



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

CH-3003 Berne
(Editeur)

CH-3003 Berna
(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale
CH-3000 Bern

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

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

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Fr. 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

Fr. 80.--

Fr. 80.--

Fr. 80.--

(Form: 701.000.99/3)

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

1999 / 3

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

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

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

Oktober / octobre / ottobre 1999

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice**1999 / 3**

B Verwaltungsverfahrenliche 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. | SWICO Recycling-Garantie | 373 |
| 2. | Swisscom; Angebot von Mietleitungen | 375 |

4. Beratungen

Conseils

Consulenze

- | | | |
|----|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Beratung von General Motors / Mowag Motorwagenfabrik AG betreffend Meldepflicht | 391 |
|----|------------------------------------------------------------------------------------|-----|

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

1. Vorsorgliche Massnahmen

Mesures provisionnelles

Misure cautelari

- | | | |
|----|---------------------------------------|-----|
| 1. | Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe | 391 |
|----|---------------------------------------|-----|

2. Untersuchungen

Enquêtes

Inchieste

- | | | |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Bahnhofkioske | 403 |
| 2. | Schweizerische Meteorologische Anstalt | 422 |
| 3. | Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz | 454 |
| 4. | Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich | 484 |

3. Unternehmenszusammenschlüsse

Concentrations d'entreprises

Concentrazioni di imprese

- | | | |
|----|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Valora Holding AG - Messagerie del Libro e della Stampa SA (Melisa) | 491 |
| 2. | Einheiten der Credit Suisse Group – Belcom Holding AG | 501 |
| 3. | Exxon – Mobil | 504 |
| 4. | Bon Appétit Holding – Usego Hofer Curti AG | 504 |
| 5. | TeleZüri AG (Erhöhung Beteiligungen von Belcom und TA Media) | 506 |
| 6. | Swisscom - debitel | 507 |
| 7. | ITV/IVG – TUI (Suisse) AG | 510 |
| 8. | Hoechst / Rhône-Poulenc | 513 |

| | | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 9. | SBB AG – Transpetrol GmbH | 517 |
| 5. | Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni | |
| 1. | Verfügung betreffend Schlussbericht und Nichteröffnung einer Untersuchung | 519 |
| B 3 | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza | |
| 1. | Beschwerdeentscheid vom 5. Juli 1999 betreffend Anhörungstermin vor der Wettbewerbskommission | 527 |
| 2. | Beschwerdeentscheid vom 8. Juli 1999 betreffend Fristerstreckung | 531 |
| 3. | Zwischenverfügung vom 12. August 1999 in Sachen X (Beschwerde vom 2. Juli 1999) gegen Y und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) | 536 |
| 4. | Beschwerdeentscheid vom 23. September 1999 in Sachen X gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 25. September 1998 beziehungsweise vom 17. August 1998) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen | 539 |
| C | Gerichtliche Praxis Pratique des Tribunaux Prassi die tribunali | |
| C 2 | Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale | |
| 1. | Staatsrechtliche Beschwerde betreffend Verletzung von Art. 4 und 31 BV sowie des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 | 560 |
| 2. | Staatsrechtliche Beschwerde betreffend Verletzung von Art. 4 und 31 BV sowie des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 | 570 |
| D | Entwicklungen Développements Sviluppi | |
| D2 | Bibliographie Bibliographie Bibliografia | 583 |
| | Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) | 547 |
| | Index (deutsch, français e italiano) | VI |

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. SWICO Recycling-Garantie |
|--------------|---------------------------------------|

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG

Accords illicites ; art. 5

Accordi illeciti; art. 5

Beurteilung der SWICO Recycling-Garantie durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 22. September 1999

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) führte 1997 eine Vorabklärung in Sachen Recycling-Garantie des Schweizerischen Wirtschaftsverbandes der Informations-, Kommunikations- und Organisationstechnik (SWICO) durch (vgl. RPW 1997/2, 142 ff.). Die Unterzeichner der SWICO-Garantie (Hersteller und Importeure von Elektronikgeräten) verpflichteten sich insbesondere zur Rücknahme und Verwertung resp. Entsorgung aller von der Garantie erfassten ausgedienten Geräte. Sie finanzieren die Triage, den Transport und die Verwertung resp. Entsorgung mit umsatzabhängigen Entsorgungsbeiträgen. Ursprünglich hielt der SWICO die Unterzeichner dazu an, ihre Entsorgungsbeiträge mit verkaufspreisabhängigen sog. vorgezogenen Entsorgungsgebühren auf die Endpreise ihrer Produkte zu überwälzen.

2. Das Sekretariat beurteilte die SWICO-Garantie in ihrer Vorabklärung als horizontale Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Kartellgesetz (KG). Für die Beurteilung der Abrede wurden die Organisation der Entsorgung und die Finanzierung der Entsorgung getrennt betrachtet. Die gemeinsame Entsorgungsorganisation erachtete das Sekretariat damals als möglicherweise durch wirtschaftliche Effizienz gerechtfertigt.

3. Die Abrede über die Deckung der Entsorgungskosten durch einheitliche vorgezogene Entsorgungsgebühren stufte das Sekretariat als horizontale Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ein.

Dadurch, dass sämtliche SWICO-Unterzeichner für die Entsorgung substituierbarer Geräte gleicher Preisklasse dieselben Entsorgungsbeiträge auf ihre Produktpreise überwälzten, wurden die Entsorgungsentgelte einheitlich hoch resp. die in den Produktpreisen enthaltenen Komponenten für die Entsorgung standardisiert.

4. In der damaligen Vorabklärung wurde jedoch die vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht abschliessend beurteilt. Es wurde auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet, da ungewiss war, ob die zu erlassende Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG; SR 814.016) vorgezogene Entsorgungsgebühren für obligatorisch erklären würde. Mittlerweile ist die VREG ohne Bestimmungen über die Finanzierung der Entsorgung in Kraft getreten, womit kein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG vorliegt.

5. Seit 1997 hat SWICO sein Finanzierungskonzept weiterentwickelt. Heute bezahlt in der Regel jeder Unterzeichner einen Recyclingbeitrag im Umfang seiner Verkäufe. Wo dies aufgrund des Produktemixes notwendig ist, gibt es pauschale Beitragsätze. Die Hersteller und Importeure entscheiden neuerdings jedoch selbst, ob und falls ja in welcher Höhe sie die Recyclingbeiträge auf ihre Produkte überwälzen. Die SWICO-Garantie führt somit heute nicht mehr dazu, dass die Unterzeichner einheitlich hohe vorgezogene Entsorgungsbeiträge auf ihre Produkte überwälzen. Gemäss SWICO gibt ein Teil der Unterzeichner den Kunden denn auch lediglich bekannt, dass das Recycling im Kaufpreis eingeschlossen sei, ohne explizit einen Entsorgungsbeitrag auszuweisen. Die Unterzeichner haben sogar die Möglichkeit, auf die Überwälzung des Recyclingbeitrages auf einzelne Produkte ganz zu verzichten. Die SWICO-Konvention hat daher heute auf Stufe Elektronikgeräte keine preisstandardisierende Wirkung mehr. Dies auch deshalb, weil die Märkte für Elektronikgeräte äusserst dynamisch und von häufigen Preisänderungen gekennzeichnet sind.

6. Jenen Unternehmen, welche eine andere als die vom SWICO angebotene Entsorgungslösung nachfragen möchten, stehen zudem Alternativen zum SWICO zur Verfügung (z. B. Stiftung Entsorgung Schweiz (S.EN.S)).

7. Das Finanzierungssystem der SWICO-Recycling-Garantie bewirkt daher in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung, welche es den Unterzeichnern überlässt, ob – und falls ja in welcher Höhe – sie ihre Recyclingbeiträge auf die einzelnen Produkte überwälzen wollen, keine Wettbewerbsbeschränkung. Da durch die Garantie auch keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, liegt keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

8. Die Bestimmungen über die gemeinsame Organisation der Entsorgung sehen regelmässige Ausschreibungen für Logistik und Entsorgung vor. In diesen Bereichen wird daher der Wettbewerb durch die Garantie nicht beeinträchtigt. Der Umstand, dass sämtliche Unterzeichner die Entsorgungsorganisation auf den SWICO übertragen haben, ist – sofern dies den Wettbewerb trotz alternativen Entsorgungssystemen erheblich beeinträchtigen sollte – aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, da diese einheitliche Rückführungsorganisation zu Grössenvorteilen und somit Kosteneinsparungen führt (vgl. dazu Bericht der Kartellkommission "Grundsätzliches zu den Wettbewerbsverhältnissen auf Altstoffmärkten", VKKP 2/1996, 28 ff.).

9. Aus obigen Gründen erkennt das Sekretariat keine Anhaltspunkte dafür, dass die SWICO-Recycling-Garantie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen könnte.

| | |
|-------|-----------------------------------------------|
| B 1.1 | 2. Swisscom; Angebot von Mietleitungen |
|-------|-----------------------------------------------|

Unzulässige Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens; Art. 7 KG; Art. 5 KG

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

Pratiche illecite di un'impresa avente una posizione dominante; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 31. August 1999 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Swisscom: Angebot von Mietleitungen.

A SACHVERHALT

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission ("Sekretariat") entnahm Pressemeldungen, dass Swisscom AG, Bern ("Swisscom"), im Mietleistungsportfolio auf den 1. Januar 1998 Anpassungen vorgenommen habe. Seither würden einerseits gewisse Dienste nicht mehr angeboten und andererseits sollen die Preise massiv erhöht worden sein.

2. Swisscom bietet Mietleistungen und Übertragungsmedien kommerziell direkt Endverbrauchern (Retail-Portfolio) sowie Fernmeldediensteanbieterinnen zwecks Wiederverkaufs an (Wholesale-Portfolio). Das Wholesale-Portfolio wurde erst im Verlauf dieser Vorabklärung (August 1998) eingeführt. Zuvor offerierte

Swisscom im Sinne einer Übergangslösung Rabatte auf die damals geltenden Retailpreise.

3. Neben dem Vorwurf der massiven Preiserhöhungen wird beklagt, dass Swisscom die Mietleitungskategorien 768 kbit/s, 1536 kbit/s und 4 x 2048 kbit/s aus dem Angebot gestrichen habe. Weiter werde das gesamte Kupferleitungsangebot nicht mehr in der Preisliste geführt.

4. Beim beschriebenen Sachverhalt und insbesondere bei der Preis- und Angebotspolitik bzw. der Weigerung einzelne Produkte anzubieten, handelt es sich möglicherweise um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 Kartellgesetz ("KG").

5. Das Sekretariat hat deshalb am 25. März 1998 eine erste Vorabklärung eröffnet und Swisscom zur Klärung des Sachverhaltes einen Fragebogen zugestellt. Im Zentrum stand dabei die Frage, weshalb die Anpassungen im Mietleistungsportfolio vorgenommen wurden.

6. Die Stellungnahme von Swisscom ging am 14. April 1998 mit einem Nachtrag vom 20. April 1998 beim Sekretariat ein. Swisscom begründet die Preisanpassungen damit, dass aufgrund erst jetzt im Detail möglicher Kostenanalysen effektiv feststellbar sei, bei welchen Diensten welche Kosten anfallen. Daraus hätten sich im Verhältnis zwischen kürzeren und längeren Mietleitungen Anpassungen ergeben, weil insbesondere die kürzeren Leitungen einen negativen Deckungsbeitrag aufgewiesen hätten. Die Preise seien auch nicht grundsätzlich erhöht worden, sondern im Fernbereich tendenziell gesenkt worden. Weiter waren die Preise im Bereich der Ortsleitungen bisher auf maximal 2 km plafoniert, d. h. Mietleitung von zwei und mehr Kilometern wurden zum selben Preis angeboten.

7. Mit Schreiben vom 14. und 16. April 1998 beklagten sich der Verband Inside Telecom ("VIT"), Bern, und der Schweizerische Verband der Telekommunikationsbenützer ("Asut"), Zürich, im Namen ihrer Mitglieder beim Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM"), bei der Kommunikationskommission ("ComCom"), beim Preisüberwacher und bei der Wettbewerbskommission ("Weko") über den gleichen Sachverhalt.

8. Die angeschriebenen Behörden einigten sich anschliessend darauf, dass das BAKOM die Federführung für die Beantwortung der Schreiben von VIT und Asut übernehmen soll. Dies insbesondere deshalb, weil es sich bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen Fernmeldediensteanbieterinnen gemäss Fernmeldegesetz ("FMG") vom

30. April 1997 (SR 784.10) in aller Regel um Interkonnektionsfragen handelt und Entscheidungen über Interkonnektionsfragen in die Zuständigkeit von ComCom bzw. BAKOM fallen.

9. Das Sekretariat teilte Swisscom am 5. Juni 1998 die Einstellung der Vorabklärung aus vorgenannten Gründen mit.

10. Das BAKOM erteilte den beiden Verbänden mit Schreiben vom 13. Juli 1998 eine Rechtsauskunft. Es wurde insbesondere darauf hingewiesen, dass die ComCom nur im Fall einer eigentlichen Interkonnektionsklage (gem. Art. 11 Abs. 3 FMG) tätig werden könne.

11. Mit Schreiben vom 29. Juli 1998 bzw. 5. August 1998 haben sich VIT und Asut erneut an die Weko bzw. das Sekretariat gewandt und den nach wie vor ungelösten Sachverhalt noch einmal dargelegt.

12. Das Sekretariat teilte Swisscom und VIT am 13. August 1998 und Asut am 17. August 1998 die erneute Eröffnung einer Vorabklärung mit. Zur Klärung des Sachverhaltes wurden Fragebögen zugestellt. Hauptpunkte waren Fragen bezüglich der Marktabgrenzung und der Marktstellung von Swisscom. Swisscom wurde zusätzlich befragt, ob sie mit dem Einbezug der bereits ergangenen Stellungnahmen in die neue Vorabklärung einverstanden sei.

13. Die Stellungnahmen gingen beim Sekretariat am 30. September 1998 (VIT und asut) bzw. am 15. Oktober 1998 (Swisscom) ein. Die Verbände asut und VIT reichten Vorschläge bezüglich der Marktabgrenzung ein und gaben einen Überblick über die noch schwach entwickelte Konkurrenzsituation im Mietleitungsbereich. Swisscom nahm detailliert zu den Fragen und Vorwürfen Stellung. Die Vorwürfe wurden als haltlos dargestellt. Die Swisscom sei im Bereich der Mietleitungen nicht marktbeherrschend und selbst wenn eine solche Marktstellung feststellbar wäre, sei das Verhalten keinesfalls kartellrechtswidrig.

14. Die von Swisscom angebotene Besprechung mit dem Sekretariat inkl. Präsentation der neuen Kostenrechnungsmodelle und den sich daraus ergebenden Resultaten im Bereich Mietleitungen wurde am 29. Oktober 1998 abgehalten. Die wichtigsten Ergebnisse dieser Besprechung wurden dem Sekretariat in einer Ergänzung zur Stellungnahme am 16. November 1998 eingereicht.

15. Im November 1998 hat das Sekretariat eine Anzahl aktueller und potentieller Konkurrenten von Swisscom (Sunrise, WorldCom, Colt, Multilink, Global One und Aargauische Elektrizitätswerke) angefragt, welche Dienste sie im Bereich Mietleitungen heute anbieten. Die angefragten Unternehmen bieten heute gemäss ihren Stellungnahmen nur in räumlich eng begrenzten Regionen Mietleitungen auf eigener Infrastruktur an.

16. Mit Schreiben vom 31. Dezember 1998 meldete der VIT Probleme beim Dienst Frame Relay der Swisscom. Es wurde dargelegt, dass die Preise von Frame Relay-Diensten, welche als Mehrwertdienste auf Mietleitungen aufbauen, teilweise unter den Preisen für Mietleitungen liegen. Das Sekretariat hat nach ersten Abklärungen

(Fragebogen an Swisscom und Sitzung) beim VIT zusätzliche Informationen zu konkreten Fällen verlangt. Diese zur weiteren Abklärung der Problematik notwendigen Informationen wurden vom VIT nicht geliefert. Die Problematik Frame Relay Dienste wurde infolgedessen und auch aufgrund mangelnder Indizien für kartellrechtliche Relevanz nicht weiter verfolgt.

17. Schliesslich erhielt das Sekretariat im Februar 1999 eine weitere Klage von der Comcare AG. Diese Klage schliesst an die vor der ComCom noch hängige Interkonnektionsklage (Comcare vs. Swisscom) an. Auf diese Punkte wird im Folgenden auch nicht eingegangen. Zusätzlich werden Sachverhalte beklagt, die bereits Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung sind.

B ERWÄGUNGEN

1 Geltungsbereich

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

1.1. Marktbeherrschendes Unternehmen

19. 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).

20. Um festzustellen, ob sich Swisscom als Anbieterin von Mietleitungen und Übertragungsmedien tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

I. Relevanter Markt

a. Sachlich relevanter Markt

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

22. Unter Mietleitung wird gemäss Art. 1 Bst. b. der Verordnung über Fernmeldedienste ("FDV") das "Bereitstellen von Übertragungskapazität im Sinne der ONP-Richtlinie 92/44 EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzuganges bei Mietleitungen" verstanden. Die Richtlinie führt in Art. 2(2) verdeutlichend aus, dass es sich dabei um "im Zusammenhang mit der

Einrichtung, der Entwicklung und dem Betrieb des öffentlichen Telekommunikationsnetzes bereitgestellte Telekommunikationseinrichtungen, die transparente Übertragungskapazität zwischen Netzabschlusspunkten, jedoch keine Vermittlungsfunktion, die der Benutzer selbst als Bestandteil des Mietleitungsangebots steuern kann (on-demand switching), zur Verfügung stellen", handelt.

23. Mietleitungen sind somit Punkt-zu-Punkt Verbindungen, welche dem Benutzer in der gewünschten Kapazität proprietär und zur Übertragung von Informationen (Sprache, Daten oder Bilder) zur Verfügung gestellt werden. Mietleitungen werden auf dem bestehenden Telekommunikationsnetz angeboten. Nicht massgebend ist dabei das Übertragungsmedium, auf welchem die Mietleitung im Einzelfall geschaltet ist. Dieses ist grundsätzlich vorgegeben durch die zwischen den gewünschten Endpunkten tatsächlich vorhandene Netzinfrastruktur.

24. Zur Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes kann neben der Eigenschaft, dass zwei Endpunkte für die Zwecke der Kommunikation miteinander verbunden werden, der Grad der angebotenen Qualität bzw. des Mehrwertes herbeigezogen werden. Diesbezüglich können Mietleitungen und die darauf aufbauenden Mehrwertdienste sowie sogenannte "Übertragungsmedien" abgegrenzt werden. Letztgenannte unterscheiden sich von den Mietleitungen durch die nicht angebotenen Kontroll- und Überwachungsdienste. Mietleitungen werden je nach gewünschtem Service rund um die Uhr auf ihre Funktionstüchtigkeit überprüft, während bei Übertragungsmedien ausschliesslich die Kapazität angeboten wird. Bei reinen Übertragungsmedien werden zudem keine bestimmten Bandbreiten oder Übertragungsqualitäten garantiert. Gemäss "Service Description" der Swisscom vom 1. Juli 1998 (Version 2.0) sind Übertragungsmedien als ergänzendes Angebot im Nahbereich zu werten.

25. Es erweist sich als äusserst komplex, aufgrund der Eigenschaft Qualität bzw. Mehrwert eine Marktabgrenzung vornehmen zu wollen. Die Grenzen zwischen den verschiedenen Diensten sind fließend und aufgrund der nach wie vor rasanten Innovationstätigkeit in der Telekommunikationsbranche entstehen auch immer neue Angebote. Als Beispiel kann die neue Produktlinie "Direct Link" von Swisscom genannt werden. Technisch zwischen Mietleitungen und reinen Übertragungsmedien angesiedelt, geht es hierbei um proprietäre Übertragungskapazität auf kurzen Strecken, wo Kommunikation auch ohne die Benutzung der Infrastruktur-Plattform (u. a. Kontroll- und Überwachungsdienste) ohne wesentliche Qualitätsverluste möglich ist. Im Gegensatz zu den reinen Übertragungsmedien werden dem Endkunden aber Punkt-zu-

Punktverbindungen im Nahbereich nach definierten Bandbreiten zur Verfügung gestellt.

26. Die Angebotsvielfalt ist objektiv determiniert durch die Verbindungsdistanz. Während im Nahbereich alle drei Dienste in Anspruch genommen werden können, kommen im Fernbereich nur Mietleitungen in Frage. In subjektiver Hinsicht sind die qualitativen Anforderungen massgebend. Soll eine bestimmte Qualität und Übertragungskapazität auch im Nahbereich garantiert sein, ist selbst für kurze Verbindungen eine Mietleitung unerlässlich.

27. Aufgrund der technischen Voraussetzungen ergeben sich für den Kunden folgende Auswahlmöglichkeiten in Abhängigkeit von der Verbindungsdistanz sowie der gewünschten garantierten Leistungsmerkmale:

| Distanz | Kapazität / Qualität | Produkt |
|-------------|----------------------|------------------------------|
| Fernbereich | garantiert (immer) | Mietleitung |
| Nahbereich | garantiert | Mietleitung oder Direct Link |
| Nahbereich | nicht garantiert | Übertragungsmedien |

28. Endverbraucher, welchen Swisscom das sogenannte Retail-Portfolio anbietet, benötigen zwischen verschiedenen Standorten (z. B. Hauptsitz und Filialen) eine permanente Kommunikationsmöglichkeit mit garantierter Qualität. Um die geforderte Qualität zu erhalten, werden sie in aller Regel Mietleitungen nachfragen. Dies umso mehr, als ihre Kerngeschäftstätigkeit nicht im Telekommunikationsbereich liegt und das Know-how fehlt, selber die notwendigen Massnahmen und Investitionen zur Qualitätssicherung zu tätigen.

29. Fernmeldediensteanbieterinnen, welche bei Swisscom Übertragungskapazität nachfragen, benötigen diese letztlich, um die Kapazität ihren Endkunden weiterzuverkaufen. Weiterverkaufen kann hier sowohl das einfache Zurverfügungstellen der Kapazität als auch das Schliessen von Lücken bei der eigenen Infrastruktur (z. B. zur Ermöglichung eines Internetangebotes) bedeuten. Im Fall der Fernmeldediensteanbieterinnen ist die Frage, ob eher Mietleitungen oder Übertragungsmedien nachgefragt werden, schwieriger zu beantworten. Es kann davon ausgegangen werden, dass Fernmeldediensteanbieterinnen zu einem gewissen Teil selber in der Lage sind, Kontroll- und Überwachungsfunktionen für ihre Kunden zu übernehmen. Demzufolge werden Fernmeldediensteanbieterinnen in der Regel auch reine Übertragungsmedien nachfragen.

30. Bezüglich des Verwendungszweck für die beiden Kundengruppen bestehen gewisse Unterschiede, die mit dem durch die Benutzung der Infrastruktur verfolgten Geschäftszweck zusammenhängen. Grundsätzlich kann jedoch gesagt werden, dass der Verwendungszweck für beide Kundengruppen die Sicherstellung des Transports von Informationen zwischen zwei definierten Punkten ist.

31. Als weitere mögliche Abgrenzung kommt die Unterscheidung zwischen Mietleitungen im Nah- bzw. im Fernbereich in Betracht. Wie sich in Kapitel II. (Marktstellung) zeigen wird, ergeben sich jedoch aus dieser Marktabgrenzung im vorliegenden Fall keine anderen Ergebnisse bezüglich Marktstellung der Swisscom. Aus diesem Grund wird auf die Unterteilung von Mietleitungen im Anschluss- bzw. Fernnetz verzichtet.

32. Für die Zwecke dieser Vorabklärung wird in der Folge von einem relevanten Markt "Mietleitungen" ausgegangen, welcher sowohl Mietleitungen, wie auch reine Übertragungsmedien beinhaltet. Auf eine genaue Marktabgrenzung kann jedoch verzichtet werden, da sich in Kapitel B.2 (Keine unzulässigen Verhaltensweisen) zeigen wird, dass bei der engsten wie bei allen weiteren Marktabgrenzungen keine Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen von Swisscom vorliegen.

b. Räumlich relevanter Markt

33. 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).

34. Die Nachfrage eines Mietleitungskunden hat immer das Ziel, zwei Endpunkte miteinander zu verbinden. Daraus ist jedoch nicht zwingend abzuleiten, dass jede einzelne Mietleitung einen eigenen räumlichen Markt bildet. Zu klären ist im Einzelfall, in welchem Raum die den sachlich relevanten Markt umfassenden Güter oder Dienstleistungen von der Gesamtheit der Marktgegenseite nachgefragt werden.

35. Mietleitungen werden grundsätzlich landesweit nachgefragt und von Swisscom auch landesweit angeboten. A priori könnte deshalb von einem gesamtschweizerischen Markt für Mietleitungen und Übertragungsmedien ausgegangen werden. Dafür spricht im vorliegenden Fall die Tatsache, dass die verschiedenen Eingaben nicht auf regionale Probleme hinweisen, sondern das Mietleitungsangebot und die Preisbildung von Swisscom allgemein als unzulässig erachten.

36. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich bei allfälligen zukünftigen Verfahren, welche sich auf konkrete Verbindungen beziehen, eine engere räumliche Marktabgrenzung zu prüfen sein wird. Stünden beispielsweise ausschliesslich Leitungen innerhalb einer bestimmten

Region im Zentrum des Verfahrens, wäre zu klären, ob der relevante Markt nicht auf den entsprechenden Raum beschränkt werden müsste.

37. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung geht das Sekretariat von einem landesweiten Markt für Mietleitungen aus.

II. Marktstellung

c. Aktuelle Konkurrenz

38. Auf dem seit 1. Januar 1998 liberalisierten Telekommunikationsmarkt der Schweiz sind neben Swisscom verschiedene andere Anbieterinnen tätig. Die konzessionierten Anbieterinnen sind berechtigt, eigene Netzinfrastrukturen aufzubauen und auf diesem Netz auch Mietleitungen anzubieten. Bereits heute treten in einzelnen Regionen Anbieterinnen von Mietleitungen mit eigener Netzinfrastruktur auf. Die Angebote sind grundsätzlich auf die grossen und wirtschaftlich wichtigen Städte wie Zürich und Genf sowie Verbindungen zwischen den wirtschaftlichen Ballungszentren beschränkt. Somit sind nach wie vor alle neuen Anbieterinnen zur Schliessung ihrer "Infrastrukturücken" bzw. zur Ermöglichung einer flächendeckenden Dienstleistung auf die Mietleitungen von Swisscom angewiesen.

39. Konkret bieten in Zürich mit Sunrise, DiAx, Colt und Worldcom vier Unternehmen mit mehr oder weniger ausgebauten eigenen (Hochleistungs-) Netzen Mietleitungen an. Dabei richten sich zumindest die beiden Letztgenannten ausschliesslich an Geschäftskunden mit grossem Kommunikationsbedarf und häufig internationaler Tätigkeit. Weiter bieten die aargauischen Elektrizitätswerke (AEW) im Kanton Aargau Mietleitungen über eigene Netzinfrastruktur an.

40. Parallel dazu sind auch die Retail-Kunden entweder direkt oder indirekt – die vom betreffenden Telekommunikationskunden gewählte Mietleitungsanbieterin greift auf Swisscom Infrastruktur zurück – auf Mietleitungen von Swisscom angewiesen.

41. Somit setzt sich die aktuelle Konkurrenz, welche Mietleitungen kommerziell auf eigenen Netzen anbietet, im Wesentlichen wie folgt zusammen (nicht abschliessende Aufzählung):

| Anbieter | wo | Local Loop zum Kunden |
|-------------|-----------------------------------|-----------------------|
| Swisscom | landesweit, flächendeckend | ja |
| Sunrise | (in und) zwischen Ballungszentren | weitgehend nein |
| DiAx | (in und) zwischen Ballungszentren | weitgehend nein |
| Colt | Zürich | teilweise ja |
| Worldcom | Zürich | teilweise ja |
| AEW Litecom | Kanton Aargau | weitgehend nein |

42. Zur Feststellung der Marktstellung sind in der Regel Angaben zu Marktanteilen notwendig. Im vorliegenden Fall liegen jedoch keine verlässlichen Angaben vor. In der Schweiz liegt der Umsatz mit Mietleitungen und Übertragungsmedien bei rund Fr. 500 Millionen (Umsatz der Swisscom im Jahr 1996: Fr. 472 Mio.). Es kann somit aufgrund der vorstehend beschriebenen Konkurrenzsituation davon ausgegangen werden, dass Swisscom nach wie vor den allergrössten Umsatzanteil erzielt.

43. Im Ausland wurden bei vergleichbaren Studien neben dem Umsatz weitere Indikatoren für die Marktstellung beigezogen. Beispielsweise hat das britische Office of Telecommunications (OFTEL) in der im Januar 1999 veröffentlichten Studie "National leased lines in the UK; Summary of OFTEL's investigation" die Kapazität der lokalen Endpunkte (Anzahl 64 kbits Äquivalenten), Einflussmöglichkeit auf Mietleitungsmarkt, Erfahrung im Markt und Gesamtumsatz bzw. Zugang zu Ressourcen als wichtige Indikatoren zur Bestimmung der Marktstellung bezeichnet.

44. Ohne über detaillierte Angaben zu verfügen, gilt nach wie vor, dass Swisscom auch aufgrund dieser zusätzlichen Indikatoren eine sehr starke Position einnimmt. Mit Ausnahme der genannten Regionen (Städte und Verbindungen zwischen Ballungszentren) ist Swisscom auch ein gutes Jahr nach Marktöffnung Alleinanbieterin von Übertragungskapazität oder zumindest mit Abstand grösste Anbieterin. Insbesondere verfügt sie als einzige über flächendeckende Infrastruktur inklusive sogenannte "last mile". Mit einem weiteren Blick ins Ausland lässt sich feststellen, dass diese Situation durchaus typisch ist. Die Entwicklung hin zu wirksamem Wettbewerb benötigt Zeit. Immerhin zeigen die Stellungnahmen einiger der neuen Anbieterinnen, dass diese die Grundsatzentscheidung "kaufen" oder "selber bauen" auch recht häufig zugunsten der Investition in eigene Netzinfrastruktur fällen. Insbesondere in den bereits von Wettbewerbern besetzten Regionen wie Städten und grösseren Agglomerationen werden sie in nächster Zeit weitere Bauprojekte in Angriff nehmen.

45. Für die Beurteilung der Marktstellung von Swisscom können die Abklärungen von Commcare weitere Hinweise geben. Commcare hat mit Schreiben vom 22. Januar 1999 Konkurrentinnen von Swisscom (Colt, Sunrise, AEW, DiAx und Worldcom) um Offerten für ca. 100 verschiedene Mietleitungen angefragt. Alle Unternehmen antworteten, dass sie nicht in der Lage seien, ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

46. In Kapitel I. (relevanter Markt) wurde eine möglich Unterscheidung von Mietleitungen im Nah- bzw. Fernbereich angesprochen. Es handelt sich dabei um benachbarte Märkte. Im

Nahbereich (Local Loop) ist heute aufgrund obenstehender Erwägungen davon auszugehen, dass Swisscom eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, da keine aktuelle, und wie sich später zeigen wird, auch keine potentielle Konkurrenz existiert. Im Bereich des Fernnetzes existiert eine gewisse aktuelle Konkurrenz. Allerdings durchläuft eine Mietleitung in der Regel sowohl das Anschluss- wie auch das Fernnetz. Demzufolge sind Mietleitungsnachfrager auch bei Mietleitungen, welche zu einem grossen Teil im Fernnetzbereich liegen, auf die Dienstleistungen der Swisscom angewiesen (Übertragung der Marktmacht).

d. Potentielle Konkurrenz

47. Es stellt sich die Frage, ob allenfalls weitere Dienste ähnliche Eigenschaften aufweisen und denselben Verwendungszweck für die Kunden erfüllen könnten und ob allenfalls weitere Unternehmen in Kürze in den Mietleitungsmarkt eintreten werden.

48. Ähnliche Eigenschaften wie Telekommunikationsnetze weisen Kabelfernseh-Netze (CATV-Netze) auf. Hinsichtlich der verfügbaren Bandbreiten sind sie zumindest ebenbürtig, und auch in Bezug auf die Anschlussdichte sind die hierzulande in Betrieb stehenden Netze vergleichbar: Während am Swisscom-Netz praktisch 100 % aller Haushalte angeschlossen sind, erreichen CATV-Netze eine Abdeckung von immerhin ca. 85 % (vgl. z. B. INFRAS (1997): CATV-Vernetzung für die Zukunft, Zürich, März 1997). Allerdings ist der Ausbaustand zum gegenwärtigen Zeitpunkt über weite Teile der CATV-Netze noch nicht geeignet, Sprache und Daten in beide Richtungen transportieren zu können. Diesbezügliche Anstrengungen sind zwar im Gang und entsprechende Investitionen wurden und werden getätigt. Von echter Substituierbarkeit kann jedoch erst mittelfristig (d. h. in ein bis drei Jahren) ausgegangen werden. Dasselbe gilt im Übrigen für die Netze der Elektrizitätswerke, die insbesondere für Verbindungen zwischen Ballungszentren dereinst als Alternative in Frage kommen werden.

49. In Bezug auf den Verwendungszweck könnten auch funkbasierende Technologien wie z. B. Satelliten oder terrestrische Funksysteme als Substituten gelten. Einschränkungen rühren indessen daher, dass insbesondere die von Geschäftskunden gestellten Anforderungen an Qualität, Kosten und Übertragungskapazität bzw. -geschwindigkeit auch mittelfristig kaum erfüllt werden können. Die als Substitut für traditionelle Übertragungsmöglichkeiten im Lokalnetz dienenden Wireless-local-loop-(WLL)-Technologie hat zwar Marktreife erreicht, ist aber in der Schweiz noch nicht im Einsatz. Eine Ausschreibung entsprechender Konzessionen ist noch in diesem Jahr geplant. Allerdings benötigt der Aufbau der WLL-Infrastruktur auch einige Zeit.

50. Die für den Bau eines flächendeckenden eigenen Telekommunikationsnetzes notwendigen Investitionen stellen zudem eine fast unüberwindbare Markteintrittsbarriere dar.

51. Aufgrund dieser Situation ist kurzfristig nicht mit einem Eintritt von neuen Konkurrenten zu rechnen, welche die Stellung von Swisscom v. a. im Lokalnetz angreifen könnten. Mietleitungen mit oder ohne garantierter Leistung und Überwachung können zudem zum gegenwärtigen Zeitpunkt und bis auf Weiteres nur über Telekommunikationsnetze (und damit hauptsächlich über dasjenige der Swisscom) angeboten werden.

e. Ergebnis

52. Aufgrund obenstehender Erwägungen ist erstellt, dass Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Markt für Mietleitungen bestehen.

53. Auch bei einer Marktabgrenzung, welche zwischen Mietleitungen im Nah- bzw. Fernbereich unterscheidet, ergeben sich keine anderen Ergebnisse. Swisscom kann die marktbeherrschende Stellung im Nahbereich auch auf den Fernbereich übertragen.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

54. 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).

55. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

2 Keine unzulässigen Verhaltensweisen

56. Die durchgeführten Abklärungen betrafen verschiedene, möglicherweise unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG. Im Einzelnen wurden folgende Aspekte geprüft:

- die Angebotspolitik bei Mietleitungen, um festzustellen, ob eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen vorliegt;
- die Preispolitik, um festzustellen, ob Diskriminierungen und Preisunterbietungen vorliegen oder Swisscom unangemessene Preise erzwingt;
- die Informationstätigkeit, um festzustellen, ob eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen oder Diskriminierungen vorliegen.

a. **Angebotspolitik der Swisscom**

57. Im Zentrum steht die Frage, ob sich im Zusammenhang mit der Anpassung des Mietleistungsportfeuillees per 1. Januar 1998 Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise von Swisscom im Sinne von Art. 7 KG ergeben.

58. Die Anpassung des Angebots umfasst eine Straffung und teilweise Streichung von Diensten. Insbesondere wurde von den Klägern (VIT, asut und Commcare) bemängelt, dass die Kupferkabel im Lokalnetz nicht mehr angeboten werden.

59. Aus der Sicht der Gesamtheit der Nachfrager stellen die Kupferkabel eine substituierbare Leistung zu anderen Mietleitungen im Lokalnetz dar (vgl. Marktabgrenzung). Mit anderen Worten ist es für Nachfrager nach bestimmten Verbindungen von Ort A nach Ort B nach wie vor möglich, diese mittels Diensten der Swisscom sicherzustellen. Es muss somit nicht von einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen von Seiten Swisscom ausgegangen werden.

60. Aus der Sicht einzelner Nachfrager weisen jedoch Kupferkabel diejenigen Eigenschaften auf, welche für den spezifisch erforderlichen Verwendungszweck geeignet sind. Eine Weigerung der Swisscom diese Dienste anzubieten, könnte in diesem Fall allenfalls als unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG gelten. Swisscom macht u. a. geltend, dass mit der neuen Fernmeldedienstverordnung (in Kraft seit 1.1.98) Kupferkabel nicht mehr ein Pflichtangebot darstellen. Das Angebot war schon vorher auf diejenigen Lokalnetze beschränkt, wo effektiv noch Kupferkabel auf der vollständigen, von der Nachfragerin gewünschten Strecke existierten. Die Kupferkabel sind vor allem für Anbieterinnen von Fernmeldediensten interessant. Für diese Unternehmen wurde mittlerweile aber ein spezifisches Angebotspaket (Wholesale-Portfolio) ausgearbeitet, welches u. a. das Kupferkabelangebot ersetzt. Das Wholesale-Portfolio berücksichtigt insbesondere, dass Fernmeldedienstanbieterinnen teilweise über eigene Fernmeldeeinrichtungen (z. B. für Kontrolle und Qualitätssicherung) verfügen.

61. Mit dem Wholesale-Portfolio reagierte Swisscom auf die im Zusammenhang mit der Liberalisierung teilweise neu entstandenen Mietleistungsbedürfnisse. Neu in der Schweiz auftretende Fernmeldedienstanbieterinnen sind zur Befriedigung der Bedürfnisse ihrer Kunden auf Übertragungseinrichtungen von Swisscom angewiesen. Das Wholesale-Angebot ist speziell auf diese neuen Bedürfnisse ausgerichtet, indem gewisse Zusatzdienste, die von Swisscom Endkunden benötigt werden, nicht mehr zwingend angeboten werden. Dies führt u. a. zu tieferen Preisen.

62. Mit dem neuen Angebot werden die Bedingungen für die Wholesale-Kunden standardisiert. Die in einer ersten Phase der Liberalisierung möglicherweise problematischen Unterschiede in der Behandlung verschiedener Fernmeldediensteanbieterinnen entfallen nun. Die verschiedenen Abklärungen des Sekretariates ergaben jedenfalls keine Anhaltspunkte, für Diskriminierungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.

63. Die Frage nach einem Angebot von Kupferkabel im Lokalnetz steht in einem engen Zusammenhang mit der in der Schweiz noch nicht gelösten Problematik des "unbundling im Lokalnetz". Diese Problematik ist u. a. Gegenstand des vor der ComCom hängigen Interkonkurrenzverfahrens Commcare vs. Swisscom. Mit einem Entscheid der ComCom zugunsten des Unbundling würde den Konkurrenten von Swisscom der Zugang zum Lokalnetz ermöglicht und die Folgen der in Kapitel II. (Marktstellung) beschriebenen Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom reduziert.

b. Preispolitik der Swisscom

64. Die Preise für Mietleitungen ergeben sich einerseits aus der beanspruchten Übertragungskapazität und andererseits aus der Distanz zwischen den zu verbindenden Endpunkten. Bezüglich der Preispolitik von Swisscom bei Mietleitungen wurden die Preisanpassungen mit Wirkung vom 1. Januar 1998 und mögliche gezielte und gegen Konkurrenten gerichtete Preisunterbietungen beklagt.

65. Die von Swisscom im Mietleitungsbereich angewandte Kostenallokation, die Preisgestaltung und die Rabattpolitik wurden dem Sekretariat in Stellungnahmen und einer Sitzung aufgezeigt.

66. Die Preisanpassungen vom 1. Januar 1998 sind auf verschiedene Faktoren zurückzuführen. Die Preise für Mietleitungen waren bis zur Liberalisierung des Fernmeldemarktes reguliert. Mit der Liberalisierung wurde diese Preisregulierung aufgehoben. Swisscom hat ihre Kostenrechnung im Hinblick auf diese Liberalisierung und die zunehmende Konkurrenzsituation entscheidend verbessert. So verfügt sie mittlerweile über detaillierte Angaben bezüglich Kosten und Erträge einzelner Dienste bzw. Dienstgruppen. Da Swisscom feststellte, dass insbesondere bei den Mietleitungen im Ortsbereich negative Deckungsbeiträge resultierten, wurden diese Preise im Durchschnitt angehoben. Zur Preiserhöhung bei Ortsleitungen hat auch die Tatsache beigetragen, dass bis anhin die Distanz für die Preisberechnung aufgrund gewisser Regulierungsaufgaben auf zwei Kilometer begrenzt war. Die Aufhebung dieser Plafonierung erklärt einen grossen Teil der Preiserhöhungen.

67. Neben diesen Preiserhöhungen ist zu berücksichtigen, dass Swisscom die Fernleitungen verbilligt hat. Begründet wird auch dies u. a. mit neuen Erkenntnissen aus der Kostenrechnung.

68. Das Rabattsystem (Geschäftsgeheimnis Swisscom) wurde dem Sekretariat präsentiert. Es beinhaltet soweit ersichtlich keine aus kartellrechtlicher Sicht problematischen Punkte. Die Rabatte sind beim Wholesale-Portfolio etwas grösser als bei den Mietleitungen für Endkunden. Dies ist v. a. durch Zusatzrabatte zu erklären, welche möglich sind, da für Swisscom in diesem Absatzkanal beispielsweise die Vertriebskosten gegenüber den Endkunden wegfallen. Dadurch wird den Wholesale-Kunden von Swisscom auch ermöglicht, auf dem Endkunden-Markt mit kompetitiven Preisen auftreten zu können.

69. Swisscom intern wird sichergestellt, dass Mietleitungen zum Weiterverkauf an Endkunden zu Verrechnungspreisen abgegeben werden, die keine Preisdiskriminierung im Aussenwettbewerb erlauben. Dazu werden die internen (Swisscom) und externen (andere Fernmeldedienstanbieterinnen) Verkaufsabteilungen für Mietleitungen von Swisscom zu gleichen Bedingungen beliefert.

70. Insgesamt wurden keine Anhaltspunkte gefunden, dass sich Swisscom bei der Preisgestaltung für Mietleitungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b, c und d KG unzulässig verhalten würde.

c. Informationstätigkeit der Swisscom

71. Bezüglich Informationstätigkeit stellte die Weko in Sachen Blue Window fest, dass Swisscom bei der Einführung der neuen 0842-Nummern ihren eigenen Dienst Blue Window bevorzugt behandelt und die anderen Internet-Provider ungenügend informiert hat (RPW 1997/2, S. 161 ff.).

72. Im vorliegenden Fall wurden ähnliche Verhaltensweisen der Swisscom beklagt. Die diesbezüglichen Abklärungen ergaben aber, dass Swisscom keine eigenen Dienste oder Geschäftsbereiche bei der Einführung des neuen Wholesale-Portfolios bevorzugt behandelt hat. Die Information anderer Fernmeldedienstanbieterinnen war zwar teilweise widersprüchlich, wurde aber nach der (späten) Einführung des Wholesale-Portfolios vereinheitlicht.

73. Es ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Informationstätigkeit von Swisscom gegenüber anderen Fernmeldedienstanbieterinnen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b KG unzulässig gewesen wäre.

d. Ergebnis

74. Es ergaben sich insgesamt keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG von Swisscom.

C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Swisscom im Mietleitungsmarkt bestehen;
2. stellt fest, dass bei keinem der untersuchten Vorwürfe gegen Swisscom Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG vorliegen;
3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
4. [Eröffnung.]

B 1

4. Beratungen Conseils Consulenze

B 1.4

1. Beratung von General Motors / Mowag Motorwagenfabrik AG betreffend Meldepflicht

Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 KG in Sachen General Motors/Mowag Motorwagenfabrik AG betreffend Meldepflicht bei Devestition

Conseil selon l'art. 23 al. 2 LCart sur le cas General Motors/Mowag Motorwagenfabrik AG concernant l'obligation de notifier un désinvestissement

Consulenze secondo l'art. 23 cpv. 2 LCart in merito al caso General Motors/Mowag Motorwagenfabrik AG concernente l'obbligo d' annunciare un disinvestimento

Zusammenschluss General Motors/Mowag Motorwagenfabrik AG, Kreuzlingen

Spätestens im September 1998 ist bei der Mowag eine Devestition erfolgt. Das bis dahin gepflegte Beteiligungsgeschäft wurde aufgegeben. Mowag ist seither in diesem Bereich nicht mehr tätig, will es auch nicht mehr sein (Statutenänderung) und hat die entsprechenden Mittel ausgeschüttet. Am geplanten Zusammenschluss ist damit nur die Mowag in der heutigen Form beteiligt und nur ihr Verhalten kann wettbewerbliche Wirkungen haben. Entsprechend ist für die Meldepflicht einzig der Jahresumsatz für das heute noch gepflegte Geschäft massgebend.

B 2 Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2 1. Vorsorgliche Massnahmen
Mesures provisionnelles
Misure cautelari

B 2.1 1. Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe

Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen Art. 7 KG; Anordnung vorsorglicher Massnahmen; Art. 17 und 23 KG in Verbindung mit Art. 56 VwVG

Pratiques illicites d'entreprises ayant une position dominante art. 7 LCart; Mesures provisionnelles ; art. 17 et 23 LCart en relation avec l'art. 56 PA.

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato art. 7 LCart; Misure cautelari; art. 17 e 23 LCart in relazione con l'art. 56 PA.

Verfügung vom 18. Januar 1999 in Sachen Debitkarten. Abweisung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen. Ziff. 3 Verfügungsdispositiv ist infolge Beschwerde noch nicht in Rechtskraft erwachsen.

A. Sachverhalt

1. Verfahren

1. Mit Schreiben vom 24. November 1998 (Aktennr. 1) stellte die Erdöl-Vereinigung (im Folgenden auch Gesuchstellerin) bei der Wettbewerbskommission (WEKO) einen Antrag auf Eröffnung einer Untersuchung sowie ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Unternehmen der Telekurs-Gruppe (im Folgenden auch Gesuchsgegnerinnen).

2. Die Eingabe enthielt folgende Anträge:

1. Gegen die Telekurs Holding AG und die von ihr beherrschten Gesellschaften Europay (Switzerland) SA und Telekurs Payserv AG sei eine Untersuchung wegen unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens zu eröffnen.

2. Der Telekurs Holding AG, der Europay (Switzerland) SA und der Telekurs Payserv AG sei zu verbieten, bei Tankstellenbetreibern Gebühren für den bargeldlosen Zahlungsverkehr mittels ec-Karten zu erheben, eventuell seien die von diesen Gesellschaften geplanten Gebühren massiv zu senken.
 3. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme seien die durch die Telekurs Holding AG gegenüber den Tankstellenbetreibern ausgesprochenen Kündigungen betreffend die Verträge über das Tanken mit Debitkarten vorsorglich aufzuheben.
3. Am 27. November 1998 (Aktennr. 2) forderte das Sekretariat der WEKO die Erdöl-Vereinigung zur Nachbesserung des Gesuches hinsichtlich der Begründung auf. Die Erdöl-Vereinigung reichte die Nachbesserung am 2. Dezember 1998 (Aktennr. 3) fristgerecht ein
4. Mit Schreiben vom 3. Dezember 1998 (Aktennr. 4) lud das Sekretariat die Gesuchsgegnerinnen zur Stellungnahme zum Gesuch inkl. Nachbesserung ein.
5. Einem Gesuch um Fristverlängerung (Aktennr. 5) wurde vom Sekretariat unter der Bedingung entsprochen (Aktennr. 6), dass bis zum 20. Januar 1999 keinem Tankstellenbetreiber, dessen Kündigung bis zu diesem Zeitpunkt wirksam wird, der ec-Anschluss abgestellt wird.
6. Mit Eingabe vom 15. Dezember 1998 (Aktennr. 8) nahmen die Gesuchsgegnerinnen fristgerecht Stellung. Mit Einschreiben vom 16. Dezember 1998 (Aktennr. 9) wurden vertrauliche Informationen nachgereicht.
7. Unaufgefordert liess sich die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 18. Dezember 1998 (Aktennr. 11) zur Stellungnahme der Gesuchsgegnerinnen vernehmen.
8. Mit Schreiben vom 29. Dezember 1998 (Aktennr. 12) teilte das Sekretariat der Gesuchstellerin seine Auffassung mit, wonach das fragliche Gesuch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen geringe

Aussichten auf Erfolg habe. Mit Eingabe vom 5. Januar 1999 (Aktennr. 13) hielt die Gesuchstellerin am Begehren um vorsorgliche Massnahmen fest. Die Gesuchsgegnerinnen verzichteten mit Schreiben vom 7. Januar 1999 (Aktennr. 14) auf den formalen Einwand, wonach die Gesuchstellerin nicht antragsberechtigt sei.

2. Erdöl-Vereinigung

9. Die Erdöl-Vereinigung ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB und bezweckt die Wahrung und Förderung der allgemeinen Interessen der Erdölbranche in der Schweiz. Nach Art. 2 der Statuten (Aktennr. 1, Beilage 1) obliegt dem Verein insbesondere die Interessenwahrung seiner Mitglieder gegenüber Behörden, Expertenkommissionen sowie anderen Organisationen. Mitglieder der Erdöl-Vereinigung sind Mineralölgesellschaften, die Erdöl und Erdölderivate (insbesondere Benzin) in die Schweiz importieren und über Tankstellen in der Schweiz vertreiben.

3. Telekurs Holding AG, Europay (Switzerland) SA, Telekurs Payserv AG

10. Die Telekurs Holding AG, Zürich, wird von fast allen schweizerischen Banken und Banken-Gruppen, entsprechend ihren Marktanteilen gehalten (Gross-, Kantonal-, Regional-, Privat-, Raiffeisenbanken usw.). Die Telekurs Holding AG beherrscht zu 100 % die Europay (Switzerland) SA und die Telekurs Payserv AG (Aktennr.1, Beilage 3).

11. Die Aufgabenteilung innerhalb der Telekurs-Gruppe sieht im Zusammenhang mit der Verwendung der ec-Karte im Zahlungsverkehr („ec-Direct“) folgendermassen aus (Aktennr. 8):

- Die Europay (Switzerland) AG übernimmt die Vermarktung der ec-Karte und schliesst u. a. mit den Verkaufspunkten (z. B. Tankstellen) einheitliche Verträge ab.
- Die Telekurs Payserv AG betreibt die Daten- bzw. Transaktionsverarbeitung. Sie erfasst die Zahlungen bei den angeschlossenen Verkaufspunkten und leitet die entsprechenden Buchungen an die Banken zur Belastung bzw. Gutschrift auf den Konten von zahlenden Kunden bzw. Zahlungsempfängern weiter.

4. Vorgehen der Telekurs-Gruppe

12. Mitte der 80er Jahre wurde der bargeldlose Zahlungsverkehr mittels ec-Karte auf Tankstellen ausgedehnt. Ziel war es, die Dienstleistungspalette der Banken, der Telekurs-Gruppe sowie der Tankstellen zu erweitern und zu rationalisieren (Aktennr.1).

13. Seither wurde der bargeldlose Benzinbezug immer populärer. Im Juni 1997 waren 3607 Tancomaten in Betrieb. Damit verfügen über 97 % aller Tankstellen über einen Tancomaten. Im selben Jahre wurden insgesamt 22'233'794 ec-Bezüge getätigt (Total in CHF: 985'981'316.-). Dies entspricht einem Anteil von 25 % des Totalumsatzes der ec-Karten oder 50 % der gesamten Anzahl Transaktionen mit ec-Karten (Aktennr. 8 mit zugehöriger Beilage 4).

14. Bisher mussten die Tankstellenbetreiber lediglich die Hardware-Kosten (inkl. Wartung und Betrieb) selber übernehmen. Die Telekurs-Gruppe stellte den Tankstellen weder für die Verarbeitung der Transaktion noch für die Datenübermittlung von der Tankstelle zum Rechenzentrum Gebühren in Rechnung (Aktennr. 1). Den Tankstellen, die sich bis zum 30. Juni 1987 angeschlossen hatten, wurde zusätzlich ein einmaliger Investitionskostenbeitrag von CHF 3'000.- vergütet (Aktennr. 1).

15. Mit den neuen Verträgen will die Telekurs-Gruppe von den Tankstellenbetreibern eine Gebühr zur Deckung der Transaktionskosten erheben. Sie begründet diese Gebührenerhebung damit, dass die ec-Dienstleistung bisher nicht kostendeckend erbracht wurde (Aktennr. 1). Bereits 1995 wurde im Markt angekündigt, dass zu einem System der Abwälzung der tatsächlichen Kosten übergegangen werden sollte (Aktennr. 8). Die alten Verträge wurden im Mai/Juni 1998 gekündigt. Gemäss der Gesuchstellerin kam es nur in drei Fällen bis heute noch zu keiner Kündigung der alten Verträge. Dabei handle es sich um die Tankstellenbetreiber [...], [...] und [...] (Aktennr. 11). Die ersten Kündigungen wurden im Dezember 1998, die meisten werden im Verlaufe des Jahres 1999 und einzelne erst im Jahre 2000 wirksam. Falls der Tankstellenbetreiber den neuen Vertrag nicht unterschreibt, wird der ec-Anschluss – nach Wirksamwerden der Kündigung des alten ec-Vertrages – abgeschaltet.

16. Neu soll ab 1. Januar 2000 eine Verarbeitungsgebühr von CHF 0.30 pro Transaktion erhoben werden, wobei diese Gebühr je nach Anzahl Transaktionen reduziert wird. Der Tankstellenbetreiber wird zunächst aufgrund der 1999 getätigten Transaktionen in eine bestimmte Stufe eingeteilt: die Gebühr beim neuen Tancomat 97 kann bis auf ein Minimum von CHF [...] und beim heute gebräuchlichen Tancomat 85 auf bis CHF [...] gesenkt werden, je nach Anzahl getätigter Transaktionen. Bei Tankstellenbetreibern, die nur über den Tancomat 85 verfügen, wird die Gebührenstufe auf dem Stand 1999 belassen. Die Tankstellenbetreiber, die über einen Tancomat 97 verfügen, werden jährlich neu eingestuft. Die Telekurs Gruppe wollte mit diesen unterschiedlichen Rabattsystemen einerseits einen Anreiz für die Umstellung auf die neue Technologie schaffen und andererseits der Tatsache Rechnung tragen, dass sie keinen Anteil an den Investitionskosten mehr übernimmt (vgl. Rz. 14). (Aktennr. 8)

17. Weiter ist vorgesehen, dass die Tankstellenbetreiber ab 1. Januar 1999 auch die Kosten für die Telekommunikation zwischen Tancomat

und Rechenzentrum übernehmen. Da beim Tancomat 85 die Daten vom Rechenzentrum aus abgefragt werden, fielen die Telekommunikationskosten bisher bei der Telekurs Payserv AG an. Die Telekommunikationskosten wurden beim Tancomat 85 auf CHF 0.10 pro Transaktion festgelegt, d. h. dem Tankstellenbetreiber werden zukünftig pro Bezug CHF 0.10 verrechnet. Die Zentrale ruft die Daten einmal pro Tag ab (Aktennr. 11). Der neue Tancomat 97 arbeitet mit einem Mischbetrieb On-/Offline. Dies ermöglicht ihm, bei Karten, die eine spezielle Autorisation durch die Zentrale benötigen, direkt eine Verbindung zu dieser aufzubauen, um die benötigten Parameter zu prüfen. Die Verarbeitung erfolgt dann online. Diese Technik ermöglicht auch den Einbezug ausländischer ec-Karten. Bei inländischen ec-Karten wird damit gerechnet, dass ca. [...] % der Karten im Offline- und der Rest im Online-Betrieb verarbeitet werden. Beim neuen Tancomat 97 fallen die Kosten direkt beim Tankstellenbetreiber an; sie werden pro Transaktion auf ca. [...] Rp. (Aktennr. 11, Beilage 8) geschätzt. Allerdings ist bis zum 31. Dezember 1999 für die Tankstellenbetreiber, die bereits über den neuen Tancomaten verfügen, eine Rückvergütung in der Höhe von CHF 0.10 pro Transaktion vorgesehen. Damit soll ein weiterer Anreiz geschaffen werden, auf den Tancomat 97 umzustellen. (Aktennr. 8)

B. Erwägungen

1. Formelle Voraussetzungen

a. Sachliche Zuständigkeit

18. Stehen Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. Art. 5/7 KG (Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251) in Frage, hat die WEKO die Möglichkeit, im Rahmen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen zu erlassen (RPW 1997/4, S. 605, S. 621). Die Befugnis der WEKO zur Behandlung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen setzt nicht voraus, dass ein Verfahren nach Art. 26 ff. KG eröffnet worden ist. Vorsorgliche Massnahmen können von Amtes wegen oder auch auf Antrag von Parteien ergehen (vgl. Rz. 22).

b. Aktivlegitimation

19. Nach Art. 6 VwVG ist Partei, wer durch die Verfügung in seinen Rechten und Pflichten berührt werden soll oder wer gegen die Verfügung ein Rechtsmittel einlegen kann. Insofern ist die Frage der Parteistellung im Lichte von Art. 48 VwVG zu beurteilen. Einem Verband steht die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 lit. a VwVG zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder zu, wenn er als juristische Person konstituiert ist, die einzelnen Mitglieder zur Beschwerde legitimiert wären, die Wahrung der Interessen der Mitglieder zu seinen statutarischen Aufgaben gehört und er tatsächlich ein Interesse der Mehrheit oder mindestens einer Grosszahl seiner Mitglieder vertritt (BGE 119 Ib 374 E. 2a/aa S. 377; KÖLZ Alfred/HÄNER Isabelle, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Nr. 262).

20. Die Erdöl-Vereinigung ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ZGB, dem nach Art. 2 seiner Statuten insbesondere die Interessenwahrung seiner Mitglieder gegenüber Behörden, Expertenkommissionen sowie anderen Organisationen obliegt (Rz. 9). Sie vertritt eine grosse Anzahl von Tankstellenbetreibern, die von den Telekommunikationskosten und Gebühren, welche die Telekurs-Gruppe erheben will, betroffen sind. Damit hätte die Erdöl-Vereinigung in einem allfälligen Verfahren Parteistellung. Die Parteistellung inkl. Antragsrecht der Erdöl-Vereinigung wird denn auch von den Beschwerdegegnerinnen mit Schreiben vom 7. Januar 1999 (Aktennr. 14) nicht (mehr) in Abrede gestellt.

21. Die Aktivlegitimation setzt weiter voraus, dass die konkreten Umstände des von der Gesuchstellerin vorgebrachten Sachverhalts Anlass zur Annahme geben, dass der wirksame Wettbewerb i. S. des KG tangiert sein könnte (vgl. DUCREY Patrik, *Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht*, in: sic! 1998/3, S. 284 bei Fn. 32). Die Gesuchsgegnerinnen preisen die ec-Karte „als mit am Abstand die Nummer 1 unter den Schweizer Debitkarten“ (Aktennr. 1, Beilage 14; vgl. Rz. 13). Weiter ist den Akten zu entnehmen, dass die Gesuchsgegnerinnen die alten ec-Verträge mit wichtigeren Tankstellenbetreibern wie [...], [...] und [...] nicht gekündigt haben (Rz. 15) und diese somit – im Unterschied zu anderen Tankstellenbetreibern – weder Gebühren noch Telekommunikationskosten zu tragen haben. Aus den Akten geht nicht hervor, ob anderen grossen Tankstellenbetreibern (z. B. [...] oder [...]) gekündigt wurde. Eine nähere Abklärung dieser Frage erübrigt sich z. Zt. aus folgendem Grund: Unterstellt man den Gesuchsgegnerinnen eine marktbeherrschende Stellung i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG (was im Einzelnen noch zu prüfen wäre), könnte das ihnen vorgeworfene Verhalten einen oder mehrere der in Art. 7 Abs. 2 KG

enthaltenen Tatbestände erfüllen. Daher könnte neben dem individuellen Interesse der Gesuchstellerin auch der wirksame Wettbewerb als solcher betroffen sein. Damit ist die Aktivlegitimation der Gesuchstellerin gegeben, weil sie ein Rechtsschutzinteresse am Erlass vorsorglicher Massnahmen rechtsgenügend dargetan hat.

22. Indes ist zu betonen, dass ein Rechtsanspruch der beteiligten Parteien auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme vor Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG nicht besteht. Die WEKO wird jedoch von Amtes wegen immer dann den Erlass vorsorglicher Massnahmen prüfen, wenn dies Sinn und Zweck der Anwendung des materiellen KG-Rechts erfordern (RPW 1997/4, S. 608; STOFFEL Walter, Erste Erfahrungen im Bereich der Wettbewerbsabreden, in: Das neue Kartellgesetz, Bern 1998, S. 79, Ziff. 2).

2. Materielle Voraussetzungen

23. Mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen soll die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Als sichernde Massnahmen bezwecken sie, einen bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten (RPW 1997/4, S. 604 f.). Durch vorsorgliche Massnahmen möchte die Gesuchstellerin eine Weiterführung der bisherigen ec-Verträge mit den Gesuchsgegnerinnen erreichen.

24. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen der hier fraglichen Art setzt (kumulativ) eine günstige Erfolgsprognose, einen drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil sowie die Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahmen voraus (RPW 1998/1, S. 35 f., Rz. 9). Im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen müssen die Parteien ihre Behauptungen nicht strikte beweisen, sondern lediglich glaubhaft machen (RPW 1997/4, S. 612 f.).

a. Dringlichkeit

25. Soweit es um die Wirkungen des neuen ec-Vertrages per 1. Januar 2000 geht, d. h. um die Erhebung einer Verarbeitungsgebühr pro Transaktion beim Tankstellenbetreiber (Rz. 16), fehlt es offensichtlich an der vorausgesetzten Dringlichkeit. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ist, soweit es die Verarbeitungsgebühr betrifft, abzuweisen.

b. Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil

26. Zu prüfen bleibt, ob die auf 1. Januar 1999 geplante (und bis 20. Januar 1999 aufgeschobene) Abwälzung der Telekommunikationskosten für die Tankstellenbetreiber (Rz. 17) einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann.

27. Bei der Frage nach dem nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil wird geprüft, ob 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 (RPW 1998/1, S. 37, Rz. 16). In Bezug auf den wirksamen Wettbewerb ist ein solcher Nachteil insbesondere dann gegeben, wenn gravierende und irreversible 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 (vgl. RPW 1998/4, S. 594 f., Rz. 39).

28. Im vorliegenden Fall stellt sich somit die Frage, ob das Vorgehen der Gesuchsgegnerinnen sich eignet, bei den betroffenen Tankstellen einerseits und für den wirksamen Wettbewerb andererseits einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zu bewirken. Das von der Gesuchstellerin als wettbewerbswidrig beanstandete Verhalten besteht indes nicht in der Kündigung laufender Verträge (vgl. Rz. 2, Ziffer 3), sondern beschlägt in erster Linie einzelne Klauseln der neuen Verträge. Dies verkennt die Gesuchstellerin über weite Strecken (vgl. Aktennr. 3, S. 4-9). Für die Beurteilung des nicht leicht wiedergutzumachenden Schadens ist nicht auf die von der Gesuchstellerin (bzw. den angeschlossenen Tankstellen) veranlasste Herbeiführung eines vertragslosen Zustandes mit den Gesuchsgegnerinnen – als Folge der Ablehnung der offerierten ec-Verträge – abzustellen. Den Tankstellenbetreibern steht es frei, die neuen ec-Verträge nicht abzuschließen. Darin liegt aber kein unzulässiges Verhalten der Gesuchsgegnerinnen, da sie sämtlichen Tankstellenbetreibern, deren bisherige ec-Verträge gekündigt wurden, einen Vertragsschluss anbieten.

29. Der vorausgesetzte Kausalzusammenhang muss zwischen den möglicherweise kartellrechtswidrigen Konditionen der neuen ec-Verträge und dem Nachteil bestehen. Die Gesuchstellerin trägt vor, es würde dem Zweck des Kartellgesetzes „völlig widersprechen, wenn eine vorsorgliche Massnahme mit dem Argument abgelehnt wird, dass die Tankstellenbetreiber den Schaden dadurch vermeiden können, dass sie kartellrechtsverletzende Verträge abschliessen“. Dieser Auffassung kann nicht beigeplichtet werden. Der Erlass vorsorglicher Massnahmen käme im vorliegenden Fall nur dann in Betracht, wenn die – allenfalls wettbewerbswidrigen – neuen ec-Verträge zu einem nicht leicht wiedergutzumachenden Schaden führten. Gebricht es an dieser Voraussetzung, bleibt kein Raum für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

30. Im vorliegenden Verfahren um vorsorgliche Massnahmen muss somit die Gesuchstellerin ihre Behauptung, wonach – aufgrund der neuen ec-Verträge – ein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden sowohl für die Tankstellenbetreiber (Rz. 31) als auch für den wirksamen Wettbewerb (Rz. 32) entsteht, glaubhaft machen.

31. Die Gesuchstellerin hat weder in ihrer Eingabe vom 24. November 1999 (Aktennr. 1, S. 28 f.) noch in der nachgebesserten Eingabe vom 2. Dezember 1998 (Aktennr. 3) in rechtsgenügender Weise dargetan, inwiefern die Abwälzung der Telekommunikationskosten von den Gesuchsgegnerinnen auf die Gesuchstellerin einen nicht leicht wiedergutzumachenden Schaden für die Tankstellenbetreiber darstellt. Sie behauptet insbesondere nicht, dass durch das Anfallen der Telekommunikationskosten die wirtschaftliche Existenz der Tankstellen ernsthaft in Frage gestellt wird, und hat dies weder in ihrem nachgebesserten Gesuch (Aktennr. 3, S. 9), wozu sie explizite aufgefordert worden war (Aktennr. 2), noch in der unaufgeforderten Stellungnahme (Aktennr. 11, S. 20 f.) noch in ihrem Schreiben vom 5. Januar 1999 (Aktennr. 13) in substantzierter Weise dargelegt. Im Übrigen besteht ein allfälliger Schaden nicht – wie die Gesuchstellerin zu Unrecht ausführt (vgl. Aktennr. 3) – in kaum bezifferbaren Umsatzausfällen (bedingt durch das Abschalten des ec-Anschlusses), sondern bis Ende 1999 einzig in messbaren Telekommunikationskosten (vgl. Rz. 17). Die Tankstellen haben es (im Sinne einer Schadenminderungspflicht) selber in der Hand, die Telekommunikationskosten vorläufig selber zu tragen, um auf diese Weise eine Kundenabwanderung zu verhindern. Der allfällige Schadensposten Telekommunikationskosten kann somit ohne weiteres mit Geld ausgeglichen werden, wobei der Schadensnachweis mit keinen besonderen Schwierigkeiten verbunden ist (BGE 108 II 230 f.; RPW 1998/1, S. 37 f., Rz 20; ferner BGE 114 II 368

E. 2a S. 370). Unter diesen Umständen kann – selbst wenn sich die neuen ec-Verträge in der Folge als kartellrechtswidrig erweisen sollten – nicht von einem nicht leicht wiedergutzumachenden Schaden auf Seiten der Tankstellenbetreiber ausgegangen werden.

32. Nicht ersichtlich ist schliesslich, inwieweit durch die neuen ec-Verträge gravierende und irreversible Strukturveränderungen auf dem betroffenen Markt drohen. Der Umstand, dass „das Nachgeben einzelner Tankstellenbetreiber [d. h. durch die Annahme der neuen ec-Verträge] die anderen dazu zwingt, ebenfalls den Forderungen der Telekurs-Gruppe nachzugeben“ (Aktennr. 3, S. 19), bewirkt selbst keinen solchen Nachteil. Selbst wenn die Wettbewerbsbehörde in einer allfälligen kartellrechtlichen Untersuchung zum Schluss kommt, die Gesuchsgegnerinnen würden mit den neuen ec-Verträgen gegen Art. 7 KG verstossen, ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes auf dem betroffenen Markt weder gefährdet noch mit grossem Aufwand (für die Tankstellenbetreiber) verbunden (vgl. BGE 121 V 112 S. 116 f.).

c. Erfolgsprognose

33. Im Rahmen der Erfolgsprognose wird geprüft, ob für die WEKO glaubhaft ist, dass die behauptete unzulässige Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich vorliegt. Es muss wahrscheinlich sein, dass die vorsorglichen Massnahmen durch einen später zu fällenden Hauptentscheid bestätigt werden (RPW 1998/1, S. 36, Rz. 10). Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob glaubhaft gemacht wurde, dass sich die Telekurs-Gruppe auf einem relevanten Markt in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss Art. 7 KG missbraucht. Selbst wenn unterstellt wird, dass die Telekurs-Gruppe über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt und die Verwendung der neuen ec-Verträge einen Missbrauchstatbestand i. S. v. Art. 7 KG erfüllt, fehlen die für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorausgesetzten Elemente der Dringlichkeit (Rz. 25) oder des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils (Rz. 26 ff.).

d. Schlussfolgerungen

34. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass, selbst wenn in einem Untersuchungsverfahren ein missbräuchliches Verhalten i. S. des KG festgestellt würde, ohne Erlass vorsorglicher Massnahmen weder den

Tankstellenbetreibern noch dem wirksamen Wettbewerb aufgrund der neuen ec-Verträge ein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden erwächst.

35. Fehlt eine der kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen (Rz. 24), kommt die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht in Betracht. Bei dieser Rechtslage kann die Prüfung der weiteren Voraussetzungen, namentlich der Erfolgsprognose, unterbleiben.

36. Demzufolge ist das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abzuweisen.

C. Kosten

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

38. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von 130 Franken. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG – Gebührenverordnung). Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr beläuft sich demnach auf [...] Franken.

39. Die Gesuchsgegnerinnen haben die Zusprechung 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.

D. Dispositiv

1. Das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten].
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung].

B 2

2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste

B 2.2

1. Bahnhofkioske

Untersuchung gemäss Art. 27 ff KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 5. Juli 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Bahnhofkioske wegen (angeblich) unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 KG.

A Sachverhalt

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission („Sekretariat“) wurden nach Abschluss der Vorabklärung „Vergabe von Aperto-Geschäften“ (vgl. RPW, 1998/1, S. 1-6) von Seiten der Alimentana-Sista Holding, Ebikon („Alimentana“), neue Hinweise zur Kenntnis gebracht, welche auf mögliche Wettbewerbsabreden zwischen den Schweizerischen Bundesbahnen („SBB“) und Kioskbetreibern – im vorliegenden Fall der Kiosk AG, Bern, – hindeuten.

2. Die SBB vermieten in den Bahnhöfen Lokalitäten an Dienstleistungsunternehmen verschiedener Branchen. Für die Bahnkunden soll damit ein zusätzlicher Nutzen generiert werden. Dabei wird der Bahnhof als Gesamtsystem verstanden, welches sich zusammensetzt aus Bahn, Bahnreisenden und Lokalmietern bzw. Anbietern von Konsumgütern und Dienstleistungen (Stellungnahme SBB, act. 31).

3. Die SBB schliessen mit den jeweiligen Lokalmietern Verträge ab, welche in Bezug auf Sortiment und Qualität die jeweiligen Rechte und Pflichten der Lokalmieter beschreiben. Der Bahnhof wird so zu einem strukturierten Marktplatz. Ähnliche Regelungen werden beispielsweise auch von Shopping Centers und Autobahnraststätten aufgestellt (Stellungnahme SBB, act. 31).

4. Ausdruck der Sortimentsvorgaben bzw. des strukturierten Marktplatzes ist ein Vertrag zwischen SBB und Kiosk AG aus dem Jahr 1992 (Vertrag vom 17.3. bzw. 23.4.1992: Beilage zu Stellungnahme SBB, act. 5), der neben anderen Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit auch den exklusiven Verkauf von Presseerzeugnissen in SBB Bahnhöfen regelt. Die Kiosk AG erhält in den Bahnhöfen, in welchen sie einen oder mehrere Kioske betreibt, das alleinige Recht zum Verkauf von Zeitungen und Zeitschriften. Allen übrigen im SBB Bahnhof tätigen Dienstleistungsanbietern wird es dadurch verunmöglicht, auch Presseerzeugnisse anzubieten. Der Vertrag wurde mit Nachtrag vom 20.2.1998 bis [] verlängert (Vertragsnachtrag: Beilage zu Stellungnahme SBB, act. 31; Geschäftsgeheimnis).

5. Vergleichbare Verträge bestehen mit weiteren Kioskbetreibern in der französischsprachigen Schweiz (Naville SA, Genf) und der

italienischsprachigen Schweiz (Elia Colombi SA, Bellinzona) (Stellungnahme SBB, act. 31). Diese Verträge sind jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

6. Alimentana bringt vor, dass die Kiosk AG als Gegenleistung zum erwähnten Exklusivrecht bereit sei, hohe Mietzinszahlungen an die SBB zu leisten. Damit könnten beide Parteien von der exklusiven Vergabe von Verkaufsfläche für Presseerzeugnisse in den SBB Bahnhöfen profitieren. Alimentana fühlt sich ausserdem im Wettbewerb benachteiligt, indem es ihr auf dem grössten Teil des SBB-Bahnhof-Netzes nicht möglich ist, selber Kioske zu betreiben bzw. Presseerzeugnisse zu verkaufen (Stellungnahmen Alimentana, act. 13).

7. Am 22. April 1998 teilte das Sekretariat den SBB, der Kiosk AG und der Alimentana die Eröffnung einer Vorabklärung mit. Im Rahmen der Vorabklärung wurde geprüft, ob Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden zwischen SBB und Kiosk AG bestehen (Schreiben Sekretariat, act. 7-9).

8. Um den Sachverhalt abzuklären, wurden SBB, Kiosk AG und Alimentana zu Stellungnahmen eingeladen.

9. Die Vorabklärung gemäss Art. 26 KG ergab Anhaltspunkte dafür, dass

- der Vertrag zwischen SBB und Kiosk AG als Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist;
- diese Wettbewerbsabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt;
- diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig ist (Bericht Vorabklärung, act. 16).

10. Aufgrund dieser Anhaltspunkte hat das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG beschlossen. Dies wurde SBB, Kiosk AG und Alimentana am 14. September 1998 mitgeteilt.

11. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Art. 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt bekanntgegeben (Publikationstext, act. 20). Innerhalb der dreissigtägigen Frist gingen keine Meldungen von Dritten ein, die sich am Verfahren beteiligen wollten.

12. Neben den bereits in der Vorabklärung zentralen Fragestellungen wurde die Untersuchung auch auf Fragestellungen im Sinne von Art. 7 KG ausgedehnt. Im Zentrum steht insbesondere die starke Marktstellung von Kiosk AG im Pressevertrieb des deutschsprachigen Raumes der Schweiz.

13. Zur weiteren Klärung des Sachverhaltes und insbesondere zur genaueren Analyse der im Rahmen der Vorabklärung vorgenommenen sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung wurden Kiosk AG und SBB Fragebogen zugestellt. Die Stellungnahmen gingen innert verlängerter Frist im Januar 1999 ein.

14. Die Stellungnahmen von SBB und Kiosk AG, der Schlussbericht der Vorabklärung und das Aktenverzeichnis wurden Alimentana am 9. Februar 1999 zur Kenntnisnahme und allenfalls Stellungnahme zugestellt.

15. Vom Recht auf Akteneinsicht machte ein Vertreter der SBB Gebrauch.

16. Der Verfügungsentwurf wurde den Parteien am 17. Mai 1999 zur Stellungnahme zugestellt.

17. Die Kiosk AG äusserte sich wie folgt (Stellungnahme Kiosk AG, act. 40):

- Es wird bemängelt, dass während der Vorabklärung die Fragestellung betreffend eines allfälligen Missbrauchs von Marktmacht nicht thematisiert wurde. Gleichwohl sei dann die Untersuchung eröffnet worden mit der Mitteilung, dass auch geprüft werde, ob das Verhalten von Kiosk AG allenfalls im Sinne von Art. 7 KG unzulässig sei. Kiosk AG räumt ein, dass sie im deutschsprachigen Raum der Schweiz das einzige Unternehmen sei, welches die Rolle eines Pressegrossisten einnimmt. Der im

Verfügungsentwurf als gering eingeschätzte potentielle Wettbewerb wird von Kiosk AG relativiert. Es wird darauf hingewiesen, dass einerseits Unternehmen in geographisch benachbarten relevanten Märkten und das Logistiksystem für das Abonnementgeschäft durchaus als potentielle Konkurrenten gelten können.

- Die Kostenregelung für die Untersuchung der Sachverhalte im Sinn von Art. 7 KG wird bemängelt. Aufgrund der Tatsache, dass die Fragestellung während der Vorabklärung nicht thematisiert wurde, sei Kiosk AG der Möglichkeit beraubt worden, das Nicht-Vorliegen eines Marktmachtmissbrauches bereits zu diesem Zeitpunkt darzulegen und damit eine Gebührenpflicht abzuwenden (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung).

18. Die Stellungnahme der SBB (act. 39) bezieht sich ausschliesslich auf die Frage der Verfahrenskostenregelung. Die SBB sehen sich nicht als Verursacher des Verfahrens und bringen vor, dass sie während des gesamten Verfahrens eine konsistente Position eingenommen haben.

19. Von Seiten Alimentana wurde dem Sekretariat telefonisch mitgeteilt, dass auf eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf verzichtet werde.

B Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1.a Unternehmen

21. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. SBB und Kiosk AG sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

1.1.b Wettbewerbsabrede

22. 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).

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

24. Mit dem vorliegend im Zentrum stehenden Vertrag zwischen SBB und Kiosk AG erreichen die beiden Unternehmen ein Zusammenwirken, indem die Kiosk AG mit gewissen exklusiven Rechten ausgestattet wird und die SBB dadurch den Marktplatz Bahnhof in ihrem Interesse strukturieren kann.

25. Der Vertrag und insbesondere die Exklusivitätsklausel bewirken, dass Dritte in ihrem Handeln eingeschränkt werden. Wo die Kiosk AG in SBB Bahnhöfen Verkaufsstellen mit Pressesortiment betreibt, wird es anderen Unternehmen verunmöglicht, ebenfalls Presseerzeugnisse zu verkaufen. Dadurch kann zumindest von einer "bewirkten" Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden. Ob die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, kann offen gelassen werden.

26. Die beiden Tatbestandselemente sind erfüllt und es handelt sich somit beim Vertrag zwischen SBB und Kiosk AG um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

27. 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).

28. Auf die Tätigkeit der SBB als Vermieterin von Lokalitäten in Bahnhöfen hat Art. 39 Eisenbahngesetz einen Einfluss. Aufgrund des sogenannten Nebenbetriebsstatus gelangen die Öffnungs- und Schliessungszeiten von Kantonen und Gemeinden bei Geschäften in Bahnhöfen nicht zur Anwendung, sofern dieser Nebenbetriebsstatus auf die Bedürfnisse der Bahnkunden ausgerichtet ist. Der Art. 39 Eisenbahngesetz begründet jedoch keinen Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 KG.

29. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Diese Vorbehalte werden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.2 Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede über die exklusive Zurverfügungstellung von Absatzkanälen zum Verkauf von Presseerzeugnissen in SBB-Bahnhöfen

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

31. Bei Wettbewerbsabreden über die Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen oder die Aufteilung von Märkten wird vermutet, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, falls die an der Abrede beteiligten Unternehmen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (horizontale Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG).

32. Die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen SBB und Kiosk AG sind auf verschiedenen Marktstufen tätig. Die SBB bieten Absatzkanäle an, welche u. a. von der Kiosk AG zum Vertrieb von Presseerzeugnissen und weiteren Kioskartikeln nachgefragt werden. Die SBB sind heute nicht im Verkauf von Presseerzeugnissen tätig und umgekehrt bietet die Kiosk AG anderen Unternehmen keine Absatzkanäle an (vgl. hinten Kap. B.2.1 Relevanter Markt).

33. Die SBB sind ein potentieller Anbieter von Presseerzeugnissen, weil sie u. a. über die entsprechenden Absatzkanäle verfügen. Damit würden sie der Möglichkeit nach im Wettbewerb mit Kiosk AG stehen. Allerdings sind auch die SBB vom Exklusivvertrag betroffen und haben deshalb nicht die Möglichkeit, diese Tätigkeit aufzunehmen.

34. Die beiden Unternehmen stehen somit weder tatsächlich noch der Möglichkeit nach im Wettbewerb miteinander. Es handelt sich nicht um eine horizontale Abrede.

35. Der Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ist deshalb im vorliegenden Fall nicht erfüllt.

36. Um festzustellen, ob die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt oder zur Beseitigung wirksamem Wettbewerbs führt, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

2.1 Relevanter Markt

2.1.a Sachlich relevanter Markt

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

38. Kioskbetreiber bzw. Anbieter von Presseerzeugnissen stellen im vorliegenden Fall die Marktgegenseite dar. Sie sind für den Verkauf von Kioskartikeln und Presseerzeugnissen auf geeignete Absatzkanäle angewiesen. Die SBB bieten der Marktgegenseite derartige Absatzkanäle in Bahnhöfen an.

39. Der Begriff und das Konzept "Kiosk" ist traditionsgemäss aus drei Produktesparten zusammengesetzt. Typischerweise werden Tabakwaren, Süssigkeiten und Presseerzeugnisse angeboten. Kiosk AG geht folglich von einem sachlich relevanten Markt für Kioske aus

(Stellungnahmen Kiosk AG, act. 30). Für Kioskbetreiber stellt der Verkauf von Presseerzeugnissen eine wichtige Bedingung dar, um den wirtschaftlichen Betrieb des Kioskes zu ermöglichen. Kiosk AG gibt an, dass sie mit dem Verkauf von Presseerzeugnissen rund [] % des gesamten Umsatzes bei Kiosken (Stellungnahme Kiosk AG, act. 30, Geschäftsgeheimnis) erzielt.

40. Auszugehen ist jedoch vom Untersuchungsgegenstand, also der Überprüfung der kartellgesetzlichen Zulässigkeit des Exklusivvertrages für den Verkauf von Presseerzeugnissen. Damit geht es nicht um das "Verkaufskonzept Kiosk", sondern um die Verkaufskanäle, welche als Teil des Sortiments Presseerzeugnisse aufweisen oder aufweisen könnten. Weiter ist zu beachten, dass der Exklusivvertrag zwischen SBB und Kiosk AG nur für Presseerzeugnisse und nicht für die übrigen in Kiosken angebotenen Produkte gilt.

41. Presseerzeugnisse würden sich grundsätzlich als Sortimentserweiterung für verschiedene Dienstleistungs- und Produkteanbieter wie Coiffeure, Tabakgeschäfte, Buchhandlungen usw. eignen. Im speziellen Fall des Absatzkanals SBB-Bahnhof können solche Anbieter aufgrund der Sortimentsvorgaben der SBB von dieser Möglichkeit jedoch keinen Gebrauch machen (vgl. Rz. 4). Im Vertrieb von Presseerzeugnissen ergeben sich allgemein für alle Absatzkanäle weitere Einschränkungen durch die Tatsache, dass der Zwischenhandel nur Verkaufsstellen mit einem gewissem Presseverkaufsumsatz beliefert. Es wird sich deshalb nicht jeder Absatzkanal zum Verkauf von Presseerzeugnissen eignen. Der Markt kann somit auf Absatzkanäle mit der Möglichkeit zum Angebot von Presseerzeugnissen begrenzt werden.

42. Die verschiedenen Absatzkanäle innerhalb der vorstehend genannten Definition weisen aus der Sicht der Marktgegenseite unterschiedliche Eigenschaften auf, die dazu führen können, dass die Absatzkanäle nicht miteinander austauschbar sind. Es gilt in der Folge insbesondere zu untersuchen, wie sich Standorte innerhalb und ausserhalb von Bahnhöfen und in grossen bzw. kleinen Bahnhöfen bezüglich Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite verhalten.

43. Der Absatzkanal "SBB Bahnhöfe" zeichnet sich durch eine Reihe von Eigenschaften aus, die teilweise stark von denjenigen anderer möglicher Standorte für den Verkauf von Presseerzeugnissen abweichen. Zu nennen sind v. a. die längeren Öffnungszeiten am

Abend und an 365 Tagen im Jahr (vgl. Nebenbetriebsstatus der SBB, Rz. 28). Die langsam in Gang kommende Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten verwässert diese spezielle Eigenschaft jedoch zunehmend. Als weitere spezifische Eigenschaft des Absatzkanals Bahnhof wird die grosse Anzahl Passanten mit einem Bedürfnis nach Lesestoff genannt (Stellungnahme Alimentana, act. 13).

44. Über ähnliche Eigenschaften verfügen auch Absatzkanäle auf Bahnhöfen privater Bahnunternehmen, auf Flughäfen, bei Autobahnraststätten und Tankstellen oder teilweise auch Einkaufszentren.

45. Die Substituierbarkeit zwischen einem Standort an einer Autobahnraststätte oder Tankstelle und den Bahnhöfen ist dennoch zu relativieren. Die Marktgegenseite spricht mit Verkaufsstellen an Bahnhöfen Kunden an, welche sich von Kunden an anderen möglichen Kioskstandorten unterscheiden. Beispielsweise ist zu erwarten, dass der Bedarf nach Lesestoff für einen Bahnreisenden in der Regel gross ist. Dies hat wiederum Einfluss auf die Attraktivität des Absatzkanales für die Marktgegenseite und kann bedeuten, dass die Absatzkanäle nicht vollständig substituierbar sind (Stellungnahme Alimentana, act. 13).

Empirische Angaben zum Anteil am Gesamtumsatz aus dem Verkauf von Presseerzeugnissen an verschiedenen Standorten ergeben, dass die in den vorstehenden Ziffern genannten Erwägungen, wonach die verschiedenen Absatzkanäle untereinander nicht substituierbar sind, nicht bestätigt werden können. Der Anteil der Verkäufe von Presseerzeugnissen am Gesamtumsatz bewegt sich a) bei Standorten innerhalb und ausserhalb von Bahnhöfen und b) bei Verkaufsstellen in verschiedenen Umsatzkategorien jeweils in der gleichen Grössenordnung. Für die Kiosk AG gelten folgende Werte (Geschäftsgeheimnis Kiosk AG), wobei rund ein Fünftel aller Verkaufsstellen in Bahnhöfen angesiedelt ist:

| Kiosk Kategorie | In SBB-Bahnhöfen | Ausserhalb SBB-Bahnhöfen |
|-----------------------------|-------------------------------------------|-------------------------------------------|
| (Gewinn vor Steuern in Fr.) | Anteil Umsatz Presse am Gesamtumsatz in % | Anteil Umsatz Presse am Gesamtumsatz in % |

| | | |
|-----------------------|----------------------|----------------------|
| > 200'000 | [Geschäftsgeheimnis] | [Geschäftsgeheimnis] |
| > 100'000 | [Geschäftsgeheimnis] | [Geschäftsgeheimnis] |
| > 50'000 | [Geschäftsgeheimnis] | [Geschäftsgeheimnis] |
| < 50'000 | [Geschäftsgeheimnis] | [Geschäftsgeheimnis] |
| Total alle Kategorien | [Geschäftsgeheimnis] | [Geschäftsgeheimnis] |

(Quelle: Kiosk AG, Stellungnahme act. 30)

47. Weitere empirische Anhaltspunkte liefert ein Miet-/Pachtzinsvergleich, den Kiosk AG für eigene Verkaufsstellen an diversen Standorten erstellt hat (Stellungnahme Kiosk AG, act. 30). Der Vergleich, der sowohl Standorte bei Grossvermietern wie SBB, Migros oder der Rhätischen Bahn, wie auch bei Vermietern mit wenigen Standorten (z. B. Einkaufszentren oder Geschäftshäuser) beinhaltet, zeigt, dass die Konditionen für die Nutzung des Absatzkanales immer in der gleichen Grössenordnung liegen.

48. Von SBB (Stellungnahme SBB, act. 31) und Kiosk AG (Stellungnahme Kiosk AG, act. 30) werden Argumente angeführt, welche dem Vorteil der längeren Öffnungszeiten in Bahnhöfen auch die dadurch entstehenden Nachteile gegenüberstellt. Die wesentlichen Nachteile bestehen darin, dass aufgrund der langen Öffnungszeiten die Kosten v. a. für das Personal überproportional steigen.

49. Aus obenstehenden Erwägungen ergibt sich, dass Absatzkanäle für Presseerzeugnisse in Bahnhöfen mit Verkaufskanälen ausserhalb von Bahnhöfen substituierbar sind und damit dem gleichen sachlich relevanten Markt angehören.

50. Eine engere Abgrenzung bezüglich potentiellen Umsätzen ergäbe, dass Verkaufskanäle in grossen Bahnhöfen und hohen Umsätzen mit Verkaufskanälen an guten Lagen in Städten, Einkaufszentren, Autobahnraststätten und Flughäfen substituierbar sind. Verkaufskanäle in kleineren Bahnhöfen und geringeren Umsätzen sind mit Standorten an zentralen Lagen von Kleinstädten und Dörfern substituierbar. Weil sich das Ergebnis der Beurteilung der Abrede bei der engeren und der weiteren Abgrenzung nicht unterscheidet, wird der weiteren Beurteilung der Abrede ein Markt für Absatzkanäle für Presseerzeugnisse zugrunde gelegt.

2.1.b Räumlich relevanter Markt

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

52. Die Marktgegenseite ist grundsätzlich interessiert an Absatzkanälen in der Schweiz. Dabei können Absatzkanäle an Standorten, die hohe Umsätze versprechen, im Vordergrund stehen. Die nach Umsatzhöhe kategorisierten Absatzkanäle lassen sich jedoch räumlich kaum abgrenzen, weil in allen Regionen unterschiedliche Absatzkanäle zur Verfügung stehen. Damit würde die Beurteilung der Erheblichkeit bei lokalen, regionalen und nationalen Märkten jeweils zum gleichen Resultat führen. Andere Nachfrager können versuchen, ein ganzes Netz von Verkaufsstellen in der Schweiz aufzubauen.

53. Der räumlich relevante Markt wird demzufolge auf die Schweiz begrenzt. Da im vorliegenden Fall der Rahmenvertrag zwischen SBB und Kiosk AG im Zentrum steht und die Kiosk AG mit kleinen Ausnahmen ausschliesslich in der deutschsprachigen Schweiz tätig ist, kann der räumliche Markt auf die deutschsprachige Schweiz begrenzt werden.

2.2 Keine Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung

2.2.a Aktueller Wettbewerb

54. Im relevanten Markt – mit den verschiedenen Absatzkanälen – ist nur der Kanal SBB-Bahnhöfe von der Wettbewerbsabrede betroffen. Dieser Absatzkanal wird aufgrund des Exklusivvertrages zwischen SBB und Kiosk AG im räumlich relevanten Markt nahezu ausschliesslich von Kiosk AG benutzt (Stellungnahmen Kiosk AG und SBB, act. 30 und 31). Der Vertrag schliesst den Absatzkanal SBB-Bahnhöfe (Teilmarkt) für andere Anbieter von Presseerzeugnissen jedoch nicht vollständig. Es werden nicht automatisch alle Verkaufsstellen an Kiosk AG vergeben. Neue Kiosk-Standorte und zu verlegende Kiosk-Standorte werden durch die SBB öffentlich ausgeschrieben (Rahmenvertrag: Beilage zu Stellungnahme SBB, act. 5). Im räumlich relevanten Markt findet man aber nur wenige nicht von Kiosk AG betriebene Verkaufsstellen in SBB-Bahnhöfen.

55. Alle übrigen Absatzkanäle im relevanten Markt sind jedoch von der Abrede nicht betroffen. Unter der Kategorie "übrige Absatzkanäle" wird die überwiegende Anzahl der gesamten Verkaufsstellen im räumlich relevanten Markt zusammengefasst. Beispielsweise ist von allen durch Kiosk AG betriebenen Kioske nur etwa ein Fünftel in Bahnhöfen angesiedelt. Bezüglich der wirtschaftlichen Bedeutung der Wettbewerbsbeschränkung kann der Anteil des Umsatzes, den Kiosk AG bei Verkaufsstellen innerhalb und ausserhalb von Bahnhöfen erzielt, Hinweise geben. Auch hier liegt der in Bahnhöfen erzielte Wert bei rund 20 % (Stellungnahme Kiosk AG, act. 31).

56. Zusammenfassend bedeutet dies, dass die Marktgegenseite aufgrund des Vertrages zwischen SBB und Kiosk AG nicht vollständig vom Verkaufskanal SBB-Bahnhof ausgeschlossen ist. Aufgrund der aktuellen Situation ist dies jedoch faktisch weitgehend der Fall. Der Marktgegenseite steht aber eine grosse Zahl unterschiedlicher Alternativen zum Verkaufskanal SBB-Bahnhof zur Verfügung. Damit kann nicht von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen werden.

2.2.b Potentieller Wettbewerb

57. Wie in Kapitel B.2.1.a beschrieben, existieren verschiedene Absatzkanäle, welche sich auch für den Verkauf von Zeitungen und Zeitschriften eignen würden, heute aber nicht dazu genutzt werden. Es wurde auch festgestellt, dass Standorte innerhalb und ausserhalb von Bahnhöfen grundsätzlich eine ähnliche Attraktivität aufweisen können. Diese Verkaufskanäle können demnach als potentielle Konkurrenz zu bestehenden Verkaufskanälen bezeichnet werden.

58. Die Existenz von potentiellem Wettbewerb unterstreicht das obenstehende Resultat, wonach die Wettbewerbsabrede zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

2.3 Ergebnis

59. Die zwischen Kiosk AG und SBB getroffene Wettbewerbsabrede ist aufgrund obengenannter Erwägungen aus kartellrechtlicher Sicht zulässig, da sie keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

bewirkt und somit auch nicht zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes führt.

3 Keine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens

60. 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).

61. Um festzustellen, ob sich Kiosk AG tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

3.1 Der relevante Markt

3.1 a Sachlich relevanter Markt

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

63. Presseerzeugnisse werden in der Schweiz und sehr ähnlich auch im restlichen deutschsprachigen Raum grundsätzlich über zwei verschiedene Vertriebssysteme verkauft. Einerseits können Presseerzeugnisse im Abonnement bezogen werden. Die Lieferung erfolgt jeweils an die gewünschte Adresse. Andererseits werden die Zeitungen und Zeitschriften über Verkaufsstellen und dabei hauptsächlich über Kioske vertrieben. Die Untersuchung betrifft ausschliesslich das zweitgenannte Vertriebssystem.

64. Eine Spezialität im Pressemarkt ist, dass die Erzeugnisse bis zum Verkauf an die Leser im Besitz der Verlage bleiben und der Zwischenhandel nur als Vermittler auftritt. Die Zwischenhändler bestellen eine gewisse Anzahl eines bestimmten Produktes, bieten diese in ihren Verkaufsstellen an und können nicht verkaufte Exemplare dem Verlag zurückgeben.

65. Kiosk AG ist im Presseverkauf auf verschiedenen Stufen des vertikalen Prozesses tätig. Einerseits betreibt sie eigene Verkaufsstellen und andererseits ist sie Grossistin im Vertrieb von Presseerzeugnissen an eigene Verkaufsstellen und an Dritte. Vorliegend steht nur die Tätigkeit als Grossistin im Zentrum.

66. Als Marktgegenseite können die Unternehmen bezeichnet werden, welche an ihren Verkaufsstellen Presseerzeugnisse anbieten. Sie sind zur Aufrechterhaltung ihrer Geschäftstätigkeit auf die Belieferung mit Presseerzeugnissen angewiesen.

67. Für die Marktgegenseite sind alle Leistungen substituierbar, welche es ihr erlaubt, mit Presseerzeugnissen beliefert zu werden. Als relevanter Markt kann somit der Vertrieb von Presseerzeugnissen bezeichnet werden.

3.1.b Räumlich relevanter Markt

68. 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).

69. Die Marktgegenseite benötigt die Leistungen überall dort, wo sie über Verkaufsstellen für Presseerzeugnisse verfügt. Das Sortiment ist stark abhängig von sprachlichen und teilweise regionalen Faktoren. Ein Pressegrossist, welcher französischsprachige Titel liefern kann, hat für den Eigentümer einer Verkaufsstelle in der deutschsprachigen Schweiz häufig nur eine geringe Bedeutung.

70. Die Marktgegenseite fragt demnach hauptsächlich Leistungen in der Sprachregion nach, in der sie ihre Verkaufsstellen betreibt. Da zudem im vorliegenden Fall die Tätigkeit von Kiosk AG im Zentrum steht und diese vorwiegend im deutschsprachigen Raum tätig ist, kann der Markt auf die deutschsprachige Schweiz beschränkt werden.

3.2 Marktstellung

3.2.a Aktueller Wettbewerb

71. Der Vertrieb von Presseerzeugnissen weist spezielle ökonomische Eigenschaften auf. Die Versorgung der unterschiedlichen Verkaufsstellen im gesamten räumlich relevanten Markt mit Presseerzeugnissen wird kostenmässig dadurch optimiert, dass die Belieferung durch ein einziges Unternehmen vorgenommen wird. Belieferungssysteme pro Zeitung/Zeitschrift oder pro Verlag würden in aller Regel höhere Kosten verursachen (Bündelungsvorteile). Wie die physische Belieferung weist auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierungen, Rücknahme von nicht verkauften Exemplaren) Eigenschaften auf, die die Annahme zulassen, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt werden. Die Leistungen im relevanten Markt weisen somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf.

72. Die Kiosk AG besitzt als einziges Unternehmen ein Logistiksystem, welches den Vertrieb von Presseerzeugnissen im gesamten räumlich relevanten Markt erlaubt. Dazu gehören im wesentlichen Personal mit dem notwendigen Know-How, eine Fahrzeugflotte, ein Informationssystem und ein automatisiertes Logistikzentrum.

73. Neben Kiosk AG ist kein Unternehmen im Vertrieb von Presseerzeugnissen tätig, d. h. es gibt keinen aktuellen Wettbewerb.

3.2.b Potentieller Wettbewerb

74. Aufgrund der oben beschriebenen Eigenschaften eines natürlichen Monopols kann davon ausgegangen werden, dass für potentielle Konkurrenten hohe Marktzutrittsschranken existieren. Die für einen effizienten Betrieb eines parallelen Logistiksystem notwendigen Investitionen wären gross. Insbesondere wären Investitionen in ein neues Logistikzentrum und in ein Informationssystem notwendig. Geringer sind diese Investitionen allerdings für Unternehmen, die in benachbarten Märkten (z. B. Pressegrossist im benachbarten Ausland oder Frühzustelldienst im Abonnementgeschäft) tätig sind (Stellungnahme zum Verfügungsentwurf Kiosk AG, act. 40).

75. Ein potentieller Konkurrent, der den Markteintritt in Erwägung zieht, hat damit zu rechnen, dass Kiosk AG zur Verhinderung des Markteintritts die Preise der Vertriebsdienstleistungen senken würde. Dies erklärt sich dadurch, dass Kiosk AG nach einem Markteintritt mit einer weniger guten Auslastung des eigenen Systems und damit der Gefahr von Verlusten konfrontiert wird.

76. Die Kiosk AG hat mit allen wichtigen Verlagen im In- und Ausland (Exklusiv-)Verträge abgeschlossen, welche die Belieferung mit den jeweiligen Presseerzeugnissen sicherstellen. Der potentielle Konkurrent müsste vor dem Markteintritt mit den Verlagen Verhandlungen über die Belieferung mit Presseerzeugnissen führen. Diese wiederum haben kein Interesse an zwei sich konkurrenzierenden Vertriebssystemen, da dadurch Bündelungsvorteile verloren gehen.

77. Der Markteintritt wird zusätzlich erschwert, dass zur Auslastung des aufgebauten Systems schnell eine hohe Belieferungsdichte erreicht werden müsste. Dies ist wiederum schwierig, da Kiosk AG selber einen grossen Teil der Verkaufsstellen besitzt und kaum auf das neue Vertriebssystem umsteigen würde.

78. Als potentielle Konkurrenten können grundsätzlich Unternehmen bezeichnet werden, die in anderen räumlichen Märkten (französischsprachige Schweiz, Ausland) ähnliche Tätigkeiten wie Kiosk AG ausüben. Es stellt sich jedoch das Problem, dass diese Unternehmen nur beschränkt auf ihr bestehendes Logistiksystem zurückgreifen können. Presseerzeugnisse und insbesondere Tageszeitungen weisen kurz nach dem Erscheinen den höchsten Nutzen für die Leser auf. So weist Kiosk AG darauf hin, dass Tageszeitungen bis ca. 9 Uhr am Erscheinungstag hohe Verkaufszahlen aufweisen, nachher aber nur noch wenige Exemplare verkauft werden können (Stellungnahme Kiosk AG, act. 31). Für Unternehmen, die Presseerzeugnisse vertreiben möchten, bedeutet dies, dass sie ihre Vertriebszentralen nicht beliebig weit entfernt von zu beliefernden Verkaufsstellen ansiedeln können. Weil die potentiellen Konkurrenten, welche in benachbarten räumlichen Märkten tätig sind, deshalb ähnlich wie gänzlich neu auftretende Unternehmen zusätzliche Investitionen tätigen müssten, gelten dieselben Vorbehalte bezüglich einem Markteintritt, wie bei Unternehmen, die heute nicht im Pressevertriebsmarkt tätig sind (vgl. B.3.2.a).

79. Mit Markteintritten von Unternehmen, welche bis anhin nicht im Pressevertrieb tätig sind, ist somit in absehbarer Zeit nicht zu rechnen.

80. Den von Kiosk AG vorgebrachten Argumenten (Stellungnahme act. 40), wonach der potentielle Wettbewerb stärker zu gewichten sei, kann nur teilweise gefolgt werden. Die Markteintrittsbarrieren werden v. a. aufgrund der Eigenschaften des Marktes (natürliches Monopol), den durch die Verlage vertraglich definierten Gebietsmonopolen im Pressevertrieb und den nicht existenten Markteintritten in der Vergangenheit als hoch eingeschätzt.

81. Der potentielle Wettbewerb kann demnach als gering eingestuft werden.

3.2.c Stellung der Marktgegenseite

82. Die Marktgegenseite weist ihrerseits eine vergleichsweise schwache Stellung auf. Wie bereits erwähnt ist Kiosk AG nicht nur im Vertrieb von Presseerzeugnissen tätig, sondern ist gleichzeitig auch die sowohl nach Umsatz als auch nach Anzahl Verkaufsstellen grösste Betreiberin von Kiosken im räumlich relevanten Markt.

3.2.d Ergebnis

83. Aus vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass Kiosk AG im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG aufweist.

84. Es wurden keine unzulässigen Verhaltensweisen der Kiosk AG (gem. Art. 7 KG) festgestellt.

C Kosten

85. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer

Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG – Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall einerseits Kiosk AG und SBB für die Untersuchung wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsabrede gem. Art. 5 KG und andererseits Kiosk AG für die Untersuchung wegen unzulässiger Verhaltenweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gem. Art. 7 KG.

86. Die von Kiosk AG vorgebrachten Argumente, wonach sie der Möglichkeit beraubt wurde, das Nicht-Vorliegen eines Marktmachtmissbrauchs bereits im Rahmen der Vorabklärung darzulegen, können nicht zu einem Erlass der Gebühren führen. Die Eröffnung der Untersuchung für Sachverhalte gem. Art. 7 KG basierte auf Erkenntnissen aus der Vorabklärung und der allgemein bekannten Marktposition von Kiosk AG. Im Weiteren sieht das Verfahren für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht zwingend eine Vorabklärung gem. Art. 26 KG vor. Sofern Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise vorliegen, kann das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums jederzeit direkt eine Untersuchung eröffnen (Art. 27 KG).

87. Die SBB sehen sich nicht als Verursacher des vorliegenden Verfahrens. Aufgrund der einschlägigen Bestimmungen in der KG-Gebührenverordnung (Art. 2 und 3 KG-Gebührenverordnung) besteht daran jedoch kein Zweifel. Der Vertrag zwischen SBB und Kiosk AG stand im Zentrum des Verfahrens. Die Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in Zusammenhang mit dem Vertrag mussten in der Untersuchung überprüft werden.

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

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

90. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr

rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von 61 Stunden (Untersuchung Art. 5 KG) und [] Stunden (Untersuchung Art. 7 KG) gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr beläuft sich demnach auf [] Franken (Untersuchung Art. 5 KG) und [] Franken (Untersuchung Art. 7 KG).

91. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf [] Franken (Untersuchung Art. 5 KG) und [] Franken (Untersuchung Art. 7 KG).

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Rahmenvertrag zwischen SBB und Kiosk AG (17.3. bzw. 23.4.1992) und der Vertragsnachtrag vom 20.2.1998 ist aus kartellrechtlicher Sicht zulässig, da daraus keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung resultiert.
2. Die Kiosk AG weist im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen (Pressegrossist) in der deutschsprachigen Schweiz eine beherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG auf.
3. [Kosten]
4. [Rechtsmittel]
5. [Eröffnung]

Untersuchung gemäss Art. 27 ff KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 6. September 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Schweizerische Meteorologische Anstalt wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

A Sachverhalt

1. Auf Gesuch von Meteotest (Bern), einer privaten Anbieterin von meteorologischen Dienstleistungen, verfügte die Wettbewerbskommission am 16. November 1998 vorsorgliche Massnahmen gegen die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA). Die SMA wurde dabei verpflichtet, meteorologische Basisleistungen Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten (vgl. RPW 1998/4, 586 ff.).

2. Aufgrund der im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen aufgetauchten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Weko) am 17. November 1998 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz (KG) gegen die SMA. Mit der Untersuchung sollte geprüft werden, ob die SMA Dritte beim Zugang zu meteorologischen Basisleistungen diskriminiert und ob dies allenfalls eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 KG darstellt.

3. Die Eröffnung der Untersuchung wurde durch amtliche Publikation bekannt gegeben. Mit Schreiben vom 1. Dezember 1998 hat die Meteomedia AG (Gais), eine private Anbieterin von Wetterdienstleistungen, ihre Beteiligung an der Untersuchung angemeldet.

4. Im Laufe der Untersuchung haben die SMA und Meteotest mehrmals zum Sachverhalt Stellung genommen. Meteomedia und die Meteoronews GmbH (Zürich), ebenfalls eine private Anbieterin von meteorologischen Dienstleistungen, wurden zum Verhalten der SMA sowie zu den Wettbewerbsverhältnissen im Bereich Meteorologie befragt.

5. Meteotest hat am 2. Juli 1999 zum Verfügungsentwurf Stellung genommen (Akte 50). Die SMA und Meteomedia haben am 14. Juli 1999 zum Verfügungsentwurf Stellung genommen (Akten 53 und 54).

6. Die SMA ist ein Bundesamt des Eidg. Departements des Innern. Seit dem 1. Januar 1997 wird sie nach den Grundsätzen der wirkungsorientierten Verwaltungsführung mit Leistungsauftrag und Globalbudget geführt.

7. Das Bundesgesetz über die Schweizerische Meteorologische Zentralanstalt von 1901 (Meteorologiestet, SR 429.1) verpflichtet die SMA als nationalen Wetterdienst, die dem Bund übertragenen meteorologischen und klimatologischen Aufgaben zu erfüllen. Dies verpflichtet die SMA u. a. dazu, landesweit und dauernd meteorologische Beobachtungen und Witterungsaufzeichnungen zu veranstalten, täglich einen Wetterbericht herauszugeben und die Beobachtungsergebnisse durch Erteilung von Auskunft zu verwerten.

8. Das Meteorologiestet befindet sich gegenwärtig in Revision. Das revidierte Gesetz wurde am 18. Juni 1999 vom Ständerat verabschiedet. Das Inkrafttreten des revidierten Gesetzes ist auf den 1. Januar 2000 geplant.

9. Die SMA pflegt eine enge Zusammenarbeit mit anderen europäischen Wetterdiensten und internationalen meteorologischen Organisationen wie z. B. der Weltorganisation für Meteorologie (WMO), der weltweit bedeutendsten Organisation. Die WMO soll u. a. sicherstellen, dass die meteorologischen Daten, welche die nationalen Wetterdienste in ihrem Land erheben, zwischen den nationalen Wetterdiensten kostenlos ausgetauscht werden. Die nationalen Wetterdienste bringen zu diesem Zweck die Wetterbeobachtungsdaten aus ihrem Land in einen Pool ein, genannt "Global Telecom System" (GTS), welches allen Wetterdiensten zur Verfügung steht.

10. In Europa besteht mit der Europäischen Gesellschaft zur Vermarktung von Wetterprodukten (ECOMET) eine Interessengruppe der nationalen Wetterdienste, die mit vereinheitlichten Konditionen sicherstellen will, dass private Anbieter Zugriff auf die in einem Katalog aufgelisteten Produkte haben und nur mit einem Wetterdienst kommunizieren müssen. Dabei bestimmen die nationalen Wetterdienste die Tarife unabhängig. Die Schweiz hat in der ECOMET Beobachterstatus, eine Vollmitgliedschaft ist nach der Einführung des neuen Meteorologiegesetzes vorgesehen. Die ECOMET-Vereinbarung wurde bei der Europäischen Kommission zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung angemeldet, wobei ein Negativattest und hilfsweise eine Freistellung beantragt wurden. Die Beurteilung durch die Kommission steht noch aus (Akte 12). Diese Vereinbarungen sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

11. Zusätzlich zu den in Ziffer 7 erwähnten Aufgaben ist die SMA auch kommerziell tätig. Sie erzielt im Bereich der sog. erweiterten meteorologischen Dienstleistungen (Wetterprognosen für TV, Radio und Zeitungen sowie via Telefon etc.) einen Jahresumsatz von CHF [Geschäftsgeheimnis] Mio. Dies entspricht ca. 5 % des gesamten Umsatzes der SMA.

12. Die meteorologischen Daten und Produkte, welche die SMA aufgrund ihres gesetzlichen Auftrages erstellt, stellen Inputfaktoren für die erweiterten Produkte dar. Die privaten Anbieter von meteorologischen Dienstleistungen müssen die meisten dieser Daten und Produkte bei staatlichen Wetterdiensten einkaufen, um eigene Prognosen machen zu können.

13. In Bezug auf die Erbringung der erweiterten Dienstleistungen hält der aktuelle Leistungsauftrag der SMA den Grundsatz fest, dass die SMA meteorologische Grunddaten Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung stellt wie ihrem eigenen kommerziellen Dienst. Der Leistungsauftrag verlangt von der SMA, dass sie im Bereich erweiterte Dienstleistungen einen Kostendeckungsgrad von über 100 % erreicht. Die SMA erklärt, dass die Produktion der erweiterten Dienstleistungen in die allgemeine Prozessorganisation der SMA integriert sei, um durch eine optimale Ausschöpfung der bereits bestehenden Infrastruktur, der meteorologischen und klimatologischen Daten und Produkte sowie des Know-hows eine Verbesserung des allgemeinen Kostendeckungsgrades zu ermöglichen (Akten 12 und 40).

14. Die heutige Kostenrechnung der SMA erlaubt lediglich eine Aufteilung der Kosten bis auf Stufe Produktegruppe (z. B. alle erweiterten Dienstleistungen zusammen). Da beim Abschluss des heute geltenden Leistungsauftrages noch keine detaillierte Betriebskostenrechnung vorlag, hatte die SMA 1997 mit der eidg. Finanzverwaltung vereinbart, dass die erweiterten Dienste für die Verwendung der Daten und Produkte wie auch die Benützung der Infrastruktur eine pauschale Abgeltung von 20 % ihres Umsatzes an den hoheitlichen Teil der SMA abliefern. Da jedoch der gesamte Umsatz aus erweiterten Dienstleistungen direkt in die Kasse der SMA fließt, stellt die Abgeltung von 20 % nur einen – näher ausgedehnten – Teil der gesamten Abgeltungen dar (Akten 12, 27, 28 und 40).

15. Der Bundesrat hat der SMA für die Jahre 2000 – 2003 einen neuen Leistungsauftrag erteilt. Dieser gibt zur Kostenrechnung der SMA vor, dass die Aufteilung der Kosten und Erlöse bis auf Produkteebene erst Ende 1999 möglich ist. Die SMA erklärt, dass die Subsysteme der Kostenrechnung zurzeit aufgearbeitet werden, so dass diese auf den 1. Januar 2000 im Rahmen der Inbetriebnahme von SAP-R/3 den operationellen Betrieb aufnehmen können (Akten 12, 27 und 40).

16. Meteotest erzielt im Bereich meteorologische Dienstleistungen einen Jahresumsatz von rund CHF 1 Mio. Sie beliefert unter anderem mehrere schweizer Tageszeitungen mit Wetterberichten. Meteotest wirft der SMA vor, dass sie privaten Anbietern den diskriminierungsfreien Zugang zu den hoheitlich erstellten Basisdaten und -produkten verweigere.

17. Meteomedia erstellt Wetterprognosen aller Art und erzielt einen Umsatz von [...] pro Jahr. Davon entfallen [...] auf die Schweiz. Meteomedia erklärt, dass es ihr aufgrund der Daten- und Dumpingpreispolitik der SMA vor allem bei grossen Aufträgen nicht möglich sei, eine Chance zu haben.

18. Meteonews wurde 1997 gegründet und erwirtschaftet mit Wetterberichten einen Jahresumsatz von [...].

B Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

20. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die SMA beteiligt sich als Anbieterin von meteorologischen Leistungen selbständig am Wirtschaftsprozess und ist somit als öffentliches Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu beurteilen.

2 Vorbehaltene Vorschriften

21. Den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). In Frage steht, ob das Meteorologiestgesetz (vgl. Rz. 7) oder die Verordnung über die Gebühren der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt von 1995 (GVO, SR 429.19) einen für die vorliegende Untersuchung relevanten Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen.

22. Das Meteorologiestgesetz nennt zwar die Aufgaben der SMA, stattet diese aber zu deren Erfüllung nicht mit besonderen Rechten aus, die Wettbewerb nicht zulassen. Überdies enthält das Meteorologiestgesetz keine Bestimmung, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet. Die SMA hat denn auch nicht vorgebracht, dass das Meteorologiestgesetz einen Vorbehalt nach Art. 3 KG begründe.

23. Die GVO sieht in Art. 4 vor, dass die Gebühren für Dienstleistungen der SMA nach den Gebührenansätzen gemäss Anhang

bemessen werden, während für Dienstleistungen ohne Gebührenansatz die Gebühren nach Aufwand verrechnet werden. Gemäss Art. 5 GVO kann ein Zuschlag von maximal 50 % verrechnet werden, wenn Dienstleistungen dringlich oder ausserhalb der normalen Arbeitszeit verlangt werden. Gemäss Art. 12 GVO kann sodann eine Gebührenermässigung oder gar ein Gebührenerlass gewährt werden, beispielsweise zur Gewährung von Mengenrabatten oder bei Verwendung der Dienstleistungen zu Forschungszwecken.

24. Die SMA stellt sich auf den Standpunkt, dass eine kartellrechtliche Überprüfung von Preisen der SMA nicht möglich sei, da die Gebühren für die Dienstleistungen der SMA in der GVO geregelt seien (Akte 54). Selbst eine staatliche Markt- oder Preisordnung schliesst die Anwendbarkeit des KG nicht schlechthin aus, sondern nur soweit, als diese im konkreten Fall für wettbewerbliches Verhalten keinen Raum mehr lässt (Botschaft zum KG, Sonderdruck, 72 f.). Auswirkungen, die auf nicht oder nicht umfassend regulierte Wettbewerbsparameter zurückzuführen sind, bleiben dagegen der kartellrechtlichen Prüfung unterworfen.

25. Art. 12 GVO statuiert keine Bedingungen für das Ausmass von Ermässigungen im Einzelfall. Das Gewähren von Ermässigungen resp. die konkrete Anwendung der GVO im Einzelfall ist somit dem Ermessen der SMA überlassen. Die GVO legt Gebühren für einzelne Dienstleistungen fest (Art. 4 GVO), ist aber nicht starr. Im Rahmen der Gewährung von Ermässigungen auf der Grundlage von Art. 12 GVO verfügt die SMA über einen weiten Ermessensspielraum. Der Wettbewerbsparameter Preis ist damit nicht abschliessend reguliert, sondern unterliegt in spürbarem Masse Markteinflüssen. Die solchen Markteinflüssen zugrundeliegenden Verhaltensweisen sind aber typischerweise wettbewerblich relevant und müssen einer kartellgesetzlichen Überprüfung zugänglich sein.

26. Die SMA räumt ein, dass sie den ihr in Art. 12 GVO eingeräumten Spielraum ausnützt. So führt sie im Zusammenhang mit ihren Erklärungen betreffend Unterschieden zwischen der Offerte an Meteotest aus 1998 und dem SRG-Vertrag aus 1996 (vgl. Ziffern 87 ff.) aus, dass der Meteomarkt sehr dynamisch sei und sie sich den geänderten Verhältnissen anpassen müsse. Es müsse ihr zugestanden werden, den neuen Vertrag mit Meteotest "an die geänderte Marktsituation anzupassen" (Akte 54). In Bezug auf die von der Weko geforderte Gleichbehandlung von Meteotest im Vergleich zum SRG-Vertrag aus 1996 erklärt die SMA zudem, dass dies "von einem Anbieter am Markt nicht verlangt werden" könne (Akte 54). Auch der

Abschluss des SRG-Vertrages hätte "normalem Marktgeschehen" entsprochen (Akte 54). Gegenüber Meteotest hat die SMA zudem erklärt, dass die GVO "nicht mehr der Realität" entspreche (Akte 27).

27. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die SMA bei der Anwendung der GVO einen grossen Ermessensspielraum ausschöpft. Die GVO begründet somit keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG, welche die Anwendbarkeit der materiellrechtlichen Bestimmungen des KG auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ausschliesst. Der der SMA namentlich in Art. 12 GVO eingeräumte Ermessensspielraum in Bezug auf die Preisgestaltung lässt der SMA als Marktteilnehmerin Platz für wettbewerbliches Verhalten. Der Spielraum in Bezug auf ihre Preispolitik ist so gross, dass die SMA – etwa durch Diskriminierungen von Kundinnen – den wirksamen Wettbewerb zu beeinträchtigen vermag. Entsprechende Verhaltensweisen bleiben daher der kartellrechtlichen Überprüfung unterworfen.

28. Daneben fehlen in der GVO Bestimmungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG, welche die SMA zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

29. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG kommt somit vorliegend nicht zur Anwendung.

3 Unzulässige Verhaltensweise

3.1 Marktbeherrschendes Unternehmen

30. 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).

31. Um festzustellen, ob sich die SMA tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, sind vorab die relevanten Märkte abzugrenzen.

3.1.1 Die relevanten Märkte

32. Die relevanten Märkte haben eine sachliche und eine räumliche Dimension.

a Sachlich relevante Märkte

33. 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).

34. Im vorliegenden Fall gilt es zu analysieren, ob die SMA als Anbieterin von meteorologischen Leistungen in einem Markt oder in mehreren Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, die es ihr ermöglicht, ihre Marktgegenseite, die Anbieter von erweiterten meteorologischen Dienstleistungen (Meteotest, Meteomedia, Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG etc.), in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.

35. Wie bereits erwähnt, erbringt die SMA auf kommerzieller Basis erweiterte Dienstleistungen. Diese Leistungen werden als "Endprodukte" an Kunden verkauft, die selbst nicht im Bereich Meteorologie tätig sind (z. B. Wetterprognose für eine bestimmte Region für eine Tageszeitung oder eine lokale Radiostation).

36. Ursprünglich und hauptsächlich erhebt die SMA jedoch Daten und erstellt Produkte, welche für das Erbringen erweiterter Dienstleistungen Inputfaktoren darstellen. Diese Daten und Produkte werden von den privaten Anbietern meteorologischer Dienstleistungen – vor allem bei der SMA – nachgefragt und sind vorliegend relevant. Die SMA nutzt diese Daten und Produkte zudem selbst zur Herstellung der von ihr angebotenen erweiterten Dienstleistungen.

Folgende Tabelle zeigt, welche Daten und Produkte, die Inputfaktoren für erweiterte Dienstleistungen darstellen, die SMA anbietet und welche Rolle ihr dabei zukommt:

| Daten und Produkte | Rolle der SMA als Anbieterin |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz (Schweizer Real Time Daten) | Werden von der SMA landesweit erhoben und angeboten. |
| Klimadaten (archivierte Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz) | Werden von der SMA archiviert und angeboten. |
| Radarkompositbild Schweiz | Wird von der SMA erstellt und angeboten. |
| Internationale Basisdaten (Global Basic Data Set; umfasst den international freigegebenen Teil sämtlicher Beobachtungsdaten der nationalen Wetterdienste.) | Wird von der SMA sowie von allen anderen nationalen Wetterdiensten angeboten. |
| Modellvorhersagen EZMW (Europäisches Zentrum für Mittelfristige Wettervorhersagen) | Die SMA ist Agentin. Die Wetterdienste der Mitgliedstaaten bieten die Daten an. |
| Satellitenbilder der EUMETSAT (Europäische Organisation für die Nutzung meteorologischer Satelliten) | Die SMA ist Agentin. Die Wetterdienste der Mitgliedstaaten bieten die Daten an. |
| Resultate des Vorhersagemodells Schweiz Modell | Werden von SMA errechnet und angeboten. |

38. Diese verschiedenen Datensätze und Produkte sind aus Sicht der Nachfrager in der Regel nicht substituierbar, sondern ergänzen sich und werden für unterschiedliche Zwecke genutzt. In den meisten Fällen ist es nur durch die gemeinsame Nutzung mehrerer Datensätze

und Produkte möglich, qualitativ hochstehende erweiterte Dienstleistungen anzubieten.

39. Im Folgenden werden die einzelnen relevanten Märkte abgegrenzt:

1. Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz

40. Die SMA erhebt die sog. Schweizer Real Time Daten (Synopsis, Aeros, 10-Minuten ANETZ und ENET-Daten). Für diese Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz betreibt die SMA landesweit ein flächendeckendes Netz von (Boden-)Messstationen. Diese Daten werden zum Erbringen von kurzfristigen Prognosen (ca. 6 Stunden) verwendet und bilden die Basis für Prognosemodelle. Sie sind mit anderen Datensätzen zur Schweiz nicht substituierbar. Die SMA bringt ihre Real Time Daten z. T. ins GTS ein (Akte 44).

41. Im Prinzip stellen die Messdaten der einzelnen Stationen Komplemente zueinander dar. Um jedoch Voraussagen für eine Region – und für verschiedene Kunden für mehrere Regionen – machen zu können, braucht ein Prognostiker Daten mehrerer Messstationen. Die aktuelle Situation im Bereich erweiterte Dienstleistungen zeigt denn auch, dass die privaten Anbieter – wie auch die SMA – durch Wetterprognosen für regionale Zeitungen oder Radiostationen sowie telefonische Auskünfte Kunden aus verschiedenen Landesteilen bedienen. Es ist daher nicht sachgerecht, für Messdaten aus jeder Region oder sogar jeder einzelnen Messstation einen eigenen Markt abzugrenzen. Sämtliche Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz werden somit als zu einem einzigen Markt gehörig beurteilt.

42. Der sachliche Markt wird somit als Markt für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz abgegrenzt.

2. Klimadaten zur Schweiz

43. Bei den Klimadaten zur Schweiz handelt es sich um archivierte Wetterbeobachtungsdaten. Diese Daten dienen dazu, heutige Wettersituationen mit denen früherer Jahre zu vergleichen. Die Klimadaten sind mit keinen anderen Daten substituierbar.

44. Analog zu den Wetterbeobachtungsdaten stellen die einzelnen Klimadaten im Prinzip zwar Komplemente zueinander dar, nachgefragt werden jedoch in der Regel kleinere ausgewählte Datenmengen. Die Gesamtheit der Klimadaten zur Schweiz braucht somit nicht weiter unterteilt zu werden. Da ausser der SMA als nationalem Wetterdienst niemand über vergleichbare Klimadaten verfügt, würde eine weitere Unterteilung an der Marktstellung der SMA zudem nichts ändern.

45. Es ist somit ein Markt für Klimadaten zur Schweiz abzugrenzen.

3. Radardaten zur Schweiz

46. Das Radarkompositbild Schweiz, welches die SMA erhebt, stellt einen eigenen Markt dar. Falls andere Daten mit diesem Radarbild substituierbar wären, wäre nicht einzusehen, weshalb die SMA dieses erstellt. Es ist daher ein Markt für Radardaten zur Schweiz abzugrenzen.

4. Internationale Basisdaten

47. Das sog. Global Basic Data Set oder die internationalen Basisdaten umfassen die international freigegebenen Daten des GTS. Diese Daten, welche Basis für kurzfristige internationale Prognosemodelle sind, sind wiederum nicht mit anderen Datensätzen substituierbar und stellen daher einen eigenen relevanten Markt dar. Es gilt daher, einen Markt für internationale Basisdaten abzugrenzen.

5. Modellvorhersagen EZMW

48. Das Europäische Zentrum für Mittelfristige Wettervorhersagen (EZMW) ist eine von 18 europäischen Staaten (inklusive der Schweiz) getragene Organisation, die u. a. numerische Verfahren für mittelfristige Wettervorhersagen entwickelt und regelmässig mittelfristige Wettervorhersagen zur Verteilung an die Wetterdienste der Mitgliedstaaten erstellt. Das EZMW nutzt dafür die Daten des GTS, welche die nationalen Wetterdienste zur Verfügung stellen. Die nationalen Wetterdienste können Privaten im Namen des EZMW Unterlizenzen für die Verwendung der EZMW-Produkte erteilen (Akte 12).

49. Die SMA erklärt, dass der EZMW-Modell-Output mit den Vorhersagemodellen des deutschen, englischen oder amerikanischen Wetterdienstes substituierbar sei.

50. Ob die EZMW-Modellresultate einen eigenen relevanten Markt darstellen, kann – wie unten gezeigt werden wird – vorliegend offen bleiben.

6. Satellitenbilder der EUMETSAT

51. EUMETSAT ist die Betriebsorganisation für die europäischen Wettersatelliten und wird von praktisch allen europäischen Wetterdiensten, auch von der SMA, finanziert. Die SMA erklärt, dass Satellitensysteme einen derart grossen Aufwand an Expertise und Ressourcen benötigen, dass sie kein europäischer Wetterdienst alleine betreiben könne (Akte 27).

52. Diese Daten können nicht mit anderen Daten substituiert werden und stellen daher einen eigenen relevanten Markt dar.

7. Resultate von Vorhersagemodellen

53. Die SMA betreibt mit dem Schweizer Modell (SM) ein Vorhersagemodell, mittels welchem sie auf ca. 2 Tage hinaus Prognosen macht. Dieses feinmaschige Prognosemodell ist gemäss Meteotest für einen Prognostiker nicht zwingend erforderlich, es erleichtere diesem jedoch die Arbeit (Akte 39). Dem SM liegen die (internationalen) Daten des GTS als Input zugrunde. Das SM deckt daher mehr als nur die Schweiz ab.

54. Gemäss SMA betreiben viele europäische Wetterdienste ein mit dem SM vergleichbares Vorhersagemodell. Der Deutsche Wetterdienst (DWD) bspw. biete ein Deutschland Modell an. Dieses decke Zentral- und Westeuropa und somit auch die Schweiz ab und sei mit dem SM fast identisch. Auch Prognosemodelle anderer nationaler Wetterdienste (Nordeuropäische Wetterdienste, Portugal, Météo France, Britischer Wetterdienst) decken gemäss SMA in etwa das gesamte Gebiet Europas – und somit auch die Schweiz – ab. Dies deshalb, weil all diesen Modellen (auch für die Wetterbeobachtungen zur Schweiz) dieselben Daten des GTS zugrunde liegen (Akte 27).

55. Da alle diese Modelle Daten des GTS verwenden, sind die Modelle in Bezug auf jedes Land gleich genau. So verwendet auch das Deutschland Modell zur Schweiz diejenigen Daten, welche die SMA dem GTS geliefert hat.

56. Meteotest macht geltend, dass das Deutschland Modell die Schweiz nicht vollständig und zudem nur am Rand erfasse. Dieses Modell sei daher – wenn man sich ein feinmaschiges Modell leisten wolle – kein vollwertiger Ersatz (Akte 39). Obige Ausführungen sowie die Tatsache, dass die SRG sowie Meteomedia, die beide Prognosen zur Schweiz machen, das Deutschland Modell und nicht das SM nutzen, widerlegen diesen Einwand (Akte 42 und 45).

57. Es ist somit ein sachlich relevanter Markt abzugrenzen, welcher Resultate von Vorhersagemodellen umfasst. Zu diesem Markt sind die Resultate sämtlicher Modelle zu zählen, welche die Schweiz abdecken (Modell des schweizerischen, des deutschen, des französischen etc. Wetterdienstes).

b Räumlich relevante Märkte

58. 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).

59. Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz und im Prinzip auch Radardaten zur Schweiz können nur in der Schweiz erhoben werden und werden in ihrer Gesamtheit nur von der SMA ermittelt. Weil die ausländischen Wetterdienste diese Daten sowie die Klimadaten via ECOMET als Wiederverkäufer – zum von der SMA festgelegten Preis – anbieten können, werden diese Märkte international abgegrenzt.

60. Bei den internationalen Basisdaten, den EZMW-Produkten, den EUMETSAT-Bildern sowie den Resultaten der Prognosemodelle der nationalen Wetterdienste handelt es sich um internationale Daten resp. um aus internationalen Daten hergestellte Produkte, die von allen nationalen Wetterdiensten angeboten werden. Diese Märkte sind daher ebenfalls international abzugrenzen.

3.1.2 Marktstellung

a Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz

I Aktueller Wettbewerb

61. Im internationalen Markt für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz bietet die SMA die Schweizer Real Time Daten (Synops, Aeros, 10-Minuten ANETZ und ENET-Daten) an. Diese Daten werden mittels im ganzen Land verteilten Messstationen flächendeckend erhoben.

62. Die SMA bestreitet, dass sie im Markt für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz marktbeherrschend sei. Sie verweist auf die Messstationen von Meteomedia sowie der Werkhöfe diverser Kantone, welche entlang der Nationalstrassen als Frühwarnsystem für den Winterdienst Wetterstationen betreiben. Diese Datenmessungen seien mindestens z. T. substituierbar (Akten 44 und 54).

63. Meteomedia erhebt in der Schweiz in 30 Stationen Wetterbeobachtungsdaten. Von diesen Stationen befindet sich etwa die Hälfte in der Region Appenzell – St.Gallen, die andern Stationen stehen in den Städten Zürich und Basel oder in Tourismusregionen. In der Westschweiz und in grossen Teilen des Mittellandes betreibt Meteomedia aus finanziellen Gründen keine Messstationen (Akte 45). Die Beobachtungsdaten von Meteomedia decken somit nur spezifische Regionen ab. Dass die Daten von Meteomedia nicht mit den Wetterbeobachtungsdaten der SMA substituierbar sind, zeigt sich auch daran, dass Meteomedia selbst – zusätzlich zu ihren eigenen Daten – die zum relevanten Markt zählenden sog. ANETZ-Daten (Daten des automatischen Netzes der Schweiz) bei der SMA bezieht.

64. Die Messstationen eines einzelnen Kantons decken höchstens das Gebiet eines Kantons ab. Falls diese einzelnen Daten qualitativ mit einzelnen Daten der SMA vergleichbar wären und die Daten eines Kantons eine ähnlich feinmaschige und vollständige Abdeckung des Kantonsgebietes wie die SMA-Daten gewährten, wäre die Substituierbarkeit insgesamt dennoch zu verneinen. Die Gesamtheit der von der SMA angebotenen Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz, welche den aus Sicht der Nachfrager relevanten Markt ausmacht, ist nicht mit einem Datensatz substituierbar, welchen sich

ein Nachfrager durch Bezüge bei über 20 Kantonen – und damit mit einem entsprechend grösseren administrativen und technischen Aufwand – zusammenstellen müsste. Diese Beobachtungsdaten diverser Kantone sind daher für Anbieter meteorologischer Dienstleistungen, die – gleich wie die SMA – in der Lage sein wollen, Kunden im ganzen Land zu bedienen, mit den Schweizer Real Time Daten der SMA, die das ganze Land abdecken, nicht substituierbar.

65. Da jeder nationale Wetterdienst nur im eigenen Land Beobachtungsstationen betreibt, erheben die ausländischen Wetterdienste keine Daten, welche mit den Schweizer Real Time Daten substituierbar wären. Die SMA stellt vielmehr ihre Real Time Daten den ausländischen Wetterdiensten zur Verfügung. Diese können diese Daten zwar im Rahmen von ECOMET an Dritte verkaufen, jedoch zu einem von der SMA festgelegten (Wiederverkaufs-)Preis. Die ausländischen Wetterdienste stehen daher in Bezug auf diese Daten nicht in Konkurrenz zur SMA (Akte 12).

II. Potentieller Wettbewerb

66. Gemäss ihrem aktuellen – und auch ihrem zukünftigen – Leistungsauftrag muss die SMA im Bereich Wetterbeobachtungsdaten nur einen Kostendeckungsgrad von wenigen Prozenten erreichen (Bereich "Meteorologische und klimatologische Grundinformationen" 6,4 %). Die Finanzierung dieser Leistungen erfolgt somit grossteils durch Gelder der öffentlichen Hand. Ausser der SMA erhält kein Wetterdienst staatliche Unterstützung zur Erbringung dieser Leistungen. Daneben verpflichtet der Leistungsauftrag die SMA, alle Daten und Produkte, welche sie für ihre eigenen erweiterten Dienstleistungen nutzt, interessierten Dritten in nichtdiskriminierender Art und Weise zur Verfügung zu stellen.

67. Marktzutritte von privaten Anbietern meteorologischer Dienstleistungen, welche ein landesweites Netz von Messstationen aufbauen und mit Einnahmen aus dem Datenverkauf vollständig finanzieren müssten, sind daher aus obigen Gründen sehr unwahrscheinlich.

68. Die SMA macht geltend, dass es Meteotest frei stehe, durch eigene Stationen (und mit den Einrichtungen der Werkhöfe) gerade im Raum Bern ein besonders feinmaschiges Netz von

Beobachtungsstationen zu errichten und dadurch sogar einen Marktvorteil gegenüber der SMA zu erlangen. Zudem zeige das Beispiel Meteomedia, dass eigene Stationen durchaus wirtschaftlich sein könnten (Akte 54).

69. Wie jedoch bereits weiter oben gezeigt wurde, betreibt Meteomedia zwar 30 eigene Wetterstationen. Deren Daten nutzt sie jedoch zusätzlich zu den Daten der SMA und nicht an deren Stelle. Da zudem Meteotest mit der Neuen Luzerner Zeitung, der Basler Zeitung etc. auch Kunden hat, die nicht Wetterprognosen für den Raum Bern sondern für andere Landesteile nachfragen, würde es ihr ein besonders feinmaschiges Netz im Raum Bern nicht erlauben, auf die Daten der SMA zu verzichten.

70. Weil die SMA ihre Real Time Daten den ausländischen Wetterdiensten zur Verfügung stellt, haben diese Wetterdienste kein Interesse, solche Daten selbst – in Konkurrenz zur SMA – zu erheben.

71. Die potentielle Konkurrenz ist daher gering.

III. Stellung der Marktgegenseite

72. Die Marktgegenseite (private Anbieter meteorologischer Dienstleistungen) ist zur Erbringung der erweiterten Dienstleistungen auf die Schweizer Wetterbeobachtungsdaten angewiesen. Ohne diese Daten könnte die Marktgegenseite ihre heutigen Kunden nicht beliefern. Eine vergleichbare Abhängigkeit der SMA von diesen privaten Anbietern existiert nicht. Die Marktgegenseite verfügt somit über eine schwache Stellung.

IV. Fazit

73. Die SMA verfügt im internationalen Markt für Wetterbeobachtungsdaten über eine marktbeherrschende Stellung.

b Klimadaten zur Schweiz

74. Da die SMA schon seit dem letzten Jahrhundert Wetterbeobachtungsdaten misst und archiviert, während die anderen

im Bereich Meteorologie tätigen Unternehmen erst seit einigen Jahren bestehen, ist die SMA im Markt für Klimadaten zur Schweiz alleinige Anbieterin.

75. Für den internationalen Markt für Klimadaten zur Schweiz anerkennt die SMA denn auch, dass sie historisch bedingt über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (Akte 44).

c Radardaten zur Schweiz

76. Das Radarbild zur Schweiz wird lediglich von der SMA angeboten. Die SMA muss diese Leistung gemäss Leistungsauftrag nicht kostendeckend erbringen.

77. Die SMA macht geltend, dass für die Schweizer Radarbilder die Möglichkeit bestehe, sie über die Einrichtung Météotel der Météo France via die Schweizer Firma Météocom (Chabrey) zu beziehen (Akte 27). Wie die SMA jedoch selbst erklärt, legt derjenige nationale Wetterdienst, welcher im Rahmen von ECOMET einen Datensatz aus seinem Land zur Verfügung stellt, den Tarif für diesen Datensatz fest. Die anderen nationalen Wetterdienste können diesen Datensatz nur als Wiederverkäufer zu diesem Tarif anbieten (Akte 12). Dies bedeutet, dass Météo France das Radarbild zur Schweiz der SMA nur zum von der SMA bestimmten Preis weiterverkaufen kann. Die ausländischen Wetterdienste stellen somit in diesem Markt keine Konkurrenz zur SMA dar.

78. Die SMA erklärt, dass das Laboratorium für Atmosphärenphysik der ETH Zürich ein Wetterradarsystem für Forschungszwecke betreibe und alle davon erfassten Radarbilder über das Internet frei zugänglich mache. Diese Daten seien allenfalls in Teilbereichen mit den Radarbildern der SMA vergleichbar. Die SMA bejaht jedoch ihre marktbeherrschende Stellung in diesem Markt (Akte 44).

79. Die SMA verfügt somit im internationalen Markt für das Radarkompositbild zur Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung.

d Internationale Basisdaten, Modellvorhersagen EZMW und Satellitenbilder der EUMETSAT

80. Bei den Leistungen dieser Märkte handelt es sich nicht um spezifische Daten zur Schweiz, sondern um internationale Daten. Diese Daten können gemäss SMA – ohne Einwilligung des nationalen Wetterdienstes – bei verschiedenen nationalen Wetterdiensten bezogen werden. So delegiert EUMETSAT die Rechte für die Daten an die staatlichen Wetterdienste. In Bezug auf die EZMW-Daten und die EUMETSAT-Bilder ist die SMA Agentin. Die Einnahmen der SMA aus dem Verkauf von EZMW- oder EUMETSAT-Daten gehen ans EZMW resp. an EUMETSAT (Akte 27).

81. Meteomedia bezieht die Internationalen Basisdaten beim DWD, die EZMW-Daten in England und die EUMETSAT-Bilder mit einer eigenen Empfangsstation (Akte 45). Meteornews bezieht gewisse Daten von Météo France (Akte 29).

82. Bezüglich EZMW-Wetterdaten erklärt Meteotest, dass die Monopolstellung der SMA derzeit fraglich sei, da Konkurrenzofferten erhältlich seien, jene jedoch in verschiedener Hinsicht mit grossen Risiken behaftet seien (Akte 39).

83. In Markt für internationale Basisdaten, im Markt für Modellvorhersagen EZMW sowie im Markt für Satellitenbilder der EUMETSAT, die jeweils ein von den nationalen europäischen Wetterdiensten gemeinsam erstelltes Produkt umfassen, steht die SMA im Prinzip in Konkurrenz zu den anderen europäischen Wetterdiensten, welche diese Produkte auch anbieten. Die Frage, inwiefern die ausländischen Wetterdienste das Verhalten der SMA in diesen Märkten jedoch effektiv disziplinieren, lässt sich aufgrund der wenigen Markttransaktionen nicht definitiv beantworten. Da eine definitive Beurteilung der Marktstellung der SMA in diesen Märkten am Ergebnis der Untersuchung nichts ändern würde, kann diese Frage offen bleiben.

e Resultate von Vorhersagemodellen

84. Wie bei der Marktabgrenzung ausgeführt, ist in diesem Markt einerseits die SMA mit den Resultaten des SMA präsent. Die anderen – zumindest europäischen – Wetterdienste sind im Prinzip als Konkurrenten der SMA anzusehen. Die SRG und Meteomedia beziehen die Daten des Deutschland Modells. Im internationalen Markt für Resultate von Vorhersagemodellen steht die SMA somit theoretisch in Konkurrenz zu anderen europäischen Wetterdiensten. Die effektive Wirkung dieser Konkurrenz auf das Verhalten der SMA

kann jedoch nicht abschliessend beurteilt werden. Da auch in diesem Markt eine definitive Beurteilung der Marktstellung der SMA am Ergebnis der Untersuchung nichts ändern würde, kann diese Frage offen bleiben.

f Zusammenfassung der Marktstellungen

85. Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass die SMA im internationalen Markt für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz, im internationalen Markt für Klimadaten zur Schweiz sowie im internationalen Markt für Radardaten zur Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die Marktstellung der SMA in den internationalen Märkten für internationale Basisdaten, für Modellvorhersagen EZMW, für Satellitenbilder der EUMETSAT sowie für Resultate von Vorhersagemodellen lässt sich vorliegend nicht abschliessend beurteilen. Die Beurteilung dieser Marktstellungen würde am Resultat dieser Untersuchung zudem nichts ändern, weshalb diese Fragen offen bleiben.

3.2 Behinderung

86. 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 (Art. 7 Abs. 1 KG). Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ist als solche Verhaltensweise die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen zu betrachten. Vorliegend ist zu prüfen, ob die marktbeherrschende SMA gewisse Leistungen in diskriminierender Weise verschiedenen Handelspartnern zu unterschiedlichen Preisen oder Bedingungen angeboten hat.

87. Am 27. Juli 1998 hat die SMA Meteotest eine Offerte mit verschiedenen Gebührenvarianten für die Nutzung der Arbeitsumgebung Meteor3, des damals nutzbaren Teil eines Vorhersagearbeitsplatzes, sowie weiterer Dienste unterbreitet.

88. Daneben besteht zwischen der SMA und der SRG ein Vertrag von 1996 über die Lieferung von Daten, Produkten und Dienstleistungen sowie die Zusammenarbeit bei der Realisierung von Fernseh- und Radiosendungen im Bereich der Wetterprognostik und -berichterstattung (Akte 42).

Folgende Tabelle vergleicht den Vertrag zwischen der SMA und der SRG mit der Offerte der SMA an Meteotest (Akten 1 und 42):

| Leistungen | SRG-Vertrag (Darin eingeschlossene Leistungen sowie Entschädigung) | Offerte an Meteotest vom 27. Juli 1998 (Darin eingeschlossene Leistungen sowie Entschädigung) Kosten gemäss umsatzabhängiger Variante der Offerte beim gegenwärtig relevanten Umsatz von CHF 1 Mio. |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Allgemeiner Wetterbericht der SMA (ist Endprodukt und gehört daher nicht zu einem vorliegend relevanten Markt) | Teil der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.- | Teil der Offerte. Für CHF 5'000.- plus 0,3 % des Umsatzes offeriert. CHF 8'000.- |
| Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz (Schweizer Real Time Daten) | Teil der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.- | Teil der Offerte. Für CHF 10'000.- plus 1,5 % des Umsatzes offeriert. CHF 25'000.- |
| Internationale Basisdaten (Global Basic Data Set) | Teil der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.- | Teil der Offerte. Für CHF 20'000.- offeriert. |
| Radardaten zur Schweiz | Teil der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.- | Teil der Offerte. Für CHF 10'000.- plus 1,8 % des Umsatzes offeriert. CHF 28'000.- |
| Modellvorhersagen EZMW | Teil der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.- | Separat offeriert für CHF 30'000.- (je nach Umfang, separater Lizenzvertrag nach EZMW)* Heutiger Bezug CHF 21'200.25 |
| Resultate SM (Substitut zum Deutschland Modell) | | Teil der Offerte. Für CHF 50'000.- plus 5 % des Umsatzes offeriert. CHF 100'000.- |
| Resultate Deutschland Modell (Substitut zum SM) | Teil der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.- | |
| Klimadaten | Nicht explizit Teil des Vertrages, SRG kann Daten jedoch teilweise abrufen. | Teil der Offerte. Für CHF 15'000.- plus 2,8 % des Umsatzes offeriert. CHF 43'000.- |
| Total | CHF 100'000.- | CHF 245'200.25 (inkl. Klimadaten) CHF 202'200.25 (exkl. Klimadaten) |

*Die Preise für die EZMW-Produkte werden vom EZMW bestimmt. Die SMA kann lediglich ihren Zuschlag für Administration und Handling beeinflussen. Der in einem konkreten Fall zu bezahlende Preis für eine Datenmenge hängt von der effektiv beim EZMW – resp. der Agentin SMA – bezogenen Datenmenge ab. Den in der Offerte an Meteotest genannten Betrag von CHF 30'000.- setzte die SMA aufgrund einer Schätzung ein. Gegenwärtig

bezieht Meteotest EZMW-Produkte für CHF 21'200.25. Dieser Betrag wird bei den vorliegend gemachten Berechnungen berücksichtigt.

90. Aus dieser Tabelle geht erstens hervor, dass Meteotest mit dem damals und zurzeit im Bereich Meteorologie effektiv erzielten Jahresumsatz von CHF 1 Mio. für die Nutzung der Resultate des SM gemäss dieser Offerte CHF 100'000.– hätte bezahlen müssen. Im Vertrag der SRG ist die Nutzung der Daten des Deutschland Modells, welches mit dem SM substituierbar ist, in der pauschalen Abgeltung von CHF 100'000.– inbegriffen.

91. Für den Zugang zum Allgemeinen Wetterbericht der SMA, zu den Wetterbeobachtungsdaten, zu den internationalen Basisdaten, zum Radarkompositbild, zu den Klimadaten sowie den Modellvorhersagen EZMW hätte Meteotest zusätzlich CHF 145'225.– bezahlen müssen. Der Zugang zu diesen Daten und Produkten ist für die SRG ebenfalls in der Abgeltung von CHF 100'000.– eingeschlossen.

92. Während die SRG somit die in obiger Tabelle aufgeführten Leistungen für CHF 100'000.– im Jahr erhält, hätte Meteotest für ein vergleichbares Paket – inklusive Klimadaten – minimal CHF 245'200.25 bezahlen müssen. Bei einem Vergleich exklusive Klimadaten, welche die SRG nur teilweise nutzen kann, steht der Abgeltung der SRG von CHF 100'000.– ein Preis von CHF 202'200.25 gegenüber.

3.3 Missbrauch

3.3.1 Vorbringen der SMA

93. Die SMA macht geltend, dass sich diese "Vorzugskonditionen" der SRG gegenüber Meteotest dadurch rechtfertigen, dass die SRG einen Informationsauftrag des Bundes zu erfüllen hätte, der auch Wetterinformationen umfasse, während die SMA ihrerseits den hoheitlichen Auftrag habe, die Bevölkerung via Massenmedien über das Wettergeschehen zu informieren. Diese Informationspflicht der SRG könne nicht mit der "freiwilligen" Information, zu welcher die privaten Anbieter resp. ihre Kunden beitragen, gleichgestellt werden. Zudem führe die Zusammenarbeit zwischen der SMA und SF DRS für die Sendung "Meteo" zu einem Prestigegewinn der SMA (Akten 12 und 54).

94. Weiter erklärt die SMA, dass der Vertrag mit der SRG vorgesehen hätte, dass die erhaltenen Produkte grundsätzlich nicht kommerziell zu nutzen gewesen wären, während diese Produkte für Meteotest den Input für deren gewinnbringende Weiternutzung darstellten. Zudem hätte sie den SRG-Vertrag gekündigt, als sie festgestellt hätte, dass die SRG ihre Aktivitäten auszuweiten begonnen hätte. Zudem dürfe es ihr im "sehr dynamischen" Meteomarkt nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich im Juli 1998 bei der Offerte an Meteotest im Vergleich zum Abschluss des SRG-Vertrages aus 1996 "den geänderten Verhältnissen" angepasst und im ungefähr gleichen zeitlichen Rahmen (im März 1999) den (mit einer Frist von sechs Monaten jeweils auf Jahresende kündbaren) SRG-Vertrag aufgelöst hätte (Akten 12 und 54).

95. Die SMA macht überdies geltend, ihre Offerte an Meteotest vom 27. Juli 1998 hätte "einen weiteren Schritt" im Rahmen von aktiv geführten Vertragsverhandlungen bedeutet. Es sei damals angesichts des "in guten Treuen anzunehmenden Verständnisses" davon auszugehen gewesen, dass Meteotest auf diese Offerte mit einer Konkretisierung oder Gegenofferte antworten würde. Falls bereits die blossе Offertstellung mit einem höheren Preis resp. die Führung von Vertragsverhandlungen einen Akt der Diskriminierung darstelle, wäre eine normale Geschäftstätigkeit im kommerziellen Bereich angesichts der stets drohenden Sanktionen gar nicht mehr möglich (Akte 54).

96. Weiter bringt die SMA vor, dass die SRG über eine "nicht unerhebliche Nachfragemacht" verfüge. Die SMA hätte die Wahl gehabt, entweder den Vertrag zu den Konditionen der SRG oder überhaupt nicht abzuschliessen. Über einen allfälligen Verzicht auf einen Vertragsabschluss hätte sie überdies nicht uneingeschränkt frei entscheiden können, da sie durch ihren Leistungsauftrag gehalten sei, in gewissem Rahmen kommerziell tätig zu sein (Akte 54).

3.3.2 Beurteilung der Vorbringen der SMA

97. Dem Vorbringen bezüglich Informationsauftrag der SRG und der SMA ist entgegen zu halten, dass viele Radiostationen und grosse Schweizer Tageszeitungen von Meteotest (Regionaljournale SR DRS, Berner Zeitung, Neue Luzerner Zeitung, Aargauer Zeitung, Basler Zeitung und Neue Mittelland Zeitung), von Meteomedia (Blick, Tagesanzeiger, St. Galler Tagblatt etc.) oder von MeteoneWS (Tele 24) mit Wetterprognosen beliefert werden und dass somit diese privaten

Anbieter von Wetterprognosen resp. deren Kunden ebenso zur Information der Bevölkerung über das Wettergeschehen beitragen wie die SMA resp. die öffentlich-rechtlichen Fernsehstationen. Es gibt keine Anzeichen dafür, dass diejenigen Medien, welche keinen entsprechenden gesetzlichen Informationsauftrag haben, in Zukunft auf die Wetterberichterstattung verzichten würden. Im Gegenteil, das Entstehen der privaten Anbieter meteorologischer Dienstleistungen in den letzten Jahren hat gezeigt, dass die Nachfrage – insbesondere der Medien – nach solchen Informationen zunehmend ist.

98. Insbesondere mit der Sendung "Meteo" auf SF DRS erzielt die SRG zudem in der "Prime Time" hohe Einschaltquoten, was ihr erlaubt, rund um diese Sendung teure Werbesekunden zu verkaufen. Die SRG hat denn auch – gleich wie viele andere Medien – in den letzten Jahren – über ihren Leistungsauftrag hinaus – ihre Berichterstattung über das Wettergeschehen ausgebaut. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die SMA 1996, als sie den Vertrag mit der SRG abschloss, zur Erfüllung ihres eigenen Informationsauftrages gezwungen war, ihre Daten und Produkte der SRG zu speziell tiefen Preisen anzubieten.

99. An einem Prestigegegewinn kann die SMA zudem im Prinzip nur als Anbieterin kommerzieller Leistungen ein Interesse haben. In ihrer Funktion als Anbieterin von Datensätzen, welche sie in marktbeherrschender Stellung – auch der SRG – anbietet und auf welche die privaten Anbieter angewiesen sind, braucht sich die SMA nicht durch Werbung von ihrer Konkurrenz abzuheben, da es gar keine wirksame Konkurrenz gibt. Allfällige Werbeaufwendungen der SMA müssten sich daher bei einer sauberen Kostenrechnung in höheren Kosten für die erweiterten Dienstleistungen niederschlagen und dürften nicht gegenüber jenem Kunden, der zum Prestigegegewinn verhilft, zu tieferen Preisen für Grunddaten führen.

100. Zum Argument, wonach die SMA den SRG-Vertrag gekündigt hätte, als diese ihre Aktivitäten ausgeweitet hätte, ist anzumerken, dass die Weko im November 1998 – nachdem die SMA die Offerte an Meteotest gemacht hat und bevor sie den Vertrag mit der SRG gekündigt hat – vorsorgliche Massnahmen gegen die SMA erlassen hat. Die SMA reagierte auf diese Massnahmen mit einer Reduktion der Meteotest sowie den anderen privaten Anbietern offerierten Preise. Auch die Kündigung des SRG-Vertrages erfolgte zeitlich nach dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen.

101. Zur Bedeutung der Offerte ist anzumerken, dass das Schreiben der SMA vom 27. Juli 1998 an Meteotest – insbesondere durch den Betreff "Offerte für externen Arbeitsplatz" sowie die einleitenden Worte "... unterbreiten wir Ihnen in der Beilage die gewünschte Offerte ..." – den Charakter einer unbefristeten verbindlichen Offerte hatte. Daran mögen die Hinweise darauf, dass "gehofft" werde, die Offerte entspreche Meteotest und die SMA stehe für weitere Auskünfte zur Verfügung, sowie die anderen von der SMA diesbezüglich vorgebrachten Argumente nichts zu ändern. Inwieweit die SMA bereit gewesen wäre, in Preisverhandlungen mit Meteotest zu treten und wie weit sie die offerierten Preise zu senken bereit gewesen wäre, lässt sie offen. Es bestehen auch keine Anzeichen dafür, dass die SMA den Preis von sich aus gesenkt hätte, wenn Meteotest die Offerte mit dem ursprünglichen Preis akzeptiert hätte.

102. Zudem reagierte Meteotest auf diese Offerte bekanntlich nicht wie angeblich von der SMA erwartet, sondern wandte sich an die Weko und sprach gegenüber dieser von einem "eindeutig prohibitiven Charakter" des offerierten Lizenzpreises (Akte 1).

103. Die SMA hat zudem Meteotest und den anderen privaten Anbietern meteorologischer Dienstleistungen erst nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen durch die Weko eine neue Offerte unterbreitet. Auch der SRG-Vertrag wurde erst danach gekündigt. Damit die Weko verhindern kann, dass Kunden marktbeherrschender Unternehmen zum Abschluss kartellgesetzwidriger Verträge gezwungen werden, muss sie die Möglichkeit haben, bereits aufgrund von Offerten wie der vorliegend relevanten einzuschreiten.

104. Schliesslich ist zur angeblich "nicht unerheblichen Nachfragemacht" der SRG gegenüber der SMA anzumerken, dass der SRG-Vertrag einige Leistungen umfasst, welche die SMA in marktbeherrschender Position anbietet und nicht die SRG in marktbeherrschender Stellung nachfragt. Zudem lässt auch die Tatsache, dass die SMA und nicht die SRG den Vertrag inzwischen gekündigt hat, eine vergleichsweise stärkere Position der SMA vermuten. Anhaltspunkte dafür, dass sich dieses Kräfteverhältnis erst seit 1996 entscheidend zugunsten der SMA verändert hätte, bestehen nicht. Die der SMA durch den Leistungsauftrag auferlegte Pflicht zu einer gewissen kommerziellen Tätigkeit bezieht sich zudem vor allem auf die Erbringung eigener erweiterter Dienstleistungen und nicht auf jene Grundleistungen, die im Zentrum des Vertrages zwischen der SMA und der SRG stehen.

3.4 Ergebnis

105. Diese Erwägungen führen zum Schluss, dass sich das Ausmass der "Vorzugskonditionen", welche die SMA der SRG im Vertrag aus 1996 im Vergleich zur Offerte an Meteotest vom 27. Juli 1998 gewährt, weder durch eines noch durch eine Kumulation mehrerer der oben diskutierten Argumente rechtfertigen lässt. Mit der Offerte an Meteotest vom 27. Juli 1998 hat die SMA somit ihre marktbeherrschende Stellung zur Diskriminierung von Meteotest gegenüber der SRG missbraucht und damit gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verstossen.

4 Vorsorgliche Massnahmen

106. Am 16. November 1998 wurde die SMA mittels einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, meteorologische Daten und Produkte Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten sowie anderen Dritten. Mit dem Entscheid in der Hauptsache ist auch über diese vorsorglichen Massnahmen zu befinden.

107. Die SMA ist der Auffassung, dass diese Verpflichtung gemäss vorsorglichen Massnahmen nicht im Dispositiv der vorliegenden Verfügung stehen dürfe, da sie derart vage sei, dass sie den als Grundlage für Sanktionen notwendigen Verfügungscharakter nicht erfülle, sondern eine blosser Umschreibung des Diskriminierungsverbotes von Art. 7 KG und somit einer generell-abstrakten Norm darstelle (Akte 54).

108. Bei einer Verfügung handelt es sich, im Gegensatz zu einem generell-abstrakten Erlass wie Art. 7 KG, um einen Akt individuell-konkreter Natur. Individuell heisst, dass sich die Verfügung nur an einen oder eine bestimmte Anzahl von Adressaten richtet. Die individuelle Natur des Entscheides liegt vor: Adressatin ist die SMA, andere Marktteilnehmer sind davon nicht betroffen. Das Erfordernis der Konkretheit bedeutet, dass die Verfügung nicht eine unbestimmte Anzahl von Fällen regelt. Entgegen der von der SMA vertretenen Ansicht handelt es sich bei der verhängten vorsorglichen Massnahme nicht um eine blosser Umschreibung des Diskriminierungsverbotes, sondern um eine Konkretisierung, die sich auf Art. 7 KG stützt. Der SMA wird nicht allgemein die Diskriminierung von Handelspartnern untersagt; sie wird nur verpflichtet, meteorologische Daten und Produkte Dritten zu

denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten sowie anderen Dritten. Die Verfügung bezieht sich zudem ausschliesslich auf die erwähnten Meteo-Basisdienstleistungen resp. auf die in der vorliegenden Untersuchung enger abgegrenzten einzelnen Märkte.

109. Im vorliegenden Verfahren wird festgestellt, dass die SMA bei der Offertstellung an Meteotest im Vergleich zum SRG-Vertrag – d. h. in einem Einzelfall – gegen Art. 7 KG verstossen hat. Aufgrund der grossen und sich ständig weiter entwickelnden Produktpalette der SMA sowie der sich verändernden Technik gibt es unzählige Möglichkeiten, wie die SMA in Zukunft Offerten resp. die Bedingungen für den Bezug von Leistungen ausgestalten kann. Da die gerügte Offerte an Meteotest nicht mehr aktuell sowie der SRG-Vertrag gekündigt ist, ist es geradezu unmöglich, dass sich exakt der vorliegend als kartellgesetzwidrig beurteilte Sachverhalt wiederholen wird. Damit jedoch zukünftige vergleichbare Verhaltensweisen sanktioniert werden können und m. a. W. damit die vorliegende Verfügung überhaupt eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der SMA in Bezug auf die Behandlung Dritter beim Zugang zu meteorologischen Daten und Produkten haben kann, ist die Weko bei der Ausgestaltung des Dispositivs im vorliegenden Fall – sowie in vielen anderen Untersuchungen nach Art. 7 KG – gezwungen, eine Formulierung zu wählen, die mehr als nur den im konkreten Einzelfall gerügten Sachverhalt abdeckt.

110. Falls die Weko gestützt auf dieses Dispositiv in einem späteren Fall ein Sanktionsverfahren eröffnen würde, hätte die SMA dannzumal die Möglichkeit, sich detailliert zum dannzumaligen Vorwurf zu äussern.

111. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass, in Bestätigung der vorsorglichen Massnahmen vom 16. November 1998, die SMA verpflichtet wird, meteorologische Daten und Produkte Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten sowie anderen Dritten. Es ist ihr insbesondere untersagt, Diskriminierungen im Sinne des vorliegend gerügten Sachverhalts vorzunehmen.

5 SRG-Vertrag

112. Zur Umsetzung des vorsorglich verfügten Diskriminierungsverbotes hat die SMA Meteotest – sowie auch

Meteomedia und Meteornews – neue Offerten vorgelegt. Gleichzeitig hat sie den Vertrag mit der SRG gekündigt. Im März 1999 haben Meteotest und die SMA einen Vertrag für die Nutzung der Schweizer Real Time Daten und des Basic Data Set zum Preis von CHF 24'000.– und einen Vertrag für die Nutzung der EZMW-Resultate für CHF 19'300.– abgeschlossen. Die mit der Offerte vom 27. Juli 1998 ausgeübte Diskriminierung von Meteotest liegt somit heute nicht mehr vor.

113. Das zukünftige Verhalten der SMA gegenüber Meteotest im Vergleich zur SRG kann erst nach Abschluss eines neuen Vertrages zwischen der SMA und der SRG überprüft werden. Die SMA wird daher verpflichtet, den auf den 1. Januar 2000 mit der SRG abzuschliessenden Vertrag der Weko resp. deren Sekretariat zur Kenntnisnahme zuzustellen.

6 Kostenrechnung der SMA

114. Die vorliegende Verfügung beschränkt sich darauf, das Verhalten der SMA gegenüber verschiedenen Dritten – namentlich gegenüber Meteotest in der Offerte vom 27. Juli 1998 im Vergleich zum Vertrag mit der SRG – zu beurteilen.

115. In ihrer Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen gegen die SMA erachtete es die Weko aber daneben auch als glaubhaft, dass die SMA gewisse Leistungen den eigenen erweiterten Dienstleistungen zu besseren Bedingungen zur Verfügung stellt als Dritten.

116. Im Untersuchungsverfahren haben denn auch die privaten Anbieter geltend gemacht, dass zwischen ihnen und den erweiterten Diensten der SMA ungleiche Spiesse beständen. So erklärte etwa Meteotest, dass wichtige Daten für private Anbieter auch nach den mit der SMA abgeschlossenen Verträgen unbezahlbar blieben. Meteotest werde aus finanziellen Gründen insbesondere auf das SM verzichten müssen (Akte 40). Weiter erklärt Meteotest, dass sie die erforderlichen Daten wegen der Preispolitik der SMA aus verschiedenen Quellen zusammensuchen müsse. Dies führe zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung, da die kommerziellen Dienste der SMA sämtliche relevanten Daten frei ab Bildschirm zur Verfügung hätten (Akte 11). Meteomedia erklärt, dass es ihr aufgrund der Datenpolitik und Dumpingpreispolitik der SMA nicht möglich sei, vor allem bei grossen Aufträgen eine Chance zu haben (Akte 33).

Meteonews macht ebenfalls geltend, dass es ihr nicht möglich war, gewisse Kunden der SMA abzuwerben, weil der Preis, zu dem die SMA offeriert habe, nicht mehr zu unterbieten gewesen sei. Die Preise der SMA lägen deutlich tiefer als jene Preise, die private Wetterdienste anbieten könnten (Akte 29).

117. Ob eine Ungleichbehandlung der erweiterten Dienste der SMA gegenüber Dritten vorliegt, kann nur bei genauer Kenntnis derjenigen Kosten überprüft werden, die sich die SMA im Rahmen der erweiterten Dienstleistungen intern in Rechnung stellt und die ihr bei der Erstellung ihrer Leistungen entstehen.

118. Da die detaillierte Kostenrechnung der SMA derzeit jedoch noch im Aufbau ist und erst Ende 1999 betriebsbereit sein wird, kann das diesbezügliche Verhalten der SMA im Rahmen dieser Untersuchung nicht beurteilt werden.

119. Die Kostenrechnung der SMA sollte so transparent und genau sein, dass die oben beschriebenen unzulässigen Verhaltensweisen jederzeit und ohne grossen Aufwand beurteilt werden können. Eine solche Kostenrechnung würde es der SMA zudem erlauben, bei zukünftig gegen sie erhobenen Vorwürfen der Diskriminierung und Quersubventionierung auf ihre effektiven Kosten zu verweisen. Aus diesen Gründen wird die SMA verpflichtet, der Weko resp. deren Sekretariat die Kostenrechnung vor deren Inbetriebnahme zur Kenntnisnahme zuzustellen.

7 Zukünftiges Verhalten der SMA

120. Vorliegend wird die SMA nicht generell für ihr gesamtes Tätigkeitsfeld für marktbeherrschend erklärt. Das KG verlangt eine differenzierte Beurteilung der einzelnen Märkte, auf denen nicht substituierbare Leistungen angeboten werden. Dies führt dazu, dass sich die definitive marktbeherrschende Stellung der SMA gemäss dieser Untersuchung auf einzelne spezifische Märkte beschränkt. Diese Märkte sind jedoch zu vielen anderen Märkten, in denen die SMA tätig ist, vorgelagert oder benachbart. Die Beschränkung der marktbeherrschenden Stellung der SMA in dieser Untersuchung auf einige wenige Märkte bedeutet daher nicht, dass sich ein allfälliges missbräuchliches Verhalten der SMA nur auf diesen Märkten auswirken könnte. Dies insbesondere deshalb, weil – wie etwa der SRG-Vertrag zeigt – die Nachfrager meteorologischer Daten mitunter nicht einzelne Datensätze, sondern – zur Verringerung der

Transaktionskosten – ein aus mehreren Datensätzen bestehendes Bündel von Daten bei der SMA beziehen möchten.

121. Die SMA könnte theoretisch durch gezielte – mittels Quersubventionen aus Bereichen mit marktbeherrschender Stellung finanzierte – Preisunterbietungen für erweiterte Dienstleistungen den Wettbewerb in diesem Markt beeinträchtigen. Ein solches Verhalten könnte gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG verstossen.

122. Die Offerte an Meteotest stellte einen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG dar, indem die SMA Meteotest gegenüber der SRG diskriminiert hat. Eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG könnte aber auch dann vorliegen, wenn die SMA eine Leistung (z. B. das SM oder das Global Basic Data Set) ihren eigenen erweiterten Diensten zu solchen Bedingungen zur Verfügung stellt, die besser sind als diejenigen Bezugsmöglichkeiten, zu welchen Dritte dieselbe Leistung von der SMA oder anderen nationalen Wetterdiensten offeriert erhalten. Ein solches Verhalten könnte selbst dann gegen Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG verstossen, wenn die SMA diese Leistung nicht in marktbeherrschender Stellung anbietet. Dies etwa dann, wenn die SMA sich selbst diese Leistung zu einem Preis anbietet, den sie mit Erträgen aus einem (vorgelagerten oder benachbarten) Markt mit marktbeherrschender Stellung subventioniert.

123. Die Möglichkeiten, die privaten Anbieter von meteorologischen Dienstleistungen im Wettbewerb zu behindern, werden für die SMA jedoch so lange bestehen bleiben, wie sie gleichzeitig staatlich finanzierte Grunddienste und kommerzielle Leistungen erbringt.

C Kosten

124. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung).

125. Die SMA vertritt den Standpunkt, dass sie keineswegs als Verursacherin des Verfahrens bezeichnet werden könne. Das Verfahren sei "in voreiliger Art und Weise von Meteotest initialisiert" worden (Akte 54).

126. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Weko die vorliegende Untersuchung aufgrund der im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen aufgetauchten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen eröffnet hat. Als Verursacherin des Verfahrens gilt daher die SMA. Da zudem die oben zitierte Ausnahmebestimmung keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der SMA gegeben.

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

128. Die Weko erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [] Stunden (inkl. vorsorgliche Massnahmen) gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr beläuft sich demnach auf [] Franken.

129. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG – Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Weko zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Diese belaufen sich auf [] Franken.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass die SMA in den internationalen Märkten für Wetterbeobachtungsdaten zur Schweiz, für Klimadaten zur Schweiz sowie für Radarbilder zur Schweiz über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

2. Es wird festgestellt, dass die Offerte der SMA an Meteotest vom 27. Juli 1998 eine unzulässige Diskriminierung von Handelspartnern gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellt.
3. In Bestätigung der vorsorglichen Massnahmen vom 16. November 1998 wird die SMA verpflichtet, meteorologische Daten und Produkte Dritten zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen wie ihren eigenen erweiterten Diensten sowie anderen Dritten. Es ist ihr insbesondere untersagt, Diskriminierungen im Sinn der vorstehenden Ziffer 2 vorzunehmen.
4. Die SMA wird verpflichtet, ihre Kostenrechnung vor deren Inbetriebnahme der Wettbewerbskommission resp. deren Sekretariat zur Kenntnisnahme zuzustellen.
5. Die SMA wird verpflichtet, den auf den 1. Januar 2000 mit der SRG abzuschliessenden Vertrag der Wettbewerbskommission resp. deren Sekretariat zur Kenntnisnahme zuzustellen.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
7. [Verfahrenskosten]
8. [Rechtsmittelbelehrung]
9. [Eröffnung]

| | |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 2.2 | 3. Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz |
|-------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|

Untersuchung gemäss Art. 27 ff KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Verfügung vom 6. September 1999 an die Unterzeichner des Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz

A Sachverhalt

1 Marktordnung

1. Gegenstand der Untersuchung ist die Überprüfung der Auswirkungen des „Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener [deutschsprachiger] Verlagserzeugnisse“ („Sammelrevers“) auf den schweizerischen Buchhandel. Der Sammelrevers regelt die Vermarktung bzw. den Vertrieb von deutschsprachigen Büchern in der Schweiz insofern, als er die Preisbindung der Verlagserzeugnisse statuiert. Im Gegensatz zum Verfahren betreffend Sammelrevers für Bücher vor der Europäischen Kommission hängig, welches die grenzüberschreitende Preisbindung zwischen Österreich und Deutschland zum Gegenstand hat, werden in der vorliegenden Untersuchung die Auswirkungen des Sammelrevers für Bücher innerhalb der Schweiz untersucht.

2. Seit mehr als hundert Jahren bildet die Preisbindung die Grundlage für die Vermarktung deutschsprachiger Bücher. Danach setzen die Verleger individuell den Endverkaufspreis jedes preisgebundenen Buches für die Buchhändler verbindlich fest (Publikumspreis).

3. Bis ins Jahr 1993 war die Preisbindung im Schweizer Buchmarkt national geregelt. Organisiert wurde sie vom Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband (SBVV; vgl. Rz 20) mittels horizontaler und vertikaler Abreden. Das zentrale Instrument hierbei bildete die sogenannte Marktordnung, welche der SBVV 1976 erlassen hatte (MO). Sie regelte im Wesentlichen:

dass die teilnehmenden Verlage die Endverkaufspreise festsetzen, statuierte also einen Zwang zur Preisbindung der zweiten Hand (Art. 7 MO);

prozentuale Mindestmargen zugunsten der Sortimentler (Buchhändler; Art. 17/18 MO);

die Einhaltung des von ausländischen Verlegern festgesetzten Ladenpreises (Art. 10 MO);

die Anwendung der Kurs- und Kostenumrechnungstabellen des SBVV (Art. 10 MO);

den Zwang zur Einhaltung des festen Ladenpreises (Art. 44 MO) und

eine einheitliche Rabattgewährung (Art. 13 MO).

4. Die alte Marktordnung wurde per 1. Oktober 1993 durch den "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz" (Sammelrevers) abgelöst. Dieser Übergang zur neuen Marktordnung geht auf einen Richtlinienentscheid zurück, der anlässlich der 43. Generalversammlung des SBVV vom 18. Juni 1991 einstimmig bei zwei Enthaltungen gefasst wurde. Hintergrund dieses Entscheids war nicht zuletzt die Sorge, dass die damals geltende Marktordnung mit einem allfälligen Inkrafttreten vom EWR-Kartellrecht nicht vereinbar gewesen wäre.

5. Der Sammelrevers ist ein in Deutschland, Österreich und der Schweiz angewandtes Preisbindungssystem. Er bezweckt, die Ladenpreise der dem System unterworfenen Bücher lückenlos festzusetzen. Jeder Verleger, der den Sammelrevers unterschreibt, schliesst dadurch mit jedem Buchhändler einschliesslich der Zwischenbuchhändler, die den Revers ebenfalls unterschrieben haben, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setzt der Verleger individuell die Verkaufspreise seiner Bücher für die entsprechenden Währungsgebiete in Deutschen Mark, Österreichischen Schilling und Schweizer Franken fest. Der Buchhändler verpflichtet sich mit Beitritt zum Sammelrevers, die vom Verleger festgesetzten Preise einzuhalten.

6. Die einschlägigen Bestimmungen im Sammelrevers betreffend Festsetzung der Endabnehmerpreise lauten folgendermassen:

Ziffer A.1:

"Ich werde die Endabnehmerpreise ("Ladenpreise" = Barzahlungspreise) allen Endabnehmerkunden in der Schweiz in sFr. berechnen. Sie werden von den einzelnen Verlagen durch ihre jeweils gültigen (gegenwärtigen und künftigen) Preislisten oder Preismitteilungen für ihre Verlagserzeugnisse festgesetzt.

Ich werde die Preisbindung auch nicht indirekt verletzen, etwa durch Zugabe, Freiexemplare, Boni und Nachlässe für angeblich antiquarische Exemplare; auch nicht durch sonstige Umgehungsformen, wie z. B. Umsatzprämien oder Gewinnbeteiligungen, soweit diese von den von mir mit dem Kunden getätigten Umsätzen für preisgebundene Verlagserzeugnisse abhängen. [...]"

7. Mit der Unterzeichnung des Sammelrevers verpflichtet sich der Händler, die vom Verlag festgesetzten Preise in seinem Währungsgebiet strikte einzuhalten.

8. Sogenannte "Sonderpreise" werden von den Verlagen festgesetzt und müssen ebenfalls eingehalten werden (Ziffer A.2 Sammelrevers). Im Weiteren sind namentlich die Mengenrabattierung (Ziffer A.2.b Sammelrevers) sowie die Voraussetzungen für erlaubte Nachlässe und andere Sonderbedingungen (Ziffern B.1 und B.2 Sammelrevers) ausdrücklich geregelt. Nachlässe und Sonderbedingungen werden im Wesentlichen nur in Form von Bibliothekennachlässen sowie von Hörerrabatten gewährt. Diese Rabatte betragen gemäss Ziffer B.1. 5 bzw. 20 % unter Vorbehalt der abweichenden Festlegung dieser Sätze durch die einzelnen Verlage. Barzahlungsnachlässe sind dagegen in der Regel untersagt.

9. Eine indirekte Umgehung der Preisbindung z. B. über nicht am Sammelrevers beteiligte Zwischenhändler wird ebenfalls verhindert. Das diesem Bestreben zugrundeliegende Ziel der Lückenlosigkeit wird mit folgenden Bestimmungen erreicht:

Ziffer A.5:

“Die Verpflichtungen dieses Vertrags gelten auch dann, wenn ich die preisgebundenen Werke von dritter Seite, z. B. vom Zwischenbuchhandel oder von einem anderen Händler beziehe.

Sofern ich meinerseits, z. B. als Zwischenbuchhändler, preisgebundene Verlagserzeugnisse an Wiederverkäufer weiter veräußere, bin ich verpflichtet, zuvor zu prüfen, ob der betreffende Händler bereits gebunden ist. Ist er noch nicht gebunden, so muss ich dies dem Preisbindungstreuhänder mitteilen, damit dieser den Händler binden kann; oder ich muss ihn meinerseits entsprechend diesem Vertrag binden.

Ebenso habe ich Wiederverkäufer, die ich ausserhalb der Schweiz beliefere, zur Verhinderung der Umgehung einer lückenlosen Preisbindung schriftlich für den Fall zu binden, dass sie in die Schweiz reimportieren. [...]”.

10. Der Sammelrevers sieht Sanktionsmassnahmen vor, falls gegen die einschlägigen Bestimmungen verstossen wird:

Ziffer A.6:

"Ich verpflichte mich zur Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall des vorsätzlichen oder fahrlässigen Anbietens oder Gewährens unzulässiger Nachlässe. Sie hat in der Höhe des Rechnungsbetrages des angestrebten oder vollzogenen Geschäfts zu entsprechen. Sie beträgt mindestens bei Preisbindungsverstössen sFr. 3'000.– für den ersten Verstoss, sFr. 5'000.– für jede Wiederholung und sFr. 10'000.– für unzulässige Nachlassangebote an eine Mehrzahl von Abnehmern. [...] Der Betrag ist (sofern der Verlag nicht ausnahmsweise Zahlung an sich selbst wünscht) bei Preisbindungsverletzungen an den Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband zu zahlen.

Der Verlag ist berechtigt, neben oder anstelle der Geltendmachung der Vertragsstrafe seine sonstigen Rechte geltend zu machen. Insbesondere Lieferungen – auch aus laufenden Bestellungen – einzustellen; [...]."

11. Der Verlag seinerseits verpflichtet sich zur Gleichbehandlung seiner Abnehmer:

Ziffer A.8:

"Der Verlag verpflichtet sich mir gegenüber zur lückenlosen Preisbindung, zur Gleichbehandlung seiner Abnehmer in Preisbindungsfragen und zu der Bekanntgabe seiner Ladenpreise und Sonderpreise in einer Form, die die Gleichbehandlung aller Abnehmer sicherstellt. Der Verlag verpflichtet sich, die Preise bei Direktverkäufen selbst einzuhalten ... und die Preisbindung zu überwachen."

"Der Verlag verpflichtet sich mir gegenüber zur Zahlung einer Konventionalstrafe für den Fall, dass er seine gebundenen Preise (einschliesslich der Sonderpreise) selbst unterbietet oder die Unterbietung durch Dritte veranlasst. ... Die Konventionalstrafe kann für alle Betroffenen als Gesamtgläubiger nur einmal und nur von dem in A.11 genannten Bevollmächtigten [Preisbindungsbevollmächtigte, vgl. Rz. 13] zur Zahlung an den SBVV geltend gemacht werden."

12. Die Durchsetzung der Preisbindung obliegt dem Preisbindungstreuhand der Verlage (vgl. Rz. 5, 14). Er ahndet im Auftrag der Verlage Verstöße gegen die Preisbindung seitens der Buchhändler und leitet gegebenenfalls mit Antrag an den Obmann des Schiedsgerichts Schiedsverfahren ein. Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Sammelrevers werden durch ein Dreierschiedsgericht mit Sitz in Bern entschieden. Dieses setzt sich aus dem Obmann und zwei Fachrichtern zusammen (Ziffer A.10 Sammelrevers).

13. Mit der Unterzeichnung des Sammelrevers bevollmächtigen die Buchhändler die Preisbindungsbevollmächtigte als ihre Vertreterin gegenüber den Verlagen (bzw. dem Preisbindungstreuhand). Ihr Aufgabenbereich umfasst neben administrativ-organisatorischen Tätigkeiten (vgl. Rz. 15) unter anderem die Ahndung von Preisbindungsverstößen durch die Verlage. Sie ist zudem bevollmächtigt, im Namen der betreffenden Buchhändler an Änderungen des Sammelrevers mitzuwirken und zu unterzeichnen (Ziffer A.11 Sammelrevers).

2 Bündelung der Preisbindungsverträge

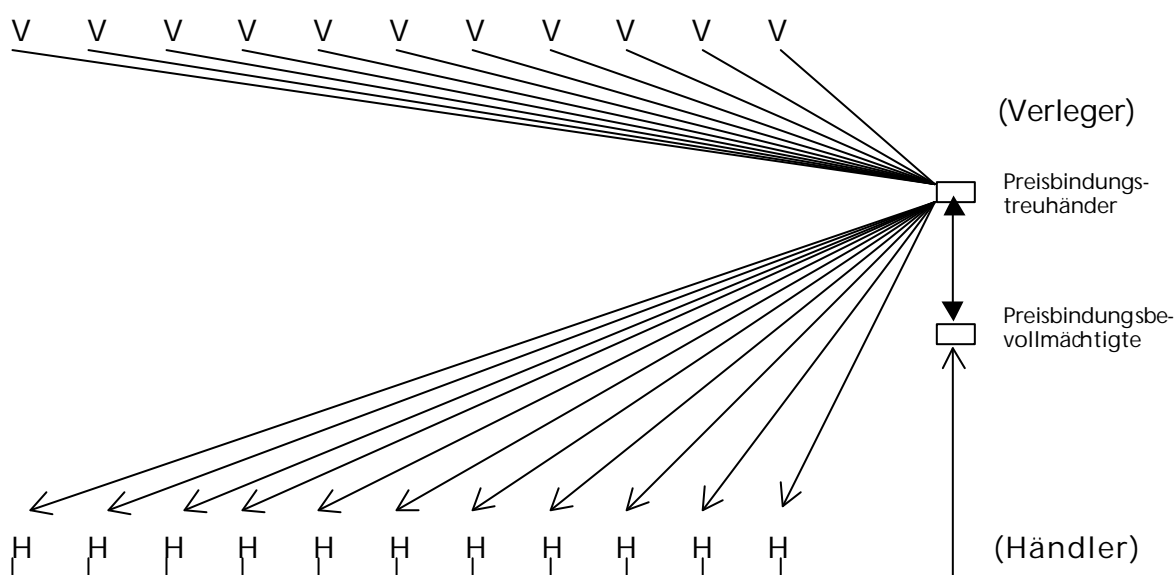
14. Ein Buchhändler, der den oben dargestellten Preisbindungsvertrag in Form des Sammelrevers unterzeichnet (Willenserklärung zur Einhaltung der Preisbindung), verpflichtet sich, die Preisbindung für sämtliche am Sammelrevers beteiligten Verlage einzuhalten. Diese "Willenserklärung" der Buchhändler nimmt der Preisbindungstreuhand als Vertreter jedes einzelnen Verlags gegenüber den Buchhändlern entgegen. Dadurch werden beim Preisbindungstreuhand sämtliche auf dem Sammelrevers basierenden Preisbindungsverträge zwischen den Verlegern und den Händlern gesammelt, was eine Bündelung dieser Verträge zur Folge hat (vgl. schematische Darstellung in Rz. 17).

15. Das administrative Pendant zum Preisbindungstreuhand der Verlage ist auf Seiten des Buchhandels die Preisbindungsbevollmächtigte. Mit Unterzeichnung des Sammelrevers wird sie von den betreffenden Buchhändlern bevollmächtigt, in deren Namen an Änderungen des Sammelrevers (bspw. Aufnahme eines neuen Verlags auf die Liste der am Sammelrevers beteiligten Verlage) mitzuwirken und zu unterzeichnen. Die Preisbindungsbevollmächtigte tritt damit im Namen der Buchhändler

gegenüber den Verlagen bzw. gegenüber dem Preisbindungstreuhänder auf.

16. Ein weiteres Merkmal der Bündelung der Preisbindungsverträge beim Preisbindungstreuhänder und bei der Preisbindungsbevollmächtigten ist deren Vertreterfunktion in Sanktionsverfahren bei Verstößen gegen die Preisbindung durch Händler bzw. durch Verleger, indem sie u. a. Schiedsverfahren einleiten.

17. Der Sammelrevers lässt sich schematisch folgendermassen darstellen:



18. Daneben bestehen auch Preisbindungen auf der Basis von Einzelvereinbarungen zwischen Verlagen und Buchverkaufsstellen. Deren Bedeutung im Vergleich zum Sammelrevers ist indes gering, sind doch 90 % aller vermarkteten Bücher über den Sammelrevers gebunden (vgl. Rz 21 ff.).

3 Marktteilnehmer

19. Die Hauptakteure im Vertriebsmarkt für Bücher sind die Verleger, die Zwischenbuchhändler, die Buchhändler (im Sinne von Verkaufsstellen inkl. Kioske und Warenhäuser) sowie die Endnachfrager, also die Leserschaft. Der Preisbindungstreuhänder der Verlage und die Preisbindungsbevollmächtigte des Buchhandels sind für die Administration und Überwachung des Systems sowie für dessen Durchsetzung zuständig, nehmen aber nicht als Anbieter oder Nachfrager am Marktgeschehen teil (vgl. Rz. 5). Dasselbe gilt für das Dreierschiedsgericht, welches im Streitfall auf Antrag des Preisbindungstreuhändlers entscheidet.

20. Die deutschschweizer Bücherbranche ist organisiert in einem Dachverband (Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, SBVV) sowie eigenständigen Fachverbänden: dem Buchhändler-Verband der deutschsprachigen Schweiz (BVDS), dem Buchverleger-Verband der deutschsprachigen und rätoromanischen Schweiz (VVDS), dem Zwischenbuchhändler-Verband der deutschsprachigen Schweiz (ZVDS) und dem Schweizerischen Adressbuch-Verleger-

Verband (SAV). Grundsätzlich nimmt der SBVV gemeinsame branchenpolitische Interessen seiner Fachverbände wahr und arbeitet mit anderen, namentlich ausländischen Buchverbänden zusammen. Neben allgemeinen administrativen Aufgaben ist der SBVV gemäss Art. 2 seiner Statuten u. a. verantwortlich für die Schaffung der "Voraussetzungen für geordnete Marktverhältnisse innerhalb der Branche und setzt sie mit Hilfe der Fachverbände durch" (Bst. a) sowie für die Unterstützung der Preisbindung zweiter Hand (Bst. b). Eine vergleichbare Funktion nimmt in Deutschland der Börsenverein des deutschen Buchhandels (Börsenverein) und in Österreich der Hauptverband des Österreichischen Buchhandels wahr.

4 Marktdaten

21. Die zu den Marktverhältnissen vorliegenden Zahlen basieren auf Schätzungen der Branchenteilnehmer. Gemäss Auskunft des SBVV sind etwa 10 % der deutschsprachigen Bücher nicht preisgebunden. Die nicht preisgebundenen Bücher lassen sich wie folgt charakterisieren:

zuweilen unterstellen Verlage gewisse Bücher bewusst nicht der Preisbindung; dabei handelt es sich in der Regel um Bücher zu Spezialgebieten, welche häufig nicht über den "klassischen" Sortimentsbuchhandel, sondern über Spezialgeschäfte, Warenhäuser oder auch Direct Marketing vertrieben werden;

sogenanntes "Modernes Antiquariat": dazu gehören vor allem Buchtitel, für welche der betreffende Verlag die Preisbindung aufgehoben hat, sowie auch Sonderausgaben, welche vom Buchhändler mit freiem Preisgestaltungsspielraum angeboten werden können;

Bücher, die in sogenannten Buchclubs angeboten werden. In aller Regel handelt es sich bei solchen Büchern um "Bestseller", die mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung den Mitgliedern von Buchclubs zu günstigeren Bedingungen als im konventionellen Buchhandel angeboten werden. Buchclubs werden insbesondere von grösseren Verlagen, wie beispielsweise Bertelsmann, betrieben. Die besondere Eigenschaft von Buchclubs ist die Vertriebsart der Bücher; sie werden schriftlich aufgrund eines (beschränkten) Prospektangebotes bestellt und dem Leser auf postalischem Weg zugestellt.

22. Das deutschsprachige Verlagswesen setzt sich aus mehreren Tausend Unternehmen zusammen. Sämtliche Verlage, die ihre Bücher der Preisbindung mittels Sammelrevers unterwerfen, sind in einem Anhang zum Sammelrevers zusammengefasst (Liste der an den drei Sammelreversen 1993 für Deutschland, Österreich und die Schweiz beteiligten Verlage). Demnach sind 160 Verlage in der Schweiz, 1'315 in Deutschland und 118 in Österreich am Sammelrevers beteiligt (Stand: Oktober 1997). Die – am Umsatz gemessene – Mehrzahl der Verlagsunternehmen hat sich dazu entschlossen, ihre Bücher der Preisbindung zu. Umsatzmässig erreichen Bücher, die über das System des Sammelrevers preisgebunden sind, einen Marktanteil von 90 % (vgl. Rz. 18 , 21).

23. Der Gesamtliste der am Sammelrevers beteiligten Buchverkaufsstellen (Stand 10. September 1998) ist zu entnehmen, dass in der Schweiz 1'730 Buchverkaufsstellen den Sammelrevers unterzeichnet haben. Gemäss SBVV beträgt der Jahresumsatz der Buchhandlungen mit umfassendem [breitem] bzw. spezialisiertem [tiefem] Sortiment ca. CHF 600 Mio. (traditionelle Buchhandlungen). Unter Einbezug der übrigen Verkaufsstellen (Warenhäuser, Kioske, Buchclubs etc.) beläuft sich der Gesamtumsatz auf ca. CHF 800 Mio. Davon werden 10 % mit nicht preisgebundenen Büchern erzielt. Als Bezugsquellen dienen allen Buchhändlern die Verlage direkt oder Zwischenbuchhändler.

5 Verfahren

24. Am 28. September 1998 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission gemäss Art. 27 Kartellgesetz (KG) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung über die Preisbindung für deutschsprachige Bücher. Herr Martial Pasquier trat für die Dauer dieses Verfahrens in den Ausstand.

25. Als Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG gelten diejenigen Personen, deren Rechte oder Pflichten von der Verfügung berührt werden sowie diejenigen, welche ein Rechtsmittel gegen die Verfügung ergreifen können. Demnach gelten in casu alle Unterzeichner des Sammelrevers als Partei, welche auf irgendeine Weise am Vertrieb von Verlagserzeugnissen in der Schweiz beteiligt sind, sei es als Hersteller (Verleger), Zwischenbuchhändler oder Buchhändler.

26. Übersteigt die Anzahl Parteien zwanzig mit gleichen Interessen, kann das Sekretariat in Anwendung von Art. 11a Abs. 1 VwVG verlangen, dass die betreffenden Parteien eine gemeinsame Vertretung bestimmen. Anlässlich einer ersten Unterredung von Mitgliedern des Sekretariats mit Vertretern des SBVV und des Börsenvereins vom 4. November 1998 wurde vereinbart, dass der SBVV die Interessen der Unterzeichner des Sammelrevers in der Schweiz, im Wesentlichen also die Einzelmitglieder der dem SBVV angeschlossenen Fachverbände (vgl. Rz. 20), im vorliegenden Verfahren vertritt. Diese Aufgabe entspricht denn auch Art. 2 Bst. e der Statuten des SBVV, wonach dieser die Interessen seiner Mitglieder u. a. bei Behörden zu vertreten hat.

27. Mit Schreiben vom 4. März 1999 wurde der Börsenverein nach vorgängiger Rücksprache als ebensolcher Vertreter der am Sammelrevers beteiligten deutschen Verlage bezeichnet.

28. Die Eröffnung der Untersuchung wurde gemäss Art. 28 KG durch amtliche Publikation im schweizerischen Handelsamtsblatt vom 9. Oktober 1998 und im Bundesblatt vom 13. Oktober 1998 bekanntgegeben. Im Verlaufe der dreissigtägigen Frist nach der Publikation der Eröffnung der Untersuchung haben sich keine weiteren Parteien bzw. betroffene Dritte gemeldet. Ebenso hat keine Partei gewünscht, nicht durch einen der Verbände vertreten zu werden.

29. Im Rahmen der Sachverhaltsermittlungen wurden der SBVV als Vertreter der Unterzeichner des Sammelrevers sowie als Vertreter der ihm angeschlossenen Verbände bzw. deren Mitglieder, der Börsenverein, die Ex Libris, die Valora sowie der Preisbindungstreuhand der Verleger befragt.

30. Mit Schreiben vom 21. Mai 1999 wurden die Parteien eingeladen, sich zum Verfügungsentwurf des Sekretariats – also des Antrags an die Wettbewerbskommission – vernehmen zu lassen. Ein Aktenverzeichnis wurde beigelegt.

31. Auf Wunsch der Parteien hat die Wettbewerbskommission am 5. Juli 1999 eine informelle Anhörung angesetzt. Die Parteien haben ihre Teilnahme indes im letzten Augenblick abgesagt.

32. Mit Eingaben vom 11. August 1999 (Börsenverein) bzw. 16. August 1999 (SBVV) nahmen die Parteien Stellung zum Verfügungsentwurf. In beiden Stellungnahmen wurden identische Anträge gestellt:

1. Die Untersuchung betreffend die Preisbindung im Buchhandel sei einzustellen;

eventualiter

2. es sei gegenüber der Wettbewerbskommission zu beantragen, die Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel einzustellen;

subeventualiter

3. es sei gegenüber der Wettbewerbskommission zu beantragen, die Buchpreisbindung als im Sinne von Art. 5 KG effiziente Abrede als zulässig zu qualifizieren;

im Falle einer Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens

4. es sei bezüglich der bestrittenen Sachverhaltsdarstellung ein Beweisverfahren durchzuführen;
5. dem SBVV [bzw. Börsenverein] sei nach Ausarbeitung des definitiven Antrags an die Wettbewerbskommission eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme gem. Art. 30 KG zu gewähren;
6. es sei nach Einreichung der Stellungnahme des SBVV [bzw. Börsenverein] zum definitiven Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission (vgl. Ziffer 5) ein Termin für eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG anzusetzen.

31. Mit Antrag 4. fordern die Parteien, in Bezug auf die bestrittene Sachverhaltsdarstellung ein Beweisverfahren durchzuführen. In tatsächlicher Hinsicht betreffen diese Anträge einzelne Marktdaten

und die Rolle des Preisbindungstreuhanders, die im Sammelrevers geregelt ist. Die für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im Buchhandel relevanten Marktdaten wurden von den Parteien bereits im Rahmen der ersten Befragung beigebracht (vgl. Rz. 21). Die Wettbewerbskommission erachtet es deshalb als nicht erforderlich, diesbezüglich weitere Untersuchungsmassnahmen anzuordnen. Betreffend die Rolle des Preisbindungstreuhanders ist der Aktenstand für die Würdigung ausreichend, sodass weitere Untersuchungsmassnahmen ebenfalls nicht erforderlich sind.

33. Im Weiteren betreffen die Anträge der Parteien Fragen der Würdigung im Zusammenhang mit der Rolle des Preises im Büchermarkt sowie den Eigenschaften des Produktes „Buch“, nicht aber sachverhaltsrelevante Aspekte mit ausdrücklichem Bezug auf den Untersuchungsgegenstand, nämlich die horizontalen Abreden im Handel mit deutschsprachigen Büchern in der Schweiz. Soweit sachdienlich, wurde der Argumentation der Parteien Rechnung getragen (vgl. Rz. 79 ff.).

34. Abgesehen davon haben es die Parteien unterlassen, konkrete Anträge zu stellen, über die ein Beweisverfahren hätte geführt werden können bzw. müssen. Infolgedessen und angesichts der Aktenlage hält es die Wettbewerbskommission nicht für erforderlich, weitere Beweise abzunehmen und lehnt Antrag 4. ab.

35. Gemäss Art. 30 Abs. 2 KG haben die Parteien das Recht, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Dieses Recht haben sie mit ihren schriftlichen Stellungnahmen vom 11. und 16. August 1999 wahrgenommen. Der Wettbewerbskommission wurden diese Stellungnahmen zur Kenntnis gebracht. Da sie keine neuen entscheiderelevanten Sachverhaltselemente zu Tage gefördert haben und der definitive Antrag gegenüber der den Parteien zugestellten Version keine Änderungen erfahren hat, welche eine nochmalige Stellungnahme der Parteien erfordern würden, wird Antrag 5. abgelehnt.

36. Mit Antrag 6. verlangen die Parteien eine Anhörung vor der Wettbewerbskommission im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG. Gemäss dieser Bestimmung kann die Wettbewerbskommission beteiligte Parteien im Rahmen der Sachverhaltsabklärungen direkt anhören, wenn es die Umstände als notwendig erscheinen lassen. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht auf andere Weise rechtsgenügend erfüllt werden kann. Ein

Rechtsanspruch der Parteien auf eine Anhörung besteht damit grundsätzlich nicht (vgl. Jürg Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, ad Art. 30 Rz. 6). In casu haben die Parteien zum Antrag des Sekretariats Stellung genommen. Der Wettbewerbskommission wurden diese Stellungnahmen zur Kenntnis gebracht. Unter Berücksichtigung aller Umstände erachtet es die Wettbewerbskommission als nicht erforderlich, eine Anhörung im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG durchzuführen.

B Erwägungen

1 Geltungsbereich

37. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Das Gesetz gilt auch dann, wenn Sachverhalte im Ausland veranlasst wurden, sich aber in der Schweiz auswirken (Art. 2 KG Abs. 2 KG).

1.1 Unternehmen

38. Als Unternehmen gelten alle selbständigen Einheiten, welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die Verleger, Zwischenbuchhändler und Buchhändler, welche im Büchermarkt die Hauptglieder der Vertriebskette darstellen, sind als solche Unternehmen zu qualifizieren. Als am Sammelrevers Beteiligte sind somit auch Verlage mit Sitz in Deutschland, welche Verlagserzeugnisse in die Schweiz exportieren, dem Geltungsbereich des schweizerischen Kartellgesetzes unterworfen.

1.2 Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)

39. 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).

40. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich dadurch, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen bewusst und gewollt zusammenwirken, und dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

41. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass das Sammelreverssystem aufgrund

des von der Mehrzahl der Verlage und Händler entsprechend geäußerten Willens zur Preisbindung (vgl. Rz. 4, 21),

der organisatorischen Bündelung von identisch lautenden Preisbindungsverträgen (vgl. Rz. 14 ff.),

seiner Anwendung auf 90 % der deutschsprachigen Bücher (vgl. Rz. 21) und

der strikten Durchsetzung (vgl. Rz 12, 13, 23ff.)

weitestgehend branchenumfassend und lückenlos wirkt. Der Sammelrevers als organisatorische Bündelung vertikaler Preisbindungsvereinbarungen führt zu einer kollektiven Preisbindung. In Bezug auf das Marktergebnis unterscheidet er sich damit nur unwesentlich von der alten Marktordnung, im Rahmen derer die Verlage die Endverkaufspreise ebenfalls festgeschrieben hatten, jedoch nur in ihrer jeweiligen Landeswährung. In der Schweiz erfolgten die erforderlichen Umrechnungen der Verkaufspreise in CHF auf der Basis von verbindlichen Wechselkursumrechnungstabellen des SBVV (vgl. Rz. 3).

42. Wie im Folgenden gezeigt wird, liegen der aktuellen kollektiven Preisbindung mittels Sammelrevers neben den vertikalen Preisbindungsverträgen in der Tat zwei gleichgerichtete horizontale Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zugrunde: eine zwischen den Verlegern und eine zwischen den Buchhändlern.

1.2.1 Wettbewerbsabrede zwischen den Verlegern

43. Die Mehrzahl der im deutschsprachigen Raum ansässigen Verleger hat sich dazu entschlossen, ihre Bücher preisgebunden zu vermarkten und die Preisbindung mittels Sammelrevers um- und durchzusetzen (vgl. Rz. 21). Damit zeigt sich einerseits das Zusammenwirken dieser Verleger in Hinsicht auf den Willen, Bücher lückenlos preisgebunden zu verkaufen sowie andererseits das Zusammenwirken in Hinsicht auf die Umsetzung der Preisbindung über den Sammelrevers. Ein weiteres Merkmal des Zusammenwirkens der Verleger ist die Bereitschaft, Verstösse gegen die Preisbindung auf einheitlicher Basis sanktionieren zu lassen (vgl. Rz. 10).

44. Dieser einheitliche Wille der Verleger ist ein Wesensmerkmal des Sammelrevers. Ermöglichen voneinander unabhängige vertikale Abreden zwischen den jeweiligen Herstellern und ihren Händlern zumindest Systemwettbewerb zwischen den einzelnen vertikalen Ketten, führt die branchenweit praktizierte organisatorische Bündelung vertikaler Abreden zu einer einheitlichen Marktordnung.

45. Die lückenlose Preisbindung schaltet den Preiswettbewerb um das gebundene Buch auf der Stufe des Handels aus, weil der Händler den Preis als Wettbewerbsparameter nicht einsetzen kann. Ein bestimmtes preisgebundenes Buch wird daher bei jedem Buchhändler zu exakt demselben Preis verkauft. Daraus resultiert offensichtlich eine Wettbewerbsbeschränkung auf Handelsstufe.

46. Damit ist erstellt, dass das bewusste und gewollte Zusammenwirken der Verleger hinsichtlich Umsetzung der Preisbindung für 90 % aller deutschsprachigen Bücher mittels Sammelrevers als horizontale Abrede zwischen Verlagen zu qualifizieren ist, die auf Stufe Buchhandel Wettbewerbsbeschränkungen bewirkt.

1.2.2 Wettbewerbsabrede zwischen den Buchhändlern

47. Wie auf Verlagsstufe hat sich auch auf Buchhandelsstufe der grösste Teil der Marktteilnehmer in der Schweiz dem Sammelrevers unterworfen. Ausdruck dieses bewussten und gewollten Zusammenwirkens der Buchhändler ist unter anderem der einstimmige Beschluss betreffend die Einführung der neuen Marktordnung anlässlich der 43. Generalversammlung des SBVV vom

18. Juni 1991 (vgl. Rz. 4). Das Zusammenwirken drückt sich aber auch in der Bereitschaft der Händler aus, Verstöße gegen die Preisbindung durch den Preisbindungstreuhänder ahnden und sanktionieren zu lassen sowie allfällige Konventionalstrafen zu entrichten (vgl. Rz. 10).

48. Mit der Einbindung in das lückenlose Preisbindungssystem des Sammelrevers verpflichten sich die Händler, die von den Verlagen vorgegebenen Endverkaufspreise einzuhalten. Der damit ausgeschaltete Preiswettbewerb um das gebundene Buch auf der Stufe des Handels bewirkt dort eine Wettbewerbsbeschränkung (vgl. Rz. 77 ff.).

49. Damit ist erstellt, dass das Einbinden der Buchhändler in den Sammelrevers als horizontale Wettbewerbsabrede zwischen Buchhändlern zu qualifizieren ist, die auf Stufe Buchhandel eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Es liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen den Buchhändlern vor.

1.2.3 Gemeinsamkeiten

50. Den beiden horizontalen Abreden liegt derselbe Wille zugrunde, nämlich die Durchsetzung einer einheitlichen, umfassenden Marktordnung mittels lückenloser Preisbindung. Der Umsetzung dieses gemeinsamen Willens dient der Sammelrevers, der die vertikalen Preisbindungsverträge organisatorisch bündelt (vgl. Rz. 14 ff.). Für beide Seiten – Verlage sowie Händler – sind mit dem Preisbindungstreuhänder und der Preisbindungsbevollmächtigten je eine Person bestimmt, welche die kollektiven Interessen der einen Seite der anderen Seite gegenüber vertreten bzw. für die Durchsetzung verantwortlich sind, indem sie Verstöße ahnden und gegebenenfalls über die Einleitung eines Schiedsverfahrens entscheiden.

51. Die Umsetzung dieses gemeinsamen Willens mit der branchenweit einheitlichen Preisfestsetzung auf Handelsstufe wirkt sich wettbewerbsbeschränkend aus, und zwar in erster Linie auf Buchhandelsstufe.

1.3 Zuständigkeit

52. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Wettbewerbskommission für die Untersuchung der Auswirkungen des Sammelrevers auf den Handel mit deutschsprachigen Büchern in der Schweiz nach Massgabe des Kartellgesetzes zuständig ist.

1.4 Vorbehaltene Vorschriften

53. 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).

54. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften – namentlich auch urheberrechtlicher Natur –, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

2 Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede über die indirekte Festsetzung von Preisen auf Handelsstufe mittels Sammelrevers

2.1 Unzulässigkeitsvermutung

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

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

57. Angesichts der organisatorischen Bündelung als Ausdruck des gemeinsamen Willens und der damit einhergehenden gemeinsamen Auswirkung sind die dem Sammelreverssystem unterliegenden horizontalen Abreden (Rz. 43 ff. und 47 ff.) einheitlich als horizontale Abrede über die (indirekte) Festsetzung der Preise auf Handelsstufe zu qualifizieren.

58. Mit der Unterzeichnung des Sammelrevers verpflichten sich sämtliche Buchhändler, die von den Verlagen festgesetzten Verkaufspreise einzuhalten. Zudem gibt es nur eine abschliessend und angesichts der Bündelung der Preisbindungsverträge grundsätzlich einheitlich geregelte Rabattierungsordnung. Damit sind die Preisgestaltungselemente der Händler gleich- bzw. ausgeschaltet. Insgesamt haben die Buchhändler aufgrund der horizontalen Abrede der Verleger, die Preisbindung mittels Sammelrevers durchzusetzen, Gewissheit über die Preispolitik ihrer Konkurrenten. Die Einbindung in den Sammelrevers seitens der Buchhändler sowie die Tatsache, dass 90 % des deutschsprachigen Bücherangebots davon betroffen sind, entspricht daher einer (indirekten) Festsetzung der Preise auf der Handelsstufe, also zwischen Buchhändlern, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (vgl. auch RPW 1997/3, 341).

59. Für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand ist nicht der Wille, sondern die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese Wirkung erreicht wird, ist ohne Belang (BBI 1995 I 567 [Botschaft]). Die Bündelung der Preisbindungsverträge durch den Sammelrevers beseitigt deshalb vermutungsweise den Preiswettbewerb auf der Stufe des Buchhandels.

60. Die Parteien machen geltend, dass die Preisbindung den Preiswettbewerb zwischen den Verlagen grundsätzlich bestehen lasse. Inwiefern dies tatsächlich zutrifft, ist vorliegend nicht zu prüfen. Gegenstand der Untersuchung ist die festgestellte horizontale Preisabrede auf der Handelsstufe, aufgrund derer sich die einzelnen Händler keinen Preiswettbewerb liefern (können).

61. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, wenn sich zeigt, dass trotz der Wettbewerbsabreden wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb bestehen bleibt (Botschaft, 565). Um festzustellen, ob die Abrede über die indirekte Festsetzung der Preise auf der Handelsstufe den

wirksamen Wettbewerb tatsächlich beseitigt bzw. ob sich die Vermutung widerlegen lässt, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

2.2 Marktabgrenzung

2.2.1 Sachlich relevanter Markt

62. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite in Hinsicht auf ihre Eigenschaften und ihren vorgesehenen Verwendungszweck als substituierbar angesehen werden (in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU).

63. Auszugehen ist vom Untersuchungsgegenstand, also der Überprüfung der kartellgesetzlichen Zulässigkeit des Sammelrevers für den Verkauf preisgebundener Bücher in der Schweiz. Dabei geht es nicht um die Herstellung der Bücher – mithin das Produkt –, sondern um deren Vertrieb, regeln doch die Abreden die Festsetzung der Publikumspreise auf Handelsstufe (vgl. Verfügung i. S. Sammelrevers für Musiknoten, RPW 1997, 339 Rz. 37).

64. Die Marktgegenseite ist im vorliegenden Fall das Publikum (Leserschaft), welches Bücher erwirbt. Dies könnte a priori eine enge Marktabgrenzung nach einzelnen Büchern nahelegen, was in casu aber weder opportun noch notwendig ist. Zwar mag für einen bestimmten Leser im konkreten Einzelfall ein Buch, das er zu erwerben gedenkt, aufgrund spezifischer Eigenschaften (Gattung, Autor, Fachgebiet usw.) nicht gegen ein anderes austauschbar sein. Bei einem solchen Ansatz liesse sich der Markt in eine fast beliebig grosse Anzahl an Märkten und Teilmärkten aufteilen. Alleine schon aufgrund der Tatsache, dass der Sammelrevers 90 % aller Bücher betrifft, die von Verlagen in Deutschland, Österreich und der Schweiz hergestellt und vertrieben werden und daher entsprechend branchenumfassende Auswirkungen hat, kann auf eine dermassen disaggregierte Analyse verzichtet werden. Die wettbewerblichen Auswirkungen des Sammelrevers sind nämlich in jedem Teilmarkt identisch.

65. Für die Marktabgrenzung ist zu berücksichtigen, dass

der Leser über einen längeren Zeitraum betrachtet immer wieder andere Bücher nachfragt und sein diesbezügliches Nachfrageverhalten daher einen heterogenen Charakter aufweist. Auf die Gesamtheit der bücherkaufenden Leserschaft trifft dieser Aspekt der heterogenen Nachfrage entsprechend verstärkt zu;

diese heterogene Nachfrage zur aktuellen Handels- bzw. Vertriebsstruktur geführt hat, welche gekennzeichnet ist von einem überwiegenden Anteil an „traditionellen“ Buchhandlungen und in jüngerer Zeit auch Internet-Buchhandlungen mit Vollsortimenten sowie spezialisierten Buchhandlungen mit Teilsortimenten. Dies ist als Reaktion auf die Notwendigkeit zu werten, im Einzelfall die fragmentierte Nachfrage befriedigen zu können. Die Buchhändler halten ein breites bzw. tiefes Sortiment aus dem Gesamtbüchermarkt bereit oder beschaffen ein gewünschtes Buch in kurzer Zeit. Grundsätzlich hat jeder Buchhändler die Möglichkeit, jedes deutschsprachige Buch zu beschaffen, sofern er sich mittels Beitritts zum Sammelrevers verpflichtet, die Preisbindung für davon betroffene Bücher einzuhalten. Dies gilt für den traditionellen Buchhandel ebenso wie für den Internet-Buchhandel, Warenhäuser, Kioske und andere Buchverkaufsstellen.

66. Angesichts dieser Tatsachen ist für die Marktabgrenzung nicht von einzelnen Büchern oder Kategorien von Büchern, sondern von Buchverkaufsstellen bzw. einzelnen Sortimenten auszugehen.

67. Als spezielle Vertriebsform bzw. Buchverkaufsstelle sind die Buchclubs zu erwähnen. Diese vermarkten in aller Regel nicht preisgebundene Bücher. Folglich bieten sie nicht das gesamte Büchersortiment, sondern nur ein enges Teilsortiment an. Zudem ist der Bücherbezug bei Buchclubs an eine Mitgliedschaft gebunden, welche nur bei gewissen jährlichen Mindestbestellmengen gewährt wird. Aus diesen Gründen sowie angesichts der Tatsache, dass eine Buchverkaufsstelle aufgrund der heterogenen Nachfragestruktur ein breites Sortiment oder Teilsortiment anbieten muss, ist es fraglich, ob ein Buchclub aus der Sicht der Marktgegenseite eine Alternative darstellt. Diese Frage kann aber letztlich offen gelassen werden, da Buchclubs mit preisungebundenen Büchern (weniger als 10 % des Gesamtangebots) im Gesamtmarkt eine unbedeutende Rolle spielen.

Im Folgenden werden Buchclubs in den Erwägungen dennoch als dem relevanten Markt zugehörig angenommen.

68. Insgesamt ist also davon auszugehen, dass das Publikum für den Erwerb eines bestimmten Buches eine der ihm zur Verfügung stehenden Verkaufsstellen mit demjenigen Sortiment auswählt, bei der es sich verspricht, dieses Buch zu erhalten. Untereinander austauschbar sind dabei diejenigen Sortimente oder Teilsortimente, die aus Sicht des Publikums in Hinsicht auf ein spezifisches Bedürfnis austauschbar sind (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Für den einen Zweck können dies sämtliche Verkaufsstellen sein, für einen anderen Zweck kommen nur bestimmte Buchverkaufsstellen in Frage. Über die gesamte Nachfrage hinweg betrachtet rechtfertigt es sich jedoch im vorliegenden Fall, sämtliche Sortimente und Teilsortimente bzw. Buchverkaufsstellen als austauschbar zu betrachten.

69. Aus diesem Grund umfasst der sachlich relevante Markt den deutschsprachigen Buchhandel insgesamt bzw. Verkaufsstellen mit Voll- oder Teilsortimenten von deutschsprachigen Büchern.

2.2.2 Räumlich relevanter Markt

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

71. Aufgrund der im Verhältnis zum Beschaffungspreis relativ hohen Transaktionskosten fragt die Leserschaft Bücher in der Regel in einer von ihr aus nahe gelegenen Buchverkaufsstelle nach. Dieses Faktum würde für eine regionale Abgrenzung sprechen.

72. In Anbetracht der Lückenlosigkeit der Preisbindung sowie der Tatsache, dass die Verlage die Verkaufspreise in CHF, DEM und AUS festsetzen und diese in den entsprechenden Währungsgebieten auch strikte einzuhalten sind (vgl. Rz. 10), führen die Abreden zu einer Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen in den jeweiligen Währungsräumen. Die homogenen Bedingungen haben zur Folge, dass der Revers ungeachtet der definitiven Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes immer dieselben Auswirkungen zeitigt und dementsprechend auch denselben Anteil des Marktes, nämlich 90 %, beschlägt. Deshalb rechtfertigt es sich, für die Belange dieser

Untersuchung von der Schweiz als räumlich relevantem Markt auszugehen.

73. Für eine solche Abgrenzung spricht zudem die Tatsache, dass die mit dem Sammelrevers erreichte Lückenlosigkeit der Preisbindung einen wirksamen Parallelimport innerhalb des gesamten deutschsprachigen Raums verhindert. Wer z. B. als Zwischenhändler in Deutschland mit preisgebundenen Büchern beliefert werden will, muss den Revers selbst unterzeichnen und beim Verkauf darauf achten, dass der Abnehmer sich dem System ebenfalls unterworfen hat, also die von den Verlagen festgesetzten Verkaufspreise in den jeweiligen Währungsräumen einhält. Sodann müssen Wiederverkäufer, die ausserhalb der Schweiz beliefert werden, für den Fall gebunden werden, dass sie in die Schweiz reimportieren, und zwar zur "Verhinderung der Umgehung einer lückenlosen Preisbindung" (Ziffer A.5, 3. Satz Sammelrevers).

74. Die allmähliche Verbreitung von Internet-Buchhandlungen insbesondere im Ausland würde an sich für eine weitere Marktabgrenzung sprechen. Allerdings werden auch Internet-Buchhandlungen von den am Sammelrevers beteiligten Verlagen nur mit preisgebundenen Büchern beliefert, wenn sie sich zur Einhaltung der Preisbindung verpflichten. Damit ergeben sich in Hinsicht auf den Untersuchungsgegenstand im Internet-Handel faktisch dieselben Wettbewerbsbedingungen wie für die übrigen Vertriebskanäle. Eine Ausweitung der räumlichen Marktabgrenzung wegen der Internet-Buchhandlungen ist daher in casu nicht notwendig und wäre auch gar nicht entscheidend.

75. Eine Berücksichtigung von Buchclubs, bei denen die geordnete Ware in der Regel postalisch vertrieben wird, ist ebenfalls nicht entscheidend, weil Buchclubs im Gesamtmarkt eine zu geringe Bedeutung haben.

2.2.3 Relevanter Markt

76. Aus dem Vorstehenden folgt, dass der relevante Markt den Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen ("traditioneller" Buchhandel, Internet-Buchhandel, Warenhäuser, Kioske und Buchclubs) im Währungsgebiet der Schweiz umfasst. Eine engere, z. B. regionale Marktabgrenzung wäre ebenfalls vertretbar, würde aber angesichts der homogenen Marktverhältnisse zum selben Ergebnis führen.

2.3 Keine Widerlegung der Vermutung

77. Die kollektive Preisbindung betrifft 90 % aller im relevanten Markt vertriebenen Bücher. Den Rest machen im Wesentlichen über Einzelvereinbarungen preisgebundene Bücher, das „moderne Antiquariat“, die von den jeweiligen Verlegern nicht preisgebundenen Bücher und „Buchclubs“ aus.

2.3.1 Innenwettbewerb

78. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist festzustellen, dass die lückenlose Preisbindung in erster Linie zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs führt. Der Sammelrevers bewirkt, dass 90 % der Bücher

in einer definierten Mengeneinheit

in einer festgelegten Qualität

zu einem gegebenen Zeitpunkt

im gesamten Schweizer Buchhandel zum selben Preis angeboten werden.

79. Die Parteien machen in ihren Stellungnahmen mehrmals geltend, dass der Preis aufgrund der Besonderheit des Produktes Buch nicht der entscheidende Wettbewerbsparameter sei. Entscheidend sei der „Interbrand-Wettbewerb“. Dieser werde aber nicht tangiert, denn die Preisbindung betreffe jeweils nur einen einzelnen Titel und habe deshalb nur sehr punktuelle Auswirkungen auf den Wettbewerb. Insgesamt könne keine Rede davon sein, dass die Verhinderung des Preiswettbewerbs auf einen einzelnen Titel den Preiswettbewerb auf dem Büchermarkt gänzlich ausschalte.

80. Diese Argumentation mag für Betrachtungen des Produktmarktes „Buch“ zutreffen. In casu ist sie aber nicht stichhaltig, da die Auswirkungen des Sammelrevers auf den Buchhandel untersucht werden, konkret die marktumfassende

Festsetzung der Verkaufspreise. Angesichts der kollektiven Preisbindung, welche insgesamt 90 % des gesamten deutschsprachigen Bücherangebots in der Schweiz erfasst, können sich die Buchhändler über 90 % des Bücherangebots keinen Preiswettbewerb liefern. Damit ist nachgewiesen, dass sich die Preisbindung für den überwiegenden Teil des Gesamtangebots im deutschsprachigen Buchhandel letztlich nicht punktuell, sondern horizontal umfassend über eben diese 90 % des gesamten Buchangebotes auswirkt und damit zu einer Beseitigung des Innen(preis)wettbewerbs auf Handelsstufe führt.

81. Die Parteien machen weiter geltend, dass es sich bei Art. 5 Abs. 3 KG um eine Ausnahmenvorschrift handle, welche eng auszulegen sei. Aus ökonomischer Sicht ist der Preis (d. h. der relative Preis bei gegebener Qualität und Mengeneinheit) der zentrale Parameter für die Kaufentscheidung der Konsumenten. Der Marktpreis, der für ein Gut erzielt werden kann, ist aber auch für die Produzenten das zentrale Kriterium, ob sie mehr, weniger oder überhaupt bzw. anders produzieren wollen. Der funktionierende Preismechanismus als Ergebnis von Wettbewerb unter den Wirtschaftsakteuren garantiert damit die statische und dynamische Effizienz einer Volkswirtschaft im Allgemeinen und einzelner Märkte im Besonderen. Der Preis ist damit das zentrale Informationssignal für wirtschaftliche Entscheidungen. Das Kartellgesetz als wichtigstes wettbewerbspolitisches Instrument hat dort zu intervenieren, wo der Preismechanismus bzw. die Preisinformationssignale – mithin die statischen und dynamischen Effizienzwirkungen des Wettbewerbs – gestört sind, damit die Ressourcen wieder einem optimalen Verwendungszweck zugeführt werden können. So gilt auch für den Büchermarkt, dass der relative Preis für ein einmal ausgewähltes Buch der ausschlaggebende Parameter ist. Insofern unterscheidet sich das Buch nicht von einem anderen Wirtschaftsgut.

82. Diesem Umstand und vor allem der Bedeutung des Preises für die Wettbewerbspolitik trägt das Kartellgesetz speziell Rechnung. Insofern handelt es sich deshalb bei Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nicht um einen eng auszulegenden Ausnahmetatbestand, sondern um einen Anwendungsfall des wirksamen Wettbewerbs.

83. Vor diesem Hintergrund erscheint auch das Argument der Parteien wenig stichhaltig, wonach sich Buchhandlungen vermehrt mit Serviceparametern wie fachkundiger Beratung, kundengerechter Sortimente, effizientem Bestellwesen sowie Schaffung von

attraktiven Verkaufsstellen einen Qualitäts- und Leistungswettbewerb liefern.

84. Es ist zwar nicht von der Hand zu weisen, dass ein gewisser Qualitäts- und Leistungswettbewerb zwischen den Buchhändlern existiert. Indem es aber den Buchhändlern verwehrt ist, den Preis als Wettbewerbsparameter einzusetzen, ist es ihnen nicht nur unmöglich, Sonderaktionen und andere preisliche (Marketing-) Massnahmen durchzuführen, sondern auch, die oben erwähnten Serviceleistungen einzelbetrieblich mit einem entsprechenden Verkaufspreis abgeltet zu lassen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass Serviceleistungen nicht in optimaler Weise angeboten werden bzw. dass der Leistungs- und Qualitätswettbewerb aufgrund des ausgeschalteten Preiswettbewerbs ebenfalls verzerrt ist.

85. Aus Konsumentensicht führt der fehlende Preiswettbewerb dazu, dass der einzelne Buchkäufer aufgrund der ungenügenden Mischung der Parameter Preis und Qualität keine Wahlentscheidung hinsichtlich dem Preis-/Leistungsmix eines Buchhändlers hat.

86. Damit ist erstellt, dass der Innenwettbewerb im relevanten Markt beseitigt ist.

2.3.2 Aussenwettbewerb

87. In Bezug auf den Aussenwettbewerb ist festzuhalten, dass die 10 % preisungebundener Bücher (modernes Antiquariat, Buchclubs) im relevanten Markt in Bezug auf Qualität und Quantität im Vergleich zum traditionellen Buchhandel nur ein sehr beschränktes Sortiment ergeben. Auf jeden Fall können damit die Sortimente, welche zu 90 % aus preisgebundenen Büchern zusammengesetzt sind, nicht konkurrenziert werden.

88. Allenfalls könnte der einzelne Leser danach trachten, mit Direktimporten von Währungsdifferenzen zu profitieren. Die hohen Transaktionskosten im Verhältnis zum Preis des einzelnen Buches (vgl. Rz. 68) machen diese Möglichkeit allerdings höchstens für die Nachfrager im Grenzgebiet zu Deutschland und Österreich einigermaßen interessant. Vom Währungsvorteil profitieren grundsätzlich auch die Kunden von deutschen Internet-Buchhandlungen. Allerdings wird dieser Vorteil in der Regel durch die

Versandkosten wieder aufgehoben. Auch dieser Wettbewerb ist demnach als vernachlässigbar einzustufen.

89. Aussenwettbewerb in Form von Verkaufsstellen mit einem umfassenden, aber preisungebundenen Angebot existiert daher nicht.

2.3.3 Potentielle Konkurrenz

90. Es gibt ferner auch keine potentielle Konkurrenz, weil die Geschäftstätigkeit als Voll- oder Teilsortiments-Buchhändler – auch als Internet-Buchhändler – nur dann erfolgversprechend ist, wenn sich der Händler dem Sammelreverssystem anschliesst. Andernfalls ist es ihm nicht möglich, ein an der heterogenen Nachfrage orientiertes sowie entsprechend breites und/oder tiefes Angebot bereitzustellen. So räumt der SBVV ein, dass für den Marktauftritt eines Buchhändlers die Möglichkeit, sich durch eine geschickte Sortimentspolitik von der Konkurrenz abzuheben, von zentraler Bedeutung ist. Eine solche Politik kann indes nicht verfolgt werden, wenn auf lediglich 10 % des Gesamtsortiments zurückgegriffen werden kann.

91. Aus den genannten Gründen wird ersichtlich, dass auch keine potentielle Konkurrenz besteht.

2.4 Ergebnis

92. Aus den genannten Gründen (fehlender Innen- und Aussenwettbewerb sowie verzerrter Service- und Qualitätswettbewerb) kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Die kollektive Preisbindung mittels Sammelrevers beseitigt den Wettbewerb im relevanten Markt nach Massgabe von Art. 5 Absätze 1 und 3 Bst. a KG. Eine Rechtfertigung aus Gründen der ökonomischen Effizienz ist ausgeschlossen (Art. 5 Abs. 1 KG).

3 Überwiegende öffentliche Interessen

93. Die Parteien machen geltend, dass die Besonderheiten des Gutes "Buch" einen Hauptaspekt des Büchermarktes darstellten und Bücher deshalb einer besonderen Vertriebsform bedürften. Dieser Aspekt

wird unter anderem mit spezifischen Eigenschaften des deutschsprachigen Büchermarktes im Vergleich zum (preisbindungsfreien) englischsprachigen Büchermarkt beleuchtet. Insbesondere wird anhand von Studien darzulegen versucht, dass im deutschsprachigen Büchermarkt eine erhöhte Zahl lieferbarer Titel und ein erweitertes Literaturangebot für Bedürfnisse spezifischer Bevölkerungsgruppen existieren sowie ein günstigeres Preisniveau herrscht. Die Parteien gehen davon aus, dass diese Eigenschaften Ergebnisse der Preisbindung über den Sammelrevers sind.

94. Es ist durchaus zutreffend, dass Bücher oder zumindest gewisse Bücher kulturell wertvoll sind und deren Erzeugung daher in einem öffentlichen Interesse liegt. Ob ein solchermaßen angerufenes öffentliches Interesse die kollektive Preisbindung im deutschsprachigen Buchhandel und damit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu rechtfertigen vermag, wird aber nicht von der Wettbewerbskommission, sondern allenfalls vom Bundesrat im Rahmen eines Verfahrens betreffend ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsabrede aus überwiegenden öffentlichen Interessen im Sinne von Art. 8 KG abgeklärt.

4 Ergebnis

95. Die kollektive Preisbindung mittels Sammelrevers erfüllt den Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Absätze 1 und 3 Bst. a KG.

96. Gemäss Art. 36 Bst. c VwVG kann eine Behörde ihre Verfügungen in einer Sache mit zahlreichen Parteien in einem amtlichen Blatt eröffnen. Angesichts des Umstandes, dass im vorliegenden Fall mehrere Tausend Parteien von der Verfügung betroffen sind, erfolgt die Eröffnung nicht nur über die Parteivertreter, sondern zusätzlich über die Publikation in der nächstmöglichen Ausgabe des Schweizerischen Bundesblattes. Die Rechtsmittelfrist beginnt am Tag nach der amtlichen Publikation zu laufen.

C Kosten

97. Gestützt auf die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung;

SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG – Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten/gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressaten/der bzw. die Verfügungsadressat/in.

98. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 lit. a KG – Gebührenverordnung). Da die zitierte Ausnahmebestimmung im vorliegenden Fall keine Anwendung findet, ist die Gebührenpflicht der Verfügungsadressaten/des bzw. der Verfügungsadressaten/in gegeben.

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

100. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. ...

101. Neben dem Aufwand nach Art. 4 KG - Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). ...

102. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf insgesamt []. Diese werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz ist unzulässig nach Massgabe von Art. 5 Absätze 1 und 3 Bst. a KG.
2. Die Verleger und die Zwischenbuchhändler werden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern.
3. Die Buchhändler sind an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden.
4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG geahndet werden.
5. [Kosten]
6. [Rechtsmittelbelehrung]
7. [Eröffnung]

| | |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 2.2 | 4. Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Untersuchung gemäss Art. 27 ff KG

Enquête selon art. 27 ss. LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart

Einstellungsverfügung vom 6. September 1999 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich wegen angeblich

unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG bzw. wegen angeblich unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

A Sachverhalt

1. Im Oktober 1997 lancierte die SWICA Gesundheitsorganisation (im Folgenden SWICA) im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung das Versicherungsprodukt NOVA LIGHT.

2. NOVA LIGHT ist ein Versicherungsprodukt mit eingeschränkter Wahl der Leistungserbringer gemäss Art. 41 Abs. 4 Krankenversicherungsgesetz (KVG), Art. 62 Abs. 1 KVG und Art. 99 der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV). Durch den Abschluss einer NOVA LIGHT-Versicherung kommen die Versicherten in den Genuss einer 10%-igen Prämienreduktion. NOVA LIGHT schränkt nicht nur das Wahlrecht der Versicherten ein, sondern setzt auch die Kriterien fest, unter welchen die Leistungserbringer, insbesondere die Ärzte, ihre Dienstleistungen im Rahmen von NOVA LIGHT erbringen können. Hierzu erstellt die SWICA eine sogenannte Ärzteliste.

3. Mit verschiedenen Aktionen hat sich die Ärztesgesellschaft des Kantons Zürich (im folgenden AGZ) gegen NOVA LIGHT ausgesprochen (z. B. Rundschreiben an die AGZ-Mitglieder, Flugblätter, Zeitungsinserate). Im Wesentlichen sprach sich die AGZ gegen die Beurteilung der wirtschaftlichen Effizienz eines Arztes aufgrund der Durchschnittskosten pro Patient/Jahr und der Konsultationszahl gemäss einer KSK-Statistik sowie die Diskriminierung von "Jungärzten" (Ärzte mit neueröffneter Praxis) aus.

4. Mit Eingabe vom 27. November 1997 ersuchte die SWICA das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden Sekretariat) um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie die Eröffnung einer Vorabklärung und einer Untersuchung gegen die AGZ. Die SWICA machte eine kartellrechtswidrige Boykottierung von NOVA LIGHT durch die AGZ geltend.

5. Im Rahmen eines summarischen Verfahrens kam die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass Anhaltspunkte für ein kartellrechtswidriges Verhalten der AGZ gegeben seien und

eröffnete am 19. Januar 1998 eine Untersuchung wegen vermutungsweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen gemäss Art. 5 bzw. 7 KG auf dem Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich;

erliess am 2. Februar 1998 vorsorgliche Massnahmen gegen die AGZ; der AGZ wurde untersagt, weiterhin gegen das Versicherungsprodukt zu opponieren.

6. Im Februar 1998 wurde die Eröffnung der Untersuchung im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Bundesblatt publiziert. Während der Frist von 30 Tagen haben sich keine Dritten gemeldet, um sich am Verfahren zu beteiligen.

7. Zwecks Abklärung des für die kartellrechtliche Beurteilung relevanten Sachverhaltes wurden im Juni und Juli 1998 die Parteien sowie verschiedene Krankenversicherer, die Verbindung der Schweizer Ärzte FMH, das Konkordat der Schweizerischen Krankenversicherer KSK, das Bundesamt für Sozialversicherung BSV und die Schweizerische Patientenorganisation SPO mittels Fragebogen um Auskunft gebeten.

8. Im Laufe des Verfahrens zeichnete sich eine Dialogbereitschaft zwischen SWICA und AGZ ab. Die Parteien zeigten sich bereit, das Versicherungsprodukt NOVA LIGHT gemeinsam weiterzuentwickeln.

9. In der Folge schlug das Sekretariat am 10. März 1999 den Parteien die Einstellung der Untersuchung infolge Gegenstandslosigkeit vor.

10. Am 7. April sowie am 19. April 1999 wurde der SWICA – unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse – Einsicht in die Akten gewährt.

B Erwägungen

1 Untersuchungseinstellung infolge Gegenstandslosigkeit

11. Ein Untersuchungsverfahren im Sinne von Art. 27 ff. KG wird eingestellt, wenn während des Untersuchungsverfahrens festgestellt wird, dass der Sachverhalt, welcher nach dem KG materiell beurteilt werden sollte, nicht besteht. Dies ist der Fall, sobald die Sachverhaltsabklärungen ergeben, dass kein Abredetatbestand gemäss Art. 5 KG gegeben ist oder dass die Massnahme bzw. das Verhalten eines Unternehmens, welches unter dem Blickwinkel von Art. 7 KG geprüft werden sollte, nie praktiziert wurde. Ebenfalls eine Einstellungsverfügung ergeht, wenn die Parteien, gegen welche die Untersuchungshandlungen gerichtet sind, ihre möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Handlungen im Laufe des Verfahrens aufgeben und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht (vgl. dazu den Fall "Nutztierfütterung", RPW 1997/2, S. 175 ff.). Ferner wird ein Untersuchungsverfahren gemäss Art. 27 ff. KG dann eingestellt, wenn sich vermutungsweise unzulässige Abreden bzw. Verhaltensweisen im Rahmen der materiellen Beurteilung als mit dem Kartellgesetz vereinbar erweisen.

12. Mit den vorsorglichen Massnahmen vom 2. Februar 1998 wurde der AGZ verboten, weiterhin gegen NOVA LIGHT zu opponieren. Tatsächlich sind keine weiteren Handlungen der AGZ gegenüber NOVA LIGHT aktenkundig. Die Einhaltung der angeordneten bzw. die Aufgabe der verbotenen Verhaltensweisen bewirkt jedoch nicht eo ipso den Wegfall des Untersuchungsgegenstandes und führt folglich auch nicht zur Einstellung des Hauptverfahrens. Diese Rechtsfolge würde dem dem Institut der vorsorglichen Massnahmen inhärenten Zweckgedanken widersprechen (Sicherungs- bzw. Schutzfunktion hinsichtlich einer nicht hinlänglich festgestellten Rechtslage).

13. Im vorliegenden Verfahren hat sich jedoch ergeben, dass sich die Parteien im Verlaufe des Verfahrens auf eine zukünftige Zusammenarbeit betreffend die Verbesserung und Weiterentwicklung des in Frage stehenden Versicherungsproduktes einigten. Die AGZ ist, unabhängig von den am 2. Februar 1998 erlassenen vorsorglichen Massnahmen, zu einer Zusammenarbeit bzw. zu einem Unterlassen hinkünftiger Aktionen gegen NOVA LIGHT bereit. Diese Breitschaft hat die AGZ dem Sekretariat

gegenüber sowohl mündlich als auch schriftlich (s. Eingabe AGZ vom 23. April 1999, Ordner 2, act. 55, S. 1 f.) rechtsgenüglich nachgewiesen. Die Verhaltensänderung der AGZ ist unter den in Ziff. 11, zweitletzter Satz, beschriebenen Tatbestand zu subsumieren (Untersuchungseinstellung infolge Wegfall der möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Handlungen und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung der weggefallenen Verhaltensweise).

14. Ebenso zeigte sich die SWICA dem Sekretariat gegenüber sowohl in mündlicher als auch in schriftlicher Form mit einer Untersuchungseinstellung einverstanden.

15. In Würdigung aller Umstände kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Untersuchung Nr. 22-0185, Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich, einzustellen ist. Gleichzeitig werden die mit Verfügung vom 2. Februar 1998 gegen die AGZ erlassenen vorsorglichen Massnahmen aufgehoben.

16. Sollte die AGZ bezüglich NOVA LIGHT erneut Handlungen vornehmen, welche zum Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom 2. Februar 1998 geführt hatten und im Rahmen der Untersuchung Nr. 22-0185 materiell nicht definitiv beurteilt werden, so wird umgehend eine neue Untersuchung gegen die AGZ eröffnet werden.

2 Kosten

17. Gestützt auf die am 1. April 1998 in Kraft getretene Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung), ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gilt im vorliegenden Fall die AGZ. Die AGZ bestreitet ihre Gebührenpflicht, da ihr Verhalten durch vorliegende Untersuchungseinstellung kartellrechtlich nicht qualifiziert werde. Die Gebührenpflicht hängt jedoch nicht von der rechtsgenüglien Feststellung der Kartellrechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens ab. Gebührenpflichtig ist, wer durch sein Verhalten die Eröffnung eines formellen Verfahrens gemäss KG verursacht, unabhängig davon, wie bzw. ob das in Frage stehende Verhalten im Rahmen des Verfahrens materiell beurteilt wird. Die AGZ ist aufgrund ihres Verhaltens gegenüber dem

Versicherungsprodukt NOVA LIGHT Verursacherin des vorliegenden Verfahrens und somit gebührenpflichtig.

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

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

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

21. Derjenige Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich auf 30 Prozent der gesamten Aufwendungen. Derjenige Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, umfasst somit 70 Prozent der gesamten Aufwendungen bzw., in Stunden ausgedrückt, [] Stunden.

22. Gemäss Art. 13 Abs. 2 lit. a i. V. m. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren kann die verfügende Behörde von den Parteien eine Spruchgebühr von 200 bis 10'000 Franken fordern. Wäre das Verfahren vor dem 1. April 1998 abgeschlossen worden, hätte die Wettbewerbskommission angesichts des Umfangs und der Schwierigkeiten des Falles (vgl. Art. 2 Abs. 3) eine Spruchgebühr von 4'000 Franken erhoben. Für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem 1. April 1998 erfolgt ist, wird den Parteien somit eine Gebühr von [] Franken auferlegt.

23. Gemäss Art. 4 Abs. 1 und 2 KG-Gebührenverordnung bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von

130 Franken. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 KG-Gebührenverordnung).

24. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [] Stunden gilt daher ein Ansatz von 130 Franken. Die Gebühr für denjenigen Teil der Aufwendungen, der nach dem 1. April 1998 erfolgt ist, beläuft sich demnach auf [] Franken .

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

C Dispositiv

1. Die Untersuchung auf dem Markt für Versicherungsprodukte in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung im Kanton Zürich wird eingestellt.
2. Die mit Verfügung vom 2. Februar 1998 gegen die AGZ erlassenen vorsorglichen Massnahmen werden aufgehoben.
3. [Kosten]
4. [Rechtsmittel]
5. [Eröffnung]

B 2

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

| | |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------|
| B 2.3 | 1. Valora Holding AG – Messagerie del Libro e della Stampa SA (Melisa) |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------|

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

Beschlussbegründung der Wettbewerbskommission vom 5. Juli 1999 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Valora Holding AG – Messagerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)

A Sachverhalt

1. Am 7. Juni 1999 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Valora Holding AG ("Valora"), Bern, die Aktienmehrheit der Messagerie del Libro e della Stampa SA ("Melisa"), Lugano, zu übernehmen.

2. Die Valora hält Beteiligungen an folgenden Unternehmen:

K-Group (vormals Kiosk AG – Merkur): Presse- und Buchvertrieb inkl. Detailhandel; Handel mit Genuss- und Nahrungsmitteln

Alimarca: europaweiter Vertrieb von Markenartikeln; Lebensmittelproduktion (Kaffee, Süss- und Backwaren)

Slumberland: Produktion und Vertrieb von Matratzen, Betten, Unterbetten und Bettwaren

Fotolabo (seit 1999): Fotomarkt.

3. Im Kanton Tessin ist Valora über ihre Tochter Kiosk AG als Betreiberin von Kioskverkaufsstellen und als Vertreiberin von deutschsprachigen Pressetiteln tätig.

4. Die Melisa ist spezialisiert auf den Buch- und Pressevertrieb (italienischsprachige Pressetitel) im Kanton Tessin. Melisa ist jedoch selber nicht als Betreiberin in von Kioskverkaufsstellen tätig. Eine weitere Geschäftstätigkeit von Melisa ist der Buchhandel.

B Erwägungen

1 Geltungsbereich

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

1.1.a Unternehmen

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

1.1.b Unternehmenszusammenschluss

7. Gemäss Aktienkaufsvertrag vom 7. Mai 1999 werden gut 65 % der Inhaberaktien der Melisa durch Valora übernommen. Damit erlangt Valora die Kontrolle über Melisa. Es gehen sowohl die Geschäftstätigkeiten im Presse- wie im Buchbereich in die Kontrolle von Valora über.

8. Es handelt sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU.

1.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

1.3 Meldepflicht

10. Valora erzielte 1997 einen Umsatz von rund Fr. 2,4 Mrd., wobei Fr. 1,7 Mrd. auf die Schweiz entfielen.

11. Der Umsatz von Melisa betrug Fr. 20,1 Mio. im Jahr 1997. Melisa ist ein Unternehmen mit teilweiser geschäftlicher Tätigkeit im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften. Dementsprechend ist das Zwanzigfache der tatsächlich in diesem Bereich getätigten Umsätze massgebend (gem. Art. 9 Abs. 2 KG). Im Pressevertrieb erzielte Melisa 1997 einen Umsatz von Fr. 14,4 Mio. Dadurch überschreitet auch Melisa die Umsatzschwelle von 100 Millionen Franken in der Schweiz.

12. Damit werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Die Meldepflicht wird von den beteiligten Unternehmen auch nicht bestritten.

2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach Vorprüfung

2.1 Relevante Märkte

2.1.a Sachlich relevante Märkte

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 Bst. a VKU).

14. Sowohl die Melisa als auch die zur Valora gehörende Kiosk AG sind als Pressegrossisten tätig. Ein Pressegrossist nimmt die Mittlerfunktion zwischen den Verlagen (Herstellung von Zeitungen und Zeitschriften) und den Verkaufsstellen ein. Der Pressegrossist

steht somit zwei verschiedenen Marktgeenseiten gegenüber. Dies kommt auch in der nachfolgenden Marktabgrenzung zum Ausdruck.

15. Die Leistungen verschiedener Pressegrossisten sind nur insoweit substituierbar, als diese in der Lage sind, den nachgefragten Pressetitel bzw. das Pressesortiment parallel zueinander zu liefern. Für die Verkaufsstellen ist beispielsweise ein Sortiment mit italienischsprachigen Titeln nicht mit einem Sortiment mit deutschsprachigen Titeln austauschbar. Bei Zeitungen und in beschränkterem Ausmass auch bei Zeitschriften spielt der Faktor Zeit insofern eine wichtige Rolle, als der Nutzen einer Zeitung für die Konsumenten kurz nach dem Erscheinen der entsprechenden Ausgabe am grössten ist. Anschliessend verlieren die jeweiligen Informationen zunehmend und rasch an Wert. Aufgrund von Beobachtungen im Kaufverhalten der Leser geht Kiosk AG davon aus, dass Zeitungen jeweils bis 9 Uhr für die Leser von grossem Nutzen sind und anschliessend nehmen die Verkaufszahlen regelmässig stark ab. Für die Presseverkaufsstellen ist es deshalb wichtig, dass ein Pressegrossist eine rechtzeitige Belieferung sicherstellen kann. Aus Sicht der Presseverkaufsstellen sind alle Leistungen substituierbar, welche eine zeitgerechte Lieferung der nachgefragten Pressetitel bzw. -sortimente ermöglichen.

16. Als sachlich relevant werden die Märkte für die zeitgerechte Belieferung der Verkaufsstellen mit Pressesortimenten bezeichnet. Im vorliegenden Fall können aufgrund der Tätigkeit von Melisa bzw. Kiosk AG konkret Sortimente mit italienischsprachigen bzw. deutschsprachigen Titeln unterschieden werden.

17. Aus Sicht der Verlage als zweiter Marktgeenseite von Pressegrossisten sind alle Leistungen substituierbar, welche eine zeitgerechte Verteilung der Verlagstitel an die Presseverkaufsstellen ermöglichen.

18. Die zweite wichtige Vertriebsform für Presseerzeugnisse ist das Abonnementgeschäft. Aus Sicht der Verlage wird mit dieser Vertriebsform der Verkauf der Verlagstitel und damit dasselbe Ziel wie über die Presseverkaufsstellen erreicht. Allerdings werden mit dem Abonnementgeschäft die regelmässigen Leser eines Titels abgedeckt, während der Einzelverkauf über Kioske vorwiegend Spontankäufer ansprechen soll. Im Bereich der Verteilung müssen im Abonnements- bzw. Einzelverkaufgeschäft zudem unterschiedliche Betriebsstrukturen vorliegen. Während beim Abonnementgeschäft

viele Abnehmer mit geringer Menge (sprich einer Zeitung) bedient werden, sind beim Einzelverkaufsgeschäft wenige Verkaufsstellen mit grossen Mengen zu bedienen.

19. Im Folgenden wird in teilweiser Analogie zu oben von einem relevanten Markt für den zeitgerechten Vertrieb der Verlagstitel in italienischer bzw. deutscher Sprache an die Presseverkaufsstellen ausgegangen.

20. Als weiterer relevanter Markt im Pressevertriebsmarkt würde grundsätzlich der Betrieb von Presseverkaufsstellen gelten. Da jedoch Melisa in diesem Markt nicht tätig ist, ergeben sich keine Marktanteilsadditionen und es kann von einer näheren Betrachtung dieses Marktes abgesehen werden.

2.1.b Räumlich relevante Märkte

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. Die Märkte für die zeitgerechte Belieferung von Verkaufsstellen mit Pressesortimenten in italienischer bzw. deutscher Sprache sind in räumlicher Hinsicht stark abhängig von den Sprachregionen. Dementsprechend werden von den Presseverkaufsstellen auch hauptsächlich die Presseerzeugnisse in der entsprechenden Sprache nachgefragt. So werden bspw. deutschsprachige Titel hauptsächlich in der Deutschschweiz nachgefragt. Im Kanton Tessin werden aufgrund des wichtigen Tourismussektors neben den italienischsprachigen Titeln v. a. auch deutschsprachige Titel stark nachgefragt.

23. Da die zeitgerechte Belieferung aufgrund der physischen Transporte der Presseerzeugnisse nicht zuletzt von der Transportdistanz abhängig ist, arbeiten die Presseverkaufsstelle in der Regel mit dem nächstgelegenen Pressegrossisten zusammen.

24. Im vorliegenden Fall kann das Gebiet des Kantons Tessin als räumlich relevant bezeichnet werden, da sich aufgrund der Tätigkeit von Melisa bzw. Kiosk AG nur dort allfällige Überschneidungen ergeben.

25. Die Verlage als Marktgegenseite im Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Verlagstiteln benötigen die Vertriebsdienste in räumlicher Hinsicht je nach Streuung des entsprechenden Titels lokal, landesweit oder grenzüberschreitend. Allerdings wird bei den meisten Presseerzeugnissen das Nachfragegebiet für die Vertriebsdienste ebenfalls durch die Sprachgrenzen bestimmt.

26. Da im vorliegenden Fall aufgrund der Tätigkeit von Melisa bzw. Kiosk AG nur der Kanton Tessin betroffen ist, liegt es nahe, den räumlichen Markt für Vertriebsdienstleistungen auf das Gebiet des Kantons Tessin zu begrenzen.

2.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

27. 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.

a. Märkte für die zeitgerechte Belieferung von Verkaufsstellen im Kanton Tessin mit Pressesortimenten in italienischer bzw. deutscher Sprache

I. Aktueller Wettbewerb

28. Da sich aus wettbewerblicher Sicht für die beiden relevanten Märkte (Beliieferung mit italienisch- bzw. deutschsprachigen Pressesortimenten) dieselben Ergebnisse ergeben, werden die beiden Märkte in der Folge gemeinsam betrachtet.

29. Im Kanton Tessin bestehen insgesamt gut 500 Presseverkaufsstellen, wobei Kiosk AG rund 50 Eigenverkaufsstellen betreibt. Melisa beliefert alle Presseverkaufsstellen mit ausschliesslich italienischsprachigen Verlagstiteln. Kiosk AG versorgt neben den

eigenen Verkaufsstellen rund 350 andere Verkaufsstellen mit ausschliesslich deutschsprachigen Verlagstiteln. Melisa und Kiosk AG sind somit in unterschiedlichen relevanten Märkten tätig. Beide Unternehmen weisen vor dem Zusammenschluss gegen 100 % Anteil im jeweils relevanten Markt auf. Diese Situation ist Ausdruck der im Pressevertriebsbereich üblichen Gebietsmonopole, welche u. a. darauf zurückzuführen sind, dass die Verlage aus Effizienzgründen in der Regel pro (Sprach-) Gebiet nur einen Vertriebspartner bestimmen. Das Zusammenschlussvorhaben wird somit nicht zu einer Addition von Marktanteilen führen. Das marktbeherrschende Unternehmen im Bereich der Belieferung der Verkaufsstellen mit italienischsprachigen Titeln geht lediglich in einen anderen Besitz über.

30. Da Kiosk AG bereits in einem der beiden als benachbart zu bezeichnenden Märkte (Beliierung mit deutschsprachigem Pressesortiment) die führende Stellung einnimmt, könnte der Zusammenschluss allenfalls zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Die Marktstellung und die möglichen Auswirkungen auf die Marktgegenseite sind jedoch durch die folgenden Überlegungen zu relativieren:

31. In einem durch Netzstruktur geprägten Wirtschaftssektor ist häufig davon auszugehen, dass im Bereich der Verteilung der Güter oder Dienstleistungen an die Kunden Eigenschaften eines natürlichen Monopols vorliegen. Die Kostenfunktion ist subadditiv, was bedeutet, dass die nachgefragte Menge von einem Unternehmen kostengünstiger produziert werden kann, als von zwei oder mehr Unternehmen. Wie die physische Belieferung weist auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierungen, Rücknahme von nicht verkauften Exemplaren) Eigenschaften auf, die die Annahme zulassen, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt werden. Im konkreten Fall ist die Belieferung aller Verkaufsstellen im Kanton Tessin mit Presseerzeugnissen sicherlich billiger, wenn nur ein Unternehmen diese Funktion übernimmt.

32. In einem effizient funktionierenden Markt, welcher Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweist, wird es somit nie zu aktueller Konkurrenz im Markt kommen. Vielmehr existiert eine Konkurrenz um den Markt, welcher durch die potentiellen Konkurrenten geführt wird (vgl. Rz. 37 ff).

33. Die Verkaufsstellen im Kanton Tessin werden in Zukunft exklusiv von Unternehmen der Valora mit Presseerzeugnissen beliefert. Für die Marktgegenseite ändert sich jedoch insofern wenig, als dass sie bereits vor dem Zusammenschluss für die beiden Pressesortimente (italienischsprachige und deutschsprachige Titel) auf jeweils einen Lieferanten angewiesen waren, dem sie nicht ausweichen konnten.

34. Indiz für die heute wohl ineffiziente Lösung im Kanton Tessin ist, dass Melisa in den vergangenen Jahren mit dem Pressevertriebsgeschäft jeweils Verluste ausweisen musste. Ebenso ist zu vermerken, dass Melisa nicht mehr über die finanziellen Mittel verfügte, um in technischer und operationeller Hinsicht die zur effizienten Betriebsführung notwendigen Investitionen zu tätigen.

35. Insgesamt führt die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz zum Schluss, dass Kiosk AG nach dem Zusammenschluss auch im Markt für die Belieferung mit italienischsprachigen Presstiteln eine marktbeherrschende Stellung einnehmen wird. Allerdings ist eine derartige Marktstellung im Pressevertriebsmarkt aufgrund ökonomischer Eigenschaften (natürliches Monopol) und den von den Verlagen als effizient erachteten Gebietsmonopolen für die Belieferung mit Pressesortimenten als normal zu erachten (vgl. Situation Deutschschweiz und Romandie) und führt aus Sicht der Nachfrageseite nicht unbedingt zu einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation.

36. Grundsätzlich könnte die Gefahr bestehen, dass Kiosk AG eigene Verkaufsstellen zu besseren Bedingungen beliefert oder andere Verkaufsstellen sogar gänzlich boykottiert. In diesem Fall würde die Wettbewerbskommission Art. 7 KG zur Anwendung bringen.

II. Potentieller Wettbewerb

37. Mit dem Zusammenschluss verschwindet ein potentieller Konkurrent für die Belieferung von Verkaufsstellen im Kanton Tessin mit Pressesortimenten. Die bisherige potentielle Konkurrenz durch Kiosk AG ist jedoch zu relativieren, da sie für die Belieferung der Verkaufsstellen im Tessin mit italienischsprachigen Titeln nicht auf ihr Vertriebszentrum in Muttenz hätte zurückgreifen können. Aufgrund der Transportdistanzen ist eine zeitgerechte Belieferung der Verkaufsstellen im Kanton Tessin mit italienischsprachigen Titeln via Vertriebszentrum Muttenz nicht möglich. Dazu wären vielmehr Investitionen in ein paralleles Vertriebszentrum im Tessin notwendig

gewesen. Ausserdem wäre eine effektive Konkurrenz zur Melisa nicht möglich gewesen, da die Verlage immer nur ein Unternehmen exklusiv für die Belieferung der Verkaufsstellen in einem Gebiet auswählen.

38. Als weitere potentielle Konkurrenten gelten grundsätzlich alle Unternehmen, die bereits über ein Vertriebssystem verfügen. Dazu sind die Post, private Paket- und Kurierdienste und auch die Frühzustelldienste für Zeitungen zu zählen. Diese Unternehmen haben jedoch alle das Problem, dass die Eintrittsbarrieren v. a. aufgrund der für einen Newcomer inexistenten vertraglichen Beziehungen zu den Verlagen hoch sind. Anders sieht es aus, wenn Verlage mit der Leistung eines Vertriebspartners nicht zufrieden sind und ihre vertraglichen Beziehungen zum etablierten Pressegrossisten ändern.

39. Der Zusammenschluss führt nicht zu einer Verminderung des Einflusses der potentiellen Konkurrenten auf den Gebietsmonopolisten.

III. Ergebnis im relevanten Markt

40. Das Zusammenschlussvorhaben hat nur beschränkte Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Verkaufsstellen und Pressegrossisten. Die Verkaufsstellen stehen sowohl vor wie auch nach dem Zusammenschluss Unternehmen gegenüber, welche in Bezug auf ein bestimmtes Pressesortiment eine Monopolstellung einnehmen. Es kommt somit nicht zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

41. Im Zentrum der Existenz von Gebietsmonopolen im Pressevertrieb stehen die ökonomischen Eigenschaften des Vertriebsgeschäftes und die vertraglichen Beziehungen zwischen Verlagen und den Pressegrossisten. Die marktbeherrschende Stellung gegenüber den Presseverkaufsstellen bei der Belieferung mit italienischsprachigen Erzeugnissen steht somit nicht in einem kausalen Zusammenhang mit dem Zusammenschlussvorhaben.

b. Markt für den zeitgerechten Vertrieb von italienischsprachigen bzw. deutschsprachigen Verlagstiteln an Presseverkaufsstellen im Kanton Tessin

I. Aktueller Wettbewerb

42. Die Verlage bestimmen wie bereits weiter oben erwähnt in der Regel pro (Sprach-)Gebiet nur einen Vertriebspartner. Damit soll ein effizienter Vertrieb gewährleistet werden. Aufgrund dieser Tatsache finden sich in der Regel auch keine parallelen auf den Pressevertrieb spezialisierten Vertriebssysteme.

43. Melisa und Kiosk AG können vor dem Zusammenschluss nicht als Konkurrenten bezeichnet werden, da sie nur auf jeweils einem relevanten Markt den Vertrieb für die Verlage übernehmen.

44. Damit stehen den Verlagen auf Pressegrossistenebene bereits vor dem Zusammenschluss Monopolisten gegenüber.

II. Potentieller Wettbewerb

45. Durch den Zusammenschluss verschwindet auch aus Sicht der Verlage ein potentieller Vertriebspartner bzw. aus Sicht der Pressegrossisten ein potentieller Konkurrent. Allerdings ist die Wirkung, welche Kiosk AG auf Melisa ausüben konnte, analog wie in Rz. 37 ff. zu relativieren.

46. Als potentielle Konkurrenten können v. a. die Vertriebssysteme der Post, der privaten Paket- und Kurierdienste und der häufig anzutreffenden Zeitungsfrühzustelldienste bezeichnet werden. Diese Unternehmen könnten ohne grosse Zusatzinvestitionen den Vertrieb der Presstitel für die Verlage übernehmen.

47. Für ein bislang nicht im Vertriebsmarkt tätiges Unternehmen würden hingegen beträchtliche Startinvestitionen in den Bereichen Fahrzeuge, Vertriebszentrum mit Sortieranlagen und Informatik anfallen.

48. Der potentielle Wettbewerb wird durch den Zusammenschluss nicht vermindert.

III. Ergebnis im relevanten Markt

49. Für die Verlage mit italienischsprachigen Titeln ändert der Vertriebspartner. Gegenüber den Verlagen wird aber weiterhin nur ein Unternehmen als Vertriebspartner auftreten. Obwohl für die Verlage ein potentieller Vertriebskanal verschwindet, kann nicht von einer Verschlechterung der Wettbewerbssituation gesprochen werden.

50. Es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung verstärken würde, da die potentielle Konkurrenz nicht vermindert wird.

2.3 Ergebnis

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

| | |
|-------|-----------------------------------------------------------------|
| B 2.3 | 2. Einheiten der Credit Suisse Group – Belcom Holding AG |
|-------|-----------------------------------------------------------------|

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

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

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

Zusammenfassung

Mit Schreiben vom 9. Juli 1999 wurde der Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen zwei Einheiten der Credit Suisse Group („CSG“) und der Belcom Holding AG („Belcom“) eingereicht. Bei den zwei Einheiten der CSG handelt es sich um sogenannte „Private Equity Funds“, welche durch Tochtergesellschaften der CSG kontrolliert werden, nämlich um Credit

Suisse First Boston Equity Partners, L. P. und EMA Private Equity Fund 1999, L. P. (gemeinsam „CSFBPE“). CSFBPE beabsichtigt 40 % des Aktienkapitals der Belcom von Dr. R. Schawinski zu erwerben.

Die CSG ist ein weltweit tätiger Allfinanz-Konzern. Über ihre Tochtergesellschaften betreibt sie sowohl das Banken- wie auch das Versicherungsgeschäft.

Die Belcom ist eine Holdinggesellschaft, die 100 % der Aktien der Radio 24 AG und der Tele 24 AG hält und 50 % der Aktien und 62,5 % der Stimmrechte in der TeleZüri AG besitzt. 96,75 % der Aktien der Belcom stehen derzeit im Eigentum der Privatperson Dr. R. Schawinski.

Das angemeldete Vorhaben stellt einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b i. V. m. Art. 9 KG dar. Durch ihre Beteiligung an der Belcom erhält die CSFBPE die Möglichkeit, zusammen mit Herrn Dr. R. Schawinski einen im Sinne von Art. 1 VKU bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der Belcom und ihrer Tochtergesellschaften auszuüben. Dieser Einfluss der CSFBPE beruht u. a. auf den ihr aufgrund eines Aktionärsbindungsvertrags eingeräumten weitreichenden Vetorechten in Bezug auf die Aktivitäten der Belcom.

Die Parteien haben die Meldepflicht mit der Begründung bestritten, das Vorhaben stelle keinen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar. Hierfür haben sie fünf Gründe geltend gemacht: (1) Herr Dr. R. Schawinski als Privatperson ist kein Unternehmen, (2) die CSFBPE erwirbt keine (gemeinsame) Kontrolle über die Belcom, (3) das Provisorium der Beteiligung, (4) die „Bankenklausel“ des EG-Rechts (Art. 3 Abs. 5, Bst. a FKVO), (5) die „luxemburgische Klausel“ des EG-Rechts (Art. 3 Abs. 5, Bst. c FKVO). Das Sekretariat hat nachgewiesen, dass im vorliegenden Falle keiner dieser Gründe greift. In Bezug auf die weder im KG noch in der VKU (ausdrücklich) vorgesehenen „Banken-“ und „luxemburgischen Klausel“ hat es als obiter dictum angeführt, dass es grundsätzlich bereit sei, diese Ausnahmen anzuerkennen, soweit die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Im Rahmen der Darstellung der im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU relevanten Märkte haben die Parteien auf fünf Bereiche hingewiesen: (1) Fernsehzuschauersegment, (2) Fernsehwerbung, (3) Radiohörersegment, (4) Radiowerbung, (5) Bankenmarkt im Kanton

Aargau. Innerhalb dieser Bereiche können mehr oder weniger enge oder breite sachliche und/oder geographische Märkte abgegrenzt werden.

Eine genaue Marktabgrenzung ist jedoch hier überflüssig, da das Vorhaben auch bei der engsten Marktabgrenzung (regionales Fernsehen Wirtschaftsregion Zürich usw.) zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 KG), führt.

Das Vorhaben ist nämlich ein konglomeraler Zusammenschluss, der zu keinerlei Marktanteilsadditionen auf den relevanten Märkten führt (vgl. z. B. RPW 1998/4, 601, RZ 61, 70, 75, 82). Die hier in Frage stehenden Medienmärkte sind zudem einem bedeutenden Wettbewerbsdruck inländischer und ausländischer Unternehmen ausgesetzt. Man kann schliesslich auf die in erster Linie finanzielle Natur des Geschäfts hinweisen.

| | |
|-------|-------------------------|
| B 2.3 | 3. Exxon – Mobil |
|-------|-------------------------|

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

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

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

Zusammenfassung

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind weltweit in folgenden Bereichen tätig: Exploration, Förderung, und Transport von Rohöl und Erdgas; Raffinierung von Rohöl sowie F & E und Vermarktung von raffinierten Produkten, Chemikalien und Erdgas. In der Schweiz beschränkt sich die Geschäftstätigkeit der beteiligten Unternehmen ausschliesslich auf den Vertrieb und die Vermarktung von raffinierten Rohölprodukten, Chemikalien und Erdgas. Betroffen sind einzig die Teilmärkte Flugtreibstoffe Basisflüssigkeitsschmiermittel (base oils) und industrielle Schmierstoffe.

Aufgrund eher geringer Marktanteile sowie der Anzahl starker, weltweit tätiger Konkurrenten in allen relevanten Märkten waren die Voraussetzungen für die Durchführung einer Prüfung nicht gegeben.

| | |
|-------|------------------------------------------------------|
| B 2.3 | 4. Bon Appétit Holding – Usego Hofer Curti AG |
|-------|------------------------------------------------------|

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

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

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

Zusammenfassung

Dieses Zusammenschlussvorhaben ist wettbewerbslich im Bereich „Verkehrs-Gastronomie“ analog zu beurteilen wie der Zusammenschluss SSG-Curti (RPW 1998/2 S. 247).

Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind im Handel (Grosshandel, Detailhandel und Convenience-Shops sowie Belieferung dieser Kanäle) und in der Verkehrsgastronomie (Bahncatering und Autobahnraststätten) tätig. Abgesehen vom Bereich Verkehrsgastronomie gibt es keine betroffenen Märkte. Angesichts dessen sowie aufgrund bedeutender Konkurrenten waren die Voraussetzungen für die Durchführung einer Prüfung nicht gegeben.

| | |
|-------|------------------------------------------------------------------------|
| B 2.3 | 5. TeleZüri AG (Erhöhung Beteiligungen von Belcom und TA Media) |
|-------|------------------------------------------------------------------------|

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 14. bzw. 15. Juli 1999 wurden der Wettbewerbskommission von Belcom Holding AG („Belcom“) und TA Media AG („TA Media“) Meldungen über ein Zusammenschlussvorhaben eingereicht. An TeleZüri AG waren bisher Belcom (33 1/3 % des Kapital und 50 % der Stimmen), TA Media (33 1/3 % des Kapitals und 25 % der Stimmen) und Ringier AG (33 1/3 % des Kapitals und 25 % der Stimmen) beteiligt. Die aufgrund des Rückzuges der Ringier AG frei werdende Beteiligung soll je hälftig von Belcom und TA Media übernommen werden. Dadurch ergeben sich die folgenden neuen Beteiligungsverhältnisse an TeleZüri AG:

Belcom: 50 % des Kapitals und 62,5 % der Stimmen

TA Media: 50 % des Kapitals und 37,5 % der Stimmen.

TeleZüri AG veranstaltet in der Stadt und Agglomeration Zürich ein lokales Fernsehprogramm.

In der Belcom Holdinggesellschaft sind alle Medienaktivitäten von Herrn Dr. Roger Schawinski zusammengefasst. Belcom hält Beteiligungen an der Tele24 AG (100 %), der Radio 24 AG (100 %), der Belcom AG (100 %, Werbeakquisitionsfirma der Gruppe), der Takeoff Communication AG (100 %, Immobilienfirma) und der TeleZüri AG (vgl. oben).

Die TA Media ist im Medienbereich und der Informationsvermittlung, insbesondere im Verlagswesen sowie der grafischen Industrie tätig. TA Media hält verschiedene Beteiligungen an Unternehmen in diesem Bereich.

Das angemeldete Vorhaben stellt einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b i. V. m. Art. 9 KG dar. Die Belcom erhält mit der Erhöhung der Beteiligung weitreichende Kontrolle über TeleZüri AG. Die TA Media hat jedoch bei wichtigen Beschlüssen, für welche ein qualifiziertes Mehr von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich sind, ein Vetorecht und kann einen bestimmenden Einfluss im Sinne von Art. 1 VKU auf TeleZüri ausüben.

Gegenstand dieses Zusammenschlussvorhabens ist die Erhöhung von Beteiligungen am Lokalfernseher TeleZüri. Als engster sachlich relevanter Markt kann der Fernsehmarkt ausgeschieden werden. In räumlicher Hinsicht kann das Sende- bzw. Empfangsgebiet von TeleZüri abgegrenzt werden. Gemäss Sendekonzession umfasst dieses Gebiet die Agglomeration Zürich. Als relevanter Markt kann somit der Fernsehmarkt in der Agglomeration Zürich bezeichnet werden.

TeleZüri ist einem starken Wettbewerbsdruck von etablierten inländischen wie ausländischen Fernsehveranstaltern ausgesetzt. Im relevanten Markt erreicht TeleZüri einen Marktanteil von 5,6 % (Angaben TA Media) bis 7 % (Angaben Belcom). Diese Angaben berücksichtigen auch die Marktanteile von Tele24, da TeleZüri und Tele24 im Raum Zürich bislang über dieselben Kanäle ausgestrahlt wurden.

Damit sind gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d keine Märkte vom Zusammenschluss betroffen. Das Zusammenschlussvorhaben hat auch keine Marktanteilsadditionen zur Folge. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

| | |
|-------|------------------------------|
| B 2.3 | 6. Swisscom – Debitel |
|-------|------------------------------|

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 10. August 1999 ging bei der Wettbewerbskommission die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen Swisscom AG, Worblaufen („Swisscom“) und Debitel AG, Stuttgart („Debitel“) ein. Swisscom beabsichtigt, 58 % der Aktien der Debitel zu übernehmen.

Swisscom ist die grösste Anbieterin von Fernmeldediensten in der Schweiz und hat auch im Ausland diverse Tochtergesellschaften. Sie weist Geschäftstätigkeiten in allen Bereichen der Telekommunikation auf. Swisscom ist heute noch zu gut 65 % im Besitz der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Debitel ist eine netzunabhängige Service Providerin in Deutschland. Service Provider sind Unternehmen, die Telekommunikationsdienste, insbesondere solche anderer Anbieterinnen oder unter Verwendung des Netzes einer anderen Anbieterin, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben. Debitel ist eine börsenkotierte Aktiengesellschaft und steht im Besitz von

Debis AG (100-%-Tochter der DaimlerChrysler AG) mit 42,5 % der Aktien;

Metro Vermögensverwaltungs GmbH mit 27,8 % der Aktien;

Divaco Beteiligungs AG mit 7,9 % der Aktien;

ElectronicPartner Handel GmbH mit 2 % der Aktien;

Publikumsaktionäre 19,8 % der Aktien.

Debitel weist Geschäftsaktivitäten im Mobilfunk-, Telefonie- und Internetmarkt auf. Im für Debitel wichtigsten Geschäftsbereich Mobilfunk, weist sie in Deutschland einen Marktanteil von 14 % auf. Sie besitzt Tochtergesellschaften in Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Belgien, Dänemark, Slowenien, Spanien und Österreich.

Da Debitel in der Schweiz nicht tätig ist und keine Umsätze erzielt, wäre der Zusammenschluss aufgrund der Umsatzschwellenwerte in Art. 9 Abs. 1 KG nicht meldepflichtig. Die Meldepflicht ergibt sich im vorliegenden Fall gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG. Die Weko hat mit rechtskräftiger Verfügung vom 5. Mai 1997 festgestellt, dass die Swisscom auf dem Telefoniemarkt eine marktbeherrschende Stellung hat.

Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 23. Juli 1999 auch dem deutschen Bundeskartellamt notifiziert. Das Bundeskartellamt hat den Parteien am 16. August 1999 mitgeteilt, dass das Zusammenschlussvorhaben als unbedenklich erachtet wird und vollzogen werden darf.

Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens wird von den sachlich relevanten Märkten Vertrieb von Festnetzdiensten, Vertrieb von Mobilfunkdiensten und Vertrieb von Internetzugangsdiensten ausgegangen, welche jeweils räumlich auf die Schweiz begrenzt werden. Vom Zusammenschlussvorhaben sind die Märkte für den Vertrieb von Festnetzdiensten (Swisscom Marktanteil ca. 96 % im Jahr 1998) und für den Vertrieb von Mobilfunkdiensten (Swisscom Marktanteil ca. 98 % im Jahr 1998) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU betroffen. Debitel ist ihrerseits nicht in der Schweiz tätig. Es ergeben sich keine Marktanteilsadditionen. Der Zusammenschluss wird nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der Swisscom im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG führen.

Die Voraussetzungen für eine eingehende Prüfung des Zusammenschlusses sind daher nicht gegeben.

| | |
|-------|-------------------------------------|
| B 2.3 | 7. ITV/IVG – TUI (Suisse) AG |
|-------|-------------------------------------|

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

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

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

Zusammenfassung

Am 28. Juli 1999 wurde der Wettbewerbskommission die Meldung über zwei Zusammenschlussvorhaben eingereicht. TUI (Suisse) AG, Zürich, erwirbt die Anteile der Jelmoli-Gruppe an den Unternehmen ITV (Imholz-TUI-Vögele) Reisen AG, Zürich ("ITV"), und Imholz-Vertriebs AG, Zürich ("IVG"). Die zu übernehmenden Anteile belaufen sich bei ITV auf einen Drittel und bei IVG auf zwei Drittel des Aktienkapitals. Nach den Transaktionen hält der TUI-Konzern 98 % des Kapitals und der Stimmrechte an ITV und 99 % an IVG. Die restlichen Anteile werden von den Herren Charles und Carlo Vögele gehalten.

TUI (Suisse) AG ist am 18. Juni 1999 aufgrund einer Umfirmierung aus der Stenwick Holding AG, Zug, hervorgegangen und ist eine 100-%-Tochter der Hapag Touristik Union GmbH ("HTU"). Als reine Holdinggesellschaft liegt ihre Geschäftstätigkeit im Kauf, Verkauf und Halten von Beteiligungen an Gesellschaften, der Erbringung von Dienstleistungen an Konzerngesellschaften und Dritte und der Finanzierung aller Art für Konzerngesellschaften und Dritte. Die einzigen zur Zeit gehaltenen Beteiligungen von TUI (Suisse) AG sind die Aktien der ITV und der IVG.

Die HTU übernahm am 1. Juli 1999 sämtliche Aktiven und Passiven der TUI Touristik International. Die HTU wird ihrerseits zu 100 % von der Hapag Lloyd AG kontrolliert, an der wiederum die Preussag AG zu 99,6 % beteiligt ist. Die HTU ist ein führender europäischer Reiseveranstalter und -verkäufer mit Gesellschaften in 26 Ländern.

Die ITV ist im Reiseveranstalter- und Touristikgeschäft tätig und organisiert Dienstleistungen des Personenreise- und Warenverkehrs im In- und Ausland.

Die IVG ist Betreiberin von Reisebüros und vermittelt bzw. vertreibt Reisen aller Art.

Die Jelmoli Holding AG ist über ihre Tochter Imholz Reisen Holding AG im Erwerb und der Verwaltung von Beteiligungen an Unternehmen der Touristikbranche tätig. Mit dem Verkauf der Anteile an ITV und IVG trennt sich der Jelmoli-Konzern von seinen Aktivitäten im Reisegeschäft. Diese Trennung erfolgt im Rahmen einer Konzentration von Jelmoli auf das Detailhandelsgeschäft.

Die angemeldeten Vorhaben werden in der Folge getrennt beurteilt.

a) Erwerb von 1/3 der Anteile an ITV durch TUI (Suisse) AG

TUI (Suisse) AG erlangt die alleinige Kontrolle über die ITV. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG werden überschritten. Das angemeldete Vorhaben stellt demnach einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b i. V. m. Art. 9 KG dar.

Der Reisemarkt lässt sich grob unterteilen in die Veranstalter- und die Vertriebsseite, welche als benachbarte Märkte zu bezeichnen sind. Die Veranstalter (sogenannte Tour Operators) sind für die Organisation, die Auswahl und den Einkauf von Leistungen zuständig. Die Unternehmen auf der Vertriebsseite (Retailmarkt) verkaufen u. a. die Leistungen der Tour Operator. Die ITV ist auf der Veranstalterseite des Reisemarktes tätig.

Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhaben kann ein relevanter Markt für die Veranstaltung von Reisen abgegrenzt. Räumlich wird der Markt auf die Schweiz begrenzt, obwohl es durchaus möglich ist, dass Tour Operators ihre Kataloge und damit ihre Reisen auch im Ausland anbieten.

Der Reiseveranstaltermarkt (Marktvolumen: Fr. 2'640 Mio.) teilte sich aufgrund der letzten verfügbaren Studie aus dem Jahr 1996 wie folgt auf (Umsätze):

| | |
|--------------------------|--------------|
| Kuoni | Fr. 870 Mio. |
| Hotelplan Swiss Group | Fr. 700 Mio. |
| Imholz | Fr. 420 Mio. |
| Vögele | Fr. 200 Mio. |
| Übrige | Fr. 450 Mio. |

Der Markt ist geprägt durch die drei grossen Veranstalter Kuoni, Hotelplan und ITV, welche jeweils ein Vollsortiment anbieten. Die in der Kategorie "Übrige" zusammengefassten kleineren Veranstalter sind in der Regel stärker spezialisiert und bieten Reisen in bestimmten Bereichen (z. B. Sport, Kultur, Kreuzfahrten, Safaris, usw.) oder in bestimmten Reiseregionen an. Die unter dem Dach der ITV zusammengefassten Imholz und Vögele wiesen gemäss den Angaben aus dem Jahr 1996 einen Marktanteil von rund 23,5 % auf. Der Markt ist seither leicht gewachsen. Hotelplan und die unter "Übrige" zusammengefassten Tour Operators konnten ihre Marktanteile ausbauen, während Kuoni stagnierte und ITV Marktanteile verloren hat.

Aufgrund des Marktanteils von ITV (rund 23,5 %) gibt es keine Märkte, welche gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vom Zusammenschluss betroffen sind. Es kann weiter festgestellt werden, dass keine Marktanteilsadditionen stattfinden. Die Voraussetzungen für die Einleitung des Prüfungsverfahrens sind daher nicht gegeben.

b) Erwerb von 2/3 der Anteile an IVG durch TUI (Suisse) AG

Die TUI (Suisse) AG erlangt die alleinige Kontrolle über die IVG. Da zudem die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG überschritten werden, stellt das angemeldete Vorhaben einen meldepflichtigen

Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b i.V.m. Art. 9 KG dar.

Die IVG ist auf der Vertriebsseite (oder Retailmarkt) des Reisemarktes tätig und verkauft Katalogreisen (d. h. die Angebote der Tour Operators), Flugtickets und Angebote weiterer Leistungsträger (z. B. Bahn oder Fähren).

Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann von einem relevanten Markt für den Vertrieb von Reisen ausgegangen werden. In räumlicher Hinsicht wird der Markt auf die Schweiz und das grenznahe Ausland begrenzt. Allerdings spielt das grenznahe Ausland umsatzmässig eine untergeordnete Rolle.

Der Schweizer Reisevertriebsmarkt wies bei der letzten verfügbaren Schätzung aus dem Jahr 1996 ein Gesamtvolumen von rund Fr. 2'290 Mio. auf. Dieses Marktvolumen hat sich seither leicht vergrössert, wobei vorallem Kuoni (ca. Fr. 670 Mio.) und Hotelplan (ca. Fr. 450 Mio.) ihre Marktanteile leicht vergrössert haben. IVG stützt sich hauptsächlich auf das ehemalige Verkaufstellennetz der Imholz und erzielt mit den rund 60 Eigenverkaufsstellen einen Umsatz von rund Fr. 260 Mio. Die unabhängigen Agenten erzielen insgesamt einen Umsatz von Fr. 910 Mio. und stellen die vierte Kraft im Reisevertriebsmarkt dar.

IVG weist einen Marktanteil von knapp 11,5 % auf. Der Markt ist somit gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht vom Zusammenschluss betroffen. HTU ist mit Ausnahme der beschriebenen Tätigkeit von IVG nicht in der Schweiz tätig. Es ergeben sich deshalb keine Marktanteilsadditionen.

Die Voraussetzungen für die Einleitung des Prüfungsverfahrens sind daher nicht gegeben.

| | |
|-------|-----------------------------------|
| B 2.3 | 8. Hoechst / Rhône-Poulenc |
|-------|-----------------------------------|

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 15. Juli 1999 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben von der Hoechst Aktiengesellschaft ("Hoechst") und der Rhône-Poulenc S. A. ("Rhône-Poulenc") erhalten. Aus dem Zusammenschluss von Hoechst und Rhône-Poulenc soll die neue Unternehmung "Aventis" mit Sitz in Strassburg hervorgehen. Aventis wird sich auf den Geschäftsbereich Life Science konzentrieren, welcher in folgende drei Kategorien gegliedert werden kann: Pharmazeutika, Pflanzenschutz sowie Tiergesundheit.

Im Bereich Tiergesundheit wird lediglich Rhône-Poulenc seine bisherigen Beteiligungen auf Aventis übertragen. Das Tiergesundheitsgeschäft von Hoechst wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens veräussert. Die Beteiligungen und Geschäftstätigkeiten ausserhalb des Life Science Bereiches, d. h. vor allem Chemikalien und damit verbundene Tätigkeiten, sollen von Aventis entweder gar nicht übernommen oder aber kurz- bis mittelfristig nicht weitergeführt werden.

Für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens sind somit lediglich die Bereiche Pharmazeutika und Pflanzenschutz von Bedeutung.

Pharmazeutika

Die Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte folgt dem Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index (ATC-Klassifikation) der Stufe 3. Diese Marktabgrenzung hat sowohl die Wettbewerbskommission für das Zusammenschlussvorhaben "Roche / Corange" (RPW 1998/1, S. 65) als auch die EU-Kommission in früheren Entscheiden angewandt.

Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche von in- und ausländischen Anbietern von Arzneimitteln gleichermaßen berücksichtigt

werden müssen, konstituieren aus Sicht der Marktgegenseite einen räumlichen Markt, der sich auf die Schweiz beschränkt (vgl. "Roche / Corange", RPW 1998/1, S. 66f.)

Im Bereich Pharmazeutika ergeben sich in verschiedenen Märkten Überschneidungen der Geschäftstätigkeiten. Gestützt auf IMS-Daten ergeben sich jedoch in keinen Märkten kumulierte Marktanteile, welche 20 % oder mehr betragen.

Hingegen hält Hoechst in zwei und Rhône-Poulenc in sechs Märkten einen alleinigen Marktanteil von mindestens 30 %. Anstelle einer Darstellung der einzelnen Märkte werden an dieser Stelle die generellen Gründe genannt, weshalb die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben im Bereich Pharmazeutika aus kartellrechtlicher Sicht als unproblematisch erachtet:

In keinem Markt kommt es zu einer Addition von Marktanteilen; die bestehenden Marktverhältnisse werden nicht verändert.

In den betroffenen Märkten sind die Umsatzvolumen durchwegs rückläufig.

Im Pharmamarkt erfolgt Wettbewerb insbesondere über internationale Innovationen (Wettbewerb um Patentrechte) und Imitationen nach Ablauf des Patentschutzes (Generika). Die Entwicklung eines neuen Medikaments erfordert dessen weltweite Vermarktung, damit die hohen Kosten der Entwicklung amortisiert werden können (vgl. "Roche / Corange", RPW 1998/1, S. 68f.). In dieser Hinsicht sind sowohl Hoechst als auch Rhône-Poulenc gegenüber den Konkurrenten in Rückstand geraten; ihre Wettbewerbsfähigkeit soll durch die Gründung von Aventis gesteigert bzw. ihr Rückstand auf die Konkurrenten wettgemacht werden.

Die mit der Forschung und Entwicklung sowie mit der weltweiten Vermarktung von Innovationen verbundenen Grössenvorteile sind generell ein hauptsächlicher Grund für die in jüngster Zeit zu beobachtenden Zusammenschlüsse im Pharmabereich

Zu berücksichtigen gilt des Weiteren, dass die gesamten Pharma-Marktanteile von Hoechst und Rhône-Poulenc in der Schweiz lediglich 1,5 % bzw. 1,1 % betragen. Nach dem Zusammenschluss hätte Aventis somit einen gesamten Marktanteil von 2,6 % und läge damit an 10. Stelle.

Weltweit würde Aventis, sowohl gemessen am Umsatz als auch am Marktanteil, nach Merck den zweiten Platz einnehmen, wobei der gesamte Marktanteil von Aventis weniger als 5 % betragen würde.

Pflanzenschutz

Hoechst und Rhône-Poulenc sind in der Schweiz in den Bereichen "Herbizide", "Fungizide" und "Insektizide" tätig. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den räumlichen Markt Schweiz, obwohl der Markt für Pflanzenschutzmittel in räumlicher Hinsicht vermutlich weiter abgegrenzt werden könnte.

Herbizide werden zum Schutz der Pflanzen vor Unkraut eingesetzt. In der vorliegenden Beurteilung werden Herbizide, welche verschiedene Pflanzen schützen, jeweils als sachlich relevante Märkte betrachtet, da sie in der Regel untereinander nicht austauschbar sind. Da selbst bei einer so engen Marktabgrenzung keine Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben betroffen sind (gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU), kann eine genaue sachliche Marktabgrenzung offen gelassen werden.

Fungizide werden verwendet, um den durch Pilze und Schimmel verursachten Verderb von Pflanzen vor und nach der Ernte zu verhindern. Ein Fungizid, welches gegen die gleichen Schadensorganismen wirkt, kann zum Schutz verschiedener Pflanzenarten eingesetzt werden. Eine genaue Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte kann wiederum offen gelassen werden, da selbst bei einer Betrachtung der Fungizide nach Pflanzensorten keine Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben betroffen sind.

Insektizide bekämpfen Insekten, welche Kulturpflanzen befallen. Wie bei Fungiziden kann das gleiche Insektizid zur Bekämpfung einer bestimmten Insektenart unabhängig von der befallenen Pflanze eingesetzt werden. Auch hier kann eine genaue sachliche Marktabgrenzung offen bleiben, da selbst bei einer Unterteilung der

Insektizide nach Pflanzenarten und Kulturen keine Märkte durch das Zusammenschlussvorhaben betroffen sind.

Ergebnis

Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat für keine Märkte Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung nach Art. 10 Abs. 1 KG sind somit nicht gegeben.

| | |
|-------|-------------------------------------|
| B 2.3 | 9. SBB AG – Transpetrol GmbH |
|-------|-------------------------------------|

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 3. August 1999 wurde der Wettbewerbskommission die Meldung betreffend die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ChemOil Logistics AG durch die SBB AG und die deutsche Transpetrol GmbH eingereicht.

Die Transpetrol GmbH ist ein europaweit aktives Logistikunternehmen, wobei die Haupttätigkeit auf dem deutschen Markt liegt. Kerngeschäft bildet die Organisation und Abwicklung von Schienentransporten mit Schwerpunkt in den Marktbereichen chemische Produktion und Mineralöle. Bei der Transpetrol GmbH handelt es sich um ein Gemeinschaftsunternehmen, an dem die deutsche VTG-LEHNKERING AG (zu 51 %), die DB Cargo AG (zu 29 %) sowie Kühne und Nagel AG & Co. (zu 20 %) beteiligt sind. Die VTG-LEHNKERING AG ihrerseits gehört zu 79,7 % zum Preussag-Konzern.

Die SBB AG ist unter anderem als Anbieterin von Gütertransportdienstleistungen auf dem schweizerischen Markt tätig. Bei den SBB handelt es sich um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, welche zu 100 % der Schweizerischen Eidgenossenschaft gehört.

Das Gemeinschaftsunternehmen ChemOil Logistics AG möchte als Anbieter von logistischen Komplettendienstleistungen für die Mineralöl- und Chemieindustrie auf dem Markt tätig werden. Sie will damit die steigende Nachfrage nach „Angeboten aus einer Hand“ (Bereitstellung von Ressourcen, Beladung, Transport, Entladung, Umschlag/Lagerung, Feinverteilung, Informationsbegleitung) optimal befriedigen können.

Die SBB AG erzielte 1998 in der Schweiz einen Umsatz von gut 6,5 Milliarden Franken. Der Umsatz der Transpetrol GmbH in der Schweiz belief sich in der gleichen Zeitspanne zwar nur auf knappe 7 Millionen Franken. Angesichts der vorstehend geschilderten Eigentumsverhältnisse muss indes für die Umsatzberechnung auf den konsolidierten Konzernumsatz der Preussag abgestellt werden (Mutterunternehmen i. S. v. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VKU). Nach Angaben der Parteien lag dabei der von der Preussag in der Schweiz erzielte Umsatz über dem geforderten Schwellenwert von 100 Millionen Franken. Die Gründung der ChemOil Logistics AG ist demzufolge meldepflichtig (Art. 9 Abs. 1 KG).

Im vorliegenden Fall umfasst der sachlich relevante Markt logistische Komplettendienstleistungen für den Chemieprodukte- und Mineralölverkehr mit der Schweiz auf dem Landweg. Die in Frage stehenden Dienstleistungen können grundsätzlich auch im Ausland nachgefragt werden. Andererseits verhält es sich so, dass die SBB bislang ausschliesslich auf dem schweizerischen Markt tätig waren. Für den vorliegenden Fall kann deshalb als Arbeitshypothese von einem räumlichen Markt Schweiz ausgegangen werden. Weil sich bei dieser engeren Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ergeben, muss die Frage der räumlichen Marktabgrenzung indes nicht abschliessend beantwortet werden.

Die SBB AG ist im Bereich chemische Produkte und Mineralöl einzig als Transporteurin tätig, wobei Mineralöl praktisch ausschliesslich importiert wird. Im Bereich Mineralöl betrug der Transportanteil der

SBB auf dem schweizerischen Markt (Teilmarkt Transport) im Jahr 1998 – gemessen am wichtigsten Eingangstor zur Schweiz, nämlich Basel – in etwa 30 %. Auf die Verkehrsträger Strasse und Pipeline (Versorgung der beiden Raffineriestandorte in der Schweiz) entfielen ungefähr 27 % bzw. 43 %. Im Bereich Chemieprodukte betrug der Transportanteil der SBB für die gleiche Zeitspanne in etwa 35 %, derjenige der Strasse ungefähr 65 %.

Der Marktanteil der Transpetrol GmbH als Anbieterin von Logistikdienstleistungen kann mangels verlässlicher Angaben nicht beziffert werden. Der 1998 in der Schweiz erzielte Umsatz lässt indes den Schluss zu, dass die Transpetrol über einen geringen Marktanteil verfügt.

Das Zusammenschlussvorhaben hat ausgesprochen komplementären Charakter. Es führt mithin zu keinen Marktüberschneidungen.

Aktuelle Konkurrenten sind insbesondere europaweit tätige Transport- und Speditionsunternehmen, die logistische Komplettdienstleistungen anbieten, sei es in Form von „Angeboten aus einer Hand“ oder durch Kooperation mit anderen Unternehmen.

Die Liberalisierung des Schienenverkehrs und der anhaltende Trend zu Kooperationen zwischen Transport-, Speditions- und Logistikunternehmen, einerseits und zu vollintegrierten Logistikunternehmen, andererseits, lassen neue Markteintritte erwarten. Dies umso mehr, als ein Markteintritt mit verhältnismässig geringen Kosten verbunden ist.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen sind die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nicht gegeben

B 2

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

B 2.5

**1. Verfügung betreffend Schlussbericht und
Nichteröffnung einer Untersuchung**

*Verfügung vom 6. September 1999 in Sachen X und Konsorten
betreffend Schlussbericht und Nichteröffnung einer Untersuchung*

A Sachverhalt

1. Mit Schlussbericht vom 4. Mai 1999 schloss das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Vorabklärung i. S. Y AG wegen angeblich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) ab. Das Sekretariat stellte darin einerseits fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisunterbietung i. S. v. Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG durch die Y AG auf dem Markt für Gebäudeinstallationen vorliegen würden. Andererseits stellte das Sekretariat Anhaltspunkte fest, welche auf eine Quersubventionierung schliessen lassen würden. Es beschloss, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen und empfahl der Y AG im Sinne einer Anregung (Art. 26 Abs. 2 KG), die Gebäudeinstallationseinheit in eine eigenständige Aktiengesellschaft umzuwandeln.

2. Am 7. Juni 1999 reichten X und Konsorten (nachfolgend Beschwerdeführer) eine als Rechtsverweigerungsbeschwerde betitelt Eingabe bei der Wettbewerbskommission ein. Sie stellen darin folgende Begehren:

„A. Hauptantrag

1. Der Beschluss des Sekretariates vom 4. Mai 1999 betreffend Einstellung der Vorabklärung ohne Folgen sei aufzuheben
2. a) In Sachen Y AG sei eine Untersuchung zu eröffnen, evtl. sei das Sekretariat anzuweisen, eine Untersuchung zu eröffnen bzw. – sofern nötig – die Vorabklärung zu ergänzen.

b) Evtl. sei eine anfechtbare Verfügung betreffend Nichteröffnung einer Untersuchung zu erlassen
3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

B. Eventualantrag

Sofern die Wettbewerbskommission gedenkt, von Amtes wegen eine Untersuchung zu eröffnen, sei die vorliegende Eingabe als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen.

C. Subeventualantrag

Die vorliegende Eingabe sei als Rechtsverweigerungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen weiterzuleiten.“

3. Zur Begründung machen die Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, dass die Einstellung der Vorabklärung und die Nichteröffnung einer Untersuchung als Rechtsverweigerung zu qualifizieren sei. Rechtsverweigerung deshalb, weil das Sekretariat ausdrücklich festgestellt habe, dass Anhaltspunkte vorlägen, welche auf eine Quersubventionierung schliessen lassen würden, es aber in der Folge unterlassen habe, eine Untersuchung zu eröffnen.

B Erwägungen

1 Rechtsnatur der Eingabe

4. Zu prüfen ist vorab die Frage, ob es sich bei der vorliegenden Eingabe tatsächlich um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde handelt.

5. Gemäss Art. 70 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) kann eine Partei jederzeit gegen die Behörde, die eine Verfügung unrechtmässig verweigert, Beschwerde wegen Rechtsverweigerung an die Aufsichtsbehörde führen. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde setzt mit anderen Worten keine Verfügung als Anfechtungsobjekt voraus. Vorauszusetzen ist jedoch, dass die Rechtsuchenden zunächst ein Begehren um Erlass der Verfügung bei der erstinstanzlich zuständigen Behörde gestellt haben (Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Rz. 723, 2. Aufl., Zürich 1998).

6. In casu verhält es sich so, dass die Beschwerdeführer mit Schreiben vom 21. September 1998 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Durchführung einer Vorabklärung gegen die EWBO beantragten. Das Vorabklärungsverfahren mündet indes nicht in den Erlass einer Verfügung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG, da keine Rechte oder Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden (Entscheid der Wettbewerbskommission i. S. Gasversorgung Rothenburg in: RPW 1998/3, S. 429; Entscheid der Wettbewerbskommission i. S. X. SA. in: RPW 1999/1, S. 181). Des weiteren führte das Sekretariat eine Vorabklärung durch und entsprach somit dem Begehren der Beschwerdeführer. Aufgrund des Gesagten kann die vorliegende Eingabe nicht als Rechtsverweigerungsbeschwerde qualifiziert werden.

7. Die vorliegende Eingabe ist vielmehr als Begehren um Erlass einer Gestaltungsverfügung zu qualifizieren (vgl. Hauptantrag Ziff. 1 und 2). Genau genommen werden im Hauptantrag insgesamt drei derartige Begehren gestellt. Im Unterschied zur Feststellungsverfügung (Art. 25 VwVG) statuiert das VwVG zwar keinen expliziten Anspruch auf Erlass einer Gestaltungsverfügung. Ein solcher wird jedoch nach konstanter Praxis der Bundesgerichts in

analoger Anwendung von Art. 25 VwVG bejaht (grundlegend BGE 98 Ib 53 ff.). In der zitierten Entscheidung hielt das Bundesgericht fest, dass „... die in der Sache zuständige Verwaltungsbehörde entsprechend dem in Art. 25 VwVG für Feststellungsverfügungen aufgestellten Grundsatz auch für das von einem Privaten gestellte Begehren um Durchführung eines auf Erlass einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gerichteten Verfahrens eintreten muss, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Verfügung nachweist ...“. Nachfolgend gilt es zu prüfen, ob die genannten Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.

2 Formelles (Eintretensvoraussetzungen)

7. Gemäss Art. 18 Abs. 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Für den Erlass der angebehrten Verfügung(en) besteht kein derartiger Vorbehalt, womit die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission gegeben ist.

8. Nachfolgend muss geprüft werden, ob die gestellten Begehren Gegenstand einer Verfügung bilden können und, wenn ja, ob die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse am Erlass der Verfügung haben.

9. Begehren um Aufhebung des Beschlusses des Sekretariates vom 4. Mai 1999 betreffend Einstellung der Vorabklärung ohne Folgen: Wie bereits in Ziff. 6 dieser Verfügung erwähnt, stellt ein derartiger Beschluss bzw. der Schlussbericht einer Vorabklärung keine Verfügung i. S. v. Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG dar. Es liegt mithin ein nicht anfechtbarer Verwaltungsakt vor. Demzufolge fehlt es an einem verfügungsfähigen Gegenstand, weshalb die Wettbewerbskommission auf das Begehren nicht eintritt.

10. Begehren um Eröffnung einer Untersuchung: Das Untersuchungsverfahren wird unbestrittenermassen mittels Verfügung abgeschlossen. Bleibt zu prüfen, ob die Beschwerdeführer ein schutzwürdiges Interesse an der beantragten Verfügung haben. Nach Rechtsprechung und Lehre besteht kein Rechtsanspruch auf Durchführung einer Untersuchung (Entscheidung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i. S. Recymet SA in: RPW 1997/4, S. 608; Schmidhauser in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996, Art. 27, Rz. 9). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, geht es doch im Kartellverwaltungsverfahren in erster Linie um den Schutz

des wirksamen Wettbewerbs und nur in zweiter Linie um den Schutz privater Interessen. Für den Schutz letzterer Interessen steht der Zivilrechtsweg offen. Aufgrund des Gesagten ist das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführer an der Durchführung einer Untersuchung zu verneinen, weshalb die Wettbewerbskommission auf das Begehren nicht eintritt.

11. Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend Nichteröffnung einer Untersuchung: Zur Frage der Rechtsnatur der Nichteröffnung hat sich bislang weder die Wettbewerbskommission noch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geäußert. Demgegenüber finden sich einige wenige Lehrmeinungen, die allerdings unterschiedlich ausfallen. So spricht sich Tercier für eine Qualifizierung der Nichteröffnung als Verfügung aus, ohne dies allerdings näher zu begründen (Tercier, *La procédure devant la Commission de la concurrence* in: SZW Sondernummer 1996, S. 43). Eine andere Meinung vertritt wohl Schmidhauser, der das Beschwerderecht im Falle der Ablehnung einer Untersuchung grundsätzlich ausschliesst und damit implizit den Verfügungscharakter der Nichteröffnung verneint (Schmidhauser, a. a. O., Rz. 9). Stoffel schliesslich wirft einzig die Frage auf, ob die Nichteröffnung einer Untersuchung unter Umständen als Rechtsverweigerung qualifiziert werden müsse (Stoffel, *Die Beschwerde an die Rekurskommission* in: SZW Sondernummer 1996, S. 48).

12. Übereinstimmung herrscht indes in Bezug auf die Rechtsnatur der Eröffnung einer Untersuchung. Sowohl von der Praxis als auch der Lehre wird die Meinung vertreten, dass die Eröffnung einer Untersuchung kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet und demzufolge keine Verfügung i. S. v. Art. 5 VwVG darstellt (Entscheid der Wettbewerbskommission i. S. künstliche Besamung in: RPW 1997/2, S. 248; Entscheid der Rekurskommission i. S. Swisscom in: RPW 1998/4, S. 666; Richli, *Verfahren und Rechtsschutz*, Art. 39–44 KG, in Roger Zäch (Hrsg.): *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, S. 168; Stoffel, a. a. O., S. 48; Zäch, *Schweizerisches Kartellrecht*, Bern 1999, Rz. 613).

13. Kommt der Eröffnung einer Untersuchung keine Verfügungseigenschaft zu, muss dies nach Ansicht der Wettbewerbskommission auch für die Nichteröffnung gelten. Demzufolge fehlt es an einem verfügbaren Gegenstand, weshalb die Wettbewerbskommission auf das Begehren nicht eintritt.

14. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Begehren des Hauptantrags nicht eingetreten wird. Das Nichteintreten auf die Begehren entspricht auch dem Zweck der Vorabklärung. Mit der Vorabklärung sollen die untersuchungswürdigen Fälle ausgesondert werden (Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zum Kartellgesetz, BBl 1995 I, S. 602). Dementsprechend werden die zu beurteilenden Fälle, im Gegensatz zur Untersuchung, nur summarisch geprüft. Die Vorabklärung hat somit in erster Linie eine Triage-Funktion. Ein Eintreten auf die Begehren der Beschwerdeführer würde letzten Endes das Institut der Vorabklärung seiner Funktion berauben.

15. Zu bedenken gilt es zudem, dass die Schlussfolgerungen einer Vorabklärung insofern nicht unumstösslich sind, als das Sekretariat beim Vorliegen neuer Fakten eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts vornehmen oder die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 27 Abs. 1 KG dem Sekretariat – ungeachtet dessen Beurteilung – den Auftrag zur Eröffnung einer Untersuchung erteilen kann. Die Beschwerdeführer machen keine neuen Sachverhaltselemente geltend, welche eine Neubeurteilung rechtfertigen würden. In casu besteht somit weder für die Wiedereröffnung einer Vorabklärung noch für die Eröffnung einer Untersuchung Anlass.

16. Des weiteren ist zu bedenken, dass das Sekretariat die Triage nicht beliebig vornehmen kann, sondern diese nach pflichtgemäsem Ermessen vorzunehmen hat. Tut sie dies nicht, steht davon Betroffenen die Aufsichtsbeschwerde an die Wettbewerbskommission bzw. deren Präsident offen (Art. 71 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 8 Bst. b des Geschäftsreglementes der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996). Mit der Aufsichtsbeschwerde – die eigentlich ein blosser Rechtsbehelf ist (Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 603) – können jederzeit Tatsachen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen die Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsbehörde angezeigt werden. Die Aufsichtsbeschwerde kann sich mithin gegen jede Handlung der Verwaltung richten, d. h. sowohl gegen Verfügungen und Entscheide als auch gegen nicht förmliches Verwaltungshandeln. Der Anzeiger hat dabei nicht die Rechte einer Partei (BGE 120 Ia 326; VPB 60.20). Die Aufsichtsbehörde entscheidet nach pflichtgemäsem Ermessen, welche Folgen sie der Beschwerde gibt, wobei einem solchen Entscheid kein Verfügungscharakter zukommt (VPB 52.41).

17. In ihrem Eventualantrag verlangen die Beschwerdeführer, ihre Eingabe als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen. Dies allerdings nur für den Fall, dass die Wettbewerbskommission gedenkt, eine Untersuchung zu eröffnen. Dazu besteht, wie unter vorstehender Ziffer ausgeführt, kein Anlass. Wenngleich somit die im Eventualantrag enthaltene Bedingung nicht erfüllt ist, steht es der Wettbewerbskommission frei, die vorliegende Eingabe dennoch als Aufsichtsbeschwerde entgegenzunehmen. Nach Prüfung der Eingabe und des Schlussberichtes gelangt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass das Sekretariat das ihm zustehende Ermessen pflichtgemäss ausgeübt hat und für die Ergreifung aufsichtsrechtlicher Massnahmen kein Anlass besteht.

18. Schliesslich verlangen die Beschwerdeführer in ihrem Subeventualantrag, die Eingabe als Rechtsverweigerungsbeschwerde an die Rekurskommission weiterzuleiten. Auf den Antrag wird nicht eingetreten, da die Beschwerdeführer nunmehr eine anfechtbare Verfügung in Händen haben.

C Kosten

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

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

21. Die Wettbewerbskommission erkennt im vorliegenden Fall keine Gründe, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr rechtfertigen würden. Für die aufgewendete Zeit von [] Stunden gilt daher ein Ansatz von 130.– Franken. Die Gebühr beläuft sich demnach auf [] Franken.

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

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Auf den Hauptantrag und den Subeventualantrag wird nicht eingetreten.
2. Soweit auf die Beschwerde als Aufsichtsbeschwerde eingetreten wird, wird diese abgewiesen.
3. [Verfahrenskosten]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

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

| | |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 3 | 1. Beschwerdeentscheid vom 5. Juli 1999 betreffend Anhörungstermin vor der Wettbewerbskommission |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Beschwerdeentscheid vom 5. Juli 1999 in Sachen X vertreten durch (...) (Beschwerde vom 2. Juli 1999) gegen Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern

betreffend

Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel

wird

nach Einsicht in:

die Schreiben des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 22. und 29. Juni 1999 betreffend Anhörungstermin vor der Wettbewerbskommission;

die hiergegen vom X (Beschwerdeführer), vertreten durch (...), bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde vom 2. Juli 1999;

den Telefax der Wettbewerbskommission vom 5. Juli 1999

und in Erwägung:

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für die Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], SR 251);

dass der Präsident der Kommission als Einzelrichter über Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Rechtsmittel entscheiden kann (Art. 10 Bst. b der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, SR 173.31);

dass die Wettbewerbskommission (WEKO) den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 22. Juni 1999 zu einer Anhörung einlud und diesen Termin im Schreiben vom 29. Juni 1999 noch einmal bestätigte;

dass der Beschwerdeführer am 2. Juli 1999 gegen die Anordnung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwaltungsbe-

schwerde einreichte mit folgendem prozessualen Antrag:

"Die 'Zwischenverfügungen' vom 22. Juni und 29. Juni 1999 seien insoweit teilweise aufzuheben, als die Wettbewerbskommission anzuweisen sei, den Termin für eine Anhörung auf einen Zeitpunkt nach Einreichung der schriftlichen Stellungnahmen des Beschwerdeführers und der übrigen Verfahrensbeteiligten anzusetzen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerinnen."

dass nach Massgabe des Kartellgesetzes das Sekretariat der WEKO im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnen kann, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, es liege eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor (Art. 27 KG);

dass, falls das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet (Art. 30 Abs. 1 KG), wobei die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag Stellung nehmen können und die WEKO eine Anhörung beschliessen sowie das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen kann (Art. 30 Abs. 2 KG);

dass nach dem Wesen und der Ausgestaltung des Gesetzes der Entscheid darüber, ob eine Anhörung durchgeführt oder das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragt werden soll, erst nach Kenntnisnahme einerseits des Antrags ihres Sekretariats und andererseits der von den Beteiligten eingegangenen Stellungnahmen von der WEKO getroffen werden kann (so auch Schmidhauser im Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, S. 4 zu Art. 30, Bst. B.)

dass angesichts dessen die Rechtsnatur der heutigen "Anhörung" fraglich erscheint;

dass nur die Verfügung der Beschwerde unterliegt (Art. 44 VwVG) und verfahrensleitende Zwischenverfügungen nur soweit durch Beschwerde selbstständig anfechtbar sind, als sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 VwVG);

dass in casu dieser nicht wieder gutzumachenden Nachteil, falls es sich denn überhaupt um eine Zwischenverfügung handelt, zumindest für solange nicht ersichtlich ist, als die Stellungnahmen der Beteiligten nicht vorliegen; diese Unverbindlichkeit hat im Übrigen die WEKO auch in ihrem Telefax vom 5. Juli 1999 festgehalten (vgl. Ziff. 4);

dass deshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist;

dass angesichts aller Umstände von der Erhebung von Verfahrenskosten abzusehen ist (Art. 63 Abs. 1 VwVG);

verfügt:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. [Verfahrenskosten und Parteientschädigung]
3. [Rechtsmittel]
4. [Eröffnet]

| | |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------|
| B 3 | 2. Beschwerdeentscheid vom 8. Juli 1999 betreffend Fristerstreckung |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------|

Beschwerdeentscheid vom 8. Juli 1999 in Sachen X, vertreten durch (...) (Beschwerde vom 21. Juni 1999) gegen Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern

betreffend

Fristerstreckung

wird nach Einsicht in:

das Schreiben des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 10. Juni 1999 betreffend Fristerstreckung für die Stellungnahme zum Verfügungsentwurf;

die hiegegen vom X (Beschwerdeführer), vertreten durch (...), bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde vom 21. Juni 1999;

die dazu ergangene Stellungnahme des Sekretariates der Wettbewerbskommission vom 30. Juni 1999 sowie

die übrigen Akten in der Streitsache

und in Erwägung:

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für die Beurteilung der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde zuständig ist (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], SR 251);

dass ein vollamtlicher Richter der Kommission als Einzelrichter über

Gutheissung offensichtlich begründeter Rechtsmittel entscheiden kann (Art. 10 Bst. c der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, SR 173.31);

dass nach Massgabe des Kartellgesetzes das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, es liege eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor (Art. 27 KG);

dass, falls das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig erachtet, die WEKO auf Antrag des Sekretariates mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung entscheidet, wobei die am Verfahren Beteiligten schriftlich zum Antrag Stellung nehmen können (Art. 30 KG);

dass die WEKO dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 21. Mai 1999 den Verfügungsentwurf zustellte und ihm Frist zur Stellungnahme bis 15. Juni 1999 setzte;

dass der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 10. Juni 1999 um eine Fristerstreckung bis 15. August 1999 ersuchte;

dass die WEKO dem Rekurrenten mit Schreiben vom 10. Juni 1999 die Antwortfrist "ein- und letztmalig bis zum 14. Juli 1999" erstreckte;

dass der Beschwerdeführer am 21. Juni 1999 gegen diese Anordnung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwaltungsbeschwerde einreichte mit folgenden Anträgen:

"1. Die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 10. Juni 1999 betreffend die Frist zur Einreichung der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf sei insofern teilweise aufzuheben, als die vom Beschwerdeführer beantragte Fristerstreckung bis zum 15. August abgelehnt wurde;

2. es sei die Frist für die Einreichung einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsentwurf der Beschwerdegegnerin vom 21. Mai 1999 bzw. 25. Mai 1999 mindestens bis zum 15. August 1999 zu erstrecken;

eventualiter

3. (...)

unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.";

dass die vom Sekretariat der Wettbewerbskommission angeordnete Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf eine verfahrensleitende Anordnung im Rahmen der Prozessinstruktion darstellt und nicht auf die endgültige materielle Regelung der Streitfrage gerichtet ist, sondern nur das Verfahren der Erledigung entgegenführt und diese behördliche Anordnung als Zwischenverfügung zu qualifizieren ist (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 140 f. mit Hinweisen; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 511; Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, Rz. 2.14; Attilio R. Gadola, Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren, Zürich 1991, S. 301);

dass nur die Verfügung der Beschwerde unterliegt (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021) und verfahrensleitende Zwischenverfügungen nur soweit durch Beschwerde selbstständig anfechtbar sind, als sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 45 VwVG);

dass das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung bei der Frage des "nicht wieder gutzumachenden Nachteils" zum Schluss gekommen ist, auch ein bloss wirtschaftliches Interesse reiche aus, sofern es dem Beschwerdeführer nicht nur um die Verhinderung einer Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens gehe und zudem der Nachteil, welchen der Beschwerdeführer durch die Zwischenverfügung erleide, nicht wiedergutzumachen sei (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in 120 Ib

97 E. 1c);

dass der Beschwerdeführer vorbringt, durch die Verweigerung der angebehrten Fristerstreckung könne er seinen verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht wahrnehmen und dies könne schliesslich zu einem nicht wiedergutzumachenden Schaden für die gesamte Branche führen;

dass damit das schutzwürdige Interesse an der Anfechtung der Zwischenverfügung in casu bejaht werden kann;

dass eine behördlich angesetzte Frist aus zureichenden Gründen erstreckt werden kann, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht (Art. 39 KG i. V. m. Art. 22 Abs. 2 VwVG);

dass der Beschwerdeführer das Gesuch um Fristerstreckung mit Arbeitsüberlastung begründet, was nach ständiger Praxis ein zureichender Grund für eine Fristverlängerung darstellt und auch nach Ansicht der WEKO in casu eine Fristerstreckung rechtfertigte;

dass die WEKO in ihrer Stellungnahme ausführt, gemäss gängiger Praxis erstrecke sie eine Frist ein- und letztmalig – unter Vorbehalt von Art. 32 Abs. 2 VwVG – um maximal 30 Tage;

dass auch aus dem Schreiben der WEKO vom 23. Juni 1999 an den Beschwerdeführer hervorgeht, die maximale Verlängerung von 30 Tagen werde bei glaubhaft begründeter Arbeitsbelastung gewährt;

dass die WEKO in Abweichung ihrer steten Praxis dem Beschwerdeführer eine Fristerstreckung von 29 Tagen gewährte und sie keine hinreichenden Gründe für diese verkürzte Fristansetzung vorbringt;

dass damit auf Grund der Aktenlage keine stichhaltigen Gründe ersichtlich sind, um im vorliegenden Fall nicht auch eine Fristerstreckung von 30 Tagen zu gewähren;

dass demzufolge die Frist zur Einreichung der Stellungnahme unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes gemäss Artikel 22a VwVG (Bst. b) bis zum 16. August 1999 zu verlängern ist;

dass es sich hiermit erübrigt, zu prüfen, ob die angebehrte Fristerstreckung von 60 Tagen angebracht gewesen wäre;

dass sich demnach die Beschwerde als begründet erweist und die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben ist;

dass bei diesem Prozessausgang keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG);

dass dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung auszurichten und diese mangels Kostennote von Amtes wegen und nach Ermessen festzusetzen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0);

verfügt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Zwischenverfügung vom 10. Juni 1999 aufgehoben und die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf auf den 16. August 1999 festgesetzt.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittel]
5. [Eröffnet]

| | |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 3 | 3. Zwischenverfügung vom 12. August 1999 in Sachen X (Beschwerde vom 2. Juli 1999) gegen Y und Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Zwischenverfügung vom 12. August 1999 in Sachen X, vertreten durch (...) (Beschwerde vom 2. Juli 1999) gegen Y vertreten durch (...) und Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern betreffend vorsorgliche Massnahmen (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) wird

nach Einsicht in:

die Bekanntmachung des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 30. Juni 1999 betreffend die Eröffnung einer Untersuchung;

die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999;

die hiegegen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde der X vom 2. Juli 1999 (Beschwerdeeingang: 6. Juli 1999) und das darin enthaltene Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung;

die zu diesem Gesuch ergangenen Stellungnahmen der Wettbewerbskommission vom 13. Juli 1999 sowie der Y vom 14. Juli 1999;

die übrigen Akten in der Streitsache

und in Erwägung:

dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen

Wettbewerbsbeschränkung bestehen, und die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation bekannt zu machen hat (Art. 27 f. des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251);

dass das Sekretariat mit Publikation vom 30. Juni 1999 die Eröffnung einer Untersuchung über die Verhältnisse auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Konsumenten in der Schweiz bekannt machte (BBI 1999 5318);

dass im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahrens Zwischenverfügungen über vorsorgliche Massnahmen ergehen können, um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichernd oder gestaltend zu gewährleisten (vgl. hierzu 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. 3.2 ff.);

dass die Wettbewerbskommission die X mit Zwischenverfügung vom 21. Juni 1999 unter anderem verpflichtete:

"(...) Y unverzüglich Zugang zu den Head-Ends der Sendeanlagen in ihrem Netz zu gewähren, damit Y die für die Einführung der D-Box erforderlichen Anpassungen und Kontrollen für die Übertragung des Signals an ihre Kunden auf eigene Kosten vornehmen kann.

(...) jede Handlung zu unterlassen, welche die Übertragung des Y-Signals in analoger und digitaler Form sowie dessen Decodierung und Empfang behindert oder verunmöglicht."
(...)

dass die Wettbewerbskommission einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog;

dass die X (Beschwerdeführerin) gegen diese Zwischenverfügung Verwaltungsbeschwerde führt und gleichzeitig das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellt;

dass die Beschwerde in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes aufschiebende Wirkung hat, die Vorinstanz diese indessen bei einer Verfügung, die nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat, entziehen kann (Art. 55 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021), sofern – nach möglichst sorgfältiger Prüfung des Sachverhalts und Erwägung der zu verfügenden Rechtsfolgen – überzeugende Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit sprechen (BGE 110 V 40 E. 5b und 105 V 266 E. 2, REKO/WEF 96/FB-001, a. a. O., E. 3.3.4.);

dass der Entzug der aufschiebenden Wirkung bei vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des Kartellgesetzes nach besonderer Zurückhaltung ruft (speziell bei gestaltenden Massnahmen), einerseits, weil nach dem Willen des Gesetzgebers Zwischenverfügungen in einem "beschleunigten" Verfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen sind (Art. 50 VwVG), und andererseits, weil es den Beteiligten frei steht, zum Schutze allfälliger Ansprüche, die auf Grund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, an den Zivilrichter zu gelangen (Art. 17 KG), weshalb im verwaltungsrechtlichen Verfahren in erster Linie volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen im Vordergrund stehen (REKO/WEF 96/FB-001, a. a. O., E. 3.2.3.);

dass in erster Prüfung und unter Offenlassung der Frage, ob eine vorsorgliche Massnahme bereits vor Publikation der Eröffnung einer Untersuchung ergehen kann, die Wettbewerbskommission den Entzug der aufschiebenden Wirkung in der strittigen Verfügung nur sehr allgemein begründete (und damit auch nicht ihren Beurteilungsspielraum absteckte), im jetzigen Zeitpunkt aus den Akten die Notwendigkeit auf sofortige Vollstreckung (quasi als "Superprovisorium") nicht genügend erhellt, die gegenseitige Abwägung der von den Parteien vorgetragenen Argumente, soweit diese überhaupt auf die hier strittige Frage (Entzug der aufschiebenden Wirkung einer vorsorglichen Massnahme) Bezug nehmen, insgesamt für die Beschwerdeführerin sprechen;

dass deshalb dem Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist;

dass über die Kosten und die Parteientschädigung in der Hauptsache

zu entscheiden sein wird;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 Abs. 1 i. V. m. Art. 98 Bst. e und 99 ff. OG sowie Art. 45 VwVG)

verfügt:

1. Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen und Ziffer 9 des Dispositivs der Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 21. Juni 1999 aufgehoben.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieser Zwischenverfügung wird mit der Hauptsache entschieden.
3. [Rechtsmittel]
4. [Eröffnet]

| | |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 3 | 3. Beschwerdeentscheid vom 23. September 1999 in Sachen X gegen Wettbewerbskommission (Verfügung vom 25. September 1998 beziehungsweise vom 17. August 1998) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Beschwerdeentscheid vom 23. September 1999 in Sachen X, vertreten durch (...) (Beschwerde vom 30. Oktober 1998) gegen Wettbewerbskommission, Effingerstrasse 27, 3003 Bern (Verfügung vom 25. September 1998 beziehungsweise vom 17. August 1998) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

hat sich ergeben:

A. Auf Grund von Meldungen, im Markt für Service- und Reparaturleistungen an Öl- beziehungsweise Gasbrennern und Heizkesseln würden Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission am 3. April 1997 eine Vorabklärung.

Im Laufe dieser Vorabklärung stellte das Sekretariat fest, dass die zwei bedeutenden Verbände der Herstellungs- und Importbranche, der V. (...) und die K. (...), jährlich gemeinsam eine Tarif-/Preisliste für Service- und Regiearbeiten bei Kunden und Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie eine Tarif-/Preisliste für die Inbetriebnahme, Betriebsprobe und Dienstleistungen (Eingaben Feuerpolizei, etc.) herausgaben. Im Weiteren ergab die Abklärung, dass der Vu. (...), in dem ein Teil des installierenden Gewerbes organisiert ist, ebenfalls solche Tarif-/Preislisten aufstelle und dass diese Listen mit jenen des V./K. identisch seien. Schliesslich ermittelte das Sekretariat, dass der Marktanteil der V./K.-Mitglieder etwa 50 Prozent und jener der Vu.-Mitglieder rund 30 Prozent, zusammen also 80 Prozent betrage und der Aussenwettbewerb daher als gering zu beurteilen sei.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hielt im Schlussbericht vom 11. November 1997 fest, die Tarif-/Preislisten des V./K. und des Vu. würden als Preisabreden vermutlich den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Da die Vorabklärung keine Hinweise ergeben habe, die die Vermutung widerlegen könnten, bestünden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes.

Am 24. November 1997 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem V., der K. und dem Vu. mit, es eröffne eine Untersuchung betreffend Wettbewerbsbeschränkungen im Markt für Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Heizkesseln. Am 9. Dezember 1997 erfolgte die amtliche Bekanntmachung der Untersuchung.

Mit Schreiben vom 3. Dezember 1997 und mit Schreiben vom 17. Dezember 1997 teilten der V. und die K. dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mit, sie würden sich am 1. Januar 1998 in

der P. (...) zusammenschliessen.

Im Rahmen der Untersuchung führte das Sekretariat der Wettbewerbskommission zwischen Dezember 1997 und Februar 1998 eine Umfrage bei diversen Immobiliengesellschaften und kleinen unabhängigen Anbietern durch.

Am 25. Februar 1998 wurde die Untersuchung auf die X (...) ausgedehnt. Die amtliche Publikation dieser Ausdehnung der Untersuchung erfolgte am 17. März 1998.

Mit Schreiben vom 5. Mai 1998 wurden der Vu., die X und die P. zur Stellungnahme zu dem vom Sekretariat der Wettbewerbskommission vorbereiteten Verfügungsentwurf eingeladen. In diesem Entwurf kam das Sekretariat zum Ergebnis, die Abreden der P., des Vu. und der X über die Service- und Regiearbeiten bei Kunden und Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie über die Inbetriebnahme, Betriebsprobe und Dienstleistungen würden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und liessen sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen. Damit seien diese Preisabreden im Sinne des Kartellgesetzes unzulässig und dürften nicht mehr praktiziert werden.

Am 12. Juni 1998 erfolgte eine Ausdehnung der Untersuchung auf den S. (...).

Am 17. Juni 1998 reichte M., Rechtsvertreter der Verbände Vu., X, P. und S., eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des Sekretariats der Wettbewerbskommission ein. Dieser Eingabe waren separate Stellungnahmen des S. und der X integral beigelegt. M. hielt fest, er bestreite die zusammengefassten Feststellungen sowie die angeführten Erwägungen. Er machte insbesondere geltend, die Sachverhaltsdarstellung beruhe auf Abklärungen aus den Jahren 1996 und 1997. Auf Grund der anhaltenden Rezession in der Branche sowie der Strukturbereinigung seien diese Aussagen jedoch heute überholt. Insbesondere die Kundentreue habe bedeutend abgenommen und der Preiskampf sich massiv verschärft. Der Wettbewerb funktioniere und werde in keiner Art und Weise beeinträchtigt.

Am 17. August 1998 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit dem folgenden Dispositiv:

- "1. Die jährlichen Tariflisten für Service- und Regiearbeiten hinsichtlich

Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschlägen für Regiearbeiten an Brennern und Kompaktwärmezentralen bei Kunden,

für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie

Ansätzen für weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen (Eingabe Feuerpolizei, etc.)

?

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

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

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen an, die Mitglieder des V./K. (P.), des Vu., der X und des S. würden allesamt Service- und Reparaturleistungen an Zentralheizungen erbringen. Bei dieser Geschäftstätigkeit stünden sie miteinander im Wettbewerb. Die Ermittlungen des Sekretariats hätten ergeben, dass die Ansätze der jährlichen Tarif-/Preislisten des V./K. (P.), des Vu., der X und des S. identisch, aber unverbindlich seien. Einige Mitglieder der P. hätten firmeneigene Tariflisten erstellt. Es könne aber insgesamt davon ausgegangen werden, dass diese firmeneigenen Listen dieselben seien wie die des Verbandes oder sich

zumindest stark an den Verbandslisten orientieren würden. Im Weiteren würden die Herstellerorganisationen (P.-Mitglieder) die Tariflisten weitgehend einhalten. Die Installateure (Vu., X- und S.-Mitglieder) würden die Tariflisten als Orientierungsbasis für ihre Preisgestaltung verwenden und hätten somit insgesamt eine gleichgerichtete Preisfestsetzung. Aus diesen Tatsachen ergebe sich, dass eine Abrede vorliege, die tatsächlich weitgehend eingehalten werde. Gelegentliche Abweichungen von durchschnittlich etwa 10 Prozent würden an dieser Beurteilung nichts ändern. Schliesslich sei zu beachten, dass die P., Vu., X- und S.-Mitglieder einen Marktanteil von 90 Prozent hätten.

Die Wettbewerbskommission hielt sodann in ihrer Verfügung fest, die Versuche der Verbände aufzuzeigen, dass trotz den Verbandslisten wirksamer Wettbewerb herrsche, gingen fehl. Es sei ihnen nicht gelungen, die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 des Kartellgesetzes zu entkräften.

Schliesslich führte die Wettbewerbskommission noch an, es sei insbesondere zu beachten, dass gerade der Preis bei Service- und Reparaturarbeiten an Zentralheizungen einen zentralen Wettbewerbsparameter bilde. Aber selbst bei der Annahme, dass wegen mangelnder Einhaltung keine Preisabrede vorläge, müsste zu mindestens auf eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs geschlossen werden. Die Preislisten hätten in jedem Fall einen starken Nivellierungseffekt zur Folge, weil sich die Anbieter bei ihrer Preisfestsetzung an den Tariflisten orientieren würden. Die direkte Preisfestsetzung von Leistungen lasse sich nicht mit Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne des Kartellgesetzes rechtfertigen, denn damit werde kein Rationalisierungseffekt im Sinne einer Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten bewirkt. Die direkte Preisfestsetzung führe auch nicht zu einer Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren oder zu rationeller Nutzung der Ressourcen. Daher wären die Tariflisten ebenfalls im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 und 2 des Kartellgesetzes unzulässig. Auch sei die Tarifierung von Service- und Reparaturleistungen keine effizienzfördernde und somit keine zulässige Kalkulationshilfe im Sinne der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die Zulässigkeit von Kalkulationshilfen, weil eine Tarifliste die Endpreise direkt festsetze.

Diese Verfügung der Wettbewerbskommission wurde am 7. September 1998 den Parteien zugestellt.

Anlässlich einer am 24. September 1998 abgehaltenen Besprechung zwischen Vertretern der in das Verfahren involvierten Verbände sowie Mitgliedern des Sekretariats der Wettbewerbskommission stellte der Rechtsvertreter der durch die Verfügung betroffenen Verbände, M., den Antrag auf Erläuterung von Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung vom 17. August 1998. Nach diesem Antrag war zu erläutern, was genau unter "anderen Hilfsmitteln" zu verstehen sei.

Am 25. September 1998 erliess die Wettbewerbskommission eine Erläuterungsverfügung. Im Dispositiv wurde unter anderem Folgendes festgehalten:

- "1. Unter "anderen Hilfsmitteln" im Sinne von Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung vom 17. August 1998 sind Instrumente zu verstehen, welche sich über Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschläge für Regiearbeiten an Brennern und Kompaktwärmezentralen bei Kunden, Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie über Ansätze für weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen aussprechen.

4. Gegen diese Verfügung und die Verfügung vom 17. August kann innert 30 Tagen nach Zustellung bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (...) Beschwerde erhoben werden (Art. 44 KG). ..."

Diese Verfügung wurde am 30. September 1998 den beteiligten Verbänden zur Kenntnis gebracht.

Der Vu., die P. und der S. sind in der Folge ihrer in der Verfügung vom 17. August 1998 auferlegten Pflicht, ihre Mitglieder beziehungsweise Dritte über die Unzulässigkeit der Tariflisten zu informieren und deren Anwendung zu untersagen, nachgekommen.

B. Die X (Beschwerdeführerin) indes, vertreten durch (...), erhob gegen die Verfügungen vom 17. August 1998 und vom 25. September 1998 am 30. Oktober 1998 bei der Rekurskommission für

Wettbewerbsfragen Beschwerde. Sie beantragt, es seien – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Wettbewerbskommission – die Verfügungen aufzuheben. Es sei festzustellen, dass die jährlichen Tariflisten für Service- und Regiearbeiten keine Preisabreden im Sinne des Artikel 5 Absatz 1 und 3 des Kartellgesetzes und keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen darstellen würden.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es habe einzig an der formalistisch eingestellten Auslegungsmethode gelegen, dass die Wettbewerbskommission die Anwendung der Tariflisten untersagt habe. Die funktionelle Bedeutung dieser Listen im wirtschaftlichen Wettbewerb sei von der Wettbewerbskommission nicht berücksichtigt worden. Deshalb habe die Vermutung der Unzulässigkeit dieser Preislisten nicht widerlegt werden können.

Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Wettbewerbskommission sei willkürlich vorgegangen, da sie die Abweichungen von 10 Prozent von den Tariflisten als unerheblich abgetan habe. Die Tatsache, dass die Tariflisten nicht verbindlich seien und einzelne Mitglieder eigene Tarife aufgestellt hätten, weise darauf hin, dass wirksamer Wettbewerb bestehe. Auch liege keine erhebliche Beeinträchtigung des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor, da für die Wettbewerber selber eine solche offensichtlich nicht bestehe, seien sie doch weder an die Preislisten gebunden noch seien sie gezwungen, im Konkurrenzfall identische Offerten zu machen. Dass schliesslich trotz Unverbindlichkeit der Tariflisten eine Annäherung der Preise bestehe, habe andere Gründe, die von der Wettbewerbskommission zu Unrecht nicht untersucht worden seien.

Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, es sei zu beachten, dass Gesamtofferten im Markt massgebend seien und die Preise, aufgeschlüsselt pro Dienstleistung pro Basiseinheit, für die eigentliche Offerte von zweitrangiger Bedeutung seien.

Sodann meint die Beschwerdeführerin, die grossen Mitglieder seien auf die Verbandshilfe nicht angewiesen und hätten eigene Tarife entwickelt. Die kleinen Anbieter dagegen seien auf Kalkulationshilfen angewiesen, damit sie sich die aufwändige und Zeit raubende eigene Kostenstellenrechnung für die Bewertung von Arbeitsleistungen ersparen könnten. In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass mit einer wettbewerbsneutralen Kostenrechnung angesichts der Vorgaben sich zwangsläufig gleichende Ergebnisse

einstellen würden.

Schliesslich hält die Beschwerdeführerin fest, es wäre vielmehr problematisch, dass der einzelne Wettbewerber die Kosten angesichts des damit verbundenen Ermittlungsaufwandes zu hoch ansetzen würde. Dies beträfe jedoch die Domäne des Preisüberwachers. Die Preisrichtlinien würden deshalb an erster Stelle dem Konsumentenschutz dienen.

C. Mit Schreiben vom 3. November 1998 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen distanzierte sich der S. von der von der X eingereichten Beschwerde. Er akzeptiere die Verfügungen der Wettbewerbskommission, insbesondere unter der Berücksichtigung der Tatsache, dass man übereingekommen sei, in gemeinsamer Arbeit mit der Wettbewerbsbehörde die Thematik der Kalkulationsgrundlagen von Gewerbeverbänden grundsätzlich zu analysieren.

D. Am 23. Dezember 1998 liess sich die Wettbewerbskommission mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde vernehmen. Sie hält unter anderem einleitend fest, ihre Entscheidung vom 17. August 1998 beziehungsweise vom 25. September 1998 basiere sowohl auf dem Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 des Kartellgesetzes (Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs) als auch auf einer Eventualargumentation hinsichtlich Artikel 5 Absatz 1 und 2 des Kartellgesetzes (erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs). Beide Erwägungen hätten zum Schluss geführt, dass die Abrede unzulässig sei.

Ihren Antrag begründet sie folgendermassen. Das Herausgeben der Tariflisten sei ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, welches der Abstimmung der Preise diene. Die festgestellten Abweichungen der firmeneigenen Tariflisten einzelner Verbandsmitglieder von den Verbandstariflisten betrage nicht 10 Prozent, sondern nur 1 Prozent. Es könne somit auf Grund dieser geringfügigen Abweichungen von einer einheitlichen Tarifliste ausgegangen werden. Mit diesen Listen werde eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Es handle sich hier um eine Preisabrede, die unter den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a des Kartellgesetzes falle. Es bestünde die Möglichkeit, diese Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, indem gezeigt werde, dass entweder die Tariflisten von

den Verbandsmitgliedern nicht angewendet würden oder dass es Aussenseiter gebe, die nicht Verbandsmitglieder seien und die die Tariflisten nicht anwenden würden. In diesem Zusammenhang sei nicht – wie die Beschwerdeführerin meine – die funktionelle Bedeutung der Abrede im wirtschaftlichen Wettbewerb zu berücksichtigen.

Nun sei es innerhalb der neunmonatigen Untersuchung jedoch nicht gelungen, diese Vermutung zu widerlegen. Die Wettbewerbskommission sei zum Schluss gekommen, dass es in etwa 90 Prozent des Marktes ein nach der Branchentarifliste gleichgerichtetes Preisfestsetzungsverhalten gebe.

Die Wettbewerbskommission hält sodann fest, dass es sich bei den Tariflisten nicht um zulässige Kalkulationshilfen handle, sondern um reine Preisabreden, welche die Endpreise von gewissen Dienstleistungsangeboten vorgäben. Dies bedeute, dass der Preis als zentrales Steuerungsinstrument der Marktwirtschaft ausgeschaltet werde, wodurch die gesamtwirtschaftlichen Vorteile eines wirksamen Wettbewerbs nicht erreicht werden könnten.

Im Weiteren erklärt sie, Schutzobjekt des Kartellgesetzes sei der wirksame Wettbewerb. Letztendlich profitiere aber auch der Konsument von einem funktionierenden wirtschaftlichen Wettbewerb, da dieser unter anderem zu tieferen Preisen beziehungsweise einem breiteren Güter- und Dienstleistungsangebot führe.

Schliesslich gibt die Wettbewerbskommission an, Preismissbrauch könne nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs seien. Das Verfahren nach Kartellgesetz gehe dem Verfahren nach Preisüberwachungsgesetz vor.

E. Zur Ergänzung des Sachverhalts ersuchte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen am 23. Februar 1999 die Wettbewerbskommission um Beantwortung einer Reihe von Fragen, nämlich:

- “1. Auf welcher Berechnungsgrundlage beruht Ihre Aussage in der angefochtenen Verfügung (Ziff. 21) und in Ihrer Stellungnahme zur Beschwerde (Ziff. 19c), dass die

durchschnittliche Abweichung von den empfohlenen Tarifen rund 10 % betrage? (...)

2. Gilt Ihre durchschnittliche Angabe von 10 % auch für die Mitglieder der Beschwerdeführerin? (...)
3. Ab welcher Abweichung läge Ihres Erachtens keine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vor? Können Sie sich für Ihre Angabe auf eine frühere Praxis oder auf andere Quellen (Rechtsprechung, Rechtslehre) stützen?
4. In Ihrem Verfügungsentwurf (Ziff. 48) sind Sie zum Schluss gelangt, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt sei. In Ihrer Verfügung (Ziff. 51) ziehen Sie den gegenteiligen Schluss. Wie begründen Sie die unterschiedliche Folgerung?
5. Ab welcher Abweichung läge Ihres Erachtens keine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG vor? Können Sie sich für Ihre Angabe auf eine frühere Praxis oder auf andere Quellen (Rechtsprechung, Rechtslehre) stützen?"

Am 15. März 1999 reichte die Wettbewerbskommission ihre Antwort auf die gestellten Fragen ein. Zu Frage 1 führte sie im Wesentlichen aus, die Aussage, dass es Abweichungen von durchschnittlich 10 Prozent geben könne, beruhe primär nicht auf eigenen Berechnungen, sondern auf einer stichprobeartigen Umfrage bei Marktteilnehmern. Auf Grund der Anwendung der Tarifliste mit Abweichungen von plus/minus 10 Prozent kristallisiere sich ein Preisband heraus, das sich um ein Preisniveau bewege, das nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sei, sondern durch Verbandsbeschlüsse bestimmt werde. Unbestritten sei allerdings, dass schätzungsweise 10 Prozent der Marktteilnehmer andere Ansätze verwendeten und dementsprechend grössere Abweichungen aufträten. In der Regel handle es sich dabei nicht um Verbandsmitglieder. Dieser Aussenseiterwettbewerb von 10 Prozent Marktanteil sei jedoch von der Wettbewerbskommission als vernachlässigbar beurteilt worden.

Zu Frage 2 hielt die Wettbewerbskommission fest, dass die Abweichungen bei der Beschwerdeführerin weniger als 10 Prozent

betragen würden. Die Beschwerdeführerin habe in keiner Stellungnahme und in keinem Gespräch bestritten, dass ihre Mitglieder die Tarifansätze einhielten.

Zu Frage 3 bemerkte die Wettbewerbskommission, dass ein Verhalten, das eine Wettbewerbsbeschränkung bewirke, als Wettbewerbsabrede eingestuft werden müsse. Dies ergebe sich klar aus der gesetzlichen Definition der Wettbewerbsabrede in Artikel 4 Absatz 1 des Kartellgesetzes. Selbst wenn Empfehlungen nur als Richtschnur verwendet würden, stimmten die Unternehmen ihr wettbewerbsrelevantes Verhalten aufeinander ab. Damit sei das Tatbestandsmerkmal einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise nach Artikel 4 Absatz 1 des Kartellgesetzes erfüllt.

Zur vierten Frage führte die Wettbewerbskommission aus, die unterschiedliche Qualifikation begründe sich mit der organisatorischen Trennung von Instruktionsbehörde als Antragstellerin (Sekretariat der Wettbewerbskommission) und Entscheidbehörde (Wettbewerbskommission).

Zur fünften Frage schliesslich erklärte die Wettbewerbskommission Folgendes. Um eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs im vorliegenden Fall ausschliessen zu können, hätte ersichtlich werden müssen, dass die Tarifliste (Preisabrede) und deren Einhaltung beziehungsweise deren Verwendung als Orientierungsbasis nicht zum beschriebenen Niveaueffekt führe. Die Tarifliste gebe das Preisniveau, mithin den Mindestpreis des Gesamtmarktes, vor und führe daher unweigerlich zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs.

Am 26. März 1999 unterbreitete die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Antwortschreiben der Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin zur Stellungnahme, welche am 23. April 1999 erfolgte.

Zur Antwort der Wettbewerbskommission zur ersten Frage hielt die Beschwerdeführerin unter anderem fest, es fehle eine Untersuchung, welcher Anteil in den Kalkulationspreisen durch gesetzliche/vertragliche Verpflichtungen (Gesamtarbeitsverträge) vorgegeben sei. Im Weiteren sei nicht nachvollziehbar, dass eine Bandbreite von 20 Prozent als Beseitigung des Preiswettbewerbs bezeichnet werde.

Die Beschwerdeführerin bestritt auch die Antwort der Wettbewerbskommission auf die zweite Frage. Die Behauptung, die Abweichung von 10 Prozent würde bei der Beschwerdeführerin nicht gelten, sei ein Novum.

Mit Bezug auf die Antwort der Wettbewerbskommission auf die dritte Frage bestritt die Beschwerdeführerin das Vorliegen einer kartellistischen Absprache. Empfehlungen, sachter Zwang, seien etwas völlig anderes als das Bereitstellen von Zahlen, welche gesetzliche und vertragliche Vorbedingungen jeder gewerblichen Tätigkeit seien.

Mit Bezug auf die Antwort auf die vierte Frage der Wettbewerbskommission erachtete die Beschwerdeführerin die Differenzierung der beiden Instanzen nicht für überzeugend.

Was schliesslich die Antwort der Wettbewerbskommission auf die fünfte Frage betrifft, kritisierte die Beschwerdeführerin nochmals die Berufung auf den Niveaueffekt. Mindestens dürfte vorausgesetzt werden, dass das Niveau definiert werde. Unzulässig sei die Feststellung, es sei von zweitrangiger Bedeutung, welche prozentualen Abweichungen im Einzelfall eintreten könnten.

F. Mit Schreiben vom 18. Mai 1999 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdeführerin mit, dass der Präsident eine mündliche und öffentliche Verhandlung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention angeordnet habe, da zivilrechtliche Ansprüche gegeben seien. Mit Eingabe vom 25. Mai 1999 erklärte die Beschwerdeführerin den Verzicht auf die Durchführung einer Verhandlung.

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 auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, hat die entscheidende Instanz von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen

(vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. überarbeitete Aufl., Bern 1983, S. 73 mit Hinweisen).

- 1.1. Die Entscheide der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 und vom 25. September 1998 stellen Verfügungen im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 und 2) dar. Diese Verfügungen können nach Artikel 53 Absatz 2 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.
- 1.2. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtenen Verfügungen berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 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 Verfügungen verlangt wird, einzutreten.

- 1.3. Näher zu prüfen ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin über das Aufhebungsbegehren hinaus auch ein schutzwürdiges Interesse an der Feststellung hat, dass die jährlichen Tariflisten für Service- und Regiearbeiten keine Preisabreden im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 und 3 des Kartellgesetzes und keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, und ob insoweit auch auf ihr Feststellungsbegehren einzutreten ist. Die Frage ist identisch mit jener, ob die Wettbewerbskommission zu Recht in Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 17. August 1998 eine solche Feststellung verfügt hat.

Nach Artikel 25 VwVG kann die in der Sache zuständige Behörde

über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen. Eine Feststellungsverfügung ist zulässig, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist (Abs. 1 und 2). Der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ist gegeben, wenn der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung seines Rechtes hat, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und wenn dieses Interesse nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann. Denn nach bundesgerichtlicher Praxis ist die Feststellungsverfügung subsidiärer Natur (BGE 114 V 201 E. 2c, 108 Ib 540 E. 3 mit Hinweisen; vgl. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 200 ff., insbesondere Rz. 207).

Das Kartellgesetz sieht in Artikel 30 Absatz 1 vor, dass die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Lösung entscheidet. Damit ist eine rechtsgestaltende Verfügung möglich. Im vorliegenden Fall hat die Wettbewerbskommission auch eine gestaltende Verfügung getroffen, womit für den Erlass einer Feststellungsverfügung kein Raum bleibt. Auf das Begehren, es sei festzustellen, dass die jährlichen Tariflisten für Service- und Regiearbeiten keine Preisabreden im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 und 3 des Kartellgesetzes und keine unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen darstellen würden, ist deshalb nicht einzutreten.

2. Nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1).

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

wirksamen Wettbewerbs liegt vermutungsweise vor, sofern Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind Wettbewerbsabreden dann gerechtfertigt, wenn sie: (a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und (b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2).

Nach Artikel 6 Absatz 1 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. In Betracht gezogen werden unter anderem insbesondere Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich diesbezüglicher Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen (Art. 6 Abs. 1 Bst. b KG).

Mit Beschluss vom 4. Mai 1998 hat die Wettbewerbskommission eine entsprechende Bekanntmachung unter dem Titel "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" verabschiedet, die sodann am 28. Juli 1998 im Bundesblatt veröffentlicht wurde (Recht und Politik des Wettbewerbs, RPW 1998/2, S. 351 ff.; BBl 1998 IV 3936; Bekanntmachung). Nach deren Artikel 4 lassen sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen in der Regel dann nicht rechtfertigen, wenn sie den Beteiligten pauschale Beträge oder pauschale Prozentsätze für Gemeinkostenzuschläge oder andere Kostenzuschläge zur Bestimmung der Selbstkosten vorgeben oder vorschlagen (Bst. a) oder wenn sie den Beteiligten Margen, Rabatte, andere Preisbestandteile oder Endpreise vorgeben oder vorschlagen (Bst. b).

3. Im vorliegenden Zusammenhang liegen insbesondere die Fragen im Streit, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG vorliege, welche im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG

wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitige und ob im verneinenden Fall im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben sei, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in Verbindung mit Artikel 6 KG gerechtfertigt werden könnte. Gegebenenfalls hätte man es mit einer unzulässigen Wettbewerbsabrede zu tun.

- 3.1. Vorweg ist festzustellen, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt seit Erlass der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 beziehungsweise vom 25. September 1998 erheblich verändert hat, weil die Verfügungsadressaten P., S. und V. die Verfügung der Wettbewerbskommission und damit auch die Auflage, die Anwendung ihrer Verbandstariflisten für Regie- und Servicearbeiten zu verbieten, akzeptiert haben. Die P. vereinigt laut Angaben der Wettbewerbskommission rund 50 % Marktanteil, während die übrigen Verbände, d. h. X, Vu. und S., rund 40 % Marktanteil erreichen. Unter diesen Umständen entfällt die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die X (d. h. durch die Anwendung ihrer Tariflisten) auf jeden Fall, selbst wenn vorher auf eine gemeinsame Beseitigung wirksamen Wettbewerbs hätte geschlossen werden können. Die Beschwerdeführerin hat diese zu ihren Gunsten lautende Sachverhaltsänderung zwar nicht geltend gemacht. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat sie als neue Tatsache aber von Amtes wegen zu beachten (vgl. Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 615 und 692; Gygi, a. a. O., S. 258; Andreas Jost, Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [Basel], ZSR 1982 II S. 455 ff., S. 474; vgl. auch VPB 60.8 E. 2 mit weiteren Hinweisen).
- 3.2. Unter diesen Umständen scheidet die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Artikel 5 Absatz 3 KG zum Vornherein aus. Es ist lediglich zu prüfen, ob die Kalkulationshilfen der X eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG seien, welche den Wettbewerb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG erheblich beeinträchtigen, ohne dass sie im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG in Verbindung mit Artikel 6 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnten. In diesem Zusammenhang ist die allgemeine Bekanntmachung unter dem Titel "Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen" der Wettbewerbskommission zu beachten (Bekanntmachung, a. a. O.) Sie enthält indessen keine

Rechtssätze, sondern lediglich Absichtserklärungen der Wettbewerbskommission, wie sie in künftigen Fällen entscheiden wird (vgl. dazu Franz Hoffet, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Kommentar KG], Zürich 1997, Art. 6, Rz. 13; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 319).

4. Wie sich im Folgenden zeigen wird, sind Sachverhaltsabklärung und Begründung der Wettbewerbskommission in mehrfacher Hinsicht problematisch.

4.1. Was die Sachverhaltsfeststellung betrifft, beruft sich die Wettbewerbskommission zum einen darauf, die Ausführungen betreffend die Abweichungen von durchschnittlich 10 % von den Verbandstariflisten beruhen primär nicht auf eigenen Berechnungen, sondern auf Aussagen von Marktteilnehmern. Zum andern ist den Stichproben aber zu entnehmen, dass zum Teil erheblich grössere Abweichungen vorkommen. So weichen die in den einzelnen Rechnungen aufgeführten Ansätze für Service- und Regiearbeiten bei Kunden sowie die Abonnementspreise teilweise 30 bis 40 % nach oben und unten von den Verbandstariflisten ab. Ob sich für Mitglieder der X völlig andere Werte ergeben, wie die Wettbewerbskommission anzunehmen scheint, vermag die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf Grund der vorliegenden Unterlagen nicht zuverlässig zu überprüfen. Sie sieht sich im Übrigen ganz allgemein zur Feststellung genötigt, dass die allgemeinen Aussagen mit den Stichproben teilweise im Widerspruch stehen. Hinzu kommt, dass ein Teil der Stichproben durch Rechnungen dokumentiert ist, ein anderer Teil hingegen nicht. Damit ergibt sich eine insgesamt unbefriedigende und unsichere Beweissituation.

4.2. Was die rechtliche Beurteilung betrifft, scheint die Wettbewerbskommission die Auffassung zu vertreten, für den Begriff der Wettbewerbsabrede sei lediglich die Beschränkungswirkung konstitutiv. Es bedürfe keiner Abrede.

Demgegenüber ist festzuhalten, dass nicht jedwede Wettbewerbsbeschränkung dem Kartellgesetz untersteht, sondern nur eine durch Wettbewerbsabrede bezweckte oder bewirkte. So bewirkt namentlich auch Parallelverhalten von Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen. Ein solches

Verhalten fällt aber nicht in den Geltungsbereich des KG (vgl. Zäch, a. a. O., Rz. 270; Bruno Schmidhauser, in: Kommentar KG, a. a. O., Art. 4, Rz. 45). Damit der Geltungsbereich des KG zum Tragen kommt, bedarf es mit andern Worten einer rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarung oder einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (vgl. Art. 4 Abs. 1 KG).

Die X macht der Sache nach ein Parallelverhalten geltend. Sie vertritt nämlich die Auffassung, dass die Preisfestsetzung innerhalb der Bandbreite von plus/minus 10 % auf gesetzliche beziehungsweise vertragliche (Gesamtarbeitsverträge) Faktoren zurückzuführen sei. Die Wettbewerbskommission betrachtet die genannte Bandbreite demgegenüber geradezu als konstitutives Merkmal für eine Wettbewerbsbeschränkung. Es komme allein auf die Wirkung an. Selbst wenn die Empfehlungen nur als Richtschnur verwendet würden, habe man es mit einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise zu tun. Im vorliegenden Fall sei der Niveaueffekt erwiesen. Obwohl die Wettbewerbskommission wahrscheinlich begründeterweise vermutet, das Vorhandensein von Tariflisten begünstige mehr oder weniger stillschweigend aufeinander abgestimmtes Parallelverhalten (insbesondere in Branchen, in denen sie beziehungsweise die frühere Kartellkommission in früheren Untersuchungen zahlreiche kartellistische Praktiken feststellen konnte), muss sie der Tatsache Rechnung tragen, dass im hier untersuchten Fall und bei der heutigen Konjunkturlage solche Tariflisten nur teilweise eingehalten werden. Und auch wenn die Frage, ab welcher Höhe Abweichungen von Preisen in Tariflisten den Schluss auf eine Abrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG nicht mehr zulassen, kategorisch schwierig zu beantworten ist, da die Umstände variieren können, welche eine Einschätzung der Tragweite solcher Abweichungen erlauben würden, hätte die Wettbewerbskommission ihre Ablehnung, hierzu Stellung zu nehmen, jedenfalls begründen sollen.

- 4.3. Unverbindliche Kalkulationshilfen zählen prinzipiell nicht zu den Artikel 5 Absatz 3 KG unterstehenden harten Kartellen, sondern gegebenenfalls zu den nach Artikel 5 Absatz 2 zu beurteilenden weichen Kartellen (vgl. Hoffet, in: Kommentar KG, a. a. O., Art. 5, Rz. 71 ff.; vgl. auch Helmuth Schröter, in: Hans von Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann [Hrsg.], Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 2/I, 5. Aufl., Baden-Baden

1999, Art. 85 Abs. 1, Rz. 133). Die Wettbewerbskommission überdehnt danach mit ihrer Qualifikation die hier fraglichen Wettbewerbsbeschränkungen zum Vornherein.

- 4.4. Die Wettbewerbskommission rückt die These in den Vordergrund, die Kalkulationshilfen würden gewissermassen ein Preisband generieren, was per se ein Indiz für eine unzulässige Wettbewerbsabrede sei. Kriterien für die Konkretisierung dieses Konzepts im Einzelfall werden aber nicht namhaft gemacht. Aber auch wenn man das Argument als begründet erachtet, wonach das Vorhandensein von Tariflisten die Unternehmen veranlasst, ihre Preise gegen oben anzugleichen, hätte die Tatsache, dass im vorliegenden Fall teilweise erhebliche Abweichungen nach unten festgestellt worden sind, die Wettbewerbskommission dazu bringen sollen, ihr Urteil differenzierter zu begründen. Preisbänder oder Preisrahmen sind nur dann beachtlich, wenn sie kartellrechtlich relevant verabredet sind (vgl. auch Volker Emmerich, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, München 1997, Art. 85 Abs. 1, B. II., Rz. 14; Hermann-Josef Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, 8. Aufl., Neuwied etc. 1998, Art. 85, S. 1472, Rz. 62).

Stellt die Wettbewerbskommission ein Preisband fest, so kann sie sich jedenfalls nicht darauf beschränken, geltend zu machen, Kalkulationshilfen würden per se Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken. Im Anschluss an eine entsprechende starke Neigung der Kommission der Europäischen Gemeinschaft ist wohl auch unter dem schweizerischen Recht davon auszugehen, dass im konkreten Fall die beiden Anforderungen "bezwecken" und "bewirken" kaum zu trennen, sondern prinzipiell gemeinsam anzuwenden sind (vgl. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Art. 85 Abs. 1, A. IV., Rz. 239; vgl. auch Volker Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., München 1999, S. 418 ff.). Zwar wird aus der Praxis der europäischen Organe teilweise auch abgelesen, die beiden Elemente "bezwecken" und "bewirken" hätten selbstständigen Charakter; es handle sich um Alternativen. Bei der Alternative "bezwecken" handle es sich um einen Gefährdungstatbestand; danach käme es nur auf die objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung an (vgl. Schröter, in: Groeben//Thiesing/Ehlermann, a. a. O., Art. 85 Abs. 1, Rz. 111 ff.; auch Schmidhauser, in: Kommentar KG, a. a. O., Art. 4, Rz. 28 f. mit Hinweisen, der diesbezüglich auch eine Parallele zum Kartellgesetz von 1985 sieht). Nach Auffassung der

Rekurskommission für Wettbewerbsfragen muss eine Wettbewerbsbeschränkung mehr als nur eine objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung aufweisen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie in casu – von konsequent angewendeten einheitlichen Preisen nicht die Rede sein kann.

- 4.5. Wettbewerbsabreden können nur dann unzulässig sein, wenn sie den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen; gegebenenfalls können sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). Im vorliegenden Zusammenhang ist offen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung vorliege. Die Wettbewerbskommission ist der Ansicht, dass Erheblichkeit jedenfalls gegeben sei, falls nicht schon wirksamer Wettbewerb beseitigt werde. Nähere Ausführungen macht sie dazu nicht. Die Behandlung dieser Frage drängt sich aber auf, nachdem die anderen Verbände die Verfügung der Wettbewerbskommission angenommen haben und nachdem sich der Sachverhalt deshalb erheblich verändert hat.

Im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft wird diesbezüglich häufig auf Marktanteile und Umsätze der beteiligten Unternehmen abgestellt. Gefragt wird nach der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung, welche erst gegeben ist, wenn die an einer Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt einen Marktanteil von 5 Prozent erreichen; dieser Anteil gilt für horizontale Vereinbarungen (vgl. Emmerich, a. a. O., S. 418; Norbert Koch, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf [Hrsg.], Kommentar zur Europäischen Union, Bd. II, 4. Ergänzungslieferung zur 3. Aufl., Art. 85, Rz. 101). Die 5 Prozent beschreiben im Übrigen keine starre Grenze; diese kann im Einzelfall vielmehr nach oben oder unten überschritten werden (Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O., Art. 85 Abs. 1, A. IV., Rz. 209 f.). In der schweizerischen Rechtslehre wird die Meinung vertreten, die Wettbewerbskommission sollte ebenfalls derartige quantitative Bagatellgrenzen festsetzen (vgl. Zäch, a. a. O., Rz. 283; Christian J. Meier-Schatz, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5–8, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 21 ff., insbesondere S. 22; Hoffet, in: Kommentar KG, a. a. O., Art. 5, Rz. 67).

- 4.6. Nach der Annahme der Verfügungen durch die anderen Verbände ist anzunehmen, dass wirksamer Wettbewerb besteht oder wieder entsteht, weil die Mitglieder der X mit Wettbewerbsdruck rechnen müssen und die Abnehmer Ausweichmöglichkeiten haben (vgl. Zäch, a. a. O., Rz. 296). Eine ähnliche Umschreibung des wirksamen Wettbewerbs gibt die Wettbewerbskommission in ihren Eingaben zum vorliegenden Streitfall selber.
5. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die von der Beschwerdeführerin angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission in mehrfacher Hinsicht fragwürdig ist. Sie ist durch das Einlenken der anderen Verbände mindestens teilweise überholt. Sie enthält im Übrigen keine hinreichenden Aussagen zur Bedeutung von Preisbändern.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat in ihrem Entscheid vom 12. November 1998 in Sachen X. AG gegen Wettbewerbskommission festgehalten, dass an die Sachverhaltsabklärung und an die materielle Begründung vergleichsweise hohe Anforderungen zu stellen sind, dass andererseits aber die Wettbewerbskommission einen bedeutenden Spielraum in der Gestaltung der Wettbewerbspolitik haben muss (vgl. Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 12. November 1998 i. S. X. AG gegen Wettbewerbskommission [98/FB-001], publiziert in: RPW 1998/4, S. 655 ff., E. 6). Der vorliegende Entscheid genügt diesen Anforderungen nicht. Er ist daher aufzuheben. Es ist Sache der Wettbewerbskommission, zu entscheiden, ob sie das Verfahren gegen die X einstellen oder im Lichte der vorstehenden Ausführungen die Untersuchung ergänzen und einen neuen Entscheid mit einer Begründung zu den offenen Fragen fällen will.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von der Beschwerdeführerin am 24. November 1998 geleistete Kostenvorschuss ist ihr zu Lasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Der Beschwerdeführerin, welche sich anwaltlich vertreten liess,

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

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 25. September 1998 beziehungsweise vom 17. August 1998 wird, soweit die X betreffend, aufgehoben.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittel]
5. [Eröffnet]

B 4 Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 5 | 1. Staatsrechtliche Beschwerde betreffend Verletzung von Art. 4 und 31 BV sowie des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Entscheid der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 4. Mai 1999 in Sachen Beschwerdeführer B, vertreten durch Rechtsanwalt C gegen Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden, Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 2.Kammer,

betreffend

Art. 4 und 31 BV, Art. 2 ÜbBest. BV

(Berufsausübung als Zahnarzt),

hat sich ergeben:

A.- B ist deutscher Staatsangehöriger und Inhaber der deutschen Approbation als Zahnarzt. Er verfügt über eine schweizerische Niederlassungsbewilligung. Seit dem 1. Juli 1992 arbeitet er als Assistent bei D. Mit Gesuch vom 3. Oktober 1997 beantragte B beim Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden die Erteilung der Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Zahnarzt. Das Departement wies das Gesuch am 15. Juni 1998 ab, da B nicht im Besitz des eidgenössischen Zahnarztdiploms sei. Einen dagegen erhobenen Rekurs wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Urteil vom 13. Oktober 1998 ab. Es erwog, gemäss Art. 29 Abs. 2 des kantonalen Gesundheitsgesetzes vom 2. Dezember 1984 (GG) werde die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Medizinalperson nur Inhabern des eidgenössischen Diploms erteilt. Diese Bestimmung sei weder verfassungs- noch bundesrechtswidrig. Eine Ausnahme sei nach Art. 29 Abs. 3 GG nur zulässig, wenn nicht genügend Berufsangehörige mit eidgenössischem Diplom vorhanden seien. Auf dem Platz Chur sei jedoch der zahnärztliche Versorgungsgrad genügend.

B.- B erhebt staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen. Er rügt eine Verletzung von Art. 4 und 31 BV sowie des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

C.- Das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht schliesst auf Abweisung, soweit auf die Beschwerde eingetreten werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Der angefochtene Entscheid ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den auch im Bund kein anderes Rechtsmittel gegeben ist. Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher zulässig (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 OG). Das gilt auch für die Rüge, der angefochtene Entscheid verletze das Binnenmarktgesetz bzw. Art. 2 ÜbBest. BV (Art. 9 Abs. 2 BGBM; BGE 123 I 313 E. 1b S. 316).

b) Der Beschwerdeführer ist als abgewiesener Gesuchsteller zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG). Als Inhaber der Niederlassungsbewilligung kann er sich auch auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen; ob er als Ausländer (anders als ein Schweizer) auf Grundlage des kantonalen Rechts von der Ausübung eines bestimmten Berufs ausgeschlossen werden kann, ist nicht eine Frage des Eintretens, sondern der materiellen Beurteilung (BGE 116 Ia 237 E. 2c/d S. 239 f. und seitherige Praxis, vgl. BGE 123 I 19 E. 2a S. 29 f., 212 E. 2b S. 214 f.).

2.- a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV). Die deutsche Approbation als Zahnarzt sei dem eidgenössischen Diplom gleichwertig. Es sei daher durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt, von ihm zusätzlich noch das eidgenössische Diplom zu verlangen, zumal dieses grundsätzlich vom Schweizer Bürgerrecht abhängig sei.

b) Unter dem Schutz des Art. 31 BV steht jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient (BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; 123 I 212 E. 3a S. 217; je mit Hinweisen), somit auch die Ausübung des Zahnarztberufs (BGE 117 Ia 90 E. 3b S. 93; Pra 1998 3 19, E. 1). Art. 31 BV behält jedoch in Abs. 2 kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben, namentlich im öffentlichen Interesse begründete polizeiliche Massnahmen, vor. Solche Einschränkungen können dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit, Sittlichkeit und Sicherheit oder von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dienen (BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; 118 Ia 115 E. 1 S. 176 f.; 114 Ia 34 E. 2a S. 36). Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen. Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit bedürfen im Übrigen einer gesetzlichen Grundlage, müssen, durch ein

überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren (BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; 123 I 12 E. 2a S. 15, 212 E. 3a S. 217; je mit Hinweisen).

c) Vorliegend besteht – wie der Beschwerdeführer mit Recht nicht bestreitet – in Art. 29 GG eine formellgesetzliche Grundlage dafür, dass grundsätzlich nur Medizinalpersonen, die im Besitz des eidgenössischen Diploms sind, eine Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung erhalten. Das Bundesgericht hat mit Urteil vom 4. Juli 1997 entschieden, dass die praktisch gleichlautende analoge Regelung des zürcherischen Rechts mit Art. 31 BV vereinbar sei. Es hat erwogen, das eidgenössische Diplom garantiere eine fundierte Ausbildung; das könne zwar bei ausländischen Diplomen ebenfalls zutreffen, doch seien ausländische Ausweise für die schweizerischen Gesundheitsbehörden schwieriger zu beurteilen; das Erfordernis des eidgenössischen Diploms sei auch nicht unverhältnismässig (Pra 1998 3 19, E. 2b/c). Anders verhält es sich bei medizinischen Hilfsberufen wie Physiotherapeuten, wo das Bundesgericht das Erfordernis eines schweizerischen Diploms als unverhältnismässig beurteilt, wenn ein gleichwertiges ausländisches Diplom vorliegt (Urteile vom 9. Juni 1995 i. S. Sch., publiziert in SJ 1995 713, E. 3; vom 16. Oktober 1992 i. S. F., publiziert in R DAT 1993 1 27, E. 4). Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht auf die eidgenössisch geregelten Medizinalberufe übertragen werden (R DAT 1993 1 27, S. 4c). Erweist sich die gesetzliche Regelung generell als verfassungsmässig, dann hat der Inhaber eines ausländischen Diploms auch keinen Anspruch auf Zulassung, wenn er im Einzelfall die Gleichwertigkeit seines Diploms nachweist. Denn die Überprüfung dieser Gleichwertigkeit ist für die schweizerischen Behörden nicht einfach, und gerade deshalb ist die Beschränkung auf Inhaber des schweizerischen Fähigkeitsausweises zulässig. Dass eine generelle Regelung unter Umständen auch auf Einzelfälle Anwendung findet, in denen der innere Sinn des Gesetzes nicht erfüllt wäre, ist nicht selten und stellt noch keine Unverhältnismässigkeit dar.

d) Gemäss Art. 33 Abs. 2 BV und Art. 1 des Freizügigkeitsgesetzes vom 19. Dezember 1877 (SR 811.11) sind Medizinalpersonen mit eidgenössischem Diplom zur freien Ausübung ihres Berufs im Gebiete der ganzen Eidgenossenschaft befugt. Die Kantone können zusätzlich Inhaber ausländischer Ausweise zulassen, doch sind sie dazu von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet (BGE 117 Ia 90 E. 3b S. 94; Pra 1998 3 19 E. 2b). Daraus, dass einzelne Kantone Inhaber deutscher Zahnarztapprobationen zulassen, kann deshalb der Beschwerdeführer nichts ableiten.

e) Es trifft zu, dass nach Art. 16 der Allgemeinen Medizinalprüfungsverordnung vom 19. November 1980 (AmV; SR 811.112.1) Ausländer nur unter bestimmten Voraussetzungen zur eidgenössischen Medizinalprüfung zugelassen werden, namentlich dann, wenn mit ihrem Heimatstaat Gegenrecht vereinbart wurde. Wenn ein kantonales Gesetz die Zulassung zur selbständigen Berufsausübung vom Besitz des eidgenössischen Diploms abhängig macht, kann es daher im Ergebnis einem Ausländer praktisch verunmöglicht werden, einen Medizinalberuf selbständig auszuüben, selbst wenn er bereit und fachlich in der Lage wäre, das eidgenössische Diplom zu erwerben. Soweit dieses Ergebnis als verfassungswidrig zu bezeichnen sein sollte, wäre dies jedoch nicht die Folge der kantonalen Gesetzgebung, welche das schweizerische Diplom verlangt. Es ergibt sich vielmehr aus der eidgenössischen Medizinalprüfungsverordnung, welche die Zulassung zur eidgenössischen Prüfung grundsätzlich vom Erfordernis der schweizerischen Staatsangehörigkeit abhängig macht, was allenfalls als nicht sachgerecht betrachtet werden könnte (vgl. BGE 123 I 212 E. 3c; 119 Ia 35 E. 4). Ob dieses Erfordernis wirklich verfassungswidrig ist, braucht vorliegend jedoch nicht beurteilt zu werden, da nicht die Zulassung zur eidgenössischen Medizinalprüfung in Frage steht. Im Übrigen ist zu bemerken, dass das Gegenrechtserfordernis für die Zulassung zu bestimmten Berufen im internationalen Verhältnis nicht unüblich ist. Ob allenfalls zukünftig in Kraft tretende internationale Abkommen eine Gegenrechtsvereinbarung mit Deutschland im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AMV schaffen werden, steht vorliegend nicht zur Diskussion.

3.- Es fragt sich, ob das seit 1. Juli 1996 in Kraft stehende Binnenmarktgesetz an dieser bisherigen Rechtslage etwas geändert hat.

a) Nach 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 bzw. ihres Sitzes zulässig ist. Der Gesetzgeber wollte damit das im EG- Recht geltende sogenannte Cassis-de-Dijon-Prinzip verankern, wonach ein Produkt, welches den in einem Land geltenden Anforderungen entspricht, auch in anderen Ländern vertrieben werden darf (Vgl. Botschaft zum Binnenmarktgesetz, BBl 1995 I 1213, 1257, 1263 f.). Einschränkungen dieses Grundsatzes sind zwar möglich, müssen jedoch die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllen. Art. 2 und 3 BGBM enthalten insoweit eine Präzisierung und

Konkretisierung der seit je in Art. 31 BV enthaltenen interkantonalen Komponente der Handels- und Gewerbefreiheit (vgl. BGE 122 I 109 E. 4c/d

S. 117 f., mit Hinweisen; Thomas Cottier/Benoît Merkt, *La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique*, Festschrift Aubert, Basel 1996, S. 449-471, 459; Vincent Martenet/Christophe Rapin, *Le marché intérieur suisse*, Bern 1999, S. 9; René Rhinow, *Kommentar BV*, Rz. 52 ff. zu Art. 31; Kilian Wunder, *Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft*, Diss. Basel 1998, S. 124 ff.).

b) Voraussetzung, damit der in Art. 2 BGBM, gewährleistete freie Zugang zum Markt überhaupt zum Tragen kommt, ist jedoch, dass die angebotene Ware oder Dienstleistung im Kanton, in welchem die anbietende Person ihren Sitz oder ihre Niederlassung hat, zulässig ist. Das ergibt sich aus dem 2. Halbsatz von Art. 2 Abs. 1 BGBM und wird in Abs. 3 Satz 1 noch verdeutlicht. Das Binnenmarktgesetz regelt die Rechtsstellung von auswärtigen Anbietern im interkantonalen bzw. interkommunalen Verhältnis, nicht aber diejenige der Ortsansässigen (BBI 1995 1 1285). Art. 2 BGBM findet somit keine Anwendung auf kantonale rechtliche Normen, welche die Tätigkeit der innerhalb des Kantons niedergelassenen Personen regeln.

c) Der Beschwerdeführer hat Wohnsitz im Kanton Graubünden und ersucht um die Bewilligung zur Berufsausübung in diesem Kanton. Es handelt sich dabei nicht um ein interkantonales Verhältnis, das in den Geltungsbereich von Art. 2 BGBM fällt. Die Zulässigkeit seiner Berufsausübung richtet sich gemäss Art. 2 Abs. 3 BGBM – innert der Schranken der Verfassung – einzig nach bündnerischem Recht. Insoweit hat das Binnenmarktgesetz – unter Vorbehalt von seinem Art. 4 – gegenüber der bisherigen Rechtslage keine Änderung zur Folge.

d) Nach Art. 4, Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht einer Einschränkung nach Art. 3 BGBM unterliegen. Anders als Art. 2 BGBM beschränkt sich dies nicht auf das Anbieten von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen, sondern gilt auch für die Niederlassung. Art. 4 BGBM erweitert damit den Anwendungsbereich des

Herkunftsprinzips auf die Niederlassung, soweit diese von einem Fähigkeitsausweis abhängig ist.

e) Der Beschwerdeführer bringt vor, verschiedene schweizerische Kantone anerkannten das deutsche Diplom als mit dem schweizerischen gleichwertig. Es fragt sich, ob Art. 4 BGBM auch gilt für ausländische Ausweise, die von einzelnen Kantonen anerkannt werden.

Der Vorentwurf zum Binnenmarktgesetz hatte die Formulierung in der Schweiz erworbene Fähigkeitsausweise enthalten (BBI 1995 I 1213, 125,6). Da dies zur irrtümlichen Annahme verleiten konnte, es seien auch private Fähigkeitsausweise gemeint, ersetzte der Entwurf diese Formulierung durch den Ausdruck „kantonale oder kantonal anerkannte“, um klarzustellen, dass das Gesetz nur öffentlichrechtliche Vorschriften bezüglich der Anerkennung von Fähigkeitsausweisen erfasst, nicht aber irgendwelche private Diplome (Amtl. Bull. 1995 S 875 [Berichterstatterin Simmen]); eine materielle Änderung gegenüber dem Vorentwurf war damit nicht beabsichtigt (BBI 1995 I 1256). Weiterhin sollten nur die in der Schweiz erworbenen Fähigkeitsausweise anerkannt werden (BBI 1995 I 1266 f.; vgl. auch Karl Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996 S. 164-176, 168). Daraus ergibt sich, dass Art. 4 BGBM nach der Absicht des Gesetzgebers auf schweizerische Fähigkeitsausweise beschränkt ist. Die Kantone sind nicht verpflichtet, ein bloss von einzelnen Kantonen anerkanntes ausländisches Diplom gestützt auf Art. 4 BGBM anzuerkennen. Der Beschwerdeführer kann sich daher nicht auf diese Bestimmung berufen.

4.- a) Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Treu und Glauben (Art. 4 BV). Das kantonale Polizei-, Justiz- und Sanitätsdepartement hatte am 12. Februar 1997 mit einem Schreiben an den Bündner Ärzteverein, den Bündnerischen Apotheker-Verein und die Graubündnerische Zahnärztesgesellschaft eine "Praxisänderung" angekündigt: Es hatte erwogen, gestützt auf BGE 119 Ia 35 sowie Art. 2 und 3 BGBM könne einem niedergelassenen Ausländer die Zulassung zur selbständigen Berufsausübung als Medizinalperson nicht verwehrt werden, wenn sein ausländisches Diplom dem eidgenössischen gleichwertig sei. Daher werde künftig den ausländischen Medizinalpersonen, die im Besitze der Niederlassungsbewilligung und eines dem eidgenössischen gleichwertigen ausländischen Diploms seien, die Bewilligung zur

selbständigen Berufsausübung erteilt werden, sofern keine Verweigerungs- oder Entzugsgründe im Sinne von Art. 31 GG vorlägen. Der Beschwerdeführer bringt vor, gestützt auf diese "Praxisänderung", die als Feststellungsentscheid zu qualifizieren sei, habe er sein Gesuch gestellt und im Vertrauen darauf verschiedene persönliche Dispositionen getroffen. Es verstosse gegen Treu und Glauben, wenn die Behörden nun davon wieder abwichen.

b) Die rechtsanwendenden Behörden sind auf Grund des Legalitätsprinzips an das Gesetz gebunden. Vom Gesetz kann nur abgewichen werden, wenn dieses höherrangigem Recht widerspricht. Die Nichtanwendung eines Gesetzes mit der unzutreffenden Begründung, dieses sei verfassungs- oder bundesrechtswidrig, ist jedoch willkürlich (BGE 119 Ia 433 E. 4 S. 439 ff.; 111 Ia 176 E. 3c S. 178 f.). Das Departement hatte in seinem Schreiben von 12. Februar 1997 die Regelung von Art. 29 GG als verfassungswidrig beurteilt, insbesondere mit Hinweis auf BGE 119 Ia 35. Dieser Entscheid betraf jedoch die Frage, ob die Zulassung zu einer Anwaltsprüfung vom schweizerischen Bürgerrecht abhängig gemacht werden könne. Das ist eine andere Frage als die hier zur Diskussion stehende, ob für die Zulassung zur Berufsausübung ein schweizerischer Fähigkeitsausweis verlangt werden könne. Auch in BGE 119 Ia 35 wurde nicht in Frage gestellt, dass die Zulassung als Anwalt vom Bestehen einer schweizerischen Anwaltsprüfung abhängig gemacht werden kann. Die Erwägungen im Schreiben des Departements vom 12. Februar 1997 waren insoweit unzutreffend. Sodann hat das Bundesgericht nach diesem Schreiben im zitierten Urteil vom 4. Juli 1997 klargestellt, dass derartige Regelungen, wie sie auch in Art. 29 des bündnerischen Gesundheitsgesetzes enthalten sind, der Verfassung nicht widersprechen. Nach dem vorne Ausgeführten widerspricht diese Bestimmung auch nicht dem Binnenmarktgesetz. Unter diesen Umständen war das Departement gehalten, von seiner unzutreffenden Auffassung abzuweichen und das Gesetz anzuwenden.

c) Eine Abweichung vom Gesetz kommt unter diesen Umständen nur nach den Regeln des Vertrauensschutzes in Frage, wenn der Beschwerdeführer sich nach Treu und Glauben auf behördliche Zusicherungen verlassen konnte und gestützt darauf entsprechende Dispositionen getroffen hat. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass sich das Verhalten der Behörde auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht (BGE 122 II 113E. 3b/cc S. 123, mit Hinweisen). Das Schreiben des Departements vom 12. Februar 1997 würde diese Voraussetzung selbst dann nicht erfüllen, wenn es – wie der Beschwerdeführer vorbringt und was

übrigens als fraglich erscheint – als Allgemeinverfügung zu qualifizieren wäre. Es handelte sich dabei um eine generelle Ansichtsausserung des Departementvorstehers, die weder an den Beschwerdeführer adressiert war noch dessen konkrete Situation betraf. Die Verbindlichkeit behördlicher Äusserungen auch auf derartige allgemeine Verlautbarungen auszudehnen, hätte zur Folge, dass in einem weiten Umfang das objektive Recht zur Disposition der rechtsanwendenden Behörden gestellt würde, indem diese durch gesetzlich nicht abgedeckte Meinungsäusserungen einem breiten Publikum die Berufung auf eine gesetzwidrige Praxis ermöglichen könnten. Damit würden die Rechtssicherheit und das demokratische Prinzip des Gesetzesvorrangs in einem untragbaren Ausmass tangiert.

5.- Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 BGBM, indem sowohl das Departement als auch das Verwaltungsgericht ihm entgegen dieser Bestimmung Verfahrenskosten auferlegt hätten.

Nach Art. 4 Abs. 2 BGBM hat die betroffene Person bei Beschränkungen nach Art. 3 BGBM Anspruch darauf, dass in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren geprüft wird, ob ihr aufgrund ihres Fähigkeitsausweises der freie Zugang zum Markt zu gewähren ist oder nicht. Diese Vorschrift eilt für das Bewilligungsverfahren schlechthin (BGE 125 II 56 E. 5b S. 63 f.). Sie gilt nicht nur, wenn es im kantonalen Verfahren um die beruflichen Fähigkeiten des Gestuchstellers im engeren Sinne geht, sondern auch dann, wenn der Fähigkeitsausweis zwar anerkannt, der freie Zugang zum Markt aber aus anderen Gründen beschränkt wird (BGB 123 I 313 E. 5 S. 323). Wie sich aus dem Bisherigen ergibt, geht es vorliegend jedoch gar nicht um die Frage, ob der nach Binnenmarktgesetz gewährleistete Zugang zum Markt beschränkt wird. Vielmehr ist das Binnenmarktgesetz auf den vorliegenden Sachverhalt gar nicht anwendbar. Die in Art. 4 Abs. 2 vorgesehene Kostenlosigkeit auch auf derartige Fälle auszudehnen, hätte zur Folge, dass jede Rechtsstreitigkeit, die in irgendeiner Weise ein kantonalrechtliches Hindernis für die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit zum Thema hat, in einem kostenlosen Verfahren entschieden werden müsste. Damit würde der im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren übliche Grundsatz, dass der Verursacher einer Verwaltungshandlung bzw. der im Verwaltungsjustizverfahren Unterlegene die Kosten, zu tragen hat, für einen wesentlichen Teil des gesamten Verwaltungsrechts aufgehoben. Ein derart weitreichender Eingriff in die Finanz- und Verfahrensautonomie der Kantone kann dem Binnenmarktgesetz nicht entnommen werden.

6.- Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich somit als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.- [Gerichtskosten]
- 3.- [Eröffnet]

| | |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| B 5 | 2. Staatsrechtliche Beschwerde betreffend Verletzung von Art. 4 und 31 BV sowie des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 |
|-----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

Entscheid der öffentlichrechtlichen Abteilung vom 14. Juni 1999; in Sachen Beschwerdeführer A gegen Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden, Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, Kammer 2,

betreffend

Art. 4 und 31 BV, Art. 2 ÜbBest. BV

(Berufsausübung als Zahnprothetiker),

hat sich ergeben:

A. A erwarb 1981 den zürcherischen kantonalen Fähigkeitsausweis als Zahnprothetiker und betreibt seither eine Praxis für Zahnprothetik in XXX. Sein Wohnsitz ist in YYY. Am 22. August 1997 reichte A beim Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden ein Gesuch um Erteilung einer Berufsausübungsbewilligung als Zahnprothetiker ein. Das Departement wies das Gesuch am 23. Februar 1998 ab, da der Beruf des Zahnprothetikers in der kantonalen Gesetzgebung nicht vorgesehen sei.

Dagegen erhob A Rekurs an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, wobei er geltend machte, die Nichtzulassung verstosse gegen das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02). Das Verwaltungsgericht wies den Rekurs mit Urteil vom 10 Juni 1998. ab. Es erwog, das im Kanton Graubünden geltende Verbot der selbständigen Tätigkeit als Zahnprothetiker erfülle die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM und sei deshalb nicht bundesrechtswidrig.

B.- A erhebt staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, den Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die

Angelegenheit zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Verfahrensmässig beantragt er die Einholung eines Gutachtens bei der Wettbewerbskommission, die Einholung eines Amtsberichts der Gesundheitsdirektion bzw. des Kantonszahnarztes des Kantons Zürich sowie Erhebungen bei den Kantonen Zürich, Schwyz, Nidwalden und Appenzell Ausserrhoden über rechtskräftige Verurteilungen und disziplinarische Bestrafungen von Zahnprothetikern. Er rügt eine Verletzung von Art. 4 und 31 BV sowie von Art. 2 ÜbBest. BV in Verbindung mit Art. 2-4 BGBM.

C.- Das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement des Kantons Graubünden beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht schliesst auf Abweisung, soweit, auf die Beschwerde eingetreten werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Der angefochtene Entscheid ist ein kantonales letztinstanzlicher Endentscheid, der sich auf kantonales Recht stützt und gegen den auch im Bund kein anderes Rechtsmittel gegeben ist. Die staatsrechtliche Beschwerde ist daher zulässig (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 Abs. 1 und Art. 87 OG) Das gilt auch für die Rüge, der angefochtene Entscheid verletze das Binnenmarktgesetz bzw. Art. 2 ÜbBest. BV (Art. 9 Abs. 2 BGBM; BGE 123 I 313 E. Ib S. 316).

b) Der Beschwerdeführer ist als abgewiesener Gesuchsteller zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG).

2.- Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass die bündnerische Gesetzgebung die selbständige Berufsausübung als Zahnprothetiker nicht vorsieht. Er bringt jedoch vor, der Beruf sei im Kanton Zürich zugelassen und er, der Beschwerdeführer, besitze den zürcherischen Fähigkeitsausweis als Zahnprothetiker. Die Verweigerung der Zulassung im Kanton Graubünden verletze die Handels- und Gewerbefreiheit und verstosse gegen das Binnenmarktgesetz. Zudem sei der Entscheid willkürlich, da die Ausbildung des Zahnprothetikers bezüglich derjenigen Tätigkeiten, die er ausüben dürfe, derjenigen des Zahnarztes ebenbürtig sei.

Da, wie nachstehend zu zeigen sein wird, sich im Wesentlichen einzig Rechtsfragen stellen, besteht kein Anlass, die

vom Beschwerdeführer beantragten Gutachten, Amtsberichte und Erhebungen einzuholen.

3.- a) Unter dem Schutz von Art. 31 BV steht jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient (BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; 123 I 212 E. 3a S. 217; je mit Hinweisen), somit auch die gewerbsmässige Tätigkeit als Zahnprothetiker. Art. 31 BV behält jedoch in Abs. 2 kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben vor. Solche Einschränkungen können dem Schutz der öffentlichen Ordnung, der Gesundheit, Sittlichkeit und Sicherheit oder von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dienen (BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; 118 Ia 175 E. 1 S. 176 f.; 114 Ia 34 E. 2a S. 36). Unzulässig sind wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen. Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit bedürfen sodann einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren (BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; 123 I 12 E. 2a S. 15, 212 E. 3a S. 217; je mit Hinweisen).

b) Vorliegend besteht – wie der Beschwerdeführer mit Recht nicht bestreitet – eine gesetzliche Grundlage dafür, dass die selbständige Ausübung von Berufen des Gesundheitswesens einer Bewilligung bedarf, wobei eine Bewilligung für Zahnprothetiker jedoch nicht vorgesehen ist (Art. 45 ff. des kantonalen Gesundheitsgesetzes vom 2. Dezember 1984).

c) Das Bundesgericht hat bereits in einem nicht publizierten Urteil vom 18. November 1988 i. S. L. (E. 4a–c) entschieden, dass eine kantonale Regelung, welche die selbständige Ausübung der Tätigkeit als Zahnprothetiker nicht zulässt, mit Gründen des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden kann und verhältnismässig ist. Es hat erwogen, der Zahnprothetiker müsste, wenn er selbständig tätig wäre, Patienten selber untersuchen und Diagnose stellen können. Er sei dafür jedoch nicht so gut ausgebildet wie ein Zahnarzt: Seine Ausbildung für die Arbeit am Patienten dauere nur 400 Stunden. Dieser Unterschied werde auch durch die Berufserfahrung des Zahnprothetikers als Zahntechniker nicht aufgewogen, da diesem nicht erlaubt sei, in seinem Beruf derartige Arbeiten auszuführen. Dieser Entscheid wurde in einem Urteil vom 8. März 1994 bestätigt (ZBI 96/1995 S. 28, E. 3d/dd und E. 4). Wenn der Beschwerdeführer

dagegen vorbringt, dass Zahnprothetiker ja nur in einem Teilbereich tätig sein müssten und in diesem Bereich ihre Ausbildung derjenigen der Zahnärzte ebenbürtig sei, so übersieht er, dass die Untersuchung und Diagnose, die mit einer zahnprothetischen Tätigkeit in Verbindung steht, umfassenderes zahnmedizinisches Wissen verlangt. Zudem kann die Tätigkeit am Patienten für diesen mit bestimmten gesundheitlichen Risiken verbunden sein, die zu erkennen und zu vermeiden eine medizinische Ausbildung voraussetzt (vgl. bezüglich Dentalhygiene BGE 116 Ia 118 E. 5 S. 123 f.). Die bündnerische Regelung verstösst somit nicht gegen Art. 31 BV.

d) Dass andere Kantone die selbständige Tätigkeit als Zahnprothetiker zulassen, ändert daran nichts. Die Kantone können in ihren Zuständigkeitsbereichen innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken unterschiedliche Regelungen erlassen (vgl. 122 I 44 E. 3b/cc S. 47; 120 Ia 126 E. 6c S. 145). Eine gesetzliche Vorschrift ist nicht allein deshalb schon verfassungswidrig, weil andere Kantone eine andere Lösung getroffen haben.

4.- Es fragt sich, ob das seit dem 1. Juli 1996 in Kraft stehende Binnenmarktgesetz an dieser bisherigen Rechtslage etwas geändert hat. Der Beschwerdeführer rügt pauschal eine Verletzung der Art. 2–4 BGBM. Diese Bestimmungen betreffen unterschiedliche Tatbestände.

a) Nach 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 bzw. ihres Sitzes zulässig ist. Der Gesetzgeber wollte damit das im EG-Recht geltende sogenannte Cassis-de-Dijon-Prinzip verankern, wonach ein Produkt, welches den in einem Land geltenden Anforderungen entspricht, auch in anderen Ländern vertrieben werden darf (vgl. Botschaft zum Binnenmarktgesetz, BBl 1995 I 1213, 1257, 1263 f.). Einschränkungen dieses Grundsatzes sind zwar möglich, müssen jedoch die Voraussetzungen von Art. 3 BGBM erfüllen. Art. 2 und 3 BGBM enthalten insoweit eine Präzisierung und Konkretisierung der seit je in Art. 31 BV enthaltenen interkantonalen Komponente der Handels- und Gewerbefreiheit (vgl. BGE 122 III 09 E. 4c/d S. 117 f., mit Hinweisen; Thomas Cottier/Benoît Merkt, *La fonction fédérative de la liberté du commerce et de l'industrie et la loi sur le marché intérieur suisse: l'influence du droit européen et du droit international économique*, Festschrift Aubert, Basel 1996, S. 449–471, 459; Vincent Martenet/Christophe Rapin, *Le marché intérieur suisse*, Bern 1999, S. 9; René Rhinow, *Kommentar BV*, Rz. 52

ff. zu Art. 31; Kilian Wunder, Die Binnenmarktfunktion der schweizerischen Handels- und Gewerbefreiheit im Vergleich zu den Grundfreiheiten in der Europäischen Gemeinschaft, Diss. Basel 1998, S. 124 ff.).

b) Voraussetzung, damit der in Art. 2 BGBM gewährleistete freie Zugang zum Markt überhaupt zum Tragen kommt, ist jedoch, dass die angebotene Ware oder Dienstleistung im Kanton, in welchem die anbietende Person ihren Sitz oder ihre Niederlassung hat zulässig ist (vgl. Karl Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1996 S. 164–176, 166). Das ergibt sich aus, dem 2. Halbsatz von Art. 2 Abs. 1 BGBM und wird in Abs. 3 Satz 1 noch verdeutlicht. Unter Sitz oder Niederlassung ist dabei der Geschäftssitz oder die Geschäftsniederlassung zu verstehen. Das Binnenmarktgesetz regelt die Rechtsstellung von auswärtigen Anbietern im interkantonalen bzw. interkommunalen Verhältnis, nicht aber diejenige der Ortsansässigen (BBI 1995 I 1285; Thomas Cottier/Manfred Wagner, Das neue Bundesgesetz über den Binnenmarkt [BGBM], AJP 1995 S. 1582–1590, 1583). Es bezieht sich mit andern Worten auf den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr: Dafür ist unter Vorbehalt von Art. 3 BGBM das Herkunftsprinzip, das heisst das Recht des Herkunftskantons, massgebend. Hingegen gilt der freie Zugang nicht für die Niederlassung. Wer sich in einem Kanton niederlassen will, hat sich nach dem dort geltenden Recht zu richten und kann sich nicht darauf berufen, in einem anderen Kanton würden für eine entsprechende Niederlassung andere Regeln gelten. Das ergibt sich auch aus Art. 3 Abs. 1 BGBM, welcher sich nur auf die für ortsfremde – das heisst nicht im Kanton niedergelassene – Anbieter geltenden Einschränkungen bezieht. Die interkantonale Niederlassungsfreiheit wird in der Schweiz durch Art. 45 BV und in Bezug auf gewerbliche Niederlassungen durch Art. 31 BV garantiert; Art. 60 BV gewährleistet sodann, dass Kantonsfremde, die sich auf dem Gebiet eines Kantons zu Geschäftszwecken niederlassen wollen, dies unter gleichen Voraussetzungen tun dürfen wie Kantonsangehörige. Hingegen kann weder aus diesen Verfassungsbestimmungen noch aus dem Binnenmarktgesetz abgeleitet werden, dass auf die Geschäftsniederlassung in einem Kanton die (für den Gewerbetreibenden allenfalls weniger strengen) Vorschriften eines anderen Kantons anwendbar sind.

c) Das kann auch nicht anders sein, wenn – wie vorliegend – der Betroffene bisher in einem anderen Kanton eine entsprechende Niederlassung betrieb. Bisweilen wird zwar in der Lehre angenommen, das Herkunftsprinzip gelte auch für die

Niederlassungsfreiheit, so dass derjenige, der bisher in einem anderen Kanton niedergelassen war, sich auf die dort erfolgte Zulassung berufen könnte (Wunder, a. a. O., S. 225 ff.). Diese Auffassung stünde jedoch im Widerspruch zum klaren Wortlaut von Art. 2 BGBM wie auch zu allgemeinen Grundsätzen des territorialen Geltungsbereichs verschiedener Rechtsordnungen. Sie würde dazu führen, dass innerhalb eines Kantons Gewerbetreibende unterschiedlich zu behandeln sind, je nachdem ob sie zufälligerweise bisher in einem anderen Kanton die entsprechende Tätigkeit ausgeübt haben oder nicht. Im vorliegenden Fall könnte sich der Beschwerdeführer auf das Binnenmarktgesetz berufen, weil er bisher in Zürich bereits als Zahnprothetiker tätig war, nicht aber ein anderer Zahnprothetiker, der nach seiner Ausbildung direkt in Graubünden eine Praxis eröffnen will. Diese Ungleichbehandlung innerhalb eines Kantons wäre noch unbefriedigender als die in einem föderalistischen Staat systembedingte Ungleichbehandlung von einem Kanton zum andern. Im Übrigen gilt auch das EG-rechtliche Cassis-de-Dijon-Prinzip, welches dem Binnenmarktgesetz ausdrücklich als Vorbild dient, bloss für den Warenverkehr und sinngemäss für den Dienstleistungsverkehr (Martenet/Rapin, a. a. O., S. 19, mit Hinweisen), nicht aber für die Niederlassungsfreiheit.

d) Im Ergebnis kann somit der in einem Kanton rechtmässig Niedergelassene sich für den Vertrieb seiner Waren und Dienstleistungen ausserhalb dieses Kantons auf Art. 2 BGBM berufen; hingegen äussert sich das Binnenmarktgesetz – unter Vorbehalt von Art. 4 (dazu hinten E. 5) – nicht zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Niederlassung zulässig ist. Diese richtet sich vielmehr nach dem Recht des Niederlassungskantons. Insoweit hat das Binnenmarktgesetz gegenüber der bisherigen Rechtslage keine Änderung zur Folge. Das schliesst nicht aus, im Rahmen einer Überprüfung der Verfassungsmässigkeit kantonaler Regelungen dem Binnenmarktaspekt der Handels- und Gewerbefreiheit Rechnung zu tragen und so die Absicht des Gesetzgebers zu berücksichtigen, Hindernisse der wirtschaftlichen Tätigkeit, die sich aus unterschiedlichen kantonalen Gesetzgebungen ergeben, abzubauen.

e) Es ist einzuräumen, dass aufgrund dieser Rechtslage der Ortsansässige möglicherweise schlechter gestellt ist als der ausserhalb des Kantons Niedergelassene, der sich auf den freien Dienstleistungsverkehr gemäss Art. 2 BGBM berufen kann. Diese Konsequenz entspricht jedoch derjenigen des EG-Rechts, welches dem Binnenmarktgesetz als Vorbild diente: Das im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten geltende Cassis-de-Dijon-Prinzip kann eine umgekehrte Diskriminierung zu Lasten der Ortsansässigen zur Folge

haben, wenn die inländischen Vorschriften strenger sind als die im Herkunftsland eines ausländischen Konkurrenten geltenden. Trotzdem ist es grundsätzlich nicht Sache des EG-Rechts, sondern allenfalls des mitgliedstaatlichen Rechts, diese Inländerdiskriminierung zu beseitigen (EuGH, Rs. C-153/91, Urteil vom 22. September 1992, Slg. 1992-1 4973 ff; vgl. Doris König, Das Problem der Inländerdiskriminierung – Abschied von Reinheitsgebot, Nachtbackverbot und Meisterprüfung? AÖR 118/1993 S. 591-616, 594 ff.; Gert Nicolaysen, Inländerdiskriminierung im Warenverkehr, EuR 1991 S. 95–120, 99 ff.). Im Bereich des freien Warenverkehrs hat zwar der Europäische Gerichtshof die Art. 30 ff. EGV unter Umständen auch auf die innerstaatliche Handhabung einer nationalen Regelung angewendet. Das bezieht sich aber auf Massnahmen, die sich diskriminierend zu Lasten ausländischer Anbieter auswirken, insbesondere den Vertrieb inländischer Ware zum Nachteil eingeführter Ware begünstigen (EuGH, Rs. C-321/94, C-322-94, C-323/94 und C-324/94, Urteil vom 7. Mai 1997, Slg. 1997-1:2343 ff., 2374 [Pistre]). Hingegen bietet das EG-Recht keinen Schutz gegenüber innerstaatlichen Regelungen, die – ohne spezifisch die inländischen Anbieter zu bevorzugen – den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen einschränken (EuGH, Rs. C-267/91 und C-268/91, Urteil vom 24. November 1993, Slg. 1993-1 6097 ff., 6131 f. (Keck und Mithouard); Rs. C-391/92, Urteil vom 29. Juni 1995, Slg. 1995-1 1621 ff.), und auch keinen generellen Schutz vor nicht-diskriminierenden inländischen Bestimmungen oder vor umgekehrter Diskriminierung (Astrid Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, Köln 1995, S. 189 ff., 200; Thomas Oppermann, Europarecht., 2. Aufl., München 1999 Rz. 1511 und 1522; Hartmut Weyer, Freier Warenverkehr, rein innerstaatliche Sachverhalte und umgekehrte Diskriminierung, EuR 1998 S. 435–461, 449 ff.).

f) Der schweizerische Gesetzgeber wollte mit dem Binnenmarktgesetz analog zum EG-Recht eine Diskriminierung Kantonsfremder und einen offenen oder verdeckten Protektionismus zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen vermeiden (vgl. auch Art. 3 Abs. 4 BGBM). Aus dieser Zielsetzung folgt nicht ein über Art. 31 BV hinausgehender bundesrechtlicher Schutz gegen jegliche kantonalrechtliche Einschränkung des Wirtschaftsgeschehens. Auch Art. 6 BGBM garantiert nur die Gleichbehandlung von kantonsfremden schweizerischen gegenüber ausländischen Personen im internationalen Verhältnis (Abs. 1 und 2; vgl. Cottier/Merkt, a. a. O., S. 468) oder von Angehörigen von Drittkantonen im interkantonalen Verhältnis (Abs. 3; Cottier/Merkt, a. a. O., S. 463) nicht aber die Nichtdiskriminierung von im Kanton Ansässigen. Es ist daher davon auszugehen, dass das Binnenmarktgesetz keine

Anwendung findet auf innerkantonale Regelungen, die weder rechtlich noch faktisch ausserkantonale Anbieter diskriminieren, auch wenn sie einen Wettbewerbsnachteil für innerkantonale Anbieter gegenüber ausserkantonalen Konkurrenten zur Folge haben können.

g) Die vorliegend streitige Regelung bezweckt und bewirkt nicht eine spezifische Beschränkung des interkantonalen Marktes, sondern findet in erster Linie auf innerkantonale Sachverhalte Anwendung und trifft keine Unterscheidung nach Kantonszugehörigkeit. Wenn – wie der Beschwerdeführer geltend macht – das Verbot der selbständigen Tätigkeit als Zahnprothetiker eine gewisse konkurrenzschützende Wirkung zu Gunsten der Zahnärzte haben mag, so liegt darin nicht ein spezifischer Schutz der bündnerischen Zahnärzte, sondern der Zahnärzte schlechthin. Das Binnenmarktgesetz visiert jedoch nicht generell alle wettbewerbserheblichen Auswirkungen, die sich als Folge wirtschaftspolizeilicher Regelungen ergeben mögen, sondern spezifisch das interkantonale Verhältnis.

Der Sache nach kann zudem die hier streitige Regelung kaum Einschränkungen des interkantonalen freien Dienstleistungsverkehrs zur Folge haben: Zahnprothetiker sind zur Ausübung ihres Berufs praktisch auf gewisse Einrichtungen angewiesen, die in der Regel stationär sind. Der Beruf kann insoweit nur am Ort der Niederlassung ausgeübt werden. Interkantonaler freier Dienstleistungsverkehr bedeutet unter diesen Umständen im wesentlichen, dass ein Zahnprothetiker in einer ausserkantonalen Praxis auch Patienten aus dem Kanton Graubünden behandeln darf. Das wird dem Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid nicht verboten. Soweit er hingegen im Kanton Graubünden eine Praxis eröffnen will, ist dies nicht eine Frage des interkantonalen Dienstleistungsverkehrs, sondern ein innerkantonaler Sachverhalt, der – unter Vorbehalt von Art. 4 BGBM – nicht unter das Binnenmarktgesetz fällt.

5.- Der Beschwerdeführer macht geltend, dass ihn sein zürcherischer Fähigkeitsausweis für Zahnprothetik gemäss Art. 4 BGBM auch im Kanton Graubünden zur Ausübung dieses Berufs berechtige.

a) Nach Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht einer

Einschränkung nach Art. 3 BGBM unterliegen. Anders als Art. 2 BGBM beschränkt sich dies nicht auf das Anbieten von Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen, sondern gilt auch für die Niederlassung. Art. 4 BGBM erweitert damit den Anwendungsbereich des Herkunftsprinzips auf die Niederlassung, soweit diese von einem Fähigkeitsausweis abhängig ist.

b) Art. 4 BGBM visiert in erster Linie Berufe, die zwar in allen Kantonen bekannt und grundsätzlich zulässig sind, deren Ausübung jedoch eines kantonalen Fähigkeitsausweises bedarf, wie z. B. den Anwaltsberuf (vgl. BGE 125 II 56; 123 I 313). Das Binnenmarktgesetz legt fest, dass diese kantonalen Ausweise grundsätzlich zur Ausübung des entsprechenden Berufs in der ganzen Schweiz berechtigen. Das Bundesgericht hat dazu präzisiert, dass die Kantone weiterhin berechtigt sind eine förmliche Bewilligung zur Berufsausübung zu verlangen und – in den Schranken von Art. 3 BGBM – dafür auch strengere Anforderungen zu stellen als der Niederlassungskanton (BGE 125 II 56 E. 4a S. 61) – zugleich hat das Bundesgericht aber festgehalten, dass nach der binnenmarktgesetzlichen Freizügigkeitskonzeption die Gleichwertigkeit der kantonalen – Fähigkeitsausweise vermutet wird (BGE 125 II 56 E. 4b S. 61 f.). Es hat diese Vermutung sodann auch auf die persönlichen Voraussetzungen wie Ehrenhaftigkeit oder Vertrauenswürdigkeit bezogen, weil angenommen werden dürfe, dass sich diese Anforderungen von Kanton zu Kanton nicht wesentlich unterscheiden; der Inhaber eines ausserkantonalen Ausweises sei deshalb in der Regel ohne weitere Prüfung der persönlichen Voraussetzungen zur Berufsausübung zuzulassen (BGE 125 II 56 E. 4b S. 62; 123 I 313 E. 4c S. 321 f.).

c) Der Beschwerdeführer geht offensichtlich davon aus, dass diese Grundsätze gleichermassen gelten für Berufe, die als solche in einem Kanton gar nicht zulässig sind. Es fragt sich, ob diese Auffassung zutrifft.

aa) Die Ansicht des Beschwerdeführers entspricht nicht dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 BGBM. Diese Bestimmung bezieht sich nur auf die Fähigkeitsausweise („certificats de capacité“, „certificati di capacità“). Ein Fähigkeitsausweis ist die Bestätigung dafür, dass der Erwerber die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, um den betreffenden Beruf richtig auszuüben. Die Zulässigkeit einer bestimmten Berufstätigkeit hängt jedoch nicht zwingend einzig von den fachlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ab. Sie kann von weiteren polizeilich begründeten Voraussetzungen abhängig sein. In Frage kommen namentlich persönliche Eigenschaften, wie Leumund,

Fehlen von Vorstrafen oder Vertrautheit mit den Verhältnissen (BGB 119 I a 35 E. 5 S. 40), allenfalls fremdenpolizeiliche Anforderungen (vgl. BGE 123 I 19), formelle Erfordernisse, wie Bewilligung, Eintragung in ein Register und dergleichen (BGE 125 II 56 E. 4b und 5a S. 62 f.), finanzielle Anforderungen (Sicherstellungen, Kautionen, Haftpflichtversicherung) oder andere sachliche Voraussetzungen (z. B. Vorhandensein geeigneter Geschäftsräumlichkeiten). Desgleichen kann – wie vorne ausgeführt – die kantonale Gesetzgebung innert der verfassungsmässigen Schranken einen bestimmten Beruf überhaupt als unzulässig erklären. Fehlt eine dieser Zulässigkeitsvoraussetzungen, darf der betreffende Beruf auch dann nicht ausgeübt werden, wenn ein Fähigkeitsausweis vorliegt. Art. 4 Abs. 1 BGBM bezieht sich gemäss seinem Wortlaut einzig auf die Fähigkeitsausweise, mithin bloss auf eine der persönlichen Voraussetzungen, während jedoch die übrigen persönlichen oder sachlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen gar nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen.

bb) Diese wörtliche Auslegung entspricht auch der Systematik des Gesetzes. Ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Dienstleistung überhaupt zulässig ist, richtet sich gemäss Art. 2 Abs. 1 und 3 nach dem Recht des Kantons, in dem der Anbieter Sitz oder Niederlassung hat (vorne E. 4). Die Ansicht des Beschwerdeführers hätte jedoch zur Folge, dass derjenige, der einen kantonalen Fähigkeitsausweis besitzt für eine Tätigkeit, die nur in betreffenden Kanton überhaupt zugelassen ist, befugt wäre, sich in jedem Kanton niederzulassen und die entsprechende Tätigkeit auszuüben, auch wenn sie nach der Gesetzgebung des Sitzkantons nicht zugelassen wäre. Die Regel von Art. 2 BGBM würde dadurch in ihr Gegenteil verkehrt.

cc) Aus den Materialien geht nicht hervor, dass Art. 4 BGBM über seinen Wortlaut hinaus auch andere Zulässigkeitsvoraussetzungen als die beruflichen Fähigkeiten erfassen sollte. Gemäss Botschaft zum Binnenmarktgesetz soll diese Bestimmung ermöglichen, dass ein kantonal oder kantonal anerkannter Fähigkeitsausweis für die Ausübung der Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz genügen sollte (BBI 1995 X 1266 f.). In der Bundesversammlung wurde Art. 4 angenommen (Amtl. Bull. 1995 N 1155, S 875), ohne näher diskutiert zu werden, abgesehen von der Frage des Verhältnisses zwischen dem Binnenmarktgesetz und interkantonalen Konkordaten (Art. 4 Abs. 4 BGBM).

dd) Das Ziel des Binnenmarktgesetzes besteht darin, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Der Gesetzgeber wollte damit Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr beseitigen, die sich daraus ergeben, dass je nach Bestimmungsort unterschiedliche Regelungen gelten (BBI 1995 I 1227). Mit dieser Zielsetzung steht an sich jede kantonale Gesetzgebung in Widerspruch, soweit sie von der in einem anderen Kanton geltenden abweicht. Die völlige und konsequente Verwirklichung des Binnenmarktes bzw. des freien Dienstleistungsverkehrs

liesse sich nur realisieren, wenn die ganze kantonale Gesetzgebung, soweit sie einen Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit hat, durch eine bundesrechtliche ersetzt oder zumindest völlig harmonisiert würde, denn jede kantonale Gesetzgebungszuständigkeit kann zur Folge haben, dass die einschlägigen Regelungen von Kanton zu Kanton unterschiedlich sind, was in jedem Fall den Wettbewerb beeinflusst (BBI 1995 I 1226 f.). Der Grundsatz des freien Wettbewerbs bzw. des Binnenmarktes steht daher in einem prinzipiellen Spannungsverhältnis zum föderalistischen Prinzip, wonach den Kantonen eigene Gesetzgebungskompetenzen zustehen (Art. 3 BV; Art. 3 und 47 nBV; Wunder, a. a. O., S. 43 ff., 139). Der Gesetzgeber war sich dieses Spannungsfeldes bewusst; bei den Vorarbeiten zum Binnenmarktgesetz bildete das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen eine zentrale Frage (BBI 1995 I 1282 f.; Amtl. Bull. 1995 N 1144, 1153 [Berichterstatter Strahm], S 872 [Bundesrat Delamuraz]). Der Gesetzgeber wollte kantonale Unterschiede nicht einfach einebnen, sondern ihnen entgegentreten, soweit sie ortsfremde Wirtschaftssubjekte diskriminieren (BBI 1995 I 1219, 1257; Amtl. Bull. 1995 N 1149). Doch war, um den Föderalismus zu schonen, keine Rechtsharmonisierung beabsichtigt (BBI 1995 I 1235, 1258, 1285; Amtl. Bull. 1995 S. 871 [Berichterstatterin Simmen]).

ee) Angesichts dieses dem Gesetzgeber bewussten Spannungsverhältnisses zwischen Binnenmarkt und Föderalismusprinzip und der Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen den beiden widerstrebenden Grundsätzen kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber diesen Ausgleich bewusst und bedacht so geregelt hat, dass keines der beiden Prinzipien seines Gehalts völlig entleert wird. Unter solchen Umständen scheint eine ausdehnende Auslegung über den Wortlaut hinaus, welche das eine oder das andere der gegenläufigen Prinzipien auf Kosten des andern verstärken würde, nicht angebracht.

ff) Art. 4 BGBM steht im Zusammenhang mit den Bemühungen der Kantone, auf dem Konkordatsweg eine gegenseitige Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen zu erreichen. Die Notwendigkeit dieses Artikels wurde damit begründet, dass der Konkordatsweg das Ziel der gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen nicht ohne weiteres sicherstelle (Amtl. Bull. 1995 N 1144 [Berichterstatter Strahm], 1155 [Bundesrat Delamuraz]; S 871 [Berichterstatterin Simmen]). Doch sollten die kantonalen Harmonisierungsbemühungen nicht verdrängt, sondern unterstützt werden (BBI 1995 I 1258 f., 1266 f.). Art. 4 Abs. 4 BGBM enthält deshalb einen ausdrücklichen Vorrang interkantonaler Vereinbarungen gegenüber dem Binnenmarktgesetz. Damit wurde insbesondere die Interkantonale Vereinbarung vom 18. Februar 1993 über die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen, (SR 413.21; AS 1997 2399) anvisiert (BBI 1995 I 1221). Diese Vereinbarung regelt gemäss ihrem Art. 1 die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen in der Schweiz und fördert den freien Zugang zu weiterführenden Schulen und zur Berufsausübung. Sie regelt im Detail die Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen. Die aufgrund der Vereinbarung anerkannte Ausbildung weist gemäss Art. 8 Abs. 117 aus, dass der Ausbildungsabschluss den in dieser Vereinbarung und im betreffenden Anerkennungsreglement festgelegten Voraussetzungen entspricht. Nach Abs. 2 gewähren die Vereinbarungskantone, den Inhabern eines anerkannten Ausbildungsabschlusses den gleichen Zugang zu kantonally reglementierten Berufen wie den entsprechend diplomierten Angehörigen des eigenen Kantons. Die Vereinbarung beschränkt sich somit auf die Ausbildung, enthält jedoch keinerlei Aussagen über die sonstigen Voraussetzungen der Berufsausübung. Es kann daraus nicht abgeleitet werden, dass abgesehen von der Anerkennung des Fähigkeitsausweises die Inhaber ausserkantonaler Ausweise Rechte geltend machen können, die auch den im Kanton Ansässigen gemäss der kantonalen Gesetzgebung nicht zustehen.

gg) Dieses Ergebnis entspricht auch der in der revidierten Bundesverfassung vom 18. April 1999 enthaltenen Regelung: Die mit dem Binnenmarktgesetz konkretisierte Binnenmarktdimension der Wirtschaftsfreiheit wird umgesetzt durch Art. 95 Abs. 2 nBV (Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung [nBV], BBI 1997 I 1, 298 f.). Dadurch soll das bisherige Verfassungsrecht mit Einschluss der dazu ergangenen bundesgerichtlichen Praxis übernommen werden (Amtl. Bull. Sonderausgabe Reform der Bundesverfassung, N 317, Bundesrat Koller). Gemäss Art. 95 Abs. 2 nBV sorgt der Bund für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum. Er gewährleistet, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem

eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Nach Art. 196 Ziff. 5 nBV sind die Kantone bis zum Erlass einer entsprechenden Bundesgesetzgebung zur gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen verpflichtet. Auch in der neuen Verfassung wird somit nur die Ausbildung angesprochen, nicht aber die weiteren Voraussetzungen für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit.

d) Im Ergebnis ist Art. 4 BGBM gemäss seinem Wortlaut so auszulegen, dass sich sein Geltungsbereich auf die Fähigkeitsausweise bezieht, das heisst auf Ausweise, welche die beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse belegen. Dazu gehören auch die weiteren persönlichen Voraussetzungen, die einen Zusammenhang mit der Befähigung zur korrekten Berufsausübung haben (BGE 125 II 56 E. 4b S. 62). Hingegen fallen die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht in den Geltungsbereich von Art. 4 BGBM.

e) Der Beschwerdeführer könnte sich auf Art. 4 BGBM berufen, wenn das bündnerische Recht die selbständige Berufsausübung als Zahnprothetiker grundsätzlich zuliesse und dafür einen Fähigkeitsausweis verlangte. Jedoch wurde dem Beschwerdeführer die Bewilligung nicht deswegen verweigert, weil die bündnerischen Behörden seine beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse als Zahnprothetiker in Zweifel gezogen hätten, sondern deshalb, weil das bündnerische Recht die selbständige Ausübung dieses Berufs gar nicht zulässt, und zwar mit der gesundheitspolizeilichen Überlegung, dass auch ein ausgebildeter Zahnprothetiker mit Fähigkeitsausweis nicht hinreichend qualifiziert ist, um selbständig am Patienten zu arbeiten. Nachdem diese Regelung sowohl im Lichte der Verfassung als auch des Binnenmarktgesetzes zulässig ist (vorne E. 3 und 4), kann ein Fähigkeitsausweis als Zahnprothetiker gerade nicht genügen, um im Kanton Graubünden zugelassen zu werden.

6.- Der Beschwerdeführer rügt schliesslich eine Verletzung von Art. 4 Abs. 2 BGBM, indem das Verwaltungsgericht ihm entgegen dieser Bestimmung die Gerichtskosten auferlegt habe.

Nach Art. 4 Abs. 2 BGBM hat die betroffene Person bei Beschränkungen nach Art. 3 BGBM Anspruch darauf, dass in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren geprüft wird, ob ihr

aufgrund ihres Fähigkeitsausweises der freie Zugang zum Markt zu gewähren ist oder nicht. Diese Vorschrift gilt für das Bewilligungsverfahren schlechthin (BGE 125 II 56 B. 5b S. 63 f.). Sie gilt nicht nur, wenn es im kantonalen Verfahren um die beruflichen Fähigkeiten des Gesuchstellers im engeren Sinne geht, sondern auch dann, wenn der Fähigkeitsausweis zwar anerkannt, der freie Zugang zum Markt aber aus anderen Gründen beschränkt wird (BGE 123 I 313 E. 5 S. 323). Wie aus dem Bisherigen hervorgeht, geht es vorliegend jedoch nicht um die Frage, ob der nach Binnenmarktgesetz gewährleistete Zugang zum Markt beschränkt wird. Vielmehr ist das Binnenmarktgesetz auf den vorliegenden Sachverhalt gar nicht anwendbar. Die in Art. 4 Abs. 2 vorgesehene Kostenlosigkeit auch auf derartige Fälle auszudehnen, hätte zur Folge, dass jede Rechtsstreitigkeit, die in irgendeiner Weise ein kantonales Hindernis für die Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit zum Thema hat, in einem kostenlosen Verfahren entschieden werden müsste. Damit würde der im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren übliche Grundsatz, dass der Verursacher einer Verwaltungshandlung bzw. der im Verwaltungsjustizverfahren Unterlegene die Kosten zu tragen hat, für einen wesentlichen Teil des gesamten Verwaltungsrechts aufgehoben. Ein derart weitreichender Eingriff in die Finanz- und Verfahrensautonomie der Kantone kann dem Binnenmarktgesetz nicht entnommen werden.

7.- Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich somit als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.- [Gerichtsgebühr]
- 3.- [Eröffnung]

D 2 **Bibliographie**
Bibliographie
Bibliografia

1 Aufsätze und Zeitungsartikel / articles / articoli

2

GUGLER Philippe, MERKT Benoît „Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises“, Journée du droit de la concurrence 1998 / Libéralisation des télécommunications – Concentrations d'entreprises p 91 ff.

CELLI Alessandro L./KALBERER David M., Abfallentsorgung beim Elektroschrott im Spannungsverhältnis zwischen Umweltrecht und Wettbewerbsrecht – SWICO-Umweltkonvention, in: sic! 1999, S. 327 ff.

HOFFET Franz, Zum Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, Bemerkungen zum Entscheid „Engra T“ des Bundesgerichts vom 13. November 1998, in: sic! 1999, S. 346 f.

HOFFET Franz/HOEHN Thomas, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, in: sic! 1999, S. 232 ff.

PALASTHY Andras, Droit des cartels, clause de non concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in: CEDIDAC bulletin d'information no 31, Juin 1999

RAASS Adrian/HÜBSCHER Barbara, Entgegnung zum Beitrag von A. L. Celli und D. M. Kalberer, in: sic! 1999, S. 340 f.

VOGT Hans-Ueli, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahren, in: AJP 1999, S. 837 ff.

BORGHI Marco/CAIMI Carlo Luigi, La nuova legge sui cartelli, CFPG 22, Lugano 1999, mit folgenden Beiträgen:

BORGHI Marco, La legislazione sulla concorrenza: un strumento per la democrazia?, S. 9 ff.

TERCIER Pierre, Le nouveau droit des cartels, S. 27 ff.

FLÜCKIGER Yves, Aspects économiques du nouveau droit suisse de la concurrence, S. 59 ff.

DUCREY Patrik, Organisation et activités du secrétariat de la commission de la concurrence, S. 103 ff.

BOVET Christian, Le provisoire en droit des cartels, S. 123 ff.

CAIMI Carlo Luigi, Disposizioni di procedura civile, S. 149 ff.

ZÄCH Roger, Rechtliche Aspekte der Anwendung des Kartellgesetzes auf die Bankwirtschaft, S. 179 ff.

LAMBELET Jean-Christian/MIHAILOV Alexander, Aspects économiques du droit de la concurrence appliqué aux activités bancaires, S. 195 ff.

BOVET Christian, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, mit folgenden Beiträgen:

DUCREY Patrik, Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence: Application du nouveau droit suisse de la concurrence, S. 19 ff.

BOVET Christian, Premières expériences dans le contrôle des concentrations, S. 61 ff.

GUGLER Philippe/MERKT Benoît, Considérations sur le formulaire de notification des concentrations d'entreprises, S. 91 ff.

FORSTMOSER Peter/ VON DER CRONE Hans Caspar/Weber Rolf H./Zobl Dieter, Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, mit folgenden Beiträgen zum Wettbewerbsrecht:

AMSTUTZ Marc, Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik, S. 193 ff.

BORER Jürg, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, S. 217 ff.

VON BÜREN Roland/LANG Christoph G., Freistellungen und Bekanntmachungen im europäischen und schweizerischen Kartellrecht, S. 241 ff.

COTTIER Thomas/CAPLAZI Alexandra, Marktzugang, Strukturhaltung und Sozialdumping: Ungelöste Spannungsfelder im öffentlichen Beschaffungswesen, S. 257 ff.

DUCREY Patrik, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, S. 281 ff.

GLOOR Peter/STAEHELIN Matthias, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die „rule of reason“, S. 299 ff.

HEINI Anton, Wettbewerbsbeschränkungen auf dem EU-Markt vor schweizerischen Schiedsgerichten – zu einem Aufsatz von Roger Zäch, S. 317 ff.

HILTY Reto M., Vom Janusgesicht des Immaterialgüterrechts – Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, S. 325 ff.

IMMENGA Ulrich, Zur extraterritorialen Anwendung der europäischen Fusionskontrolle, S. 347 ff.

KELLERHALS Andreas, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des gemeinschaftlichen Wirtschaftsfolgerechts, S. 359 ff.

MÖSCHEL Wernhard, Wettbewerbsrechtliche und urheberrechtliche Aspekte der Internet-Benutzung, S. 377 ff.

NATER Hans, Auf dem Weg zur Konvergenz von Telekommunikations- und Kabelnetzen, S. 393 ff.

RUFFNER Markus, Die EG-Harmonisierungs- und Liberalisierungsrichtlinien – Blaupause und Regelungsstandard für das schweizerische Telekommunikationsrecht am Beispiel der Interkonnektion, S. 409 ff.

SCHMIDHAUSER Bruno, Der Begriff der „mehreren Unternehmen“ im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, S. 429 ff.

WATTER Rolf/REINERT Mani, Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes in der EG und in der Schweiz im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, S. 447 ff.

GIRSBERGER Daniel/WEBER-STECHER Urs M., Die Einrede der Wettbewerbsrechtswidrigkeit vor schweizerischen Schiedsgerichten, S. 681 ff.

STÖCKLI Hubert, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung, Diss. Freiburg 1999

ZÄCH Roger (Hrsg.), Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition, Bern/The Hague/London/Boston 1999

BAKER Jonathan B. „Policy Watch. Developments in Antitrust Economics“, Journal of Economic Perspectives 13, 1999, 181ff.

BAKER Simon, RIDYARD Derek „Portfolio Power: A Rum Deal?“, European Competition Law Review 1999, 181ff.

BOOER Tim, EDMONDS Peter, GLYNN Dermot, OGLIALORO Claudia „Economic Aspects of The Single European Market in Pharmaceuticals“, European Competition Law Review 1999, 256ff.

BORNER Silvio „Nationale oder internationale Erschöpfung von Patenten“, sic! 4/1999, 476f.

BROD Andrew, SHIVAKUMAR Ram „Advantageous Semi-Collusion“, *The Journal of Industrial Economics* 1999, 221ff.

BÜRGI Johannes A., LANG Christoph G. „Rettungsanker Patentrecht zum Schutz selektiver Vertriebssysteme in der Schweiz?“, *sic!* 4/1999, 379ff.

CAMESASCA Peter D. „The Explicit Efficiency Defence in Merger Control: Does it Make The Difference“, *European Competition Law Review* 1999, 14ff.

CELLI Alessandro L., KALBERER David M. „Abfallentsorgung beim Elektroschrott im Spannungsverhältnis zwischen Umweltrecht und Wettbewerbsrecht – SWICO-Umweltkonvention“, *sic!* 3/1999, 327ff.

COMTE Jean-Louis „Internationale Erschöpfung der Patentrechte?“, *sic!* 4/1999, 478ff.

ECONOMIDES Nicholas „Quality Choice and vertical integration“, *International Journal of Industrial Organization* 17, 1999, 903ff.

HANSEN Hendrik „Die wettbewerbspolitische Beurteilung von Forschungs- und Entwicklungskooperationen zwischen konkurrierenden Unternehmen“, *Wirtschaft und Wettbewerb* 5/1999, 468ff.

JACCARD Michel „Droit de la concurrence et signature numérique. Quelques réflexions à la lumière de la concentration Swiskey SA“, *sic!* 1/1999, 17ff.

KALLFASS Hermann H. „Vertikale Verträge in der Wettbewerbspolitik der EU“, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1999, 225ff.

KRAUSKOPF-FORERO Patrick „Die Kontrolle von Freizeichnungen im Vertrags- und Wettbewerbsrecht“, *Baurecht* 1/99, 26ff.

KREPPS Matthew B. „Facilitation Practices and the path-dependence of collusion“, *International Journal of Industrial Organization* 1999, 887ff.

KUILWIJK Kees Jan „Parallel Imports and WTO Law: Some Thoughts After Silhouette“, *Economic Competition Law Review* 1999, 292ff.

MATRAVES Catherine „Market structure, R&D and advertising in the pharmaceutical industry“, *The Journal of Industrial Economics* 1999, 169ff.

MEISSER David „Parallelimporte und Immaterialgüterrecht“, *sic!* 4/1999, 524ff.

NEVEN Damien, RÖLLER Lars-Hendrik „An aggregate structural model of competition in the European banking industry“, *International Journal of Industrial Organization* 17, 1999, 1059ff.

OECD „Competition and Trade Effects of Vertical Restraints“, 1999 (COMDAFFE/CLP/TD(99)54)

OECD « Mini-Roundtable on Oligopoly. Note by Switzerland », 1999 (DAFFE/CLP/WD(99)1)

OECD « Mini-Roundtable on Oligopoly. Background note by the Secretariat », 1999 (DAFFE/CLP(99)11)

OECD « Mini-Roundtable on Oligopoly. Note by the US Department of Justice and the US Federal Trade Commission », 1999 (DAFFE/CLP/WD(99)13)

OECD « Mini-Roundtable on Oligopoly. Note by the European Commission », 1999 (DAFFE/CLP/WD(99)14)

PARKIN Richard J. „Cooperative Inter-Firm Relations: A Game Theoretic Approach and Application to the Furniture Industry“, *Kyklos* 52, 1999, 63ff.

PICKERING J.F. „Competition Policy and Vertical Relationships. The Approach of the U.K. Monopolies and Mergers Commission“, *European Competition Law Review* 1999, 225ff.

PLETSCHER Thomas „Notwendige Differenzierung bei Parallelimporten. Das Kind nicht mit dem Bade ausschütten“, *sic!* 4/1999, 484ff.

RATNAYAKE Ravi „Industry concentration and competition: New Zealand experience“, *International Journal of Industrial Organization* 17, 1999, 1041ff.

RUBINFELD Daniel „Wettbewerb, Innovation und die Durchsetzung des Kartellrechts in dynamischen, vernetzten Industrien“, *GRUR Int.* 1999, 479ff.

RUFFNER Markus, AMMANN Jürg M. „Kartellrecht und Stromlieferverträge“, *sic!* 4/1999, 470ff.

SCHERER F.M. „Retail Distribution Channel Barriers to International Trade“, *Antitrust Law Journal* 67, 1999, 77ff.

THOMAS Louis A. „Incumbent firms' response to entry: Price, advertising, and new product introduction“, *International Journal of Industrial Organization* 1999, 527ff.

VALLENDER Klaus A. „Grundzüge der „neuen“ Wirtschaftsverfassung“, *AJP* 6/99, 677ff.

VON BALLMOOS Thomas „Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?“, *AJP* 3/99, 295ff.

WERDEN Gregory J., FROEB Luke M. „The Entry-Inducing Effects of Horizontal Mergers: An Exploratory Analysis“, *The Journal of Industrial Economics* 1998, 525ff. Bücher / livres / libri

3 Bücher / livres / libri

4

GLOBAL COMPETITION REVIEW „The 1999 Handbook of Competition Regulators“, London 1999

National Economic Research Associates (nera) „The Economic Consequences of The Choice of Regime of Exhaustion in the Area of Trademarks“, London 1999

NEVEN Damien, PAPANDROPOULOS Pénélope, SEABRIGHT Paul „Trawling for Minnows. European Competition Policy and Agreements between Firms“, Centre for Economic Policy Research, London 1998

NEVEN Damien J. "Politique de la concurrence en Suisse (1996-1998). Evaluation et perspectives d'évolution", Kommission für Konjunkturfragen (Hrsg.) "Liberales wirtschaftspolitisches Konzept. Materialienband", Bern 1999

ZÄCH Roger „Schweizerisches Kartellrecht“, Bern 1999

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 |
| BBl | 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**F**

| | |
|-----|------------------|
| FF | Feuille fédérale |
| FMG | Fernmeldegesetz |

G

| | |
|------|----------------------------------------|
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade |
|------|----------------------------------------|

| | | | |
|----------|-----------------------------------------------------------------------|----------|------------------------------------------------------------------|
| GebrV | Verordnung über Gebrauchsgegenstände | LCD | LF contre la concurrence déloyale |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht | LCsl | LF contro la concorrenza sleale |
| GU | Gemeinschaftsunternehmen | LDA | LF sur le droit d'auteur |
| H | | LDIP | LF sur le droit international privé |
| | | LETC | LF sur les entraves techniques au commerce |
| HGer | Handelsgericht | LF | Loi fédérale / Legge federale |
| HMG | Heilmittelgesetz | LL | LF sul lavoro |
| I | | LMG | BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände |
| | | LMI | LF sur le marché intérieur |
| IPRG | BG über das internationale Privatrecht | LMP | LF sur les marchés publics |
| IVöB | Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen | LOTG | LF sugli ostacoli tecnici al commercio |
| J | | LPM | LF sur la protection des marques |
| | | LRFP | LF sur la responsabilité du fait des produits |
| JAAC | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération | LSPr | LF sulla sorveglianza dei prezzi |
| JdT | Journal des Tribunaux | M | |
| K | | N | |
| KG | Kartellgesetz | O | |
| KMU | Kleine und mittlere Unternehmen | O | Ordonnance |
| KSG | Konkordat über die Schiedgerichtsbarkeit | OCDE | Organisation de Coopération et de Développement Economique |
| KVG | BG über die Krankenversicherung | OCSE | Organizzazione per la coopera- zione e lo sviluppo economico |
| L | | OECD | Organisation for Economic Cooperation and Development |
| LAA | LF sur l'assurance-accidents | OFAP | Office fédéral des assurances privées |
| LAMal | LF sur l'assurance-maladie | OG | BG über die Organisation der Bundesrechtspflege |
| LCA | LF sur le contrat d'assurance | OGer | Obergericht |
| LCart | LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence | | |

| | | | |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|----------|---------------------------------------------------------------|
| OJ | LF sur l'organisation judiciaire | RR | Regierungsrat |
| OMC | Organisation mondiale du commerce | RS | Recueil systématique des lois fédérales (=SR) |
| OMP | O sur les marchés publics | RSDA | Revue suisse de droit des affaires (=SZW) |
| OR | Obligationenrecht | RSJ | Revue suisse de jurisprudence (=SJZ) |
| OTVA | O concernant la taxe sur la valeur ajoutée | RSPI | Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI) |
| P | | | |
| PA | LF sur la procédure administrative | S | |
| PCF | LF sur la procédure civile fédérale | | |
| PJA | Pratique Juridique Actuelle (=AJP) | SAV | Schweizerischer Anwaltsverband |
| Pra. | Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts | SchKG | BG über Schuldbetreibung und Konkurs |
| PrHG | Produktehaftpflichtgesetz | SHAB | Schweizerisches Handelsamtsblatt |
| Publ.CCSPr | Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix | SJ | La semaine judiciaire |
| PüG | Preisüberwachungsgesetz | SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ) |
| Q | | SMI | Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI) |
| R | | SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS) |
| | | StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch |
| RDAF | Revue de droit administratif et de droit fiscal | StR | Ständerat |
| RDAT | Rivista di diritto amministrativo ticinese | SZW | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA) |
| RDS | Revue de droit suisse (=ZSR) | T | |
| REKO/WEF | Rekurskommission für Wettbewerbsfragen | TA | Tribunal administratif |
| Rep. | Repertorio di Giurisprudenza Patria | TApp | Tribunale d'Appello |
| RJB | Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV) | TC | Tribunal cantonal / Tribunale cantonale |
| RO | Recueil officiel des lois fédérales (=AS) | TF | Tribunal fédéral / Tribunale federale |
| RPW | Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC) | THG | BG über technische Handelshemmnisse |

| | | | |
|----------|---------------------------------------------------------------------|----------|-------------------------------------------------------------------------|
| TRIPS | Trade Related Aspects on Intellectual Property | W | |
| U | | | |
| | | WTO | Welthandelsorganisation (World Trade Organization) |
| UE | Union Européenne | WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| UFIAML | Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro | ZBGR | Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF) |
| URG | BG über das Urheberrecht | ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB) |
| URP | Umweltrecht in der Praxis (=DEP) | ZBI | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| UWG | BG über den unlauteren Wettbewerb | ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch |
| V | | ZPO | Zivilprozessordnung |
| | | ZSR | Zeitschrift für schweizerisches Recht |
| VKKP | Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers | | |
| VKU | Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen | X | |
| VoeB | Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen | Y | |
| VPB | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC) | Z | |
| VwVG | BG über das Verwaltungsverfahren | | |

Index

| | Erhebliche Wettbewerbs bewirkt | Beeinträchtigung 410 | des |
|------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------|-------------------------------------------------------------|
| A | | | |
| Absprache 512 | | | |
| Aktivlegitimation 395 | | | |
| Anhörung 449f, 496 | | | |
| Ausschreibung 384 | | | |
| Aussenseiterwettbewerb 511 | | | |
| B | | | |
| Beseitigung des wirksamen Wettbewerbes 410 | | | |
| Beteiligungen 468, 479, 482 | | | |
| Binnenmarktgesetz 522, 524f, 529, 531ff | | | |
| Diskriminierung 430, 433, 435ff, 464, 534 | | | |
| Diskriminierung von Handelspartnern 430, 436, 440 | | | |
| C | | | |
| D | | | |
| E | | | |
| Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung 519 | | | |
| Eintritt von neuen Konkurrenten 385 | | | |
| Entreprise 375 | | | |
| Entsorgungsgebühren, vorgezogenen 373 | | | |
| Erfüllung öffentlicher Aufgaben 385, 404, 419, 421, 453 | | | |
| | | | F |
| | | | Festsetzung, direkte oder indirekte 454, 514 |
| | | | G |
| | | | Geschäftsbedingungen 430 |
| | | | H |
| | | | I |
| | | | Interesse, schutzwürdiges 491f, 513 |
| | | | J |
| | | | Jahresumsatz 389, 417f, 432, 448 |
| | | | K |
| | | | Konkurrenten, potentielle 403, 412f, 474f |
| | | | L |
| | | | M |
| | | | Markt, räumlicher 381, 409, 411, 425, 457, 471 |
| | | | Markt, relevanter 378, 381, 406, 411, 455, 457, 471, 483 |
| | | | Markt, sachlicher 378, 406, 410, 421, 423, 425, 470 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| Marktabgrenzung 379ff, 385, 429, 455ff, 458, 470, 477, 485ff | Preisgestaltung 387f, 506 |
| Marktanteil 447, 472, 480ff, 504, 506, 511, 515, 519 | Preisliste 375, 504 |
| Markteintrittsbarriere 384 | R |
| Markteintrittsbarrieren 413 | Rabattpolitik 387 |
| Marktgegenseite 378, 381, 406f, 409ff, 421, 425, 427, 455ff, 470ff, 485 | S |
| Marktposition 414 | Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung 519 |
| Marktstellung 377, 382f, 402, 423, 425, 429, 473f | Staatliche Markt- oder Preisordnung 385, 404, 419f, 453 |
| Marktzutrittsschranken 412 | Stellung, marktbeherrschende 384f, 387f, 396, 399, 421, 428f, 435, 438, 440, 474f, 480 |
| Massnahmen, vorsorgliche 395, 416, 434, 440, 464, 501f | Stellung der Marktgegenseite 413, 427 |
| Monopol 413, 474 | T |
| N | U |
| Nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil 399 | Unternehmen 374, 378, 383, 404, 412, 451, 469, 472ff, 511, 517, 519 |
| Nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil 397 | Unternehmen, marktbeherrschende 375, 378, 391, 401, 410, 414, 416, 421, 435, 473 |
| Nichteröffnung einer Untersuchung 489f, 492 | Unzulässigkeitsvermutung 454 |
| P | Urheberrecht 547 |
| Parallelverhalten, abgestimmtes 517 | V |
| Preis 376, 420, 425f, 432f, 438f, 452, 458ff, 506, 510 | Vergabe 401, 402 |
| Preisbindung 441ff | Verhaltensweise, unzulässige 381, 385f, 388, 414, 416, 421 |
| Preisbindung, kollektive 462 | Verträge, kartellgesetzwidriger 435 |
| | W |

Wettbewerb, potentieller 410, 412, 427, 474f

Wettbewerb, wirksamer 477, 487, 506, 508,
519f

Wettbewerbsabrede 402, 404, 409f, 451ff,
462f, 510f, 515ff

Wettbewerbsabrede, horizontale 373

Wettbewerbsabrede, unzulässiger 401, 414

Wettbewerbsbeschränkung 404, 409, 414f,
439, 451ff, 462, 466, 489, 496, 498, 501, 506,
509, 511, 517

Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder
bewirken 374, 399, 404, 406, 451ff, 458, 465,
507, 509, 514, 517, 535

Wettbewerbsbeschränkung, unzulässige 375

Widerlegung der Vermutung 458

Wirkung, aufschiebende 502