen zu ergänzen und abzuschliessen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Bundes (Vorinstanz).“

Zudem stellte die Beschwerdeführerin folgende „Verfahrensanträge“:



- „1. Die Vorinstanz sei für den Fall, dass die Sache zur Neubeurteilung zurückgewiesen wird, anzuweisen, in der Untersuchung über bestrittene Tatsachen rechtmässig Beweis zu erheben;
2. Die Beschwerdeführerin sei über den wesentlichen Inhalt vertraulicher Aktenstücke und Zeugenaussagen, auf welche abgestellt wird, zu informieren, und ihr sei Gelegenheit zu geben, sich zu solchen vertraulichen Beweisen zu äussern.
3. Die Vorinstanz sei anzuweisen, in ihrer allfälligen erneuten Verfügung die von ihr vorgenommene Beweiswürdigung so zu begründen, dass die Begründung unter Bezugnahme auf die Akten und das Verfahrensprotokoll nachvollziehbar ist;“

(...)

Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass mit der angefochtenen Verfügung im Ergebnis der „X I. (und keineswegs irgendwelche Zwänge!)“ verboten werden sollen, welche diese für eine nachhaltige Unterstützung ihres Marktauftrittes durch den Fachhandel geschaffen habe. Dazu führt sie aus, die betroffenen rund 600 Fachhändler eigneten sich in unterschiedlichem Masse für eine aktive Marktbearbeitung und seien daher von der X nach Marketinggesichtspunkten in drei Kategorien (A, B und C) eingeteilt worden. Massgeblich dafür sei die Eignung und Bereitschaft der Fachhändler zur aktiven und erfolgreichen Marktbearbeitung für die X gewesen. Die X fühle sich daher zu einer besonders aktiven Förderung der Fachhändler des Typs A am meisten verpflichtet. Demgegenüber würden sich Fachhändler des Typs C lediglich als „reine Umsatzträger“ ohne oder mit bloss untergeordneten Marketingaktivitäten (und entsprechenden Marketingkosten) zugunsten der X qualifizieren. Heute würden die Fachhändler durch die X mit einem Zusatzbonus nach Massgabe ihrer Umsätze mit Teilnehmervermittlungsanlagen (...) prämiert (Typ A: 5 %, Typ B: 3 %, Typ C: 2 %). Die Prämienunterschiede seien „als Ausgleich für unterschiedlich hohe Marketingaufwendungen (sachlich, personell und finanziell) bei der Vertriebsunterstützung für die X“ gerechtfertigt und belohnt jene, welche bereit seien, für ein aktives Marketing für die X ein Mehr an Aufwand und Kosten aufzubringen. Daher könne es vorkommen, dass sich ein Fachhändler trotz erreichter Umsatzschwelle von Fr. 250'000.- auf Grund der übrigen Einteilungskriterien und im Vergleich zu den Marketingaktivitäten (und der dafür in Kauf genommenen Kosten) anderer Fachhändler des Typs A lediglich für die Kategorie B qualifiziere. Indessen habe auf Druck der betroffenen Fachhändler die X auch in solchen Fällen für das Geschäftsjahr 1996 die volle Jahresprämie von 5 Prozent auf den erzielten Umsätzen gewährt.

In erster Linie rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig festge-

stellt. Als räumlich relevanten Markt habe diese den geografischen Zuständigkeitsbereich der X genommen, jedoch nicht berücksichtigt, dass - nicht der Nachfragemarkt der Fachhändler - sondern deren Absatzmarkt massgeblich sei. Daher umfasse der örtlich relevante Markt die Grossagglomeration Zürich unter Einschluss von Grenzgebieten zu benachbarten Kantonen. Im Weiteren habe die Vorinstanz zur Frage der marktbeherrschenden Stellung unhaltbare Mutmassungen über die Marktanteile der Beschwerdeführerin angestellt und allein auf die von der Y AG eingereichten Markterhebungen von „D. für das Jahr 1997“ abgestellt. Damit habe sie es unterlassen, die von ihr als relevant erachteten Marktanteile tatsächlich festzustellen. Hinzu komme, dass sich die herangezogenen Marktdaten lediglich auf Teilnehmervermittlungsanlagen beziehen würden und alle anderen Endgeräte unberücksichtigt liessen. Ferner seien die Daten von D. nach Herstellern und nicht nach Vertriebskanälen erhoben worden, weshalb sich die entsprechenden Daten nicht mit Marktanteilen der Beschwerdeführerin gleichsetzen liessen. Schliesslich handle es sich um gesamtschweizerische Marktdaten ohne Aussagekraft hinsichtlich des hier massgeblichen örtlich relevanten Marktes. Denn strukturell bedingt herrsche auf dem Markt der Grossagglomeration Zürich wesentlich mehr Angebotswettbewerb. Die Marktanteile der Beschwerdeführerin betrügen selbst für den oberen Portbereich auf dem geografisch relevanten Markt nicht über 50 Prozent und in den übrigen Teilmärkten weit unter 50 Prozent.

Im Zusammenhang mit der Begründung der Marktbeherrschung habe es die Wettbewerbskommission unterlassen, sich mit den angeblichen strategischen und strukturellen Marktzutrittsschranken („Preis- und/oder Kapazitätsstrategien“) auseinander zu setzen. Die von der Vorinstanz gerügten, angeblichen Verhalten der Beschwerdeführerin seien beweismässig nicht erstellt und für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung irrelevant. Es werde nicht berücksichtigt, dass sich die gerügten, unbewiesenen Verhaltensweisen „aufgrund der Regulierung der relevanten Marktstruktur“ als widerrechtlich erweisen würden, weshalb die Marktregulierung selbst das Korrektiv biete. Des Weiteren habe es die Vorinstanz unterlassen, die unbestrittene Tatsache in ihre Überlegungen miteinzubeziehen, dass die Beschwerdeführerin seit der Liberalisierung des Endgerätemarktes (1992) laufend Marktanteile verliere. Diese kontinuierlichen Marktanteilsverluste sprächen gegen eine marktbeherrschende Stellung.

Da nach Fachhändlervertrag die Fachhändler Konkurrenzprodukte vertreiben dürften, sei unerfindlich, wie die Vorinstanz den Schluss ziehen konnte, die X AG missbrauche die Prämieinstufung als systematisches Druckmittel gegen Fachhändler, welche Wettbewerbssortimente führen. Jahresprämien seien schon im Ansatz nicht geeignet, den Vertrieb von Konkurrenzsortimenten oder die Sortimentepolitik der betroffenen Fachhändler wirksam zu steuern. Zwar treffe es zu,

dass die betroffenen fünf Fachhändler durchwegs Mitglieder der Y AG seien. Diese hätten sich aber mit ihrem Marktauftritt und ihrer Bevorzugung von Konkurrenzsortimenten nicht als A-Fachhändler qualifiziert. Eine Einstufung als „A-Fachhändler“ verlange von grossen Unternehmen mit guten Gründen eine Unterstützung des Vollsortimentes.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, das vorinstanzliche Verfahren sei nicht rechtsstaatlich durchgeführt worden. Die Vorinstanz habe es unterlassen, zur Feststellung des bestrittenen Sachverhaltes auf die Akten und die betroffenen Beweisstücke Bezug zu nehmen und ihre Beweiswürdigung plausibel und nachvollziehbar darzulegen. Besonders schwer wiege, dass der Beschwerdeführerin weder die Eingaben der Y AG samt entsprechenden Beilagen, noch irgendwelche Einvernahmeprotokolle und andere Beweisstücke je zur Stellungnahme unterbreitet worden seien. Auch habe die Vorinstanz ihr nie vom Inhalt geheimer Beweisstücke Kenntnis gegeben und sie nicht zur Stellungnahme aufgefordert. Den Bezug zu den Akten könne sie erst erläutern, wenn ihr ein ordnungsgemäss erstelltes Aktenverzeichnis zugestellt werde.

Als massgeblichen Sachverhalt habe die Vorinstanz zunächst den relevanten Markt und die angeblich marktbeherrschende Stellung der X AG festgestellt. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf die drei für den Entscheid wesentlichen Sachverhaltselemente - nämlich „ihren Marktanteil“, die „angeblichen, zu strukturellen Marktzutrittsschranken führende Vorkommnisse“ sowie die angebliche „Marktbeherrschung“ - explizit bestritten. Daher sei die Behauptung in der angefochtenen Verfügung aktenwidrig, die Beschwerdeführerin habe den Sachverhalt nicht im Einzelnen diskutiert oder gar bestritten. Ebenso wenig könne die Vorinstanz hinsichtlich der Frage der Marktbeherrschung auf die in einem früheren Verfahrensstadium geäusserten Standpunkt der Beschwerdeführerin abstellen, nachdem es dort noch um den gesamtschweizerischen und nicht um den hier allein relevanten geografischen Markt der Grossagglomeration Zürich gegangen sei. Die Vorinstanz gehe in der angefochtenen Verfügung implizit von einem Marktanteil zwischen 50 und 60 Prozent auf dem schweizerischen Markt aus, setze sich aber über die Behauptung der Beschwerdeführerin hinweg, selbst diese Marktanteile würden im vorliegend relevanten Markt der Grossagglomeration Zürich wesentlich tiefer liegen. Damit habe die Vorinstanz in allen wesentlichen Punkten einen umstrittenen Sachverhalt festgestellt; sie habe aber - abgesehen von der Erhebung durch D. („Parteiexpertise“) - weder die von ihr zusätzlich berücksichtigten Beweismittel genannt noch diese pflichtgemäss gewürdigt. Des Weiteren setzten die angeblichen Vorkommnisse, auf welche sich die Vorinstanz immer wieder berufen habe, voraus, dass die „Berichte der E. sowie verschiedener Fachhändler“ in Form von Aktenstücken

oder als protokollierte Zeugenaussagen vorliegen. Trotz entsprechender Rüge in der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf, seien ihr solche Beweisstücke nie zur Stellungnahme unterbreitet worden. Auch sei der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit zu allfälligen Zeugenbefragungen gegeben worden. Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, ihr Rechtsvertreter habe am 29. Januar 1998 Einsicht in Teile der ihm offen gelegten Akten genommen. Darin befinde sich ein Protokoll betreffend ein „Hearing“, welches das Sekretariat am 8. August 1997 mit verschiedenen Mitgliedern der Y AG durchgeführt habe. Abgesehen davon, dass der Beschwerdeführerin die Durchführung dieses Hearings nie angezeigt und ihr weder Gelegenheit auf Anwesenheit eines Vertreters gegeben, noch das Protokoll zur Stellungnahme unterbreitet worden sei, enthalte das Protokoll bloss wertende Feststellungen über verschiedene Sachverhalte ohne Bezug zu einzelnen Aussagen oder Beweisstücken. Unmittelbar im Anschluss an das Protokoll fänden sich diverse Unterlagen über das Marktverhalten der „T.“, welche „Informationen und Halbinformationen vom Hörensagen“ enthalte. Dazu rügt die Beschwerdeführerin, das Hearing sei kein zulässiges Beweismittel, welches neben der Zeugenaussage mit entsprechenden Verfahrensgarantien vorgesehen sei. Das Protokoll und die beigefügten Unterlagen seien durch die Vorinstanz nicht als Beweismittel gewürdigt worden. Darüber hinaus seien die dem Protokoll beigefügten Unterlagen ungeeignet, den im Protokoll behaupteten Sachverhalt zu stützen.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe gestützt auf Ermittlungen offenbar festgestellt, dass sich die betroffenen Fachhändler „hinsichtlich Loyalität, Qualität der Arbeit, lokale Integration und Verhalten gegenüber der Beschwerdeführerin“ von andern Fachhändlern unterscheiden haben, jedoch nicht in einem Ausmass, welches eine tiefere Prämieinstufung aufgrund der von der X angewandten Kriterien rechtfertigen würde. Indessen seien ihr die diesbezüglichen Ermittlungen nicht zur Stellungnahme unterbreitet worden. Auch fänden sich in der Begründung keinerlei Hinweise auf Protokolle von Zeugeneinvernahmen oder Akten, welche die Ermittlungsergebnisse stützen würden. Jedenfalls seien keine Akten ersichtlich, welche Hinweise auf den von der Vorinstanz vorgenommenen Vergleich enthalten würden. Schliesslich begründe die Vorinstanz mit keinem Wort ihre Bewertung der offensichtlich festgestellten Unterschiede unter Bezugnahme auf die massgeblichen Kriterien.

In materieller Hinsicht sei die Wettbewerbskommission mit ihrer Annahme, dass die Ausrichtung einer Jahresprämie von der Führung des Vollsortimentes der Beschwerdeführerin beziehungsweise von der Führung von Konkurrenzprodukten abhängen, von einer falschen Prämisse ausgegangen. Da der Fachhändlervertrag weder zur Führung von Vollsortimenten verpflichte, noch das Anbieten von Konkurrenzprodukten verbiete, habe jeder Fachhändler einen vertraglichen,

auf dem Zivilweg einklagbaren Anspruch darauf, dass sich die Beschwerdeführerin nicht so verhalte, wie die Vorinstanz annimmt. Daher könne sich eine Intervention der Wettbewerbsbehörden im Kartellverwaltungsverfahren höchstens dann rechtfertigen, wenn der Beschwerdeführerin ein systematisches Vorgehen in Abweichung ihres erlaubten Kriterienkataloges vorzuwerfen wäre, was hier angesichts der geringen Anzahl betroffener Fachhändler (5 von ca. 600) nicht vorliege.

Im Weiteren überschreite die Wettbewerbskommission ihre sachliche Kompetenz, wenn sie der Beschwerdeführerin die praktizierte Jahresprämieinstufung verbiete. Denn im Lichte der vorinstanzlichen Sichtweise könnte die Beschwerdeführerin ihr angeblich wettbewerbswidriges Verhalten praktisch nur dadurch einstellen, dass sie inskünftig nur noch die „nackten Umsatzzahlen“ als Kriterium für die Prämieinstufung verwende. Doch dazu sei sie kartellrechtlich nicht verpflichtet. Vielmehr sei es ihr nicht verwehrt, die von ihr legitimerweise formulierten Kriterien auch inskünftig sachgerecht und ohne Diskriminierung entsprechend den Marketingaktivitäten ihrer Fachhändler anzuwenden.

C. Am 4. Februar 1998 stellte die Beschwerdeführerin bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein „Massnahmengesuch“ mit dem Antrag, die Wettbewerbskommission sei anzuweisen, „auf eine sofortige Publikation der angefochtenen Verfügung zu verzichten und mit einer solchen Publikation zuzuwarten, bis die angefochtene Verfügung gegebenenfalls in Rechtskraft erwachsen“ sei.

Mit Zwischenverfügung vom 6. Februar 1998 trat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Einzelrichter) auf das „Massnahmengesuch“ nicht ein.

D. Am 21. April 1998 liess sich die Wettbewerbskommission zur eingereichten Beschwerde vernehmen mit dem Antrag auf Abweisung.

In materieller Hinsicht macht die Vorinstanz geltend, dass der X „I.“ „nicht per se verboten“ werden sollen. Als marktbeherrschendes Unternehmen sei sie aber verpflichtet, betriebswirtschaftlich legitimierbare Anreize zu schaffen. Die Untersuchung habe ergeben, dass die praktizierte Jahresprämieinstufung geeignet sei, den Wettbewerb zu verzerren und daher kartellrechtlich zu ahnden sei. Betreffend den räumlich relevanten Markt sei das Absatzgebiet der ehemaligen X und nicht dasjenige der Installateure massgeblich.

In formeller Hinsicht führt die Vorinstanz aus, dass die Verwaltung eine Tatsache dann als bewiesen annehmen dürfe, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sei, wobei unter Umständen bereits der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge. Daher treffe es nicht zu, dass die Marktbeherrschung der X hauptsächlich mit angeblichen Marktanteilen begründet worden sei. Vielmehr seien die

potenzielle Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite einer eingehenden Untersuchung unterzogen worden. Es sei ausdrücklich erwähnt worden, dass die angegebenen Marktanteile einen benachbarten Markt betreffen und daher nur als Orientierungshilfe dienten. Die in der Verfügung getroffene Feststellung, die X sei in Bezug auf Marktanteile auch im Raum Zürich führend, sei bisher unwidersprochen geblieben. Daher habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden können, dass die in der Verfügung genannten Marktanteile den Tatsachen entsprechen. Auch sei die in der Stellungnahme vom 20. Januar 1997 geäußerte Auffassung der X beachtlich, wonach sie in der Schweiz „auf dem Markt von Teilnehmeranlagen zweifellos ein marktbeherrschendes Unternehmen“ sei. Die Wettbewerbskommission dürfe sich freilich nicht mit dieser Eigenbeurteilung begnügen, sondern müsse das Vorliegen von Marktmacht von Amtes wegen abklären. Betreffend den Vorwurf, keine verlässlichen Marktanteile für den relevanten Markt ermittelt zu haben, sei die Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen. Daher liege es im Ermessen der Behörde, Tatsachen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles als ausreichend erwiesen anzunehmen, wenn die Parteien ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkämen. Von einem auf einem Markt tätigen Unternehmen könne in der Regel erwartet werden, dass es über Marktanteile Auskunft geben könne. Aufgrund der Heterogenität des Marktes seien die X wie auch die Y AG nicht im Stande gewesen, verlässliche Angaben zu machen. Die von der Y AG gelieferten Daten zu einem verwandten Markt seien in der Folge von der X relativiert worden, wobei die X die Führerschaft betreffend Marktanteile nicht habe in Frage zu stellen vermögen. Da die Verhältnisse auf dem Markt für Teilnehmervermittlungsanlagen angesichts der Nähe durchaus Rückschlüsse auf den Vertriebsmarkt zuließen, könne die Feststellung in der angefochtenen Verfügung, wonach die X auf dem relevanten Markt in Bezug auf die Marktanteile eine dominierende Stellung habe, nicht als sachlich unzutreffend bezeichnet werden. Der Umstand, dass marktregulierende Bestimmungen das von der Wettbewerbskommission gerügte Verhalten ahndeten, bedeute ferner nicht, dass es deshalb kartellrechtlich irrelevant werde. Zwar könnten abnehmende Anteile ein Indiz für den Verlust einer marktbeherrschenden Stellung sein. Dennoch würden hohe Marktanteile zusammen mit vergleichsweise schwacher aktueller und potenzieller Konkurrenz sowie im Zusammenhang mit der Übertragung von Marktmacht von einem ehemaligen Monopol- auf einen Wettbewerbsmarkt für eine marktbeherrschende Stellung sprechen. Im Weiteren sei aus den Schreiben der X an die Firmen S. und B. ersichtlich, dass eine Mitgliedschaft bei einer Einkaufsgenossenschaft mit der Einstufung als A-Händler grundsätzlich unvereinbar sei.

Im Übrigen weist die Wettbewerbskommission die Rüge zurück, sie habe Verfahrensgrundsätze missachtet. Im Einzelnen sei das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin nicht verletzt worden. Vor Erlass der Verfügung sei der Beschwerdeführerin der Verfügungsentwurf zur Stellungnahme unterbreitet worden. Die Beschwerdeführerin habe Gelegenheit gehabt, sich zu allen festgestellten Sachverhaltselementen zu äussern. Pauschale Zurückweisungen des Sachverhaltes durch die Beschwerdeführerin habe indessen den ermittelten Sachverhalt nicht umzustossen vermocht. Im Weiteren seien auch die Mitwirkungsrechte der Parteien bei der Beweiserhebung nicht verletzt worden. Eine formelle Zeugeneinvernahme habe nie stattgefunden. Die von den Fachhändlern beantragte Besprechung vom 8. August 1997 habe informellen Charakter gehabt. Daher hätten die während der Unterredung gemachten Äusserungen nicht Beweiskraft, dienten indessen als Anhaltspunkte für gewisse systematische Verhaltensweisen seitens der X. Die Beschwerdeführerin habe genügend Gelegenheit gehabt, zu Äusserungen der Gegenpartei sowie zum Ergebnis des Beweisverfahrens Stellung zu nehmen. In ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf habe sich die X darauf beschränkt, diesem zu widersprechen, ohne eine fundierte Gegendarstellung zu liefern. Im Übrigen sei auch das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin nicht beschnitten worden. Im Zusammenhang mit der Eröffnung der Untersuchung sei die Beschwerdeführerin am 30. April 1997 ausdrücklich auf den Bestand und den Umfang des Akteneinsichtsrechtes hingewiesen worden. Trotzdem habe sie während der ganzen Dauer des nichtstreitigen Verfahrens darauf verzichtet. Schliesslich sei auch nie zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf vertrauliche Aktenstücke abgestellt worden. Als Geschäftsgeheimnisse habe die Y AG einzig die Verträge mit Lieferanten, ihre Mitgliederliste beziehungsweise die Zusammensetzung ihres Aktionariates sowie die Namen der Teilnehmer an der Besprechung vom 8. August 1997 bezeichnet. Das Bestehen dieser Verträge dagegen sei angezeigt und der Inhalt des Protokolles der Besprechung einsehbar gewesen.

D. Mit Schreiben vom 26. August 1998 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass keine öffentliche und mündliche Verhandlung vorgesehen sei.

Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:**

1. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen von Amtes wegen und mit freier Kognition

zu prüfen, (vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1; Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 25. April 1997 i. S. S. gegen A. [96/FB-001], publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff., E. 1).

1.1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 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 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

1.2. Die angefochtene Verfügung bezieht sich auf Fachhändlerverträge, welche die X mit insgesamt rund 600 Elektroinstallateuren im Grossraum Zürich abgeschlossen hat. Mit Inkrafttreten am 1. Januar 1998 des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmungsgesetz, TUG, SR 784.11) wurde die Beschwerdeführerin als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft konstituiert. Sie führt nach Artikel 21 Absatz 1 TUG diejenigen Teile der ehemaligen PTT-Betriebe weiter, welche Fernmelde- und Rundfunkdienste erbringen. Die Beschwerdeführerin ist demnach gesetzliche Rechtsnachfolgerin der X und aus den der angefochtenen Verfügung zu Grunde liegenden Verträgen berechtigt und verpflichtet.

1.3. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenüchlich 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). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit, soweit die Aufhebung der Verfügung verlangt wird, einzutreten.

1.4. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen solle nicht nur die angefochtene Verfügung aufheben, sondern gleichzeitig die der angefochtenen Verfügung zu Grunde liegende Untersuchung „einstellen“.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es Sache der Wettbewerbskommission beziehungsweise ihres Sekretariates, über die Eröffnung und die Schliessung von Untersuchungen zu entscheiden. Im Übrigen geht das Begehren der Beschwerdeführerin nach



Schliessung der Untersuchung über den Gegenstand der angefochtenen Verfügung hinaus. Nach Artikel 44 VwVG kann nur eine Verfügung durch Beschwerde angefochten werden. Die Eröffnung der Untersuchung stellt indessen keine Verfügung dar, denn sie begründet kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis, was nach Artikel 5 VwVG Kennzeichen der Verfügung ist. Individuell-konkrete Verpflichtungen können sich erst im Verlauf der Untersuchung aus Verfügungen beispielsweise über Beweiserhebungen oder durch vorsorgliche Massnahmen und am Ende des Verfahrens durch die Feststellung oder Festlegung von Rechtsverhältnissen ergeben (Paul Richli, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39-44 KG, in Roger Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 168; Marcel Dietrich, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 39, Rz. 22; sowie RPW 1997/2, S. 243 ff., E. 1.5).

Auf das Begehren, die Untersuchung einzustellen, ist deshalb nicht einzutreten.

2. Nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2).

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbes behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht: (a) die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre); (b) die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (c) die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen; (d) die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen; (e) die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung; (f) die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (Art. 7 Abs. 2 KG).

Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 VwVG (vgl. Art. 40 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten. Artikel 64 des Bundesgesetzes über den Bundeszi-

vilprozess (SR 273) ist anwendbar. Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen (Art. 42 KG). Auf die im KG vorgesehenen Verfahren sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG).

Nach Artikel 60 KG erlässt der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen. Gestützt darauf erliess der Bundesrat die Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4; in Kraft seit 1. Juli 1996). Danach bestimmen sich die sachlich und räumlich relevanten Märkte wie folgt: (a) Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden; (b) 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 VKU).

3. In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe das Untersuchungsverfahren in Verletzung der Bestimmungen des VwVG durchgeführt. Insbesondere habe sie das rechtliche Gehör verletzt. Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe die drei für den Entscheid wesentlichen Sachverhaltselemente („ihren Marktanteil“, die „angeblichen, zu strukturellen Marktzutrittsschranken führenden Vorkommnisse“ sowie die angebliche „Marktbeherrschung“) in ihrer Stellungnahme vom 21. November 1997 explizit bestritten und diesbezüglich ein Beweisverfahren verlangt. Die Vorinstanz habe ihrer Verfügung vielmehr einen bestrittenen Sachverhalt zu Grunde gelegt, ohne jedoch auf in den Akten befindliche Beweisstücke Bezug zu nehmen und ihre Beweiswürdigung nachvollziehbar darzulegen. Des Weiteren seien der Beschwerdeführerin keinerlei Aktenstücke, wie beispielsweise die Eingaben der Y AG samt entsprechenden Beilagen, noch irgendwelche Einvernahmeprotokolle und andere Beweisstücke je zur Stellungnahme unterbreitet worden. Ferner sei sie auch nicht zu Beweismassnahmen beigezogen worden. Nicht zuletzt fehle eine transparente Aktenführung.

Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, die Beschwerdeführerin sei hinreichend angehört worden. Sie habe den ganzen Verfügungsentwurf zur Stellungnahme erhalten und sich dazu äussern können. Mitwirkungsrechte bei Beweismassnahmen seien nicht gegeben gewesen, weil, ausser einem Hearing mit Vertretern betroffener Unternehmen, keine Zeugeneinvernahmen stattgefunden hätten. Daher hätten die während der Unterredung gemachten Äusserungen nicht Beweiskraft, sondern sie dienten als Anhaltspunkte für gewisse systematische Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin. Schliesslich sei diese im Schreiben vom 30. April 1997 über die Eröffnung der Untersuchung ausdrücklich auf das Akteneinsichtsrecht hingewiesen

worden. Während der ganzen Dauer der Untersuchung habe die Beschwerdeführerin nie um Akteneinsichtnahme ersucht. Im Übrigen sei in der angefochtenen Verfügung nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf vertrauliche Aktenstücke abgestellt worden.

3.1. 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; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 144; Georg Müller in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, zu Art. 4, Rz. 100; je mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung).

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

3.2. Nach Artikel 26 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehört zunächst das Recht auf Akteneinsicht, welches den Parteien dazu verhelfen soll, sich über alle für das Verfahren wesentlichen Unterlagen zu orientieren. Damit wird die Grundlage für eine wirksame und sachbezogene Ausübung des Äusserungsrechtes (Art. 30 VwVG) geschaffen (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 128).

3.2.1. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin vom Sekretariat im Rahmen der Untersuchung lediglich aufgefordert wurde, verschiedene Fragenkataloge zu beantworten und sich zum Verfügungsentwurf vernehmen zu lassen. Sie wurde indessen nie aufgefordert, zu den von den andern Verfahrensbeteiligten ins Recht gelegten mündlichen oder schriftlichen Äusserungen Stellung zu nehmen. Auch anlässlich der Zustellung des Verfügungsentwurfes wurde die Beschwerdeführerin über die von der Vorinstanz zusammengestellte Aktenlage nicht informiert. Ferner sind in dem am 21. Oktober 1997 an die Parteien übermittelten Verfügungsentwurf keine Hinweise auf Beweismaterialien ersichtlich, auf welche sich der Entscheid der Wettbewerbskommission stützen könnte. Im Weiteren steht fest, dass der Beschwerdeführerin bisher kein ordnungsgemäss erstelltes Aktenverzeichnis zugestellt worden ist. Ein solches wurde ihr auch im Zeitpunkt ihrer Akteneinsichtnahme am 29. Januar 1998 nicht zugänglich gemacht. Damit stellt sich die Frage, ob in der vorinstanzlichen Untersuchung die Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin gewahrt worden sind.

3.2.2. Das Akteneinsichtsrecht ist am Sitz der verfügenden - oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen - Behörde wahrzunehmen (Art. 26 VwVG). Die Behörde ist mit anderen Worten nicht

verpflichtet, den Parteien die der Einsicht unterliegenden Akten (in Kopie) zuzustellen (vgl. Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Auflage, Zürich 1998, Rz. 1321a; Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 131; Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz. 348 f.). Akteneinsicht wird grundsätzlich nur auf Gesuch hin gewährt (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 131; Rhinow/Krähenmann, a. a. O., Nr. 83 IX, S. 278 f., mit weiteren Verweisen).

Indessen reicht es im wettbewerbsrechtlichen Kontext nicht, dass die Wettbewerbskommission (bzw. ihr Sekretariat) zu Beginn eines umfangreichen Untersuchungsverfahrens den Parteien lediglich in allgemeiner Weise mitteilt, das Akteneinsichtsrecht sei gegeben, und es ihnen überlässt, entsprechend den Bedürfnissen, um Einsicht in die Akten nachzusuchen. Angesichts der in der Regel komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte und der damit verbundenen heiklen Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsfragen ist es den Parteien nicht zuzumuten, dass sie sich laufend informieren, ob und wann neue Akten erstellt werden - die sich als rechtserheblich erweisen und der Beweisführung der Vorinstanz zu Grunde gelegt werden könnten - und wann sie darin Einsicht nehmen dürfen.

Dementsprechend sind im Wettbewerbsrecht erhöhte Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht geboten. Insofern dürfen die Parteien erwarten, dass die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat sie über die Entwicklung des Standes der Akten informiert und ihnen insbesondere Gelegenheit gibt, zu beweiserheblichen Akten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen.

Das wiederum setzt eine - unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen (Art. 27 f. VwVG) - offengelegte Aktenführung voraus, welche den Parteien erlaubt, in wirksamer Weise an der Erstellung des entscheidenderheblichen Sachverhaltes mitzuwirken. Dies bedingt indessen, dass das Sekretariat alle im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens erstellten und beigebrachten Dokumente und Informationen systematisch erfasst, damit die Wettbewerbskommission ihren Entscheid gestützt auf diese Grundlagen - und nur auf diese - treffen und begründen kann. Daher erheischt im wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahren das Recht auf Akteneinsicht ein chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung geschlossenes (paginiertes) Dossier, auf Grund dessen auch die allfällige Prüfung im Rechtsmittelverfahren basieren muss (vgl. dazu allgemein auch: Thomas Cottier, Der Anspruch auf rechtliches Gehör [Art. 4 BV], Recht 1984, S. 123, mit Verweis auf die Praktikabilität der Aktenführungspflichten im *Administrative Procedure Act* der USA mit dem Erfordernis der Entscheidung «*on the record*» [d. h. aufgrund der Akten] für belastende Verfügungen [FN 139]; gl. M. auch Georg Müller, a. a. O., Rz. 111, FN 273, mit Verweis auf Thomas Cottier, a. a. O.; so-

wie Alexander Dubach, *Das Recht auf Akteneinsicht*, Zürich 1990, S. 96 f.).

In diesem Sinne ist für wettbewerbsrechtliche Untersuchungsverfahren zu fordern, dass die Wettbewerbskommission (bzw. deren Sekretariat) den Parteien zwecks wirksamer Vorbereitung der Akteneinsicht gleichzeitig mit der Zustellung des Verfügungsentwurfes auch ein vollständiges Verzeichnis der zu den Untersuchungsakten gehörenden Schriftstücke übermittelt, das insbesondere festhält, ob diese einsehbar sind oder nicht. Ein solches Vorgehen ist auch nach dem EG-Kartellverfahrensrecht geboten (vgl. Ingolf Pernice in: *Kommentar zur Europäischen Union*, hrsg. v. Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, München, 11. Ergänzungslieferung 1997, nach Art. 87 [zu VO Nr. 17 {Vorbemerkung}], Rz. 27; sowie derselbe, nach Art. 87 [zu VO Nr. 17 {Art. 19}], Rz. 19; vgl. auch: Mitteilung der Kommission über interne Verfahrensvorschriften für die Behandlung von Anträgen auf Akteneinsicht in Fällen einer Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag, der Artikel 65 und 66 EGKS-Vertrag und der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rats, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, Nr. C 23 v. 23. 1. 1997, Ziff. 1.4, S. 7; vgl. dazu auch: *AJP* 6/97, S. 719, Ziff. 8).

Nur wenn das Sekretariat der Wettbewerbskommission als Untersuchungsbehörde die Untersuchung in der geschilderten Weise durchführt, werden die Parteien des Untersuchungsverfahrens in die Lage versetzt, mit Bezug auf diejenigen Aktenstücke um Akteneinsicht nachzusuchen, die möglicherweise entscheidend sein könnten und die auf ihren Beweiswert zu prüfen sind. Damit erhalten die Parteien die Möglichkeit, in Kenntnis der sich widersprechenden Standpunkte und Beweismittel die notwendigen Beweisanträge zu stellen (ähnlich: Andreas Limburg, *Das Untersuchungsverfahren nach schweizerischem Kartellgesetz*, Bern 1993, S. 304 f.; vgl. auch: Frank Scherrer, *Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren*, Zürich 1996, S. 467).

3.2.3. Nach dem Gesagten verletzte das Sekretariat der Wettbewerbskommission das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin: Es verzichtete darauf, gleichzeitig mit dem Verfügungsentwurf der Beschwerdeführerin eine vollständige Liste der zu den Verfahrensakten gehörenden Schriftstücke zuzustellen. Und es holte dieses Versäumnis auch nachträglich nicht nach, als die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 21. November 1997 die Beweiserhebungsmassnahmen und die mangelhafte Gewährung des rechtlichen Gehörs eingehend bemängelte und die wesentlichen Sachverhaltsgrundlagen bestritt. Da die Begründung des Verfügungsentwurfes insbesondere auf keine Beweismaterialien Bezug nahm, durfte die Beschwerdeführerin im Anschluss an ihre Stellungnahme davon ausgehen, dass weitere Ermittlungshandlungen durch die Vorinstanz durchgeführt wer-

den würden, welche Gelegenheit bieten würden, am Beweisverfahren teilzunehmen oder zu erheblichen Beweismitteln zur Meinungsäußerung eingeladen zu werden. Daher ist der Beschwerdeführerin nicht vorzuwerfen, sie hätte sich bereits in diesem Stadium mit einem Gesuch um Akteneinsicht an das Sekretariat der Wettbewerbskommission wenden sollen.

3.3. Der Gehörsanspruch wird sodann dadurch konkretisiert, dass er den Parteien das Recht verleiht, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 117 V 282 E. 4a, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung).

3.3.1. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen der Untersuchung keine Zeugenbefragungen durchgeführt, sondern am 8. August 1997 - ohne Beisein der Beschwerdeführerin - eine „informelle“ Besprechung mit betroffenen Fachhändlern abgehalten. Die anlässlich dieser Unterredung gemachten Aussagen wurden protokollarisch nicht erfasst, sondern es wurde nur ein Ergebnisprotokoll erstellt, welches sinngemäss und zusammenfassend die wichtigsten Aussagen der Gesprächspartner enthält, ohne von den Anwesenden unterschriftlich „beglaubigt“ worden zu sein. Diesbezüglich rügt die Beschwerdeführerin, das Hearing sei kein zulässiges Beweismittel, welches neben der Zeugenaussage mit entsprechenden Verfahrensgarantien vorgesehen sei.

3.3.2. Zuzustimmen ist der Vorinstanz insofern, als das Hearing im VwVG nicht namentlich als Beweismittel vorgesehen ist. Hingegen erwähnt es neben der Zeugeneinvernahme auch Auskünfte von Drittpersonen (Art. 12 Abs. c VwVG). Solche Befragungen, die der Sache nach mit Hearings vergleichbar sind, unterliegen denselben Mitwirkungsrechten wie Zeugeneinvernahmen, obwohl das VwVG keine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne enthält (vgl. Art. 18 VwVG; siehe auch BGE 104 Ib 119 E. 2a; Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 140 ff.; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 70; Andreas Limburg, a. a. O., S. 122 f.; Frank Scherrer, a. a. O., S. 474, mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Indessen besteht im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren kein Recht auf mündliche Anhörung (Häfelin/Müller, a. a. O., Rz. 1315). Eine vergleichbare Regelung der Mitwirkung am Beweisverfahren gilt im EG-Kartellrecht (vgl. etwa Andreas Limburg, a. a. O., S. 289 f.; Pernice, a. a. O., nach Art. 87 EGV {zu Art. 19}, Rz. 27 ff.); zu den Hearings im Kartellverfahrensrecht der EU insbesondere: Luis Ortiz Blanco, European Community Competition Procedure, Oxford 1996, S. 198 ff.).

3.3.3. Die Vorinstanz macht nicht geltend, der Beschwerdeführerin hätte aus Gründen der Geheimhaltung die Beteiligung an Beweissmassnahmen oder die Akteneinsicht versagt werden müssen (Art. 27

VwVG). Es scheint auch ausgeschlossen, dass sie diesen Einwand in allgemeiner Weise machen könnte; vielmehr müsste auf Grund einer differenzierten Prüfung entschieden werden, ob und gegebenenfalls wie weit die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen beziehungsweise der Anonymität von Informanten zwecks Schutz vor Repressionen den Ausschluss von Verfahrensparteien von Hearings erforderlich machen (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 141; vgl. zur Geheimhaltung im EG-Kartellrecht etwa Wolfgang Weiss, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, S. 334 ff.). Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Mitwirkungsrechte der Beschwerdeführerin anlässlich des genannten Hearings nicht in hinreichender Weise gewährt hat.

3.4. Als unerlässliches Korrelat zum Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin obliegt der Behörde in Konkretisierung des Untersuchungsgrundsatzes insbesondere die Pflicht zur Beweisabnahme und -würdigung. Das beinhaltet die Pflicht der Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, welche Beweismittel geeignet und notwendig sind, die rechtswesentlichen Tatsachen zu beweisen. Im Weiteren darf die vorzunehmende Würdigung des Beweisergebnisses nicht offensichtlich unhaltbar sein, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, a. a. O., Rz. 318 f., mit Verweisen auf die Rechtsprechung).

Im Bereiche der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen besteht zudem das grundlegende Problem der Doppelgesichtigkeit der meisten Verhaltensweisen, was sich in der Schwierigkeit ausdrückt, wettbewerbsbeschränkendes Einzelverhalten eines Unternehmen abzugrenzen gegenüber wettbewerbskonformem, auf höherer Leistungsfähigkeit beruhendem Verhalten (vgl. Markus Ruffner, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/1996, S. 835, mit Beispielen). Daher sind mit Blick auf die Beweiserhebung beziehungsweise Beweiswürdigung hohe Anforderungen zu stellen, wenn ein Schutz sowohl des wirksamen Wettbewerbes als auch der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit marktbeherrschender Unternehmen gewährleistet werden soll.

3.4.1. In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin, in der Begründung der angefochtenen Verfügung fehle ein Bezug auf die Akten, welche die Ermittlungsergebnisse zu stützen vermöchten. Daher sei die Beweiswürdigung grundsätzlich nicht nachvollziehbar. Insbesondere seien die dem Protokoll des Hearings vom 8. August 1997 beigefügten Unterlagen ungeeignet, den im Protokoll behaupteten Sachverhalt missbräuchlicher Verhaltensweisen zu belegen.

3.4.2. Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass in der Tat der Vorwurf der marktbehindernden Verhaltensweisen sowie der von

der Vorinstanz behauptete Vergleich der verschiedenen Fachhändler hinsichtlich deren Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin gegenüber in der Verfügung weder näher begründet noch durch entsprechende Aktenstücke belegt ist. Insofern nennt die Wettbewerbskommission im angefochtenen Entscheid keinerlei Beweismaterialien, auf welche sie ihre Überzeugung stützt. Damit erweist sich die Ermittlung wie auch die Würdigung des Beweisergebnisses nicht mehr als nachvollziehbar, weshalb die Wettbewerbskommission in diesen Punkten ihre Begründungspflicht verletzt hat. Auch im Rahmen ihrer Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren hat sie die hier offenen Fragen zur Beweisermittlung nicht klären können.

3.5. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör nicht in hinreichendem Masse gewährt. Angesichts der formellen Natur der Gehörsverletzung muss die angefochtene Verfügung prinzipiell bereits deswegen aufgehoben werden, ungeachtet ihrer allfälligen materiellrechtlichen Korrektheit (vgl. E. 3.1).

Nach der Rechtsprechung kann die Beschwerdeinstanz die Verletzung des rechtlichen Gehörs unter Umständen heilen (vgl. 115 V 297 E. 2h; sowie zur Problematik der Heilung: Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, ZBl 3/1998, S. 97 ff.). Ob dies im vorliegenden Fall möglich wäre, kann indessen offen bleiben, weil die angefochtene Verfügung, wie sich nachfolgend zeigen wird, auch aus anderen Gründen aufgehoben werden muss.

4. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz nicht hinreichend abgeklärt, ob sie auf dem relevanten Markt einen beherrschenden Einfluss ausübe. Sie rügt damit eine unzureichende Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Gleichzeitig geht es um die Beurteilung der materiellrechtlichen Frage, ob die Beschwerdeführerin als marktbeherrschendes Unternehmen dem KG unterstehe oder nicht (Art. 4 Abs. 2 KG).

Die Beschwerdeführerin hält dafür, die Wettbewerbskommission habe den räumlich relevanten Markt falsch bestimmt. Insbesondere habe sie zu Unrecht allein die Marktanteile veranschlagt. Zudem habe sie nur auf Teilnehmervermittlungsanlagen statt auf Teilnehmeranlagen allgemein sowie auf gesamtschweizerische Daten statt auf Daten für den Grossraum Zürich abgestellt. Nicht zuletzt habe sich die Wettbewerbskommission mit dem Umstand, dass die Marktanteile der Beschwerdeführerin in den letzten Jahren stetig gesunken seien, nicht auseinandergesetzt.

Die Wettbewerbskommission rechtfertigt ihr Vorgehen nicht zuletzt unter Berufung darauf, die Beschwerdeführerin habe in einem Schreiben vom 20. Januar 1997 die Marktbeherrschung (bezogen auf die Schweiz) anerkannt. Wohl habe sie von Amtes wegen zu prüfen, ob der fragliche kartellrechtliche Tatbestand erfüllt sei. Tatsächlich



habe sie diese Prüfung auch durchgeführt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 115 V 44) dürften Verwaltung und Gericht eine Tatsache aber schon dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt seien, auch wenn darüber kein strikter Beweis geführt werden könne. Dabei genüge laut Kölz/Häner (a. a. O., Rz. 113) unter Umständen der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Dieser Grad sei im vorliegenden Fall gegeben.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist die Kritik der Beschwerdeführerin in der Sache mindestens teilweise berechtigt:

4.1. Die Feststellung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung ist eine methodisch und verfahrensrechtlich anspruchsvolle Aufgabe. Dies hat sich bereits unter den früheren Kartellgesetzen von 1962 und 1985 gezeigt, wo für die Unterstellung schon der massgebliche Markteinfluss genügte (vgl. statt aller: Schluemp, in Schürmann/Schluemp, KG + PüG, Kartellgesetz, Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, S. 254 ff., bes. S. 265 ff.). Nach dem heute geltenden KG von 1995 ist die Aufgabe nicht einfacher (vgl. Komm. KG - Schmidhauser, Art. 4, Rz. 50 ff., bes. Rz. 65 ff.). Die Marktbeherrschungsfrage ist mithilfe von Überlegungen zu Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis zu beurteilen (vgl. Komm. KG - Schmidhauser, Art. 4, Rz. 67; vgl. auch: Rolf H. Weber, Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsfolgeproblem, AJP 9/1995, S. 1149 ff., bes. S. 1156 f.). Ein hoher Marktanteil (z.B. 45 % - 80 %) ist ein Indiz für Marktbeherrschung, aber nicht unbedingtes Erfordernis. Im Einzelfall ist daher eine Gesamtprüfung geboten (Komm. KG - Schmidhauser, Art. 4, Rz. 71 f.; vgl. auch Markus Ruffner, a. a. O., S. 837; Roger Zäch, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, Zürich/Baden-Baden/Wien 1996, S. 286; Norbert Koch, in: Kommentar zur Europäischen Union, Band II, Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), München, 4. Ergänzungslieferung, Art. 86, Rz. 24).

4.2. Veranschlagt man die Komplexität des Phänomens „Marktbeherrschung“, so werfen die Abklärungen und Ausführungen der Wettbewerbskommission Fragen auf. Weder nimmt sie auf ihre bisherige Praxis Bezug, noch verankert sie ihre Überlegungen in der Rechtslehre, um ihre Unterstellungsbeurteilung zu begründen und einzuordnen. Sie setzt sich auch mit der Behauptung der X, laufend Marktanteile zu verlieren, nicht auseinander.

Es ist im Weiteren fragwürdig, vom gesamtschweizerischen Markt ohne weiteres auf den Grossraum Zürich zu schliessen. Das Argument der Beschwerdeführerin scheint nicht abwegig, dass die Konkurrenz in diesem geografischen Raum angesichts der dort herrschenden Wirtschaftsstrukturen grösser ist als in der Schweiz insgesamt. Ebenso ist es fragwürdig, vom Absatz von Teilnehmervermittlungsanlagen,

anstatt vom Absatz von Teilnehmeranlagen insgesamt auszugehen. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin diese Gleichsetzungen zunächst selber gemacht hat. Sie ist im Verlaufe der Untersuchung auf diese erste Einschätzung zurückgekommen. Dieses Vorgehen war zwar wenig sachdienlich, kann der Beschwerdeführerin aber letztlich nicht schaden.

Entgegen der Beschwerdeführerin ist der Wettbewerbskommission insofern zuzustimmen, als der räumlich relevante Markt, auf dem die Marktbeherrschung zu ermitteln ist, das Absatzgebiet der X und nicht dasjenige der Fachhändler ist. Anders gewendet, ist zu fragen, auf welchem räumlich relevanten Markt sich die Fachhändler eindecken.

4.3. Die Wettbewerbskommission macht im Weiteren geltend, es wäre Sache der Beschwerdeführerin, einen grösseren Beitrag zur Abklärung der Frage der Marktbeherrschung zu leisten, falls sie mit der Würdigung der Wettbewerbskommission nicht einverstanden sei.

Tatsächlich ist eine Partei verpflichtet, bei der Abklärung mitzuwirken (Art. 13 VwVG). Indessen hat die Beschwerdeführerin, soweit aus den Akten ersichtlich, die Mitwirkung, wenn überhaupt, nicht in einer Weise verweigert, welche eine Beweiswürdigung in grundsätzlicher Weise zu ihren Ungunsten ausschlagen lassen dürfte.

5. In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe sich nicht in einer wettbewerbsrechtlich missbräuchlichen Weise verhalten. Insbesondere habe sie keine Diskriminierung betrieben (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Der fragliche Fachhändlervertrag beziehungsweise die Rabattregelung verpflichte weder zur Führung von Vollsortimenten, noch werde den Fachhändlern das Anbieten von Konkurrenzprodukten verboten. Letzteres sei vielmehr ausdrücklich erlaubt. Wenn die Wettbewerbskommission ihr generell-abstrakt untersage, die kritisierte Jahresprämieinstufung zu handhaben, so überschreite sie ihre sachlichen Kompetenzen.

Die Wettbewerbskommission meint demgegenüber, die Beschwerdeführerin unterhalte ein System von Treueprämien mit marktausschliessendem Effekt. Die X zwingt die Fachhändler, welche den maximalen Rabatt erhalten wollten, unter Verzicht auf den Verkauf von Konkurrenzprodukten die ganze Produktlinie der X im Bereich der Teilnehmeranlagen zu vermarkten.

5.1. Die X hat das von der Wettbewerbskommission beanstandete Verhalten von Anfang an angesichts der rund 600 Fachhändler im Grossraum von Zürich nur in wenigen Fällen (5) praktiziert. Mittlerweile scheint sie es ganz eingestellt zu haben. Aus den Pflichten nach Fachhändlervertrag folgt dieses Verhalten nicht. Es würde die Vertragspflichten vielmehr erweitern. Der Wettbewerbskommission ist zwar zuzustimmen, dass eine Diskriminierung von Abnehmern, welche Aussenseiterbezüge tätigen, prinzipiell kartellrechtswidrig ist

(Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG; Markus Ruffner, a.a.O., S. 843, mit Hinweisen auf die Praxis zum EG-Kartellrecht). In der Tat wäre die Gewährung von Jahresprämien dann unzulässig, wenn sie nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung beruhen und vielmehr als Treuerabatt darauf abzielen würden, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und ihn vom Bezug der Ware bei Konkurrenten abzuhalten. Demgegenüber liesse sich die Jahresprämie nicht beanstanden, wenn sie die von den Fachhändlern zusätzlich zugunsten von X-Produkten aufgebrauchten Marketingkosten als wirtschaftliche Leistung kompensieren würde (vgl. Komm. KG - Dallafior, Art. 7, Rz. 150, sowie Ruffner, a.a.O., S. 835 zur Problematik der Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen; vgl. E. 3.4). So oder anders ist im vorliegenden Fall eine solche Diskriminierung der Fachhändler weder eine direkte Folge der Fachhändlerverträge noch weiter praktisch aktuell, weil die Beschwerdeführerin das beanstandete Verhalten mittlerweile völlig eingestellt hat (...).

5.2. Die Wettbewerbskommission hat es im Weiteren nicht erörtert, ob die Differenz von 2 Prozent (d. h. 5 % – 3 %) als genügenden Anreiz für einen ausschliesslichen Bezug von Teilnehmeranlagen bei der Beschwerdeführerin zu wirken vermag. Offen ist demzufolge, ob der Jahresprämiendifferenz von 2 Prozent die Wirkung zugeschrieben werden kann, den Konkurrenten der X AG auf dem relevanten Markt Absatzwege zu verschliessen. Die Wettbewerbskommission hat sich mit der Argumentation der Beschwerdeführerin nicht näher auseinander gesetzt, dass mit der Jahresprämie Typ A nicht der ausschliessliche Bezug bei der Beschwerdeführerin belohnt werden soll, sondern loyales, nicht gegen das Sortiment der X AG gerichtetes Auftreten in Werbung und Verkauf und besondere Marketingaufwendungen für die X-Produkte entschädigt werden sollen.

Unter diesen Umständen ist nicht hinreichend ausgewiesen, dass die Untersagung der praktizierten Jahresprämieneinstufung und die darauf gründende Gewährung von abgestuften Rabatten erforderlich sei. Für die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist auch offen, ob der X AG kategorisch untersagt werden kann, jene Händler mit höheren Rabatten zu belohnen, welche sich in besonderer Weise für den Absatz ihrer Produkte einsetzen. Sie erachtet es mindestens vor derhand nicht für ausgeschlossen, dass neben quantitativ begründeten Rabatten (Mengenrabatten) auch qualitativ begründete Rabatte zulässig sind, wenn echte Leistungen honoriert werden und die Möglichkeit nicht eingeschränkt wird, Konkurrenzprodukte zu führen.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt (E. 3) sowie den rechtserheblichen Sachverhalt nicht rechtsgenügend erhoben und nicht unter Beschaffung hinreichender Beweismittel gewürdigt hat (E. 4 und 5).

Damit ist die Beschwerde begründet und, soweit darauf einzutreten ist, gutzuheissen.

Angesichts ihrer funktionellen Zuständigkeit und ihrer im Vergleich zur Wettbewerbskommission äusserst beschränkten personellen Mittel kann es nicht Sache der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sein, die erheblichen Mängel des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens im Rechtsmittelverfahren zu beheben beziehungsweise zu „heilen“. Es wird Sache der Vorinstanz sein, zu beurteilen und zu entscheiden, ob die Ergänzung der Untersuchung im Sinne der Erwägungen angezeigt sei oder nicht.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist sich bewusst, dass die vorstehend formulierten Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Sachverhaltsabklärung und die materiellrechtliche Begründung relativ hoch sind. Sie sind vor dem Hintergrund der einschlägigen Verfahrensbestimmungen aber geboten. Ihre Rechtfertigung erhalten sie im Weiteren dadurch, dass die Rekurskommission der Wettbewerbskommission bei der materiellen Beurteilung einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum einzuräumen gewillt ist. Die Rekurskommission handhabt ihre Kognition wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine Oberverwaltungsbehörde. Es soll prinzipiell Sache der Wettbewerbskommission sein, die materiellrechtlichen Bestimmungen des KG zu konkretisieren und die Wettbewerbspolitik zu formulieren.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei, weshalb ihr - soweit die Hauptsache betreffend - keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Hingegen hat sie im Zusammenhang mit ihrem Massnahmen-gesuch vom 4. Februar 1998, auf das mit Zwischenverfügung vom 6. Februar 1998 nicht eingetreten wurde, als unterliegende Partei die entsprechenden Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem von der Beschwerdeführerin am 19. Februar 1998 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

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

**Demnach entscheidet die Rekurskommission für  
Wettbewerbsfragen:**

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 15. Dezember 1997 aufgehoben.
2. Verfahrenskosten
3. Parteientschädigung
4. Rechtsmittel
5. Eröffnet

**C      Zivilrechtliche Praxis  
Pratique des tribunaux civils  
Prassi dei tribunali civili**

**C 1     Kantonale Gerichte**  
Tribunaux cantonaux  
Tribunali canonali

C 1	<b>1.    Verwaltungsgericht des Kantons Zürich</b>
-----	--

*Entscheid der 3. Kammer, Sitzung vom 19. März 1998, in Sachen ... gegen Direktion des Gesundheitswesens des Kantons Zürich betreffend Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung*

I. ... , geboren 1957, schloss 1993 an der University of Pennsylvania, Philadelphia/USA, das Studium der Zahnmedizin ab. In der Folge arbeitete er während zweier Jahre am Zentrum für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde der Universität Zürich, während eines knappen halben Jahres als Assistenteninstruktor am Zentrum für Zahnmedizin der Universität Basel, ab Juni 1996 ein Jahr lang als Assistenz-Zahnarzt in einer Privatpraxis in Pfäffikon/SZ und ab November 1997 schliesslich als Assistenz-Zahnarzt in Lausanne.

Am 5. Januar 1998 wies die Gesundheitsdirektion ein Gesuch von ... um Bewilligung der selbständigen zahnärztlichen Berufstätigkeit im Kanton Zürich ab. Zur Begründung führte die Direktion im wesentlichen aus, die Bewilligung zur selbständigen zahnärztlichen Tätigkeit könne nach § 18 des Gesetzes über das Gesundheitswesen vom 4. November 1962 (Gesundheitsgesetz; GesundheitsG) nur Inhabern des eidgenössischen Zahnarztdiploms erteilt werden. Die Zulassung von Personen mit anderen, gleichwertigen Diplomen sei nach § 8 Abs. 2 GesundheitsG nur dann zulässig, wenn sonst nicht genügend Berufsangehörige vorhanden seien, um die Betreuung der Bevölkerung si-

cherzustellen. Seit 1983 würden im Kanton Zürich infolge der ausreichenden zahnmedizinischen Versorgungslage keine Ausnahmegewilligungen für die Berufstätigkeit ausländisch diplomierter Zahnärzte mehr erteilt. Der Gesuchsteller sei vorliegend zwar zur selbständigen Berufsausübung im Kanton St. Gallen zugelassen worden, dieser Kanton mache jedoch die Zulassung nicht vom Absolvieren der eidgenössischen Medizinalprüfung abhängig. Die gesetzlichen Anforderungen des Kantons Zürich an den Fähigkeitsausweis seien daher nur teilweise erfüllt. Der nach Art. 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) diesfalls zulässige Nachweis des Gesuchstellers, dass er die erforderlichen Kenntnisse im Rahmen einer Ausbildung oder einer praktischen Tätigkeit anderweitig erworben habe, könne nur durch Absolvieren der eidgenössischen Medizinalprüfung erbracht werden.

II. Gegen diese Verfügung erhob ... mit Eingabe vom 2. Februar 1998 Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Gesundheitsdirektion anzuweisen, die ersuchte Bewilligung zu erteilen, eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, ein Verfahren nach Art. 4 Abs. 2 BGBM durchzuführen.

Die Gesundheitsdirektion beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 11. Februar 1998 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werde.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

1. Streitgegenstand bildet vorliegend die Bewilligung zur Ausübung eines Berufs der Gesundheitspflege. Diesbezügliche erstinstanzliche Anordnungen der Direktionen und Ämter können gemäss § 19a Abs. 2 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) direkt mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist damit gegeben.

Mit der Direktbeschwerde im Sinn von § 19a Abs. 2 VRG kann neben der Rechtsverletzung auch die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung geltend gemacht werden (§ 50 Abs. 2 und 3 VRO).

2. a) Der Beschwerdeführer anerkennt, dass seiner Berufszulassung im Kanton Zürich § 18 GesundheitsG entgegensteht, wonach die selbständige zahnärztliche Tätigkeit den Inhabern des eidgenössischen Zahnarztdiploms vorbehalten ist. Ebenfalls beansprucht er keine Ausnahmegewilligung gemäss § 8 Abs. 2 GesundheitsG, welche eine zahnärztliche Unterversorgung der Bevölkerung voraussetzen würde. Hingegen macht der Beschwerdeführer geltend, die kantonale Regelung widerspreche dem Bundesrecht, namentlich Art. 3 und 4

BGBM, da sein Fähigkeitsausweis bereits von zwei anderen Kantonen anerkannt sei.

b) Nach Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale und kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Art. 3 Abs. 1 BGBM gestattet die Einschränkung des freien Marktzugangs für ortsfremde Anbieter nach Massgabe der Vorschriften des Bestimmungsorts nur dann, wenn diese Beschränkungen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und ausserdem verhältnismässig sind. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Thomas Cottier/Manfred Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt [BGBM], AJP 1995, S. 1586; Pra 87/1998 Nr. 2 E. 4a). Gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM fallen als überwiegende öffentliche Interessen unter anderem der Schutz von Leben und Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen (lit. a) sowie die Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstands für bewilligungspflichtige Berufstätigkeiten (lit. e) in Betracht. Verhältnismässig ist eine Marktzugangsbeschränkung nach Art. 3 Abs. 3 BGBM unter anderem dann, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erzielt wird (lit. a) und die Nachteile und Sicherheiten berücksichtigt werden, welche der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat (lit. b).

Zielsetzung des Binnenmarktgesetzes ist die Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1217). Kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise sollen auch ohne Gegenrechtsvereinbarung bundesweit gelten (Cottier/Wagner, S. 1586). Will die zuständige Behörde dem Inhaber eines solchen Ausweises den Marktzugang zwecks Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstands beschränken, so trägt sie die Beweislast für die Notwendigkeit einer derartigen Zugangsbeschränkung (Botschaft, S. 1267; Cottier/Wagner, S. 1586).

c) Der Beschwerdeführer geht zu Recht davon aus, dass er mit dem Zahnarzt Diplom der University of Pennsylvania und dessen Anerkennung durch die Kantone St. Gallen (act. 8/2/4) und mittlerweile auch Waadt (act. 5) über einen kantonal anerkannten Fähigkeitsausweis im Sinn von Art. 4 Abs. 1 BGBM verfügt. Davon scheint auch die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid auszugehen. Fraglich ist einzig, ob dem Beschwerdeführer trotz dieses Fähigkeitsausweises der freie Zugang zum Markt im Kanton Zürich im Sinn von Art. 3 BGBM verwehrt werden darf.

Art. 44 Abs. 1 lit. a des sanktgallischen Gesundheitsgesetzes (GesG/SG) verlangt gleichermassen wie § 18 GesundheitsG für die Zulassung eines selbständigen Zahnarztes den Nachweis eines eidgenössischen

Diploms. Nach Art. 44 Abs. 2 GesG/SG darf einem Inhaber eines ausländischen Diploms die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung erteilt werden, wenn die Versorgung der Bevölkerung durch Inhaber des eidgenössischen Diploms nicht gewährleistet und das ausländische Diplom dem schweizerischen gleichwertig ist. Da das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen in einem Entscheid vom 17. August 1993 die genannte Voraussetzung der Unterversorgung der Bevölkerung als verfassungswidrig erklärt hatte, prüfte der Gesundheitsrat des Kantons St. Gallen in seinem Zulassungsentscheid vom 14. März 1997 einzig, ob das ausländische Diplom des Gesuchstellers dem eidgenössischen gleichwertig sei. Es verglich dabei nach dem Sinn des Gesetzes nicht nur die Universitätsausbildung des Gesuchstellers mit derjenigen in der Schweiz, sondern insgesamt den heutigen Ausbildungsstand des Gesuchstellers unter Einbezug seiner seitherigen praktischen Tätigkeiten sowie seiner Zusatzausbildungen mit demjenigen eines Inhabers des eidgenössischen Zahnärztdiploms. In Würdigung dieses Ausbildungsstands und in Anbetracht der Stellungnahme der Zahnärztesgesellschaft des Kantons St. Gallen, welche die Ausbildung des Gesuchstellers als der schweizerischen gleichgestellt erachtet hatte, erteilte der Gesundheitsrat die ersuchte Ausnahmegewilligung.

Mit der Zulassung des Beschwerdeführers als selbständiger Zahnarzt hat die sanktgallische Behörde demnach eine materielle Prüfung des Ausbildungsstands im Einzelfall vorgenommen und diesen als dem schweizerischen gleichwertig erachtet. Da der Kanton Zürich nach dem Gebot der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 3 Abs. 3 lit. b BGBM verpflichtet ist, den im Kanton St. Gallen gelungenen materiellen Nachweis der Gleichwertigkeit der Ausbildung zu berücksichtigen (vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. b BGBM), kann dem Beschwerdeführer der Marktzugang demnach nicht mit der Begründung verweigert werden, dies diene dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und sei zur Gewährleistung eines hinreichenden Ausbildungsstands der Zahnärzte notwendig. Beiden öffentlichen Interessen ist durch die verbindlich festgestellte Gleichwertigkeit der Ausbildung vollumfänglich Rechnung getragen. Jedenfalls läge es unter diesen Umständen an der Gesundheitsbehörde, den Nachweis für die Notwendigkeit einer derart begründeten Zugangsbeschränkung zu erbringen (Botschaft, S. 1267; Cottier/Wagner, S. 1586). Dieser Nachweis ist der Beschwerdegegnerin nicht einmal ansatzweise gelungen. Der angefochtene Entscheid begnügt sich mit der blossen Feststellung, der Kanton St. Gallen mache die Zulassung im Gegensatz zum Kanton Zürich nicht vom Absolvieren der eidgenössischen Medizinalprüfung abhängig und der Nachweis der erforderlichen Kenntnisse könne nur durch Absolvieren dieser Prüfung erbracht werden. Damit übersieht die Vorinstanz, dass sich der Anspruch auf Zulassung direkt aus Art. 4 Abs. 1 BGBM ergibt und bestehende kantonale rechtliche Zulassungs-



beschränkungen konkret auf ihre Übereinstimmung mit Art. 3 BGBM überprüft werden müssen.

d) Aus dem von der Beschwerdegegnerin angerufenen Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 19. November 1996 (RB 1996 Nr. 97), welcher vom Bundesgericht am 4. Juli 1997 bestätigt worden ist, lässt sich entgegen den Ausführungen im vorliegend angefochtenen Entscheid nichts ableiten. In jenem Fall ging es in erster Linie um die Verfassungsmässigkeit von § 18 Abs. 1 GesundheitsG, welche das Verwaltungsgericht als gegeben erachtete. Dabei stand die Anwendbarkeit des Binnenmarktgesetzes mangels Vorliegens einer ausserkantonalen Anerkennung des Fähigkeitsausweises gar nicht in Frage. Ebensov wenig hatte das Verwaltungsgericht in jenem Fall Anlass, sich mit der Verfassungsmässigkeit der Regelung von § 8 Abs. 2 GesundheitsG, insbesondere der Ausnahmevoraussetzung der Unterversorgung, auseinanderzusetzen. Damals hatte der Beschwerdeführer aus der früheren Erteilung von Ausnahmebewilligungen an Berufskollegen mit demselben Belgrader Diplomabschluss eine Anerkennung der Gleichwertigkeit des ausländischen Abschlusses mit dem schweizerischen durch die Gesundheitsdirektion ableiten wollen. Allein diese Gleichsetzung lehnte das Verwaltungsgericht ab (E. 4), wobei es vorgängig auf die Schwierigkeiten bei einem konkreten Ausbildungsvergleich und die Möglichkeit einer erleichterten eidgenössischen Schlussprüfung verwiesen hatte (E. 2 S. 194 f.).

Besteht demnach ein Anspruch auf Zulassung bereits gestützt auf Art. 4 Abs. 1 BGBM, so kann offen bleiben, ob Art. 4 Abs. 3 BGBM die Kantone allenfalls zwingt, ein eigenes materielles Prüfungsverfahren für Inhaber ausländischer Zahnarzt diplome zur Verflügung zu stellen. Ebenso kann offen bleiben, ob ein Anspruch auf ein solches Verfahren gegebenenfalls nur dann besteht, wenn die Möglichkeit einer erleichterten eidgenössischen Diplomprüfung z.B. infolge der ausländischen Staatsangehörigkeit eines Bewerbers (vgl. etwa Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Medizinalprüfungsverordnung vom 19. November 1980) nicht gegeben ist, oder allenfalls auch, wenn sich deren Bedingungen im Einzelfall als unverhältnismässig im Sinn von Art. 3 Abs. 3 BGBM erweisen. In diesem Zusammenhang könnte übrigens auch die Zeit, welche ein Bewerber auf die Ablegung der eidgenössischen Prüfung warten muss und die der Beschwerdeführer vorliegend auf fast drei Jahre bemisst, eine Rolle spielen.

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Antragsgemäss ist die Beschwerdegegnerin zur Bewilligungserteilung einzuladen.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens dem Staat aufzuerlegen. Der obsiegende Beschwerdeführer ist ausserdem aus der Staatskasse angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit § 70 VRG).

4. Gegen diesen Entscheid steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nicht zur Verfügung (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

**Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Gesundheitsdirektion eingeladen, die ersuchte Bewilligung zu erteilen.
2. Gerichtsgebühr
3. Gerichtskosten
4. Parteientschädigung
5. Eröffnet

C 1	<b>2. Handelsgericht des Kantons Zürich</b>
-----	---

*Urteil vom 23. November 1998 in Sachen Kodak SA gegen Jumbo-Markt AG betreffend Patent*

**Das Gericht zieht in Erwägung:**

**I.**

1. Am 19. Dezember 1996 reichte die Klägerin die Klageschrift ein mit folgendem Rechtsbegehren (act. 1):
  - „1. Es sei der Beklagten zu verbieten, in Verletzung des Patentes EP PS 0 028 099 Kodak-Farbnegativfilme unter Bezeichnung Kodak Gold 200 (12, 24, und 36 Bilder pro Film) sowie Einwegkameras mit Kodak Gold 400-Farbnegativfilmen, nämlich insbesondere solche unter der Bezeichnung „Fun Flash“, „Fun Waterproof“ und „Fun Wide Angle“, alle soweit sie nicht von der Klägerin bezogen oder von dieser selbst in der Schweiz in Verkehr gebracht wurden, in die Schweiz einzuführen und/oder hier feilzuhalten, zu verkaufen oder in Verkehr zu bringen bzw. durch Dritte wie insbesondere eigene Filialbetriebe und Konzerngesellschaften einführen, feilhalten, verkaufen oder in Verkehr bringen zu lassen, unter Androhung, dass die Organe der Beklagten im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB wegen Ungehorsams mit Haft oder Busse bestraft werden können;
  2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den durch den widerrechtlichen Vertrieb von Filmen und Einwegkameras gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 erzielten und nach Massgabe des gericht-

lichen Beweisverfahrens ziffernmässig festzustellenden Gewinn herauszugeben.

3. Die Beklagte habe sämtliche Personen und/oder Gesellschaften zu nennen, von welchen sie die in der Schweiz vertriebenen Filme und Einwegkameras gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 bezogen hat;
4. Die Klägerin sei für berechtigt zu erklären, das Rechtsbegehren Ziff. 1 betreffende Urteilsdispositiv auf Kosten der Beklagten in zwei Fachzeitschriften für den Fotohandel sowie in je einer Tageszeitung ihrer Wahl in der deutschen, französischen und italienischen Schweiz sowie im Fürstentum Liechtenstein je einmal publizieren zu lassen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.“

2. Mit der Klageantwort vom 26. März 1997 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage (act. 7).
3. Nachdem die Durchführung einer Referentenaudienz nicht angezeigt erschienen war (Telefonnotiz, Prot. S. 3), wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt.
4. Am 22. September 1997 erstattete die Klägerin die Replik (act. 11), am 13. Januar 1998 die Beklagte die Duplik (act. 16).
5. Mit Verfügung vom 16. September 1998 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zu einem am 20. Juli 1998 zur Frage der nationalen beziehungsweise internationalen Erschöpfung im Urheberrecht ergangenen Bundesgerichtsurteil (act. 21) zu äussern [dieses Urteil „Nintendo“ sollte in der Folge am 12. Oktober 1998 als BGE 124 III 321 publiziert werden].

Die entsprechenden Stellungnahmen der Parteien erfolgten am 16. und 19. Oktober 1998 (act. 25 und 26).

## II.

Dem Prozess liegt folgender unbestrittener Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin Kodak SA ist infolge einer Patentabtretung Inhaberin des schweizerischen Teils des Europäischen Patentes EP 0 028 099, welches im übrigen der Muttergesellschaft der Klägerin, der Eastman Kodak Company, Rochester, USA, zusteht. Die Klägerin ist eine reine Vertriebsgesellschaft. Sie bezieht die in Rechtsbegehren Ziff. 1 genannten Kodak-Farbnegativfilme und Einwegkameras für den Vertrieb in der Schweiz von verschiedenen Kodak-Produktionsgesellschaften. Sie hat für die Schweiz ein exklusives Kodak-Vertriebsrecht und beliefert in der Schweiz gewisse Grossisten und Detailhändler.

Die Beklagte Jumbo Markt AG verkauft neben vielem anderen auch Kodak-Produkte. Einen Teil dieser Produkte bezieht sie über die von der Klägerin autorisierten Quellen in der Schweiz, nicht aber die von ihr auch angebotenen Farbnegativfilme Kodak Gold 200 und Kodak Einwegkameras, die den Film Kodak Gold 400 enthalten. Diese Filme und Kameras, die in den Schutzbereich des Streitpatentes fallen, stammen vielmehr aus Grossbritannien, wo sie mit Zustimmung der für England zuständigen Kodak-Gesellschaft in Verkehr gebracht wurden. Es handelt sich, wie die Klägerin sagt, um ordnungsgemäss für den englischen Markt bestimmte Kodak-Produkte (Replik, act. 11, S. 16, Ziff. 28).

### III.

1. a) Prozessthema ist Parallelimport. Strittig und prozessentscheidend ist die Rechtsfrage, ob gemäss schweizerischem Patentrecht das Inverkehrsetzen eines patentgeschützten Produktes durch den Patentinhaber (oder durch eine Gesellschaft aus dem Konzern, dem er angehört) im **Ausland** es dem Patentinhaber verwehrt, im **Inland** seinen Anspruch auf ausschliessliche gewerbliche Benützung dieses Gegenstandes geltend zu machen oder nicht. Anders formuliert ist die Frage die, ob die Inverkehrsetzung eines Gegenstandes durch den Patentinhaber zu einer **bloss nationalen** (beziehungsweise allenfalls regionalen) oder zu einer **weltweiten** Erschöpfung des Patentrechts führt.

Die Kontroverse ist alt und bekannt. Die Parteien haben durch ihre Privatgutachter die Argumente der beiden Seiten und die entsprechende Literatur und Judikatur einlässlich darlegen lassen. Darauf wird, soweit erforderlich, gleich zurückzukommen sein.

Vorab ist noch darauf hinzuweisen, dass die Privatgutachten von Prof. Mario Pedrazzini für die Klägerin (act. 12/1) und von Prof. Eugen Marbach für die Beklagte (act. 8) gemäss ständiger Praxis nicht als Beweismittel, sondern als Parteivorbringen zu betrachten sind.

b) Die traditionelle Patentrechtsliteratur in der Schweiz hat sich - diesbezüglich sind sich auch die Parteien einig - für die nationale Erschöpfung ausgesprochen (etwa Blum/Pedrazzini, Das schweizerische Patentrecht, Bd. I, Anm. 13 zu Art. 8 PatG; Roland von Büren, Der Übergang von Immaterialgüterrechten, SIWR I/1, S. 179; Mario M. Pedrazzini, Patent- und Lizenzvertragsrecht. 2. A., S. 123; Alois Troller, Immaterialgüterrecht, 3. A., S. 767; Troller Alois, Troller Patrick, Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 3. A, S. 161; Kamen Troller, Manuel du droit suisse des biens immatériels, Tome II, S. 654). Die Begründung war dabei im wesentlichen die, dass sich wegen des Territorialitätsprinzips der Schutz eines Patentes nur auf das Schutzland erstreckt, und entsprechend Handlungen im Ausland das Patent nicht

verletzen könnten, weshalb umgekehrt Handlungen im Ausland dieses auch nicht tangieren könnten.

Immerhin scheint diese Ansicht - wohl im Gefolge des „Channel“-Urteils des Bundesgerichts, das diese Interpretation des Territorialitätsprinzips abgelehnt hat (BGE 122 III 469) - auch bei den „klassischen“ Immaterialgüterrechtlern nicht mehr unerschüttert zu sein, hält doch neuestens Roland von Büren, nachdem er die Praxis der internationalen Erschöpfung im Markenrecht behandelt hat, fest: „Für die anderen immaterialgüterrechtlichen Bereiche besteht in der Lehre keine einheitliche Meinung und entsprechende Entscheide fehlen bisher“ (Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, S. 155f, N 641). Und auch Mario Pedrazzini erklärt im gleichen Werk - anders als noch in seinem Privatgutachten -, die Frage der sogenannten internationalen Erschöpfung des schweizerischen Patentrechts bei Herstellung durch einen Dritten im Ausland und mit Einwilligung des dortigen (gleichen) Patentinhabers sei für das schweizerische Patentrecht noch nicht entschieden worden (loc.cit., S. 48f., N 140).

In der Tat wird in einer neueren, wettbewerbsorientierten Literatur die internationale Erschöpfung befürwortet (etwa Marianne Bieri-Gut, Parallelimport und Immaterialgüterrechte nach schweizerischen Spezialgesetzen und nach dem Recht der EU, AJP Nr. 5/96, S. 559ff.; Thomas Cottier / Marc Stucki, Parallelimporte im Patent-, Urheber- und Muster- und Modellrecht aus europäischer und völkerrechtlicher Sicht, in: *Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle*, Actes du colloque de Lausanne, Genève 1996, S. 29ff.; Roger Zäch, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrechte, SJZ 1995, S. 301ff.). Diese Autoren stützen sich auf Persönlichkeitsrecht, Handels- und Gewerbefreiheit und Aussenwirtschaftsrecht. Andere schliesslich räumen ein, die Beurteilung der Rechtslage sei schwierig; man könne nicht ausschliessen, dass das Bundesgericht Parallelimporte nicht untersagen werde, weil dem Bedürfnis nach möglichst freiem, grenzüberschreitenden Warenverkehr der Vorrang gegenüber dem Territorialitätsprinzip eingeräumt würde (Leo Staub/Christian Hilti, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, S. 153).

c) Schweizer Urteile zur Frage der nationalen oder internationalen Erschöpfung im Patentrecht sind dünn gesät. Das Bundesgericht hatte sich damit noch nie zu befassen, und von kantonalen Gerichten scheinen lediglich vier Entscheide publiziert worden zu sein. Von diesen befürworteten drei die nationale Erschöpfung, jeweils unter Bezugnahme auf das Territorialitätsprinzip und ohne näher auf die Problematik einzugehen (Verfügung des Einzelrichters am Handelsgericht Zürich vom 6. Februar 1979, in SMI 1982, S. 95ff.; Ordonnance de la Cour de Justice des Kantons Genf vom 14. April 1983, in SJ 1984, S. 31f.; Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Tessin vom 30.

August 1987, in SMI 1988, S. 202ff.), während ein vierter Entscheid (Entscheid der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern vom 11. Dezember 1987, in LGVE 1987 I, Nr. 25) sich für die internationale Erschöpfung aussprach, gestützt auf Art. 2 ZGB und auf eine - allerdings offensichtlich missverständliche - Stelle bei Blum/Pedrazzini (vergl. die Verweise in act. 8, S. 7ff. und in act. 12/1, S. 4f.).

d) Rechtsvergleichend ist festzustellen, dass sich kein einheitliches Bild bietet.

Das Bundesgericht ging im erwähnten Urheberrechtsentscheid „Nintendo“ gestützt auf einen Beitrag von Friedrich-Karl Beier (Zur Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Erzeugnisse, in GRUR Int. 1996, S. 1 ff.) davon aus, die überwiegend herrschende Lehre in anderen europäischen Staaten befürworte die nationale Erschöpfung (BGE 124 III 321 E. 2. d). Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass es sich bei diesem Beitrag Beiers um ein Privatgutachten und damit nach hiesiger Auffassung um ein Plädoyer handelte, welches er im Auftrag des Patentinhabers in einem vor dem Japanischen obersten Gerichtshof hängigen Verfahren erstattet hatte, nachdem das Obergericht Tokyo als Vorinstanz sich für die internationale Erschöpfung ausgesprochen hatte, und welches Privatgutachten Beier nun - ungewöhnlich genug, und wohl nur als Privileg des Herausgebers möglich - in GRUR Int. veröffentlichte, als der Fall am Japanischen Obersten Gerichtshof noch hängig war (und in der Folge am 1. Juli 1997 entgegen der Auffassung Beiers entschieden werden sollte, GRUR Int. 1998, S. 168ff.). Dieser Hintergrund des Beitrages ändert natürlich nichts an der Richtigkeit der Feststellungen Beiers zur Rechtslage in den von ihm behandelten Staaten, wird aber zu berücksichtigen sein bei der Behandlung der Begründung seiner Rechtsauffassung (unten 2. c cc B).

Festzuhalten bleibt, dass in Europa weitgehend der Grundsatz der nationalen Erschöpfung gilt (beziehungsweise, worauf gleich zurückzukommen sein wird, der Grundsatz der EU- respektive EWR-weiten Erschöpfung unter deren Mitgliedern), ebenso in den USA.

Im britischen Recht hingegen (wie auch in Australien, Kanada und Ungarn; act. 12/1 S. 13) herrscht die Theorie der „implied licence“, wonach der Patentinhaber mit dem Verkauf eines patentierten Erzeugnisses dem Erwerber - vorbehältlich anderer vertraglicher Vereinbarung - eine stillschweigende Lizenz zur Benutzung und zum Weitervertrieb einräumt, und zwar ohne territoriale Beschränkung.

Dieselbe Auffassung vertritt der Japanische Oberste Gerichtshof (Urteil „Kraftfahrzeugfelgen III“ vom 1. Juli 1997, in GRUR Int. 1998, S. 168ff.).

Der EuGH hat, nachdem er sich in der Entscheidung „Centrafarm/Sterling Drug“ bereits für die gemeinschaftsweite Erschöpfung

entschieden hatte (15/74 = GRUR Int. 1974, S. 454ff.), im Entscheid „Marck/Stephar“ (187/80 = GRUR Int. 1982, S. 47ff.) auch für den Fall des ersten Inverkehrsetzens in einem patentfreien Land der Gemeinschaft gleich geurteilt, mit der Begründung, es sei Aufgabe des Patentinhabers, in voller Kenntnis der Sachlage über die Bedingungen zu entscheiden, unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringe; anders zu entscheiden würde zu einer Abschottung der nationalen Märkte führen, die den Zielen des [EWG-]Vertrages zuwiderliefe (187/80 = GRUR Int. 1982, S. 47ff.).

In Lateinamerika haben die Gesetzgeber in neuerer Zeit weitgehend - mit Ausnahme Chiles - im Sinne der internationalen Erschöpfung legislariert, wobei allerdings auf Druck der Vereinigten Staaten auch gegenläufige Tendenzen auszumachen sind (Carlos M. Correa, Veränderungen im lateinamerikanischen Patentrecht, GRUR Int. 1994, S. 799ff.; Ana María Pacón, Aktuelle Tendenzen im gewerblichen Rechtsschutz Lateinamerikas, GRUR Int. 1994, S. 888ff.; H.P. Kunz-Hallstein, Zur Frage der Parallelimporte im internationalen gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1998, S. 268ff.).

2. Die Frage der nationalen oder internationalen Erschöpfung in der Schweiz beurteilt sich, soweit sich die Parteien noch einig, nach dem Gesetz.

Eine Gesetzesbestimmung ist, wie das Bundesgericht im oben I. 5. erwähnten urheberrechtlichen Entscheid „Nintendo“ dargelegt hat, „in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen (grammatikalisches Auslegungselement). Von Bedeutung ist jedoch auch, welche Überlegungen der Gesetzgeber bei ihrem Erlass angestellt hat (historisches Auslegungselement). 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). Schliesslich ist nach dem, Ziel, das die Bestimmung verfolgt, nach dem Zweck, dem sie dient, zu fragen (teleologisches Auslegungselement). Der Normzweck lässt sich dabei allerdings nicht aus sich selbst heraus begründen, sondern ergibt sich letztlich wiederum aus grammatikalischen, historischen und systematischen Gesichtspunkten“ (BGE 124 III 321 E. 2). Endlich darf auch das realistische Element nicht ausser Acht gelassen werden (Arthur Meier-Hayoz im Berner Kommentar, Einleitungsband, N 210ff. zu Art. 1 ZGB).

a) Der massgebliche Art. 8 PatG hat folgenden Wortlaut:

„<sup>1</sup> Das Patent verschafft seinem Inhaber das ausschliessliche Recht, die Erfindung gewerbsmässig zu benützen.

<sup>2</sup> Als Benützung gelten neben dem Gebrauch und der Ausführung insbesondere auch das Feilhalten, der Verkauf, das Inverkehrbringen sowie die Einfuhr zu diesen Zwecken.

<sup>3</sup> ... [Verfahren] ..."

Dieser Gesetzestext hilft insofern nicht weiter, als er das Ausschliesslichkeitsrecht des Patentinhabers als uneingeschränkt darstellt, also keinerlei Erschöpfung vorsieht. Tatsächlich herrschte aber nie eine andere Meinung, als dass das Ausschliesslichkeitsrecht nur insoweit bestehen soll, als es der Patentinhaber nicht bezüglich eines bestimmten Produktes durch dessen Inverkehrsetzung erschöpft (statt vieler: Alois Troller, Immaterialgüterrecht II, 3. A, S. 763f.). Strittig ist, wie gesagt, nur die territoriale Ausdehnung der Wirkung dieser im Gesetzestext nicht erwähnten Erschöpfung.

Das gilt auch bezüglich der geschützten „Einfuhr“, weil auch in dieser Hinsicht für die Frage der Erschöpfung dem Gesetzestext nichts zu entnehmen ist.

Die grammatikalische Auslegung des Gesetzes führt deshalb zu keinem Ergebnis.

b) Die Klägerin will in Berücksichtigung des historischen Auslegungselementes aus der Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Patentgesetzes (BB1 1989 III 232ff.) entnehmen, dass nach Auffassung des Bundesrates der Grundsatz der nationalen Erschöpfung galt und weitergelten sollte (act. 12/1, S. 17).

Das Bundesgericht hat sich im Urheberrechtsentscheid „Nintendo“ im Rahmen seiner systematischen Überlegungen auch mit der erwähnten Botschaft befasst und dabei folgendes dargelegt: „Ein mit dem Urheberrecht funktionsverwandtes Verwertungsrecht sieht das Handelsgericht [d.h. das Handelsgericht des Kantons Aargau als Vorinstanz] 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 Bereich noch allgemein zur Frage, ob nationale oder internationale Erschöpfung Anwendung finden soll (BB1 1989 III 266); dasselbe gilt für die einschlägigen Ausführungen in der zugehörigen bundesrätlichen Botschaft (BBI 1989 III 255f.). 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 Änderung 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. BBI 1989 III 246, BGE 124 III 321 E. 2. d). Dem ist nichts beizufügen.

c) aa) In systematischer Hinsicht ist vorerst auf das sogenannte Territorialitätsprinzip einzugehen, welches in allen Bereichen des Immaterialgüterrechtes anerkanntermassen zum Zuge kommt und im Zusammenhang mit Parallelimporten von Verfechtern der nationalen Erschöpfung immer wieder herangezogen wurde.

Das Territorialitätsprinzip besagt zum einen, dass sich Bestand, Inhalt und Umfang des Immaterialgüterrechtes nach dem Recht des Schutzlandes richten, und zum anderen, dass sich die Wirkung des Immaterialgüterrechtes auf das Hoheitsgebiet dieses Staates beschränkt. Es geht also um ein rein kollisionsrechtliches Prinzip (vergl. Art. 110 Abs. 1 IPRG), welches keinesfalls die Berücksichtigung ausländischer Sachverhalte verbietet (vergl. H.P. Kunz-Hallstein, Zur Frage der Parallelimporte im internationalen gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1998, S. 270f. mit Verweisen). Diese Auffassung ist an sich alt, jedenfalls konnte Karl Beier schon im Jahre 1971 in seinen Bemerkungen zum „AGFA“-Entscheid, mit welchem in Österreich Parallelimporte im Markenrecht, die vorher unter Berufung auf das Territorialitätsprinzip abgelehnt worden waren, nun für zulässig erklärt wurden, ausführen: „Die ausdrückliche Aufgabe dieser Rechtsprechung, die massgeblich auf das Territorialitätsprinzip gestützt war, sollte eigentlich auch die letzten Mohikaner, die noch mit dem Territorialitätsprinzip operieren, davon überzeugen, dass die Frage der Parallelimporte mit diesem Zauberwort nicht in ihrem Sinn gelöst werden kann. Es hat, nachdem seine wahre Bedeutung und seine Irrelevanz nunmehr klar zu Tage liegt, seine magische Kraft endgültig verloren und sollte die Diskussion um die Zulässigkeit von Parallelimporten nicht noch weiterhin belasten. Hierfür bestehen auch gute Aussichten, denn im Schrifttum setzt sich gleichfalls die Erkenntnis mehr und mehr durch, dass der Territorialitätsgrundsatz ein untaugliches Mittel zur Lösung des Problems ist“ (Karl Beier, GRUR Int. 1971, S. 93). Dessen ungeachtet wurde und wird nach wie vor das Territorialitätsprinzip zur Begründung der bloss nationalen Erschöpfung herangezogen (vergl. die oben 1. c. zitierten schweizerischen Entscheide), allerdings auch, so etwa in den deutschen BGH-Entscheiden „Vorab“ (GRUR 1968, S. 195) und „Tylosin“ (GRUR 1976, S. 579), in differenzierterer Begründung in Verbindung mit anderen Elementen, etwa der Unabhängigkeit von Parallelpatenten gemäss Art. 4bis Abs. 1 und 2 PVÜ - worauf gleich zurückzukommen sein wird - oder dem Belohnungsgedanken (der unten bb ? und d zu behandeln sein wird).

Für die Schweiz hat das Bundesgericht inzwischen - gleich wie vorher der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich im „Timberland“-Entscheid (ZR 93 Nr. 78 E. 7ca) - in seinem „Chanel“-Entscheid eindeutig festgehalten, dass das Territorialitätsprinzip, das den Geltungsbereich eines Schutzrechtes auf das jeweilige Land beschränke, nicht die Berücksichtigung von Tatsachen behindere, die sich im Ausland zugetragen hätten. Damit stehe das Territorialitätsprinzip auch der internationalen Erschöpfung nicht entgegen (BGE 122 III 469 E. 5 e am Ende). Bei „Chanel“ handelte es sich zwar um einen markenrechtlichen Entscheid, was aber insofern ohne Belang ist, als das Territorialitätsprinzip als internationalprivatrechtliche Regel für alle Gebiete des Immaterialgüterrechts gilt (vergl. Art. 110 Abs. 1 IPRG).

bb) Die Beurteilung der Frage der Erschöpfung kann im Patentrecht nicht ohne Bezugnahme auf die Rechtslage im Marken- und Urheberrecht erfolgen.

?) Im Ausland - dies sei vorweg behandelt - sind diesbezüglich in letzter Zeit drei Entscheide von Bedeutung ergangen:

Der EuGH hat in der markenrechtlichen Entscheidung „Silhouette“ vom 16. Juli 1998 (C-355/96 = GRUR Int. 1998, S. 695ff.) festgehalten, dass nationale Vorschriften, die - über die gemeinschaftsweite Erschöpfung hinaus - auch Parallelimporte von ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes zulassen, sich nicht mit Art. 7 der EG-Markenrichtlinie vereinbaren liessen, weil eine unterschiedliche Erschöpfungsregelung in den einzelnen Ländern der umfassenden Harmonisierung der Rechtsvorschriften auf dem Gebiete des Markenrechts in der Gemeinschaft zuwiderliefe.

Gegenteilig entschieden hatte in Anwendung derselben EG-Markenrichtlinie am 3. Dezember 1997 der EFTA-Gerichtshof im Fall „Mag Instrument / California Trading Company - Maglite“ (E-2/97 = GRUR Int. 1998, S. 309ff.), der für den Bereich des EWR festhielt, es sei den EFTA-Staaten überlassen, ob sie den Grundsatz der internationalen Erschöpfung für Waren, die aus Staaten herrühren, die nicht dem EWR angehören, beibehalten oder neu einführen wollen. Zur Begründung, führte er u.a. aus, dass der Grundsatz der internationalen Erschöpfung im Interesse des freien Handelsverkehrs und damit Wettbewerbs liege und damit im Interesse der Verbraucher.

Im Urheberrecht hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten am 9. März 1998 in der Sache „Quality King Distributors, Inc. v. L'anza Research International“ <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-1470.ZO.html>>, wo der Reimport von Haarpflegemitteln, an deren Etiketten Urheberrecht behauptet wurde, zur Diskussion stand, entschieden, dass sich die „first sale“-Doktrin nach § 109 (a) des Urheberrechtsgesetzes auch auf importierte Werkstücke beziehe. Das Recht des Urhebers gemäss § 602 (a), die unerlaubte Einfuhr von Werkstücken zu verhindern, werde dadurch nicht bedeutungslos, da

der Urheberrechtsinhaber gestützt auf diese Bestimmung immer noch die Einfuhr unerlaubt hergestellter Kopien seines Werks verhindern könne.

β) In der Schweiz gilt im Markenrecht die internationale Erschöpfung, wobei diese Praxis vom Bundesgericht unter anderem damit begründet wurde, dass die Kennzeichnungsfunktion der Marke durch Parallelimporte nicht beeinträchtigt werde („Chanel“, BGE 122 III 479).

?) Im Urheberrecht hat sich das Bundesgericht ebenfalls für die internationale Erschöpfung entschieden („Nintendo“, BGE 124 III 321). Der Vorinstanz, die ausgeführt hatte, die unterschiedliche Funktion des Marken- und des Urheberrechts lasse einen Analogieschluss von der markenrechtlichen Rechtsprechung auf die vorliegend zu beurteilende Rechtsfrage nicht zu, hielt das Bundesgericht in jenem Entscheid entgegen, dieser funktionelle Unterschied dürfe 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 Inhaber 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“ (BGE 124 III 321 E. 2. c).

Damit ist aber noch nicht gesagt, dass nun auch das Patentrecht, das wie das Urheberrecht den Schutz geistiger Leistung und deren Verwertung unter Ausschluss anderer zum Gegenstand hat, punkto Erschöpfung gleich behandelt werden müsste wie letzteres. Das Bundesgericht hielt hierzu fest: „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, sondern die periodische Entrichtung von Patentgebühren in verschiedenen Ländern voraussetzt. Man kann sich daher die Frage stellen, ob und wieweit dem Patentinhaber ermöglicht werden soll, seine Investitionen in jedem Land gesondert zu rentabilisieren, ohne dabei durch Parallelimporte beeinträchtigt zu werden.“ In der Folge liess aber das

Bundesgericht die Frage der Erschöpfung beim Patentrecht offen und hielt lediglich fest, dass sich aus einem Vergleich mit dem Patentrecht nichts zugunsten einer Auslegung des Urheberrechts im Sinne der nationalen Erschöpfung ableiten lasse (BGE 124 III 321 E. 2. d).

In der Tat stellen die Patenterteilungs- und -erhaltungskosten in den einzelnen Ländern einen Unterschied zum Urheberrecht dar, wo solche Kosten nicht anfallen. Das rechtfertigt aber keine unterschiedliche Behandlung der Erschöpfung. Wenn der Patentinhaber nicht nur im Einfuhrland, sondern auch im Land der ersten Inverkehrsetzung (Ausfuhrland) ein Patent hält (und finanziert), dann profitiert er auch von beiden Patenten. Wegen des Patents im Inland kann hier ein unter das Patent fallendes Produkt nicht vertrieben werden, wenn es von Dritten stammt; d.h. das Patent im Inland zwingt dazu, das fragliche Produkt beim Patentinhaber zu erwerben. Und im Ausfuhrland, wo das Produkt gekauft wird, kann es der Patentinhaber - wegen der auf seinem dortigen Patent beruhenden Monopolstellung - zu einem höheren Preis verkaufen, als wenn er ohne Patent sich mit Konkurrenz auseinandersetzen müsste, die dort dasselbe Produkt vertreibt. Der Patentinhaber zahlt also zwar an beiden Orten, er profitiert aber auch von beiden Patenten. Auf dieses Thema wird unten d) bei der Behandlung der Belohnung des Erfinders nochmal zurückzukommen sein.

?) Ein ganz wesentlicher Gesichtspunkt ist aber derjenige der einheitlichen Behandlung der Frage der Erschöpfung im ganzen Immaterialgüterrecht.

Der wirtschaftliche Hintergrund der Auseinandersetzung um Parallelimporte ist regelmässig ein selektives Vertriebssystem, das u.a. den Intra-brand-Wettbewerb ausschaltet und so zu höheren Preisen führt, wie das auch die Beklagte im vorliegenden Prozess einlässlich darlegt (act. 7, S. 8ff.), und wozu die Klägerin lediglich meint, diese Überlegungen seien interessant, aber als solche für die Rechtsanwendung nichtmassgebend (act. 11, S. 14f.).

Die Betreiber von selektiven Vertriebssystemen haben versucht, den ihr System störenden Parallelimport über UWG verbieten zu lassen und sind damit gescheitert, nachdem selektive Vertriebssysteme als solche gemäss unserer Rechtsprechung nicht für schützenswert gehalten werden und auch eine Umgehung des Systems durch Parallelimporte nicht als wettbewerbswidrig betrachtet wird („Chanel“, BGE 122 III 469 E. 6 - 10 mit Verweisen). Ebenso wenig Erfolg hatte die Berufung auf Markenrecht („Chanel“), und auch mit Urheberrecht ist dem Graumarkt nicht beizukommen („Nintendo“, BGE 124 III 321). Damit schien als allerletzter Rettungsanker nur noch das Patentrecht zur Verfügung zu stehen: Aber, wenn man sich in einer Gesamtübersicht nochmals vor Augen hält, dass gemäss unserer ständigen Rechtsprechung die Umgehung eines selektiven Vertriebssystems durch Pa-

rallelimporte nicht als wettbewerbswidrig betrachtet wird und dass auch weder über das Recht an der Marke auf dem Produkt (obwohl diese ja bekanntlich in den Augen der Kunden letztlich für den „Wert“ der Ware, eines Parfums zum Beispiel, massgeblich ist) noch über das Urheberrecht - beispielsweise an der urheberrechtlich schützbaeren Form eines Parfum-Flacons - ein Verbot des Parallelimportes erreicht werden konnte, dann müsste es befremden, wenn allein deswegen, weil etwa ein Dichtungsring einen patentierten Querschnitt aufweist, der Parallelimport eines Parfums unterbunden würde. Nachdem die Frage, ob Parallelimporte beziehungsweise Graumarkthandel zuzulassen sind, im Kern eine Frage des Wettbewerbsrechts darstellt, und diese in konstanter Rechtsprechung immer wieder zugunsten des Parallelimportes entschieden wurde, ungeachtet marken- und urheberrechtlich gestützter Umstimmungsversuche, ist es nicht gerechtfertigt, dass sich nun mittels einer patentrechtlichen Argumentation alle diese Entscheide sollten aushebeln lassen.

cc) Zur Begründung der völkerrechtlichen Verpflichtung der Staaten, eine bloss nationale Erschöpfung vorzusehen, beruft sich die Klägerin auf die PVÜ und auf TRIPS.

?) Die Berufung auf TRIPS schlägt fehl, weil, wie das Bundesgericht ebenso kurz wie richtig festhält, in diesem Vertrag angesichts der unüberbrückbaren Gegensätzlichkeit der Verhandlungspositionen die Frage der Erschöpfung von Immaterialgüterrechten bewusst ausgeklammert wurde (Art. 6). Auf „eine allgemeine Einführung der internationalen Erschöpfung wurde verzichtet; den einzelnen Vertragsstaaten bleibt deren Praktizierung aber unbenommen („Nintendo“, BGE 124 III 321 E. 2. f; vergl. auch Christopher Heath, Zur Paralleleinfuhr patentierter Erzeugnisse, Recht der internationalen Wirtschaft 1997, S. 547ff.; H.P. Kunz-Hallstein, Zur Frage der Parallelimporte im internationalen gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1998, S. 269ff.). Damit hat TRIPS keinen Einfluss auf den vorliegend zu treffenden Entscheid.

ß) Art. 4bis Abs. 1 und 2 PVÜ lautet wie folgt:

„<sup>1</sup> Die in den, verschiedenen Verbandsländern von Verbandsangehörigen angemeldeten Patente sind unabhängig von den Patenten, die für dieselbe Erfindung in anderen Ländern erlangt worden sind, mögen diese Länder dem Verband angehören oder nicht.

<sup>2</sup> Diese Bestimmung ist ohne jede Einschränkung zu verstehen, insbesondere in dem Sinn, dass die während der Prioritätsfrist angemeldeten Patente sowohl hinsichtlich der Gründe der Nichtigkeit und des Verfalls als auch hinsichtlich der gesetzmässigen Dauer unabhängig sind.“

Aus dieser Bestimmung wurde immer wieder der Anspruch des Patentinhabers auf Abwehr von Parallelimporten abgeleitet.

Das erfuhr neben Zustimmung auch Kritik, namentlich von Karl Beier, der erklärte, die Nichtanwendung der Erschöpfungslehre auf den Parallelimport patentierter Erzeugnisse lasse sich nicht mit dem in Art. 4bis PVÜ verankerten Prinzip der Unabhängigkeit der für dieselben Erfindungen erteilten Patente begründen (GRUR Int. 1971, S. 93); später sollte Beier aber - in seinem erwähnten Privatgutachten - von dieser Auffassung abkommen und in Art. 4bis PVÜ eine Bestimmung sehen, die Parallelimporte (allenfalls vorbehaltlich anderer ausdrücklicher nationaler Gesetzgebung) für unzulässig erklärte (GRUR Int. 1996, S. 5f.).

Die herrschende Auffassung scheint heute aber eine andere zu sein, nämlich die, dass die in der PVÜ niedergelegte territoriale Unabhängigkeit von Patenten (und im übrigen auch von Warenzeichen, Art. 6 Abs. 3) nur verbietet, das Schicksal des Schutzrechtes in einem Land dem in einem anderen automatisch nachfolgen zu lassen, aber dass sie nichts darüber aussagt, wie das nationale Recht im Ausland erfolgte Handlungen beurteilt (Heath, loc. cit., S. 541f.; H.-P. Kunz-Hallstein, GRUR 1998, S. 270f.). Dieselbe Auffassung vertritt der Japanische Oberste Gerichtshof, der in seinem bereits erwähnten Urteil „Kraftfahrzeugfelge III“ vom 1. Juli 1997 zu Art. 4bis PVÜ ausführte: „Diese Vorschrift verbietet die Abhängigkeit von Patenten und stellt klar, dass Patentrechte im Hinblick auf ihre Entstehung, Änderung oder Verfall in den verschiedenen Unionsländern voneinander unabhängig sind. Das Bestehen eines Patentrechts ist daher unabhängig davon, ob es in einem anderen Land für nichtig oder ungültig erklärt wird oder ob sich die Laufzeit des Patents in einem anderen Land von der hiesigen unterscheidet. All dies soll das hiesige Patentrecht in keiner Weise wechselseitig beeinflussen. Nach dem Vorgegangenen scheint es daher eindeutig, dass sich die Vorschrift nicht auf die Ausübung von Patentrechten durch den Inhaber bezieht. Das Territorialprinzip im Patentrecht bedeutet, dass die Patentrechte einzelner Länder im Hinblick auf ihre Entstehung, Übertragung und Gültigkeit von einander unabhängig sind. Es bedeutet weiter, dass Patentrechte nur innerhalb ihrer jeweiligen Landesgrenzen gültig sind. Allein das nationale Recht hat aber darüber zu bestimmen, was als Ausübung des Patentrechts definiert wird und inwieweit als Ausübung auch das ausländische Inverkehrbringen durch den Patentinhaber angesehen werden kann. Letztere Frage steht in keinem Zusammenhang mit dem Territorialitätsprinzip der Pariser Verbandsübereinkunft, und aus diesem Grund kommt ein Verstoss gegen die Vorschrift von Art. 4bis der Pariser Verbandsübereinkunft im vorliegenden Falle nicht in Betracht“ (Übersetzung nach GRUR Int. 1998, S. 169).

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht ebenfalls, dass der EuGH sie offensichtlich voraussetzt, wenn er im Patentrecht von der EU-weiten Erschöpfung ausgeht. Und im übrigen hat auch die in diversen Ländern praktizierte internationale und die vom EuGH verordnete regionale Erschöpfung im Markenrecht nie unter Berufung auf die PVÜ Kritik erfahren, obwohl Art. 6 Abs. 3 PVÜ die Unabhängigkeit der in verschiedenen Ländern geschützten Marken in gleicher Weise regelt, wie Art. 4bis PVÜ für die Patente.

Kurz, Art. 4bis PVÜ überlässt es dem Schutzland, die Frage der Erschöpfung zu regeln.

d) In teleologischer Hinsicht ist davon auszugehen, dass Sinn und Zweck des Patentrechts darin besteht, den technischen Fortschritt dadurch zu fördern, dass demjenigen, der die Technik mit der Veröffentlichung einer neuen Lehre bereichert, als Gegenleistung für seinen Beitrag ein gewisses Ausschliesslichkeitsrecht, genauer, das Recht, Dritten die Benützung der neuen Lehre während der Patentdauer zu verbieten, eingeräumt wird.

Im Zusammenhang mit Erschöpfung stellt sich deshalb die Frage, ob eine gerechte Belohnung des Erfinders schon dann erreicht ist, wenn man ihm das Recht zur ersten Inverkehrsetzung - aber nur dazu einräumt, oder ob sie erst erreicht ist, wenn der Erfinder berechtigt wird, auch bezüglich eines Gegenstandes, den er in einem Land in Verkehr gesetzt hat, in allen anderen Staaten, wo paralleler Patentschutz besteht, erneut sein Monopol geltend zu machen.

Der EuGH hat, nachdem er sich in der Entscheidung „Centrafarm/Sterling Drug“ bereits für die gemeinschaftsweite Erschöpfung entschieden hatte (15/74 = GRUR Int. 1974, S. 454ff.), in Sachen „Marck/Stephar“ (187/80 = GRUR Int. 1982, S. 47ff.) auch für den Fall des ersten Inverkehrsetzens in einem patentfreien Land der Gemeinschaft so entschieden, mit der Begründung, es sei Aufgabe des Patentinhabers, in voller Kenntnis der Sachlage, über die Bedingungen zu entscheiden, unter denen er sein Erzeugnis in den Verkehr bringe; anders zu entscheiden würde zu einer Abschottung der nationalen Märkte führen, die den Zielen des [EWG-]Vertrages zuwiderliefe (187/80 = GRUR Int. 1982, S. 47ff.).

Zur Diskussion steht die Abwägung der Interessen des Patenteigentümers als Inhaber des geistigen Eigentums gegenüber denjenigen des Erwerbers als dem sachenrechtlichen Eigentümer.

Die erste Inverkehrsetzung gibt dem Patentinhaber die Möglichkeit, die ihm zustehende Gewinnmöglichkeit zu realisieren. Liesse man ihn darüber hinaus den weiteren Vertrieb verbieten oder dirigieren, würde dies den Wirtschaftsverkehr in einer unerträglichen Weise behindern. Es gilt sich nämlich vor Augen zu halten, dass ein Entscheid für die nationale Erschöpfung nicht nur bedeuten würde, dass Parallel-

importe verboten wären, sondern vielmehr wäre dann gemäss Art. 8 PatG jede gewerbsmässige Benützung der Erfindung verboten, und dazu gehört auch der (gewerbsmässige) Gebrauch. Die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern hat in ihrem von beiden Parteien behandelten Entscheid vom 11. Dezember 1987 ausgeführt, dies hätte unhaltbare Konsequenzen. „Ein international tätiger Geschäftsmann beispielsweise dürfte ein patentiertes Schreibgerät beruflich nur in dem Lande benützen, in dem er es gekauft hat“ (act. 17, 2, S. 5). Das Beispiel ist harmlos. Tatsächlich müsste der internationale Handel zusammenbrechen. Jeder ausländische Geschäftsmann etwa, der zu beruflichen Zwecken in die Schweiz kommt, dürfte hier keine seiner im Ausland gekauften (dort wie hier patentierten) technischen Gerätschaften benutzen und wäre damit ausser Funktion gesetzt. Würde etwa, um auf den Prozessgegenstand zurückzukommen, ein englischer Berufsfotograf in England die fraglichen Kodak-Filme einkaufen, dann dürfte er sie für Aufnahmen in der Schweiz nicht benützen. Um keine Patentverletzung zu begehen, müsste er die Filme hier kaufen. Allerdings dürfte er sie dann nicht zur Entwicklung nach England mitnehmen, das müsste er hier machen, ebenso die Abzüge; verkaufen könnte er die Negative auch nur in dem Land, wo er den Film erworben hat. Und wenn man sich vorstellt, dass so ein Fotograf etwa zum Tross der Tour de France gehören könnte, die für eine Etappe in die Schweiz kommt, und dass alle mitgeführten (nicht in der Schweiz gekauften und nicht unter Art. 5ter Abs. 2 PVÜ fallenden) patentierten Gegenstände (Helme, Brillen, Handschuhe, Werkzeuge, Funkgeräte, Film- und Fotokameras, Medikamente, Dopingmittel etc.) an der Grenze zurückbleiben und für den Gebrauch in der Schweiz hier erstanden werden müssten, so wird ersichtlich, dass derartiges nicht Sinn und Zweck des Patentrechts sein kann. Das Patentrecht dient der Förderung der Wirtschaft, nicht deren Lahmlegung. Auch in der industriellen Produktion, wo Fabrikate im Laufe ihrer Herstellung von einem Land ins andere verschoben werden, wäre es ja wohl undenkbar, dass ein Patentinhaber, der im Land A eine patentierte Vorrichtung verkauft hat, die dort in ein Produkt eingebaut wurde, das im Land B weiterverarbeitet und im Land C fertiggestellt wurde, um von dort unter anderem nach D und E verkauft zu werden, hingeht, und im Land B und C Lizenzgebühren verlangt und womöglich in D und E auf Einziehung der patentverletzenden Gegenstände klagt. Offensichtlich muss hier das Interesse des Patentinhabers vor demjenigen des Handels und der Konsumenten an der Verkehrsfähigkeit von einmal vom Berechtigten verkauften Gütern zurücktreten (vergl. die diesbezüglichen Darlegungen des Bundesgerichts im Entscheid „Nintendo“ zum Urheberrecht, BGE 124 III 321).

Bei teleologischer Betrachtungsweise bleibt demnach für die bloss nationale Erschöpfung kein Raum.



e) Auch das realistische Element, das verlangt, dass nicht nur bei Lückenfüllung, sondern auch bei der Auslegung Praktikabilität des ~. Rechts anzustreben und insbesondere das zu berücksichtigen ist, was von den Verkehrsteilnehmern als Norm beachtet wird (Arthur Meier-Hayoz im Berner Kommentar, Einleitungsband, N 210ff. und 323ff. zu Art. 1 ZGB), lässt keine andere Lösung zu: Es kam und kommt beliebig oft vor, dass patentierte Gegenstände im Ausland beim Patentinhaber oder einem von ihm berechtigten Vertreter gekauft und dann in der Schweiz gewerbsmässig gebraucht werden. Wenn es dessen ungeachtet nie einen Prozess gegeben hat, bei dem sich das Bundesgericht mit der Frage befassen musste, ob in einem solchen Fall eine Patentverletzung vorliegt, so lässt das nur darauf schliessen, dass offenbar in Industrie und Handel die Meinung herrscht, mit der Eigentumsübertragung an den Käufer werde ihm das Recht übertragen, über die Kaufsache nach Belieben zu verfügen, d.h. dass eben nicht davon ausgegangen wird, dem Käufer werde nur das sachenrechtliche Eigentum übertragen, während der Verkäufer nach wie vor berechtigt sei, dem Käufer bei Gebrauch der Kaufsache ausserhalb des Verkaufslandes sein geistiges Eigentum entgegenzuhalten.

f) Sind mehrere Auslegungen des Gesetzes möglich, so ist gemäss ständiger Rechtsprechung der verfassungskonformen der Vorzug zu geben. Zwar kann das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen nicht nachprüfen, aber es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keine mit der Verfassung unvereinbare Lösung vorlegt, es sei denn, das Gegenteil ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut oder dem Sinn des Gesetzes („Chanel“, BGE 122 III 469 E. 5a mit Verweisen).

Wie das Bundesgericht in seiner Urheberrechtsentscheid „Nintendo“ unter Hinweis auf seinen „Chanel“-Entscheid (BGE 122 III 469 E. 5g/aa) ausgeführt hat, schliesst die in Art. 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbefreiheit die Aussenwirtschaftsfreiheit mit ein, und zwar insbesondere auch die Freiheit, immaterialgüterrechtlich geschützte Produkte ein- und auszuführen. Eine Beschränkung dieser Freiheit wäre nur verfassungskonform, wenn sie durch eine ausreichende gesetzliche Grundlage gedeckt und durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt wäre (BGE 124 III 321 E. 2. g).

Wie oben festgestellt, kann vorliegend von einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage im Ernst nicht die Rede sein. Der Wortlaut des Gesetzes behandelt die Frage der Erschöpfung nicht, seine Auslegung ist umstritten.

Zudem besteht auch kein öffentliches Interesse, geschweige denn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Unterbindung von Parallelimporten. Das Bundesgericht schrieb dazu im „Chanel“-Entscheid: „Insgesamt erweist sich die Koexistenz zwischen Vertragshändlern und Parallelwiederverkäufern als diejenige Lösung, die die bestmögliche

chen Resultate gewährleistet, welche von einem freien Wettbewerb zum Nutzen der Mitbewerber, der Abnehmer und der Allgemeinheit erwartet werden können“ (BGE 122 III 469 E. 10b). Dazu kommt im zu beurteilenden Fall noch, dass die Beklagte ja auch über das Vertriebssystem der Klägerin mit Originalware beliefert wurde und wird (Klagebegründung, act. 1, S. 5, Ziff. 10 und 11; Klageantwort, act. 7, S. 4, Ziff. 8 und S. 13, Ziff. 33), also nach Auffassung der Klägerin diejenigen Anforderungen erfüllt, die sie an ihre Wiederverkäufer stellt; dies im Gegensatz zur üblichen Konstellation, wo der Marken- oder Patentinhaber regelmässig geltend macht, der Parallelwiederverkäufer erfülle die Anforderung nicht und sei deshalb dem Image des Rechteinhabers abträglich. Hier geht es einzig und allein darum, dass die Klägerin, beziehungsweise letztlich ihre Muttergesellschaft, einen höheren Gewinn erzielt, wenn die Beklagte die Kodak-Produkte nicht über einen englischen, sondern über den schweizerischen Kanal bezieht. Das ist zwar ein Interesse, aber kein öffentliches.

Damit lässt sich eine verfassungskonforme Auslegung nur im Sinne der internationalen Erschöpfung vornehmen.

g) Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass Art. 8 PatG nach Berücksichtigung aller Auslegungskriterien im Sinne der internationalen Erschöpfung zu interpretieren ist.

Dies bedeutet nicht - das sei der Vollständigkeit halber ausgeführt -, dass es dem Patentinhaber deswegen zwingend verwehrt sein müsste, Parallelimporte zu unterbinden. Die Vertragsfreiheit dürfte es vielmehr zulassen, bei der ersten Inverkehrsetzung mit dem Abnehmer gewisse Beschränkungen vertraglich zu vereinbaren (immer vorausgesetzt, übergeordnetes Recht sehe nicht Gegenteiliges vor) und diese Beschränkungen auf der Ware selbst aufzuführen und so auch Dritten (den weiteren Abnehmern) zur Kenntnis zu bringen und auf diese Weise (im Sinne der im Vereinigten Königreich praktizierten „implied licence doctrine“ und im Sinne des behandelten Entscheids des japanischen Obersten Gerichtshofes) den Warenfluss ländermässig zu steuern. Dergleichen steht aber im vorliegenden Fall nicht zur Diskussion und braucht deshalb auch nicht vertieft zu werden.

3. Ist von internationaler Erschöpfung auszugehen, so stehen der Klägerin gegenüber der Beklagten aus Patentrecht keine Ansprüche zu, was zur Abweisung der Klage führt.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass die Klägerin zwar in ihrer Klagebegründung der Beklagten auch vorgeworfen hat, mit der Produkteanschrift der fraglichen Filme die Kundschaft zu täuschen [was wettbewerbsrechtlich relevant wäre], aber die Klägerin hat sich lediglich vorbehalten, hierauf „gegebenenfalls zurückzukommen“ (act. 1, S. 6, Ziff. 11), was sie in der Folge aber nicht getan hat, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist.

Im übrigen hat die Klägerin auch keine Rechtsbegehren gestellt, das diese behauptete Täuschung beziehungsweise deren Unterlassung zum Gegenstand hätte. Auch die Schadenersatzforderung wird nicht mit der behaupteten Täuschung begründet.

#### IV.

1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig.
2. Der Streitwert beträgt gemäss den Ausführungen der Klägerin, denen die Beklagte nicht widersprochen hat, Fr. 400'000.-- (act. 1, S. 3, Ziff. 5).
3. Das Verfahren war im Verhältnis zum Streitwert schwierig und aufwendig. Dem ist bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr (§ 3 Abs. 2 GebVO) und der Prozessentschädigung (§ 4 Abs. 1 lit d AnwGebVO) Rechnung zu tragen.

#### V.

Es wurde eine abweichende Meinung zu Protokoll gegeben.

#### Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Gerichtsgebühr
3. Kosten
4. Prozessentschädigung
5. Eröffnet
6. Rechtsmittel

## C 2 Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale

C 2	<b>1. Zulassung als Notar</b>
-----	-------------------------------

*Das Urteil des Bundesgerichts (II. Öffentlichrechtliche Abteilung) vom 30. Juni 1998 in Sachen H. gegen den Regierungsrat des Kantons Solothurn, vertreten durch das Baudepartement (Amt für Justiz), Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn, betreffend Artikel 4 BV, Zulassung als Notar (2P.433/1997/bmt) hat ergeben:*

A. Dr.iur. H. ist Rechtsanwalt und verfügt über das Notariatspatent des Kantons Aargau. Im Zusammenhang mit der Eröffnung einer Zweigniederlassung in Niedererlinsbach (SO) ersuchte er am 20. Mai 1997 um Zulassung zur Ausübung der Notariatstätigkeit im Kanton Solothurn. Der Regierungsrat des Kantons Solothurn verweigerte ihm diese mit Beschluss vom 19. August 1997 und hielt gleichzeitig fest, dass H. Praktikum und Prüfung grundsätzlich nach dem massgebenden Prüfungsreglement absolvieren müsse. Er gestand jedoch Erleichterungen bezüglich Praktikumsdauer sowie Prüfungsumfang für den Fall zu, dass H. bereits in Recht und Praxis von Schuldbetreibung und Konkurs geprüft worden sei. Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn bestätigte diesen Beschluss auf Beschwerde hin am 2. Dezember 1997.

B. H. hat hiergegen am 24. Dezember 1997 beim Bundesgericht staatsrechtliche Beschwerde eingereicht. Er beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und des Willkürverbots (Art. 4 BV) aufzuheben; zudem sei ihm die Bewilligung zu erteilen, ab dem 1. Januar 1998 in seiner Zweigniederlassung in Niedererlinsbach als Notar tätig zu sein.

Das Baudepartement (Amt für Justiz) beantragt für den Regierungsrat des Kantons Solothurn, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn schliesst auf Abweisung, soweit einzutreten sei.

### **Das Bundesgericht zieht in Erwägung:**

1. a) Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid, der sich ausschliesslich auf kantonales Recht stützt. Die behauptete Rechtsverletzung kann nicht sonstwie durch Klage oder Rechtsmittel beim Bundesgericht oder einer anderen Bundesbehörde gerügt werden. Die staatsrechtliche Beschwerde ist somit zulässig (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 Abs. 2, Art. 87 OG).

b) Als im kantonalen Rechtsmittelverfahren unterlegener Geschwister ist der Beschwerdeführer nach Art. 88 OG zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert, da ihm bei Erfüllen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Ernennung zum Notar zukommt (vgl. § 4 der Notariatsverordnung vom 21. August 1959). Auf die Beschwerde ist demnach unter folgenden Vorbehalten einzutreten:

aa) Von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen ist die staatsrechtliche Beschwerde rein kassatorischer Natur (BGE 118 Ia 64 E. 1e S. 69). Auf die Eingabe des Beschwerdeführers wird deshalb nicht eingetreten, soweit dieser mehr verlangt als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

bb) Die staatsrechtliche Beschwerde muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurzgefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG). Das Bundesgericht untersucht nicht von Amtes wegen, ob ein kantonaler Hoheitsakt verfassungsmässig ist, sondern prüft nur rechtsgenügend vorgebrachte, klar erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.; 119 Ia 197 E. 1d S. 201, mit Hinweisen). Auf bloss allgemein gehaltene, appellatorische Kritik tritt es nicht ein (BGE 107 Ia 186 E. b). Strenge Anforderungen gelten, wenn - wie hier - eine Verletzung des Willkürverbots behauptet wird: In der Begründung ist in diesem Fall darzutun, inwiefern der angefochtene Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 117 Ia 10 E. 4b S. 11 f.). Soweit die vorliegende Beschwerdeschrift diesen Anforderungen nicht genügt und sich in appellatorischer Kritik erschöpft, ist darauf nicht weiter einzugehen. Dies betrifft insbesondere die Ausführungen zu speziellen Fragen des Notariatsrechts sowie die Vorschläge des Beschwerdeführers für die Neugestaltung der Zulassungsvoraussetzungen und Prüfungssysteme (vgl. Seite 8 ff. der Beschwerdeschrift).

2. a) Der Beschwerdeführer anerkennt ausdrücklich, dass das kantonale Recht vom Verwaltungsgericht richtig angewandt worden ist; er macht jedoch geltend, die massgebenden Bestimmungen selbst seien verfassungswidrig. Damit verlangt er deren vorfrageweise Überprüfung auf ihre Verfassungsmässigkeit, was im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde zulässig ist (vgl. BGE 114 Ia 50 E. 2a S. 52, mit Hinweisen). Er kann sich dabei zugestandenermassen nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen. Die einem Notar durch den Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis hat den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion, die als solche nicht unter dem Schutz von Art. 31 BV stehen kann (Urteil i.S. G. vom 12. Dezember 1996 in R DAT 1997 II Nr. 10 S. 14 ff. E. 3f; unveröffentlichtes Urteil i.S. S. vom 9. Mai 1994 E. 3; BGE 73 I 366 E. 2 in fine S. 372, mit Hinweisen; Louis Carlen, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 37; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 481 S. 152 und N 485 ff. S. 153; Peter Ruf, Notariatsrecht, Langenthal 1995, N 251 S. 74 f.; Rhinow in Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, N 72 u. 75 zu Art. 31; vgl. auch BGE 103 Ia 394 E. 2c S. 401).

Der Beschwerdeführer vermag auch aus Art. 5 ÜbBest. BV keinen Anspruch auf Zulassung als Notar abzuleiten, weil der Grundsatz der Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten auf öffentliche und hoheitliche Tätigkeiten keine Anwendung findet (unveröffentlichtes Urteil i.S. C. vom 19. Mai 1982 E. 3; BGE 73 I 366 E. 2 in fine; Hans Marti, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel 1976, S. 42; Ruf, a.a.O., N 296 S. 86; Bois in Kommentar zur Bun-

desverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, N 7 zu Art. 5 ÜbBest.). Gleiches gilt bezüglich des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (SR 943.02; Binnenmarktgesetz [BG – BM]): Art. 1 Abs. 3 BGBM nimmt diejenigen Erwerbstätigkeiten, die nicht dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit unterstehen, ausdrücklich vom Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes aus.

b) Es kann sich daher einzig fragen, ob die beanstandeten Bestimmungen vor Art. 4 BV standhalten. Auch die vom Beschwerdeführer implizit erhobene Rüge der Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist lediglich unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 BV zu prüfen. Beim Verhältnismässigkeitsgebot handelt es sich zwar um ein verfassungsmässiges Prinzip, nicht jedoch um ein verfassungsmässiges Recht, dessen Verletzung der einzelne selbständig, ohne Zusammenhang mit der Anrufung eines Grundrechts, geltend machen kann. Die Rüge der Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots hat deshalb neben den zu behandelnden Rügen der Willkür und der Rechtungleichheit keine selbständige Bedeutung (BGE 123 I 1 E. 10 S. 11, mit Hinweisen).

3. a) Der Beschwerdeführer rügt, § 3 Abs. 2<sup>bis</sup>, § 8 Abs. 1 lit. b und § 11 lit. b des Prüfungsreglements des Kantons Solothurn vom 19. Februar 1975 für Fürsprecher, Notare und Gerichtsschreiber (nachfolgend: Prüfungsreglement) verletzen das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot von Art. 4 BV. Er beanstandet, dass von ihm als aargauischem Notar das Bestehen eines Praktikums sowie einer Prüfung, die mehr als das formelle Notariatsrecht umfasst, verlangt wird; das anwendbare kantonale Recht trage seiner Vorbildung nicht genügend Rechnung.

b) Ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist; er verletzt das Rechtsgleichheitsgebot, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf eine wesentliche Tatsache bezieht (BGE 123 II 16 E. 6a S. 26, mit Hinweisen).

4. Während der materielle Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehört, liegt die Kompetenz zu deren gesetzlichen Regelung grundsätzlich bei den Kantonen (vgl. BGE 8,4 II 636 E. 1 S. 640; Louis Carlen, a.a.O., S. 35; Christian Brückner, a.a.O., N 5 S. 3 f.; Peter Ruf, a.a.O., N 130 S. 34). Art. 55 SchIT ZGB überträgt den Kantonen die Aufgabe, zu bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet öffentliche Urkunden hergestellt werden. Dies bedeutet, dass das kantonale Recht festzulegen hat, wer auf dem Kantonsgebiet zur

Errichtung einer öffentlichen Urkunde sachlich zuständig und wie dabei zu verfahren ist. Neben Zuständigkeit und Form des Verfahrens sind insbesondere die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundsperson sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln (Ruf, a.a.O., N 140 S. 37). Diese verfahrensrechtliche Normierungsfreiheit wird einerseits durch die bundesrechtlichen Mindestanforderungen beschränkt (zu deren Umfang: Ruf, a.a.O., N 162-164 S. 46 ff.), die sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts ergeben (BGE 106 II 146 E. 1 S. 147, mit Hinweisen) und denen jedes kantonale Beurkundungsverfahren zu genügen hat. Andererseits sind die Beurkundungsgeschäfte im Gesetzesrecht des Bundes punktuell geregelt.

Bezüglich der Zulassung der Notare zur Berufsausübung wird die Gesetzgebungskompetenz der Kantone nicht durch Bundesrecht beschränkt. Diese sind deshalb in der Ausgestaltung der entsprechenden Regelung weitgehend frei. Sie haben lediglich den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen von Art. 4 BV zu genügen. Durch die Schaffung des Amtsnotariats behalten verschiedene Kantone das Beurkundungswesen Beamten vor und entziehen es damit gänzlich dem wirtschaftlichen Wettbewerb. Andere haben Höchst- oder Mindestgrenzen für die Zahl der (freien) Notare festgelegt, wodurch sie lenkend auf die Anzahl der praktizierenden Urkundspersonen Einfluss nehmen (vgl. Louis Carlen, a.a.O., S. 36 ff.).

5. a) Um vom Regierungsrat des Kantons Solothurn die Bewilligung zur Ausübung des Berufs eines Notars zu erhalten, muss ein Bewerber das solothurnische Notariatspatent besitzen (§ 4 Abs. 2 lit. a der Notariatsverordnung). Zur entsprechenden Prüfung zugelassen wird er nur, wenn er das vorgeschriebene Praktikum absolviert hat (§ 3 Abs. 1 lit. b des Prüfungsreglements). In der Regel wird das solothurnische Notariatspatent zusammen mit dem Fürsprecherpatent erworben (vgl. § 4 Abs. 3 der Notariatsverordnung); diesfalls dauert das erforderliche Praktikum ein Jahr (§ 5 Abs. 1 der Verordnung vom 19. Februar 1975 über die Aufnahme von Fürsprecherpraktikanten in staatliche Amtsstellen [Fürsprecherpraktikantenverordnung]). Bewerber, welche nur die Notariatsprüfung absolvieren wollen, ohne gleichzeitig das Fürsprecherpatent zu erwerben, haben ein Praktikum von drei Jahren zu bestehen (vgl. § 3 Abs. 2 lit. c des Prüfungsreglements). Von Kandidaten des Notariatsexamens, die über einen Fähigkeitsausweis als Anwalt oder als Notar eines anderen Kantons verfügen, wird verlangt, dass sie ein Praktikum von sechs Monaten auf einer solothurnischen Amtsschreiberei oder einem Betreibungs- und Konkursamt absolvieren (§ 3 Abs. 2<sup>bis</sup> des Prüfungsreglements).

b) Der Beschwerdeführer rügt, § 3 Abs. 2<sup>bis</sup> des Prüfungsreglements sei verfassungswidrig. Es verletze das Gleichbehandlungsgebot, wenn der Kanton Solothurn die Zulassung von Notaren, die über ein Patent

eines anderen Kantons verfügten, vom Bestehen eines Praktikums abhängig mache. Für Notare aus anderen Kantonen, die - wie er - bereits ein Praktikum von zwei Jahren absolviert hätten, dauere die praktische Ausbildung so - infolge des zusätzlichen halben Jahres, das im Kanton Solothurn zu verbringen sei - insgesamt zweieinhalb Jahre. Demgegenüber genüge für solothurnische Fürsprecher- und Notariatskandidaten ein Praktikum von einem Jahr. So führe der Umstand, dass § 3 Abs. 2<sup>bis</sup> des Prüfungsreglements das ausserkantonale Praktikum ignoriere, zu einer offensichtlich rechtsungleichen Behandlung von Notaren aus anderen Kantonen.

6. a) Den Kantonen kommt bei der Formulierung der Voraussetzungen, unter denen ein Bewerber zur Notariatsausübung zugelassen wird, grosse Freiheit zu (vgl. E. 4). Wegen dieser weitgehenden Autonomie sind sie auch nicht verpflichtet, Fähigkeitsausweise eines anderen Kantons anzuerkennen: Da sie diesbezüglich nicht durch bundesrechtliche Bestimmungen gebunden sind, können sie grundsätzlich auch von Bewerbern, die bereits über einen gleichartigen Ausweis eines anderen Kantons verfügen, die Erfüllung ihrer eigenen Zulassungsvoraussetzungen verlangen (so betreffend Fähigkeitsausweis für Skilehrer, vor Erlass des Binnenmarktgesetzes, Urteil vom 18. Dezember 1974 in ZBl 76/1975 S. 208 f. E. 3c/bb).

Dementsprechend anerkennt der Kanton Solothurn zwar keine ausserkantonalen Notariatspatente. Er erleichtert jedoch für deren Inhaber die Voraussetzungen, unter denen sie den entsprechenden solothurnischen Fähigkeitsausweis erwerben können. Für eine solche Regelung sprechen durchaus sachliche Gründe: Ein Bewerber, der bereits über Erfahrung als Notar (oder Rechtsanwalt) verfügt, ist zwar mit der Materie mehr oder minder vertraut. Was für ihn allerdings - zumindest teilweise - neu sein dürfte, sind die Verfahrensregeln des solothurnischen Beurkundungsvorgangs. Angesichts der weitgehenden Normierungsfreiheit, die den Kantonen in diesem Bereich zukommt, ist es nicht unhaltbar, wenn der Kanton Solothurn auch von bereits patentierten Bewerbern verlangt, während einer gewissen Mindestdauer praktische Erfahrungen mit der öffentlichen Beurkundung im Kanton selbst zu sammeln. Dem ausserkantonalen Fähigkeitsausweis wird insofern Rechnung getragen, als Rechtsanwälte und Notare aus anderen Kantonen lediglich ein Praktikum von sechs Monaten Dauer zu absolvieren haben. Im Fall des Beschwerdeführers hat der Regierungsrat - über die Vorgaben des Reglements hinausgehend - die Mindestdauer des erforderlichen Praktikums weiter verkürzt; er verlangt ein viermonatiges Praktikum auf einer Amtsschreiberei des Kantons Solothurn. Die praktische Erfahrung, welche der Beschwerdeführer im Kanton Aargau als Praktikant und später als Notar gesammelt hat, führt so zu einer Reduktion dieser Mindestdauer auf einen Drittel des ordentlichen Umfangs. Im Vergleich zu denjenigen solothurnischen Notariatskandidaten, die nicht gleichzei-



tig das Fürsprecherpatent erwerben, macht die Praktikumsdauer des Beschwerdeführers gar nur einen Neuntel aus.

b) Notare aus anderen Kantonen haben in der Regel im Rahmen ihrer Ausbildung bereits Praktika absolviert. Wenn sie neu im Kanton Solothurn als Notare zugelassen werden wollen, ist es deshalb möglich, dass ihre praktische Ausbildung - zusammen mit den ausserkantonalen Praktika - insgesamt länger dauert, als dies bei Kandidaten der Fall ist, die eine direkte Patentierung als solothurnischer Fürsprecher und Notar anstreben. Dies ist vorab eine Folge des Umstandes, dass für die vorliegend in Frage stehende Tätigkeit kein Anspruch auf Freizügigkeit bzw. Anerkennung eines ausserkantonalen Ausweises besteht; eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung liegt nicht vor. Im Gegenteil: Soweit § 3 Abs. 2<sup>bis</sup> der Prüfungsverordnung sowohl solothurnische Fürsprecher- und Notariatskandidaten als auch diejenigen Bewerber, die bereits über einen ausserkantonalen Fähigkeitsausweis verfügen, verpflichtet, überhaupt ein Praktikum im Kanton Solothurn zu absolvieren, wird Gleiches gleich behandelt. wie die kantonalen Neulinge sind auch Rechtsanwälte und Notare aus anderen Kantonen mit dem solothurnischen Verfahren der öffentlichen Beurkundung nicht im einzelnen vertraut. Soweit § 3 Abs. 2<sup>bis</sup> der Prüfungsverordnung für diejenigen Bewerber, die bereits über einen ausserkantonalen Fähigkeitsausweis verfügen, die Praktikumsdauer verkürzt, nimmt die beanstandete Bestimmung auf Unterschiede in der Vorbildung Rücksicht; sie trifft damit eine Unterscheidung, die den verschiedenen Verhältnissen genügend Rechnung trägt. Eine Pflicht zur weitergehenden Differenzierung, je nach Art und Länge des ausserkantonal absolvierten Praktikums, besteht nicht. Deshalb verletzt § 3 Abs. 2<sup>bis</sup> des Prüfungsreglements das Rechtsgleichheitsgebot ebenfalls nicht.

c) Auch was der Beschwerdeführer weiter gegen § 3 Abs. 2<sup>bis</sup> vorbringt, ist nicht stichhaltig. Es ist unerheblich, dass diese Bestimmung erlaubt, das erforderliche Praktikum auf dem Betreibungs- und Konkursamt zu absolvieren. Dasjenige von Olten-Gösgen ist als einziges verselbständigt, weshalb es sich bei einem entsprechenden Praktikum um einen Ausnahmefall handelt. Die Regel ist, dass das Praktikum auf einer Amtsschreiberei bestanden wird, die Handelsregister, Grundbuch- und Erbschaftsamt sowie Betreibungs- und Konkursamt umfasst. Der Regierungsratsbeschluss, der dem vorliegend angefochtenen Entscheid zugrunde liegt, verlangt denn vom Beschwerdeführer auch ausdrücklich ein Praktikum auf einer Amtsschreiberei. Es kann deshalb offenbleiben, wieweit ein Praktikum auf dem Betreibungs- und Konkursamt von Olten-Gösgen einem Notariatskandidaten von Nutzen sein kann. Im übrigen ist fraglich, ob es sich bei diesem Argument des Beschwerdeführers nicht um ein unzulässiges Novum handelt. Dieser hat es im kantonalen Verfahren unterlassen, Sinn und Zweck des Praktikums auf dem Betreibungs- und Konkursamt in Fra-

ge zu stellen; mithin hat sich das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid zu diesem Punkt nicht geäußert.

7. a) Nach dem Prüfungsreglement werden Kandidaten des Notariatsexamens im Kanton Solothurn in zivilrechtlicher Notariatspraxis, schuldbetreibungs- und konkursrechtlicher Praxis (§ 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 1) sowie - wenn sie nicht über einen Fähigkeitsausweis als Anwalt oder Notar eines anderen Kantons verfügen (§ 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 2) - in theoretischen Fragen aus dem Zivilrecht schriftlich geprüft. Die mündliche Prüfung umfasst die Fächer Notariatsrecht und Notariatspraxis sowie Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (§ 11 lit. b Ziff. 1) und - wenn der Kandidat nicht über einen Fähigkeitsausweis als Anwalt oder Notar eines anderen Kantons verfügt (§ 11 lit. b Ziff. 2) - Zivilrecht sowie die Grundzüge des eidgenössischen und kantonalen Staats- und Verwaltungsrechts.

b) § 8 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 und § 11 lit. b Ziff. 1 des Prüfungsreglements verletzen nach Auffassung des Beschwerdeführers Art. 4 BV, weil nicht berücksichtigt werde, ob bzw. dass ein Rechtsanwalt und Notar aus einem anderen Kanton bereits in den Bereichen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, der Notariatspraxis und des Notariatsrechts geprüft worden sei. Es sei willkürlich, wenn von einem Notar aus einem anderen Kanton verlangt werde, eine über das formelle Notariatsrecht hinausgehende Prüfung abzulegen. Diese Argumentation des Beschwerdeführers dringt nicht durch: Aufgrund ihrer weitgehenden Autonomie in Fragen der Zulassung zum Notariat ist es den Kantonen grundsätzlich nicht verwehrt, das Ablegen der vorgesehenen Fähigkeitsprüfung von jedem Bewerber zu verlangen, das heisst auch von solchen, die bereits im Besitz eines gleichartigen Ausweises eines anderen Kantons sind (vgl. E. 6a). Es ist demnach verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Kanton Solothurn von Bewerbern, die bereits ein Anwalts- oder Notariatspatent eines anderen Kantons besitzen, (mit gewissen Erleichterungen) das Ablegen der gleichen Prüfung verlangt wie von Kandidaten, die noch über keinen entsprechenden Fähigkeitsausweis verfügen. Dies gilt um so mehr für den Fall des Beschwerdeführers, dem der Regierungsrat im Beschluss vom 19. August 1997 - unter der Voraussetzung, dass er nachweist, ein Examen „in Recht und Praxis von Schuldbetreibung und Konkurs“ bestanden zu haben - sowohl die schriftliche als auch die mündlichen Prüfung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht erlassen hat.

c) Das Vorgehen des Kantons Solothurn ist weder sinnnoch zwecklos: Vom Beschwerdeführer wird dies nicht bestritten, soweit das kantonspezifische formelle Notariatsrecht betroffen ist. Er verkennt indessen, dass auch eine darüber hinausgehende Prüfung nicht sachlich unhaltbar ist. Die Anforderungen an eine Urkundsperson können - je nach Organisation des Beurkundungswesen - in den verschiedenen

Kantone beträchtliche Unterschiede aufweisen. Bereits darum ist es gerechtfertigt, dass ein Kanton von Bewerbern, die in einem anderen Kanton als Notar zugelassen sind, verlangt, im Rahmen einer Prüfung den Nachweis für die den spezifischen kantonalen Anforderungen genügenden fachlichen Qualifikationen zu erbringen.

8. Wie das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn - vom Beschwerdeführer unbestritten - festgehalten hat, wird von diesem im Ergebnis lediglich verlangt, ein viermonatiges Praktikum sowie je ein mündliches und ein schriftliches Examen zu bestehen. Damit werden dem Beschwerdeführer verschiedene Erleichterungen für den Erwerb des solothurnischen Notariatspatents gewährt. Werden die an den Beschwerdeführer gestellten Anforderungen mit den massgebenden Bestimmungen verschiedener grösserer Kantone verglichen, so erscheinen sie grosszügig: Aargau, Bern, Luzern und Zürich kennen jedenfalls nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften keine spezifischen Privilegien für Notariatskandidaten, die bereits über ein Notariatspatent eines anderen Kantons verfügen. Bezüglich Prüfungsumfang und Praktikumsdauer stellen sie mehrheitlich höhere Anforderungen als der Kanton Solothurn. Aargau, Bern, Luzern und Zürich lassen überdies nur Bewerber, die im Kanton selbst Wohnsitz haben, zum Notariat zu; es ist deshalb fraglich, ob der Beschwerdeführer dort überhaupt als Notar tätig sein könnte. Werden die Regelungen in anderen Kantonen zum Vergleich herangezogen, so zeigt sich, dass der Beschwerdeführer verhältnismässig geringen (zusätzlichen) Anforderungen zu genügen hat, um im Kanton Solothurn als Notar zugelassen zu werden. Auch gestützt auf eine rechtsvergleichende Betrachtung kann deshalb nicht gesagt werden, dass die beanstandeten Bestimmungen verfassungswidrig seien.

9. Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

Dem Verfahrensausgang entsprechend wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG analog).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1. Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Gerichtsgebühr
3. Eröffnet

C 2	<b>2. Sanzioni disciplinari</b>
-----	---------------------------------

II. Corte di diritto pubblico (28 agosto 1998)

*Visto il ricorso di diritto pubblico presentato il 24 marzo 1998 dall'avv. Simona Lepori, Lugano, e dall'avv. Daniele Borelli, Lugano, contro la sentenza emanata il 19 febbraio 1998 della Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello del Cantone Ticino nella causa, in materia di sanzioni disciplinari, che oppone i ricorrenti alla Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (2P.107/1998)*

A. Gli avv. Simona Lepori e Daniele Borelli hanno fatto pubblicare su alcuni giornali e periodici ticinesi, nel periodo tra il 17 e il 19 settembre 1997, un'inserzione del seguente tenore:

GLI AVVOCATI SIMONA LEPORI E DANIELE BORELLI

ANNUNCIANO L'APERTURA DELLO

Studio legale e notarile

BORELLI & LEPORI

VIA DEI GORINI 2, 6900 LUGANO

TEL. 091 921 06 71 - FAX 091 921 06 79

AL SEGUENTE NUMERO DI TELEFONO LO STUDIO LEGALE BORELLI & LEPORI  
OFFRE

CONSULENZA GIURIDICA

TELEFONICA

(problemi di divorzio, separazione, questioni ereditarie,  
diritto penale, contratti di lavoro, di appalto, di mandato, di assicurazione, ecc.)

TEL. 157 87 87

Il costo di fr. 4,23 al minuto (servizio Telebusiness)

è comprensivo delle spese telefoniche, dell'onorario legale

e IVA, e sarà addebitato direttamente sulla bolletta

telefonica dell'utente.

B. Il 19 settembre 1997, il Presidente dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino ha informato gli avvocati Simona Lepori e Daniele Borelli di ritenere incompatibile con le norme che disciplinano la professione dell'avvocato l'offerta di un servizio di consulenza giuridica tramite sistema Telebusiness ed ha quindi chiesto loro la disattivazione di tale linea telefonica. Per le medesime ragioni, il 27 ottobre 1997, la Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati ha notificato ai due legali l'apertura nei loro confronti di un procedimento

disciplinare. Preso atto delle osservazioni introdotte dagli interessati, con decisione 16 dicembre 1997, la suddetta autorità di vigilanza ha giudicato quest'ultimi colpevoli di aver violato l'art. 7 della legge ticinese sull'avvocatura, del 15 marzo 1983 (LAvv), nonché gli art. 5, 14 e 18 del codice professionale dell'ordine degli avvocati del Cantone Ticino, del 4 dicembre 1971 (CAvv), ed ha inflitto ad entrambi un ammonimento, a titolo di sanzione disciplinare. I provvedimenti sono stati confermati su ricorso il 19 febbraio 1998 dalla Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello del Cantone Ticino.

C. Il 24 marzo 1998, Simona Lepori e Daniele Borelli hanno inoltrato davanti al Tribunale federale un ricorso di diritto pubblico, con cui chiedono che quest'ultima decisione cantonale sia annullata. Lamentano la violazione degli art. 4 e 31 Cost.

Il Tribunale federale ha respinto il ricorso, in quanto ricevibile.

### **Dai considerandi:**

2. a) Secondo i giudici cantonali, l'offerta - da parte di avvocati affiliati all'ordine - di un servizio di consulenza giuridica telefonica tramite sistema Telebusiness è incompatibile con i principi che disciplinano l'esercizio dell'avvocatura nel Cantone Ticino. In particolare, la Corte cantonale ha ritenuto tale metodo di consulenza lesivo della dignità professionale dell'avvocato. Inoltre la fatturazione della prestazione, mediante addebito sulla bolletta telefonica del cliente dell'importo di fr. 4,23 per ogni minuto di conversazione, violerebbe la Tariffa dell'ordine. Da ultimo, il servizio in oggetto non rispetterebbe il principio secondo cui l'avvocato è tenuto, di massima, a prestare la propria opera di consulenza ricevendo i clienti in locali adatti a tale scopo.

b) I ricorrenti contestano le argomentazioni addotte dalle istanze cantonali e ravvisano nel giudizio impugnato una violazione della loro libertà di commercio e d'industria, nonché del divieto d'arbitrio.

3. a) La libertà di commercio e d'industria garantita dall'art. 31 Cost. protegge ogni attività economica privata esercitata a titolo professionale e volta al conseguimento di un guadagno o di un reddito (DTF 123 I 12 consid. 2a). Secondo costante giurisprudenza, l'avvocato fruisce della tutela dell'art. 31 Cost., alla stessa stregua di chiunque altro eserciti una professione liberale o sia attivo nell'ambito dell'economia privata (DTF 123 I 12 consid. 2a e rinvii). La citata norma costituzionale non impedisce tuttavia ai Cantoni di apportare delle restrizioni di polizia al diritto di esercitare liberamente un'attività economica al fine di tutelare l'ordine pubblico, la salute, i buoni costumi e la buona fede nei rapporti commerciali come pure di prevedere delle limitazioni fondate su motivi di politica sociale (art. 31 cpv. 2 Cost). Tali misure devono poggiare su di una base legale, essere giustificate

da un interesse pubblico preponderante e limitarsi, conformemente al principio di proporzionalità, a quanto necessario per realizzare gli scopi d'interesse pubblico perseguiti (DTF 123 1 12 consid. 2a, 122 1 130 consid. 3a con rinvii, 111 la 101 consid. 4 e rinvii per quanto concerne più specificatamente la possibilità per i Cantoni d'introdurre delle prescrizioni che regolamentano l'esercizio dell'avvocatura). Non sono invece consentite limitazioni basate su ragioni di politica economica, ossia misure che intervengono nel gioco della libera concorrenza per favorire certi rami di attività lucrativa e per dirigere l'attività economica secondo un piano prestabilito (DTF 121 1 129 consid. 3b).

b) Contrariamente all'opinione dei ricorrenti, nel caso di specie, non è data una grave limitazione della loro libertà di commercio e di industria, né dal punto di vista della sanzione pronunciata, alquanto lieve, né per quanto concerne le conseguenze che la medesima esplica sulla loro attività professionale. In effetti, il divieto - sottinteso all'ammonimento - di offrire un servizio di consulenza giuridica tramite sistema Telebusiness, concerne unicamente un aspetto specifico e, tutto sommato, marginale della professione che essi svolgono: il provvedimento non impedisce infatti ai ricorrenti di prestare consulenza legale alla loro clientela, ma si limita semplicemente a proibire un determinato metodo con cui fornire questo genere di prestazioni. È dunque unicamente dal profilo dell'arbitrio che il Tribunale federale esamina se la querelata restrizione poggia su di una sufficiente base legale. È pure dal punto di vista dell'arbitrio che esso valuta l'interpretazione e l'applicazione del diritto cantonale. È per contro con pieno potere cognitivo che questa Corte esamina se l'interpretazione e l'applicazione non arbitraria del diritto cantonale sia conforme alla libertà di commercio e di industria (DTF 122 1 236 consid. 4a, 121 1 117 consid. 3c, 326 consid. 2b con rinvii, 120 la 67 consid. 3b, 106 la 267 consid. 1 con rinvii).

4. a) I ricorrenti censurano in primo luogo la mancanza di una base legale a fondamento dei provvedimenti adottati nei loro confronti e ravvisano in ciò una violazione del divieto d'arbitrio (art. 4 Cost. ). Affermano in particolare che l'art. 7 LAVv, a cui fa riferimento la decisione impugnata, sancisce unicamente un obbligo generale di lealtà e probità per l'avvocato, senza enunciare alcun divieto di prestare consulenza telefonica mediante sistema Telebusiness. Contestano inoltre che le disposizioni del codice professionale degli avvocati, pure richiamate nel giudizio impugnato, costituiscono una base legale sufficiente a limitare la loro libertà professionale. Nel caso specifico, la censura che i ricorrenti deducono dal divieto d'arbitrio, di cui all'art. 4 Cost., non ha portata propria rispetto all'esigenza di una base legale di cui all'art. 31 Cost. e va quindi esaminata in tale ambito.

b) Giusta l'art. 7 cpv. 1 LAVv, „l'avvocato à tenuto ad esercitare la professione in modo coscienzioso ed a dimostrarsi degno della considerazione che questa esige, tanto nell'esercizio delle funzioni di cui gli è riservato il monopolio, quanto nell'ulteriore sua attività professionale e in genere nel suo comportamento“. Al suo capoverso 2 il suddetto articolo rinvia poi, tra le altre cose, alle norme deontologiche adottate dall'Ordine degli avvocati ticinesi per una più precisa descrizione dei vari obblighi professionali a cui è tenuto l'avvocato. Ora, il Tribunale federale ha già avuto modo di precisare che non è contrario al diritto costituzionale federale il fatto di stabilire, a livello di legge, unicamente i principali doveri professionali dell'avvocato, lasciando poi ai regolamenti emanati dalle organizzazioni di categoria e alla giurisprudenza il compito di definire nel dettaglio le singole norme volte a disciplinarne e limitarne l'attività (DTF 106 la 100 consid. 7a). In tal senso è sufficiente che l'avvocato possa valutare la correttezza o meno del proprio comportamento facendo riferimento, tra l'altro, alle disposizioni e alle direttive emanate dall'Ordine professionale a cui è affiliato, alla prassi in materia disciplinare adottata dall'autorità di sorveglianza o dallo stesso Tribunale federale, nonché al diritto consuetudinario (DTF 108 la 316 consid. 2b/aa concernente il par. 7 della legge sull'avvocatura del Cantone Zurigo, il cui tenore è del tutto simile a quello dell'art. 7 cpv. 1 LAVv; 98 la 596 consid. la; RDAT 1997 11 n. 10 consid 5b; Felix Wolffers, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, Zurigo 1986, pag. 113 e seg.; Martin Sterchi, *Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz*, Berna 1992, ad art. 8 n. 2). Per quanto concerne il caso concreto, la censura sollevata a questo proposito dai ricorrenti non può essere accolta. I provvedimenti litigiosi adottati nei confronti di quest'ultimi risultano infatti sorretti da una sufficiente base legale, essendo essi fondati sia sulla norma generale dell'art. 7 LAVv, che sulle varie disposizioni del Codice deontologico degli avvocati ticinesi richiamate nel giudizio impugnato, il cui contenuto doveva per forza essere conosciuto ai ricorrenti, essendo tale regolamento pubblicato nella Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino. Il fatto che nessuna di queste disposizioni preveda esplicitamente per l'avvocato il divieto di fornire delle consulenze legali tramite sistema Telebusiness non basta a sovvertire una simile conclusione e a fare apparire, di conseguenza, carenti di base legale le sanzioni litigiose. In effetti, l'impossibilità oggettiva di elencare già nella legge tutti i vari comportamenti professionali suscettibili di dare luogo ad un provvedimento disciplinare nei confronti dell'avvocato, fa sì che, in questo particolare ambito, il principio di legalità, inteso quale esigenza di una base legale, si riduce sostanzialmente all'obbligo di prevedere con una certa precisione ed in maniera esaustiva a livello legislativo le varie sanzioni applicabili nei confronti del trasgressore, così come stabilito dall'art. 24 LAVv (cfr. sull'argomento Dominique Favre, *Les principes pénaux en droit disciplinaire*, in: *Mélanges Robert Patry*, Losanna 1988, pag. 331-332 e 334 in fine con rinvii).

5. a) Come sopra accennato (cfr. consid. 2b), i ricorrenti contestano che l'offerta al pubblico di un servizio di consulenza giuridica tramite sistema Telebusiness sia lesiva della dignità professionale dell'avvocato. Negano inoltre che, nel caso concreto, tale servizio non rispetti la Tariffa dell'ordine e che esso violi il principio secondo cui l'avvocato deve ricevere i clienti e fornire loro consulenza in locali adatti ad una simile attività. Lamentano, in sostanza, la scorretta interpretazione e applicazione del diritto cantonale. Già si è detto in precedenza di come una simile censura debba essere vagliata sotto l'angolo dell'arbitrio (cfr. consid. 3b). A tale proposito è utile ricordare che, per prassi costante, l'arbitrio non può essere ravvisato già nella circostanza che un'altra soluzione, diversa da quella adottata dall'autorità cantonale, sia immaginabile o addirittura preferibile. Il Tribunale federale si scosta da quella scelta dalle istanze cantonali soltanto se la stessa appare manifestamente insostenibile, in contraddizione palese con la situazione effettiva, se viola in modo evidente una norma o un principio giuridico incontestato o se contrasta in modo intollerabile con il sentimento di giustizia e di equità (DTF 122 I 61 consid. 3a, 122 II 130 consid. 2, 121 I 113 consid. 3a e rinvii). Va poi aggiunto che una decisione non va annullata allorché è arbitraria nella motivazione, ma solo se lo è nel risultato stesso (DTF 119 II 193 consid. 3e con rinvii).

b) aa) L'art. 7 LAVv statuisce il principio generale della „dignità professionale“ dell'avvocato. Di massima, si può affermare che, con questo termine, viene comunemente intesa l'onorabilità e la credibilità di cui l'avvocato deve fruire presso le autorità e il pubblico per poter svolgere in maniera adeguata l'importante ruolo che la legge, la giurisprudenza e la dottrina gli riconoscono nell'ambito dell'amministrazione della giustizia e dell'assistenza legale (cfr. DTF 106 Ia 100 consid. 6b; Verein Zürcherischer Rechtsanwälte, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zurigo 1988, pag. 3 e segg.; sulla funzione dell'avvocato si confronti in particolare Wolffers, op. cit., pag. 37 e seg. con rinvii, nonché Gian Carlo Crespi, Cenni e riflessioni sul diritto professionale degli avvocati per i praticanti in Ticino in: RDAT 1987, pag. 261 e segg.). In concreto, sussistono per il vero dei dubbi sul fatto che, secondo quanto rilevato dalle precedenti istanze, la prestazione di consulenza legale tramite sistema Telebusiness configuri un'attività contraria alla dignità professionale dell'avvocato, nel senso sopra esposto del termine. In particolare, non è possibile pervenire ad una simile conclusione per il solo motivo che il servizio offerto dai ricorrenti sfrutta un'innovazione tecnica nel campo della telefonia, esulando in questo modo da quelli tradizionalmente proposti in ambito legale. Fosse vero il contrario, verrebbe in pratica impedito agli avvocati di poter ricorrere a dei metodi moderni per gestire la loro attività. Anche il fatto di corrispondere per telefono con un cliente e di fatturare immediatamente la prestazione



fornitagli mediante addebito sul suo conto telefonico non appare, di per sé, lesivo dell'onorabilità dell'avvocato. Né tantomeno è determinante in questo senso l'argomento sollevato dalle istanze cantonali, secondo cui la violazione del principio della dignità professionale deriva già dal fatto che un servizio analogo potrebbe venire offerto anche da persone sprovviste della necessaria preparazione giuridica, altrimenti, a stretto rigore di logica, tutte le attività che l'avvocato svolge, in concorrenza con altre professioni, al di fuori del settore di monopolio garantitogli dalla legge, dovrebbero pure essere considerate indegne dal punto di vista deontologico. Il che non è ragionevolmente sostenibile. In realtà, specialmente laddove l'attività dell'avvocato è confrontata con l'impiego di nuovi metodi di lavoro, la questione di sapere se un certo comportamento professionale sia o meno compatibile con il principio della dignità professionale dev'essere esaminata di caso in caso, senza ricorrere a schematismi eccessivi. Per quanto attiene al caso concreto, il quesito di sapere se il servizio offerto dai ricorrenti sia rispettoso del suddetto principio può restare nella presente sede aperto, in quanto indipendentemente da ciò, esso appare comunque in contrasto con un'altra regola deontologica prevista dall'ordinamento ticinese, vale a dire con l'obbligo per l'avvocato di esercitare la professione in modo coscienzioso, sancito, in via generale, dagli art. 7 LAVv e 3 CAVv e, per i suoi aspetti più specifici, pure dall'art. 18 CAVv, a cui fa riferimento la decisione impugnata.

bb) In base a tale principio l'avvocato è tenuto a consigliare il proprio cliente in modo compiuto e sicuro (Michael Pfeiffer, *Der Rechtsanwalt in der heutigen Gesellschaft* in: ZSR 115 (1996) 11 pag. 303; Dominique Dreyer, *L'avocat dans la société actuelle: de la nécessité de passer du XIXe au XXe siècle* in: ZSR 115 (1996) 11 pag. 470; Verein Zürcherischer Rechtsanwälte, op. cit., pag. 91 e segg.). Il parere giuridico che egli è chiamato a rendere deve, di principio, essere completo e tenere conto di tutte le circostanze del caso, a meno che il cliente voglia essere consigliato unicamente in merito ad un ben determinato aspetto della questione (Dreyer, op. cit., pag. 470). Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, la risposta al cliente deve essere - perlomeno su tale punto - attendibile, conformemente a quanto ci si può aspettare da una persona provvista di specifiche conoscenze tecniche in ambito giuridico (Pfeiffer, op. cit., pag. 302 e seg.). Per poter consigliare correttamente il proprio mandante, l'avvocato deve innanzitutto conoscere a fondo i fatti sui quali si fonda il problema che gli è stato sottoposto. Da questo punto di vista egli dipende in buona misura da quanto gli viene riferito dal cliente. L'avvocato è tuttavia tenuto ad esaminare con senso critico la correttezza di queste informazioni: nel limite del possibile, egli ha il dovere di verificarne la completezza e l'esattezza. Qualora le medesime risultassero lacunose, insufficienti oppure poco chiare, egli ha quindi l'obbligo di chiedere dei chiarimenti e, se del caso, di compiere degli accertamenti (Sterchi, op. cit.,

ad art. 11 n. 5b; Dreyer, op. cit., pag. 470). Il che comporta l'effettuazione di sopralluoghi oppure, più sovente, l'esame di documenti. Per quanto concerne in modo particolare quest'ultimi, gli stessi si trovano normalmente nelle mani del cliente o presso autorità. Per poter accedere a talune informazioni utili al corretto adempimento dell'incarico ricevuto, l'avvocato si trova quindi spesso nella necessità d'instaurare con il suo mandante una relazione personale e diretta. L'art. 18 CAvv, che fa obbligo all'avvocato di prestare opera di consulenza ricevendo la clientela in locali propri, va pertanto interpretato nel contesto di quanto appena esposto. Tale disposizione non mira infatti solo a fare sì che il legale conferisca con il cliente in un luogo dove sia garantita sufficiente tranquillità e discrezione (cfr. Sterchi, op. cit., Anhang 1 ad art. 29), ma sottintende anche la necessità di un contatto personale tra mandante e mandatario, quale premessa iniziale per il corretto adempimento dell'incarico di consulenza. Eccezioni sono certamente possibili, ma, in quanto tali, devono restare confinate a casi del tutto particolari. Ora, il metodo di consulenza proposto dai ricorrenti non tiene sufficientemente conto delle suddette esigenze. Limitando infatti la relazione tra avvocato e cliente ad un semplice colloquio telefonico, senza la possibilità di ulteriori sviluppi, esso non permette al primo di operare tutte le verifiche che, di norma, si rendono necessarie per poter fornire un parere giuridico affidabile, che sia dal punto di vista qualitativo all'altezza delle attese del cliente. Inoltre - come rilevato dalla Commissione di disciplina - è verosimile che un sistema di consultazione del genere possa indurre quest'ultimo ad affrettare i tempi della conversazione telefonica per contenerne il costo, rendendo in questo modo ancora più difficoltose le verifiche che l'avvocato deve poter compiere per potersi pronunciare con la dovuta cognizione di causa. Si deve pertanto concludere che il servizio in parola non offre sufficienti garanzie per ciò che concerne la completezza e la correttezza delle informazioni che verrebbero rilasciate ai suoi utenti. Il che non si concilia con le norme deontologiche sopra menzionate. A questo proposito va comunque ancora precisato che la consulenza che l'avvocato fornisce per telefono nel contesto di un incarico già esistente si differenzia sensibilmente dal genere di prestazione proposto dai ricorrenti, non fosse altro per il fatto che nel primo caso si è già instaurato un contatto personale con il cliente, per cui i fatti rilevanti per il parere sono, di massima, già conosciuti. Certo, possono sussistere casi in cui l'avvocato deve operare, senza aver mai avuto occasione d'incontrare personalmente il suo cliente. Ciò capita ad esempio allorché quest'ultimo risiede all'estero. Si deve tuttavia considerare che in simili situazioni, il legale si pronuncia, in genere, dopo aver avuto l'occasione e il tempo di esaminare le informazioni e gli atti che gli sono stati messi a disposizione dal suo mandante.

c) In linea generale, si può certamente ammettere che, come sostengono i ricorrenti, esiste per il pubblico la necessità di poter far

capo a dei sistemi di consulenza giuridica rapida, mediante i quali ottenere, senza alcun appuntamento o altre particolari formalità, delle informazioni da parte di un legale. Tuttavia, dal punto di vista deontologico, non è ammissibile che il soddisfacimento di un simile bisogno vada a scapito dell'affidabilità e della completezza della prestazione fornita. Non si deve infatti dimenticare che sovente le questioni sulle quali viene chiesto il parere di un legale concernono problemi di una certa importanza (non solo patrimoniale) per gli interessati: un eventuale errore da parte dell'avvocato, dovuto all'impossibilità per quest'ultimo di approfondire come di dovere il quesito a lui sottoposto, può dunque avere delle gravi conseguenze per il cliente. Da qui la necessità di assicurare al pubblico un metodo di consulenza che ponga il legale nella posizione di poter effettuare le verifiche e gli accertamenti del caso. Altri sistemi sono d'altra parte già stati concepiti in Svizzera al fine di soddisfare l'esigenza di ottenere in tempi rapidi delle informazioni su delle questioni legali. Si pensi, ad esempio, all'istituzione in diversi Cantoni di consultori giuridici (comunemente indicati in francese quali „permanences juridiques“ o in tedesco, con il termine di „Rechtsauskunftsdienste“), presso i quali è possibile consultare un avvocato su delle questioni poco complesse, senza appuntamento, a basso prezzo (in genere fisso) o addirittura gratuitamente. Laddove esistono, tali servizi sono stati in genere istituiti su iniziativa dei vari Ordini di categoria. Nulla impedisce comunque al singolo avvocato di allestire privatamente un servizio analogo offrendo, ad esempio, durante determinate fasce orarie della giornata e senza appuntamento, consulenza a chiunque desideri ottenere in breve tempo informazioni su problemi giuridici di semplice risoluzione. In tal modo il contatto personale e il dialogo tra cliente e avvocato si instaurano in maniera certamente più adeguata di quanto avverrebbe attraverso il sistema di consultazione telefonica proposto dai ricorrenti.

d) Stante tutto quanto precede, si deve dunque concludere che, per ciò che concerne i combinati art. 7 LAVv e 18 CAvv, l'interpretazione del diritto cantonale operata dalla precedente istanza giudiziaria non appare, nel suo complesso, arbitraria.

6. Resta da esaminare (liberamente) se la citata interpretazione e applicazione del diritto cantonale sia rispettosa o meno della libertà di commercio e d'industria di cui all'art. 31 Cost., per quanto concerne, segnatamente, l'interesse pubblico e il principio di proporzionalità.

a) In primo luogo va detto che è dato un interesse pubblico preponderante affinché, i pareri forniti dagli avvocati poggino su delle basi attendibili. In caso contrario la clientela verrebbe esposta in maniera eccessiva al rischio di ottenere dei consigli errati. Rischio che, oltre una certa misura, non può essere tollerato, potendosi oggettivamente confidare nel fatto che il parere giuridico reso da uno spe-

cialista del settore, soggetto alla vigilanza disciplinare dello Stato - quale è l'avvocato - sia il più possibile attendibile.

I ricorrenti sollevano tuttavia nel loro gravame un problema piuttosto delicato, allorquando affermano che nel campo della consulenza legale gli avvocati sono esposti alla concorrenza di persone assai meno qualificate dal punto di vista professionale, le quali, non essendo soggette a sorveglianza da parte dell'ente pubblico o di un particolare ordine di categoria, non incontrerebbero alcun ostacolo a praticare un'attività consultiva tramite Telebusiness. Secondo gli insorgenti, è paradossale vietare agli avvocati, che sono pur sempre degli specialisti in materia giuridica, l'esercizio di un simile metodo di consulenza e permettere invece che il medesimo possa essere offerto da persone meno preparate dal punto di vista professionale. In verità la contraddizione denunciata dagli insorgenti non è che apparente nel senso che, proprio perché abilitati dallo Stato a svolgere una simile professione e soggetti a sorveglianza anche nel campo della consulenza, gli avvocati fruiscono presso il pubblico di una credibilità che non è propria di eventuali loro concorrenti „laici“ e che quindi, nel limite del possibile, non va disattesa. La questione della concorrenza da parte di persone che operano a livello professionale in settori non soggetti al monopolio degli avvocati, senza essere sottoposti alle medesime limitazioni che toccano quest'ultimi, rappresenta comunque un problema che non deve essere sottovalutato. Se del caso talune regole professionali dovranno essere modificate al fine di garantire una certa competitività agli avvocati. Ciò detto, va comunque rilevato che, nel caso concreto, simili considerazioni non permettono ancora di prescindere dalla rigorosa applicazione dei principi deontologici sopra citati, sussistendo sufficienti ragioni per ritenere inammissibile l'offerta di un sistema di consulenza, che - per le sue caratteristiche - non sarebbe in grado di soddisfare in maniera appropriata le attese in esso riposte dal pubblico.

b) Dal punto di vista del principio della Proporzionalità, la decisione litigiosa non dà adito a critiche. Per quanto concerne la sanzione inflitta ai ricorrenti, essa è la più lieve prevista dall'ordinamento cantonale (art. 24 LAVv) e non appare eccessiva per rispetto alla trasgressione loro rimproverata. Per ciò che invece attiene al divieto a far uso di un sistema di consulenza tramite sistema Telebusiness, che ne deriva, non si vede oggettivamente come potrebbero essere ovviati i rischi insiti nell'uso di un simile metodo attraverso l'adozione di misure meno incisive. Sarebbe, ad esempio, assai problematico, nonché professionalmente poco serio, obbligare gli avvocati che offrono consulenza tramite detto sistema a rendere attenti gli utenti del servizio sul fatto che le risposte loro fornite mediante Telebusiness costituiscono dei semplici pareri preliminari, senza alcuna garanzia quanto alla loro correttezza.

c) Stante tutto quanto precede, la decisione impugnata non risulta essere lesiva dell'art. 31 Cost. Per il che non si rende necessario esaminare se le censure sollevate dai ricorrenti in merito alla presunta disattenzione delle norme relative all'obbligo di rispettare la Tariffa dell'ordine siano fondate o meno, non potendo comunque le medesime influire sull'esito della presente procedura. Ne consegue che il ricorso dev'essere respinto.

C 2	<b>3. Konkurrenzverbot</b>
-----	----------------------------

*Das Urteil des Bundesgerichts (I. Zivilabteilung) vom 13. November 1998 in Sachen Jaromir Pistorius, Zürich, gegen Jaroslav Prazak, Wallisellen, betreffend Konkurrenzverbot (4C.466/1997/mks) hat ergeben:*

A. Jaroslav Prazak und Jaromir Pistorius gründeten im Jahre 1981 eine einfache Gesellschaft zwecks gemeinsamer Entwicklung und Herstellung von Kantenbrechgeräten. Aus der Zusammenarbeit ging das Gerät „Engra T“ hervor, dessen Antriebssystem patentiert wurde. Im Jahre 1984 zerstritten sich Prazak und Pistorius. Es kam zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses. Am 13. Dezember 1984 schlossen Prazak und Pistorius einen Vergleich, mit dem sie hängige Gerichtsverfahren beendeten und die einfache Gesellschaft liquidierten. In diesem Vergleich überliess Pistorius Prazak gegen Bezahlung von Fr. 23'000.-- alle Rechte an der „Engra T“ und verpflichtete sich unter anderem, Prazak „bei der Herstellung und beim Vertrieb des Kantenbrechgeräts ‚Engra T‘ in keiner Weise zu konkurrenzieren“, wobei für den Fall der Verletzung dieser Verpflichtung eine Konventionalstrafe von Fr. 10'000.-- vereinbart wurde.

Im Februar 1991 bot Pistorius über die von ihm beherrschte Pistorius AG an einer Fachmesse ein Kantenbrechgerät mit der Typenbezeichnung „Kanter“ an, worauf Prazak auf Unterlassung klagte. Diese Klage wurde von sämtlichen Instanzen geschützt, zuletzt vom Bundesgericht am 5. Mai 1995.

Anfangs 1993 liess die Pistorius AG eine Entgrat- und Kantenfräsmaschine unter der Bezeichnung „Swiss Speedy“ anbieten. Auf Klage Prazaks verbot das Bezirksgericht Zürich Pistorius mit Urteil vom 15. Februar 1995 die Inverkehrsetzung auch dieses Geräts. Pistorius zog das Verfahren ohne Erfolg an das Obergericht des Kantons Zürich, an das Kassationsgericht des Kantons Zürich und an das Bundesgericht weiter; dieses wies die von Pistorius erhobene eidgenössische Berufung am 8. Juli 1997 ab.

B. Am 24. Juli 1995 reichte Pistorius beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen Prazak ein, mit den folgenden Rechtsbegehren:

- Der Kläger sei von der Einhaltung des Konkurrenzverbots gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 rückwirkend auf den 13. Dezember 1990, eventuell auf den Tag der Klageerhebung zu befreien;
- eventuell sei das Verbot mit derselben Rückwirkung einzuschränken auf Entgratmaschinen, welche eine senkrecht zur Motorachse stehende Werkzeugspindel und eine Antriebsverbindung zwischen Motor und Werkzeugspindel über ein zweistufiges Riemengetriebe mit halbgekreuzten Riemen aufweisen;
- sub-eventuell sei festzustellen, dass der Kläger durch das Konkurrenzverbot nicht gehindert sei, Entgratmaschinen, welche nicht die beiden genannten Merkmale aufweisen, ganz eventuell die Entgratmaschine, „BEVEL“ mit Prismaführung herzustellen, zu verkaufen oder anderweitig in Verkehr zu setzen.

Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 29. September 1997 ab.

Eine vom Kläger erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 8. Juni 1998 ab.

C. Der Kläger beantragt dem Bundesgericht mit Berufung, das Urteil des Handelsgerichts aufzuheben und die Klage insoweit gutzuheissen,

- als er von der Einhaltung des Konkurrenzverbots gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 mit Rückwirkung auf den 1. Juli 1996 in dem Sinne zu befreien sei, dass das Konkurrenzverbot auf Entgratmaschinen eingeschränkt werde, bei welchen die Motorachse senkrecht zur Werkzeugspindel steht und die Antriebsverbindung zwischen Motor und Werkzeugspindel durch ein zweistufiges Riemengetriebe mit halbgekreuzten Riemen gewährleistet wird, und
- als mit Rückwirkung auf den 15. Juni 1995, eventuell auf den 1. Juli 1996 festzustellen sei, dass der Kläger durch das Konkurrenzverbot gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 nicht gehindert sei, Entgratmaschinen, welche nicht die beiden genannten Merkmale aufweisen, herzustellen, zu verkaufen oder anderweitig in Verkehr zu setzen.

Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung und auf Bestätigung des angefochtenen Urteils.

### **Das Bundesgericht zieht in Erwägung:**

1. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, das Konkurrenzverbot gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 sei zufolge kartellrechtlicher Unzulässigkeit untergegangen. Er wirft dem Handelsgericht in diesem Zusammenhang zunächst vor, zu Unrecht nicht das am

1. Juli 1996 in Kraft getretene neue Kartellgesetz (KG; SR 251) angewendet zu haben. Das Handelsgericht verweist zur Begründung seiner Auffassung, dass der vorliegende Fall noch nach dem alten Recht zu beurteilen sei, auf das Rückwirkungsverbot von Art. 1 SchIT ZGB. Aus dem Rückwirkungsverbot lässt sich indessen lediglich ableiten, dass das neue Kartellgesetz auf Wettbewerbsbeschränkungen, die bei seinem Inkrafttreten bereits abgeschlossen waren, nicht zur Anwendung kommt. Der Umstand, dass eine Wettbewerbsabrede vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts getroffen worden ist, bedeutet hingegen nicht, dass sie deswegen weiterhin dem alten Recht unterstehen würde. Vielmehr sind auch bereits bestehende Abreden am neuen Kartellgesetz zu messen, soweit sie seit dessen Inkrafttreten nach wie vor wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen (Schmidhauser, in: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N. 49 zu Art. 2; Hoffet, *ibid.*, N. 46 zu Art. 5; Jens Ivar Drolshammer, Wettbewerbsrecht, Vom alten zum neuen Recht, S. 265). Das vorliegend streitige Konkurrenzverbot beschränkt den Kläger, solange es besteht, in seiner Freiheit, am Wettbewerb teilzunehmen. Seine Auswirkungen dauern mithin an. Art. 1 SchIT ZGB steht daher der Anwendbarkeit des neuen Kartellgesetzes nicht entgegen.

2. Das Kartellrecht richtet sich insbesondere gegen Wettbewerbsabreden, die zu einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung oder gar zur Beseitigung wirtschaftlichen Wettbewerbs führen (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG). Der Kläger sieht im Konkurrenzverbot gemäss der Vereinbarung vom 13. Dezember 1984 eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes. Er ist der Ansicht, er werde durch eine nach Art. 5 KG unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme bzw. in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, weshalb er nach Art. 12 Abs. 1 lit. a KG Anspruch auf Beseitigung der Behinderung habe. Der Beklagte hält demgegenüber dafür, dass das vereinbarte Konkurrenzverbot gar nicht in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fällt.

a) Das neue Kartellgesetz enthält in Art. 4 Abs. 1 eine Legaldefinition der Wettbewerbsabrede. Danach gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Der Kläger weist darauf hin, dass diese Definition - im Gegensatz zur Umschreibung des Kartellbegriffs im früheren Recht (Art. 2 Abs. 1 aKG) - das Erfordernis einer gemeinsamen Beschränkung des Wettbewerbs nicht mehr enthält. Seiner Auffassung nach sind deshalb auch einseitige Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im kartellrechtlichen Sinne. Diese Ansicht wird zum Teil auch in der Literatur vertreten (Michael Leupold, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmens-

verkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 185; derselbe, Wettbewerbsverbot bei der Unternehmensübertragung, Diss. Basel 1995, S. 205 f.). Für sie spricht namentlich, dass die Rechte anderer europäischer Länder und insbesondere das Recht der Europäischen Union ebenfalls von einem ausserordentlich weiten Begriff der kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsabrede ausgehen, wobei dieser grundsätzlich auch einseitige Konkurrenzverbote erfasst, wie sie vor allem bei Unternehmensverkäufen häufig vereinbart werden (siehe die rechtsvergleichenden Hinweise bei Leupold, a.a.O., Diss., S. 12 ff.; vgl. ferner auch Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, N. 32 ff. zu § 1 GWB). Um ein Ausufern zu verhindern, bedarf es dann allerdings anderer Begrenzungen. Diesem Zweck dient namentlich die in Deutschland entwickelte Immanenztheorie, nach der Konkurrenzverbote zum vornherein nicht gegen kartellrechtliche Vorschriften verstossen können, wenn und soweit sie einem erlaubten Privatrechtsverhältnis immanent, d.h. zur Durchführung eines von der Rechtsordnung gebilligten Hauptvertrages und zur Erreichung dessen kartellrechtlich neutralen Zwecks objektiv notwendig sind (Leupold, a.a.O., Diss., S. 28 ff.; Karsten Schmidt, Vertragliche Wettbewerbsverbote im deutschen Kartellrecht, Gemeinsamer Zweck und Immanenztheorie in der Praxis und Theorie zu § 1 GWB, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 149/1985, S. 1 ff., insbes. 10 ff.; Roger Zäch, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Praxis von Kommission und Gerichtshof, München 1994, S. 50 f., unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des EuGH; BGH in NJW 1994, S. 384 ff.).

Die umschriebene Konzeption lässt sich indessen nicht ohne weiteres auch auf das schweizerische Recht übertragen. Der Gesetzgeber hat bei der Revision des Kartellgesetzes zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der Europäischen Union angestrebt, jedoch - namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage - bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet (vgl. BBI 1995 I 471 und 632 ff.). Der Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes ist ausgehend von der einschlägigen Kompetenznorm in der Bundesverfassung zu bestimmen (vgl. Hoffet, a.a.O., N. 17 ff. zu Art. 1). Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV trägt dem Bundesgesetzgeber auf, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen zu erlassen. Damit wird der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes abgesteckt: Wettbewerbsbeschränkungen anderen Ursprungs werden nicht erfasst. Die Begriffe „Kartell“ und „ähnliche Organisationen“ sind allerdings darauf angelegt, möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde einzufangen. Sie sind weit zu verstehen: Es fallen unabhängig von der rechtlichen oder wirtschaftlichen Organisationsform alle Absprachen oder auch nur übereinstimmenden Verhaltensweisen mit



potentieller oder tatsächlicher Marktmacht darunter (Rhinow, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, N. 204 zu Art. 31bis). Voraussetzung ist jedoch stets, dass von einer „Organisation“, gesprochen werden kann, die von ihrer Wirkungsmöglichkeit und -weise her als Kartell oder als einem Kartell ähnlich erscheint (Hoffet, a.a.O., N. 20 zu Art. 1).

Für marktbeherrschende Unternehmen (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG) geht das Gesetz, indem es ihr Verhalten (Art. 7 KG) und ihre Entstehung durch Unternehmenszusammenschluss (Art. 9 ff. KG) besonderen Regelungen unterstellt, davon aus, dass sie das Erfordernis der Kartell-Ähnlichkeit bereits für sich allein erfüllen (Hoffet, a.a.O., N. 20 zu Art. 1, Fn. 58). Abgesehen davon setzt das Vorliegen einer kartellistischen oder wenigstens kartellähnlichen Organisation aber immer ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Unternehmen voraus (Hoffet, a.a.O., N. 20 und 60 zu Art. 1; vgl. auch BBl, 1995 I 545). Die gegen wettbewerbsbeschränkende oder -beseitigende Abreden gerichteten Vorschriften des Kartellgesetzes (insbesondere Art. 5 f.) greifen nur, wenn diese Voraussetzung gegeben ist. Aus den Materialien ergibt sich im Übrigen, dass es dem Gesetzgeber vor allem darum ging, sowohl horizontale, d.h. zwischen Konkurrenten bestehende als auch vertikale, von Unternehmen verschiedener Marktstufen getroffene Wettbewerbsabreden zu erfassen; deshalb verzichtete er auf das Gemeinsamkeitserfordernis, wie es das frühere Recht kannte (BBl 1995 I 544 f.). Das bedeutet indessen nicht, dass der Gesetzgeber im gleichen Atemzug „jedes schlichte Konkurrenzverbot“ (vgl. Kummer, Der Begriff des Kartells, S. 79) zum Kartell hätte erheben wollen. Ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation liegt - abgesehen vom Spezialfall der marktbeherrschenden Unternehmen - nur dort vor, wo zwei oder mehrere Unternehmen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht bewusst und gewollt zusammenwirken. Ein derartiges Zusammenwirken fehlt bei einem einseitigen Konkurrenzverbot, das als Nebenverpflichtung im Rahmen eines Austauschvertrages zur Sicherung des Werts der vertraglichen Hauptleistung vereinbart wird. Ein solches Konkurrenzverbot beruht nicht auf gleichgerichteten Interessen an einer bestimmten Ausübung von Marktmacht, sondern ist Ausfluss einer vertraglichen Regelung, welche die Parteien zur Auflösung eines Interessengegensatzes treffen und in den Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich auch beliebig treffen können. Es liegt deshalb keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG vor. Damit ist allerdings nicht gesagt, dass einseitige Konkurrenzverbote kartellrechtlich generell immer unbedenklich wären. Zwingt etwa ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Geschäftspartner für einen bestimmten Geschäftsbereich ein Konkurrenzverbot auf, so kann darin unter Umständen eine nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise liegen (vgl.

Dallafior, in: Homburger et al., Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N. 122 f. zu Art. 7).

b) Das zwischen den Parteien streitige Konkurrenzverbot ist Bestandteil eines Vergleichs, mit welchem der Beklagte gegen Bezahlung die Rechte an der gemeinsam entwickelten Entgratmaschine „Engra T“ erworben hat. Die vom Kläger übernommene Verpflichtung, den Beklagten bei der Herstellung und beim Vertrieb der „Engra T“ in keiner Weise zu konkurrenzieren, diene und dient der Sicherung des Werts der Rechte, die der Kläger dem Beklagten überlassen hat. Es handelt sich um ein im Rahmen eines Interessengegensatz-Vertrages als Nebenpflicht eingegangenes Konkurrenzverbot. Die Parteien haben kein Zusammenwirken im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht vereinbart, sondern im Gegenteil ihre vorherige Zusammenarbeit beendet, wobei sich der Kläger auszahlen liess und dem Beklagten dafür die alleinige Weiterführung der gemeinsam begonnenen Tätigkeit vorbehalten bleiben sollte. Darin kann weder ein Kartell noch eine kartellähnliche Organisation gesehen werden. Es fehlt daher an einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG. Aber auch eine nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise kommt nicht in Betracht, kann doch weder davon gesprochen werden, dass der Beklagte das Konkurrenzverbot dem Kläger aufgezwungen hätte, noch ist behauptet, geschweige denn bewiesen, dass der Beklagte auf dem einschlägigen Markt eine beherrschende Stellung einnehmen würde. Das Konkurrenzverbot, das die Parteien in ihrem Vergleich vereinbart haben, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Der Kläger versucht vergeblich, mit Hilfe des Kartellrechts den Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, aus den Angeln zu heben.

3. Der Kläger wendet weiter ein, das Konkurrenzverbot sei dahingefallen, weil der Beklagte nach Vorliegen des Urteils des Bundesgerichts vom 5. Mai 1995 die Vertragsstrafe von Fr. 10'000.-- eingefordert habe und keine Abrede bestehe, wonach Erfüllung und Strafe kumulativ verlangt werden könnten. Darin, dass das Handelsgericht diesen Einwand verworfen hat, erblickt der Kläger eine Verletzung von Bundesrecht.

a) Nach Art. 160 Abs. 1 OR kann der Gläubiger, der sich für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht richtigen Erfüllung eines Vertrags eine Konventionalstrafe hat versprechen lassen, nur entweder die Erfüllung oder die Strafe fordern, sofern nichts anderes vereinbart ist. Eine von der dispositiven Regel des Gesetzes abweichende Abrede kann auch konkludent geschlossen werden. Ihr stillschweigender Abschluss kann sich namentlich aus der Interessenlage und aus dem Zweck der Konventionalstrafe ergeben (BGE 122 III 420 E. 2b S. 422, mit Hinweisen). Wird das Interesse an der gesicherten Hauptleistung durch die Leistung der Konventionalstrafe abgegolten, spricht dies

gegen Kumulation; dient die Strafe dagegen der Sicherung einer Unterlassungspflicht, wird häufig Kumulation anzunehmen sein (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 529; Oser/Schönenberger, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 160 OR; vgl. auch Becker, Berner Kommentar, N. 33 zu Art. 160 OR).

b) Dem Kläger ist zuzugestehen, dass die Vereinbarung vom 13. Oktober 1984 keine ausdrückliche Abrede enthält, wonach die Konventionalstrafe kumulativ, d.h. zusätzlich zur Erfüllung geschuldet ist. Hingegen ist mit dem Handelsgericht davon auszugehen, dass sich die Kumulation aus der Interessenlage und aus dem Zweck der Konventionalstrafe ergibt: Beim Konkurrenzverbot, dessen Einhaltung die vereinbarte Konventionalstrafe absichern sollte, handelt es sich um eine typische Unterlassungspflicht. Diese Pflicht ist auf Dauer angelegt. Es besteht die Möglichkeit unzähliger Verletzungen. Könnte sich der Kläger durch eine einmalige Strafzahlung der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots entledigen, so wäre die Abschreckungsfunktion der Konventionalstrafe in Frage gestellt. Eine blosser Alternativstrafe würde deshalb dem Vertragszweck kaum gerecht (vgl. Oser/Schönenberger, a.a.O.).

Im Übrigen hat auch der Kläger, wie das Handelsgericht im angefochtenen Urteil feststellt, die Vereinbarung vom 13. Oktober 1984 ursprünglich dahin verstanden, dass die Konventionalstrafe kumulativ zur Einhaltung des Konkurrenzverbots geschuldet ist; den gegenteiligen Standpunkt hat er erst im vorinstanzlichen Verfahren in einer Eingabe vom Januar 1996 vorgebracht, die er im Hinblick auf eine Referentenaudienz unaufgefordert eingereicht hat. In der Klageschrift hatte er die Konventionalstrafe dagegen noch mit keinem Wort erwähnt und namentlich auch nicht geltend gemacht, er sei durch deren Leistung von der weiteren Einhaltung des Konkurrenzverbots befreit. Wenn das Handelsgericht aus diesen Umständen Rückschlüsse auf das Vertragsverständnis des Klägers im Zeitpunkt des Vertragschlusses gezogen hat, so hat es Feststellungen über eine innere Tatsache getroffen, an die das Bundesgericht, nachdem der Kläger sie in seiner kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde erfolglos angefochten hat, im Berufungsverfahren gebunden ist (Art. 63 Abs. 2 OG; BGE 107 II 417 E. 6 S. 418; vgl. auch 116 II 365 f.). Daran vermag entgegen der Ansicht des Klägers nichts zu ändern, dass das vom Handelsgericht gewürdigte Prozessverhalten stattgefunden hat, als der Vertragschluss bereits elf Jahre zurücklag; mit diesem Einwand ist der Kläger nicht zu hören, übt er damit doch unzulässige Kritik an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung (BGE 119 II 84 E. 3 S. 85; 117 II 256 E. 2a S. 257 f., mit Hinweisen).

### Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 29. September 1997 wird bestätigt.
2. Gerichtsgebühr
3. Parteientschädigung
4. Eröffnet

## D Entwicklungen Développements Sviluppi

### D 1 Erlasse, Bekanntmachungen Actes législatifs, communications Atti legislativi, comunicazioni

#### D 1 3. Formulare Formulaire formulari

D 1.3	<b>1. Form for the Notification of Concentration of Undertakings</b>
-------	--

Notification Form

of 7th September, 1998

#### Part I

#### A Purpose of this Form

This Form specifies the information that must be provided by any undertaking or undertakings when notifying a concentration according to Article 11 of the Ordinance on the Control of the Concentration of Undertakings (Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE) (RS 251.4). A « concentration » is defined in Articles 4 (3) and 9 of the Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition (LCart) of 6 October 1995 (loi sur les cartels, LCart) (RS 251). This Form facilitates a complete notification. It also enables the competition authorities to make a quick preliminary review of the concentration within the meaning of Articles 10 (1) and 32 LCart. This Form is not binding in law. Consequently, notifying undertakings need to refer to the requisite legal texts.

For any question that may arise in relation with the notification form, the preliminary review, or the review of the concentration, please contact the Secretariat. You may also consult the Secretariat on questions regarding the precise content of the notification, at the following address :

Secretary of the Competition Commission  
Effingerstrasse 27  
3003 Bern  
Tel. + 41 31 322 20 40  
Fax + 41 31 322 20 53

## **B Notification in short form**

The Secretariat may dispense with the obligation to provide any particular information, including documents, requested in Article 11 OCCE, where it considers that such information is not necessary for the examination of the case (Art. 12 OCCE).

A notification in short form is possible when the Competition Commission is already familiar with the affected markets following a previous decision or when an undertaking is founded in order to enter a new market in development<sup>1</sup>. In any case, the precise content of the notification in short form must be determined by the Secretariat following consultations with the notifying undertaking(s).

## **C Definitions**

### **Concentration of undertakings:**

The following is meant by the term « concentration of undertakings » :

- the **merger** of two or more previously independent undertakings (Art. 4 (3) lit. a, LCart) ;
- **the acquisition of control** of a previously independent undertaking by another undertaking (Art. 4 (3) lit. b, LCart). An undertaking acquires control over a previously independent undertaking if it is able to exercise a controlling influence over the activities of the other undertaking by the acquisition of participation rights or any other means (Art. 1 OCCE) ;
- **the acquisition of joint control** of an undertaking by two or more undertakings. This is the situation in which two or more undertakings obtain control over an undertaking with the intention to control it jointly (whether it be newly constituted or acquired) (Art. 2

---

<sup>1</sup> See for instance DiAx-SBCIS, DPC 2/1997, p. 197 ss, n° 35.

OCCE). Two (or more) undertakings control an undertaking jointly when they are together able to exercise a substantial influence over the controlled enterprise (joint venture). Each of the controlling enterprises has the power to block strategic decisions concerning the activity of the joint venture. The creation of a joint venture constitutes a concentration of undertakings within the meaning of the LCart only if the activities of at least one of the founding undertakings are transferred to the joint venture (Art. 2 (2) OCCE).

### **Participating undertaking(s):**

The term participating undertaking(s) refers to :

- in the case of a merger: the merging undertakings (Art. 3 (1) lit. a, OCCE). Example: if A and B merge into C, the participating undertakings are A and B; if A takes over B, the participating undertakings are A and B.
- in the case of an acquisition of control (or joint acquisition of control) : the controlling undertaking(s) and the controlled undertaking(s) (Art. 3 (1) lit. b OCCE). Example : if A acquires control over B, the participating undertakings are A and B. If A and B acquire joint control over C, the participating undertakings are A, B and C;
- if the concentration concerns only a part of a firm, this part is considered as a participating undertaking (Art. 3 (2) OCCE). Example: if B is made of division B1 and B2 and A acquires only control over B1, the participating undertakings are A and B1.

**Notifying undertaking(s) :** see below, littera D (the participating undertakings are not necessarily the same as the notifying undertakings).

**Implementation:** the implementation of the concentration is the completion of the act that creates an obligation.

### **D Who must notify?**

In the case of a merger: all of the participating undertakings (Art. 9 (1) lit. a OCCE) ;

In the case of acquisition of control: the undertaking acquiring control (Art. 9 (1) lit. b, OCCE) ;

In the case of joint acquisition of control: jointly, the acquiring undertakings (Art. 9 (1) lit. b OCCE) ;

In the case of joint notification, the notifying undertakings must designate at least one joint representative (Art. 9 (2) OCCE) ;

Notifying undertakings or their representatives domiciled or residing abroad must designate a domicile in Switzerland for notification purposes (Art. 9 (3) OCCE).

## **E Necessity of a complete and accurate notification**

The notifying undertakings must provide all information required by the requisite Form or – in case of a notification in short form – all information required by the Secretariat. Reasons must be given if complete information cannot be given.

The notification is incomplete if the information required by the Form or the Secretariat is incomplete, and not given and valid grounds for the omission are not provided.

The Secretariat must be notified forthwith of any essential changes of the facts described in the notification (Art. 21 OCCE).

## **F Time of the notification and deadlines**

The concentration must be notified, according to Article 9 LCart, before its implementation. The conclusion of the act which creates obligations is a necessary preliminary step to the notification. In the case of a public bid for the acquisition of an undertaking, the notification is to be made immediately after the publication of the offer, and in any case before its implementation.

The one month period for the examination procedure shall commence on the day following receipt of the *complete* notification and shall expire the following month at the end of the same numerical day as the day upon which the period commenced (Art. 20 OCCE). Should this day not exist in the month that immediately followed, then the period shall expire on the last day of such month in accordance with Article 20 (3) of the Federal Act on Administrative Procedure (RS 172.021).

The Secretariat will provide the notifying undertakings with a written confirmation of the receipt of the notification and its completeness (Art. 14 OCCE).

## **G Procedure**

The notification must be filed in one of the official languages of Switzerland. This language will thereafter be the language of the proceeding, except otherwise agreed. Supporting documentation may be provided in English (Art. 11 (4) OCCE).

The notification is to be filed with the Secretariat in five copies (Art. 9 (1) OCCE). The Secretariat may allow the notifying undertaking(s) to file less than five copies.

In order to facilitate the Secretariat's work, the information required is to be set out using the sections and paragraph numbers of this Form.

## **H Ban on implementation of the concentration**

Participating undertakings shall refrain from implementing the concentration for one month following notification unless, at their request, the Commission has authorised them to do so for important reasons (Art. 32 (2) LCart). One can consider as an important reason the situation where the undertaking being acquired would in short time go bankrupt if the concentration was not carried out (see Message of 25 November 1994 on the Federal Act on Cartels and Other Restraints of Competition, FF 1995 I 472).

## **I Business secrets**

Participating undertakings are required to provide the competition authorities with all relevant information and to produce all necessary documents (Art. 40 LCart).

The competition authorities are bound by professional secrecy. Information collected in performance of their duties may be used only for the purpose of the investigation. The competition authorities' publications may not reveal business secrets (Art. 25 LCart).

If the interests of a participating undertaking would be harmed if any of the information it is asked to supply were to be published or otherwise divulged to another participating undertaking or third parties, this information is to be submitted separately, with the mention « Business Secrets ». Reasons should also be given as to why this information should not be divulged or published.

## **J Sanctions**

An undertaking that carries out a concentration either without notifying it or against a provisional ban on carrying out the concentration, shall be required to pay an amount of up to one million Swiss francs (Art. 51 (1) LCart).

An undertaking that fails to fulfil its obligation to provide information or produce documents or complies only partially therewith shall be required to pay an amount of up to 100'000 Swiss francs (Art. 52 LCart).

Any person who intentionally fails to comply, or complies only partially, with a decision of the competition authorities concerning the obligation to provide information (Article 40 LCart) or who carries out a concentration of enterprises without giving due notice thereof or who violates decisions relating to concentrations of undertakings shall be required to pay a fine of up to 20'000 Swiss francs (Art. 55 LCart).



## K Foreign notification forms

A notification submitted to a foreign authority may in principle also be used for notification purposes to the Competition Commission. A notification in an official language (Art. 11 (4) OCCE) and containing all information required by Article 11 OCCE will be considered complete. The parts of the notification where relevant information for Switzerland are to be found must be indicated.

Certain notions (for example control, joint venture, participating undertaking) contained in foreign regulations, are not identical to those of the LCart and the OCCE. It is therefore recommended that the undertakings clarify with the Secretariat whether such a notification can be considered as complete in Switzerland. The Secretariat can inform the notifying undertaking which information must be completed.

**Form CO of the EU:** sections 1 to 12 of Form CO relating to the notification of a concentration pursuant to regulation (EEC) No 4064/89 contain all information required by Article 11 OCCE, as long as corresponding data are given for Switzerland.

**Common Form of Notification of France, Germany and the United Kingdom:** the common Form of Notification of Operations of Concentration of France, Germany and the United Kingdom contains most of the information required by Article 11 OCCE. If it is filed, the following additional information is necessary for a complete notification in Switzerland:

1. The turnover in accordance with Article 11 (1) lit. c OCCE (ch. 3.1 to 3.3 below) ;
2. The definition within the meaning of Article 11 (1) lit. d OCCE of the affected markets, indicating at least the structure of distribution and demand and the importance of research and development (ch. 4.3 to 4.8 below);
3. The market shares of the participating undertakings and of the three main competitors on the affected markets during the last three years in accordance with Article 11 (1) lit. e, OCCE (ch. 5.1 to 5.2 below);
4. The information in accordance with Article 11 (1) lit. f OCCE (ch. 6.1 to 6.4 below);
5. The supporting documentation in accordance with Article 11 (2) OCCE (ch. 7.1 to 7.4 below).

**Notification Form of the OECD:** the OECD is currently preparing a model Form for the notification of concentrations. Once adopted by the competent authorities, the Competition Commission will determine to what extent it can also be used in Switzerland.

## Part II

### 1 Information on Undertaking(s) (Art. 11 (1) lit. a, OCCE)

Please indicate:

- 1.1 Information on notifying undertaking(s) :
  - 1.1.1 The name and address of the undertaking(s) acquiring control over a previously independent undertaking or of the merging undertaking(s).
  - 1.1.2 The nature of the activities of this/these undertaking(s) (short description).
  - 1.1.3 The name, address, telephone number and fax number of, and the position held by, the appropriate contact person.
- 1.2 Information on other participating undertakings :
  - 1.2.1 The name and address of the undertaking(s) which is/are acquired or – in case of a joint venture – which is/are founded.
  - 1.2.2 The activities of the undertaking(s) (short description).
  - 1.2.3 The name, address, telephone number and fax number of, and the position held by the appropriate contact person.
- 1.3 Information on undertakings whose turnover must be included in the calculation of the turnover of each participating undertaking (see Art. 5 OCCE). If some undertakings which have to be included in the calculation of turnover are not mentioned in the annual report, these undertakings and their field of activity must be given separately in an annex.
- 1.4 Information on the seller:
  - 1.4.1 The name and address of the undertaking(s).
  - 1.4.2 The activities of the undertaking(s) (short description).
  - 1.4.3 The name, address, telephone number and fax number of, and the position held by, the appropriate contact person.
- 1.5 Information on the representative(s) of the notifying undertaking(s) :
  - 1.5.1 Name and address.
  - 1.5.2 Name of representative(s).  
Telephone and fax number.

### 2 Description of the operation of concentration (Art. 11 (1) lit. b, OCCE)

Please describe:

- 2.1 The nature of the concentration (merger, acquisition of control, public bid for the acquisition of an undertaking, or joint

venture). What is the structure of the existing ownership control ? Which are the modalities of the concentration ?

2.2 The circumstances which brought about the concentration.

2.3 The purposes to be achieved by the concentration.

### **3 Calculation of turnovers (Art. 11 (1) lit. c, OCCE)**

This point does not concern undertakings having a dominant position within the meaning of Article 9 (4) LCart or undertakings participating in concentrations with such undertakings.

The turnover is to be calculated in accordance with Article 9 LCart and Articles 4 and 8 OCCE. Media undertakings, banks and insurance companies must calculate thresholds in accordance with Article 9 (2) and (3) LCart and Articles 6 to 8 OCCE. In accordance with Article 5 (1) OCCE, is not only to be taken into account the turnover of a participating undertaking, but also that of :

- «a. any undertaking(s) in which it owns more than one half of the capital or voting rights, or is entitled to designate more than one half of the members of the executive body, or otherwise has the right to direct the business of the enterprise (subsidiary undertaking);
- b. any undertaking(s) which alone or collectively have the right or the ability to exercise an influence on it pursuant to lit. a (parent undertaking);
- c. any undertaking(s) in which an undertaking as set out in lit. b has the right or ability to exercise an influence pursuant to lit. a (sister undertaking);
- d. any undertaking(s) over which more than one undertaking listed in this paragraph may jointly have the right or ability to exercise an influence pursuant to lit. a (joint venture undertakings). »

The turnover of the seller is not to be taken into account in the calculation of turnover.

*Even if the object of a concentration is part of an undertaking (for instance one to be integrated in a joint venture), the turnover of the future parent, subsidiary, sister and joint venture undertakings must be taken into account.*

Please indicate :

- 3.1 The aggregate worldwide turnover of all participating undertakings during the year preceding the concentration. Decisive for the determination of the year preceding the concentration is the date of the conclusion of the act which creates obligations.

- 3.2 The turnover in Switzerland of all the participating undertakings in the year preceding the concentration.
- 3.3 The turnover in Switzerland realised by each participating undertaking in the year preceding the concentration.

#### **4 Definition of affected markets (Art. 11 (1) lit. d, OCCE)**

In order to determine the affected markets, it is necessary to first determine the relevant markets. The relevant market is made of the product market and the geographic market (Art. 11 (2) OCCE).

The product market consists of all the products or services substitutable, due to their characteristics and use, to the product or service under consideration (Art. 11 (3) lit. a, OCCE).

*The geographical market corresponds to the territory on which the potential partners of the operation are engaged, on the side of supply and demand, for products or services composing the product market (Art. 11 (3) lit. b, OCCE).*

The OCCE defines the relevant market from the point of view of the potential partners of the operation, and so normally from the demand side. In some cases, in addition, if certain conditions are met, supply side substitution will be taken into account<sup>2</sup>. This requires that suppliers are able to switch production to the relevant products and market them *in short term without incurring significant additional costs or risks*. The production capacities of these suppliers must be added to the relevant market volume. In other words, these suppliers must be considered as competitors of the concerned undertakings.

Considered as affected markets within the meaning of this Form are the markets:

- ?? in which the total market share of two or more of the participating undertakings in Switzerland is 20% or more and those
- ?? in which one of the participating undertakings' market share in Switzerland is 30% or more.

Please indicate:

- 4.1 Each market affected by the concentration and an explanation of why the products and/or services in these markets are taken into account in the product market definition (and why others are excluded) by reason of the products' characteristics and their intended use, from the point of view of:

---

<sup>2</sup> See, for instance, case Migros-Globus, DPC 1997/3, p. 364 ss, n° 18 s; see also the Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, JOCE 1997 C 372, p. 7ss, no 20-23.

- a. your customers (i.e ; name the affected markets in which you sell your products) and
  - b. your suppliers (i.e ; name the affected markets in which you buy your products).
- 4.2 The elements used for the calculation of the market volumes and the market shares.

Answering the following questions is only necessary if there are affected markets (see question 4.1).

Please indicate for each affected market:

- 4.3 The structure of distribution and demand, in particular :
- The market phase (take-off, expansion, maturity and decline). Please indicate in this context a forecast of the growth rate of demand ;
  - Segmentation of customers into different groups with a description of the « typical customer » of each group.
- 4.4 The importance of research and development (R&D) in the ability to compete in the long term. Research and development expenditure made by the participating undertakings as well as the intensity of research and development (R&D intensity is defined as R&D expenditure as a proportion of turnover) can be utilised as indicators.
- 4.5 The most important R&D activities of the participating undertakings.
- 4.6 The major innovations in the affected markets (process, product and other innovations), the time they were made and the undertakings responsible for these innovations.
- 4.7 The cycle of innovation in these markets and where the R&D activities of the parties are in this cycle of innovation.
- 4.8 Patents, know-how and other rights possessed by the concerned undertakings in the affected markets.

## **5 Market shares (Art. 11 (1) lit. e, OCCE)**

Answering the following questions is only necessary if there are affected markets within the meaning of Art. 11 (1) lit. d OCCE) (see question 4.1).

Please indicate *for each affected market and for the three years preceding the concentration*, mentioning the methods and bases of calculation used, the following data (to the extent they differ from the information given above under 4.2) :

- 5.1 The market volume and the market shares of the participating undertakings.

5.2 The market shares of each of the three main competitors, if available.

## **6 Market entry (Art. 11 (1) lit. f, OCCE)**

The answer to the following questions is only necessary in case there are affected markets within the meaning of Article 11 (1) lit. d OCCE (see point 4.1).

Please indicate for each affected market:

6.1 The undertakings that have entered the market during the past five years and their current market shares.

6.2 The undertakings which are likely to enter the market within the next three years and an estimate of the time within which such entry is likely to occur.

6.3 If possible, the costs engendered by the market entry of an undertaking of a scale equivalent to that of a significant and viable competitor (pecuniary requirements for material, marketing, advertising, establishing distribution systems, R&D).

6.4 Other factors influencing the costs of entry in the present case, such as :

- Government authorization or standard setting in any form;
- Exclusive dealing and exclusive purchasing agreements;
- Patents, know-how and other intellectual property rights ;
- Agreements with customers and the importance of publicity ;
- Economies of scale in the production and supply of goods and services in the affected markets ;
- The time in which a market entry can be achieved (starting point is the planned time of entry, final point that of effective entry).

## **7 Supporting documentation (Art. 11 (2) OCCE)**

Please provide the following:

7.1 Copies of the most recent annual accounts and reports of all the participating undertakings.

7.2 Copies of all the agreements or documents bringing about the concentration, if not already mentioned in answers to point 2.1 to 2.3.

7.3 In case of a public offer, a copy of the offer document.

7.4 Copies of analyses, reports, studies and surveys prepared for the concentration that contain important information for as-

sessing the concentration, if not already mentioned in answers to point 2.1 to 2.3.

## **8 Authorization**

The representative/s of the notifying undertaking/s must provide a written proof that they are authorised to act (Art. 11 (2) of the Federal Act on Administrative Procedure, RS 172.021).

## **D 2 Bibliographie**

Bibliographie  
Bibliografia

### **1 Aufsätze und Zeitungsartikel / articles / articoli**

GUGLER Philippe, Globalisation des échanges et coopération internationale en matière de politique de la concurrence, Die Volkswirtschaft – Magazin für WirtschaftsPolitik 10/98 p. 37 ss. / Globalisierung des Handels und internationale Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik, Die Volkswirtschaft – Magazin für WirtschaftsPolitik 10/98 S. 37 ff.

ZÄCH Roger, Privatisierung und Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen mit Netzstrukturen, in: Festschrift für Yvo Hangartner, Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Dick Verlag AG / St. Gallen / Lachen SZ 1998, p. 935-954.

LAMBELET Jean-Christian / MIHAILOV Alexander, Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires, Université de Lausanne, Cahiers de recherches économiques, Cahier N° 9818.

### **2 Livres / Bücher**

TSCHÄNI Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 98.

**Abkürzungsverzeichnis****Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

**C**

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

**D**

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

**E**

EU	Europäische Union
----	-------------------

**F**

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

**G**

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

**H**

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

**I**

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

**K**

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

**L**

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	LF sur le marché intérieur
LMP	LF sur les marchés publics
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio



LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
<b>M</b>		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
<b>N</b>			
<b>O</b>		<b>S</b>	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	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	<b>T</b>	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
<b>P</b>		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	<b>U</b>	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
<b>Q</b>		URG	BG über das Urheberrecht
<b>R</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	v	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>W</b>	
RR	Regierungsrat		

---

WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
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

**X**

**Y**

**Z**

## Index

- accords 583
- Akteneinsichtsrecht 668
- Art. 4 Abs. 1 KG 548, 553
- Art. 7 KG 553, 567, 591, 594, 722
- Auskünfte 666
- Gemeinschaftsunternehmen 600
- Marktanteile 553
- marktbeherrschende Unternehmen 546, 551
- Marktbeherrschende Unternehmen 591
- marktbeherrschenden Unternehmens 546
- Meldepflichtverletzung 618
- Mitwirkungsrechte bei Beweismassnahmen 667
- position dominante 558
- potentielle Konkurrenz 610
- Rechtfertigung 592
- staatliche Markt- oder Preisordnung 570
- substituierbar 552, 605
- unabhängig 554
- unabhängig verhalten 552
- Unternehmen 569, 570, 590, 591, 616, 720
- verhalten sich unzulässig 666
- Verschulden bei der Bemessung der Sanktion 618
- Verwaltungssanktion 617
- Wettbewerbsabreden 548, 553, 720
- Wettbewerbsbeschränkung 553, 720
- zivilrechtlichen Verfahren 621