



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

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

© Copyright by:

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence

Commissione della concorrenza

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

CH-3003 Berne  
(Editeur)

CH-3003 Berna  
(Editore)

Vertrieb:

Vente:

Vendita:

BBL/EDMZ  
CH-3003 Bern

OFCL/EDMZ  
CH-3003 Berne

UFCL/EDMZ  
CH-3003 Berna

[www.admin.ch/edmz](http://www.admin.ch/edmz)

[www.admin.ch/edmz](http://www.admin.ch/edmz)

[www.admin.ch/edmz](http://www.admin.ch/edmz)

Preis Einzelnummer:

Prix au numéro:

Prezzo per esemplare:

CHF 25.--

CHF 25.--

CHF 25.--

Preis Jahresabonnement:

Prix de l'abonnement annuel:

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 80.--

CHF 80.--

CHF 80.--

(Form: 701.000.01/3)

---

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

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

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

2001 / 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 2001

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

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

**Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice****2001 / 3****B Verwaltungsrechtliche Praxis  
Pratique administrative  
Prassi amministrativa****B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission**Secrétariat de la Commission de la concurrence  
Segreteria della Commissione della concorrenza**1. Vorabklärungen****Enquêtes préalables****Inchieste preliminari**

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung          | 478 |
| 2. Ascenseurs                                     | 492 |
| 3. Organisme intercantonal de certification (OIC) | 500 |

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

- |                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 1. Teleclub vs. Cablecom         | 503 |
| 2. SUMRA/Distribution de montres | 510 |

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

- |   |     |
|---|-----|
| 1. DG Bank und GZ-Bank AG   | 523 |
| 2. Allianz AG und Dresdner Bank AG  | 526 |
| 3. Ringier Print Holding AG - Druckerei Winterthur dw AG/ColorServ AG                           | 531 |
| 4. Raytheon Company/Thomson-CSF   | 534 |
| 5. Bertelsmann AG/RTL Group   | 537 |
| 6. Mittelland Zeitung   | 540 |
| 7. Amedis AG/F. Uhlmann-Eyraud SA   | 553 |
| 8. Benteli Verlags AG   | 560 |
| 9. GE/Honeywell   | 562 |
| 10. Zschokke Holding AG/Göhner Merkur AG  | 565 |
| 11. Ziegler Druck- und Verlags-AG/Zürcher Oberland Medien AG - Kiebitz Verlag und Produktion AG | 569 |

---

<b>6. Empfehlungen</b>	
<b>Recommandations</b>	
<b>Recommandations</b>	
1. Staatliche Honorartarife in kantonalen Anwaltsgesetzgebungen (Kanton Schaffhausen)	572
2. Staatliche Honorartarife in kantonalen Anwaltsgesetzgebungen (Kanton Nidwalden)	575
3. Onorari pubblici nelle legislazioni cantonali per gli avvocati (Cantone Ticino)	577
<b>C Zivilrechtliche Praxis</b>	
<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
<b>C 2 Bundesgericht</b>	
Tribunal fédéral	
Tribunale federale	
1. Entscheid Zivilabteilung des Bundesgerichts in Sachen Kanton Aargau/Bestattungsinstitut A. betreffend Artikel 9, 27 und 29 BV	580
<b>D Entwicklungen</b>	
<b>Développements</b>	
<b>Sviluppi</b>	
<b>D 2 Bibliografie</b>	
Bibliographie	
Bibliografia	589
<b>E Diverses</b>	
<b>Divers</b>	
<b>Diversi</b>	
<b>E 1 Gutachten</b>	
Avis	
Pareri	592
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	628
Index (deutsch, français e italiano)	631

---

## **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	<b>1.   Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari</b>
B 1.1	<b>1.   Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung</b>

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 27. Juni 2001 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG*

#### **A.   Sachverhalt**

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) entnahm Pressemeldungen, dass mehrere Versicherungsgesellschaften gleichzeitig die Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung per 1. Januar 2000 erhöht hatten. Da es sich beim beschriebenen Sachverhalt möglicherweise um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) handelte, eröffnete das Sekretariat am 25. Januar 2000 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG.

2. Am 3. März 2000 wurde 35 Versicherungsgesellschaften ein Fragebogen zugestellt. Dabei wurden alle Unternehmen angeschrieben, die gemäss dem damals aktuellen Bericht "Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz 1998" des Bundesamtes für Privatversicherungswesen (BPV) Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen in der Schweiz anbieten. Diese Auswahl wurde aufgrund der Liste der zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz zugelassenen Unternehmungen ergänzt, die vom BPV per 1. Januar 2000 erstellt worden war.

3. Im Rahmen der Vorabklärung ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für allfällige Abreden gemäss Artikel 5 KG zwischen den Versicherungsge-

sellschaften über die gleichzeitige Erhöhung der Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung per 1. Januar 2000 bestehen.

4. Bei der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung handelt es sich um die obligatorische Haftpflichtversicherung des Halters eines Motorfahrzeuges (Art. 63 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 [SVG]; SR 741.01). Die Versicherung muss die Ersatzrechte der Geschädigten mindestens bis zum Betrag von 3 Millionen Franken je Unfallereignis für Personen- und Sachschäden zusammen decken (Art. 64 SVG i.V.m. Art. 3 der Verkehrsversicherungsverordnung vom 20. November 1959 [VVV]; SR 741.31). Die nicht-obligatorische Kasko-Versicherung, die die Schäden am Motorfahrzeug des Halters deckt, wird in der Vorabklärung nicht untersucht.

5. Bis Ende 1995 waren die Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung staatlich reguliert. Die gesetzlichen Bestimmungen über den so genannten Einheitstarif wurden per 1. Januar 1996 aufgehoben.

6. Zusammen mit der eigentlichen Prämie für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung werden folgende gesetzlichen Abgaben und Gebühren beim Versicherungsnehmer erhoben:

?? Eidgenössische Stempelabgabe (Art. 1 Abs. 1 Bst. c und Art. 21-26 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973, SR 641.10)

?? Beitrag an das nationale Versicherungsbüro (Art. 74 SVG): Dieses Büro deckt Schäden, die ausländische Motorfahrzeuge in der Schweiz verursachen, wobei der Geschädigte ein unmittelbares Forderungsrecht gegen das nationale Versicherungsbüro hat.

?? Beitrag an den nationalen Garantiefonds (Art. 76 und 76a SVG): Dieser Fonds deckt Personen- und Sachschäden, die von unbekanntem oder nicht versicherten Motorfahrzeugen verursacht worden sind, wobei der Geschädigte ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den nationalen Garantiefonds hat.

?? Unfallverhütungsbeitrag (Art. 1 des Bundesgesetzes über einen Beitrag für die Unfallverhütung im Strassenverkehr vom 25. Juni 1976 [SR 741.81] i.V.m. Art. 1 der Verordnung über einen Beitrag für die Unfallverhütung im Strassenverkehr vom 13. Dezember 1976 [SR 741.811])

7. Überdies haben die Versicherungsgesellschaften verschiedene im Versicherungsaufsichtsrecht enthaltene Vorschriften zur Erhaltung und Prüfung der Solvenzversicherung einzuhalten.

---

## B. Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

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

#### B.1.1 Unternehmen

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

#### B.1.2 Wettbewerbsabrede

10. 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).

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

12. Bevor jedoch die zwei Tatbestandselemente einer näheren Prüfung unterzogen werden können, ist zu klären, welche Versicherungsgesellschaften sich an einer allfälligen Abrede beteiligen könnten.

##### ***B.1.2.1 Die an einer allfälligen Abrede beteiligten Unternehmen***

13. Die Vorabklärung beschränkt sich aus den nachstehend dargelegten Gründen auf Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen, welche von den Versicherungsgesellschaften in der Schweiz für Personenwagen im Privatgebrauch angeboten werden:

###### *B.1.2.1.1 Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz*

14. Gemäss Artikel 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen vom 23. Juni 1978 (Versicherungsaufsichtsgesetz [VAG]; SR 961.01) unterstehen die privaten Versicherungseinrichtungen, die in der Schweiz oder von der Schweiz aus im direkten Geschäft oder im Rückversicherungsgeschäft tätig sind, der Aufsicht des Bundes. Die Versicherungseinrichtungen, die der Aufsicht unterstehen, bedürfen für jeden einzelnen Versicherungszweig einer Bewilligung des EJPD (Art. 7 Abs. 1 VAG). Ausländischen Versicherungseinrichtungen wird diese Bewilligung nur erteilt, wenn sie - zusätzlich zur Erfüllung der übrigen Bedingungen - in der Schweiz ei-

ne Geschäftsstelle für das gesamte schweizerische Geschäft unterhalten (Art. 14 Abs. 2 VAG).

15. Aufgrund dieser gesetzlichen Bestimmungen ist es einem Schweizer Versicherungsnehmer nicht möglich, aus dem Ausland grenzüberschreitend eine Versicherungsleistung zu beziehen. Infolgedessen sind für die Vorabklärung nur diejenigen Unternehmen massgeblich, die über eine Bewilligung zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz verfügen.

16. Gemäss den Angaben des BPV waren per 1. Januar 2000 35 Versicherungsgesellschaften zum Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz zugelassen (vgl. vorstehend Rz. 2<sup>1</sup>). Von diesen 35 Versicherungsgesellschaften müssen indessen diejenigen Unternehmen in Abzug gebracht werden, die trotz bestehender Bewilligung keine Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz anbieten. Die betreffenden zehn Versicherungsgesellschaften sowie die Begründung, weshalb sie - zumindest zum Zeitpunkt ihrer Befragung - nicht als Anbieter in der Schweiz gelten, ergeben sich aus [...].

#### *B.1.2.1.2 Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz für Personenwagen*

17. Gegenstand der Vorabklärung sind die Prämienerrhöhung, welche die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung für Personenwagen betreffen; alle weiteren Fahrzeugkategorien - wie zum Beispiel Motorräder oder Arbeitsmaschinen - und die diesbezügliche Prämiengestaltung sind nicht von Interesse. Demzufolge können von den verbleibenden 25 Unternehmen die zwei Versicherungsgesellschaften ausser acht gelassen werden, die keine Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz für Personenwagen anbieten.

#### *B.1.2.1.3 Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung in der Schweiz für Personenwagen im Privatgebrauch*

18. Schliesslich ergab sich im Rahmen der Vorabklärung, dass gewisse Versicherungsgesellschaften ausschliesslich Personenwagen versichern, die dem geschäftlichen Gebrauch dienen. Mit solchen Versicherungsnehmern werden Flottentarife vereinbart, die sich am individuellen Schadenverlauf orientieren. Diese Art der Prämienkalkulation lässt sich nicht mit der Prämiengestaltung bei der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung für Personenwagen im Privatgebrauch vergleichen, weshalb eine Beteiligung von zwei weiteren Versicherungsgesellschaften an einer allfälligen Abrede ausgeschlossen werden kann.

<sup>1</sup> Querverweise innerhalb des Schlussberichts sind nachfolgend mit "Rz." angegeben.

#### *B.1.2.1.4 Ergebnis*

19. Aufgrund dieser Abklärungen bestehen 21 Unternehmen, die sich an einer allfälligen Wettbewerbsabrede beteiligen könnten.

#### **B.1.2.2 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

20. Eingangs ist festzuhalten, dass sich das Produkt "Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung" kaum durch eine Vielfalt in der Leistungserbringung auszeichnet. Gesetzlich ist eine Mindestgarantiesumme von CHF 3 Mio. vorgesehen (vgl. vorstehend Rz. 4), wobei die Versicherungsgesellschaften in der Regel eine unbegrenzte Versicherungssumme anbieten. Daneben kennen die Versicherungsgesellschaften standardmässig Selbstbehalte für Jung- und Neulenker, die sich in ihrer Höhe kaum unterscheiden. Die Leistung im Schadenfall besteht in der Deckung der entstandenen Personen- und Sachschäden. Gemäss Artikel 62 SVG richten sich Art und Umfang des Schadenersatzes sowie die Zusprechung einer Genugtuung nach den Grundsätzen von Artikel 41 ff. des Obligationenrechtes (OR; SR 220). Demzufolge definiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts, was im Schadenfall - als Minimum - bezahlt werden muss. Zwar besteht im Einzelfall ein grosser Ermessens- und Verhandlungsspielraum der Versicherungsgesellschaft, doch ist dies kaum ein Kriterium, das bereits beim Angebot der Dienstleistung zum Tragen kommen kann. Demzufolge stellt die Höhe der Prämie, die für die Versicherungsleistung bezahlt wird, ein wesentliches Element bei der Wahl der Versicherung dar.

21. Die Abklärungen im Rahmen der Vorabklärung haben ergeben, dass von den 21 Versicherungsgesellschaften 11 Unternehmen die Prämien per 1. Januar 2001 erhöht haben. Es ist zu prüfen, ob sich die Versicherungsgesellschaften allenfalls über eine zeitliche Staffelung der Prämienhöhung geeinigt haben. Dafür ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte: Von den zehn Versicherungsgesellschaften, die keine Erhöhung per 1. Januar 2000 vorgenommen haben, planten lediglich zwei Unternehmen eine solche im Verlauf des Jahres 2000 beziehungsweise per 1. Januar 2001, während ein Unternehmen zum Zeitpunkt der Befragung noch unentschieden war. Die verbleibenden sieben Versicherungsgesellschaften hätten sich im Falle einer Abrede somit verpflichtet, ihre Prämien erst im Verlauf des Jahres 2001 oder noch später zu erhöhen. Eine Abrede über eine so lange zeitliche Staffelung ist indessen kaum sinnvoll, weil damit die Gefahr, dass preissensitive Versicherungsnehmer in der Zwischenzeit zu den Unternehmen ohne Erhöhung abwandern, wohl nicht beseitigt werden kann. Unter diesen Umständen würde sich eine solche Abrede nicht als stabil erweisen. Im Übrigen begründen die zwei Versicherungsgesellschaften mit geplanter Erhöhung die Verzögerung mit der Jahr-2000-Problematik, welche sie bewogen habe, aus Sicherheitsgründen über den Jahreswechsel keine Prämien erhöhungen durchzuführen. Diese

Argumentation ist durchaus nachvollziehbar und spricht ebenfalls nicht für eine Abrede über eine zeitliche Staffelung der Erhöhung.

22. Infolgedessen würde sich eine allfällige Abrede auf diejenigen 11 Versicherungsgesellschaften beschränken, die ihre Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung per 1. Januar 2000 erhöht haben. Im Jahr 1998 verfügten diese Unternehmen zusammen immerhin über einen Marktanteil von 70%-80% (ermittelt anhand der Bruttoprämieneinnahmen 1998, die im Bericht des BPV "Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz 1998" veröffentlicht sind. Dabei können folgende Umstände Anhaltspunkte für eine allfällige Abrede darstellen: die Tatsache, dass die Prämien erhöht wurden, der Zeitpunkt der Erhöhung sowie der Umfang der Erhöhung.

#### *B.1.2.2.1 Tatsache der Erhöhung*

23. Bereits die Tatsache, dass 11 Versicherungsgesellschaften ihre Prämien erhöht haben, könnte auf eine Abrede schliessen lassen. Die Prämienenerhöhung ist jedoch aus folgenden Gründen nachvollziehbar:

24. Nach den Angaben der Versicherungsgesellschaften sind die durchschnittlichen Nettoprämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung seit der Aufhebung des Einheitstarifs per 1. Januar 1996 um zirka 12%-15% gesunken. Dass diese Entwicklung irgendwann ein Ende nehmen würde, ist durchaus nachvollziehbar, rechtfertigt für sich allein jedoch noch nicht eine Erhöhung.

25. Die Versicherungsgesellschaften führen jedoch übereinstimmend aus, dass die Schadensbelastung 1998 und 1999 stark zunahm. Die Schadensbelastung ergibt sich aus den Schadenaufwendungen dividiert durch die verdienten Prämien. Während die durchschnittlichen Prämieeinnahmen kontinuierlich sanken (vgl. Rz. 24), stiegen die Schadenfrequenz wie auch die durchschnittlichen Kosten pro Schadenfall ab 1998 an.

26. Die Unternehmen vermögen zu belegen, dass die Häufigkeit der Schäden in den Jahren 1998 und 1999 generell zugenommen hat. Diese Zunahme lässt sich zum Teil mit dem Winter 1999 begründen; hingegen fehlen weitere *ausserordentliche* Ereignisse, die in der Natur des Versicherungsgeschäftes liegen und deshalb nicht zwingend mittels Prämienenerhöhung ausgeglichen werden müssen. Unter diesen Umständen ist es nachvollziehbar, dass die Versicherungsgesellschaften von einer *allgemeinen* Tendenz ausgingen, die Auswirkungen auf die Höhe der Prämien haben muss.

27. Unter Randziffer 20 wurde dargelegt, dass die Leistung der Versicherungsgesellschaft im Schadenfall in der Deckung der entstandenen Personen- und Sachschäden besteht. Da es sich bei der Deckung der Personenschäden auch um die Übernahme der Heilungskosten handelt, beeinflussen die stetig steigenden Gesundheitskosten die Aufwendungen bei der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung. Die da

raus resultierenden höheren Kosten sowie die gestiegenen Reparaturkosten führen glaubhaft zu höheren Schadenersatzzahlungen der Versicherungsgesellschaften, was sich wiederum in der Prämienkalkulation niederschlägt.

28. Schadenfrequenz wie auch die Kosten im Schadenfall stellen externe Faktoren dar, die durch die Versicherungsgesellschaften nicht beeinflusst werden können. Eine Zunahme der Schadenfrequenz und der Kosten bei gleichzeitiger Prämienenkung führt bei allen Versicherungsgesellschaften zu einer steigenden Schadensbelastung, die wiederum eine Prämienenerhöhung nach sich zieht. Die Tatsache, dass die Versicherungsgesellschaften die Prämien erhöht haben, lässt sich somit aufgrund externer Faktoren glaubhaft erklären, weshalb nicht von einer Abrede ausgegangen werden kann.

#### *B.1.2.2.2 Zeitpunkt der Erhöhung*

29. Aus dem Sachverhalt geht hervor, dass alle 11 Unternehmen denselben Zeitpunkt - den 1. Januar 2000 - für die Erhöhung gewählt haben. Diese zeitliche Übereinstimmung ergibt sich aus zwei Gründen:

30. Es ist in der Versicherungsbranche herrschende Usanz, die Fälligkeit der Prämien für die Versicherungsleistung auf den 1. Januar festzusetzen ("Hauptverfall" oder "Hauptfälligkeit"). Infolgedessen ist es konsequent, allfällige Tarifanpassungen auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Prämie hin vorzunehmen.

31. Wie unter Randziffer 24 ff. dargelegt wird, erfolgte nach der Deregulierung per 1. Januar 1996 eine starke Prämienenkung. Gleichzeitig nahmen die Schadenfrequenz und die Kosten im Schadenfall ab 1998 zu. Daraus resultierte eine erhöhte Schadensbelastung, die bereits für das Jahr 1999 eine Prämienenerhöhung gerechtfertigt hätte. Übereinstimmend führen die befragten Versicherungsgesellschaften jedoch aus, dass sie aufgrund eines ausstehenden Bundesgerichtsent-scheidendes zum Kapitalisierungszinsfuss mit der Prämienanpassung zugewartet haben.

32. Der Kapitalisierungszinsfuss wird bei der Berechnung des Kapitalwerts von künftigen Schadenersatzleistungen benutzt. Im Falle der Invalidität verbunden mit entsprechendem Lohnausfall wird das künftige Einkommen des Geschädigten mit den Faktoren der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHÄTZLE kapitalisiert. Diesen Faktoren liegt der Kapitalisierungszinsfuss von 3,5% zugrunde. Von Geschädigtenvertretern war bereits 1995 eine Senkung dieses Zinsfusses auf bis 1,5% gefordert worden, was eine Erhöhung des auszahlenden Kapitals zur Folge gehabt hätte. Das Bundesgericht entschied erst im Mai 1999, dass der bisherige Zinsfuss von 3,5% beibehalten werden könne (BGE 125 III 312 ff.). Wäre der Kapitalisierungszinsfuss jedoch gesenkt worden, hätte dies einen zusätzlichen Rückstellungsbedarf allein für die hängigen Schadenfälle in der Höhe von mehrstelligen Millionenbeträgen

ausgemacht, was wiederum Auswirkungen auf die Höhe der Prämien gehabt hätte.

33. Hätten die Versicherungsgesellschaften ihre Prämien bereits per Januar 1999 aufgrund der steigenden Schadensbelastung erhöht, so wären sie bei einer Senkung des Kapitalisierungszinsfußes gezwungen gewesen, per Januar 2000 erneut eine Prämienenerhöhung durchzuführen. Eine solche Vorgehensweise ist jedoch aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen nicht vorteilhaft. Es ist deshalb nachvollziehbar, dass die Versicherungsgesellschaften die einschneidende Rechtsprechung des Bundesgerichts erst abwarten wollten, bevor sie eine Anpassung der Prämien vornahmen.

34. Gestützt auf diese Angaben bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die 11 Versicherungsgesellschaften über den Zeitpunkt der Erhöhung abgesprochen hätten. Auch die zeitliche Übereinstimmung lässt sich vielmehr auf externe Faktoren zurückführen.

#### *B.1.2.2.3 Umfang der Erhöhung*

35. Bei der Berechnung der Prämie gelangt eine Vielzahl von Faktoren zur Anwendung, deren Einsatz bei der Kalkulation (ob und wie) von jeder Versicherungsgesellschaft unterschiedlich gehandhabt wird. Insbesondere folgende Kategorien werden verwendet:

- ?? Hubraum des Fahrzeuges
- ?? Verwendungszweck des Fahrzeuges
- ?? Alter des Lenkers
- ?? Nationalität des Lenkers
- ?? Wohnort des Lenkers
- ?? Geschlecht des Lenkers
- ?? Fahrpraxis des Lenkers
- ?? Zeitraum der Schadenfreiheit
- ?? Jahreskilometerleistung

36. Hinzu kommt, dass diese Faktoren zum Teil bereits bei der Berechnung der Risikoprämie, zum Teil erst bei der Einstufung ins Prämienstufensystem oder bei der Berechnung des Bonus/Malus relevant sind. Als Gemeinsamkeit lässt sich somit nur feststellen, dass alle Versicherungsgesellschaften bei der Prämienberechnung den bisherigen Schadensverlauf berücksichtigen und Prognosen über den zukünftigen Schadensverlauf erarbeiten, was jedoch eine Selbstverständlichkeit darstellt.

37. Entsprechend präsentiert sich die Auswertung der Antworten auf die Frage, um welchen Prozentsatz die Prämien **insgesamt** erhöht wurden. Die angegebenen Prozentsätze variieren stark und sind überdies sowohl auf Tarifänderungen wie auf Anpassungen bei den Scoringelementen (wie z.B. Geschlecht, Alter und dgl.) zurückzuführen.

---

38. Um dieser völlig unterschiedlichen Prämien-gestaltung Rechnung zu tragen, wurden den Versicherungsgesellschaften die nachstehenden sechs Beispiele vorgelegt, zu welchen sie die jeweiligen Brutto- und Nettoprämien für das Jahr 1999 wie auch für das Jahr 2000 berechnen sollten. Dabei mussten die Unternehmen von der Annahme ausgehen, dass sich weder ein allfälliger Selbstbehalt noch der Bonus/Malus von 1999 zu 2000 verändern:

- ?? **Fahrzeugprofil:** VW Golf 1800 GTI  
1780 ccm, 107 PS/79 kW  
Typenschein-Nr.: 01V6174  
1. Inverkehrsetzung: 02.1992
- Lenkerprofil:** Schweizer, 21-jährig  
Fahrprüfung seit: 2 Jahren  
Unfallfrei seit: 2 Jahren  
Wohnort: Stadt Zürich  
Km-Leistung pro Jahr: 18'000 km
- ?? **Fahrzeugprofil:** Alfa Romeo 145 1.7 16 V  
1711 ccm, 130PS/95 kW  
Typenschein-Nr.: 01A2065  
1. Inverkehrsetzung: 05.1995
- Lenkerprofil:** Italiener mit B-Bewilligung  
25-jährig  
Fahrprüfung seit: 6 Jahren  
Unfallfrei seit: 6 Jahren  
Wohnort: Stadt Lausanne  
Km-Leistung pro Jahr: 12'000 km
- ?? **Fahrzeugprofil:** VW Lupo 75 Trendline  
1390 ccm, 75 PS/55 kW  
Typenschein-Nr.: 01VC584  
1. Inverkehrsetzung: 03.1999
- Lenkerprofil:** Schweizerin, 35-jährig  
Fahrprüfung seit: 12 Jahren  
Unfallfrei seit: 12 Jahren  
Wohnort: Stadt Chur  
Km-Leistung pro Jahr: 8'000 km
- ?? **Fahrzeugprofil:** BMW Z3 2.8i Roadster  
2793 ccm, 192 PS/141 kW  
Typenschein-Nr.: 01BA946  
1. Inverkehrsetzung: 04.1999
-

- |                       |                      |
|-----------------------|----------------------|
| <b>Lenkerprofil:</b>  | Schweizer, 54-jährig |
| Fahrprüfung seit:     | 30 Jahren            |
| Unfallfrei seit:      | 16 Jahren            |
| Wohnort:              | Stadt Bern           |
| Km-Leistung pro Jahr: | 35'000 km            |
- ?? **Fahrzeugprofil:** Chrysler Le Baron 3.0 LX  
2971 ccm, 136 PS/100 kW
- |                      |         |
|----------------------|---------|
| Typenschein-Nr.:     | 01C3550 |
| 1. Inverkehrsetzung: | 04.1994 |
- |                       |                           |
|-----------------------|---------------------------|
| <b>Lenkerprofil:</b>  | Spanier mit B-Bewilligung |
|                       | 46-jährig                 |
| Fahrprüfung seit:     | 28 Jahren                 |
| Unfallfrei seit:      | 28 Jahren                 |
| Wohnort:              | Stadt Locarno             |
| Km-Leistung pro Jahr: | 13'000 km                 |
- ?? **Fahrzeugprofil:** Ford Mondeo 2.0i Victory  
1987 ccm, 132 PS/97 kW
- |                      |         |
|----------------------|---------|
| Typenschein-Nr.:     | 01F5298 |
| 1. Inverkehrsetzung: | 08.1995 |
- |                       |                      |
|-----------------------|----------------------|
| <b>Lenkerprofil:</b>  | Schweizer, 35-jährig |
| Fahrprüfung seit:     | 15 Jahren            |
| Unfallfrei seit:      | 15 Jahren            |
| Wohnort:              | Gemeinde Glarus      |
| Km-Leistung pro Jahr: | 15'000 km            |
39. Die Prämienberechnung zeigt für das Beispiel 1 folgende Ergebnisse:
- ?? Die Reduktionen beziehungsweise Erhöhungen bewegen sich zwischen -10% und +20% (gerundete Werte, die effektiven Prozentsätze unterliegen dem Geschäftsgeheimnis).
- ?? Nach der Erhöhung der Prämien bleiben dieselben vier Gesellschaften die teuersten beziehungsweise die günstigsten Anbieter.
- ?? Innerhalb der Zeitspanne von einem Jahr kann keine Tendenz zu gleichen Prämien festgestellt werden, da die Unternehmen mit tiefen Prämien 1999 diese per 2000 nicht stärker erhöht haben als diejenigen mit hohen Prämien.
40. Beim Beispiel 2 ergeben sich folgende Resultate:
- ?? Die Reduktionen beziehungsweise Erhöhungen verlaufen von -10% bis +20% (gerundete Werte, die effektiven Prozentsätze unterliegen dem Geschäftsgeheimnis).
- ?? Nach der Erhöhung der Prämien gehören dieselben drei Gesellschaften zu den teuersten beziehungsweise günstigsten Anbietern.
-

- ?? Innert der Zeitspanne von einem Jahr kann zwar eine Tendenz zu gleichen Prämien festgestellt werden, indem die Unternehmen mit tiefen Prämien 1999 diese per 2000 stärker erhöht haben als diejenigen mit hohen Prämien. Innerhalb des "Mittelfeldes" der Versicherungsgesellschaften zeigt sich jedoch ein anderes Bild.
41. Die Ergebnisse des Beispiels 3 sehen wie folgt aus:
- ?? Die Reduktionen beziehungsweise Erhöhungen bewegen sich zwischen -20% und +20% (gerundete Werte, die effektiven Prozentsätze unterliegen dem Geschäftsgeheimnis).
- ?? Die vier teuersten Anbieter behalten ihre Position auch nach der Erhöhung der Prämien bei.
- ?? Die vier günstigsten Anbieter gehören nach der Erhöhung immer noch zu den günstigsten Versicherungsgesellschaften.
- ?? Es lässt sich keine Tendenz zu gleichen Prämien ablesen.
42. Beim Beispiel 4 ergeben die Prämienberechnungen folgende Resultate:
- ?? Die Reduktionen beziehungsweise Erhöhungen betragen -5% bis +20% (gerundete Werte, die effektiven Prozentsätze unterliegen dem Geschäftsgeheimnis).
- ?? Auch nach der Erhöhung der Prämien bleiben dieselben drei beziehungsweise vier Gesellschaften die teuersten beziehungsweise günstigsten Anbieter.
- ?? Innerhalb der Zeitspanne von einem Jahr ist eine gewisse Tendenz zu gleichen Prämien feststellbar, da die Unternehmen mit tiefen Prämien 1999 diese per 2000 stärker erhöht haben als diejenigen mit hohen Prämien.
43. Die Prämienkalkulation führt beim Beispiel 5 zu folgenden Ergebnissen:
- ?? Die Erhöhungen beziehungsweise Reduktionen verlaufen von -5% bis +20% (gerundete Werte, die effektiven Prozentsätze unterliegen dem Geschäftsgeheimnis).
- ?? Die drei bisher teuersten Gesellschaften gehören nach der Erhöhung der Prämien weiterhin zur Spitze der Tabelle.
- ?? Dieselben vier Versicherungsgesellschaften gehören nach der Erhöhung immer noch zu den günstigsten Anbietern.
- ?? Es lässt sich keine Tendenz zu gleichen Prämien ablesen.
44. Beim Beispiel 6 ergeben sich folgende Ergebnisse:
- ?? Die Erhöhungen beziehungsweise Reduktionen bewegen sich zwischen -5% bis +20% (gerundete Werte, die effektiven Prozentsätze unterliegen dem Geschäftsgeheimnis).
-

- ?? Nach der Erhöhung der Prämien bleibt die Rangliste der Anbieter praktisch unverändert.
- ?? Es lässt sich innerhalb eines Jahres keine Tendenz zu gleichen Prämien ablesen.
45. Diese beispielhaften Prämienberechnungen ergeben aus folgenden Gründen keine Anhaltspunkte für eine Abrede über das Ausmass der Erhöhung:
46. Die Bandbreite der Erhöhung in Prozenten ist bei allen sechs Beispielen zu gross. Anhaltspunkte für eine Abrede über den Prozentsatz der Erhöhung lassen sich somit nicht belegen.
47. Die einzelnen Versicherungsgesellschaften unterscheiden sich in der Art, wie sie die Prämien erhöht haben: Einige haben die Prämien linear bei allen Beispielen um denselben Prozentsatz erhöht, gewisse verwenden zumindest zwei Stufen und die übrigen weisen für jedes Beispiel einen anderen Prozentsatz auf. Demzufolge bestehen keine Hinweise für eine Absprache über die Methode der Erhöhung.
48. Auch auf die Frage, wer die Prämien jeweils am stärksten erhöht hat, ergibt sich keine einheitliche Antwort: Zwar erscheint eine Versicherungsgesellschaft regelmässig an der Spitze der Rangliste mit dem höchsten Prozentsatz. Diese Vorgehensweise ist jedoch nicht auf den Schadenverlauf, sondern auf die Neuausrichtung dieser Versicherungsgesellschaft zurückzuführen. Abgesehen davon nimmt bei jedem Beispiel eine andere Versicherungsgesellschaft die Spitzenposition ein.
49. Zudem führen die Erhöhungen weder an der Spitze noch am Ende der Rangliste zu einem Wechsel der Positionen. Diese Feststellung allein schliesst zwar nicht aus, dass eine Tendenz zur Angleichung der Prämien besteht. Jedoch lässt sich eine solche Entwicklung - zumindest für die untersuchte Zeitspanne von einem Jahr - nicht belegen. Vielmehr unterscheiden sich die Nettoprämien nach der Erhöhung im allgemeinen stärker als vorher. Überdies müsste für eine entsprechende Aussage ein längerer Zeitraum von mehreren Jahren untersucht werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung seit der Liberalisierung, also von 1996 bis 1999, stetig gesunken sind. Eine allfällige längerfristige Überprüfung der Prämienentwicklung müsste sich demzufolge in die Zukunft richten. Zurzeit bestehen keine Indizien für ein Abrede über die Angleichung der Prämien.
50. Im Weiteren stellt sich die Frage, ob sich die Versicherungsgesellschaften dahingehend abgesprochen haben, dass immer die gleichen Unternehmen die teuersten beziehungsweise günstigsten Anbieter sind. Eine entsprechende Vereinbarung würde allerdings bedingen, dass sich die Versicherungsgesellschaften über Kompensationszahlungen geeinigt hätten. Andernfalls sind die Unternehmen nicht bereit, freiwillig in jeder Kategorie die höchsten Prämien zu verlangen. Für
-

eine solche Abrede - insbesondere über allfällige Kompensationszahlungen - finden sich jedoch keine Hinweise; vielmehr stehen gewisse Unternehmen je nach Beispiel an der Spitze oder am Ende der Tabelle.

51. Schliesslich ist zu prüfen, ob sich die Versicherungsgesellschaften auf eine Aufteilung der einzelnen Kundensegmente geeinigt haben. Auch in einem solchen Fall wären Kompensationszahlungen wohl unumgänglich, da die verschiedenen Segmente kaum die gleichen Prämieinnahmen versprechen. Wie bereits erwähnt, gibt es jedoch keinerlei Hinweise auf eine Abrede über Kompensationszahlungen. Überdies wurde bereits in Randziffer 35 ff. festgehalten, dass die Versicherungsgesellschaften nicht dieselben Faktoren zur Berechnung der Nettoprämie verwenden. Selbst wenn die gleichen Elemente (wie z.B. Hubraum und Verwendungszweck des Fahrzeuges oder Alter und Geschlecht des Lenkers) bei der Prämienberechnung eingesetzt werden, so geschieht dies zum Teil bereits bei der Festlegung der Risikoprämie, zum Teil erst bei der Einstufung ins Prämienstufensystem oder bei der Festsetzung des Bonus/Malus. Aufgrund dieser unterschiedlichen Kalkulationsmethoden ist eine Aufteilung der Kundensegmente auf die verschiedenen Versicherungsgesellschaften nicht plausibel, da nicht überprüft werden könnte, ob sich die Unternehmen tatsächlich an eine solche Abrede halten.

52. Gestützt auf all diese Ausführungen steht somit fest, dass eine allfällige Vereinbarung zwischen den Versicherungsgesellschaften, die den einzelnen Teilnehmern so viele Abweichungsmöglichkeiten einräumt, nicht kontrollierbar und damit instabil wäre. Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen den Versicherungsgesellschaften eine Abrede über das Ausmass der Erhöhung besteht.

### **B.1.2.3 Ergebnis**

53. Gestützt auf diese Ausführungen bestehen keine Anhaltspunkte, dass die gleichzeitige Erhöhung der Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung per 1. Januar 2000 durch 11 Versicherungsgesellschaften auf eine Abrede zurückzuführen ist.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

54. Der guten Ordnung halber sei festgehalten, dass weder die gesetzlichen Abgaben (vgl. vorstehend Rz. 6) noch die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (vgl. vorstehend Rz. 7) direkten Einfluss auf die Berechnung der Versicherungsprämie haben. Demzufolge bestehen im Bereich der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung seit der Aufhebung der gesetzlichen Bestimmungen über den Einheitstarif per 1. Januar 1996 keine Bestimmungen mehr, welche die Art und Weise der Prämienberechnung vorschreiben würden.

---

### **B.3 Konkurrenz**

55. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass diejenigen zehn Gesellschaften, die ihre Prämien per 1. Januar 2000 nicht erhöht haben, zusammen immerhin über einen Marktanteil von 20%-30% verfügen (ermittelt anhand der Bruttoprämieneinnahmen 1998, die im Bericht des BPV "Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz 1998" veröffentlicht sind. Darunter befinden sich überdies Unternehmen, die aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu internationalen Versicherungsgruppen durchaus das finanzielle Potenzial hätten, die Position anderer Anbieter anzugreifen, wenn diese versuchen würden, den Wettbewerb mittels Abrede zu beschränken.

56. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass seit der Befragung bereits wieder neue Anbieter von Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungen aufgetreten sind.

57. Auch unter diesen Gesichtspunkten erweist sich die untersuchte Prämienhöhung somit als unbedenklich.

### **C. Schlussfolgerungen**

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG zwischen den Versicherungsgesellschaften über die gleichzeitige Erhöhung der Prämien für die Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung per 1. Januar 2000 bestehen.
  2. stellt die Vorabklärung ohne Folgen ein.
  3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.
-

B 1.1	<b>2. Ascenseurs</b>
-------	----------------------

*Unzulässige Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen; Art. 7 KG*

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

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

*Rapport final du 4 mai 2001 de l'enquête préalable selon article 26 LCart en l'affaire Ascenseurs pour indices de restrictions illicites à la concurrence selon articles 5 et 7 LCart*

### **A. En fait**

1. L'association des entreprises suisses actives dans le domaine des ascenseurs est dénommée "VSA" (abréviation de: Verband Schweizerischer Aufzugsunternehmen) et a son siège à Lucerne. Cette association de la branche regroupe les entreprises qui "vendent, montent et entretiennent des ascenseurs" (art. 3 statuts). Toute entreprise établie en Suisse et remplissant les conditions de cet article peut être membre de l'association. En juillet 1999, cette association comptait 14 membres.

2. Les principales entreprises actives (et d'ailleurs membres de VSA) dans le secteur des ascenseurs sont Schindler Aufzüge AG ("Schindler"), Ebikon, AS Aufzüge Service AG ("AS"), St-Gall, Otis SA ("Otis"), Fribourg, Thyssen Aufzüge AG ("Thyssen"), Rümlang, Kone (Schweiz) AG ("Kone"), Bassersdorf, et Emch Aufzüge AG ("Emch"), Berne. Il est à noter que AS est détenue à 100% par Schindler.

3. Le 10 juin 1999, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: secrétariat) a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 de loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251, ci-après: "LCart") afin d'examiner s'il existe des indices de restrictions illicites à la concurrence, et ceci tant sous l'angle de l'article 5 LCart ("accords illicites") que de l'article 7 LCart ("abus de position dominante").

a) VSA a édité jusqu'en 1996 une liste de prix qui servait de base de calcul aux entreprises membres. L'enquête préalable vise dès lors à vérifier si l'existence de listes de prix perdure dans ce marché ce qui constituerait un éventuel accord sur les prix selon l'article 5 alinéa 3 lettre a LCart.

b) Les positions importantes détenues par les entreprises (cf. ch. 2) dans le domaine des ascenseurs posent la question de la dominance individuelle ou collective au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart. La présente enquête préalable vise alors également à déterminer si les en-

treprises en question disposent d'une position dominante (individuelle ou collective) et en abuseraient au sens de l'article 7 LCart.

4. Le 13 août 1999, le secrétariat a adressé un questionnaire aux principales entreprises actives sur le marché des ascenseurs, soit Schindler, Otis, Thyssen, Kone, Emch, de même qu'à VSA. Toutes les entreprises ont répondu à fin novembre 1999.

## **B. Considérants**

### **B.1 Applicabilité**

5. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit privé qui sont parties à des accords en matière de concurrence ou qui sont puissantes sur le marché (art. 2 al. 1 LCart). En ce qui concerne l'applicabilité de la LCart, il y a lieu d'évaluer in casu deux questions:

- a) Est-ce que la liste de prix abrogée en 1996 est néanmoins suivie tacitement et, partant, constituerait un accord selon l'article 4 alinéa 1 LCart?
- b) Est-ce que une ou plusieurs entreprise(s) dispose(nt) d'une puissance sur le marché au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart?

#### **B.1.1 Entreprises**

6. La LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2000/3, ch. 27, p. 337). Les entreprises susmentionnées et la VSA tombent dans le champ d'application de la LCart.

#### **B.1.2 Accords**

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

b) L'enquête préalable a révélé que la liste de prix éditée par VSA jusqu'en 1996 n'est plus appliquée. De plus, l'existence de nouvelles listes n'a pu être établie. Ainsi, l'enquête préalable montre qu'il n'y a pas d'accord au niveau des prix entre entreprises au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

c) Ainsi, l'analyse selon article 4 alinéa 1 LCart s'arrête ici.

#### **B.1.3 Entreprises puissantes sur le marché**

8. a) Bien que la LCart ne définisse pas la notion d'entreprise puissante sur le marché, la Commission de la concurrence (ci-après: Comco) s'est prononcée à deux reprises sur cette notion. Dans la décision Kaladent du 29 janvier 2001 (DPC 2001/1, p. 88 ss.), la Comco a estimé qu'une entreprise est puissante sur le marché si celle-ci a un impact

---

plus que normal sur le marché, mais pas au sens de la dominance de l'article 4 alinéa 2 LCart. Dans la décision EEF du 5 mars 2001 (DPC 2001/2, p. 255 ss.), la Comco a défini la notion de puissance sur le marché en précisant que celle-ci se situait en-deça de la position dominante au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart (cf. également ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, ch. 215; SCHMIDHAUSER, Art. 2, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, éd. HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Zurich 1997, ch. 20).

b) En l'espèce, les entreprises susmentionnées (cf. ch. 2) sont des entreprises puissantes sur le marché au sens de l'article 2 alinéa 1 LCart. Ces cinq entreprises disposent de parts de marché assez importantes pour leur imputer la puissance de marché requise selon l'article 2 alinéa 1 LCart. En effet, la part de marché combinée de ces cinq principales entreprises atteint environ 80% (cf. ch. 19).

c) En conséquence les cinq entreprises susmentionnées tombent dans le champ d'application de la LCart (art. 2 al. 1 LCart).

## **B.2 Prescriptions réservées**

9. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéas 1 et 2 LCart n'ont pas été invoquées par les entreprises.

## **B.3 Évaluation**

10. Afin d'établir s'il y a position dominante de l'une des entreprises (ou collectivement) dans le domaine des ascenseurs, il convient de déterminer au préalable le marché de référence (DPC 2000/4, p. 563, ch. 17).

### **B.3.1 Marché de références**

11. Le marché de référence revêt deux dimensions: le marché des produits et le marché géographique.

#### **B.3.1.a Marché des produits**

12. Le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels à l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (RPW 2000/4, p. 563, ch. 19; art. 11 al. 3 let. a Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996 [OCCE, RS 251.4] par analogie).

13. a) Un premier élément de délimitation consiste à distinguer - comme le font d'ailleurs les entreprises - les produits suivants: les monte-charges et les ascenseurs de personnes, ces derniers pouvant être classés en trois sous-produits (ascenseurs d'habitations, ascenseurs d'hôtels et ascenseurs d'hôpitaux ou monte-lits).

b) Une distinction aussi précise ne sera pas retenue dans le présent rapport, puisque les principales entreprises sont actives dans tous ces

---

secteurs, excepté Kone qui ne produit pas de monte-charge. Bien que nous distinguions deux marchés pertinents (les ascenseurs et les monte-charges), nous analysons la situation concurrentielle conjointement étant donné les caractéristiques similaires des deux biens et la présence des mêmes entreprises (à l'exception de Kone) sur les marchés concernés.

14. Le deuxième élément de délimitation de marché repose sur une éventuelle distinction entre l'activité d'installation d'ascenseurs de celle de l'entretien, étant donné la longue durée de vie de ces produits (entre 20 et 50 ans). Ce sont en effet des activités qui nécessitent un savoir faire, des investissements ainsi qu'une structure d'entreprise très différents. Pour les installations, les diverses phases de création de valeur ajoutée sont généralement le conseil, la planification, la vente, la fabrication et le montage. Concernant le service après-vente, on distingue les activités d'entretien au sens strict, de réparation, de modernisation et de remplacement.

a) Toutes les entreprises précitées (cf. ch. 2) sont actives dans les domaines des installations d'ascenseurs et du service après-vente et, partant, produisent ascenseurs et monte-charges (sauf Kone) ainsi qu'une partie des pièces de rechange nécessaires. Kone ne produit pas de pièces de rechange; Emch en produit moins de 1%; les autres fabricants produisent eux-mêmes entre 30 à 60% des pièces de rechange.

b) On constate empiriquement qu'une entreprise entretient et répare la majorité des ascenseurs qu'elle a vendu et installé. Ce phénomène est vraisemblablement dû au fait que le client considère que le producteur sera le plus qualifié pour réparer et entretenir un ascenseur de sa propre marque. La question de la définition du marché pertinent se pose alors en ces termes: at-on affaire à deux marchés distincts, c'est-à-dire un marché vente/installation d'appareils d'une part et un marché d'entretien d'autre part, ou à un marché unique, c'est-à-dire un marché système où la vente/l'installation d'ascenseurs et l'entretien y relatif ne forment plus qu'un seul marché? La Comco a utilisé la notion de marché système dans le cadre des appareils photo en jugeant que la vente d'appareils et leur réparation ne forment qu'un seul marché (DPC 1999/2 "Minolta", p. 247 ss., confirmé récemment par la Commission de recours REKO, DPC 2000/4, p. 716 ss.).

c) En l'espèce, on ne peut retenir le marché système pour délimiter le marché. Contrairement au cas Minolta, la structure de la demande se caractérise par des acheteurs différents au niveau de la vente/installation d'ascenseurs et des services après-vente. En effet, du côté des acheteurs d'ascenseurs neufs, on retrouve essentiellement les entreprises générales de construction et les bureaux d'architectes. Cependant, les demandeurs de services après-vente sont des gérances immobilières, des entreprises propriétaires de leurs immeubles et des propriétaires privés. En effet, les aspects de réparation et d'entretien

---

d'ascenseurs ne sont que rarement abordés au moment de la planification ou de l'achat d'un immeuble (et donc de l'ascenseur). De plus, les entreprises actives sur les marchés de la vente/installation d'ascenseurs et des services après-vente ne concluent pas les mêmes contrats pour ces deux types d'activité.

15. Ainsi, le secrétariat distingue dans le cadre de la présente enquête préalable quatre marchés des produits: les installations d'ascenseurs et de monte-charges d'une part (ci-après: marché de l'installation d'ascenseurs) ainsi que les marchés de services après-vente qui y sont associés (ci-après: marché du service après-vente). Cependant, comme déjà précisé au ch. 13 b), l'analyse de la situation concurrentielle des installations d'ascenseurs et des monte-charges se fera de manière conjointe.

### **B.3.1.b Marché géographique**

16. a) Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits (RPW 2000/4, p. 564 ch. 20; art. 11 al. 3 let. b OCCE par analogie).

b) On peut définir le marché géographique de l'installation des ascenseurs comme étant national, en se basant sur les statuts de VSA (territoire duquel VSA admet des membres). Il n'est cependant pas nécessaire dans le cas présent de définir de manière définitive le marché géographique, car même avec cette définition étroite du marché, il reste de très nombreux concurrents.

c) Pour le marché du service après-vente, on peut utiliser une définition nationale ou régionale du marché. Pour les mêmes raisons qu'au paragraphe précédent, la définition définitive du marché géographique peut être laissée ouverte.

### **B.3.2 Position dominante**

17. Il s'agit de vérifier si les entreprises dans le secteur des ascenseurs sont en position dominante (individuelle ou collective) au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart, d'une part sur le marché de l'installation d'ascenseurs et, d'autre part, sur le marché du service après-vente. Pour ce faire, l'analyse porte d'abord sur la situation de la concurrence actuelle, puis sur la concurrence potentielle et - au besoin - sur la position des partenaires à l'échange. Si la concurrence actuelle s'avère suffisante, on peut renoncer à l'analyse de la concurrence potentielle. Si la concurrence actuelle et potentielle s'avèrent insuffisantes, il faut examiner la position des partenaires à l'échange (décision de la Comco 29 janvier 2001 dans l'affaire "Kaladent SA", DPC 2001/1, p. 88 ss.).

#### **a) Marché de l'installation d'ascenseurs**

---

18. Pour l'analyse de la concurrence actuelle, on tient compte des concurrents sur le marché et des rapports de force qu'il existe entre eux, notamment grâce à la répartition et au développement de leur part de marché (cf. décision de la Comco 29 janvier 2001 dans l'affaire "Kaladent SA").

19. Les parts de marché des principales entreprises sur le marché suisse de l'installation d'ascenseurs sont les suivantes:

En %	1994	1995	1996	1997	1998
<b>Schindler et AS</b>	>30	>30	>30	>30	>30
<b>OTIS</b>	<30	<30	<30	<30	<30
<b>Kone</b>	<10	<10	<10	<10	<10
<b>Thyssen</b>	<10	<10	<10	<10	<10
<b>Emch</b>	<10	<10	<10	<10	<10
<b>Total</b>	?80	?80	?80	?80	?80

20. Les parts de marché indiquées dans le tableau ci-dessus sont en principe basées sur des chiffres d'affaires. Toutefois, deux précisions s'imposent:

a) Kone est entré nouvellement sur le marché suisse en 1992. Elle détenait en 1999 [...] % des parts de marché. Ainsi, les chiffres entre 1994 et 1998 ne sont pas exacts mais restent représentatifs.

b) Thyssen indique que sa part de marché est en diminution de [...] % à [...] % sur les dernières années. Les chiffres de Thyssen sont donc inexacts mais également représentatifs de la réalité.

21. Les cinq grandes entreprises (ch. 2) se partagent environ 80% du marché. Schindler détient de loin la plus grande part de marché, bien que celle-ci baisse tendanciellement depuis 1994. Les réponses aux questionnaires font état d'une vive concurrence entre les principales entreprises pour les installations d'ascenseurs sur le marché suisse. Il y a trois raisons essentielles à l'existence de cette concurrence, à savoir:

a) L'existence de cinq entreprises importantes sur le marché permet un choix aux partenaires à l'échange et leur permet ainsi de faire fonctionner la concurrence.

b) Une PME a la possibilité de se fournir en pièces détachées sur le marché des composants, de les assembler et de les vendre sous sa propre marque. Cela permet aux PME d'accéder au marché des installations nouvelles. L'activité de ces PME représente environ [...] % du marché et exerce une pression concurrentielle sur les grandes entreprises.

c) Le système d'appel d'offre utilisé par les entreprises générales de construction et les bureaux d'architectes lors de l'installation d'un nouvel ascenseur renforce également la pression concurrentielle. Un mandat s'obtient sur concours, et l'entreprise générale ou le bureau d'architecte choisit la meilleure offre parmi les concurrents en lice. En général, les grandes entreprises sont toujours concurrentes et selon les cas, des PME font également des offres (déclaration de ZSCHOKKE).

22. En conclusion, le secrétariat constate qu'il n'y a pas d'indices de position dominante individuelle ou collective au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart sur le marché de l'installation d'ascenseurs. Partant, la question d'un éventuel abus d'une position dominante au sens de l'article 7 LCart ne doit pas être abordée.

### **b) Marché du service après-vente**

23. En ce qui concerne la concurrence actuelle sur le marché du service après-vente, les parts de marché sont beaucoup plus difficiles à obtenir. En effet, même la VSA ne tient aucune statistique à ce sujet. Les seuls chiffres existants sont des estimations que chaque entreprise élabore pour son usage interne. Ces estimations sont très imprécises, de l'aveu même des entreprises. Néanmoins, l'ensemble des informations recueillies permet de retenir les faits suivants:

a) D'après les réponses aux questionnaires, on peut affirmer que les entreprises qui ont installé un ascenseur obtiennent dans 75 à 90% des cas un contrat pour le service après-vente (en tout cas durant la période de garantie, généralement de un an). En combinant cette information avec celle des parts de marchés sur les installations neuves, il est alors possible de se faire une idée, certes imprécise, des parts de marché pour les services après-vente: la concentration est également importante sur le marché des services après-vente.

b) Les contrats qui ne reviennent pas à l'entreprise qui a installé l'ascenseur sont conclus, soit avec une entreprise active dans les marchés des installations d'ascenseurs et des services après-vente, soit avec une entreprise exclusivement active dans le domaine des services après-vente. En effet, les entreprises actives uniquement dans les services après-vente sont nombreuses, notamment au niveau régional.

c) Il y a, par conséquent, beaucoup d'entreprises actives sur le marché des services après-vente, ce qui renforce le fonctionnement concurrentiel du marché.

24. Vu le manque d'informations fiables pour déterminer définitivement la concurrence actuelle, on commentera brièvement la concurrence potentielle et les partenaires à l'échange.

a) Il existe une concurrence potentielle importante sur le marché des services après-vente. Il est en effet relativement aisé à un réparateur de se mettre à son propre compte et d'offrir des services après-vente;

---

celui-ci dispose du savoir-faire nécessaire à la réparation et à l'entretien de pratiquement tous les ascenseurs. De plus, les coûts d'entrée sur ce marché sont assez bas. Un dernier problème potentiel que pourraient rencontrer les réparateurs indépendants est celui de l'approvisionnement en pièces de rechange. En pratique, les livraisons de pièces de rechange entre les fabricants d'ascenseurs et les entreprises réparatrices indépendantes ne semblent poser aucun problème. Dans son "code of conduct", qui s'applique à tous ses employés, Schindler a introduit une clause interdisant le refus de livrer un réparateur tiers.

b) Quant aux partenaires à l'échange, les contrats de réparation et/ou de maintenance sont en général des contrats à long terme, i.e. de 5 ou 10 ans. Cependant, les clients peuvent, s'ils le désirent, négocier une durée plus courte au moment de la conclusion du contrat. De plus, un client mécontent des services après-vente d'une entreprise peut facilement rompre un tel contrat avant son terme. Il peut à tout moment changer de fournisseur de services après-vente, et ce rapidement et sans coût. Pour vérifier ces informations, le secrétariat a contacté une gérance immobilière.

25. En conclusion, il n'y a pas d'indices d'existence d'une position dominante sur le marché des services après-vente selon article 4 alinéa 2 LCart. Partant, la question d'un éventuel abus d'une position dominante au sens de l'article 7 LCart ne doit pas être abordée.

### **B.3.3 Conclusions**

26. Sur la base de ce qui précède, le secrétariat de la Commission de la concurrence

?? constate qu'il n'y a pas d'indices d'accord selon article 4 alinéa 1 LCart, ni de position dominante ou domination collective selon article 4 alinéa 2 LCart sur les marchés des installations d'ascenseurs ou sur le marché des services après-vente;

?? décide de clôturer l'enquête préalable sans suite;

?? communique aux entreprises la clôture de l'enquête préalable.

---

B 1.1	<b>3. Organisme intercantonal de certification (OIC)</b>
-------	--

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accords illicites; art. 5 LCart*

*Accordi illeciti; art. 5 LCart*

*Rapport final du 9 juillet 2001 de l'enquête préalable selon article 26 LCart en l'affaire Organisme intercantonal de certification (OIC) pour indices de restrictions illicites à la concurrence selon article 5 alinéa 1 LCart*

#### **A. En fait**

1. Le 13 juin 2000, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: secrétariat) a reçu une plainte de X au sujet de l'organisme intercantonal de certification (ci-après: OIC). Ce dernier bénéficie de subventions des cantons qui le constituent (2/3 de son financement), ce qui créerait une distorsion de la concurrence par rapport aux entreprises privées comme X, qui ne bénéficient d'aucune subvention.

2. X est une entreprise active dans le domaine de la certification alimentaire avec siège à Y. Les autres entreprises privées actives dans le même domaine sont [quatre entreprises].

3. L'OIC, avec siège à Lausanne, relève du droit public (art. 2 de la convention intercantonale concernant la création et l'exploitation d'un OIC entrée en vigueur le 1er mai 1998; ci-après: convention). L'OIC est assimilable à une société simple au sens des articles 530 ss. du code des obligations (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse, RS 220), dont les associés sont les cantons signataires de la convention (Berne, Fribourg, Vaud, Neuchâtel, Valais, Genève, Jura et Tessin). L'adhésion à l'OIC est cependant ouverte à tout canton, sous certaines conditions fixées par les cantons déjà membres.

Le domaine d'activité de l'OIC est essentiellement la certification des produits agricoles des types appellations d'origine contrôlée (AOC) et indications géographiques protégées (IGP) (voir l'Ordonnance du 28 mai 1997 concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés, RS 910.12). Seules ces activités constituent l'objet de la présente enquête préalable.

4. Le 8 septembre 2000, le secrétariat a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (RS 251, ci-après LCart). Il s'agit de déterminer si la convention, et notamment la question de son financement par les cantons fondateurs, présente des indices de restrictions à la concurrence au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart.

5. Le 12 septembre 2000, le secrétariat a adressé un questionnaire à l'OIC. L'OIC a répondu fin septembre 2000.

## **B. Considérants**

### **B.1 Applicabilité**

6. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit public qui sont parties à des accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 LCart).

#### **B.1.1 Entreprises**

7. Par entreprise, on entend tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2001/1, ch. 12, p. 60). L'OIC, société de droit public instaurée par la convention, tombe ainsi dans le champ d'application de la LCart (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2001 "Schweizerische Meteorologische Anstalt", in: DPC 2001/1, ch. 3c, p. 217).

#### **B.1.2 Accords**

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

L'article 10 de la convention constitue un accord au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart. Selon cette disposition, les cantons fondateurs prennent à leur charge les 2/3 du budget de l'OIC. Ce financement a pour conséquence une distorsion de la concurrence puisqu'il ne permet pas aux autres entreprises privées (ne bénéficiant d'aucune subvention) d'être compétitives sur certains marchés de la certification alimentaire.

### **B.2 Prescriptions réservées**

9. L'article 3 alinéa 1 LCart prévoit des réserves quant à l'application de la LCart par la Commission de la concurrence (ci-après: Comco). En effet, s'il existe sur les marchés en question des prescriptions qui excluent de la concurrence certains biens ou services, et en particulier, lorsque des prescriptions chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux, alors la Comco ne peut pas rendre de décision au sens de l'article 30 LCart. Dans de tels cas, elle ne peut qu'émettre des recommandations selon l'article 45 LCart.

a) Dans son article 1, la convention définit les activités que l'organisme est autorisé à effectuer. L'article 10 de la convention règle les relations financières entre les cantons fondateurs et l'OIC (cf. ch. 8, ci-dessus).

Les cantons fondateurs de l'OIC (à l'exception du canton de Genève) ont adopté des lois, des décrets ou des règlements d'exécution dans le domaine agricole au cours des années 1990 permettant notamment la création et le soutien financier d'institutions de promotion de leur agriculture cantonale. En particulier, les différents cantons peuvent soutenir les activités d'appellation, de définition de cahiers des charges pour certains produits de leur agriculture ainsi que de leur certification. Ces activités touchent notamment la production biologique et les AOC/IGP. Les articles des lois cantonales (à l'exception de Genève) incluant les éléments principaux relatifs à la création et à la promotion d'une institution telle que l'OIC sont repris dans le tableau synoptique ci-dessous.

<b>Canton</b>	<b>Nom de la loi</b>	<b>Date d'adoption</b>	<b>Articles pertinents</b>
Berne	Kantonales Landwirtschaftsgesetz	16.06.1997	7
Fribourg	Loi sur la promotion des produits agricoles	21.11.1997	3, 4 et 6
Vaud	Loi relative à la promotion de l'économie agricole vaudoise	13.11.1995	5, 6 et 7
Neuchâtel	Règlement général d'exécution de la loi sur la promotion de l'agriculture	17.12.1997	37
Valais	Loi sur l'agriculture	28.09.1993	29
Jura	Décret sur le développement rural	30.11.1994	16, 17, 24 et 26
Tessin	Legge sulla salvaguardia e sul promovimento dell'agricoltura	11.11.1982	16, 17 et 28

b) Ces bases légales (convention et dispositions cantonales) constituent des prescriptions légales au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, dans la mesure où elles

?? donnent à l'OIC le mandat d'exécution de tâches de certification de produits AOC/IGP, et

?? prévoient le financement de l'OIC par les cantons signataires.

10. Dès lors, le secrétariat décide de clôturer l'enquête préalable (indices de restrictions illicites à la concurrence selon article 5 alinéa 1 LCart) sans suite et d'ouvrir une procédure au sens de l'article 45 LCart (recommandation).

### C. Conclusions

Sur la base de ce qui précède, le secrétariat de la Commission de la concurrence

1. décide de clôturer cette enquête préalable sans suite;
2. décide l'ouverture d'une procédure selon article 45 LCart;
3. communique à l'OIC et à la plaignante la clôture de l'enquête préalable.

## B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

B 2	<b>2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste</b>
B 2.2	<b>1. Teleclub vs. Cablecom</b>

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Einstellungsverfügung vom 10. August 2001 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Teleclub vs. Cablecom wegen (angeblich) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG*

### A. Sachverhalt

#### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission wurden von Teleclub AG, Zürich (nachfolgend "Teleclub"), mit Schreiben vom 12. Mai 1999 (im Folgenden: "Gesuch") verschiedene angeblich unzulässige Verhaltensweisen (gemäss Art. 7 KG) der Cablecom Holding AG, Frauenfeld ("Cablecom"), gemeldet. Das Schreiben enthält Anträge auf Eröffnung einer Vorabklärung (gemäss Art. 26 KG) beziehungsweise einer Untersuchung (gemäss Art. 27 KG), auf Erlass superprovisorischer Massnahmen und auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

2. Teleclub betreibt als Veranstalter ein deutschsprachiges Abonnementsfernsehen (Pay-TV) in der Schweiz. Das Sendegefäss besteht überwiegend aus Spielfilmen. Das Programm wird verschlüsselt (codiert) und in analoger Form ausgestrahlt. Die Signale werden entweder vom TV-Konsumenten direkt über eine Satelliten-Empfangsanlage empfangen oder in ein Kabelnetz im Hinblick auf die Weiterverbreitung eingespielen. Zu diesem Zweck schliessen die Programmveranstalter mit den Netzbetreibern Verträge ab.

3. Cablecom verfügt über das Kabelfernsehnetz mit der schweizweit grössten Abdeckung. Sie betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von in- und ausländischen, analog und digital sowie terrestrisch oder per Satellit ausgestrahlten Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze.

4. Teleclub äusserte die Absicht, ihr Programm künftig in digitaler Form zu verbreiten. Zu diesem Zweck seien einerseits gewisse technische Anpassungsarbeiten an den Kopfstellen ("Head-Ends") des Kabelnetzes erforderlich. Diese technischen Anpassungsarbeiten an den Head-Ends können grundsätzlich nicht nur vom Netzbetreiber ausgeführt werden, sondern auch vom Programmanbieter. Andererseits müssen die Analog-Decoder durch digitale Set-Top-Boxen und Decoder ersetzt werden. Als Decoder habe Teleclub die so genannte d-Box vorgesehen.

5. Gemäss Teleclub weigert sich Cablecom, den Zugang zu den Head-Ends zu gewähren, da sie neben der von ihr bevorzugten, indes noch nicht errichteten Digital-TV-Plattform<sup>1</sup>, keine weitere digitale Plattform auf ihrem Netz dulden will. Cablecom vertrete die Ansicht, dass der schweizerische Kabelfernseh-Markt für den "entbündelten Zugang" zu klein sei und dass es dem Konsumenten nicht zuzumuten sei, mehrere Set-Top-Boxen zu kaufen. Cablecom versichere dennoch, Teleclub bei der digitalen Verbreitung ihres Programms über die derzeit installierte Cablecom-Plattform zu unterstützen und Teleclub weder zu benachteiligen noch zu behindern.

6. Teleclub machte geltend, dass Cablecom als Betreiberin des grössten Kabelfernsehnetzes in der Schweiz eine wesentliche Einrichtung (essential facility) besitze. Im Markt für die Verbreitung von TV-Kommunikation und insbesondere auch von Pay-TV-Programmen nehme Cablecom eine marktbeherrschende Stellung ein. Es sei das Ziel

---

<sup>1</sup> Stand zum Zeitpunkt der Klage. Heute bietet Cablecom einen Decoder und auch Pay-TV Programme an (vgl. [www.cablecom.ch](http://www.cablecom.ch)).

von Cablecom, durch Ausnützung dieser marktbeherrschenden Stellung die Preis- und Marktkonditionen zu diktieren, um so die ganze Wertschöpfungskette zu dominieren.

7. Teleclub wies im Gesuch auf folgende angeblich unzulässige Verhaltensweisen (gemäss Art. 7 KG) von Cablecom hin:

- ?? Cablecom verlange von Teleclub unangemessen hohe Signalübertragungsgebühren. Die Gebühren seien doppelt so hoch wie bei anderen Kabelfernsehnetsbetreiberinnen.
- ?? Cablecom verlange von Teleclub im Zusammenhang mit der Modernisierung des Cablecom-Netzes den Ersatz bestehender Analog-Decoder durch andere Analog-Decoder auf eigene Kosten.
- ?? Cablecom versuche, Teleclub daran zu hindern, die bestehenden Analog-Decoder durch moderne Digital-Decoder des Typs "d-Box" zu ersetzen und weigere sich, Teleclub Zugang zu den Kopfstellen des Netzes zu gewähren. Infolgedessen könne Teleclub die notwendigen Anpassungen nicht vornehmen.

8. Am 18. Mai 1999 wurde Cablecom das Gesuch von Teleclub um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom 7. Juni 1999 (im Folgenden: "Stellungnahme") beantragte Cablecom die vollumfängliche Ablehnung des Gesuches mit folgender Begründung:

- ?? Cablecom setze sich für eine offene, diskriminierungsfreie Plattform zur Verbreitung des digitalen Fernsehens - das heisst insbesondere von Pay-TV - in der Schweiz ein und treibe deshalb den Aufbau einer anbieterunabhängigen Digital-Plattform voran. Diese basiere auf einer europaweit anerkannten Technologie ("DVB-Common-Interface-Technologie"), welche die Verwendung verschiedener Zugangskontrollsysteme in einem einzigen Decoder erlaube. Konkret orientiere sich die Technologie der von Cablecom favorisierten Set-Top-Box an einem Standard, der von der European Cable and Communication Association (ECCA) definiert worden sei. Diese Standard-Technologie zeichne sich insbesondere dadurch aus, dass sie parallele Bezugsmöglichkeiten mehrerer anbieterspezifischer Programmpakete biete. Der TV-Konsument habe maximale Wahlfreiheit in Bezug auf Free-TV- als auch Pay-TV-Angebote.
  - ?? Nach Ansicht von Cablecom seien für die kommerzielle Einführung von digitalem Fernsehen in der Schweiz folgende Faktoren unerlässlich: die Ermöglichung von Wettbewerb unter den Programm-anbietern, die Gewährleistung eines ungehinderten Marktzugangs, Programmviefalt und Wahrung der Meinungsfreiheit. Dieses Ziel werde nur erreicht, wenn die offene Schweizer Digital-TV-Plattform von den Kabelnetzbetreibern kontrolliert würde, "weil ihr eigenwirtschaftliches Interesse das für den Konsumenten attraktivste Angebot und den offenen Wettbewerb unter den Pro-
-

grammanbietern gewährleistet". Aus diesem Grund sei auch der von Teleclub geforderte entbündelte Netzzugang abzulehnen: "Der schweizerische Markt ist zu klein, um mehrere Digital-TV-Plattformen wirtschaftlich und technisch sinnvoll betreiben zu können. Diese Ansicht vertrete im Wesentlichen auch das Bundesamt für Kommunikation ("BAKOM"). Angesichts dessen verlangt Cablecom einen Mitbericht des BAKOM im vorliegenden Verfahren.

- ?? Die Kirch-Gruppe beabsichtige mit Hilfe ihrer Tochtergesellschaft Teleclub, in der Schweiz eine eigene digitale Plattform nach deutschem Vorbild zu errichten. Trotz gegenteiliger Beteuerungen seitens von Teleclub seien dort die D-Boxen aber nur für die von Kirch kontrollierten Programme "Premiere" und "DF1" nutzbar, da es die Kirch-Gruppe bislang unterlassen habe, die Common-Interface-Technologie in ihre Set-Top-Boxen zu integrieren.
- ?? Die materiellen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen seien nicht gegeben. Weder sei die zeitliche Dringlichkeit erwiesen, noch sei mangels drohender irreversibler Strukturänderungen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil auszumachen, sodass ein Gutheissen des Gesuches insbesondere gegen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verstossen würde.

## **A.2 Verfahren**

### **A.2.1 Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch die Weko**

9. Mit Zwischenverfügung vom 21. Juni 1999 (vgl. RPW 1999/2, S. 204 ff.) wies die Wettbewerbskommission ("Weko") die Cablecom an, den Zugang zu den Head-Ends der Sendeanlagen in ihrem Netz unverzüglich zu gewähren, damit Teleclub die für die Einführung der d-Box notwendigen Anpassungen vornehmen könne. Weiter wurde Cablecom verpflichtet, jede Handlung zu unterlassen, welche die Übertragung des Teleclub-Signals in analoger und digitaler Form sowie dessen Decodierung und Empfang behindere oder verunmögliche. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG entzogen.

10. Gegen diese Verfügung erhob Cablecom am 2. Juli 1999 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ("Reko"). Sie beantragte dabei insbesondere die Wiederherstellung der von der Weko entzogenen aufschiebenden Wirkung und die Aufhebung der Zwischenverfügung.

11. Die Reko hiess mit Entscheid vom 12. August 1999 das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut (vgl. RPW 1999/2, S.205 ff.).

---

12. Mit Beschwerdeentscheid vom 4. November 1999 hiess die Reko schliesslich die Beschwerde von Cablecom gut und hob die Zwischenverfügung der Weko auf (vgl. RPW 1999/4, 618 ff.).

### **A.2.2 Untersuchung gemäss Artikel 27 KG**

13. Am 21. Juni 1999 wurde Cablecom und Teleclub mitgeteilt, dass sich im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen ergeben hätten, weshalb das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG gegen Cablecom eröffnet habe.

14. Im Rahmen der Untersuchung stellte das Sekretariat zur weiteren Klärung des Sachverhaltes Cablecom und Teleclub am 2. Juli 1999 einen Fragebogen zu. Cablecom und Teleclub mussten insbesondere zur Abgrenzung des relevanten Marktes, der Marktstellung von Cablecom und zu den angeblich unzulässigen Verhaltensweisen Stellung nehmen. Die Antworten von Teleclub erfolgten mit Schreiben vom 16. August 1999. Nach erstreckter Frist antwortete Cablecom mit Schreiben vom 6. September 1999 und 23. September 1999.

15. Im Herbst 1999 wurde bekannt, dass parallel zur vorliegenden Untersuchung ein medienrechtliches Konzessionsverfahren unter anderem in Sachen d-Box vor dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation ("UVEK") beziehungsweise vor dem Bundesrat als Beschwerdeinstanz (vgl. Kap. A.2.3) läuft. Es war nicht sicher, ob die d-Box in der Schweiz überhaupt zum Einsatz gelangen darf. Deshalb wurde das vorliegende Verfahren bis zu einem endgültigen Entscheid in dieser Frage sistiert.

16. Am 27. März 2000 wurde dem Sekretariat ein Parteiwechsel angezeigt. Die bisherigen Aktionäre der Cablecom Holding AG verkauften die gesamten Geschäftstätigkeiten der Cablecom-Gruppe an die amerikanische NTL Incorporated. Dabei wurde unter anderem die Cablecom Holding liquidiert. Neu trat die Cablecom AG, Zürich, in das Verfahren ein.

17. Nach dem Konzessionsentscheid des Bundesrates (vgl. Kap. A.2.3) gelangte das Sekretariat mit Schreiben vom 7. Juni 2001 an Teleclub und erläuterte darin die Folgen des bundesrätlichen Entscheids für das Untersuchungsverfahren. Es vertrat die Meinung, dass mit dem Entscheid des Bundesrates ein Einsatz der d-Box in der Schweiz nicht erlaubt und somit das vorliegende Verfahren weitgehend gegenstandslos werde. Das Sekretariat lud Teleclub ein, dazu Stellung zu nehmen.

18. In seiner Stellungnahme vom 29. Juni 2001 beantragte Teleclub, dass die Untersuchung weiterzuführen sei.

19. Am 25. Juli 2001 stellte Cablecom den Antrag, die Untersuchung einzustellen und das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Begründet wird der Antrag insbesondere mit dem Ausgang des Konzessions-

sionsverfahrens (vgl. Kap. A.2.3), der einen Einsatz der d-Box in der Schweiz verunmögliche.

20. Cablecom zeigte gleichzeitig weitere Veränderungen in der Konzernstruktur an. Neu ist die Cablecom GmbH, Winterthur, am vorliegenden Verfahren beteiligt.

### **A.2.3 Konzessionsverfahren**

21. Veranstalter von Programmen benötigen gemäss dem Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen ("RTVG") eine Konzession (Art. 10 RTVG). In einem Anhang vom 25. April 1995 zur Konzession vom 5. April 1995 von Teleclub als Veranstalter des Pay-TV Senders wird auch die Form der Signalübertragung und des Empfangs (u.a. der eingesetzte Decoder) geregelt. Aufgrund der geplanten digitalen Ausstrahlung des Programmes stellte Teleclub am 16. Juni 1999 ein Gesuch um Änderung dieses Anhangs.

22. Da nicht alle Konzessionsvoraussetzungen gemäss Artikel 11 RTVG erfüllt waren, erteilte das UVEK die Konzession am 8. November 1999 nur unter Auflagen. Insbesondere müssen die von Teleclub eingesetzten Set-Top Boxen über ein Common Interface verfügen und den Einsatz von Multicrypt im Sinne des DVB-Standards zulassen. Diese Auflagen verunmöglichten Teleclub den Einsatz der d-Box.

23. Gegen den Entscheid des UVEK erhob Teleclub am 8. Dezember 1999 Beschwerde beim Bundesrat. Dieser wies die Beschwerde mit Entscheid vom 5. Juni 2001 ab (Pressemitteilung), womit die d-Box in der Schweiz definitiv nicht zum Einsatz gelangen darf.

## **B. Erwägungen**

### **B.1 Wegfall des Untersuchungsgegenstandes**

24. Auslösendes Element für die Verhandlungsaufnahme von Teleclub mit Cablecom war die Absicht der Teleclub, von der analogen zur digitalen Form der Übertragung wechseln. Dazu war der Ersatz der Decoder bei den Teleclub-Kunden notwendig.

25. Kern der Untersuchung und der Rüge der Teleclub bildete die Weigerung der Cablecom, den Zugang zu den Head-Ends des Netzes zwecks technischer Anpassungen im Zusammenhang mit dem Austausch der analogen Decoder durch die d-Box zu gewähren.

26. Mit dem Entscheid des Bundesrates, welcher den Einsatz der d-Box ausschliesst, fällt der Untersuchungsgegenstand und im konkreten Fall damit verbunden die Möglichkeit eines wettbewerbsrechtlich unzulässigen Verhaltens durch die Cablecom dahin. Der Wegfall des Untersuchungsgegenstandes führt nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission zur Einstellung des Verfahrens (RPW 2001/1, S. 32; RPW 1999/3, S. 465).

---

27. In ihrer Stellungnahme vom 29. Juni 2001 bringt Teleclub vor, dass die im Mai 1999 gestellten Anträge an die Weko zwar aufgrund der konkreten Ausgangslage unter Bezugnahme auf den Einsatz der d-Box gestellt worden seien. Unabhängig von der zu verwendenden Technologie ginge es jedoch um den diskriminierungsfreien Zugang zum Kabelnetz der Cablecom. Teleclub vertritt im Weiteren die Ansicht, dass sich an der Marktstellung von Cablecom seit den Beurteilungen durch die Weko und die Reko, welche jeweils Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung feststellten, nichts geändert habe. Teleclub führte weiter aus, dass momentan ein Decodersystem evaluiert werde, welches die Auflagen des UVEK erfüllen kann. In diesem Zusammenhang werden auch Verhandlungen mit Cablecom geführt. Dabei seien nach wie vor ähnliche Verhaltensweisen (vgl. Rz. 7) von Cablecom feststellbar. Deshalb habe Teleclub ein fortbestehendes Interesse an der Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs.

28. Teleclub verkennt einerseits, dass der Gegenstand einer Untersuchung beziehungsweise das zu untersuchende Verhalten hinreichend konkret sein muss. Andererseits muss das zu untersuchende Verhalten aktuell sein. Es geht nicht an, ein allfälliges künftiges Verhalten zum Gegenstand einer Untersuchung zu machen. Fehlen diese beiden Voraussetzungen, fehlt es am öffentlichen Interesse an der Durchführung beziehungsweise Fortsetzung eines Untersuchungsverfahrens.

29. Die Einstellung des vorliegenden Untersuchungsverfahrens hindert die Wettbewerbsbehörden jedoch nicht daran, von Amtes wegen ein neues kartellrechtliches Verfahren gegen Cablecom zu eröffnen, sollte hiefür ein konkreter und aktueller Anlass bestehen.

30. Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Untersuchung infolge Wegfalls des Untersuchungsgegenstandes einzustellen ist.

### **C. Kosten**

31. 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).

32. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht nur, wenn die Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung).

33. Anlass für die Durchführung des vorliegenden Untersuchungsverfahrens bildete das Verhalten der Cablecom gegenüber Teleclub in bezug auf die beabsichtigte Einführung der d-Box. Zu berücksichtigen ist nun indes, dass keine Untersuchung eröffnet worden wäre, wenn zum Zeitpunkt der Eröffnung bereits Klarheit darüber bestanden hätte, dass die d-Box in der Schweiz nicht zugelassen wird. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich nicht, die Cablecom als Verursacherin im

Sinne der KG-Gebührenverordnung zu betrachten und damit der Gebührenpflicht zu unterwerfen.

#### **D. Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

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

B 2.2	<b>2. SUMRA/Distribution de montres</b>
-------	---

*Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG*

*Enquête selon art. 27 ss. LCart*

*Inchiesta giusta l'art. 27 ss. LCart*

*Décision de la Commission de la concurrence (Comco) du 3 septembre 2001 concernant l'enquête selon l'article 27 LCart sur le cas SUMRA/Distribution de montres relatif à des accords illicites selon l'article 5 LCart*

#### **A. Etat de fait**

##### **A.1 Objet de l'enquête**

1. En date du 1er janvier 1998, l'Association des Fournisseurs d'Horlogerie Marché Suisse (ci-après: AMS), et l'Association suisse des maisons spécialisées en horlogerie et bijouterie (ci-après: ASHB), ont signé la convention cadre pour le marché horloger suisse SUMRA (ci-après: SUMRA).
  2. L'article 1er de la SUMRA prévoit qu'elle s'applique non seulement aux parties contractantes, d'une part l'AMS et ses membres, d'autre part l'ASHB, mais aussi aux autres fournisseurs et détaillants qui se sont engagés individuellement à respecter la SUMRA (ci-après: les signataires).
  3. De fait, tous les membres de l'AMS ont signé individuellement la SUMRA. Il sied de préciser que la majorité des fournisseurs de marques importantes sont membres de l'AMS. Parmi les fournisseurs de marques importantes n'étant pas membres de l'AMS, on peut citer les fournisseurs des marques Piaget, Baume et Mercier, Montaine et Fortis, ainsi que les fournisseurs de montres dont le prix d'achat pour détaillants n'excède pas CHF 80.-- (art. 2 SUMRA), soit notamment les montres Swatch.
-

4. S'agissant de l'ASHB, certains de ses membres ne sont pas signataires de la SUMRA. Il s'agit soit de membres qui ne vendent pas de montres, soit de membres qui vendent des montres de fournisseurs qui ne sont pas membres de l'AMS.

5. Les détaillants sis dans les cantons de Vaud, Neuchâtel et Tessin n'ont pas signé la SUMRA. Ils respectent cependant ladite convention et sont considérés comme des signataires. Ils bénéficient dès lors de tous les avantages liés à l'adhésion à la SUMRA et ne rencontrent notamment aucun obstacle lors de leur approvisionnement, malgré l'article 4 SUMRA qui prévoit que les fournisseurs signataires de la SUMRA s'engagent à ne contracter qu'avec des signataires de la SUMRA.

6. La SUMRA est entrée en vigueur le 1er janvier 1998. Elle abroge et remplace le "Règlement sur l'ordre du marché horloger suisse" (ci-après: SUMO). Les dispositions du SUMO visaient à garantir un ordre de marché unique pour les montres suisses.

7. Aussi, en 1995, la Commission exécutive du SUMO a requis une expertise visant à adapter le SUMO à la nouvelle loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (ci-après: LCart; RS 251). Il ressort de l'expertise du Professeur ZÄCH (récusé pour la présente procédure, cf. ch. 16) du 5 mars 1996 et de ses compléments du 6 avril, 14 mai et 27 novembre 1996, notamment que "*(...) möglich ist aber auch, dass die Neuregelung jedenfalls auf der Detailhandelsstufe intrabrand Wettbewerb beseitigt, weil alle Detailisten die empfohlenen Richtpreise und die empfohlene Rabattordnung strikt beachten (...)*" "*Sofern die von den Lieferanten gemäss Artikel 7 Absatz 1 SUMRA empfohlenen Richtpreise und die in Artikel 9 SUMRA empfohlene Rabattordnung durch die Detaillisten strikt befolgt würden, würde Preiswettbewerb auch inskünftig auf der Detailhandelsstufe (...) beseitigt*".

8. Finalement, les modifications les plus importantes du SUMO ont été la suppression de la marge brute minimum de 45% pour les détaillants (art. 7 SUMO), de la fixation du pourcentage des rabais (art. 9 SUMO) et de la fixation de la marge des détaillants s'agissant des réparations (art. 15 SUMO).

9. L'actuelle SUMRA contient notamment les dispositions suivantes:

*"Préambule (Buts)*

*La convention cadre SUMRA a pour but d'offrir au consommateur des montres à des prix équitables, au rapport qualité-prix optimal, ainsi que des conseils compétents et un service après vente (1<sup>er</sup> alinéa).*

---

*Art. 2 (Objet)*

<sup>1</sup> *Sont concernées toutes les montres (appareils à mesurer le temps) qui se prêtent à être portées, à l'exception de celles dont le prix d'achat pour détaillants n'excède pas 80 francs.*

<sup>2</sup> *La commission exécutive a la compétence d'augmenter la valeur limite mentionnée au premier alinéa.*

*Art. 7 (Prix indicatifs conseillés)*

<sup>1</sup> *Le fournisseur fixe les prix indicatifs conseillés pour la Suisse et la principauté du Liechtenstein. Les marges du commerce de détail sont convenues directement entre le fournisseur et le détaillant.*

<sup>2</sup> *Le fournisseur communique par écrit à ses détaillants, au moins une fois par année, les références des montres qui figurent au catalogue des prix indicatifs. Les modifications de ce catalogue entrent en vigueur trois mois après leur communication".*

**A.2 Procédure**

10. Le 30 novembre 1998, le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a ouvert une enquête préalable au sens de l'article 26 LCart afin d'examiner les rapports de concurrence sur le marché horloger suisse, en particulier suite à l'entrée en vigueur de la SUMRA le 1<sup>er</sup> janvier 1998.

11. L'enquête préalable ayant révélé des indices d'une restriction illécite à la concurrence au sens de l'article 5 LCart, le secrétariat, d'entente avec un membre de la présidence de la Commission de la concurrence, a ouvert la présente enquête le 23 août 1999 (art. 27 LCart). L'ouverture de l'enquête a été publiée par communication dans la Feuille fédérale (édition du 7 septembre 1999) et dans la Feuille officielle suisse du commerce (édition du 27 août 1999).

12. Passé le délai de 30 jours après la communication de l'ouverture de l'enquête, aucun tiers concerné souhaitant participer à l'enquête ne s'est annoncé (art. 28 LCart).

13. L'enquête est dirigée contre tous les signataires de la SUMRA (cf. ch. 2). Le secrétariat a adressé la lettre d'ouverture de l'enquête à l'ASHB, à l'AMS, de même qu'à la Commission exécutive de la SUMRA. Les deux associations ont informé les signataires de l'ouverture de l'enquête par circulaire. Par ailleurs, lors de l'entretien du 19 octobre 1999 du secrétariat avec les secrétaires des deux associations (AMS et ASHB), ces derniers ont confirmé qu'ils tenaient les signataires de la SUMRA au courant de l'enquête.

14. Au vu du nombre important de parties, le secrétariat a fait usage de la possibilité d'exiger d'elles qu'elles choisissent, pour la procédure,

---

un ou plusieurs représentants communs selon l'article 11a de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA; RS 172.021; FF 2000 III 2761), ce qu'elles ont fait.

15. Plusieurs parties ont fait usage de la possibilité de consulter le dossier.

16. Conformément aux articles 22 alinéa 1<sup>er</sup> LCart et 10 alinéa 1<sup>er</sup> lettre c PA, le Professeur ZÄCH s'est récusé pour l'ensemble de la présente procédure.

17. En date des 24 et 27 août 2001, une déclaration a été signée par l'AMS, l'ASHB et le représentant de la SUMRA. Son contenu est le suivant:

"DECLARATION

**de**

**I'AMS, de l'ASHB et du représentant de la SUMRA**

en vue d'un accord amiable selon l' article 29 LCart dans  
l'affaire

SUMRA/DISTRIBUTION DE MONTRES

?? L'Association des Fournisseurs d'Horlogerie Marché Suisse (AMS),

?? L'Association suisse des maisons spécialisées en horlogerie et bijouterie (ASHB),et

?? Le représentant de la convention cadre pour le marché horloger suisse (SUMRA),

(ci-après: les parties) soumettent au Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) la déclaration suivante:

Les parties prennent acte du chiffre premier (modifié) du dispositif de la proposition de décision du Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) du 22 mai 2001:

"1. L'application par les détaillants signataires de la convention cadre pour le marché horloger suisse, dite SUMRA, de marges brutes identiques de 45%-50%, montant de la TVA (7,6%) compris, sur la vente de toutes les montres, tel que prévu par l'article 7 SUMO abrogé, supprime la concurrence efficace, et partant, est illicite. L'application de marges brutes identiques, que ce soit de manière explicite, tacite ou par des pratiques concertées, est interdite".

2. Les parties s'engagent à supprimer l'article 7 SUMRA avec effet immédiat.

---

3. L'ASHB s'engage à communiquer à ses membres et aux détaillants non-membres signataires de la SUMRA, de la manière qu'elle jugera opportune, ce qui suit:

- ?? l'article 7 SUMRA est supprimé avec effet immédiat.
- ?? l'application de marges brutes identiques, que ce soit par accord explicite ou tacite ou par des pratiques concertées, est interdite.
- ?? les prix tels qu'ils sont communiqués aux détaillants par les fournisseurs ne constituent pas des prix obligatoires, mais uniquement des prix recommandés et chaque détaillant est libre de fixer le prix de vente de chaque montre.

4. L'AMS s'engage à communiquer à ses membres et aux fournisseurs non-membres signataires de la SUMRA, de la manière qu'elle jugera opportune, ce qui suit:

- ?? l'article 7 SUMRA est supprimé avec effet immédiat.
- ?? les fournisseurs signataires de la SUMRA sont libres de communiquer, ou non, à leurs détaillants signataires de la SUMRA leurs prix indicatifs.
- ?? les prix tels qu'ils sont communiqués aux détaillants par les fournisseurs signataires de la SUMRA ne constituent pas des prix obligatoires mais uniquement des prix recommandés et chaque détaillant est libre de fixer les prix de vente de chaque montre.

5. Les parties prennent acte du chiffre sept du dispositif de la proposition de décision du Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) du 22 mai 2001:

"7. Mettre le total des frais de procédure s'élevant à CHF [...] au 22 mai 2001, à parts égales, à la charge des parties qui en sont solidairement responsables, sans compter le travail effectué par le Secrétariat (art. 30 al. 2, 2ème phrase LCart) et celui de la Chambre et de la Comco. Ce montant est payable dans les 30 jours dès l'entrée en force de la présente décision".

6. Les parties s'engagent à communiquer au Secrétariat de la Commission de la concurrence, au plus tard jusqu'au 30 novembre 2001, qu'elles ont rempli l'engagement décrit au chiffre 2 des présentes et procédé aux communications prévues aux chiffres 3 et 4 des présentes".

---

18. En date des 26, 28 et 29 août 2001, les parties représentées à titre individuel ont accepté par écrit l'accord amiable ainsi que le contenu de la déclaration susmentionnée.

## **B. En droit**

### **B.1 Applicabilité**

19. La LCart s'applique notamment aux entreprises de droit privé qui sont parties à des accords en matière de concurrence (art. 2 al. 1 LCart).

#### **B.1.1. Entreprises**

20. La LCart s'applique à toute entreprise, c'est-à-dire à tout acteur qui produit des biens et des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande (DPC 2000/4, "Strassenbeläge", p. 605, ch. 78). En l'espèce, tous les signataires de la SUMRA, qu'ils soient ou non membres de l'AMS et/ou de l'ASHB, sont des entreprises au sens de la LCart.

#### **B.1.2 Accords en matière de concurrence**

21. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1<sup>er</sup> LCart). Cette définition englobe non seulement les règles émises ainsi que les décisions prises par des associations professionnelles et qui s'imposent à leurs membres, mais également les recommandations dans la mesure où celles-ci sont effectivement suivies (DPC 2000/3, "Sanphar", p. 320; DPC 2000/2, "Afec", p.172; DPC 1999/4, "Clima-Suisse", p. 615, ch. 11; PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, No 1045).

22. En l'espèce, nous sommes en présence d'une série d'accords passés entre chaque fournisseur signataire de la SUMRA et chacun de ses détaillants signataires de la SUMRA. Chaque accord comporte deux objets: le premier et principal objet de l'accord porte sur les marges brutes des détaillants (cf. ch. 21), et le deuxième porte sur le prix de vente des montres (cf. ch. 22 al. 2).

23. Il s'agit de déterminer si l'accord sur les marges brutes remplit les conditions de l'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> LCart. Une convention explicite prévoyant des marges brutes identiques pour les détaillants n'existe plus depuis la suppression de l'article 7 SUMO (cf. ch. 8). Reste alors à examiner si l'on se trouve en présence d'une convention tacite ou, du moins, d'une action concertée des détaillants (cf. STOFFEL, Les ententes restrictives à la concurrence, in: SZW édition spéciale 1996, p. 10). Dans tous les cas, l'article 4 alinéa 1 LCart exige une action consciente et voulue (ATF 124 III 495 c. 2a; DPC 1997/4, "Auto Assistance Schweiz", p. 471, ch. 13), c'est-à-dire un certain degré d'échanges réciproques (cf.

l'arrêt du TPI de l'Union Européenne du 15 mars 2000 "Cement cartel", ch. 1848 s.). Tel est bien le cas dès lors que:

a) L'accord sur les marges brutes constitue une pratique concertée, à tout le moins une convention tacite entre les détaillants, lesquels acceptent avec conscience et volonté de respecter les marges brutes de 45%-50% (TVA de 7,6% comprise) conseillées par leurs fournisseurs, et ce malgré la suppression de l'ancien article 7 SUMO (cf. ch. 8). Ainsi, 81% des fournisseurs déclarent que, pour l'année 2000, les marges brutes conseillées à leurs détaillants sont comprises entre 45% et 50%, et ce quels que soient le modèle ou la marque de montre. De fait, ces marges sont effectivement appliquées par les détaillants, et ce grâce au respect des prix indicatifs conseillés par leurs fournisseurs, tel que le prévoit l'article 7 SUMRA.

b) Les marges brutes sont respectées par des entreprises occupant des échelons du marché identiques. En effet, les détaillants signataires de la SUMRA offrent des assortiments de montres d'une valeur horlogère supérieure à CHF 80.--.

c) L'application par les détaillants de marges brutes identiques de 45%-50% (TVA de 7,6% comprise) pour la vente de toutes les montres, quels que soient le modèle ou la marque entraîne une restriction à la concurrence sur les prix qu'ils devraient se livrer. En effet, le détaillant ne peut pas utiliser le prix de la montre comme paramètre concurrentiel, dès lors que sa marge brute est identique à celle de tous les autres détaillants (DPC 1999/3, "Sammelrevers", p. 452; DPC 2000/3, "Sanphar", p. 346 ss.). Force est d'ailleurs de constater que l'ancien SUMO prévoyait déjà une marge brute minimum de 45% pour les détaillants, accord qui n'a fait que perdurer après l'entrée en vigueur de la nouvelle SUMRA. Ceci est en outre corroboré par les résultats de l'enquête dont il ressort que 75,4% des détaillants interrogés ont déclaré que l'introduction de la SUMRA n'avait eu aucune influence sur leur politique de prix.

24. En conclusion, l'accord sur les marges brutes est un accord - que l'on peut qualifier aussi bien de convention tacite que d'action concertée - en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1<sup>er</sup> LCart.

Quant à l'accord sur le prix de vente des montres, celui-ci figure expressément dans la SUMRA (art. 7). Cependant, il sied de préciser que cet accord ne nous intéresse pas en tant que tel au niveau de l'analyse selon l'article 5 LCart, dans la mesure où il a pour seul but de permettre aux détaillants de respecter l'accord sur les marges brutes. Il constitue néanmoins l'outil nécessaire pour faire fonctionner l'accord sur les marges brutes (accord sur la fixation de prix indirect) puisqu'il permet un certain degré d'échanges réciproques tel que décrit plus haut (cf. ch. 21 et la décision de la Commission de recours REKO/WEF du 21 mai 2001 dans l'affaire "Sammelrevers", ch. 5.1.3, p. 25).

---

### **B.1.3 Prescriptions réservées**

25. Dans le marché concerné, il n'existe aucune prescription légale qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

## **B.2 Appréciation juridique**

26. Avant d'examiner le caractère illicite des accords en question (cf. B.2.2), il est nécessaire de délimiter le marché de référence (DPC 2000/4, "Strassenbeläge", p. 610, ch. 103).

### **B.2.1 Marché de référence**

#### **a) *Marché des produits***

27. Le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (DPC 2000/2, "Afec", p. 174).

28. a) En l'espèce, les partenaires de l'échange sont les consommateurs. Selon les professionnels de la branche, l'industrie horlogère est segmentée habituellement en quatre niveaux: le bas de gamme, montres dont le prix "public" ne dépasse pas CHF 200.--, milieu de gamme, montres coûtant entre CHF 200.-- et CHF 700.--, milieu à haut de gamme, montres coûtant entre CHF 700.-- et CHF 2000.--, haut de gamme, montres d'un montant supérieur à CHF 2000.-- ("Willkommen in der Uhrenindustrie", Convention patronale, novembre 1995). Cette segmentation a été établie sur la base de constatations objectives relatives à la demande des consommateurs.

b) Aussi, peut-on déduire de ce qui précède que, pour le consommateur, le marché des produits est celui des montres, lequel peut être segmenté en quatre niveaux. En effet, il est évident qu'aux yeux du consommateur, toutes les montres ne sont pas substituables entre elles: une montre haut de gamme, d'une grande marque, réalisée en métal précieux avec un mouvement mécanique perfectionné n'est pas substituable avec une montre à quartz en métal quelconque.

c) S'agissant du segment bas de gamme, on constate cependant qu'une concurrence importante existe. Ce segment ne paraît dès lors pas problématique aux yeux de la LCart. En outre, la SUMRA elle-même ne vise pas le marché des montres bas de gamme, dans la mesure où elle s'applique aux montres dont le prix public dépasse CHF 200.-- (prix de vente aux détaillants supérieur à CHF 80.--/art. 2 al.1<sup>er</sup> SUMRA) (concernant la prise en compte de l'accord en question pour délimiter le marché des produits cf. BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, No 334 ss.; STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: VON BÜREN/DAVID (éd.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, tome V/2, p. 94 ss.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 1999, No 275).

---

29. Par conséquent, le marché des produits correspond aux trois segments suivants: 1/milieu de gamme; 2/milieu à haut de gamme et 3/haut de gamme. Cependant, une délimitation définitive du marché en différents segments n'est pas nécessaire pour les besoins de la présente enquête, dans la mesure où l'accord s'applique et déploie ses effets de la même manière pour les trois segments de l'industrie horlogère précités (DPC 2000/3, "Sanphar", p. 356).

30. Compte tenu de ce qui précède, l'analyse portera sur le marché comprenant toutes les montres sises entre le milieu de gamme et le haut de gamme.

### **b) Marché géographique**

31. a) Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits (DPC 2000/2, "Afec", p.175). Un des éléments décisif pour la délimitation du marché géographique dans le domaine des accords selon l'article 4 alinéa 1 LCart est le champ d'application prévu par l'accord lui-même (BORER, op. cit., No 334 ss.; STOFFEL, op. cit., p. 94 ss.; ZÄCH, op. cit., No 275; cf. également EMMERICH, Kartellrecht, 7ème édition, Munich 1994, p. 240).

b) Selon son article 1<sup>er</sup> alinéa 2, la SUMRA s'applique au territoire de la Suisse. Une délimitation plus large, dépassant les limites du territoire suisse, ou une délimitation plus étroite, peuvent être écartées.

c) Le marché de référence est dès lors limité au territoire de la Suisse.

### **B.2.2 Suppression de la concurrence efficace**

32. a) En vertu de l'article 5 alinéa 1er LCart, les accords qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace sont illicites. Les accords entre entreprises concurrentes qui fixent directement ou indirectement les prix sont présumés entraîner la suppression de la concurrence efficace (art. 5 al. 3 let. a LCart).

b) En l'espèce, des marges brutes sont fixées par le biais de l'article 7 SUMRA pour les détaillants. Ces marges, qui oscillent entre 45% et 50% (cf. ch. 32 a), sont calculées par rapport aux prix de vente au consommateur final. Ces marges brutes sont suffisamment précises pour remplir les conditions que l'article 5 alinéa 3 lettre a LCart pose à un accord indirect sur les prix (cf. décision de la Commission de recours REKO/WEF, DPC 1999/3, p. 515, ch. 3.1; STOFFEL, op. cit., p. 121).

c) La marge étant un élément dans la fixation du prix, il s'agit donc d'un accord entre entreprises concurrentes pour lesquelles l'article 5 alinéa 3 LCart présume qu'il supprime la concurrence efficace (cf. le Message concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence du 23 novembre 1994, p. 91; ci-après: le Message;

DPC 2000/3, "Sanphar", p. 357 ss.; PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, op. cit., No 1043).

33. La présomption de suppression de la concurrence efficace peut être renversée si la concurrence interne ou externe subsiste malgré l'accord (DPC 2000/2, "Afec", p. 175). Lors de l'analyse de la concurrence externe, il convient de distinguer la concurrence externe actuelle (a) et la concurrence externe potentielle (b) (DPC 2000/3, "Sanphar", p. 358, ch. 92). A cette fin, l'on tient compte des concurrents sur le marché et quels rapports de force il existe entre eux, grâce à leur part de marché, à la répartition et au développement de celle-ci (DPC 2001/1, "Kaladent SA", p. 92, ch. 33).

a) La concurrence externe actuelle est représentée en priorité par les détaillants non signataires de la SUMRA: or, et selon l'enquête menée, il n'y a pas de détaillants non signataires de la SUMRA sur le marché en question. Plus des trois quarts des détaillants interrogés ont d'ailleurs déclaré ne pas connaître de détaillants non signataires de la SUMRA.

Les seuls détaillants non signataires de la SUMRA repérés durant l'enquête sont premièrement des horlogeries qui offrent des assortiments appartenant à un segment du marché (bas de gamme) différent de ceux faisant partie du marché de référence, et, deuxièmement, les détaillants sis dans les cantons de Vaud, Neuchâtel et Tessin, lesquels respectent de fait la SUMRA (cf. ch. 5). Dans son courrier du 6 janvier 1999, le représentant de la SUMRA affirme d'ailleurs que la part de marché des détaillants signataires est estimée à 70%-75%. Compte tenu d'une part de la somme des parts de marché des détaillants signataires de la SUMRA, et, d'autre part, du fait que la fixation de marges brutes et le respect des prix indicatifs conseillés (absence de concurrence interne, cf. chiffre 33) exercent une influence sur les prix, on peut sans autre admettre une absence de concurrence externe suffisante (cf. décision de la Commission de recours REKO/WEF, DPC 1999/3, p. 515, ch. 3.1; ZÄCH, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, Zurich 1996, p. 257).

b) S'agissant de la concurrence externe potentielle, elle est inexistante au niveau des détaillants. En effet, un nouveau détaillant souhaitant offrir des montres de marques dont les fournisseurs sont signataires de la SUMRA se verra contraint d'y adhérer pour pouvoir être livré (art. 4 SUMRA). Or, sachant que les fournisseurs de marques les plus importantes sont signataires de la SUMRA, on peut en déduire que les détaillants voulant entrer sur le marché n'ont pas d'autre choix que celui d'adhérer à la SUMRA, s'ils veulent offrir à leur clientèle un assortiment des montres les plus vendues (cf. Commission de recours REKO/WEF du 21 mai 2001 dans l'affaire "Sammelrevers", ch. 5.1.4, p. 26).

---

D'ailleurs, un tiers des détaillants interrogés affirment avoir signé la SUMRA pour pouvoir être livrés ou parce qu'ils y ont été "obligés". En outre, 44% d'entre eux affirment qu'un non-respect de la SUMRA aurait des conséquences fatales ou graves sur leur activité commerciale.

c) Il s'ensuit qu'il n'existe pas de concurrence externe actuelle ou potentielle à même de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace.

34. Reste à examiner si la présomption d'illicéité de l'article 5 alinéa 3 LCart peut être renversée par une concurrence interne suffisamment forte (DPC 2000/2, "Afec", p. 176; DPC 2000/3, "Sanphar", p. 360). Il s'agit dès lors d'examiner si une concurrence efficace subsiste à l'intérieur du cercle des détaillants affiliés à la SUMRA.

A cette fin, il ne suffit pas d'admettre la simple existence d'un accord sur les prix (cf. ch. 21) pour conclure à une absence de concurrence interne (cf. décision de la Commission de recours REKO/WEF, DPC 1999/3, "Clima-Suisse", p. 517, ch. 4.2; STOFFEL, op.cit., p. 116). La présomption est renversée s'il est démontré que l'accord n'est pas effectivement suivi.

a) A ce titre, les informations recueillies sont significatives: 81% des détaillants SUMRA interrogés respectent les prix indicatifs conseillés par leurs fournisseurs et 13% les respectent en partie. D'une manière générale, les prix conseillés sont affichés tels quels dans les vitrines des horlogers. En outre, les détaillants appliquent une marge brute identique de 45%-50% (TVA de 7,6% comprise) sur la vente de toutes les montres, peu importe le modèle ou la marque.

b) Une concurrence pourrait cependant s'exercer au sein des différents détaillants par le biais de l'octroi de rabais. Cependant, 79% des détaillants interrogés n'accordent que rarement ou jamais des rabais. Par ailleurs, pour 81% d'entre eux, ces rabais ne dépassent pas 10% du prix public. Il ne saurait donc être question de véritable concurrence interne entre les détaillants.

c) Enfin, il convient de rappeler que 75% des détaillants interrogés affirment que leur politique de prix n'a pas changé depuis l'entrée en vigueur de la SUMRA (cf. ch. 21), qui, par opposition au SUMO, aurait dû permettre aux détaillants de pratiquer une politique de prix plus libre que celle régie par l'ancien ordre de marché.

35. Quant au renversement qualitatif de la présomption d'illicéité d'un tel accord sur les prix, la Comco a toujours refusé d'admettre que la suppression du prix comme paramètre concurrentiel central puisse être pallié par un intérêt général des consommateurs à l'obtention d'une certaine qualité du produit (DPC 1998/3, "Service- und Reparaturleistungen ...", p. 390, ch. 51) ou de services/conseils (DPC 1999/3, "Sammelrevers", p. 460, ch. 84), avis d'ailleurs partagé par la Commission de recours REKO/WEF (décision du 21 mai 2001 dans l'affaire

"Sammelrevers", ch. 5.4.2, p. 28 ss.). Il en va de même pour le Conseil fédéral invité à trancher cette question sur la base de l'article 8 LCart (DPC 1998/3, "Musikalienhändler und -vertreter", p. 484, ch. 9).

En conclusion, il ne subsiste ni de concurrence interne, ni de concurrence externe sur le paramètre du prix, ni sur d'autres paramètres concurrentiels capables de renverser la présomption de suppression de la concurrence efficace. La présomption de l'article 5 alinéa 3 LCart n'étant dès lors pas renversée, l'accord est illicite. Un examen des éventuels motifs d'efficacité économique n'a pas à être effectué dans la mesure où l'accord est présumé supprimer toute concurrence (cf. le Message, p. 86 ss.).

### **B.2.3 Résultat**

36. Le résultat de l'enquête démontre que l'application par les détaillants signataires de la SUMRA d'une marge brute identique de 45%-50% (TVA de 7,6% comprise) sur la vente de toutes les montres, quels que soient le modèle ou la marque, constitue un accord qui supprime la concurrence efficace sur le marché de référence. Partant, il est illicite.

37. De plus, l'accord sur les prix indicatifs conseillés par les fournisseurs (art. 7 SUMRA) lequel est, de fait, respecté par les détaillants, permet l'application par les détaillants de marges brutes identiques. Il contribue ainsi à la suppression de la concurrence efficace sur le marché de référence. Partant, l'article 7 SUMRA est illicite.

38. L'accord amiable que les parties ont signé est en mesure de supprimer l'état de fait incriminé. Par ailleurs, la communication des prix recommandés aux détaillants est conforme à la loi sur les cartels aussi longtemps qu'elle est faite par chaque fournisseur individuellement.

### **C. Frais**

39. Conformément à l'article 2 de l'ordonnance sur la perception d'émoluments dans la loi sur les cartels du 25 février 1998 (Ordonnance sur les émoluments LCart; RS 251.2), est notamment tenu de s'acquitter d'un émolument celui qui occasionne une procédure administrative. Dans le cas présent, il s'agit des destinataires de la décision, à savoir les signataires de la SUMRA (cf. ch. 2).

40. En vertu de l'article 4 alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'ordonnance sur les émoluments LCart, l'émolument se calcule en fonction du temps consacré à l'affaire. Il s'élève à CHF 130.-- l'heure. Il peut être réduit ou augmenté au maximum de moitié en fonction de l'importance économique de l'objet en question (art. 4 al. 3 de l'Ordonnance sur les émoluments LCart).

41. La Commission de la concurrence ne voit, en l'espèce, aucun motif permettant de diminuer ou d'augmenter les émoluments. Par consé-

---

quent, pour les heures consacrées à la présente procédure, le montant de CHF 130.-- par heure est applicable. Les émoluments se montent dès lors à CHF [...] ([...] heures x CHF 130.--). A ce montant s'ajoute une majoration forfaitaire pour les frais de port, fax, copies et téléphones de 1,5%, soit CHF [...], ce qui porte les frais à un montant total de CHF [...].

42. Le total des frais de procédure est mis, à parts égales, à la charge des destinataires de la décision qui en sont solidairement responsables.

#### **D. Dispositif**

La Commission de la concurrence, se fondant sur l'état de fait et les considérants qui précèdent :

1. Constate que l'application par les détaillants signataires de la Convention cadre pour le marché horloger suisse, dite SUMRA, de marges brutes identiques de 45%-50% (TVA de 7,6% comprise) sur la vente de toutes les montres, tel que prévu par l'article 7 SUMO abrogé, supprime la concurrence efficace, et, partant, est illicite. L'application de marges brutes identiques, que ce soit de manière explicite, tacite ou par des pratiques concertées, est interdite.

2. Approuve l'accord amiable passé avec l'Association des Fournisseurs d'Horlogerie Marché Suisse (AMS), l'Association suisse des maisons spécialisées en horlogerie et bijouterie (ASHB) et le représentant de la convention cadre pour le marché horloger suisse (SUMRA). L'accord amiable, lequel fait partie intégrante de la présente décision, prévoit que les parties susmentionnées s'engagent à:

*"supprimer l'article 7 SUMRA avec effet immédiat.*

*?? L'ASHB s'engage à communiquer à ses membres et aux détaillants non-membres signataires de la SUMRA, de la manière qu'elle jugera opportune, ce qui suit:*

*?? l'article 7 SUMRA est supprimé avec effet immédiat.*

*?? l'application de marges brutes identiques, que ce soit par accord explicite ou tacite ou par des pratiques concertées, est interdite.*

*?? les prix tels qu'ils sont communiqués aux détaillants par les fournisseurs ne constituent pas des prix obligatoires, mais uniquement des prix recommandés et chaque détaillant est libre de fixer le prix de vente de chaque montre.*

*?? L'AMS s'engage à communiquer à ses membres et aux fournisseurs non-membres signataires de la SUMRA, de la manière qu'elle jugera opportune, ce qui suit :*

*?? l'article 7 SUMRA est supprimé avec effet immédiat.*

---

- ?? *les fournisseurs signataires de la SUMRA sont libres de communiquer, ou non, à leurs détaillants signataires de la SUMRA leurs prix indicatifs.*
- ?? *les prix tels qu'ils sont communiqués aux détaillants par les fournisseurs signataires de la SUMRA ne constituent pas des prix obligatoires mais uniquement des prix recommandés et chaque détaillant est libre de fixer le prix de vente de chaque montre."*

3. L'inobservation de la présente décision sera punie des sanctions prévues aux articles 50 et 54 LCart.

4. [Frais de procédure]

5. [Voies de recours]

6. [Notification]

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese</b>
B 2.3	<b>1. DG Bank und GZ-Bank AG</b>

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

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

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

Am 12. Juli 2001 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eine Meldung über das Zusammenschlussvorhaben zwischen der DG BANK Deutsche Genossenschaftsbank AG, Frankfurt a.M. (im Folgenden: DG Bank), und der GZ-Bank AG, Frankfurt/Stuttgart, Frankfurt a.M. (nachstehend: GZ-Bank), ein.

### **Zuständigkeit**

Die Bankenkommission wurde mit Schreiben vom 3. Juli 2001 über den geplanten Zusammenschluss informiert. Sie hat am 18. Juli 2001 erklärt, auf eine Übernahme des Falles im Sinne von Artikel 10 Absatz 3 KG zu verzichten. Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ist damit gegeben.

### **Die beteiligten Banken**

Die beteiligten Banken sind beide in zahlreichen Bereichen des Bankgeschäfts (namentlich in den Bereichen Asset Management, Kreditgeschäft, Zahlungsverkehr, Kapitalbeteiligungsgeschäft, Emissionsgeschäft und Wertpapiergeschäft) tätig. *In der Schweiz* ist die DG Bank

durch die von ihrer 100%igen Tochtergesellschaft DG International Beteiligungsgesellschaft mbH kontrollierte DG Bank (Schweiz) AG, Zürich, vertreten, die am 2. Mai 2001 zur cosba private banking AG umfirmiert wurde. Diese ist nur in den Bereichen des Private Banking tätig. Die GZ-Bank ist in der Schweiz durch ihre Tochtergesellschaft GZ-Bank (Schweiz) AG, Zürich, vertreten. Diese betreibt ebenfalls das Private Banking. Zudem ist sie 100%ige Inhaberin der im Bereich der Vermögensverwaltung tätigen Triaxis Trust AG, Zürich.

### **Das Zusammenschlussvorhaben**

Die beiden Banken beabsichtigen, sich mittels Verschmelzungsvertrag zusammenzuschliessen, indem die GZ-Bank ihr ganzes Vermögen mit allen Rechten und Pflichten unter Auflösung auf die DG Bank überträgt und ihre Aktien in solche der DG Bank umgetauscht werden. Als Verschmelzungstichtag wurde der 1. Januar 2001 festgelegt. Mit Wirksamwerden der Verschmelzung soll die DG Bank ihre Firma in DZ BANK AG Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank, Frankfurt a.M., ändern.

Die beteiligten Unternehmen bezwecken mit diesem Zusammenschluss, sich durch Kostensynergien und durch Verbesserung ihrer Leistungspalette und Servicequalität dem intensiveren Wettbewerbsdruck und den gestiegenen Ansprüchen der Kunden besser stellen zu können.

Mit dem beabsichtigten Zusammenschluss ist der Tatbestand von Artikel 4 Absatz 3 KG erfüllt.

### **Meldepflicht**

Die Bilanzsumme des DG Bank-Konzerns per 31. Dezember 2000 betrug rund CHF 405 Mrd., diejenige des GZ-Bank-Konzerns CHF 116 Mrd. Dies ergibt einen Gesamtbetrag von CHF 521 Mrd. Der nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a in Verbindung mit Absatz 3 KG massgebliche Wert beträgt hievon 10%, somit rund CHF 52 Mrd., womit der Schwellenwert von CHF 2 Mrd. überschritten ist.

Auch die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b in Verbindung mit Artikel 3 KG sind überschritten, da der auf die Schweiz entfallende Bilanzsummenanteil für beide Banken CHF 100 Mio. übersteigt. Der geplante Zusammenschluss ist somit in der Schweiz meldepflichtig.

### **Die Stellung der beteiligten Unternehmen auf den betroffenen Märkten**

Der sachlich relevante Markt bezüglich der von den beteiligten Unternehmen respektive deren Tochtergesellschaften in der Schweiz erbrachten Finanzdienstleistungen im Rahmen des Private Banking (Vermögensverwaltung und Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie die damit verbundenen Dienstleistungen) ist nach ständiger Praxis der

---

Wettbewerbskommission räumlich zumindest gesamtschweizerisch abzugrenzen (vgl. Dai-Ichi Kangyo Ltd., Tokyo, Fuji Bank Ltd., Tokyo, und The Industrial Bank of Japan Ltd., Tokyo, RPW 2000/3, S. 455, mit weiteren Hinweisen).

Nach dem Vorabdruck der Publikation "Die Banken in der Schweiz im Jahre 2000" der Schweizerischen Nationalbank (SNB) verwalteten die inländischen Bankstellen per Ende des Jahres 2000 in den Kundendepots Wertschriften im Wert von CHF 3'716 Mrd. Die DG Bank (Schweiz) AG (heute: cosba private banking AG) verwaltete im Jahre 2000 in der Schweiz für ihre Kunden Wertpapiere im Betrag von CHF [...], die GZ-Bank (Schweiz) AG und die Triaxis Trust AG solche in Höhe von gesamthaft CHF [...]. Gemessen am erwähnten Gesamtbetrag der in der Schweiz verwalteten Kundenvermögen von CHF 3'716 Mrd. ergibt dies einen gemeinsamen Anteil von rund [...] %.

Bezüglich der von den Banken erbrachten Treuhandgeschäften (Kundenvermögen, welche die Banken in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Kunden verwalten) ist dem erwähnten Vorabdruck der SNB-Publikation zu entnehmen, dass die gesamten Treuhandanlagen Ende 2000 CHF 411,6 Mrd. betragen. Demgegenüber verwalteten die DG Bank (Schweiz) AG (heute: cosba private banking AG) Treuhandvermögen in Höhe von CHF [...] und die GZ-Bank (Schweiz) AG und die Triaxis Trust AG von gesamthaft CHF [...]. Dies ergibt einen gemeinsamen Marktanteil von etwa [...] %.

### **Ergebnis**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der geplante Zusammenschluss weder in den sachlich relevanten Märkten zu Marktanteilsadditionen bis zu 20% oder mehr führt noch die Schwelle von 30% Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen allein erreicht wird. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 Absatz 1 KG sind daher nicht gegeben.

---

B 2.3	<b>2. Allianz AG und Dresdner Bank AG</b>
-------	---

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

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

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

## **I. ZUSAMMENSCHLUSSVORHABEN**

1. Am 25. Juni 2001 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über das eingangs erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein, welche am 2. Juli 2001 für vollständig erklärt wurde.

### **1.1 Die beteiligten Unternehmen**

2. Die Allianz AG (nachstehend Allianz) beabsichtigt, mittels eines Übernahmeangebots ihrer Tochtergesellschaft Allianz Finanzbeteiligungs GmbH an die Aktionäre der Dresdner Bank AG (nachstehend Dresdner Bank) die Kontrolle über Letztere zu erlangen. Nebst dem Barzahlungsangebot der Allianz Finanzbeteiligungs GmbH unterbreitete das Special Purpose Vehicle "DAD Transaktionsgesellschaft GmbH" den Aktionären der Dresdner Bank das Angebot, diesen im Gegenzug zur teilweisen Abtretung ihres Barzahlungsanspruchs Allianz-Aktien zu übertragen. Das Zusammenschlussvorhaben bezweckt eine Stärkung der Allianz in den Bereichen Vorsorge, Vermögensaufbau und -verwaltung, namentlich infolge der Möglichkeit, den Kunden ein umfassendes Produkt- und Leistungsangebot offerieren zu können.

3. Die Allianz ist die Obergesellschaft einer international tätigen Versicherungs- und Asset Management-Gruppe mit Sitz in München. Die Allianz ist mit zirka 850 Tochter- und Beteiligungsgesellschaften in über 70 Ländern vertreten und beschäftigte per 31. Dezember 2000 weltweit 119'683 Mitarbeiter. Sie ist einer der grössten Finanzdienstleister der Welt und mit rund 265'000 Aktionären eine der grossen europäischen Publikumsgesellschaften. Der Tätigkeitsschwerpunkt der Allianz im Bereich Schadens- und Unfallversicherung sowie Lebens- und Krankenversicherung liegt in Europa, wo im Jahr 2000 79,4% der gesamten Betragseinnahmen erzielt wurden.

4. In der Schweiz gehört die Allianz zu den fünf grössten Anbietern von Versicherungsprodukten. Sie ist namentlich durch die künftig in der "Allianz Suisse" zusammengefassten Gesellschaften (die Allianz Versicherung (Schweiz) AG, die Allianz Lebensversicherung (Schweiz) AG, die Berner Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft, die Berner Lebensversicherungs-Gesellschaft, die Elvia Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft, die Elvia Lebensversicherungs-Gesellschaft), die

Elvia Reiseversicherungs-Gesellschaft, die Phénix und die CAP Compagnie d'Assurance de Protection Juridique S.A. vertreten. Im Bereich Lebensversicherung betragen die Bruttoprämieneinnahmen der Allianz-Gruppe in der Schweiz für das Jahr 1999 zirka CHF 1'791 Mio. Im Verhältnis zu den gesamten Bruttoprämieneinnahmen auf diesem Markt von zirka CHF 31'973 Mio. ist sie somit mit einem Marktanteil von zirka 5,6% vertreten. Im Bereich Schadensversicherung betragen die Bruttoprämieneinnahmen der Allianz-Gruppe in der Schweiz für das Jahr 1999 zirka CHF 2'578 Mio. Im Verhältnis zu den gesamten Bruttoprämieneinnahmen auf diesem Markt von zirka CHF 17'674 Mio. ist sie somit mit einem Marktanteil von zirka 14,5% vertreten.

5. Die Dresdner Bank ist eine der führenden deutschen Universalbanken mit Sitz in Frankfurt a.M. Das Geschäft der Dresdner Bank ist in sechs Unternehmensbereiche aufgeteilt: Private Kunden, Asset Management, Firmenkundengeschäft, Investment Banking, Immobilien- und Transaction Banking. In der Schweiz ist die Dresdner Bank vor allem im Private Banking und beschränkt im Investment Banking tätig. Der auf die Schweiz entfallende Anteil der Bilanzsumme der Dresdner Bank betrug per Ende 1999 CHF [...]. Im Verhältnis zur Gesamtzahl der Bilanzsummen der in der Schweiz tätigen Banken von CHF 2'243'849 Mio. hält sie somit einen Anteil von [...].

## **1.2 Kontrollerwerb**

6. Die Allianz plant mit dem Zusammenschlussvorhaben, die Kontrolle über die Dresdner Bank zu erwerben. Der Aufsichtsrat der Dresdner Bank hat deren Aktionären die Annahme des öffentlichen Angebots empfohlen. Mit der Erlangung der für die Kontrollausübung nötigen Beteiligung liegt ein Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG vor.

## **1.3 Zuständigkeit der Bankenkommission**

7. Die Bankenkommission ist mit Schreiben vom 25. Juni 2001 über den geplanten Zusammenschluss informiert worden. Sie hat sich nicht vernehmen lassen. Die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission ist deshalb gegeben.

## **II. MELDEPFLICHT**

8. Die Bruttoprämieneinnahmen der Allianz betragen im Geschäftsjahr 2000 EUR [...], das heisst umgerechnet zirka CHF [...]. Die Bruttoprämieneinnahmen in der Schweiz betragen EUR [...], das heisst umgerechnet zirka CHF [...].

9. Die Bilanzsumme der Dresdner Bank im Geschäftsjahr 2000 betrug EUR [...], das heisst umgerechnet zirka CHF [...]. Der auf die Schweiz entfallende Anteil beträgt CHF [...].

10. Damit ergeben sich bezogen auf die Schweiz folgende relevante Umsätze für das Jahr 2000 (in Mio. CHF): [...].

---

	<b>Brutto- prämien</b>	<b>Bilanz- summe</b>	<b>10% der Bilanzsumme</b>
<b>Allianz weltweit</b>			
<b>Dresdner Bank weltweit</b>			
<b>Allianz Schweiz</b>			
<b>Dresdner Bank Schweiz</b>			

11. Die Aufgreifschwelle von Artikel 9 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 KG werden überschritten. Gemeinsam erreichen die Allianz und die Dresdner Bank in der Schweiz einen Wert von über CHF 2 Mia. (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG). Einzeln überschreiten die beteiligten Unternehmen den Wert von CHF 100 Mio. (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Die Meldepflicht ist somit gegeben.

### III. BEURTEILUNG

#### 3.1 Der sachlich relevante Markt

12. 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; SR 251.4).

13. Bezüglich des **Bankgeschäfts** sind gestützt auf die bisherige Praxis (RPW 1997/4, 526 f., Rz. 13) für den vorliegenden Fall folgende sachlich relevanten Märkte zu unterscheiden: Private Banking (Kundenvermögen); Private Banking (Treuhandanlagen) (RPW 2001/1, S. 119); Firmenkredite unter 2 Mio.; Firmenkredite über 2 Mio.; Depotgeschäft; Emissionsgeschäft; Asset Management; Hypothekengeschäft und Handels- und Projektfinanzierungen (vgl. auch GUGLER PHILIPPE, NYDEGGER THOMAS: OECD Mini-Roundtable on Mergers in Financial Services - Contribution of Switzerland, in RPW 2000/3, S. 505).

14. Nach der bisherigen Praxis wurden hinsichtlich der **Versicherungstätigkeit** in Anlehnung an die Statistik des Bundesamtes für Privatversicherungswesen die folgenden sachlich relevanten Märkte ausgedehnt (RPW 1997/4, 527, Rz. 14): Einzel- und Kollektiv-Lebensversicherung, anteilsgebundene Lebensversicherung, Unfall-, Kranken-, Haftpflicht-, Motorfahrzeug-, Transport-, Feuer-, Elementar- und übrige Sachversicherung, Kredit- und Kautionsversicherung. Ob diese Art der Marktabgrenzung im Rahmen der Fusionskontrolle geeignet ist, erscheint fraglich. So sind etwa nach der Statistik des Bundesamtes für Privatversicherungswesen die Feuer-, Elementar- und

Sachversicherungen oder die Luftfahrt- und die allgemeine Transportversicherung in derselben Kategorie zusammengefasst; die Kategorie "übrige Geschäfte" umfasst diverse Versicherungsarten (u.a. Reiseversicherung und Rechtsschutz).

15. Diese Art und Weise der Kategorisierung folgt nicht wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten. Naheliegender wäre es, die Märkte für Versicherungsprodukte nach dem Prinzip der Substituierbarkeit der jeweiligen Produkte aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). In diesem Zusammenhang sei hingewiesen auf den Entscheid der EG-Kommission in Sachen CS/Winterthur, in dem festgehalten wurde, dass für Versicherungsleistungen so viele unterschiedliche Produktmärkte angenommen werden können, wie es versicherbare Risiken gibt, weil die einzelnen Versicherungen nur schwer gegenseitig austauschbar sind (Fall Nr. IV/M.985, Wirtschaft und Wettbewerb 2/1998, S. 187; siehe auch Fall Nr. IV/M.1082 Allianz/AGF, Entscheid vom 8. Mai 1998). Wenngleich es nicht sinnvoll erscheint, für jede denkbare Versicherungsart einen separaten Markt zu definieren, so geht daraus dennoch hervor, dass sich die Abgrenzung einiger zusätzlicher Märkte (wie z.B. ein Markt für Reiseversicherungen oder für Rechtsschutzversicherungen) aufdrängen könnte. Für den vorliegenden Fall wird jedoch an der bisherigen Praxis festgehalten, weil eine differenzierte Marktabgrenzung hier nicht zu einem anderen Ergebnis führen würde. Hingegen ist davon auszugehen, dass diese Art der Marktabgrenzung in künftigen Fällen möglicherweise nicht aufrechterhalten werden wird.

16. Bereits im Entscheid CS/Winterthur befasste sich die Wettbewerbskommission mit dem Begriff "**Allfinanz**" (RPW 1997/4, S. 525 f.). Dabei wurde die Existenz eines Allfinanzmarktes mit der Begründung verneint, der Nachfrager könne Versicherungs- beziehungsweise Bankdienstleistungen immer noch separat beziehen. Infolgedessen wurde auch in diesem Bereich an der Umschreibung separater Produktmärkte für Bank- und Versicherungsdienstleistungen festgehalten (RPW 1997/4, S. 526, Rz. 12).

17. Daran kann festgehalten werden, soweit es um das so genannte "cross-selling" geht, das heisst das Angebot von sowohl Bank- als auch Versicherungsleistungen durch ein und dasselbe Unternehmen. Beim "cross-selling" werden zwar die Vertriebskanäle jeweils für beide Arten von Dienstleistungen genutzt; die angebotenen Produkte können aber nach wie vor entweder dem Bank- oder dem Versicherungsbereich zugeordnet werden.

18. Anders ist das Angebot von Produkten zu beurteilen, welche Elemente des Versicherungs- und des Bankgeschäfts beinhalten. Dies gilt zum Beispiel für die private Vorsorge (v.a. fondsgebundene Lebensversicherungen und die damit möglicherweise substituierbaren Bankprodukte), das Asset Management (d.h. die Vermögensverwaltung für Un-

---

ternehmen und Pensionskassen) und das Risikomanagement für Unternehmen (vor allem für international tätige Grossunternehmen). Innerhalb des so verstandenen Bereichs "Allfinanz" könnten nach der jetzigen Situation Märkte für einzelne Dienstleistungsprodukte definiert werden.

19. Die Allianz führt mit Ausnahme der Vergabe von Hypothekarkrediten (durch die Deggo AG, Volketswil) keine traditionellen Bankgeschäfte aus. Die Dresdner Bank ist im traditionellen Bankgeschäft tätig; sie erbringt aber im Bereich der Hypothekarkredite Dienstleistungen nur an ihre Mitarbeiter. Im Versicherungsmarkt ist sie nicht tätig.

20. Mithin kommt es im Markt der Hypothekarkredite zu einer Marktanteilsaddition, allerdings in vernachlässigbar geringem Umfang. Im Bereich der "traditionellen" Bank- und Versicherungsprodukten kommt es zu keinen weiteren Marktanteilsadditionen. Auf den Märkten für Bankprodukte hat die Dresdner Bank in der Schweiz eine marginale Bedeutung. Obwohl die Allianz auf den Märkten für Versicherungsprodukte gesamthaft betrachtet den fünften Rang belegt, besteht hier doch ein ziemlich starker Wettbewerb; ihre Marktanteile erreichen mit 5% bis 20% die Schwelle von 30% gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU bei weitem nicht.

21. Die Allianz ist über verschiedene Gesellschaften mit Produkten der privaten Vorsorge tätig, welche dem Allfinanzbereich zugeordnet werden können. Ebenfalls ist sie (insb. durch die Allianz Asset Management in Zürich) im Bereich des Asset Management tätig; diese Produkte bietet sie in der Schweiz allerdings nur Konzerngesellschaften an. Die Allianz ist sodann im Bereich des Risk Management tätig (insbesondere durch die Allianz Risk Transfer, Zürich). Die Dresdner Bank erbringt ebenfalls Leistungen im Bereich der privaten Vorsorge, des Asset Management und des Risk Management. Obwohl es in diesem Bereich möglicherweise Marktanteilsadditionen gibt, wären diese so gering, dass hier darauf verzichtet werden kann, einen oder mehrere Märkte für Allfinanzleistungen zu definieren. Sowohl im Bereich des Asset Management als auch des Risk Management wären die entsprechenden räumlichen Märkte jedenfalls international abzugrenzen.

### **3.2 Der räumlich relevante Markt**

22. 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).

23. Die vorliegend relevanten Märkte sind teils national (vor allem im Versicherungsbereich), teils global (z.B. im Allfinanzbereich) abzugrenzen.

---

#### IV. ERGEBNIS

24. Da es nach dem Gesagten in den sachlich relevanten Märkten nicht zu relevanten Marktanteilsadditionen kommt und auch die Schwelle von 30% Marktanteil von keinem der beteiligten Unternehmen allein erreicht wird, liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

25. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	<b>3. Ringier Print Holding AG - Druckerei Winterthur dw AG/ColorServ AG</b>
-------	--

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

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

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

#### Zusammenschlussvorhaben

1. Am 2. August 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens Ringier Print Holding AG - Druckerei Winterthur dw AG/ColorServ AG eingegangen.

2. Die Ringier Print Holding AG (nachstehend "Ringier Print") beabsichtigt, 100% der Aktien der Druckerei Winterthur dw AG (nachstehend "Druckerei Winterthur") sowie 100% der Aktien der ColorServ AG (nachstehend "ColorServ") zu übernehmen. Durch die Übernahme soll die vollständige Auflösung der Druckerei Winterthur verhindert und ein Teil der Arbeitsplätze gesichert werden. Die Käuferin beabsichtigt, bis Ende 2003 den Standort Winterthur aufzugeben und rund einen Drittel der Mitarbeiter in die Ringier Print Zofingen AG zu übernehmen.

3. Die Erwerberin Ringier Print ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zofingen. Als Untergesellschaft der Ringier Holding AG hält sie drei Tochtergesellschaften, welche in verschiedenen Druckbereichen tätig sind (Ringier Print Adligenswil AG, Ringier Print Zofingen AG und Zürcher Druck und Verlag AG). Die drei Druckereien sind auch in der Druckvorstufe tätig.

4. Die Ringier Holding AG als Obergesellschaft der Ringier-Gruppe ist ein internationales Medienunternehmen. Die Hauptaktivitäten lie-

gen in den Bereichen Verlag und Druck von Zeitungen, Zeitschriften und Katalogen sowie privates Fernsehen.

5. Die zu übernehmenden Unternehmen Druckerei Winterthur und ColorServ sind beides Aktiengesellschaften mit Sitz in Winterthur. Die Druckerei Winterthur ist ausschliesslich im Bereich Offsetdruck tätig und stellt neben den Zeitschriften der Basler Mediengruppe Bilanz, Beobachter und ZüriNews auch Zeitschriften für in- und ausländische Drittkunden her. ColorServ ist nur in der Druckvorstufe aktiv.

### **Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

6. Ringier Print erwirbt 100% der Aktien der Druckerei Winterthur sowie der ColorServ. Dieser Erwerb ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten einen weltweiten Umsatz von CHF 1092,38 Mio. Diese Umsätze wurden fast ausschliesslich mit dem Verlag und Druck von Zeitungen und Zeitschriften erreicht. Somit kommen die niedrigeren Aufgreifschwelle für den Medienbereich zur Anwendung (Art. 9 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU)). Multipliziert man diese Umsätze mit dem Faktor 20, wird der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erreicht.

8. Die Ringier Holding AG erzielte in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 800 Mio. Die Druckerei Winterthur erzielte in der Schweiz einen Umsatz von CHF 66,68 Mio. und ColorServ von CHF 6,9 Mio. Nach Multiplikation der Umsätze von der Druckerei Winterthur und von ColorServ mit dem Faktor 20 werden die jeweiligen Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ebenfalls überschritten.

9. Demnach handelt es sich um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

### **Beurteilung**

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

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

12. Die beteiligten Unternehmen sind in den Bereichen Zeitungs- und Akzidenzdruck (Zeitschriften, Werbedrucksachen, Bücher etc.) sowie Druckvorstufe tätig.

13. Beim Zeitungs- und Akzidenzdruck handelt es sich um unterschiedliche drucktechnische Verfahren. Aus Sicht der Marktgegenseite,

---

der Druckaufträge erteilenden Unternehmen, sind diese Bereiche nicht substituierbar. Der Praxis der Wettbewerbskommission entsprechend wird von einem sachlich relevanten Markt für Akzidenz- und einem für Zeitungsdruck ausgegangen (vgl. dazu Société Neuchâteloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 138, Rz. 32 ff.; Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 424, Rz. 49).

14. Weiter kann von einem Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe als relevanten Markt ausgegangen werden. Dieser umfasst die Digitalisierung von Text- und Bildmaterial und deren Aufbereitung für die Herstellung von Druckplatten.

15. Im Markt für Akzidenzdruck spielt die Distanz zwischen Auftraggeber und Druckerei eine untergeordnete Rolle. Die Transportkosten für die gedruckten Produkte sind niedrig. Der Markt ist deshalb in räumlicher Hinsicht zumindest überregional, wenn nicht national abzugrenzen.

16. Mit den aktuellen technischen Mitteln ist es nicht notwendig, dass der Standort einer Druckerei mit demjenigen des Verlages übereinstimmt. Für Tageszeitungen ist es aber aus Zeitgründen notwendig, dass die Druckerei nicht zu weit vom Hauptverbreitungsgebiet der Zeitung entfernt liegt. Deshalb ist im Markt für Zeitungsdruck der räumliche Markt überregional abzugrenzen.

17. Im Markt für Dienstleistungen der Druckvorstufe ist es beim heutigen Stand der Technik ohne Zeitverlust möglich, aufzubereitende Text- und Bilddaten vom Kunden an den Vorstufendienstleister und von diesem zurück an den Kunden, auch über Grenzen hinweg, zu übermitteln. Im vorliegenden Fall wird der räumlich relevante Markt national abgegrenzt, da - wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird - sich selbst bei in räumlicher Hinsicht national abgegrenzten Märkten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken ergeben. Es könnte sich allenfalls auch um einen internationalen Markt handeln.

18. Auf dem Markt für Akzidenzdruck produziert die Ringier Print Zofingen AG alle Ringier-eigenen Zeitschriften (Schweizer Illustrierte, GlücksPost, Tele, L'Hebdo, L'illustré, TVtäglich etc.) sowie Zeitschriften, Kataloge, Beihefte und Kundenmagazine für nationale und internationale Kunden. Die zu Ringier Print gehörende Zürcher Druck und Verlag AG druckt Broschüren, Prospekte, Geschäftsberichte etc. mit kleineren Auflagen. Die zu übernehmende Druckerei Winterthur schliesslich stellt die Zeitschriften der Basler Mediengruppe (Bilanz, Beobachter und ZüriNews) sowie Zeitschriften für in- und ausländische Drittkunden her. Die Druckmaschinen der Druckerei Winterthur sind veraltet und sollen nicht mehr ersetzt werden. Die kumulierten Marktanteile gemessen an der installierten Kapazität betragen nach Angaben der beteiligten Unternehmen 13,7%. Im durch grosse Überkapazitäten gekennzeichneten Markt für Akzidenzdruck ist eine Vielzahl verschiede-

---

ner Unternehmen tätig. Die grössten unter ihnen sind die Farbendruck Weber, Biel, Zollikofer, St. Gallen, und die Aargauer Zeitung.

19. Auf dem Markt für Zeitungsdruck ist ebenfalls eine grössere Anzahl Unternehmen - in der Regel handelt es sich um die grossen Verlagshäuser - tätig. Die Marktanteile von Ringer Print im Zeitungsdruck liegen unter 20%. Es erübrigt sich, näher auf diesen Markt einzugehen, da mangels Aktivitäten der Winterthur Druck und ColorServ in diesem Bereich das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen führt.

20. Die drei Druckereien der Ringier Print und auch ColorServ sind in der Druckvorstufe tätig. Die beteiligten Unternehmen schätzen ihre Marktanteile nach dem geplanten Zusammenschluss in einem national abgegrenzten Markt auf 7,6%. Die Dienstleistungen im Vordruckbereich werden zu einem grossen Teil von den Redaktionen selbst ausgeführt, aber auch von verschiedenen Anbietern, wie beispielsweise von Druckereien, Werbeagenturen und grafischen Betrieben.

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

### **Ergebnis**

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

B 2.3	<b>4. Raytheon Company/Thomson-CSF</b>
-------	--

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

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

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

### **I. Opération de concentration**

En date du 16 février 2001, le secrétariat de la Commission de la concurrence a reçu une notification complète concernant l'opération de concentration mentionnée sous rubrique.

La société **Raytheon Company** (ci-après: Raytheon) est une entreprise américaine dont le siège se trouve à Lexington dans l'état du Massachusetts aux Etats-Unis. Raytheon est active dans la haute technologie à des fins d'applications civiles et militaires. Elle fournit des produits et des services dans le domaine de la défense et du commerce

électronique, ainsi que des affaires et des missions spéciales relatives à l'aviation.

La société **Thomson-CSF** (ci-après: Thales), dont le siège se trouve à Paris en France, est une société active dans le domaine de l'électronique et de l'ingénierie professionnelle. Elle fournit des produits et services dans la défense, l'aéronautique et les technologies de l'information.

L'opération consiste en la constitution d'une société conjointe (joint venture) de droit irlandais et de deux filiales de celle-ci. La société créée reprendra les activités concernées de Raytheon et de Thales en matière de développement et de fabrication de systèmes terrestres de commandement et de contrôle utilisés pour la conduite des opérations aériennes ("AO/C2") et les systèmes terrestres de défense aérienne des champs de bataille et de contrebatterie ("Battlefield").

Raytheon et Thales apporteront à la joint venture tous les actifs nécessaires à la réalisation de son activité. Celle-ci aura le droit exclusif de commercialiser, vendre, concevoir, développer, tester ainsi que de fournir les services après-vente relatifs à l'activité "AO/C2" et "Battlefield" à tout tiers dans le monde.

Raytheon et Thales détiendront chacun 50% de la joint venture. Chacun sera en droit de nommer quatre membres au sein du directoire (conseil d'administration) de la nouvelle société. La joint venture sera donc contrôlée conjointement par Raytheon et Thales.

## **II. Obligation de notifier l'opération de concentration**

La constitution d'une société conjointe qui va reprendre les activités concernées de Raytheon et Thomson en matière de systèmes "AO/C2" et de systèmes "Battlefield" est considérée comme une concentration d'entreprises selon l'article 4 alinéa 3 lettre b de la Loi sur les cartels (LCart).

Le chiffre d'affaires des entreprises participantes du dernier exercice précédant la concentration dépasse le seuil prévu à l'article 9 alinéa 1 lettres a et b LCart. Il s'agit donc, en l'espèce, d'une concentration d'entreprises soumise à l'obligation de notifier.

## **III. Appréciation**

Afin d'apprécier la situation de la concurrence, il convient de déterminer le marché de référence, comprenant un marché des produits et un marché géographique (art. 11 al. 3 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE).

L'opération de concentration touche deux marchés des produits:

?? Le marché des systèmes "Battlefield": Dans leur notification, les parties ont estimé que le marché "Battlefield" n'était pas un marché affecté au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE, parce que

---

les parties n'ont pas eu de chiffre d'affaires en Suisse relatif à ces systèmes durant les quatre dernières années. Cependant, la structure de ce marché est particulière. En effet, les ministères de défense nationaux font des appels d'offre. Les entreprises qui seront retenues pour le projet détiendront une grosse part de marché, alors que d'autres seront évincées pour la durée du contrat. Toutefois, lors d'un nouvel appel d'offre, les entreprises évincées pourraient théoriquement décrocher le contrat et récupérer des parts de marché. Ainsi, le fait de ne pas retenir ce marché comme un marché affecté est discutable, puisque ces entreprises pourraient à nouveau être actives sur celui-ci dans quelques années. Cependant, comme l'opération présente ne fait pas apparaître d'indices de création ou de renforcement d'une position dominante quelle que soit la solution choisie, il n'y a pas lieu d'approfondir la question.

- ?? Le marché des systèmes "AO/C2": Le marché "AO/C2" peut être défini comme étant celui des systèmes de commandement et contrôle utilisés pour la conduite d'opérations aériennes. Ces systèmes sont à base de radars à longue portée. Ils établissent une situation aérienne sur une certaine zone géographique, planifient et exécutent toutes missions devant être accomplies par l'aviation militaire.

Du point de vue de la demande, ce produit n'est pas substituable en tant que tel, étant donné son caractère extrêmement spécifique. La question de savoir si l'on peut définir le marché de manière plus large peut rester ouverte dans la mesure où quelle que soit la délimitation retenue, la concentration reste sans effets nuisibles à la concurrence.

Le marché géographique est mondial car les offreurs interviennent sur un marché global. De plus, il n'existe pas de fournisseur national en Suisse.

La concentration présente ne pose pas de problèmes de concurrence pour les trois raisons suivantes:

- ?? Variation forte des tailles de part de marché. La taille des parts de marché des concurrents subit des fluctuations fortes en raison du rythme de commande cyclique. Lors d'une soumission, la concurrence est très forte. Si l'on prend la dernière soumission en Suisse pour le programme Florako, le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) a fait une offre à 21 entreprises, dont 17 ont répondu. Lorsqu'un fournisseur est choisi, il disposera forcément d'une part de marché très élevée pendant toute la durée du contrat. C'est actuellement le cas pour Raytheon et Thales qui détiennent plus de 70% du marché suisse pour le programme Florako. Mais cela ne veut pas dire qu'elles occupent une position dominante au sens de la loi car, lors d'une nouvelle soumission, elles se retrouveront en concurrence avec les autres fournisseurs.
-

- ?? Concurrence actuelle forte. Malgré la concentration des entreprises participantes, le nombre de concurrents actuels reste très important. Il existe environ 16 sociétés aux Etats-Unis et 20 dans le reste du monde actives dans le domaine des systèmes "AO/C2". Neuf d'entre elles sont des sociétés de grande envergure.
- ?? Structure particulière du marché. La structure du marché affecté est caractérisée par une puissance d'achat extraordinaire dont dispose le demandeur national unique, à savoir les ministères de défenses nationaux (en Suisse, il s'agit du DDPS). Les expériences à l'étranger et en Suisse montrent que ces ministères ont réussi au cours des dernières années à abaisser les prix tout en définissant des exigences opérationnelles et spécifications techniques de façon beaucoup plus pointue et précise que par le passé. C'est une conséquence des contraintes budgétaires et de la nécessité de compenser la réduction des effectifs des troupes par des progrès technologiques. La demande est donc à même de discipliner le comportement des offreurs.

#### **IV. Résultat**

Au vu de ce qui précède, l'opération de concentration n'est pas en mesure de créer ou de renforcer une position dominante de Raytheon et Thales.

Sur la base de ces considérations, les conditions pour l'ouverture d'un examen approfondi de l'opération de concentration Raytheon et Thales selon l'article 10 LCart ne sont pas remplies.

B 2.3	<b>5. Bertelsmann AG/RTL Group</b>
-------	------------------------------------

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

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

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

Am 29. Mai 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Bertelsmann AG Deutschland (Bertelsmann) plant den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die RTL Group Luxembourg (RTL Group). Die RTL Group wird momentan von der Groupe Bruxelles Lambert (GBL) mit einer Beteiligung von knapp 30% und von Bertelsmann durch ihre Tochter BWTV mit einer Beteiligung von 37% gemeinsam kontrolliert. Durch den Kauf der Aktien von GBL soll nun die Kontrolle auf Bertelsmann übergehen.

Das Zusammenschlussvorhaben hat zum Ziel, Synergien für die Tätigkeiten in den einzelnen Medienmärkten zu schaffen. Die Geschäftstätigkeiten der RTL Group stehen zu jenen der Bertelsmann zu einem grossen Teil in komplementärem Verhältnis.

Bertelsmann ist ein internationales Medienunternehmen. Die Hauptaktivitäten liegen in den Bereichen Bücher, Zeitschriften, Musik, Buchclubs, Druckereien, Online Shops und privates Fernsehen. Bertelsmann vertreibt ihre Produkte auch in der Schweiz und bietet Werberaum in Zeitschriften und Fernsehen an.

Die RTL Group nimmt die Aktivitäten von Bertelsmann und GBL im Bereich der Fernseh- und Rundfunkübertragungen wahr. Dazu gehören "Free Access" Television und Radio, Fernsehproduktion, Kauf und Lizenzierung von Fernsehrechten und Neue Medien. Zum Konzern gehört die CLT-UFA Holding und die Fernsehproduktionsfirma Pearson Television.

### **Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

Bertelsmann erwirbt die alleinige Kontrolle über die RTL Group. Dieser Erwerb ist als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes (KG) zu qualifizieren.

Die beteiligten Unternehmen erzielen einen weltweiten Umsatz von weit über CHF 2 Mia. Der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist erreicht.

Bertelsmann erzielt in der Schweiz einen Umsatz von weit über CHF 100 Mio. Die RTL Group erzielte in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 5 Mio. Aufgrund der in Artikel 9 Absatz 2 KG vorgesehenen Spezialregelung, nach der für Umsätze, die aus dem Verlag, der Herstellung oder dem Vertrieb von Zeitungen oder Zeitschriften oder aus der Veranstaltung von Radio- und Fernsehprogrammen stammen, das Zwanzigfache der tatsächlich in diesem Bereich getätigten Umsätze massgebend ist, erzielte die RTL Group in der Schweiz einen Umsatz von über CHF 100 Mio.

Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

### **Beurteilung**

Nachfolgend wird geprüft, ob betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Buchstabe d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) bestehen. Der relevante Markt wird dabei gemäss Artikel 11 Absatz 3 VKU in räumlicher und sachlicher Hinsicht abgegrenzt.

---

#### a. Betroffene Märkte

Im Bereich Fachzeitschriften liegt der Marktanteil von Bertelsmann über 30%. Es handelt sich somit um einen betroffenen Markt. Die Wettbewerbsverhältnisse auf diesem so genannten Markt für branchenbezogene Publikationen wurden jedoch von der Wettbewerbskommission im Rahmen eines früheren Verfahrens als unbedenklich eingestuft (Bertelsmann Springer GmbH/EMAP Deutschland Gruppe, RPW 2000/4, S. 115 ff.). Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ändern sich die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Bereich nicht. Es kommt zu keinen Marktanteilsadditionen. Auf eine vertiefte Analyse kann daher in diesem Zusammenhang verzichtet und auf die Ausführungen im genannten Entscheid verwiesen werden.

#### b. Marktanteilsadditionen

Im Bereich des Vertriebs von Videos ist sowohl Bertelsmann als auch die RTL Group tätig. Bertelsmann ist in der Schweiz im Vertrieb von Spielfilmen und jeder anderen Art von Videos insbesondere an Einzelhändler tätig. Sie übt ihre Tätigkeiten über die Impuls Video- und Handels AG in Cham aus. In geografischer Hinsicht ist der Markt nicht auf die Schweiz beschränkt, sondern kann auf den deutschsprachigen Raum ausgedehnt werden.

In diesem Bereich besteht starke aktuelle Konkurrenz. Als wichtigste Konkurrenten sind die folgenden zu nennen: Warner (25%-30% Marktanteil), Universal (ca. 15%) und Disney (ca. 12%). Der geschätzte Marktanteil von Bertelsmann liegt bei höchstens [...] <sup>1</sup>%.

Die RTL Group beschäftigt sich ebenfalls mit dem Vertrieb von Videos. Sie beliefert die Händler und gehört somit einer anderen Marktstufe an als Bertelsmann. Die wichtigsten Konkurrenten der RTL Group sind Columbia Tristar (14,4%), Fox (14,2%), VCL Comm. (12,2%) und Universal (11,9%). Der geschätzte Marktanteil der RTL Group in diesem Bereich liegt unter [...] <sup>2</sup>%.

Da Bertelsmann und die RTL Group auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind, kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Selbst wenn jedoch die Tätigkeiten von Bertelsmann und der RTL Group dem gleichen Markt zugeordnet werden sollten, liegt der gemeinsame Marktanteil unter der Schwelle von 20%, welche den Markt gemäss Artikel 11 Buchstabe d VKU zu einem betroffenen macht.

<sup>1</sup> Geschäftsgeheimnis

<sup>2</sup> Geschäftsgeheimnis

### c. Nicht betroffene Märkte

Bertelsmann ist weiter tätig in den Bereichen Bücher, Zeitschriften und Zeitungen, Musikmedien, Druck und Multimedia. In all diesen Bereichen erreichen die Marktanteile von Bertelsmann die Schwelle von 30%, welche den Markt zu einem betroffenen macht, nicht und es kommt zu keinen Marktanteilsadditionen.

Die RTL Group ist weiter tätig in den Bereichen Fernsehwerbung, Handel mit Filmrechten und Handel mit Sportübertragungsrechten für das Fernsehen. Die Marktanteile liegen sowohl im Bereich Fernsehwerbung als auch in den anderen Bereichen weit unterhalb der erforderlichen Schwellenwerte. Es kommt durch den Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen.

Weiter ist zu bemerken, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bereits von der EU-Kommission geprüft, als unproblematisch eingestuft und somit genehmigt worden ist.

### **Ergebnis**

Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	<b>6. Mittelland Zeitung</b>
-------	------------------------------

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

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

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

#### **1. Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 7. Juni 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

2. Die Aargauer Zeitung AG (AZAG), die Vogt-Schild/Habegger Medien AG (VS/H), die Dietschi Druck AG (Dietschi) und die Zofinger Tagblatt AG (ZTAG) beabsichtigen, die von ihnen herausgegebenen Tageszeitungen im Rahmen eines Zeitungsverbunds in Form eines Mantelsystems mit starker Regionalisierungsmöglichkeit herauszugeben. Es handelt sich dabei im Einzelnen um die "Aargauer Zeitung" (AZ), die "Solothurner Zeitung" (SZ), das "Oltner Tagblatt" (OT) und das "Zofinger Tagblatt" (ZT).

3. Diese neue Zeitung soll den Namen "Mittelland Zeitung" (MZ) tragen. Die Zusammenarbeit wird mittels Gesellschaftervertrag gere-

gelt. Mit diesem Vertrag gründen die beteiligten Unternehmen die einfache Gesellschaft "Mittelland Zeitung" (GMZ), welche die MZ herausgeben soll. Die Vertragsparteien bleiben rechtlich voneinander unabhängig und werden ausserhalb der Aktivitäten weiterhin ihre eigenen Unternehmen betreiben.

4. AZAG ist im Bereich des Zeitungsverlags tätig. Sie ist Herausgeberin der "Aargauer Zeitung" (AZ) sowie der "Aargauer Woche". AZAG ist ein Tochterunternehmen der AZ Medien AG, Aarau (AZ Medien), welche unter anderem massgeblich an der Tele M1 AG, an der Tele Tell AG und an der Radio Argovia AG beteiligt ist. AZ Medien ist in den Bereichen Zeitungsverlag, Fachverlag, Kundendruck, Buchhandel, Regionalradio und -TV tätig.

5. VS/H ist unter anderem in den Bereichen Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Fachverlag, Kundendruck, Buchdruck und Webpublishing tätig. Sie ist massgeblich beteiligt am Regionalradiosender "Radio 32" und an der "Radio 32 Werbe AG". VS/H ist Herausgeberin der "Solothurner Zeitung" mit deren Kopfblättern "Grenchner Tagblatt", "Berliner Rundschau" und "Langenthaler Tagblatt" (SZ). Ausserdem gibt VS/H den "Grenchner Stadtanzeiger" und den "Leberberger Anzeiger" heraus.

6. Dietschi ist in den Bereichen Zeitungsverlag und Kundendruck tätig. Sie ist Herausgeberin des "Oltner Tagblatts" (OT).

7. ZTAG ist in den Bereichen Zeitungsverlag und Kundendruck tätig. Sie ist insbesondere Herausgeberin des "Zofinger Tagblatts" (ZT) und des "Wiggertalers".

8. Die MZ hat bereits Vorgänger. Anfangs 1994 erschienen die AZ-Vorgängerzeitung "Aargauer Tagblatt", das OT und das ZT mit dem Untertitel "Mittelland Zeitung": Das AT produzierte die überregionalen Textseiten, die von den anderen Partnern jeweils an ihre Region angepasst wurden. Nach der Aargauer Zeitungsfusion im November 1996 setzten das OT und das ZT das Kooperationskonzept mit der SZ - jedoch ohne AZ - unter dem Titel "Neue Mittelland Zeitung" fort.

## **2. Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

9. Mit der beabsichtigten Zusammenarbeit und der vorgesehenen Führung der GMZ wird eine wirtschaftliche Einheit bei gleichzeitiger Wahrung der Rechtspersönlichkeit der beteiligten Unternehmen gebildet. Die beteiligten Unternehmen unterstellen sich in Bezug auf die Herausgabe des Mantelteils der MZ einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung und partizipieren nach einem vorgegebenen Schlüssel am Ertrag. Die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft werden für Verpflichtungen der GMZ solidarisch haften und Gewinn und Verlust werden intern verteilt.

---

10. Ein Zusammenschluss im kartellrechtlichen Sinne liegt grundsätzlich auch dann vor, wenn vorher unabhängige Unternehmen ihre Aktivitäten so zusammenlegen, dass eine wirtschaftliche Einheit entsteht, ohne dass rechtlich von einer Fusion gesprochen werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn Unternehmen vertraglich vereinbaren, sich ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung zu unterstellen<sup>1</sup>.

11. Das geplante Vorhaben ist somit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a des Kartellgesetzes (KG) zu qualifizieren.

12. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 KG ist für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen von Unternehmen, deren geschäftliche Tätigkeit ganz oder teilweise im Verlag, in der Herstellung oder im Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften besteht, das zwanzigfache der tatsächlich in diesen Bereichen getätigten Umsätze massgebend.

13. Am vorliegenden Zusammenschlussvorhaben beteiligt sind AZ Medien AG als Muttergesellschaft der AZAG, sowie VS/H, Dietschi und ZTAG.

14. Die Gesamtumsätze der beteiligten Unternehmen des letzten Geschäftsjahres überschreiten unter Berücksichtigung der niedrigeren Werte im Medienbereich die in Artikel 9 Absatz 1 KG statuierten Schwellenwerte. Es handelt sich somit um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

### **3. Die relevanten Märkte**

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

16. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe b VKU).

17. Im Bereich der Medienfusionskontrolle wurden die relevanten Märkte von der Wettbewerbskommission bereits in mehreren Fällen abgegrenzt, letztmals im Entscheid "Thurgauer Medien" (RPW 2000/4, S. 664 ff.). Die Frage der Marktabgrenzung im Medienbereich ist um-

---

<sup>1</sup> Vgl. in DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz; Zürich 1997, Art. 4 Rz. 94)

stritten<sup>2</sup>. Die beteiligten Unternehmen gehen in der Regel von einer weiteren Marktabgrenzung aus als die Wettbewerbskommission.

18. Der Druck der einzelnen Kopfblätter wird auch nach dem Zusammenschluss durch die jeweiligen Stammhäuser erfolgen. Dieser Bereich ist somit vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen, weshalb im Rahmen dieses Vorprüfungsverfahrens nicht weiter darauf eingegangen wird.

19. Es sind die folgenden Märkte zu betrachten:

### **3.1 Nationaler Werbemarkt**

#### **a. Sachlich relevanter Markt**

20. Der sachlich relevante Markt für nationale Werbung umfasst die Werbetätigkeit von Unternehmen, die gleichzeitig im gesamten Sprachgebiet der Schweiz oder zumindest in den einzelnen Sprachregionen werben (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 190 f.).

21. Die MZ wird im nationalen Werbemarkt als einheitliches Produkt mit gemeinsamem Namen auftreten. Die entsprechenden Inserate werden gemäss Gesellschaftervertrag im Mantelteil der MZ enthalten sein und in allen vier Zeitungen platziert.

22. Ein Unternehmen, das mit einer Kampagne national werben will, tut dies in der Regel im Rahmen eines so genannten "Mediamixes" über verschiedene Werbeträger. Die Wahl dieser Werbeträger hängt von verschiedenen Faktoren ab, wie zum Beispiel von der Art der Werbung, dem Zielpublikum, der Reichweite oder den Kosten.

23. Charakteristisch für nationale Werbekampagnen ist es, dass ein gewisser Prozentsatz der Bevölkerung erreicht werden soll. Dabei wird in der Regel vor allem Wert darauf gelegt, die städtischen und kaufkräftigeren Regionen zu erreichen.

24. Diese Werbewirkungen lassen sich zum Beispiel durch die Belegung grosser Tages- oder Wochenzeitungen wie Tagesanzeiger, Neue Zürcher Zeitung (NZZ), Blick, Sonntagszeitung, Weltwoche etc. erreichen.

25. Ausgegangen wird daher im vorliegenden Fall von einem sachlichen Markt, der den Raum für nationale Anzeigen in Zeitungen umfasst.

---

<sup>2</sup> Vgl. mit weiteren Verweisen die Diskussionsbeiträge von THOMAS HOEHN/FRANZ HOFFET und ADRIAN RAAS (ADRIAN RAAS, Marktmacht im Medienbereich - mehr über Facts und Figures, sic! 8/2000, S. 732 ff.)

## **b. Räumlich relevanter Markt**

26. Der räumlich relevante Markt ist auf das Gebiet der Schweiz abzugrenzen. Nationale Werbeauftraggeber wollen durch Zeitungswerbung in der Regel eine möglichst grosse Reichweite erzielen. Die Sprachgrenzen könnten dabei für die verschiedenen Kampagnen einen gewissen Einfluss haben, wodurch es sich unter Umständen rechtfertigen liesse, den relevanten Markt in räumlicher Hinsicht auf das Gebiet der Deutschschweiz einzuschränken. Da aber selbst eine enge Marktabgrenzung nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt, kann die Abgrenzung letztlich offen bleiben.

27. Im vorliegenden Zusammenhang wird als Arbeitshypothese von einer relativ engen Marktabgrenzung, also von einem Markt für nationale Anzeigen in Zeitungen im Gebiet der Deutschschweiz ausgegangen.

## **3.2 Regionaler Werbemarkt**

### **a. Räumlich relevanter Markt**

28. Nachfrager nach Werberaum für regionale Werbung sind Unternehmen aus allen Wirtschaftsbereichen; meist handelt es sich um in der Region ansässige Unternehmen oder Privatpersonen. Mit regionaler Werbung soll die Bevölkerung in einer bestimmten Region angesprochen werden. Bei der Werbung handelt es sich vornehmlich um Rubrikanzeigen wie Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate. Die regional Werbetreibenden fragen Werberaum in jenen Medien nach, welche im gewünschten Gebiet eine möglichst hohe Reichweite und geringe Streuverluste aufweisen.

29. Auch beim regionalen Werbemarkt wird von einem sachlich relevanten Markt für Werbung in Printmedien ausgegangen. Dabei sind in begrenztem Umfang auch andere Werbeträger wie Lokalfernsehen, Lokalradio oder Direktwerbung zu berücksichtigen (vgl. Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG (BOM), RPW 2000/3, S. 424).

30. Anzeigen werden in der Schweiz zunehmend als Inseratekombinationen in mehreren Zeitungen verkauft. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von so genannten Zeitungspools (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 423). Im Bereich der regionalen und lokalen Werbung wird im Rahmen der MZ jedoch kein Kombizwang und damit auch kein einheitliches Produkteangebot gelten. Die Gesellschafter könnten untereinander und auch mit Dritten regionale Kooperationen eingehen, solange sie dadurch nicht das Angebot der MZ konkurrenzieren.

### **b. Räumlich relevanter Markt**

31. Der räumliche Markt umfasst in diesem Bereich nur bestimmte Regionen, nämlich jeweils das Verbreitungsgebiet der vom Zusammen-

schluss betroffenen Printmedien. Jedes der verschiedenen Kopfblätter wird selbstständig für die regionale Werbung zuständig sein. Es ist von vier unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten auszugehen:

- ?? AZ: Kanton Aargau, Bezirk Gösgen (SO) und Bezirk Dietikon (ZH);
- ?? SZ: Kanton Solothurn ohne den Bezirk Thierstein/Dorneck (SO) und ohne die Bezirke Olten und Gösgen (SO), sowie Bezirke Wangen, Aarwangen und Büren (BE);
- ?? OT: Bezirke Olten, Gösgen, Gäu (SO);
- ?? ZT: Bezirke Zofingen (AG) und oberes Wiggertal (LU).

### **3.3 Lesermarkt**

#### **a. Sachlich relevanter Markt**

32. Die MZ wird als überregionale Tageszeitung sechsmal pro Woche erscheinen. Sie wird wie bisher die Bedürfnisse der Leserschaft nach regionalen Informationen aller Art in den jeweiligen Verbreitungsgebieten der AZ, der SZ, des OT und des ZT decken. Gleichzeitig kann die MZ durch die Zusammenarbeit im Bereich des Mantelteils die Nachfrage nach Berichterstattungen über nationale und internationale Ereignisse in den Bereichen Politik, Wirtschaft, Kultur und Sport quantitativ verstärkt und in besserer Qualität befriedigen.

33. Der durchschnittliche Zeitungsleser fragt in der Regel sowohl überregionale als auch regionale und lokale Nachrichten nach, somit also den gesamten Zeitungsinhalt.

34. Gratiszeitungen und regionale Anzeiger vermögen dieses Bedürfnis in der Regel nur begrenzt zu befriedigen. Regionale Anzeiger verfügen meist nur über einen sehr beschränkten redaktionellen Teil und erhalten eher Informationen zum lokalen Geschehen. Gratiszeitungen sind üblicherweise Pendlerzeitungen, welche nur das Wichtigste in Kürze vermitteln. Sie werden daher in der Regel nur ergänzend zu Tageszeitungen nachgefragt und können nicht als Substitute betrachtet werden.

35. Auch elektronische Medien, wie Radio und Fernsehen stellen keine Substitute für Tageszeitungen dar. Die verschiedenen Medien ergänzen sich, konkurrenzieren sich jedoch wenig (vgl. Publicitas-Gasser-Tschudi Druck, RPW 1997/2, S. 184).

36. Sonntags- und Wochenzeitungen können ebenfalls nicht als Substitute für Tageszeitungen betrachtet werden. Sonntagszeitungen erscheinen an einem Tag, an dem Tageszeitungen nicht verfügbar sind und sind somit ergänzend. Wochenzeitungen sind in der Regel themenspezifisch, berichten mehrheitlich über überregionales Geschehen und vermögen einen Leser nicht hinreichend mit aktuellen Informationen zu versorgen.

---

37. Es ist daher wie bereits in verschiedenen Fällen (zuletzt Thurgauer Medien AG, RPW 2000/4, S. 666) von einem sachlich relevanten Markt für Tageszeitungen auszugehen, welche sowohl über regionale und lokale Ereignisse als auch über nationale und internationale Ereignisse berichten.

#### **b. Räumlich relevanter Markt**

38. Der räumliche Markt umfasst hier wie schon beim Markt für regionale Werbung die Verbreitungsgebiete der MZ. Der typische Leser interessiert sich für das kulturelle, politische und wirtschaftliche Geschehen in seinem näheren Umfeld. Jedes der vier Kopfblätter wird auch nach dem Zusammenschluss seine eigenen Leser mit Informationen aus dem jeweiligen Bereich versorgen. Es wird daher als Arbeitshypothese von vier unterschiedlichen räumlich relevanten Märkten ausgegangen, nämlich den jeweiligen Verbreitungsgebieten der vier Kopfblätter (vgl. vorne, Rz. 32).

### **4. Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

#### **4.1 Nationaler Werbemarkt**

39. Der Markt für nationale Werbung wird definiert als Raum für national geschaltete Anzeigen in Zeitungen, in räumlicher Hinsicht begrenzt auf das Gebiet der Deutschschweiz.

40. Die Marktanteile im nationalen Werbemarkt präsentieren sich nach Angaben der beteiligten Unternehmen wie folgt:

<b>Relevanter Markt</b>	<b>AZAG</b>	<b>VS/H</b>	<b>Dietschi</b>	<b>ZTAG</b>	<b>kumuliert</b>
Nationale Werbung	[< 5%]	[< 5%]	[< 1%]	[< 1%]	<b>[&lt; 10%]</b>

41. Die wichtigsten Konkurrenten auf dem Gebiet der Deutschschweiz sind der Tagesanzeiger, die Neue Zürcher Zeitung (NZZ), die Berner Zeitung (BZ), die Basler Zeitung (BaZ) und die Neue Luzerner Zeitung (NLZ). Allein diese Zeitungen haben zusammen einen rund neun mal höheren Marktanteil als die beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss aufweisen würden.

42. Ein Markt gilt dann als betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d der VKU, wenn der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt. Die kumulierten Marktanteile der beteiligten Unternehmen liegen weit unter 20% und somit unter der genannten Schwelle, welche den Markt zu einem betroffenen macht. Eine nähere Prüfung erübrigt sich.

## 4.2 Regionale Werbemärkte

43. Der sachlich relevante Markt umfasst den Raum für regionale und lokale Anzeigen in Printmedien. Im vorliegenden Fall wird die Wettbewerbssituation für jedes Verbreitungsgebiet der vier Kopfblätter einzeln beurteilt.

44. Die Marktanteile im Markt für regionale Werbung im Printmedienbereich präsentieren sich nach Angaben der beteiligten Unternehmen wie folgt. Die Daten für Werbeumsätze beziehen sich dabei auf den Werbedruck<sup>3</sup>.

Relevanter Markt	AZAG	VS/H	Dietschi	ZTAG	kumuliert
Regionale Werbung AZ	[30%-40%]	0,0%	[< 2%]	[< 5%]	[30%-40%]
Regionale Werbung SZ	0,0%	[30%-40%]	[< 5%]	0,0%	[30%-40%]
Regionale Werbung OT	0,0%	[< 5%]	[10%-20%]	0,0%	[20%-30%]
Regionale Werbung ZT	[< 5%]	0,0%	0,0%	[30%-40%]	[30%-40%]

45. Es lässt sich feststellen, dass das Zusammenschlussvorhaben in den regionalen Werbemärkten zu relativ geringen Marktanteilsadditionen führen wird.

46. Die MZ wird in allen vier Verbreitungsgebieten starker Konkurrenz ausgesetzt sein. Für regionale Werbetreibende besteht neben der MZ die Möglichkeit, in einer konkurrierenden Tageszeitung und in Anzeigen Anzeigen zu schalten.

47. Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse sind die Einflüsse von anderen Werbeträgern wie Direktwerbung, Lokalradio und -fernsehen zu berücksichtigen (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 432). Insbesondere die (adressierte und unadressierte) Direktwerbung ist als lokaler oder regionaler Werbeträger geeignet.

48. Bis zu einem gewissen Grad eignen sich auch Internet-Plattformen für die Verbreitung regionaler Werbung. Vor allem im Bereich der Rubrikanzeigen (Immobilien-, Stellen-, Auto- und Kleininserate) besteht eine Vielzahl von Internetplattformen, welche auch vermehrt

<sup>3</sup> Der Werbedruck umfasst den Aufwand für kommerzielle Werbung in Printmedien (Zeitung, Zeitschriften, Anzeiger).

von regionalen Werbetreibenden genutzt werden (vgl. u.a. Thurgauer Medien, RPW 2000/4, S. 668).

49. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen werden am Werbedruck für Tageszeitungen und Anzeiger in den jeweiligen Verbreitungsgebieten gemessen. Ausgehend von den gesamten Werbeumsätzen, also unter Einbezug der Umsätze aus Direktwerbung, Aussenwerbung, Radio, Fernsehen und Kino, wären die Marktanteile der MZ wesentlich tiefer.

50. Die Addition der Marktanteile in den einzelnen regionalen Werbemärkten ist im vorliegenden Fall sehr gering. Angesichts des lokalen Charakters der Nachfrage in den Gegenden, in denen sich die Verbreitungsgebiete überschneiden, ist nicht mit einer merklichen Änderung der Marktverhältnisse zu rechnen.

a. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet der AZ

51. Die beteiligten Unternehmen haben nach eigenen Angaben auf dem Markt für regionale Werbung im Verbreitungsgebiet der AZ kumulierte Marktanteile von zirka [30%- 40%].

52. Zu den wichtigsten Wettbewerbern der MZ im Verbreitungsgebiet der AZ gehören unter anderem "Die Botschaft", der "Brugger Generalanzeiger", der "Landanzeiger", die "Fricktaler Zeitung", der "Reussbote" und der "Fricktaler Bote". In gewissem Masse können auch Lokalradios einen Einfluss ausüben, namentlich Radio Kanal K.

b. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet der SZ

53. Die beteiligten Unternehmen haben nach eigenen Angaben auf dem Markt für regionale Werbung im Verbreitungsgebiet der SZ kumulierte Marktanteile von zirka [30%- 40%].

54. Zu den wichtigsten Wettbewerbern der MZ im Verbreitungsgebiet der SZ gehören unter anderem die "Solothurner Woche", das "Bieler Tagblatt" und die "Neue Oberaargauer Zeitung" (NOZ), sowie verschiedene Anzeiger (z.B. "Anzeiger des Amtes Wangen a.A.", "Anzeiger für Gäu und Thal"). Mitzuberücksichtigen sind auch die Einflüsse von Lokalfernsehsendern wie "Telebärn AG" und "Intro TV".

c. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet des OT

55. Die beteiligten Unternehmen haben nach eigenen Angaben auf dem Markt für regionale Werbung im Verbreitungsgebiet des OT kumulierte Marktanteile von zirka [20%-30%].

56. Die wichtigsten Wettbewerber der MZ auf dem Markt für regionale Werbung im Verbreitungsgebiet des OT sind unter anderem der Stadtanzeiger von Olten, die "Neue Oltner Zeitung" und der "Niederämter Anzeiger", weiter der "Anzeiger von Gäu und Thal" und der "Allgemeine Anzeiger Aarburg".

---

#### d. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet des ZT

57. Die beteiligten Unternehmen haben nach eigenen Angaben auf dem Markt für regionale Werbung im Verbreitungsgebiet des ZT kumulierte Marktanteile von zirka [30- 40%].

58. Die wichtigsten Wettbewerber der MZ auf dem Markt für regionale Werbung im Verbreitungsgebiet des ZT sind unter anderem die "Oltner Zeitung", der Stadtanzeiger von Olten und der "Allgemeine Anzeiger Aarburg".

59. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass angesichts der starken gegenwärtigen Konkurrenz keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss im Markt für regionale Werbung in den verschiedenen Verbreitungsgebieten eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

#### 4.3 Lesermarkt

60. Nachfolgend werden die Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich der Lesermärkte aufgelistet. Wie schon bei den regionalen Werbemärkten sind die Verbreitungsgebiete der vier Kopfblätter getrennt zu betrachten.

Relevanter Markt	AZAG	VS/H	Dietschi	ZTAG	kumuliert
Lesermarkt AZ	[60%-70%]	0,0%	[< 5%]	[5%-10%]	[70%-80%]
Lesermarkt SZ	0,0%	[60%-70%]	[< 5%]	0,0%	[60%-70%]
Lesermarkt OT	[10%-20%]	[5%-10%]	[60%-70%]	[< 5%]	[80%-90%]
Lesermarkt ZT	[10%-20%]	0,0%	[< 5%]	[60%-70%]	[80%-90%]

61. Zum Gesamtmarktvolumen werden dabei nur diejenigen Zeitungen gezählt, welche als Tageszeitungen charakterisiert werden können, also solche, die täglich erscheinen und auch wenigstens teilweise über eine regionale Berichterstattung verfügen.

62. Die so errechneten Marktanteile sind in mehrfacher Hinsicht zu relativieren:

63. Die am Zusammenschluss beteiligten Kopfblätter besaßen bereits vor der Kooperation jeweils recht hohe Marktanteile in den entsprechenden Verbreitungsgebieten. Die Verhältnisse in den Lesermärkten in diesen Verbreitungsgebieten waren in den vergangenen drei Jahren

vergleichsweise stabil. Bei längerfristiger Betrachtung fällt aber auf, dass die grossen Zeitungen ihre Positionen aufgrund der erhöhten Mobilität der erwerbstätigen Menschen in den Agglomerationen auszubauen vermochten.

64. Zudem existieren in den Verbreitungsgebieten der MZ sehr viele Gratiszeitungen und Anzeiger. Diese sind gemäss Praxis der Wettbewerbskommission zwar nicht zum relevanten Markt zu zählen, können aber trotzdem einen disziplinierenden Einfluss ausüben. Es ist beispielsweise denkbar, dass anstelle der MZ eine nationale Tageszeitung gewählt wird und die Informationen zum regionalen und lokalen Geschehen ergänzend durch die Lektüre einer oder mehrerer dieser Gratiszeitungen entnommen werden.

65. Denkbar ist auch, dass die Leser das neue Produkt nicht schätzen und zu einem anderen Produkt abwandern oder sogar ganz auf eine Tageszeitung verzichten. Ebenfalls zu berücksichtigen sind die so genannten Doppelleser, also Personen, die bisher mehrere der am Zusammenschluss beteiligten Zeitungen gelesen haben. Es ist nicht anzunehmen, dass diese beide Abonnemente beibehalten werden. Allerdings machen die Doppelleser im vorliegenden Zusammenhang gemäss Angaben der beteiligten Unternehmen nur einen geringen Prozentsatz aus.

#### a. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet der AZ

66. Die beteiligten Unternehmen haben auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet der AZ kumulierte Marktanteile von zirka [70%-80%].

67. Die wichtigsten Konkurrenten sind der Tagesanzeiger mit zirka [10%-20%], die NZZ mit [0%-10%] und die Baslerzeitung mit rund [0%-10%] Marktanteilen. Daneben existiert eine Vielzahl von Gratiszeitungen und Anzeigern, welche zum Teil auch gewisse redaktionelle Teile enthalten. In diese Kategorie gehören zum Beispiel der "Brugger Generalanzeiger", der "Lenzburger Bezirksanzeiger" und der "Bremgarter/Wohler Anzeiger".

#### b. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet der SZ

68. Die beteiligten Unternehmen haben auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet der SZ kumulierte Marktanteile von zirka [60%-70%].

69. Die wichtigsten Konkurrenten sind die BZ mit Marktanteilen von [10%-20%], der Bund mit [0%-10%], der Tagesanzeiger mit [0%-10%] und die NZZ mit [0%-10%] Marktanteilen. Auch im Gebiet der SZ existieren verschiedene Gratiszeitungen und Anzeiger, so zum Beispiel die "Solothurner Woche" mit einer Auflage von [60'000-70'000] Exemplaren und die "Neue Oberaargauer Zeitung" mit einer Auflage von [20'000-30'000] Exemplaren.

---

c. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet des OT

70. Die beteiligten Unternehmen haben auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet des OT kumulierte Marktanteile von zirka [80%-90%].

71. Die wichtigsten Konkurrenten sind der Tagesanzeiger mit zirka [0%-10%], die NZZ mit zirka [0%-10%], die Basler Zeitung mit etwa [0%-10%] und die BZ mit etwa [0%-10%] Marktanteilen. Daneben existieren verschiedene Gratiszeitungen und Anzeiger, unter anderem die "Neue Oberaargauer Zeitung" mit einer Auflage von [20'000-30'000] Exemplaren und die an Bahnhöfen aufliegende Gratiszeitung "20 Minuten".

d. Aktuelle Konkurrenz im Verbreitungsgebiet des ZT

72. Die beteiligten Unternehmen haben auf dem Lesermarkt im Verbreitungsgebiet des ZT kumulierte Marktanteile von zirka [80-90%].

73. Die wichtigsten Konkurrenten sind der Tagesanzeiger und die NZZ mit jeweils zirka [0-10%] und die Neue Luzerner Zeitung mit zirka [0-10%] Marktanteilen. Daneben existieren verschiedene Gratiszeitungen und Anzeiger, so zum Beispiel der "Anzeiger" mit einer Auflage von [10'000-20'000] Exemplaren und die "Neue Oberland Zeitung" mit [10'000-20'000] Exemplaren.

**5. Potenzielle Konkurrenz/Marktzutritte**

74. Bei der Frage nach der potenziellen Konkurrenz ist zu untersuchen, wie hoch die Markteintritts- und -austrittsschranken sind.

75. Marktzutritte im Sinne der Ausweitung des Verbreitungsgebietes eines bereits bestehenden Titels sind relativ einfach möglich. Es ist daher denkbar, dass eine der grösseren Tageszeitungen wie der Tagesanzeiger, die NZZ, die Basler Zeitung, die Berner Zeitung oder die Neue Luzerner Zeitung versuchen wird, eine regionale Ausgabe ihrer Zeitung herauszugeben. Gerade für diese grösseren Verlagshäuser mit grosser Finanzkraft sind die Marktzutrittsschranken daher als verhältnismässig gering einzustufen.

76. Die BTM-Gruppe hat bereits in der Presse angekündigt, im Raum Solothurn unter dem Titel "Solothurner Tagblatt" eine Regionalausgabe der Berner Zeitung zu lancieren. Auslöser dieses Vorstosses war die angekündigte Kooperation Mittelland Zeitung. Der Marktzutritt soll in etwa zur gleichen Zeit erfolgen wie die Lancierung der MZ. Dadurch steht der MZ von Beginn weg eine starke Konkurrentin entgegen. Gerade dieser Marktzutritt als Folge des angekündigten Zusammenschlussvorhabens der MZ zeigt, dass der Wettbewerb durch die Kooperation eher verstärkt wird.

77. Die wichtigsten Marktzutritte in den letzten Jahren erfolgten durch die Lancierung der Pendlerzeitungen "Metropol" und "20 Mi-

---

nuten". Diese werden in den grossen Bahnhöfen gratis verteilt und enthalten eine relativ umfangreiche Berichterstattung.

78. Möglich wäre auch, dass sich verschiedene Kleinverleger zu einem gemeinsamen Netzwerk zusammenschliessen und dadurch Synergien nutzen könnten.

## **6. Einfluss anderer Informationsträger**

79. Wie bereits im BOM-Entscheid (RPW 2000/3, S. 437 ff.) erläutert, können nicht zum sachlich relevanten Markt gehörende Medien disziplinierenden Einfluss auf die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen ausüben. Zu diesen Medien gehören insbesondere das Fernsehen, das Radio und das Internet.

80. In der Schweiz ist die tägliche Nutzung einer aktuellen Zeitung stark rückläufig (vgl. BOM, RPW 2000/3, S. 437). Dies hängt wahrscheinlich auch damit zusammen, dass Zeitungen und andere Dienstleistungsunternehmen in der Regel frei abrufbare Online-Informationen anbieten. Gerade die Websites der NZZ und des Tagesanzeigers weisen sehr hohe Nutzerkreise auf.

81. Wie bereits erwähnt, können auch Anzeiger und Gratiszeitungen ein gewisses Informationsbedürfnis stillen, vor allem in Verbindung mit einer überregionalen Tageszeitung und/oder einer Wochenzeitung.

82. Welchen Einfluss solche Medien effektiv haben, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilen. Es kann aber festgestellt werden, dass ein Verlag im Falle einer Preiserhöhung oder von Qualitätseinbussen mit diffusen Abwanderungen in alle Richtungen rechnen muss (vgl. M. AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, Zürich 2000, S. 178). Ein Teil der Leser wird in solchen Fällen unter Umständen auf ein Zeitungsabonnement verzichten und sich mittels anderer Medien informieren.

## **7. Zusammenfassung**

83. Der nationale Werbemarkt ist vom vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen im Sinne der VKU. Die beteiligten Unternehmen haben im Bereich des nationalen Werbemarktes nur sehr geringe Marktanteile und die MZ wird zudem starker aktueller Konkurrenz ausgesetzt sein.

84. Auch im Bereich der regionalen Werbemärkte besteht hinreichend aktuelle Konkurrenz. Die Marktstruktur wird ausserdem durch den Zusammenschluss nicht in einschneidender Weise verändert, da jedes Kopfblatt weiterhin selbstständig für die Werbung in seiner Region zuständig ist und es somit nur zu sehr geringen Marktanteilsadditionen kommt.

85. Was den Lesermarkt anbelangt, werden die einzelnen Kopfblätter der MZ in ihren Verbreitungsgebieten aktueller Konkurrenz ausge-

---

setzt sein. Durch den Zusammenschluss wird die Marktstruktur mangels erheblicher Marktanteilsadditionen im Übrigen nicht wesentlich verändert. Bereits vor der Kooperation waren die vier Kopfblätter innerhalb ihres Verbreitungsgebietes stark vertreten. Es kommt insbesondere nur zu geringen Marktanteilsadditionen.

86. Die MZ als Ganzes wird sich ihrerseits auf nationaler Ebene der finanziell teils ungleich stärkeren Konkurrenz durch die grossen Zürcher und Berner Zeitungen sowie der Neuen Luzerner Zeitung und der Basler Zeitung erwehren müssen. Es ist zu erwarten, dass weitere Markteintritte von Seiten der grossen Verlagshäuser im Sinne einer Ausdehnung des bisherigen Verbreitungsgebietes ins Gebiet der MZ erfolgen werden. Mit der Lancierung des Solothurner Tagblatts durch die BTM-Gruppe hat bereits ein starker Konkurrent seinen Markteintritt angekündigt.

87. Im Gegensatz zu den anderen grossen Schweizer Tageszeitungen ist an der Kooperation Mittelland Zeitung kein grosses Verlagshaus beteiligt. Durch den Zusammenschluss entsteht ein Gegengewicht zu Verlagshäusern wie zum Beispiel Tamedia, der BTM Gruppe oder Ringier, das sich wahrscheinlich pro-kompetitiv auswirken wird.

## **8. Ergebnis**

88. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3	<b>7. Amedis AG/F. Uhlmann-Eyraud SA</b>
-------	--

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

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

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

### **I. Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 10. Mai 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) die vollständige Meldung betreffend den Kontrollerwerb durch Amedis AG, Unterentfelden, über F. Uhlmann-Eyraud SA, Meyrin, und Oreydam SA, Meyrin, eingegangen.

#### **1.1 Die beteiligten Unternehmen**

2. Die Amedis AG (Amedis) ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Phoenix International Beteiligungs GmbH, Mannheim, Deutschland (49% Beteiligung an Amedis, aber Mehrheit der Mitglieder im Verwal-

tungsrat) und der Amedis Holding AG. Aktionäre der Amedis Holding AG sind in der Schweiz ansässige Apotheker.

3. Amedis ist im Pharmagrosshandel (Grossistengeschäft) tätig und vertreibt als Grossistin primär Arzneimittel, sowie, in geringerem Umfang, auch Produkte des Labor- und Praxisbedarfs (Pharmaprodukte). Als ergänzende Dienstleistung bietet Amedis den Apotheken Personalunterstützung bei der Inventarisierung von Arzneimitteln an.

4. Das Verkaufsgebiet der Amedis liegt praktisch ausschliesslich in der deutschsprachigen Schweiz. Für das Gebiet der französischsprachigen Schweiz besteht bis heute keine umfassende Vertriebsorganisation, so dass im Jahr 2000 weniger als ein Prozent des Gesamtumsatzes auf dieses Gebiet entfallen ist. Der Umsatz in der italienischen Schweiz ist auch marginal (weniger als ein Prozent des Gesamtumsatzes). Die Kunden der Amedis sind vorwiegend Apotheken, während Lieferungen an Drogerien und Spitäler gering sind.

5. Die F. Uhlmann-Eyraud SA (FUE) ist im Wesentlichen in zwei Geschäftsfeldern tätig: Im Pharmagrosshandel sowie im Import von Pharma- und Lebensmitteln als Alleinvertreterin für ausländische Hersteller (Agency Business).

6. Das Verkaufsgebiet der im Pharmagrosshandel tätigen FUE liegt in der französisch- ([...] Prozent des Gesamtumsatzes 2000) und in der deutschsprachigen Schweiz ([...] Prozent). Der Umsatz in der italienischsprachigen Schweiz entspricht rund [...] Prozent des Gesamtumsatzes. Wie Amedis beliefert auch FUE zum überwiegenden Teil Apotheken sowie in geringerem Ausmass Drogerien.

7. Die Oreynam SA ist eine Holding-Gesellschaft, die über das Halten von Beteiligungen hinaus keine Geschäftstätigkeit entfaltet. Unter ihren Tochtergesellschaften sind Servimed SA (Belieferung SD-Ärzte) und Pharmacie Pradier-Cornavin SA für diese Fusion von Bedeutung.

## **1.2 Kontrollerwerb**

8. Der Vertrag zur Erlangung der Kontrolle der Amedis über die FUE und die Oreynam, das "Stock Purchase Agreement" (SPA), ist am 30. März 2001 abgeschlossen worden. Gemäss SPA verkaufen die Aktionäre der FUE und der Oreynam der Amedis sämtliche Aktien dieser Gesellschaften. Vor Vollzug des Zusammenschlusses wird das so genannte Agency Business herausgelöst; das vorliegend zu beurteilende Vorhaben bezieht sich somit nur auf das Grossistengeschäft beziehungsweise auf den Pharmagrosshandel. Das Grossistengeschäft besteht einerseits aus der Belieferung von Apotheken, Drogerien und, in geringem Umfang, von Spitälern und andererseits aus der durch den Kauf von Servimed erworbenen Belieferung von SD-Ärzten.

9. Mit dem Zusammenschluss verfolgen die beteiligten Unternehmen das Ziel, Umsatz sowie Effizienz zu steigern und Kosten zu sen-

---

ken, um auch mittel- und langfristig wettbewerbsfähig zu bleiben, dies umso mehr, als das per 1. Januar 2001 in Kraft getretene neue Apothekerabgeltungsmodell und die daraus folgende neue Festlegung der Höchstpreise für die SL-Arzneimittel mittelfristig zu einem noch stärkeren Druck auf die Margen der Grossisten führen wird.

## **II. Meldepflicht**

10. Der Erwerb der Kontrolle von Amedis über FUE und Oreydam ist als Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

11. Die konsolidierten Umsätze der beteiligten Unternehmen, die auf den Jahren 1999 und 2000 basieren, betragen weltweit CHF [...] Mrd. Diese Zahl liegt somit über der nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erforderlichen Aufgreifschwelle. Auch die Schwellenwerte nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG sind erfüllt, da die beteiligten Unternehmen je einen konsolidierten Umsatz von über CHF 100 Mio. in der Schweiz erreichen. Der geplante Zusammenschluss ist somit gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG meldepflichtig.

## **III. Beurteilung**

### **3.1 Der sachlich relevante Markt**

12. Der sachlich relevante Markt ist der Markt des Pharmagrosshandels beziehungsweise des Grossistengeschäfts.

13. Die Marktgegenseite der Pharmagrossisten sind die Apotheken, SD-Ärzte und Drogisten, deren Nachfrage von den Bedürfnissen der Patienten (auf einer nachgelagerten Marktstufe) bestimmt wird. Aus Sicht der Patienten ist es möglich, dass sich einzelne Medikamente nicht substituieren lassen. Trotzdem ist eine weitergehende Aufteilung des Marktes vorliegend nicht gerechtfertigt (vgl. auch RPW 2000/3, S. 356 ff.). Die Spitäler werden grossmehrheitlich von Herstellern und Importeuren beliefert und werden daher nicht als Marktgegenseite berücksichtigt.

14. Hingegen sind die Hersteller und Importeure insofern auch als Marktgegenseite zu berücksichtigen, als ihnen die Grossisten einen Vertriebskanal zur Belieferung von Patienten via Apotheken, Drogisten und SD-Ärzten anbieten.

### **3.2 Der räumlich relevante Markt**

15. Aus rechtlichen Gründen können die Kunden Pharmaprodukte nur bei in der Schweiz niedergelassenen Grossisten beziehen. Der räumlich relevante Markt kann somit auf die Schweiz eingegrenzt werden (vgl. auch RPW 2000/3, S. 366). Die Apotheken funktionieren insbesondere in den städtischen Zentren und Agglomerationen als "Durchgangsapotheken". Sie halten ein vergleichsweise kleines Lager vor und sind darauf angewiesen, dass sie durch die Grossisten innert zwei bis drei Stunden nach Bestellung beliefert werden. Im Allgemei-

---

nen wird die maximal mögliche Distanz des Verteilzentrums zu den Apotheken durch eine maximale Reisezeit von zwei bis drei Stunden bestimmt. Dieser Sachverhalt trifft einzig für periphere Berggebiete und den Kanton Tessin nicht zu (Belieferung innert einem Tag nach Bestellung), führt aber trotzdem zum Schluss, dass bei der Definition des räumlich relevanten Marktes drei Märkte (französisch-, deutsch- und italienischsprachige Schweiz) zu unterscheiden sind. Die Verteilzentren der Grossisten befinden sich dementsprechend in den jeweiligen Sprachregionen.

16. Da die italienischsprachige Schweiz vorwiegend durch die Unione Farmaceutica, an welcher die Galenica mit 20% beteiligt ist, beliefert wird und durch die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen nur in vernachlässigbarem Masse bedient wird, wird sie nachfolgend ausgeklammert.

### **3.3 Die betroffenen Märkte**

17. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) muss die Meldung die Angaben aller sachlichen und räumlichen Märkte enthalten, die vom Zusammenschluss betroffen sind und in denen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt.

18. Nach ständiger Praxis der Wettbewerbskommission werden nur diejenigen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen die oben genannten Schwellen erreicht werden. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden (statt vieler: Deutsche Post AG/Danzas Holding AG, RPW 1999/1, S. 129 f.).

19. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben folgende Angaben zu Marktvolumen und Marktanteilen gemacht:

## Marktvolumen und Marktanteile

	Unternehmen	Umsatz CH		Umsatz Deutsch-CH		Umsatz Französische-CH	
		in Mio	in %	in Mio	in %	in Mio	in %
1	Galenica	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2	FUE	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3	Voigt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4	Amedis	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
5	Unione	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
6	Apotheke z. Rose	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
7	Rest	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	<b>Total</b>	<b>3'271</b>	<b>100.0</b>	<b>2'010</b>	<b>100.0</b>	<b>942</b>	<b>100.0</b>

20. Aus der Tabelle wird ersichtlich, dass der gemeinsame Marktanteil von Amedis und FUE auf dem gesamtschweizerischen Markt über 20% liegt. Diese Grenze wird auch auf dem Deutschschweizer Markt überschritten ([...]%). Auf dem Markt der französischen Schweiz hält FUE beim Vertrieb von Medikamenten einen namhaften Marktanteil ([...]%), und obgleich die Zahlen nicht erhältlich sind, hat Amedis einen Anteil von zirka ([...]%) des erzielten Gesamtumsatzes bestätigt (vgl. Ziff. 4).

21. Die regionale Marktabgrenzung hat keinen Einfluss auf die Ergebnisse der folgenden Ausführungen. Deshalb erfolgt die Analyse des aktuellen und potenziellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite in Bezug auf den gesamtschweizerischen Markt.

### 3.3.1 Aktueller Wettbewerb

22. Durch den vorliegenden Kontrollerwerb schliessen sich die Nummer zwei und die Nummer vier der Grossisten mit Vollsortiment in der Schweiz zusammen. Dieser Vorgang wird den Konzentrationsgrad auf dem nationalen Markt erhöhen. Galenica bleibt mit Abstand schweizerischer Marktführer im Bereich der Arzneimitteldistribution. Das Zusammenschlussvorhaben von Amedis und FUE ist deshalb auch im Lichte der Verstärkung der oligopolistischen Marktstruktur zu analysieren.

23. Um die wettbewerbsrechtliche Situation auf dem gesamtschweizerischen Pharmagrosshandelsmarkt zu beurteilen, ist es von Bedeutung, vorab die gegenwärtigen Eigenheiten dieses Marktes zu erläutern:

- ?? Die konzentrierte und stabile Struktur des Grossistenmarktes ist von den durch Sanphar auferlegten Bedingungen gekennzeichnet, die zur Erhöhung der Marktzutrittsschranken für neueintretende Grossisten und zur Konzentration des Arzneimittelvertriebs in Händen einiger weniger Grossisten beigetragen haben (vgl. RPW 2000/3, S. 389 ff.).
- ?? Zu den Sanphar-Grossistenbedingungen kommt hinzu, dass für die Aufnahme der Grossistentätigkeit der Sitz in der Schweiz nur eine der gesetzlichen Voraussetzungen bildet.
- ?? Als Folge der Sanphar-Bedingungen ist der Markt äusserst transparent für die Akteure auf dem Markt.
- ?? Parallelimporte von Medikamenten durch Grossisten sind nahezu vollumfänglich untersagt.
- ?? Daher entscheiden die Importeure und Produzenten über die in der Schweiz verkauften Medikamente.
- ?? Die Apotheker, SD-Ärzte und Drogisten kaufen die Medikamente gestützt auf die gesetzlichen Grundlagen in Abhängigkeit der Bedürfnisse der Patienten.
- ?? Die von den Grossisten erbrachten Dienstleistungen sind homogen und die technische Innovation ist schwergewichtig beschränkt auf die Entwicklung von Vertriebssystemen.
- ?? Grössenvorteile (Theorie der Skalenerträge) spielen eine wichtige Rolle für die Steigerung der Effizienz und die Senkung der Kosten der Grossisten.

24. Aus dieser Marktsituation ergibt sich, dass der Wettbewerb zwischen den Grossisten auf dem gesamtschweizerischen Markt bisher nicht sehr ausgeprägt spielte. Der Wettbewerbsdruck sollte indessen zunehmen, sobald die Wirkungen der Margen- und Rabattordnung sowie der Grossistenbedingungen von Sanphar beseitigt sind. Andererseits führt die Inkraftsetzung des Apothekerabgeltungsmodells möglicherweise dazu, dass sich der Druck auf die Grossistenmargen für die Medikamente der Spezialitätenliste auf dem Wege der Gesetzgebung erhöht.

25. Der schweizerische Medikamentenmarkt in der Schweiz ist dynamisch und noch immer im Wachstum begriffen (+9,7% 1998-1999, +7,8% 1999-2000). Diese Tatsache veranlasst die Grossisten, um neue Marktanteile zu kämpfen.

---

26. Die Verstärkung des Wettbewerbs könnte aufgrund der beschriebenen Marktstrukturen einen oder mehrere Akteure auf dem Markt (Grossisten, Produzenten und Importeure) dazu verleiten, aktuelle Wettbewerber auszuschliessen oder die Marktzutrittsschranken zu erhöhen, um potenziellen Wettbewerbern den Eintritt auf dem Markt zu verunmöglichen.

27. Nach dem Zusammenschluss wird Amedis über eine bedeutendere Grösse und die damit verbundenen positiven Synergieeffekten verfügen, welche sich auch auf den Wettbewerb in den regionalen Märkten auswirken werden. Aufgrund der Tatsache, dass Galenica über offensichtliche Wettbewerbsvorteile und eine ausgeprägtere vertikale Integration verfügt, dürfte dieser Zusammenschluss dazu beitragen, den Wettbewerb auf dem gesamtschweizerischen Markt zu verstärken, ohne dabei die Gefahr der Begründung oder Verstärkung einer kollektiven Marktbeherrschung zu schaffen, deren bestimmende Faktoren noch nicht zu bestehen scheinen.

### **3.3.2 Potenzieller Wettbewerb**

28. Als Folge der Aufhebung der Sanphar-Grossistenbedingungen haben sich die Zutrittsschranken auf dem Markt für den Vertrieb von Arzneimitteln vermindert. Unternehmen, die in den (nationalen oder regionalen und/oder lokalen) Markt des Pharmagrosshandels eintreten wollen, haben keine Schwierigkeiten, die rechtlichen Voraussetzungen zu erfüllen und die notwendige Infrastruktur für den Vertrieb von Arzneimitteln zu schaffen.

29. Der Fall der "Apotheke zur Rose", die sich kürzlich im Grosshandelsmarkt etabliert hat, stellt ein Beispiel dafür dar, obwohl sich das Unternehmen praktisch ausschliesslich auf die Belieferung von selbst-dispensierenden Ärzten beschränkt.

30. Mangels Parallelimporten wäre es auch vorstellbar, dass ein bereits im Arzneimittelvertrieb tätiges ausländisches Unternehmen in den schweizerischen Markt eintritt. Im aktuellen Umfeld wäre der Erfolg eines solchen Vorhabens eher ungewiss, vor allem, wenn das Unternehmen ein umfassendes Sortiment anbieten wollte.

31. Aus denselben Überlegungen wären die Hersteller und Importeure, die bereits die Spitäler direkt beliefern, potenziell in der Lage, durch die Ausnützung von Marktnischen eine aktivere Rolle auf dem Markt des Pharmagrosshandels zu spielen.

### **3.3.3 Stellung der Marktgegenseite**

32. Die Apotheker, SD-Ärzte und Drogisten sind nicht in der Lage, Druck auf die Grossisten auszuüben (vgl. RPW 2000/3, S. 365 ff.). Im Übrigen sind Einkaufskooperationen oder der Eintritt von Akteuren wie Migros oder Coop auf dem Markt des Pharmadetailhandels erst im Entstehen begriffen.

---

33. Dagegen könnten die Hersteller und Importeure in der Lage sein, Druck auszuüben, sofern einer oder mehrere der Grossisten beschliessen würden, ihre Stellung auf dem Markt so auszunützen, dass sie zu hohe Preise für den Arzneimittelvertrieb aufzwingen würden. In diesem Falle könnten die Hersteller und Importeure eine disziplinierende Rolle auf dem Grosshandelsmarkt ausüben.

#### **IV. Ergebnis**

34. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist der Zusammenschluss aus kartellrechtlicher Sicht nicht problematisch, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden oder die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung bestehen.

35. Die Ergebnisse der vorläufigen Prüfung geben keinen Anlass zur Einleitung des Prüfungsverfahrens.

B 2.3	<b>8. Benteli Verlags AG</b>
-------	------------------------------

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

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

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

#### **1. Zusammenschlussvorhaben**

Am 17. Juli 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des oben genannten Zusammenschlussvorhabens eingegangen.

Die Neue Zürcher Zeitung AG (NZZ) plant, 60% des Aktienkapitals des Buchverlags der Espace Media Groupe (Espace), welcher unter dem Namen Benteli Verlags AG (Benteli) firmiert, zu erwerben. Die restlichen 40% des Aktienkapitals sollen bei Espace verbleiben.

NZZ ist eine Tochtergesellschaft der AG für die Neue Zürcher Zeitung. Die Hauptgeschäftstätigkeit besteht in der Herausgabe der Neuen Zürcher Zeitung. Daneben betreibt die NZZ einen eigenen Buchverlag, der die Sparten Politik, Geschichte, Kultur, Kunst, Wirtschaft und "Zürcherisches" abdeckt.

Espace, vormals Berner Tagblatt Medien Gruppe (BTM), hält eine hundertprozentige Beteiligung an Benteli und ist zudem an der Berner Zeitung AG massgeblich beteiligt. Espace ist als Medienunternehmen im Wesentlichen in den Bereichen Tagespresse und Druckmedien, Verlagswesen, Radio, Fernsehen und Internet tätig.

Benteli ist eine Tochtergesellschaft von Espace. Ihr Tätigkeitsbereich beschränkt sich auf das Betreiben eines Buchverlags mit Büchern aus

den Bereichen Kunst, Architektur, Fotografie und einem kleinen Bereich "Bernisches". Im Bereich Kunst stehen Ausstellungskataloge, Künstlermonografien und Werkverzeichnisse im Vordergrund.

## **2. Meldepflicht**

Die beteiligten Unternehmen werden Benteli nach dem Zusammenschluss gemäss Aktionärsvereinbarung gemeinsam kontrollieren. Damit handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU).

Die Umsätze der NZZ und von Espace überschreiten die in Artikel 9 Absatz 2 des Kartellgesetzes (KG) statuierten Schwellenwerte. Der Unternehmenszusammenschluss ist meldepflichtig.

## **3. Der relevante Markt**

Durch den Zusammenschluss sollen die Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen im Verlagswesen koordiniert werden. Die publizistische, verlegerische und kommerzielle Leitung soll durch die NZZ erfolgen. Der Zusammenschluss berührt somit lediglich den Bereich des Buchverlags. Das Verlagswesen gehört weder bei der NZZ noch bei Espace zum Haupttätigkeitsbereich. Zudem beschränken sich die beiden Unternehmen bei ihren Aktivitäten im Buchverlagsbereich auf eine recht limitierte Auswahl von Büchern. Andere Tätigkeitsbereiche der NZZ und von Espace werden vom Zusammenschlussvorhaben nicht tangiert. Es kann von einem sachlich relevanten Markt für Buchverlage ausgegangen werden.

In geografischer Hinsicht kann der Markt auf den deutschsprachigen Raum, eventuell sogar auf das Gebiet der Deutschschweiz beschränkt werden. Da es jedoch wie nachfolgend aufgezeigt wird, selbst ausgehend von einer engen Marktabgrenzung nicht zur Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt, kann die Frage in vorliegendem Zusammenhang offen bleiben.

Die beteiligten Unternehmen erreichen nach eigenen Angaben im Buchverlag kumulierte Marktanteile von weniger als 5%. Im fraglichen Markt sind zahlreiche weitere Unternehmen tätig. Als wichtigste Konkurrenten können etwa Diogenes Verlag, Paul Haupt AG oder Orell Füssli Verlag genannt werden.

Daraus ist ersichtlich, dass keine betroffenen Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorliegen. Eine nähere Prüfung erübrigt sich.

## **4. Ergebnis**

Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

---

B 2.3	<b>9. GE/Honeywell</b>
-------	------------------------

*Vorläufiger Vollzug; Art. 32 Abs. 3 und Art. 33 KG*

*Réalisation provisoire; art. 32 al. 3 et art. 33 LCart*

*Realizzazione provisorie; art. 32 cpv. 3 e art. 33 LCart*

*Zwischenverfügung vom 2. Juli 2001 in Sachen Gesuch um vorläufigen Vollzug des Zusammenschlussvorhabens GE/Honeywell vom 22./26. Juni 2001*

### **A. Sachverhalt**

1. Am 22. Februar 2001 hat die Wettbewerbskommission (Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt General Electric Company, Easton Turnpike, Connecticut, USA (im Folgenden: GE), alle Anteile der Honeywell International Inc., Morristown, New Jersey, USA (im Folgenden: Honeywell), durch eine 100%ige GE-Tochtergesellschaft zu erwerben. Das Fusionsvorhaben unterliegt auch der Genehmigung durch die EU.
2. Am 20. März 2001 entschied die Weko, das Zusammenschlussvorhaben einer Prüfung gemäss Artikel 33 KG zu unterziehen.
3. Am 28. Mai 2001 nahm die Weko von der vorläufigen Beurteilung des Sekretariats der Weko (Sekretariat) zustimmend Kenntnis. Die vorläufige Beurteilung wurde den Parteien alsdann am 30. Mai 2001 zur Stellungnahme zugestellt. Am 18. Juni 2001 reichten die Parteien ihre Stellungnahme zur vorläufigen Beurteilung ein.
4. Mit Schreiben vom 22. Juni 2001 reichte GE (im Folgenden: Gesuchstellerin) ein Gesuch um Bewilligung des vorläufigen Vollzugs des Zusammenschlussvorhabens im Entwurf ein.
5. Mit Schreiben vom 26. Juni 2001 wies die Gesuchstellerin die in der Stellungnahme des Sekretariats vom 26. Juni 2001 gegenüber dem Gesuch vom 22. Juni 2001 erhobenen Bedenken zurück und bekräftigte ihr Gesuch um vorläufigen Vollzug.

### **B. Erwägungen**

#### **B.1 Formelle Voraussetzungen**

##### **B.1.1 Zuständigkeit**

6. Gemäss Artikel 45 Absatz 1 VwVG, der gemäss Artikel 39 KG auf das Kartellverwaltungsverfahren Anwendung findet, ergeht der Entscheid über den vorläufigen Vollzug eines Zusammenschlusses - analog dem Erlass vorsorglicher Massnahmen - in der Form einer Zwischenverfügung. Die diesbezügliche Kompetenz liegt bei der Weko (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. November 2001; RPW 1997/4, S. 624, Erw. 3d). Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für

industrielle Produktion im Sinne von Artikel 5 des Geschäftsreglements der Weko. Zuständig für den Erlass der vorliegenden Zwischenverfügung ist somit die Kammer Produktemärkte.

### **B.1.2 Fehlendes Rechtsschutzinteresse**

7. Die Weko entscheidet zu Beginn der Prüfung, ob der Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden kann oder aufgeschoben bleibt (Art. 33 Abs. 2 KG). Während des Prüfungsverfahrens kann ein solches Gesuch grundsätzlich jederzeit, jedoch innerhalb gewisser gesetzlicher Schranken gestellt werden.

8. Das Gesuch um vorläufigen Vollzug eines Zusammenschlusses setzt ein schutzwürdiges Interesse voraus. Für die Einreichung eines entsprechenden Gesuches fehlt in casu das vorausgesetzte Rechtsschutzinteresse. So wie auf eine Bestreitung der Zuständigkeit wenige Tage vor dem Entscheid nicht mehr eingetreten wird (vgl. Entscheid der Weko vom 5. März 2001 i.S. Watt/Migros - EEF, Ziff. 43 ff.), besteht bei einem Gesuch um vorläufigen Vollzug eines Zusammenschlusses wenige Tage vor Ablauf der Viermonatsfrist grundsätzlich kein Rechtsschutzinteresse mehr. Die Kammer prüft am Ende der Viermonatsfrist, ob sie den Zusammenschluss bewilligt, verbietet oder unter Bedingungen/Auflagen zulässt. Ein vorläufiger Vollzug kurz vor dem Entscheid könnte zurzeit ohnehin nur unter denselben Voraussetzungen (Auflagen/Bedingungen) zugelassen werden, wie sie in dem in Kürze zu erwartenden Endentscheid vorzusehen wären.

9. Infolge fehlenden Rechtsschutzinteresses ist daher auf das Gesuch nicht einzutreten.

### **B.1.3 Bestimmtheit des Gesuchs/Substantiierung**

10. Im Prüfungsverfahren kann ein Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden (Art. 33 Abs. 2 KG). Das entsprechende Gesuch muss hinreichend bestimmt sein beziehungsweise ist rechtsgenügend zu substantiieren.

a) In ihrem Gesuch um den vorläufigen Vollzug beantragt die Gesuchstellerin, der vorläufige Vollzug des Zusammenschlussvorhabens GE/Honeywell sei von jenem Tag an zu bewilligen, an dem die Bewilligung der Europäischen Kommission zum Vollzug vorliegt. Die Weko kann eine Fusion bewilligen, verbieten oder unter Bedingungen/Auflagen zulassen (Art. 10 Abs. 2 KG). Ausserdem kann sie einen vorläufigen Vollzug gestatten. In jedem Fall muss sie eine Verfügung erlassen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien mit hinreichender Deutlichkeit festlegt. Allfällige Anträge der Parteien, die eine vorläufige Bewilligung zum Vollzug unter Auflagen oder Bedingungen beinhalten, müssen diese Rahmenbedingungen spezifizieren. Vorliegend tun dies die Parteien indirekt durch Abstellen auf die Entscheidung einer anderen Behörde. Das genüge den Anforderungen

---

an die Bestimmtheit nur dann, wenn der Inhalt dieser Entscheidung bekannt wäre.

b) Damit die hiesige Behörde beurteilen kann, ob die der EU-Kommission unterbreiteten Massnahmen genügen, um die Bedenken der Weko ausräumen zu können, sind ihr die entsprechenden rechtsverbindlichen Vorschläge einzureichen. Zwar liesse sich ihr Inhalt in groben Zügen aus den Vorbereitungshandlungen und -gesprächen ableiten. Ob sich daraus eine genügende Spezifiziertheit ergäbe, kann vorliegend offen bleiben.

c) Die Parteien haben die Weko lediglich durch Zustellung einer Kopie der Eingabe an die EU-Behörde orientiert. Sie machten der Kommission gegenüber keine Offerten für Bedingungen oder Auflagen, die sie zu befolgen bereit wären. Die Weko ist somit nicht in der Lage, einen vorläufigen Vollzug zu bewilligen, solange ihr keine rechtsverbindlichen Vorschläge zur Ausräumung der Bedenken der Weko unterbreitet werden.

11. Auf das Gesuch ist somit auch infolge mangelnder Bestimmtheit und Substantiierung nicht einzutreten.

## **B.2. Materielle Voraussetzungen**

12. Im Übrigen müsste das Gesuch aber auch aus materiellrechtlichen Gründen abgewiesen werden:

a) Im Prüfungsverfahren kann ein Zusammenschluss ausnahmsweise vorläufig vollzogen werden (Art. 33 Abs. 2 KG). In analoger Anwendung von Artikel 32 Absatz 2 KG haben die beteiligten Unternehmen die wichtigen Gründe für die Bewilligung des vorzeitigen Vollzugs des Zusammenschlusses darzulegen (DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SIWR, Basel 2000, S. 314). Wichtige Gründe lagen etwa in den Fällen RPW 1997 (S. 54, 179 f.), RPW 1998 (S. 272 f.) und RPW 1998 (S. 280) vor.

b) Das zu beurteilende Gesuch enthält keinen wichtigen Grund im Sinne von Artikel 32 Absatz 2 KG (analog). Der vorgebrachte Umstand allein, dass die EU ihren Entscheid bis spätestens 12. Juli 2001 zu fällen habe, und deshalb die Weko eine der allerletzten Behörden sein werde, welche das Zusammenschlussvorhaben beurteile (Fristende 22. Juli 2001), stellt keinen wichtigen Grund dar, der die Bewilligung des vorläufigen Vollzugs des Zusammenschlusses im Sinne der oben erwähnten Gesetzesbestimmung rechtfertigen könnte.

c) Die von den Parteien geltend gemachten Beschwerdegründe durch das vorläufige Vollzugsverbot bilden keinen ausserordentlichen Umstand, sondern sind der gesetzlichen Ordnung der schweizerischen Fusionskontrolle immanent. Der Umstand, dass die Weko möglicherweise nach der EU-Kommission entscheiden wird, ist ebenfalls in der gesetzlichen Ordnung begründet. Die Parteien hätten es im Übrigen

---

jederzeit in der Hand gehabt, die Voraussetzungen für eine allfällige Beschleunigung des Verfahrens innerhalb der gesetzlichen Frist zu schaffen.

d) Zusätzlich zum oben erwähnten wichtigen Grund muss - damit überhaupt eine ausnahmsweise Zulassung des Fusionsvorhabens bewilligt werden kann - der vorläufige Vollzug dringlich sein (Art. 33 Abs. 2 KG). Vorliegend wird auf ein zukünftiges Ereignis Bezug genommen (positiver Entscheid der EU-Kommission). Selbst wenn ein schutzwürdiges Interesse der Gesuchstellerin bejaht würde und auf das Gesuch einzutreten wäre, fehlte es im heutigen Zeitpunkt - angesichts des seit Monaten andauernden und unveränderten Sachverhalts - an der vorausgesetzten Dringlichkeit, um einen vorläufigen Vollzug bewilligen zu können.

### C. Kosten

13. Über die Kosten für diese Zwischenverfügung wird mit dem Kostenentscheid in der Hauptsache entschieden (RPW 2000/2, S. 270, Rz. 11).

### D. Dispositiv

1. Das Gesuch vom 22./26. Juni 2001 um vorläufigen Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird abgewiesen, soweit überhaupt darauf eingetreten wird.
2. [Kosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.3	<b>10. Zschokke Holding AG/Göhner Merkur AG</b>
-------	---

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

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

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

### I Zusammenschlussvorhaben

1. Am 11. Juli 2001 reichte die Zschokke Holding AG (nachfolgend: Zschokke) bei der Wettbewerbskommission über ihren Rechtsvertreter die Meldung ihres Vorhabens ein, die Göhner Merkur Totalunternehmungen AG, Zürich (nachfolgend: GMTU), und die Göhner Merkur Immobilien AG, Zürich (nachfolgend: GMIM), mittels Erwerb des gesamten Aktienkapitals zu erwerben sowie die AG für manuelle Dienstleistungen, Neuenhof (nachfolgend: AGD), mittels Erwerb von 53,33%

des Aktienkapitals zu übernehmen. Verkäuferin ist die Siemens Building Technologies AG, Zürich.

2. Zschokke ist in drei Kernbereichen tätig. Der erste Kernbereich umfasst die Tätigkeit als General- und Totalunternehmer (GU/TU). Er umfasst das ganze Gebiet der Schweiz. Ein Totalunternehmer (TU) bekommt vom Bauherrn den Auftrag, ein Bauprojekt umfassend (einschliesslich Planung) umzusetzen und die dazu notwendigen Aufträge an Bauunternehmen seiner Wahl zu vergeben. Die Umsetzung erfolgt somit auf Risiko (insbesondere Kosten) des TU. Dadurch erwirbt der Bauherr klare Verantwortungs- und Ansprechstrukturen. Im Unterschied zum TU entfällt beim Generalunternehmer (GU) die Planung, das heisst die Auswahl eines Architekten. Bei GU und TU besteht eine hohe Flexibilität bezüglich Angebotsumstellung. Wer das Geschäft der GU betreibt, ist auch in der Lage, dasjenige der TU zu betreiben und umgekehrt. Dadurch kann nach Praxis der Weko vom gleichen Markt ausgegangen werden (vgl. RPW 1997/3, S. 367, Rz. 18; 1998/2, S. 219 f., Rz. 36; 2000/1, S. 57 f., Rz. 13; 2000/4, S. 612 f., Rz. 113).

3. Der zweite Kernbereich ist die Immobilienbewirtschaftung auf dem ganzen Gebiet der Schweiz. Er umfasst im Wesentlichen Erst- und Spezialvermietungen, den Abschluss und die Auflösung von Hauswartzverträgen, das Inkasso der Mietzinse und der Nebenkosten, die periodische Überprüfung der Mietzinssätze und deren Anpassung unter Berücksichtigung der gesetzlichen Bestimmungen, das Portfolio-Management sowie den Abschluss von Service- und Versicherungsverträgen und die Erteilung von Wartungsaufträgen.

4. Der dritte Kernbereich von Zschokke ist der Immobilienhandel. Er umfasst den Verkauf und die Vermittlung, die Objektaufnahme (inklusive Besichtigung, Prüfung der Verkäuflichkeit sowie das Sammeln und Erstellen von Verkaufsunterlagen), Gutachtertätigkeiten (z.B. Verkehrswertschätzungen, Portfolioanalysen), Führen von Verkaufsverhandlungen, Kaufabschlüsse und Vertragsabwicklung (z.B. Beurkundung, Übergabe oder auch Finanzierungsberatung).

5. Die Grenzen zwischen Immobilienhandel und -bewirtschaftung sind fließend. Etliche weitere Unternehmen sind in beiden Bereichen tätig. Immobilienhandel und -bewirtschaftung erfordern keine grundsätzlich unterschiedlichen Fähigkeiten. Daher können Immobilienhandel und -bewirtschaftung demselben sachlich relevanten Markt zugeordnet werden.

6. Weiter ist Zschokke in der eigentlichen Bauproduktion tätig. Diese umfasst Leistungen wie den Hochbau (Häuserbau), den allgemeinen Tiefbau (Standplätze, Flussverbauungen etc.), den Strassen- und Belagsbau sowie den Spezialtiefbau und Untertagebau.

7. Sowohl die heutige GMTU wie auch die GMIM sind aus einer Umstrukturierung hervorgegangen. Im Rahmen dieser Umstrukturierung wurde die frühere Göhner Merkur AG in "Göhner

wurde die frühere Göhner Merkur AG in "Göhner Merkur Zürich AG" umfirmiert und anschliessend mit der Siemens Building Technologies AG fusioniert. Anschliessend wurde die GMIM gegründet und die mit den Bereichen Immobilienbewirtschaftung und -handel zusammenhängenden Aktiven und Passiven in die GMIM als Sacheinlage eingebracht. Die Göhner Merkur AG wurde rein aus firmenschutzrechtlichen Motiven gegründet und hat keine operativen Tätigkeiten.

8. Die AGD erbringt handwerkliche Dienstleistungen, wie sie im Rahmen eines Mieterwechsels (kleinere Sanierungen und Renovationen) notwendig sind (Maler, Schreiner, Teppich- und Bodenleger, Sanitär etc.). Das Unternehmen beschäftigt 17 Arbeiter und ist in der Region Baden und Umgebung aktiv. Der Rest der Aktien (46,67%) befindet sich im Besitz von drei anderen Unternehmen.

## **II Meldepflicht**

9. Das Zusammenschlussvorhaben erfüllt das Aufgreifkriterium von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a zweiter Teilsatz Kartellgesetz (KG; SR 251), weil der von den Unternehmen in der Schweiz erzielte Umsatz mindestens CHF 500 Mio. beträgt und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

## **III Beurteilung**

### **A. Umfeld des Zusammenschlusses**

10. Die Baubranche befindet sich im Wandel. Die verschärfte Auslandskonkurrenz und der konjunkturell bedingte Rückgang der Bautätigkeit haben zu einem tiefgreifenden Restrukturierungsprozess geführt. Die Branche ist insgesamt zu Effizienzsteigerungen gezwungen. Hintergrund des vorliegenden Zusammenschlusses sind einschneidende Restrukturierungsmassnahmen und die Konzentration auf Kernkompetenzen. Damit soll die in den letzten Jahren eingeschlagene Strategie weiter verfolgt werden.

11. Grossprojekte werden in aller Regel im Rahmen von Ausschreibungen vergeben (bei staatlichen Bauprojekten ist dies gesetzlich vorgesehen; vgl. BG über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB; SR 172.056.1] sowie Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVoeB; SR 172.056.4]). An den Ausschreibungen nehmen praktisch immer mehrere Unternehmen teil und initiieren dort den gegenseitigen Wettbewerb.

### **B. Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt der General- und Totalunternehmer**

12. Für den Markt der GU/TU kann fusionsrechtlich auf die vom Verband Schweizerischer Generalunternehmer (VSGU) erfassten Umsatzzahlen abgestellt werden. Im Jahr 2000 betrug der Umsatz der Verbandsmitglieder insgesamt CHF 4'535 Mio. (exklusive ausländische

---

Kunden). Für Zschokke resultiert aufgrund dieser Zahlen ein Marktanteil von rund 12% und für GMTU ein solcher von rund 5%. Zusammen kommen beide Unternehmen auf weniger als 20%. Da nicht alle in der Schweiz tätigen GU und TU dem VSGU angehören, reduziert sich der Anteil von Zschokke und Göhner Merkur am gesamten schweizerischen GU/TU-Markt entsprechend. Der gemeinsame Marktanteil liegt klar unter 20%.

13. Neben Zschokke und GMTU sind viele andere potente Wettbewerber auf dem Markt für GU/TU tätig. Zu nennen sind etwa: Karl Steiner AG (15%), Allreal Generalunternehmung AG (14%), HRS Hauser Rutishauser AG (7%), Mobag AG (7%), Batigroup AG (4%) sowie unter anderem BATMANN SA, BIMAG AG, Forster & Burgmer AG, Frutiger AG, Gross AG, Halter AG, Mathis AG, Ortbau Generalunternehmung AG, Peikert Contract AG, Renespa AG, BBG Basler Baugesellschaft AG und Schmid Generalunternehmung AG.

14. Weiter ist festzustellen, dass neben den genannten "klassischen" GU/TU zunehmend auch grössere Architekturbüros als TU tätig werden, indem sie die von ihnen entworfenen Projekte für den Bauherrn umsetzen. Anfragen bei der Konkurrenz der beiden Unternehmungen bestätigen das Bild, dass immer wieder neue Markteintritte stattfinden.

### **C. Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt für Immobilienbewirtschaftung**

15. Auf dem Markt für Immobilienbewirtschaftung ist eine Vielzahl von Unternehmen tätig (rund 4'000). Darunter Livit, Verit AG, Schaeppi Immobilien, PSP Swiss Property AG, Wincasa, Intercity, Serimo, Nicod Bernard, SPG und Geco. Genaue Daten zur Gesamtgrösse des Segments sind nicht vorhanden. Der kombinierte Anteil der beteiligten Unternehmen im Segment Immobilienbewirtschaftung beträgt der Schätzung nach weniger als 2%. Der Markt in diesem Segment ist gesamtschweizerisch, weil homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen. Aber auch wenn der Wettbewerb regional abgegrenzt würde, bliebe der Einfluss auf den kombinierten Anteil der beiden Unternehmen der gleiche.

16. Da der kombinierte Anteil der beteiligten Unternehmen weniger als 2% beträgt, ist das Segment Immobilienbewirtschaftung vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). Es ist in Zukunft mit weiteren Markteintritten zu rechnen.

### **D. Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Markt für Immobilienhandel**

17. Auch auf dem Markt für Immobilienhandel sind sehr viele Unternehmen tätig. Die Zahl der Anbieter beträgt rund 4'000. Im Segment

---

tätige Unternehmen sind etwa Livit, Intercity und Spaltenstein. Genaue Zahlen über die Gesamtgrösse des Segments fehlen. Der kombinierte Anteil der beteiligten Unternehmen ist gering (unter 2%). Die räumliche Dimension auch dieses Segments umfasst im Wesentlichen die Schweiz. Auch wenn das Segment regional abgegrenzt wird, ändert sich der kombinierte Anteil der beteiligten Unternehmen nicht. Mit weiteren Markteintritten ist zu rechnen.

#### **IV Ergebnis**

18. Aus den dargelegten Gründen stuft die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss als unbedenklich ein. Die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind somit nicht erfüllt.

B 2.3	<b>11. Ziegler Druck- und Verlags-AG/Zürcher Oberland Medien AG - Kiebitz Verlag und Produktion AG</b>
-------	--

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

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

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

#### **Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 16. August 2001 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens Ziegler Druck- und Verlags-AG/Zürcher Oberland Medien AG - Kiebitz Verlag und Produktion AG eingegangen.
2. Die Ziegler Druck- und Verlags-AG (nachstehend "Ziegler Druck"), mit Sitz in Winterthur, ist in der Verlags- und Druckbranche tätig. Sie ist Herausgeberin der Tageszeitung "Landbote" und betreibt eine Akzidenzdruckerei.
3. Die Zürcher Oberland Medien AG (nachstehend "ZO Medien"), mit Sitz in Wetzikon, ist in der Verlagsbranche tätig. Sie gibt die Tageszeitung "Der Zürcher Oberländer" heraus. ZO Medien ist zu 76% an der Anzeiger von Uster AG beteiligt, welche die gleichnamige Tageszeitung herausgibt.
4. Die gemeinsam zu übernehmende Kiebitz Verlag und Produktion AG (nachstehend "Kiebitz Verlag"), mit Sitz in Effretikon, ist ebenfalls in der Verlagsbranche aktiv. Kiebitz Verlag ist Herausgeberin des wöchentlichen Publikationsorgans der Stadt Illnau-Effretikon "Kiebitz".
5. Zurzeit werden die Aktien von Kiebitz Verlag zu 65% von Herrn Beat Kaufmann, wohnhaft in Turbenthal, und zu 35% von Ziegler

Druck gehalten. ZO Medien beabsichtigt, sämtliche sich im Besitz von Herrn Kaufmann befindenden Aktien zu erwerben und anschliessend 15% des gesamten Aktienkapitals an Ziegler Druck zu veräussern. Damit werden Ziegler Druck und ZO Medien neu je 50% der Aktien von Kiebitz Verlag halten.

### **Meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss**

6. Laut dem zwischen ZO Medien und Zieglerdruck abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrag wird Kiebitz Verlag die eigene Redaktion weiterführen, während für den Text- und Inserateteil neu ZO Medien zuständig sein und Ziegler Druck den "Kiebitz" drucken und vertreiben wird. Beide Unternehmen verrechnen ihre Leistungen zu marktgerechten Preisen. Für die operative kaufmännische und redaktionelle Führung ist ZO Medien zuständig, wobei Ziegler Druck ein Recht auf umfassende Auskunft und Einsicht in Geschäftsführungsangelegenheiten hat. Dieses Vorhaben ist als Gemeinschaftsunternehmen gemäss Artikel 2 Absatz 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) und somit als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Kartellgesetz (KG) zu qualifizieren.

7. Die beteiligten Unternehmen erzielten in der Schweiz zusammen einen Umsatz von rund CHF 104 Mio. Diese Umsätze wurden ausschliesslich mit dem Verlag und Druck von Zeitungen und Zeitschriften erreicht. Somit kommen die niedrigeren Aufgreifschwelle für den Medienbereich zur Anwendung (Art. 9 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VKU). Multipliziert man diese Umsätze mit dem Faktor 20, wird der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG erreicht.

8. Ziegler Druck erzielte in der Schweiz einen Umsatz von CHF 70,5 Mio. ZO Medien erzielte in der Schweiz einen Umsatz von CHF 33,18 Mio. und Kiebitz Verlag von CHF 770'000.--. Nach Multiplikation der Umsätze von Ziegler Druck und von ZO Medien mit dem Faktor 20 werden die jeweiligen Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ebenfalls überschritten.

9. Demnach handelt es sich um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss.

### **Beurteilung**

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

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

---

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

13. Die beteiligten Unternehmen sind in den Bereichen Herausgabe und Vertrieb von Druckmedien tätig. Ein Verleger tritt mit einer Zeitung gleichzeitig als Anbieter von Werberaum und Anbieter von Informationen auf. "Kiebitz" wird den Einwohnern von Illnau-Effretikon kostenlos abgegeben. Die Leser erhalten das Produkt also gratis. Auf die Ausscheidung eines separaten Lesermarktes wird deshalb vorliegend verzichtet. Für die Beurteilung des Zusammenschlusses sind die Anzeigemärkte und der Markt für Akzidenzdruck zu berücksichtigen.

14. Für die Abgrenzung der relevanten Anzeigen- beziehungsweise Werbemärkte stellt sich die Frage, welche Waren oder Dienstleistungen die Inserenten hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar ansehen. Für nationale Anzeigen stehen die Verlage einer anderen Marktgegenseite gegenüber als für regionale Anzeigen. In sachlicher Hinsicht sind deshalb nach Praxis der Wettbewerbskommission die Märkte für nationale und regionale Werbung zu unterscheiden (vgl. Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 422 ff.). Vorliegend braucht nur auf den Markt für regionale Werbung eingegangen zu werden.

15. Beim Zeitungs- und Akzidenzdruck handelt es sich um unterschiedliche drucktechnische Verfahren. Der Praxis der Wettbewerbskommission entsprechend wird von einem sachlich relevanten Markt für Akzidenz- und einem für Zeitungsdruck ausgegangen (vgl. dazu Société Neuchâteloise de Presse S.A., RPW 1999/1, S. 138, Rz. 32 ff.; Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 424, Rz. 49).

16. Regional und lokal Werbende wollen mit Inseraten die Bevölkerung einer bestimmten Region oder sogar nur an einem bestimmten Ort erreichen. Der relevante Markt ist deshalb in räumlicher Hinsicht auf die Region Zürcher Oberland abzugrenzen.

17. Im Markt für Akzidenzdruck spielt die Distanz zwischen Auftraggeber und Druckerei eine untergeordnete Rolle. In räumlicher Hinsicht wird der Markt zumindest überregional abgegrenzt.

18. Der "Kiebitz" erscheint wöchentlich mit einer Auflage von 7'276 Exemplaren in Illnau-Effretikon.

19. Die beteiligten Unternehmen schätzen die Marktanteile des "Kiebitz" im räumlich auf Illnau-Effretikon abgegrenzten lokalen Werbemarkt auf zirka 25%, diejenigen von "Der Landbote" auf knapp 10% und diejenigen von "Der Zürcher Oberländer" auf ungefähr 20%. Diese räumliche Abgrenzung ist jedoch zu eng und muss wie bereits oben ausgeführt auf die Region Zürcher Oberland ausgeweitet werden. Die von den beteiligten Unternehmen angegebenen Marktanteile sind deshalb in dieser Hinsicht zu relativieren. Aktuelle Konkurrenten sind

---

unter anderen die "Zürichsee-Zeitung" (Regionalausgaben), die Neue Zürcher Zeitung und der Tages-Anzeiger.

20. Gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission ist bei einer sachlich und räumlich relativ engen Marktabgrenzung der Einfluss anderer Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der aktuellen Konkurrenz zu berücksichtigen (JC Decaux/Affichage, RPW 2001/2, S. 320, Rz. 62). Das gilt auch für regionale Werbemärkte. Zu den lokalen Werbeträgern, welche den bereits bestehenden Wettbewerbsdruck erhöhen, sind die Lokalradios, das Lokalfernsehen sowie die Direktwerbung oder Plakatwerbung zu zählen.

21. Im durch grosse Überkapazitäten gekennzeichneten Markt für Akzidenzdruck ist eine Vielzahl verschiedener Unternehmen tätig. Die grössten unter ihnen sind die Farbendruck Weber, Biel, Zollikofer, St. Gallen, und die Aargauer Zeitung. Die Marktanteile von Ziegler Druck liegen weit unter 20%. Es erübrigt sich, näher auf diesen Markt einzugehen, da mangels Aktivitäten der ZO Medien und des Kiebitz Verlags in diesem Bereich das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen führt.

### **Ergebnis**

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

B 2	<b>6. Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni</b>
B 2.6	<b>1. Staatliche Honorartarife in kantonalen Anwaltsgesetzgebungen (Kanton Schaffhausen)</b>

*Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 45 und Art. 46 KG*

*Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart*

*Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart*

### **1. Allgemeine Bemerkung**

Im Sinne einer generellen Bemerkung ist festzuhalten, dass jegliche Tarifordnung, sofern sie mit einem konkreten Zahlenrahmen arbeitet, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch ist. Um eine solche

handelt es sich bei den Honoraransätzen der Schaffhauser Anwaltskammer vom 23. Mai 1997, die Anhang zur Verordnung des Obergerichts betreffend die Bemessung des Honorars der Rechtsanwälte vom 18. Dezember 1992 sind. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sind solche Bestimmungen, soweit sie das Honorar des Anwaltes gegenüber der eigenen Partei betreffen. Im Folgenden wird auf die einzelnen Bestimmungen näher eingegangen.

## **2. Einzelne Bestimmungen der Verordnung des Obergerichts betreffend die Bemessung des Honorars der Rechtsanwälte und der Honoraransätze der Schaffhauser Anwaltskammer**

1. In Paragraph 1 Buchstabe d der Verordnung des Obergerichts wird festgelegt, dass die Honoraransätze der Schaffhauser Anwaltskammer als Berechnungsgrundlage anerkannt werden für die Festsetzung des Anwaltshonorars im Streit zwischen Klient und Anwalt. Gemäss Artikel 1 des Anhangs zu dieser Verordnung, den Honoraransätzen der Schaffhauser Anwaltskammer, haben die Ansätze jedoch nicht nur Geltung im Streit zwischen dem Rechtsanwalt und dem Klienten, sondern das Honorar wird grundsätzlich mit der Klientschaft im Rahmen der Verordnung vereinbart. Damit gelten die Honoraransätze generell im Verhältnis zwischen Anwalt und seinem Klienten. Diese Bestimmungen beschränken den Wettbewerb zwischen den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, indem sie eine freie Honorarfestsetzung verhindern.

2. Artikel 2 der Honoraransätze der Schaffhauser Anwaltskammer legt die für die Festsetzung des Honorars massgebenden Kriterien wie Kostenstruktur der Anwaltskanzlei, der nach den Umständen sachlich gerechtfertigte Zeitaufwand, Bedeutung der Sache für die Klientschaft sowie die dem Anwalt obliegende Verantwortung dar. Grundsätzlich vermag diese gesetzliche Formulierung eine Liberalisierung der Honorarfestsetzung zu bewirken. Diese Kriterien kommen jedoch nur innerhalb des jeweils vorgesehenen Mindest- und Höchstansatzes bei der Berechnung der Honorare zum Tragen.

Diese Mindest- und Höchstansätze haben zur Folge, dass sich ein bestimmtes Honorarniveau einstellt, welches aufgrund dieses Tarifr Rahmens nicht über- oder unterschritten wird. Die Honorare sind deshalb nicht Resultat wirksamen Wettbewerbs beziehungsweise einer nach sachlichen Kriterien individuell bemessenen Tarifgestaltung, sondern Ergebnis einer gesetzlich statuierten Wettbewerbsbeschränkung, die gegen den Zweck des Kartellgesetzes verstösst.

3. Artikel 3 bis 6 sehen für die Anwaltshonorare in den verschiedenen gerichtlichen Verfahren starre Tarifr ahmen vor, die zwischen einem festgesetzten Minimum und Maximum liegen müssen. Entweder handelt es sich um einen frankenmässigen Betrag zwischen einem Mindest- und Höchstansatz (Art. 3 Abs. 1) oder um einen Zeittarif, der für das Honorar des Anwalts einen Stundenansatz von CHF 160.-- bis

---

CHF 250.-- vorsieht (Art. 3 Abs. 2). Zudem sind Mindesthonorare für Besprechungen von CHF 60.-- und für Telefongespräche von CHF 30.-- festgesetzt (Art. 3 Abs. 3).

Bei Vorliegen eines Streitwertes ab CHF 50'000.-- erhöhen sich nach Artikel 4 die Ansätze um bestimmte Prozentsätze, abgestuft nach der Höhe des Streitwertes. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Erhöhung des Honorars durch Zuschläge stellt wohl eine Aufweichung des starren Tarifr Rahmens dar, bietet jedoch in den Fällen, in denen die Zuschläge wie in Absätze 1 und 2 begrenzt sind, kein ausreichendes Korrektiv, das den wirksamen Wettbewerb zwischen den Anwälten gewährleisten würde. Diese Bestimmungen beschränken ebenfalls den Wettbewerb zwischen den Anwältinnen und Anwälten und verstossen deshalb gegen den Zweck des Kartellgesetzes. Vielmehr wäre einer Formulierung, wie sie nach Absatz 5 für Verfahren mit unbestimmten Streitwert vorgesehen ist, für alle Verfahren den Vorzug zu geben. Danach würde die ordentliche Gebühr nach der Bedeutung des Falles erhöht.

4. Für die aussergerichtliche Tätigkeit sind die Ansätze gestützt auf Artikel 7 f. analog den für gerichtliche Verfahren geltenden Regeln zu erheben. Artikel 9 sieht alternativ die Möglichkeit der Rechnungsstellung nach einem Pauschalwert vor, der aber ebenfalls nach einem Prozentsatz von 1%-5% des Interessenwertes zu liegen hat. Für diese Bestimmungen verweisen wir deshalb auf unsere Schlussfolgerungen unter Ziffer 3 hievore.

5. Gegen die Prinzipien des Kartellgesetzes verstossen aber auch die Bestimmungen in Artikel 10 ff. für den Einzug von Forderungen oder für die Vermögensverwaltung, insofern als diese Bestimmungen für die Honorare oder Gebühren feste Prozentsätze der zugrundeliegenden Beträge vorsehen (Art. 10 und 12) oder aber ein Mindesthonorar vorschreiben (Art. 11).

6. Die Auslagen, die neben dem Honorar in Rechnung gestellt werden, sowie der Aufwand für die Ausfertigungen von Schriftstücken, unterliegen nach Artikel 13 ff. ebenfalls einem festen Tarif, so dass auch diese Bestimmungen aus kartellrechtlicher Sicht zu beanstanden sind.

7. Der geltenden Regelung vorzuziehen ist eine liberale Lösung, wonach sich die Honorarfestsetzung der Anwältin oder des Anwaltes nach einer Vereinbarung richtet, die sich nach dem Wert der Arbeit, der Komplexität der Materie sowie der Bedeutung des Auftrages für den Klienten, der mit dem Auftrag verbundenen Verantwortung und den finanziellen Verhältnissen des Mandanten bestimmen lässt<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. z.B. Art. 40 der Loi sur la profession d' avocat des Kantons Gené

8. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbskommission keine Einwände gegenüber der tariflichen Regelung der vom Staat im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung und amtlichen Verteidigung ausgerichteten Entschädigungen der Anwältinnen und Anwälte hat.

### 3. Empfehlung

Die Wettbewerbskommission empfiehlt:

1. Artikel 1 der Honoraransätze der Schaffhauser Anwaltskammer vom 23. Mai 1997 zu revidieren und die Bestimmung aufzuheben, wonach das Anwaltshonorar im Rahmen der Verordnung des Obergerichts betreffend die Bemessung des Honorars der Rechtsanwälte mit der Klientschaft vereinbart wird.

2. empfiehlt, eine Tarifordnung auch nicht im Sinne einer Empfehlung zu gestalten, da Empfehlungen in der Regel dazu führen, dass sie befolgt werden und dann wieder zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen.

B 2.6	<b>2. Staatliche Honorartarife in kantonalen Anwaltsgesetzgebungen (Kanton Nidwalden)</b>
-------	---

*Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 45 und Art. 46 KG*

*Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart*

*Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart*

#### 1. Allgemeine Bemerkung

Im Sinne einer generellen Bemerkung ist festzuhalten, dass jegliche Tarifordnung, sofern sie mit einem konkreten Zahlenrahmen arbeitet, aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch ist. Um eine solche handelt es sich bei der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor den Gerichten (Prozesskostenverordnung) vom 8. Januar 1977. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sind solche Bestimmungen, soweit sie das Honorar des Anwaltes gegenüber der eigenen Partei betreffen. Im Folgenden wird auf die in Paragraph 43 ff. statuierten Bestimmungen über die Entschädigung der Anwälte näher eingegangen.

#### 2. Einzelne Bestimmungen der Prozesskostenverordnung

1. In Paragraph 43 ff. der Prozesskostenverordnung werden Umfang der Anwaltskosten und deren Bemessungsgrundlagen festgelegt. Diese Bestimmungen beschränken den Wettbewerb zwischen den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, indem sie eine freie Honorarfestsetzung verhindern.

Die in Paragraph 43 Absätze 2 und 3 statuierte Verbindlichkeit der Anwaltshonorare im Verhältnis zwischen Anwältin oder Anwalt und der eigenen Partei verstösst gegen den Grundgedanken des Kartellgesetzes. Diese Normen beschreiben somit abschliessend das Anwaltshonorar gegenüber der auftraggebenden Partei als übliche Vergütung nach Artikel 394 OR, welche sich nach den Gebühren der vorliegenden Prozesskostenverordnung berechnet. Der Berechnungsspielraum der Anwaltshonorare wird damit weitgehend verhindert.

2. Paragraph 45 Absatz 1 der Prozesskostenverordnung legt die für die Festsetzung der Honorare massgebenden Kriterien wie Bedeutung der Angelegenheit für die Partei, Schwierigkeit der Sache, Umfang und Art der Arbeit sowie Zeitaufwand dar. Grundsätzlich vermag diese gesetzliche Formulierung eine Liberalisierung der Honorarfestsetzung zu bewirken. Diese Kriterien kommen jedoch nur innerhalb des vorgesehenen Mindest- und Höchstansatzes bei der Berechnung der Honorare zum Tragen. Diese Mindest- und Höchstansätze haben zur Folge, dass sich ein bestimmtes Honorarniveau einstellt, welches aufgrund dieses Tarifr Rahmens nicht über- oder unterschritten wird. Die Honorare sind deshalb nicht Resultat wirksamen Wettbewerbs beziehungsweise einer nach sachlichen Kriterien individuell bemessenen Tarifgestaltung, sondern Ergebnis einer gesetzlich statuierten Wettbewerbsbeschränkung, die gegen den Zweck des Kartellgesetzes verstösst.

3. Die Paragraphen 53-60a sehen für die Anwaltshonorare in den verschiedenen Verfahren starre Tarifr Rahmen vor, die zwischen einem festgesetzten Minimum und Maximum liegen müssen.

Für Strafverfahren besteht die Möglichkeit, einen Tarif nach Zeitaufwand zu bemessen, falls der Gebührentarif im Missverhältnis zum angefallenen Arbeitsaufwand steht. Dabei wird allerdings ein Stundenansatz festgelegt, der zwischen CHF 100.-- und CHF 200.-- zu liegen hat.

Bei vorzeitiger Beendigung des Mandates kann der Anwalt gestützt auf Paragraph 48 je nach Stand des Verfahrens 30%-100% des ordentlichen Honorars berechnen.

Diese Bestimmungen beschränken ebenfalls den Wettbewerb zwischen den Anwältinnen und Anwälten.

4. Unter den in Paragraph 61 ff. umschriebenen Voraussetzungen können Zuschläge erhoben werden. Allerdings werden diese Zuschläge begrenzt, indem die ordentliche Anwaltsgebühr um 10%-30% erhöht werden darf. Für ausserordentliche Bemühungen nach Paragraph 62 kann ein Zuschlag für den erforderlichen Zeitaufwand berechnet werden. Der Stundenansatz hat sich innerhalb eines Rahmens von CHF 100.-- bis CHF 200.- zu bewegen. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Erhöhung des Honorars durch Zuschläge stellt wohl eine Aufweichung des starren Tarifr Rahmens dar, bietet jedoch aufgrund der

---

Begrenzungen der Zuschläge kein ausreichendes Korrektiv, das den wirksamen Wettbewerb zwischen den Anwälten gewährleisten würde.

5. Die Auslagen, die neben dem Honorar in Rechnung gestellt werden, unterliegen nach Paragraph 64 f. ebenfalls einem festen Tarif, so dass auch diese Bestimmungen gegen den Gedanken des Kartellgesetzes verstossen.

6. Der geltenden Regelung vorzuziehen ist eine liberale Lösung, wonach sich die Honorarfestsetzung der Anwältin oder des Anwaltes nach einer Vereinbarung richtet, die sich nach dem Wert der Arbeit, der Komplexität der Materie sowie der Bedeutung des Auftrages für den Klienten, der mit dem Auftrag verbundenen Verantwortung und den finanziellen Verhältnissen des Mandanten bestimmen lässt<sup>1</sup>.

7. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbskommission keine Einwände gegenüber der tariflichen Regelung der vom Staat im Rahmen der unentgeltlichen Prozessführung und amtlichen Verteidigung ausgerichteten Entschädigungen der Anwältinnen und Anwälte hat.

### 3. Empfehlung

Die Wettbewerbskommission empfiehlt:

1. Paragraph 43 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor den Gerichten (Prozesskostenverordnung) zu revidieren und die Bestimmung aufzuheben, wonach sich die Anwaltskosten für die **eigene** Partei nach den Vorschriften dieser Verordnung bemessen.
2. eine Tarifordnung auch nicht im Sinne einer Empfehlung zu gestalten, da Empfehlungen in der Regel dazu führen, dass sie befolgt werden und dann wieder zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen.

B 2.6	<b>3. Onorari pubblici nelle legislazioni cantonali per gli avvocati (Cantone Ticino)</b>
-------	---

*Empfehlungen, Stellungnahmen; Art. 45 und Art. 46 KG*

*Recommandations et préavis; art. 45 et art. 46 LCart*

*Raccomandazioni e preavviso; art. 45 e art. 46 LCart*

#### 1. Considerazioni generali

Nell'ambito di queste considerazioni è necessario innanzi tutto rilevare che ogni tariffa che si fonda su cifre concrete è problematica da un

<sup>1</sup> Vgl. z.B. Art. 40 der Loi sur la profession d'avocat des Kantons Genf

punto di vista del diritto della concorrenza. La Tariffa dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino del 7 dicembre 1984 (di seguito: Tariffa) ne è un esempio. Sotto questo punto di vista sono problematiche tutte le disposizioni che toccano gli onorari degli avvocati nei confronti dei propri clienti. Di seguito, sono discusse in dettaglio, le diverse norme relative alle indennità degli avvocati.

## **2. Alcune norme della Tariffa dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino**

1. L'articolo 1 enuncia che le tariffe previste nella Tariffa sono obbligatorie per gli avvocati e che costituiscono una parte integrante del mandato fra avvocato e cliente. Le disposizioni della Tariffa dell'Ordine riducono la concorrenza fra gli avvocati, perché impediscono la libera determinazione degli onorari.

Il vincolo stabilito dall'articolo 1 della Tariffa nella determinazione degli onorari relativi alla relazione fra l'avvocato e il proprio cliente, viola i principi della Legge sui cartelli. Questa ordinanza descrive in modo esaustivo l'onorario dell'avvocato nei confronti del cliente. Sebbene l'articolo 1 contempla la possibilità di stipulare una convenzione che stabilisca una remunerazione a tempo, questa deroga è possibile solamente se il cliente lo richiede. Il margine di manovra per gli avvocati nel fissare gli onorari è quindi molto ridotto.

2. L'articolo 8 precisa i criteri per la determinazione degli onorari, quali la complessità, l'importanza, il valore e l'estensione della pratica, la competenza professionale e la responsabilità dell'avvocato, il tempo e la diligenza impiegati, la situazione sociale e patrimoniale delle parti, l'esito conseguito e la sua prevedibilità. In principio, questa formulazione giuridica potrebbe contribuire ad una liberalizzazione nella determinazione degli onorari, ma i criteri previsti devono essere applicati unicamente all'interno dei limiti, stabiliti dalla Tariffa. Questi limiti, minimi e massimi, hanno come conseguenza di portare gli onorari ad un livello che non è né inferiore, né superiore al quadro tariffario. Gli onorari non sono dunque il frutto di una concorrenza efficace o di un calcolo individuale delle tariffe, secondo dei criteri oggettivi, ma sono il risultato di una limitazione alla concorrenza statuita a livello legale; limitazione contraria agli scopi della Legge sui cartelli.

3. L'articolo 9 fissa, per le pratiche avente un valore determinato o determinabile, dei limiti percentuali per il calcolo dell'onorario dell'avvocato in funzione del valore litigioso. Nelle pratiche il cui valore non può essere determinato, l'onorario è calcolato in base al dispendio orario (art. 10), benché, di regola, la cifra non deve essere inferiore a CHF 150.-- all'ora. Inoltre sono previste delle indennità da CHF 30.-- a CHF 50.-- per ogni telefonata o conferenza con il cliente e per ogni lettera.

---

Nei casi in cui il dispendio di tempo, la particolarità del caso o degli interessi patrimoniali in gioco non giustifichino l'applicazione integrale della tariffa normale, l'articolo 11 prevede che gli onorari siano fissati tenendo conto di entrambi i criteri di cui agli articoli 9 e 10. La combinazione delle due tariffe trova in particolare applicazione nei casi di revoca del mandato o di rinuncia. Tale regola permette di scostarsi dalle rigide disposizioni degli articoli 9 e 10, ma non rappresenta in ogni modo un correttivo sufficiente, vista la condizione iniziale cui soggiace.

A complemento delle disposizioni degli articolo 9 ss., gli articolo 13 ss. prevedono, per diverse procedure, delle tariffe quadro rigide, che devono essere calcolate fra un limite minimo ed uno massimo, espresso in franchi, o in percento delle tariffe previste agli articolo 9 ss.

Per le differenti pratiche penali, gli articolo 31 ss. prevedono delle tariffe massime.

Tutte queste disposizioni riducono anch'esse la concorrenza fra gli avvocati e si urtano ai principi della Legge sui cartelli.

4. Le disposizioni degli articoli 12, 14, 37 e 46 precisano la possibilità di aumentare le tariffe normali. Tuttavia questi aumenti sono limitati sia perché sono fissati in ogni caso in percento o in per mille degli onorari normali, sia perché gli aumenti possibili sono direttamente precisati in franchi. La possibilità prevista dalla legge di aumentare gli onorari attraverso un supplemento, rappresenta ancora una volta una deroga al rigido quadro tariffario. Tuttavia, tenuto conto del limite imposto all'applicazione di questi supplementi, tale deroga non porta un correttivo sufficiente che permetta una concorrenza efficace fra gli avvocati. Nel caso specifico sarebbe preferibile precisare che le tariffe normali possono essere aumentate in modo adeguato.

5. Giusta l'articolo 3, oltre agli onorari, anche le altre spese che il cliente è tenuto a rimborsare all'avvocato sottostanno a delle tariffe fisse. Questa disposizione è quindi anch'essa problematica da un punto di vista del diritto dei cartelli.

6. Rispetto alle disposizioni vigenti, sarebbe dunque opportuno dare preferenza ad una soluzione liberale. Quest'ultima, come del resto già previsto dall'articolo 8, dovrebbe permettere agli avvocati di calcolare gli onorari fondandosi, su una convenzione determinata dal valore del lavoro, dalla complessità della materia così come dall'importanza del mandato per il cliente, dalla responsabilità legata al mandato e dalla situazione finanziaria del mandante<sup>1</sup>, eliminando però ogni limite tariffario.

---

<sup>1</sup> Cfr. anche art. 40 della "Loi sur la profession d'avocat du Canton de Genève"

7. In conclusione, è importante porre l'accento sul fatto che la Commissione della concorrenza non solleva alcuna obiezioni nei confronti delle norme tariffarie previste dallo Stato in relazione alle indennità da versare agli avvocati per il patrocinio gratuito e la difesa d'ufficio, così come nel caso delle indennità da versare alla contropartita in caso di soccombenza (ripetibili).

### 3. Raccomandazione

La Commissione della concorrenza raccomanda che:

1. la Tariffa dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino del 7 dicembre 1984 sia rielaborata al fine di stralciare ogni disposizione che obbliga gli avvocati a fissare gli onorari per i propri clienti entro limiti stabiliti dalla Tariffa;
2. la Tariffa non sia trasformata in una raccomandazione, poiché questa, se applicata, rischierebbe di portare ancora una volta ad una restrizione della concorrenza.

## C **Zivilrechtliche Praxis** **Pratique des tribunaux civils** **Prassi dei tribunali civili**

<b>C 2</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale
C 2	<b>1. Entscheid Zivilabteilung des Bundesgerichts in Sachen Kanton Aargau/Bestattungsinstitut A. betreffend Artikel 9, 27 und 29 BV</b>

*Verfügung der I. Zivilabteilung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 25. Juni 2001 in Sachen Kanton Aargau gegen Allgemeines Bestattungsinstitut A. betreffend Artikel 9, 27 und 29 BV (vorsorgliche Massnahmen nach Kartellgesetz)*

#### **Es hat sich ergeben:**

A. Am 2. Juni 1986 schloss das Departement des Gesundheitswesens des Kantons Aargau (Beschwerdeführer) mit der Bestattungsfirma B. AG eine Vereinbarung betreffend die Sarglieferung und das Einsargen von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Personen. Darin verpflichtete sich das Kantonsspital Aarau unter anderem, die Sarglieferung sowie das Einsargen von im Kantonsspital verstorbenen Patienten der B. AG auf deren Rechnung und Risiko zu übertragen und die Angehörigen der Verstorbenen an das Bestattungsinstitut B. AG zu verweisen.

Im Gegenzug erklärte sich die B. AG bereit, verschiedene an sich dem Spital obliegende Aufgaben im Todesfallwesen zu übernehmen und dem Kantonsspital für die Mitbenützung des Einsargraumes und des Aufbahrungsraumes einen jährlichen Betrag von CHF 15'000.-- (inkl. Nebenkosten) zu bezahlen.

Im Jahre 2000 eröffnete A. (Beschwerdegegner) ein Bestattungsinstitut und bot seine Dienstleistungen auch dem Kantonsspital Aarau an. Dessen Verwaltungsdirektion teilte ihm mit Schreiben vom 26. Juli 2000 jedoch mit, das Kantonsspital Aarau habe mit der Bestattungsfirma B. AG einen Exklusivvertrag abgeschlossen, der frühestens auf den 31. Dezember 2001 kündbar sei. Es sei deshalb kurzfristig nicht möglich, den Angehörigen von Verstorbenen sowohl die Adresse des Bestattungsinstitutes des Beschwerdeführers als auch diejenige der B. AG zur freien Wahl zu unterbreiten.

B. Mit Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 16. November 2000 stellte der Beschwerdegegner gestützt auf das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) folgende Rechtsbegehren:

"1. Dem Gesuchsgegner sei zu verbieten, den Gesuchsteller weiterhin bezüglich Mitteilungen/Informationen der Angehörigen der Verstorbenen durch die 41 Pflegestationen durch nicht neutrales Verhalten zu behindern, dies durch sofortige Beseitigung der bestehenden Diskriminierung mit der Auflage der Durchsetzung eines strikt neutralen Verhaltens ohne jegliche Empfehlung seitens des Personals des Gesuchsgegners, welches Bestattungsunternehmen zu wählen sei.

2. Die vorsorgliche Massnahme sei gestützt auf Artikel 17 KG in Verbindung mit Artikel 28c Absatz 1 und Absatz 2 Ziffer 1 ZGB, Artikel 28d Absatz 2 ZGB sowie Paragraf 294 Absatz 1 ZPO vorsorglich sofort zu verfügen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen".

Mit Verfügung vom 29. November 2000 wies der Instruktionsrichter des Handelsgerichts des Kantons Aargau das Gesuch um Erlass supervisorischer Massnahmen ab. Am 13. März 2001 hiess er dagegen das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gut und verfügte unter Strafandrohung und Ansetzung einer Frist von 30 Tagen zur Erhebung der Klage im ordentlichen Verfahren Folgendes:

"Dem Gesuchsgegner wird mit sofortiger Wirkung verboten, Angehörige von im Kantonsspital Aarau verstorbenen Patienten nur an das Bestattungsinstitut B. AG zu verweisen, ohne diese in gleicher Weise insbesondere auch auf das Bestattungsinstitut des Gesuchstellers aufmerksam zu machen".

---

C. Der Beschwerdeführer hat gegen den Entscheid des Instruktionrichters des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 13. März 2001 staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Darin beantragt er dem Bundesgericht im Wesentlichen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben. Der Beschwerdegegner schliesst auf Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde.

D. Mit Verfügung vom 29. Mai 2001 wies der Präsident der I. Zivilabteilung das Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung ab.

### **Das Bundesgericht zieht in Erwägung:**

1. Gegen den angefochtenen Entscheid steht kein kantonales Rechtsmittel offen. Ob es sich dabei um einen Zwischen- oder einen Endentscheid handelt, kann dahingestellt bleiben (in letzterem Sinne BGE 96 I 297 E. 1 S. 300, welcher unter altem KG ergangen ist). Denn nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung können kantonale letztinstanzliche Massnahmeentscheide mit einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil verbunden sein, da eine vorsorgliche Massnahme mit dem Endurteil dahinfällt und deshalb eine spätere Kontrolle auf Verfassungsverletzung nicht mehr möglich ist. Damit ist auch die Voraussetzung für die Anfechtung von Zwischenentscheiden gegeben (Art. 87 Abs. 2 OG in der seit dem 1. März 2000 geltenden Fassung; BGE 118 II 369 E. 1; 116 Ia 446 E. 2). Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich daher als grundsätzlich zulässig.

2. Die staatsrechtliche Beschwerde ist ein Rechtsmittel zum Schutze verfassungsmässiger Rechte der Bürger gegen Übergriffe der Staatsgewalt (Art. 84 Abs. 1 Bst. a OG). Solche Rechte stehen grundsätzlich nur Privaten zu, nicht dagegen dem Staat als Inhaber hoheitlicher Gewalt. Öffentlich-rechtliche Körperschaften sind - abgesehen von der hier nicht in Frage stehenden Beschwerde wegen Verletzung der Autonomie oder Bestandesgarantie - nur zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert, wenn sie nicht hoheitlich auftreten, sondern sich auf dem Boden des Privatrechts bewegen oder sonstwie durch einen staatlichen Akt wie eine Privatperson betroffen werden, zum Beispiel als Eigentümer von Finanz- oder Verwaltungsvermögen oder als Steuer- und Gebührenpflichtige (BGE 125 I 173 E. 1b S. 175; 123 III 454 E. 2 S. 456; 121 I 218 E. 2a S. 219 f., je mit Hinweisen). Vorliegend wurde der Beschwerdeführer vom Beschwerdegegner gleich einem Privaten ins Recht gefasst; es wurde ihm sodann von einem Zivilgericht gestützt auf die kartellzivilrechtlichen Bestimmungen des KG vorsorglich ein bestimmtes Verhalten verboten. Der Beschwerdeführer ist vom angefochtenen Entscheid daher wie eine Privatperson betroffen und somit zur Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert.

3. Das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren führt nicht das vorangegangene kantonale Verfahren weiter, sondern stellt als ausserordentliches Rechtsmittel ein selbstständiges staatsgerichtliches Verfah-

ren dar, das der Kontrolle kantonaler Hoheitsakte unter dem spezifischen Gesichtspunkt verfassungsmässiger Rechte dient (BGE 117 Ia 393 E. 1c S. 395).

Aus diesem Grund sind die als verletzt erachteten verfassungsmässigen Rechte oder deren Teilgehalte zu bezeichnen; überdies ist in Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides im Einzelnen darzustellen, worin die Verletzung der angerufenen Verfassungsrechte bestehen soll (Art. 90 Abs. 1 Bst. b OG). Im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren prüft das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene Rügen (Rügeprinzip), welche soweit möglich zu belegen sind. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (vgl. BGE 125 I 492 E. 1b S. 495 mit Hinweisen). Rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV), so reicht es - anders als bei einem appellatorischen Rechtsmittel - nicht aus, die Rechtslage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzustellen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 117 Ia 10 E. 4b S. 11/12).

Die Eingabe des Beschwerdeführers vermag den genannten Begründungsanforderungen über weite Strecken nicht zu genügen. Auf die Vorbringen kann namentlich nicht eingetreten werden, soweit er den gesamten Verfahrensstoff aus seiner Sicht darlegt und damit dem Standpunkt des Instruktionsrichters lediglich seinen eigenen gegenüberstellt, ohne sich mit dessen Begründung auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid verfassungsmässige Rechte verletzen soll.

4. Der Beschwerdeführer rügt, der angefochtene Entscheid sei in verschiedener Hinsicht willkürlich (Art. 9 BV) und verletze den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV).

a) Willkürlich ist ein Entscheid nach ständiger Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre.

Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen materieller Rechtsverweigerung nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 127 I 38 E. 2a S. 41; 125 I 166 E. 2a, S. 168; 125 II 129 E. 5b S. 134, je mit Hinweisen). Zu beachten ist ausserdem, dass im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren neue tatsächliche und rechtli-

che Vorbringen grundsätzlich unzulässig sind (BGE 124 I 208 E. 4b S. 212; 119 Ia 88 E. 1a S. 90/1; 118 Ia 20 E. 5a S. 26; FORSTER, in: GEISER/MÜNCH, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Auflage, Rz. 2.49 ff.). Das bedeutet, dass das Bundesgericht bei der Überprüfung einer als willkürlich ausgegebenen Rechtsanwendung vom Sachverhalt auszugehen hat, wie er dem angefochtenen Entscheid zugrunde gelegt worden ist, es sei denn, der Beschwerdeführer weise nach, dass die kantonale Instanz verfassungswidrig unrichtige oder unvollständige tatsächliche Feststellungen getroffen hat (BGE 118 Ia 20 E. 5a S. 26 mit Hinweisen).

b) Die geltend gemachten Verletzungen des rechtlichen Gehörs begründet der Beschwerdeführer hauptsächlich damit, dass der angefochtene Entscheid auf verschiedene relevante Vorbringen nicht eingeehe. Damit rügt er sinngemäss eine Verletzung der aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten Begründungspflicht. Danach ist die entscheidende Behörde gehalten, kurz die Überlegungen zu nennen, von denen sie sich hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt, so dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Von Verfassung wegen besteht allerdings keine Verpflichtung, sich einlässlich mit sämtlichen Parteistandpunkten auseinanderzusetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen (BGE 124 II 146 E. 2a S. 149; 123 I 31 E. 2c S. 34; 121 I 54 E. 2c S. 57).

5. Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b KG enthält einen Vorbehalt zu Gunsten von Unternehmen, welche zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet sind.

Der Instruktionsrichter hielt hierzu fest, das Erbringen von Bestattungsdienstleistungen, bestehend aus dem Verkauf von Särgen, der Einsargung von Verstorbenen, Transportleistungen, der Anfertigung von Trauerdrucksachen und dem Verkauf von Pietätsartikeln gehöre nicht zu den vom Kantonsspital Aarau wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben. Der Beschwerdeführer rügt, der Instruktionsrichter habe bei der Prüfung der Ausnahmebestimmung von Artikel 3 Absatz 1 KG die kantonale Gesundheitsgesetzgebung willkürlich ausgelegt, indem er unterstellt habe, das spitalinterne Todesfallwesen sei nicht öffentlich-rechtlicher Natur; zudem habe er seinem Entscheid Sachverhalte zugrunde gelegt, welche mit den Akten in klarem Widerspruch stünden. Da sich der angefochtene Entscheid zum spitalinternen Todesfallwesen trotz entsprechender Vorbringen im kantonalen Verfahren nicht äussere, liege überdies eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

a) Nicht einzutreten ist auf die Rüge der Aktenwidrigkeit, denn der Beschwerdeführer unterlässt die Angabe der Aktenstelle, mit welcher der angefochtene Entscheid in Widerspruch stehen soll (vgl. oben E. 3).

---

b) Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers kann aus der Begründung des angefochtenen Entscheides nicht abgeleitet werden, der Instruktionsrichter habe auch das spitalinterne Todesfallwesen als nicht öffentliche Aufgabe beurteilt. Vielmehr äussert sich der angefochtene Entscheid zu diesem Problembereich gar nicht. Darin kann weder eine Verletzung des Willkürverbotes noch der aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließenden Begründungspflicht erblickt werden, bildete das spitalinterne Todesfallwesen nach den insofern übereinstimmenden Parteivorbringen doch gerade nicht Gegenstand des vorsorglichen Massnahmeverfahrens. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet.

6. Nach den auch vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellten Erwägungen des Instruktionsrichters setzt der Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Artikel 17 KG unter anderem voraus, dass der Gesuchsteller einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil durch die drohende Verletzung des zu schützenden Rechts glaubhaft macht, wobei für diese Nachteilsprognose eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. Mit Bezug auf diese Nachteilsprognose erwog der Instruktionsrichter, die Beweisschwierigkeiten bei der Führung von Schadenersatzprozessen für entgangenen Gewinn aufgrund wettbewerbswidrigen Behinderungsverhaltens könnten als gerichtsnotorisch bezeichnet werden. Es liege daher auf der Hand, dass dem Beschwerdegegner nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile bereits bis zur Rechtskraft des Urteils im Hauptprozess drohten, die nur durch den Erlass einer vorsorglichen Massnahme abgewendet werden könnten. Der Beschwerdeführer bringt vor, der Instruktionsrichter habe nur die Interessen des Beschwerdegegners am Erlass der vorsorglichen Massnahme in Betracht gezogen. Im Umstand, dass im angefochtenen Entscheid die im kantonalen Verfahren vom Beschwerdeführer ins Feld geführten Nachteile nicht gewürdigt würden, liege eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

Der Instruktionsrichter hielt den Erlass einer vorsorglichen Massnahme für das einzige Mittel, um dem dem Beschwerdegegner durch das Verhalten des Beschwerdeführers drohenden Nachteil zu begegnen. Damit brachte er sinngemäss zum Ausdruck, dass er die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nachteile nicht als geeignet erachtete, um die Interessen des Beschwerdegegners am Erlass der vorsorglichen Massnahme aufzuwiegen. Wenn die Begründung des angefochtenen Entscheides in dieser Hinsicht auch als knapp zu bezeichnen ist, hat der Instruktionsrichter mit seinen Erwägungen doch die entscheidenden Überlegungen genannt, von welchen er sich hat leiten lassen. Eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Begründungspflicht ist daher zu verneinen (vgl. oben E. 4b).

7. Der Instruktionsrichter kam zum Schluss, dass es sich bei der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und der B. AG um eine

---

unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG handle, da sie den Wettbewerb auf dem relevanten Nachfragemarkt für Bestattungsdienstleistungen erheblich beeinträchtige. Gegen diese Beurteilung bringt der Beschwerdeführer keine substantiierten Rügen vor. Dass die Wettbewerbsbeschränkung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wäre (Art. 5 Abs. 2 KG), verneinte der Instruktionsrichter mit der Begründung, aus den Darlegungen des Beschwerdeführers gehe weder hervor, welchem Effizienzziel die vorliegende Vereinbarung dienen soll, noch werde ersichtlich, weshalb die inkriminierte Abrede notwendig sein sollte, um die angeblich vor 1986 herrschenden unbefriedigenden Zustände zu verhindern. Der Beschwerdeführer ficht diese Erwägung als willkürlich und gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör verstossend an.

Aus Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG ergibt sich, dass eine gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gerechtfertigt werden kann, wenn sie zur Erreichung von Effizienzvorteilen auch notwendig ist. Dies ist nur der Fall, wenn kein weniger wettbewerbsbeschränkendes Mittel zur Verfügung steht (Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBI 1995 I S. 560; HOFFET, in: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N. 97 zu Art. 5 KG). Abgesehen von der pauschalen Behauptung, die strittige Wettbewerbsabrede sei aus Effizienzgründen notwendig, finden sich weder in der staatsrechtlichen Beschwerde noch in den dort angeführten Aktenstellen substantiierte Vorbringen darüber, weshalb die geltend gemachten Effizienzvorteile nur mittels der strittigen Wettbewerbsbeschränkung erreicht werden können. Unter diesen Umständen erscheint der Schluss des Instruktionsrichters, die Notwendigkeit der inkriminierten Abrede werde nicht ersichtlich, nicht als willkürlich. Damit konnte der Instruktionsrichter willkürfrei davon ausgehen, dass die Voraussetzungen einer Rechtfertigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG nicht gegeben sind. Bei dieser Sachlage ist mangels Relevanz für den Ausgang des Verfahrens auf die Rügen des Beschwerdeführers, welche sich mit der wirtschaftlichen Effizienz der Wettbewerbsabrede befassen, nicht weiter einzugehen.

8. Der Beschwerdeführer macht geltend, eine Gutheissung der vorsorglichen Massnahme habe einen Schaden von CHF 300'000.-- zur Folge, da er diesfalls gezwungen wäre, eine betriebsinterne Koordinationsstelle im Todesfallwesen aufzubauen, was Personalmehrkosten von CHF 150'000.-- pro Jahr verursachen würde. Im Lichte dieser bereits im kantonalen Verfahren vorgebrachten Umstände sei die vom Instruktionsrichter in Anwendung von Artikel 28d Absatz 3 ZGB festgesetzte Sicherheitsleistung von CHF 25'000.-- willkürlich; zudem liege in der fehlenden Begründung für die Höhe der Sicherheitsleistung eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

---

a) Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, steht dem Richter bei der Festsetzung der Sicherheitsleistung im vorsorglichen Massnahmeverfahren ein weites Ermessen zu. In dieses greift das Bundesgericht nur mit grösster Zurückhaltung ein (vgl. das Urteil vom 7. Dezember 1992, publiziert in SMI 1994 III S. 360, E. 4). Die vom Instruktionsrichter angeordnete vorsorgliche Massnahme verbietet dem Beschwerdeführer lediglich, Angehörige von im Kantonsspital verstorbenen Patienten ausschliesslich an die B. AG zu verweisen. Sie äussert sich zum spitalinternen Todesfallwesen nicht und verpflichtet den Beschwerdeführer namentlich nicht, dieses in bestimmter Weise zu organisieren. Wenn der Instruktionsrichter der Argumentation des Beschwerdeführers bezüglich des Schadens im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens nicht gefolgt ist, erscheint dies bei dieser Sachlage jedenfalls nicht als willkürlich.

b) Der Instruktionsrichter führte aus, es sei offensichtlich, dass sich die angeordnete vorsorgliche Vollstreckung für den Beschwerdeführer nachteilig auswirken könne, falls sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erwiese. Mit der anschliessenden Festsetzung der Sicherheitsleistung auf CHF 25'000.-- machte er zudem deutlich, dass er den vom Beschwerdeführer befürchteten Schaden nicht als glaubhaft gemacht erachtete. Nachdem die sich auf die Organisation des internen Todesfallwesens beziehenden Vorbringen im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens willkürfrei als nicht relevant erachtet werden durften und der Beschwerdeführer nicht geltend macht, er habe den Schaden im kantonalen Verfahren mit weiteren Sachvorbringen substantiiert, muss die Begründung des Instruktionsrichters angesichts der zeitlichen Dringlichkeit des vorsorglichen Massnahmeverfahrens und der Schwierigkeit, den drohenden Schaden zu schätzen, den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

9. Nach Auffassung des Beschwerdeführers verletzt der angefochtene Entscheid die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und ist unverhältnismässig.

a) Das Kantonsspital Aarau erfüllt eine öffentliche Aufgabe (vgl. § 41 KV/AG, § 56 GesG/AG sowie insbesondere das aargauische Dekret über die Kantonsspitäler). Nach der Rechtsprechung gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit nur die Freiheit privatwirtschaftlicher Betätigung. Der Beschwerdeführer kann sich deshalb nicht auf sie berufen (BGE 124 I 297 E. 3a S. 298; 103 Ia 394 E. 2c S. 401; 73 I 366 E. 2 S. 371; Urteil vom 5. Februar 1999, publiziert in ZBGR 2000 S. 64 und ZBI 2000 S. 383, E. 3c; Urteil vom 12. Dezember 1996, publiziert in RDAT 1997 Nr. 10 S. 14, E. 3f).

b) Der Beschwerdeführer geht zutreffend davon aus, dass eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips nur im Zusammenhang mit der Anrufung eines besonderen Grundrechts geltend gemacht werden kann (BGE 123 I 1 E. 10). Der Willkürüge, mit der er den angefochte-

nen Entscheid als unverhältnismässig anfechten will, liegt die Ansicht zugrunde, dass ihm durch die vorsorgliche Massnahme im Ergebnis untersagt sei, den Angehörigen von im Kantonsspital Verstorbenen eine (ausserstehende) Koordinations- und Anlaufstelle im Todesfall bekanntzugeben. Diese Interpretation des angefochtenen Entscheides ist indessen nicht zwingend. Damit vereinbar wäre etwa auch eine Lösung, welche klar zwischen dem (öffentlich-rechtlichen) spitalinternen Todesfallwesen und den auf privater Basis zu erbringenden Bestattungsdienstleistungen unterscheidet. Das angefochtene Verbot lässt sich somit umsetzen, ohne dass damit unhaltbare und stossende Konsequenzen verbunden sind. Es erweist sich daher im Ergebnis nicht als willkürlich.

10. Damit erweisen sich die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Rügen als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist. Die staatsrechtliche Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Da der Beschwerdeführer als Träger eines öffentlichen Spitals keine eigentlichen Vermögensinteressen wahrnimmt, rechtfertigt es sich, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen wird der Beschwerdeführer entschädigungspflichtig (Art. 159 Abs. 2 OG). Die Entschädigung wird der Praxis der öffentlich-rechtlichen Abteilungen entsprechend auf CHF 2'000.-- festgelegt.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1. Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
  2. Es werden keine Kosten erhoben.
  3. Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit CHF 2'000.-- zu entschädigen.
  4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Instruktionsrichter des Handelsgerichts des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.
-

## D      **Entwicklungen Développements Sviluppi**

<b>D 2</b>	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia
------------	--

BERGMAN Mats A., "The role of the essential facilities doctrine" in The Antitrust Bulletin 2001, 403 ff.

BLAUG Mark, "Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency" in: Review of Industrial Organization 19 (2001), 37 ff.

BODMER Frank, BORNER Silvio, "Die Liberalisierung des Strommarktes in der Schweiz", Chur/Zürich 2001

BOVET CHRISTIAN, "Aspects des économies de réseaux", in: "Aux Confins du Droit": Essais en l'honneur du Professeur MORAND CHARLES ALBERT, Edité par AUER ANDERAS/DELLEY JEAN-DANIEL/HOTELLIER MICHEL/MALINVERNI GIORGIO, Helbling & Lichtenhahn, Genf, 2001, p. 491 ss.

BOVET CHRISTIAN, "Swiss Competition Law 1999-2000", Swiss Review of Business Law 2/2001

BOVET CHRISTIAN, "Le droit suisse de la concurrence dans un monde globalisé", in: "Le droit saisi par la mondialisation" (MORAND CHARLES-ALBERT), Helbling & Lichtenhahn, Bruxelles 2001

BÜRGI Johann A., STAFFELBACH Daniel, "Joint Ventures ohne Meldepflicht. Mit Teilfunktionen vermeidet man die Fusionskontrolle" in: Neue Zürcher Zeitung vom 17. Juli 2001

CHRISTENSEN Peder, RABASSA Valerie, "The Airtours decision: Is there a new Commission approach to collective dominance?" in European Competition Law Review 2001, 227 ff.

CURRAN III William J., "Markets, Morals, or Wealth? Delusions of a Standardized Antitrust Value" in: Review of Industrial Organization 19 (2001), 3 ff.

DANGER Kenneth L., FRECH III H.E., "Critical thinking about "critical loss" in antitrust" in The Antitrust Bulletin 2001, 339 ff.

GERARDIN Damien, "Regulatory Issues Raised by Network Convergence: The Case of Multi-Utilities" in Journal of Network Industries 2 (2001), 113 ff.

HARTMAN Raymond S., "Price-Performance Competition and the Merger Guidelines" in: *Review of Industrial Organization* 18 (2001), 53 ff.

HETTICH Peter, WINKLER Stephan, "Aspekte der Kartellgesetzesrevision" in: *Aktuelle Juristische Praxis AJP/PJA* 6/2001, 675 ff.

HIRSBRUNNER Simon, "Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 1999 und 2000" in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 7/2001, 197 ff.

JACQUEMIN Alexis, "Theories of Industrial Organisation and Competition Policy: What are the links?", Working Paper, European Commission Forward Studies Unit, 2000

KLOOSTERHUIS Erik, "Joint Dominance and the Interaction Between Firms" in: *European Competition Law Review* 2001, 79ff.

KÜHN Kai-Uwe, "Fighting collusion. Regulation of communication between firms" in: *Economic Policy*, (Center of Economic Policy Research, CEPR), April 2001, 169 ff.

MC KENZIE Richard, LEE Dwight R., "How digital economics revises anti-trust thinking" in *The Antitrust Bulletin* 2001, 253 ff.

MØLLGAARD Peter, OVERGAARD Per Baltzer, "Market Transparency and Competition Policy", Working Paper 6-2001, Institut for Nationaløkonomi, Copenhagen Business School

MÜLLER Denis C., "Delusions Regarding the Proper Role of Markets and Antitrust Policy" in: *Review of Industrial Organization* 19 (2001), 27 ff.

NIELS Gunnar, "Collective Dominance: More Than Just Oligopolistic Interdependence" in *European Competition Law Review* 2001, 168 ff.

OECD "Roundtable on Price Transparency", verschiedene Länderbeiträge, 2001

OVERD Alan, "Buyer Power" in *European Competition Law Review* 2001, 249 ff.

REDDY Bernhard, EVANS David, NICHOLS Albert and SCHMALENSSEE Richard, "A Monopolist Would *Still* Charge More for Windows: A Comment on Werden" in: *Review of Industrial Organization* 18 (2001), 263 ff.

REDDY Bernhard, EVANS David, NICHOLS Albert and SCHMALENSSEE Richard, "A Monopolist Would *Still* Charge More for Windows: A Comment on Werden's Reply" in: *Review of Industrial Organization* 18 (2001), 273 f.

STOLZ Peter, "Tendenzen im schweizerischen Wirtschaftsrecht - KMU und volkswirtschaftliche Effizienz" in: *Schweizerische Juristen-Zeitung* 6/2001, 113 ff.

VAN DIJK Theon, "General or Specific Competition Rules for Network Industries?" in *Journal of Network Industries* 2 (2001), 93 ff.

---

VELJANOVSKI Cento, "E.C. Antitrust in the New Economy: Is the European Commission's View of the Network Economy Right?" in *European Competition Law Review* 2001, 115 ff.

WERDEN Gregory J., "Microsoft's Pricing of Windows and the Economics of Derived Demand Monopoly" in: *Review of Industrial Organization* 18 (2001), 257 ff.

WERDEN Gregory J., "Microsoft's Pricing of Windows: A Reply to Reddy, Evans, Nichols, and Schmalensee" in: *Review of Industrial Organization* 18 (2001), 269 ff.

---

## **E**      **Diverses** **Divers** **Diversi**

### **E 1**    **Gutachten** Avis Pareri

*Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) erstattet von Prof. Dr. iur. René Rhinow, Ordinarius für öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel in Zusammenarbeit mit Dr. iur. Andrés A. Gurovits, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey Zürich, vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich*

#### **I. Problemstellung**

##### **a. Vorgeschlagene Änderung des Kartellgesetzes**

Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) hat ein Vernehmlassungsverfahren zu einer Änderung des Kartellgesetzes durchgeführt, mit welcher unter anderem direkte Sanktionen bei kartellrechtlichen Verstössen eingeführt werden sollen.

Die vorgeschlagenen Gesetzesentwürfe lauten wie folgt:

"6. Abschnitt: Verwaltungssanktionen

Art. 49a      Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen

<sup>1</sup> Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Bei der Bemessung des Betrags ist der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen.

<sup>2</sup> Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann ganz oder teilweise auf eine Belastung verzichtet werden.

<sup>3</sup> Die Belastung entfällt, wenn:

- a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, bevor diese Wirkung entfaltet;
- b. der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat.

...

**Art. 50 Verstössen gegen einvernehmliche Regelungen und behördliche Anordnungen**

Verstösst ein Unternehmen zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, so wird es mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Bei der Bemessung des Betrages ist der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen".

**b. Verfassungsrechtliche Abstützung**

In verschiedenen Stellungnahmen ist die Verfassungsmässigkeit dieser Massnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens in Frage gestellt worden.

Im erläuternden Bericht zur Verfassungsmässigkeit wurde Folgendes ausgeführt:

"Die vorgeschlagenen Bestimmungen stützen sich auf Artikel 96 Absatz 1 der Bundesverfassung. Danach erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbseinschränkungen. Diese Verfassungsnorm entspricht inhaltlich Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d der alten Bundesverfassung.

Charakteristisch für das schweizerische Verfassungsrecht über die Wettbewerbspolitik ist das so genannte Missbrauchsprinzip. Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen sollen nicht generell verboten werden, doch soll der Gesetzgeber Massnahmen treffen, um "schädliche Auswirkungen" von Kartellen und andern Wettbewerbsbeschränkungen zu verhüten (vgl. dazu auch die Ausführungen in der Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995 I 468, Ziff. 7). Gestützt auf dieses Verfassungsgebot hat schon das bestehende Kartellgesetz Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, als unzulässig erklärt, und zugleich eine Vermutung statuiert, dass der wirksame Wettbewerb bei bestimmten Abreden beseitigt wird (Art. 5 Abs. 3 KG). Ferner erklärt das Gesetz bestimmte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen für unzulässig, wenn dadurch Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt wird (Art. 7 KG). Diese beiden Fallkatego-

rien von Wettbewerbsbeschränkungen durch bestimmte Abreden beziehungsweise Marktmachtmissbräuchen werden also schon vom geltenden Gesetz besonders hervorgehoben, da sie typischerweise sozial schädliche Auswirkungen zeitigen. Andere als die in Artikel 5 Absatz 3 aufgeführten Wettbewerbsabreden sind nur dann unzulässig, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

Mit dem Revisionsvorschlag zu Artikel 49a werden die schon nach geltendem Recht als besonders schädlich qualifizierten Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 KG) mit einer administrativen Sanktion belegt. Neu sollen Unternehmen, die an solchen Wettbewerbsabreden beteiligt sind beziehungsweise solche Machtmissbräuche praktizieren, nicht nur zur Unterlassung dieser Verhaltensweisen verpflichtet werden, sondern für ihr rechtswidriges Verhalten direkt sanktioniert werden. Sinn dieser Sanktionierung ist, die von der Verfassung verlangte Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und Wettbewerbsbeschränkungen wirksamer zu gestalten. Indem die direkte Sanktionierung nur für Fälle vorgesehen wird, die wegen der vom Gesetz vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs beziehungsweise wegen Marktmachtmissbrauchs schon nach geltendem Recht für unzulässig erklärt werden, wird der von der Verfassung vorgegebene Rahmen des Missbrauchsprinzips nicht überschritten".

### **c. Gegenstand der Untersuchung**

Im Rahmen der Verfassungsmässigkeit von direkten Sanktionen sind folgende Fragen zu untersuchen:

- "1. Ist die Einführung direkter Sanktionen grundsätzlich mit dem Missbrauchsprinzip von Artikel 96 der Bundesverfassung in Einklang zu bringen?
2. Wenn die Einführung direkter Sanktionen grundsätzlich mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist: Ist der Vorschlag im Vernehmlassungsentwurf verfassungskonform ausgestaltet?
3. Falls der Vorschlag im Vernehmlassungsentwurf nicht verfassungskonform ist: Wie können direkte Sanktionen verfassungskonform ausgestaltet werden?"

## **II. Verfassungsgrundlagen der Kartellgesetzgebung**

### **a. Überblick**

Das geltende Wettbewerbsrecht stützt sich auf mehrere Verfassungsbestimmungen ab. Im Vordergrund steht zweifellos Artikel 96 BV über

---

die Wettbewerbspolitik, der Artikel 31<sup>bis</sup> Absatz 3 Buchstabe d der alten BV abgelöst hat (vgl. nachstehend Bst. b). Von zentraler Bedeutung erscheint indessen auch Artikel 27 BV, der einerseits die *Wirtschaftsfreiheit* in ihrer individual- und menschenrechtlichen Funktion garantiert, andererseits zusammen mit Artikel 94 BV eine grosse ordnungspolitische Bedeutung aufweist (vgl. nachstehend Bst. c). Auf die Rechtsetzung ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht näher einzugehen.

## **b. Artikel 96 BV (Wettbewerbspolitik) im Allgemeinen**

1. Nach Artikel 96 Absatz 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (gemäss Abs. 2 trifft er Massnahmen zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts sowie gegen den unlauteren Wettbewerb). Im Rahmen der Totalrevision der BV wurde der Kartellartikel teilweise neu redigiert. Die wesentliche Passage, der Bund habe Bestimmungen zu erlassen "gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen" blieb indessen unverändert. Es ist unbestritten, dass mit der Verfassungsreform in diesem Zusammenhang der alte Rechtszustand auf Verfassungsebene nicht verändert werden sollte. Die Bestimmung der aktuellen Verfassungslage im Kartellbereich kann deshalb an die Erkenntnisse von Lehre und Praxis unter dem abgelösten Verfassungsartikel anknüpfen.

2. Der Stellenwert des Kartellartikels der Bundesverfassung war lange Zeit umstritten. Die gegensätzlichen Positionen waren Abbild der unterschiedlichen Auffassungen über die Konzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung<sup>1</sup>.

?? Wer in der (Wirtschafts-)Verfassung das System der staatsfreien Privatwirtschaft verankert sah, deutete den Kartellartikel und die darauf abgestützte Wettbewerbspolitik als systemfremden Einbruch in den Grundsatz der privatautONOMEN Wirtschaftsgestaltung.

<sup>1</sup> Vgl. - auch zum Folgenden - RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Hrsg. ROGER ZÄCH und PETER ZWEIFEL, Dike Verlag, St. Gallen 1995, S. 93 ff. Die Darstellung übernimmt teilweise Textpassagen aus diesem Aufsatz. Zu den unterschiedlichen Positionen vgl. RENÉ RHINOW, in Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. J.F. AUBERT/K. ECHENBERGER/J.P. MÜLLER/R. RHINOW/D. SCHINDLER; zu Art. 31bis, Rz. 185 (m.H.); RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht (Handbuch), Basel/Frankfurt a.M. 1998, § 20 Rz., S. 13 ff.; KLAUS A. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 3. Aufl. Bern 1995, S. 105 ff.; WALTER R. SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit - staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung?, in: ZSR 1991 I 61 ff., insb. S. 74 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 105 ff.

- ?? Eine andere Ansicht erblickte im Grundrecht der früheren Handels- und Gewerbefreiheit "die Gewährleistung eines Systems des freien Wettbewerbs". Sie stufte die materielle Bedeutung des Kartellartikels eher als gering ein und sah in ihm vorab eine Kompetenzbestimmung, der lediglich die bereits im Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit enthaltene Grundentscheidung für eine wettbewerbsgesteuerte Wirtschaft *flankierend* unterstützt.
- ?? Nach einer dritten Auffassung - wie sie namentlich auch vom Gutachter im "Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft" vertreten wurde<sup>2</sup> - legte der Kartellartikel in eigenständiger Weise das verfassungsrechtliche Fundament für eine auf das Gemeinwohl verpflichtete staatliche Wettbewerbspolitik. Wettbewerbspolitik bedeutet nach dieser Konzeption keine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit; vielmehr dient sie deren Verwirklichung, insbesondere ihrer objektiv-rechtlichen (konstitutiven, programmatischen) Komponente, die auf Etablierung einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung gerichtet ist. Der Kartellartikel wiederholt dabei allerdings nicht bloss, was sich bereits aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ableiten liesse; er repräsentiert vielmehr gewisse eigenständige Wertungen des Verfassungsgebers: Indem er die Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen zum Ziel der staatlichen Wettbewerbspolitik erhebt, zeigt er an, nach welcher Richtung hin der Ausgleich zwischen der grundsätzlich freien wirtschaftlichen Betätigung (unter Einschluss der Wettbewerbsbehinderung durch Abrede unter Privaten) einerseits und der staatlichen Sorge für das zu schützende Gut "Wettbewerb" andererseits zu suchen ist. Insoweit setzt der Kartellartikel eigenständige wettbewerbspolitische Akzente. Diese Auffassung darf heute als die herrschende bezeichnet werden.

3. Die praktische Bedeutung der früheren Kontroverse um den Stellenwert des Kartellartikels darf nicht überschätzt werden. Im Zentrum jener Debatte stand die Frage, ob staatliche Kartellpolitik "systemkonform" sei oder dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit zuwiderlaufe. Aus der Sicht des Kartellgesetzgebers ist diese Frage von untergeordneter Bedeutung, denn gemäss Wortlaut des früheren Artikels 31<sup>bis</sup> Absatz 3 aBV war er so oder so ermächtigt, nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abzuweichen. Daran hat sich auch unter dem neuen Verfassungsrecht nichts geändert.

<sup>2</sup> RHINOW, Art. 31bis, Rz. 189 ff.; vgl. auch die Kommentierung von Art. 31, Rz. 27 ff.

4. Mit dem Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 ist in Artikel 1 eine Zweckbestimmung aufgenommen worden, welche die *Verhinderung* der von der Verfassung verpönten schädlichen *Auswirkungen* von Kartellen und die *Förderung des Wettbewerbes* "im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung" zum Gegenstand hat. Die herrschende Lehre steht heute auf dem Standpunkt, dass bereits in der Verfassung das Ziel der "Schaffung einer Wettbewerbsordnung" enthalten sei<sup>3</sup>. Die staatliche Wettbewerbspolitik soll "die grundsätzlich freiheitliche, wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung vor privaten Wettbewerbsbeschränkungen schützen, weil der wirksame wirtschaftliche Wettbewerb in der Regel günstige und erwünschte ökonomische und ausserökonomische Ergebnisse zeitigt"<sup>4</sup>.

Auf dieser Basis erschien es dem Verfassungsgeber zu Recht nicht notwendig, den in der alten Bundesverfassung noch enthaltenen Vorbehalt aufzunehmen, der Gesetzgeber könne bei der Kartellbekämpfung "nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen".

Im Gegenteil ist das Gebot der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung bereits in Artikel 27 BV (im Zusammenhang mit Art. 94 BV) enthalten. Es geht also bei der Bestimmung der Verfassungsgrundlagen der Wettbewerbspolitik nicht um ein Verhältnis von Regel (Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht) und Ausnahme (Kartellpolitik als Grundrechtseingriff), sondern um eine Abwägung unter verschiedenen Teilgehalten der Wirtschaftsfreiheit einerseits und zwischen der Wirtschaftsfreiheit und den verfassungsrechtlich verankerten Zielen der Wettbewerbspolitik andererseits.

5. Entscheidend ist somit, welche *konkreten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen* der Kartellgesetzgeber zu respektieren hat. Ausgangspunkt bleibt dabei die Feststellung, dass (auch) der Aufbau marktmächtiger Positionen sowie der Abschluss von Vereinbarungen kartellistischen Inhalts grundsätzlich den Schutz der Wirtschaftsfreiheit als Freiheit der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit geniessen<sup>5</sup>. Staatliche Massnahmen, die sich gegen bestimmte Kartelle und kartellähnliche Praktiken richten, stellen (auch) eine Grundrechtseinschränkung dar und sind nur zulässig, wenn sie auf einer hinreichend bestimmten *gesetzlichen Grundlage* beruhen, im *überwiegenden öffentlichen Interesse* liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt wahren (Art. 36 BV).

<sup>3</sup> JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, N 2 zu Art. 1 KG

<sup>4</sup> PAUL RICHLI/GEORG MÜLLER/TOBIAS JAAG, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2001, 48 f.

<sup>5</sup> Die Vertragsfreiheit stellt einen Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit dar. Vgl. RHINOW, Art. 31, Rz. 84, sowie Art. 31bis, Rz. 187

6. Zu prüfen ist demgemäss, ob sich die vorgeschlagene Regelung durch ein anerkanntes und überwiegendes öffentliches Interesse rechtfertigen lässt, ob sie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahrt und ob sie das Bestimmtheitsgebot respektiert. Bei dieser Prüfung, die hier notwendig "abstrakt" erfolgt, das heisst losgelöst von einem konkreten Einzelfall, ist eine gewisse Zurückhaltung zu üben. Der Gesetzgeber als das primär zur Verfassungskonkretisierung berufene Organ verfügt über einen *Gestaltungs- und Bewertungsspielraum*, der bei der Beurteilung der Verfassungsmässigkeit seines Handelns zu respektieren ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Organe der Rechtsanwendung verpflichtet sind, das anzuwendende Gesetzesrecht verfassungskonform zu interpretieren. Entsprechend dem Prüfungsprogramm, welches das Bundesgericht für die abstrakte Normenkontrolle entwickelt hat<sup>6</sup>, ist daher eine Vorschrift nicht schon dann als verfassungswidrig zu qualifizieren, wenn eine der grundsätzlich denkbaren Auslegungen nicht mit der Verfassung zu vereinbaren ist. Es besteht mit anderen Worten *kein Anlass, eine Norm zu beanstanden, wenn sie in vertretbarer Weise einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist*.

Bei der Beurteilung dieser Frage sind zwei Gesichtspunkte in Rechnung zu stellen: einerseits die Tragweite des Grundrechtseingriffs, andererseits die Möglichkeit der Grundrechtsträger, im konkreten Anwendungsfall einen hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutz zu erlangen. Dabei ist die Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation - wie sich das Bundesgericht ausdrückt - "nicht nur abstrakt zu untersuchen", vielmehr ist "auch die Wahrscheinlichkeit verfassungstreuer Anwendung miteinzubeziehen"<sup>7</sup>.

### **c. Artikel 27 BV (Wirtschaftsfreiheit)**

1. Die Wirtschaftsfreiheit schützt die freie berufliche und wirtschaftliche Entfaltung des Individuums, insbesondere jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die freie Berufswahl sowie den Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Als grundlegendes objektives Gestaltungsprinzip prägt die Wirtschaftsfreiheit (wie auch die Eigentumsgarantie) die gesetzliche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung massgebend. Neben der *individualrechtlichen Schutzfunktion* kommen der Wirtschaftsfreiheit deshalb auch

<sup>6</sup> Vgl. z.B. BGE 123 I 112 ff., 118 Ia 72

<sup>7</sup> BGE 118 Ia 433

ordnungspolitische<sup>8</sup> (sowie hier nicht näher zu beleuchtende *bundesstaatliche* und *demokratische* Funktionen) zu<sup>9</sup>.

2. Wie bei anderen Grundrechten steht auch bei der Wirtschaftsfreiheit die *individualrechtliche Schutzfunktion* im Vordergrund. Als Freiheitsrecht dient sie dem einzelnen Wirtschaftssubjekt zur *Abwehr staatlicher Eingriffe* in seinen Tätigkeitsbereich (Abwehrrecht). Prozessual kann dieser Schutz auf dem Wege der *Verfassungsgerichtsbarkeit* (auf Bundesebene freilich nur bedingt) durchgesetzt werden. Neben die negatorische, abwehrende Seite der individualrechtlichen Funktion tritt in jüngerer Zeit in verstärktem Masse ein positiver, *anspruchsbe gründender Aspekt*. So anerkennt das Bundesgericht einen bedingten Anspruch auf Zugang zu öffentlichem Grund; oder es verpflichtet das Gemeinwesen, die Gleichbehandlung der "Gewerbegenossen" (besser: der Konkurrenten) auch durch aktive Vorkehrungen zu garantieren. Der Staat ist durch die verfassungsrechtlich abgesicherte Wirtschaftsfreiheit verpflichtet, möglichst *optimale Voraussetzungen* für die wirtschaftliche Entfaltung der einzelnen Träger der Wirtschaftsfreiheit zu schaffen (konstitutiv-objektivrechtliche Bedeutungsschicht). Artikel 94 Absatz 3 BV nimmt diesen Teilgehalt auf, indem Bund und Kantone verpflichtet werden, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die Wirtschaft zu sorgen.

3. Die *ordnungspolitische Funktion* kommt in Artikel 94 BV zum Ausdruck, der in Absatz 1 Bund und Kantone zur Wahrung des so genannten *Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit* verpflichtet und in Absatz 4 namentlich den Wettbewerb zu diesem Grundsatz zählt. Für Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit gilt ein besonderes Schrankenregime: Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, bedürfen der Legitimation durch den *Verfassungsgeber* (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV; früher Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 aBV).

4. Das Bundesgericht hat in Konkretisierung des in Artikel 31 Absatz 2 aBV verankerten Verbots, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beeinträchtigen, die Maxime entwickelt, dass "nicht jedes irgendwie geartete öffentliche Interesse" einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen vermag<sup>10</sup>. Grundsatzwidrig und daher *unzulässig sind Massnahmen, die* (gemäss der gängigen höchstrichterlichen Formel)

<sup>8</sup> In früheren Publikationen des Autors wurde von einer "wirtschaftssystembezogenen Funktion" der Wirtschaftsfreiheit gesprochen. Zur Vermeidung von Missverständnissen, die sich aus dem Terminus "System" ergeben können, wird der Terminus "ordnungspolitische Funktion" verwendet.

<sup>9</sup> Vgl. zum Folgenden auch, RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000 - eine Einführung, Basel/Genf/München 2000, S. 307 ff.; DERS., § 35 Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 565 ff., Rz. 14 ff.

<sup>10</sup> Vgl. z.B. BGE 109 Ia 36; 118 Ia 176; 119 Ia 382

"den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen"<sup>11</sup> beziehungsweise um "das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken"<sup>12</sup>. Dem grundsätzlichen Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen entspricht ein in Artikel 27 BV wurzelnder Gleichbehandlungsanspruch: Konkurrenten haben einen *verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung*, insbesondere auf gleiche Marktzutrittschancen<sup>13</sup>. Grundsätzlich *unzulässig* sind aus dieser Perspektive Massnahmen, die bestimmten Marktteilnehmern vorteilhafte Positionen verschaffen oder die einen Markt abriegeln und neue Konkurrenz behindern oder fernhalten. Lehre und Praxis sprechen in diesem Zusammenhang auch von einem *Grundsatz der Wettbewerbsneutralität* staatlichen Handelns<sup>14</sup>. Den "Grundsatz wahren" bedeutet demnach im Wesentlichen: Bindung an die zentralen Elemente des *Marktmechanismus*, Verbot einer Verzerrung oder gar Ausschaltung des Spiels von Angebot und Nachfrage und folglich des Preismechanismus. In Artikel 94 Absatz 4 BV wird diese langjährige Rechtsprechung verfassungsrechtlich verankert, indem unter Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit insbesondere auch Massnahmen zu verstehen sind, "die sich gegen den Wettbewerb richten".

#### **d. Das so genannte Missbrauchsverbot von Artikel 96 BV**

1. Dem schweizerischen Kartellgesetzgeber ist es verwehrt, beliebige Zwecke zu verfolgen. Artikel 96 Absatz 1 BV stellt dem Gesetzgeber - in Gestalt einer Zielnorm<sup>15</sup> - die Aufgabe, volkswirtschaftlich oder sozial *schädliche Auswirkungen* von Kartellen zu bekämpfen. Diese explizite verfassungsrechtliche Richtschnur erfüllt eine doppelte Funktion: eine *grundrechtliche* (individualrechtliche) und eine *wettbewerbspolitische*. Zum einen stellt der Kartellartikel auf Verfassungsstufe klar, dass im Bereich der Wirtschaftsfreiheit wettbewerbspolitische Interessen als *eingriffslegitimierende Interessen* anerkannt sind. Zum andern wird bereits auf höchster Normstufe verbindlich vorgezeichnet - wenn auch in unbestimmten, konkretisierungsbedürftigen Begriffen -, wie der Ausgleich zwischen den privaten Grundrechtsinteressen (Vertragsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit) und dem öffentlichen Interesse an einem "wirksamen" Wettbewerb herzustellen ist. Die Verfassung nennt als entscheidendes Kriterium die volkswirtschaftliche

<sup>11</sup> BGE 118 Ia 176; 125 I 335 ff., 337

<sup>12</sup> BGE 111 Ia 186

<sup>13</sup> Vgl. BGE 121 I 135; 121 I 279; 125 II 129 ff., 149 ff.

<sup>14</sup> Vgl. RHINOW, Komm. BV, Art. 31, Rz. 43; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 656; BGE vom 5. Februar 1999 in ZBI 2000, S. 383 ff.

<sup>15</sup> Vgl. zur Normstruktur des früheren Kartellartikels RHINOW, Art. 31bis, Rz. 113, 208 ff.

oder soziale *Schädlichkeit* des wettbewerbsbeeinträchtigenden Verhaltens. Anders gewendet: Massnahmen, welche das Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit beschränken, liegen im überwiegenden öffentlichen Interesse, wenn sie durch die *Zielrichtung* des Kartellartikels (Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen) abgedeckt sind.

2. Der unbestimmte Begriff der volkswirtschaftlich oder sozial *schädlichen Auswirkung* erweist sich damit unter grundrechtlichen wie unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten als Schlüsselbegriff für die konkretisierende Ausgestaltung der Kartellgesetzgebung. Der Verfassungswortlaut verzichtet darauf, diesen Schlüsselbegriff näher auszuführen. Dessen Konkretisierung ist weitgehend dem Kartellgesetzgeber überantwortet, der dabei an gewisse verfassungsrechtliche Richtlinien gebunden ist, die sich aus dem Wortlaut, aus der Entstehungsgeschichte und aus dem Kontext des früheren Artikels 31<sup>bis</sup> Absatz 3 Buchstabe d. aBV ergeben haben<sup>16</sup>.

3. Wichtige erste Anhaltspunkte vermittelt der *Wortlaut*<sup>17</sup> von Artikel 96 Absatz 1 BV: Nicht Kartelle an sich, sondern deren schädlichen *Auswirkungen* sind vom Gesetzgeber zu bekämpfen. Ins Visier genommen wird zudem, was sich *objektiv gesehen schädlich* auf Volkswirtschaft und Gesellschaft auswirkt, *unabhängig vom - lauterer oder verwerflichen - Motiv, das dem kartellistischen Handeln zugrunde liegt*. Der Verfassungstext schweigt sich zwar darüber aus, wann eine Kartellauswirkung als *volkswirtschaftlich oder sozial* schädlich zu qualifizieren ist. Jedenfalls *genügt aber nicht jede beliebige schädliche Auswirkung*; es muss ein bestimmtes, nach objektiven Kriterien zu ermittelndes Ausmass erreicht sein. Es ist dem Kartellgesetzgeber verwehrt, Vorkehren gegen jede auch noch so geringfügige Auswirkung kartellistischer Praktiken zu treffen.

Im Übrigen belässt der Verfassungswortlaut dem Gesetzgeber einen *weiten gesetzgeberischen Spielraum*. Insbesondere *verzichtet* der Verfassungstext darauf, dem Gesetzgeber die *Verwendung bestimmter Mittel* vorzuschreiben oder *ihm bestimmte Mittel vorzuenthalten*; dies im Unterschied zu anderen verfassungsrechtlichen Aufgabennormen (vgl. z.B. Art. 100 BV). Ebenso wenig äussert er sich zu den *Sanktionen*, die bei Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht verhängt werden können. Der Kartellartikel begnügt sich vielmehr damit, ein - relativ unbestimmt gefasstes - *Ziel* vorzugeben, das mit Hilfe der zu erlassenden Ausführungsgesetzgebung zu erreichen ist<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Vgl. RHINOW/BIAGGINI, S. 100 ff.

<sup>17</sup> Zum Folgenden RHINOW, Art. 31bis, Rz. 208 ff.

<sup>18</sup> Zum Zielnormcharakter des Kartellartikels vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 113, S. 208 ff.

4. Ein Blick auf die *Entstehungsgeschichte* des Kartellartikels<sup>19</sup> bestätigt diese am Verfassungswortlaut orientierte Betrachtung.

Aus den Materialien zu Artikel 31<sup>bis</sup> Absatz 3 Buchstabe d aBV, deren Erkenntniswert im Rahmen der Verfassungsverinterpretation freilich begrenzt ist, ergibt sich zunächst klar, dass der vom alten Kartellartikel verwendete (und von Art. 96 BV miteingeschlossene) Verfassungsbegriff der "ähnlichen Organisationen" in einem weiten Sinne zu verstehen ist. Der Kartellartikel erfasst neben den Kartellen auch alle weiteren Verhaltensweisen, denen eine den Kartellen vergleichbare marktbeeinflussende Wirkung zukommt, nämlich "alle wirtschaftlichen Zusammenschlüsse und alle Machtstellungen in der Wirtschaft", ungeachtet der Rechtsform<sup>20</sup>. Dementsprechend ist im neuen Artikel 96 Absatz 1 BV von Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und "anderen Wettbewerbseinschränkungen" die Rede. Nicht minder klar geht aus der Entstehungsgeschichte des Artikels 31bis Absatz 3 Buchstabe d aBV hervor, dass mit Erlass jener Bestimmung nicht das Kartellwesen als solches bekämpft werden sollte. Es wurde im Verlaufe der Beratungen des Kartellartikels wiederholt unterstrichen, dass die schliesslich geltende Fassung nur die Bekämpfung von *Missbräuchen* und *Auswüchsen* im Kartellwesen<sup>21</sup> bezwecke beziehungsweise die Bekämpfung des Missbrauchs der Handels- und Gewerbefreiheit<sup>22</sup>.

Aufgrund der Entstehungsgeschichte ist aber ebenso klar, dass der Kartellgesetzgeber nicht auf die Bekämpfung *subjektiv verwerflichen Handelns* - im Sinne des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) etwa - beschränkt ist<sup>23</sup>. Die "subjektiv eingefärbte" Begrifflichkeit wurde vielmehr einzig dazu eingesetzt, um zu unterstreichen, dass es dem Kartellgesetzgeber verwehrt sei, das Kartellwesen *als solches* zu unterdrücken<sup>24</sup>: Mit der zum Beschluss erhobenen Fassung von Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV sollte ein *generelles, ausnahmsloses* gesetzliches Verbot von Kartellen und gleichgestellten Verhaltensweisen ausgeschlossen werden.

<sup>19</sup> Vgl. zum Folgenden RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Rz. 31 ff.

<sup>20</sup> AB SR 1939, 385 (Kommissionsberichterstatte); vgl. auch NR 1938, 375; SR 1945, 237. Siehe auch LEO SCHÜRMAN, Der Kartellartikel der Bundesverfassung, in: WuR 1958, S. 181 ff., insb. S. 193 ff.; DERS., Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes, in: WuR 1963, S. 77 ff., insb. S. 79.

<sup>21</sup> Vgl. z.B. AB NR 1938, 354, 375; SR 1939, 31; NR 1945, 518; SR 1945, 237

<sup>22</sup> Vgl. z.B. AB NR 1945, 518

<sup>23</sup> Vgl. AB NR 1938, 375 (wo die Begriffe "Missbräuche" und "Auswüchse" als Synonyme für "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" Verwendung finden)

<sup>24</sup> Vgl. AB SR 1939, 31

Weder der Wortlaut von Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV noch die publizierten Materialien enthalten hingegen Hinweise darauf, dass die am Prozess der Verfassungsgebung Beteiligten dem Kartellgesetzgeber bestimmte Mittel oder Sanktionen vorschreiben oder von vornherein vorenthalten wollten.

Die Lehre geht denn auch heute einhellig davon aus, dass der Kartellartikel im Prinzip den Einsatz *jedes zweckdienlichen Mittels* zulässt, unter Einschluss des *gesetzlichen Verbots bestimmter schädlicher Kartellpraktiken*, vorausgesetzt, das gewählte Mittel werde zielkonform und verhältnismässig ausgestaltet und eingesetzt<sup>25</sup>. Mit anderen Worten ergibt sich aus der Bundesverfassung kein *per se*-Verbot für kartellrechtliche *per se*-Tatbestände. Der Gesetzgeber als primär zur Verfassungskonkretisierung berufenes Organ hat diese Auffassung bestätigt, indem er im Kartellgesetz 1998 horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen im Sinne von Vermutungstatbeständen verboten hat (Art. 5 Abs. 3 KG).

Den Materialien sowie der älteren Literatur zu Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV sind sodann gewisse Hinweise darauf zu entnehmen, welche kartellistischen Praktiken zurzeit der Beratung und Verabschiedung des Kartellartikels als *volkswirtschaftlich* oder *sozial* schädlich angesehen wurden<sup>26</sup>.

Diese Äusserungen anlässlich der Ausarbeitung des Kartellartikels dienten durchwegs der Illustration; eine abschliessende Fixierung der künftigen Kartellpolitik wurde damit ebensowenig bezweckt wie eine verbindliche Festlegung der Methode, nach der die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit kartellistischer Praktiken festzustellen ist. Eine entsprechende Festschreibung wäre im Übrigen verfassungs(rechts)politisch fragwürdig, denn was schädlich ist, steht nicht ein für alle Male fest, sondern ist in den Lauf der Zeit gestellt und wird massgeblich mitbestimmt durch tatsächliche Faktoren (wie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel), durch die vorherrschenden Wertvorstellungen wie auch durch den aktuellen Stand der volkswirtschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse.

<sup>25</sup> Vgl. FRITZ GYGI, Verfassungsrechtliche Richtpunkte einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, in: DERS., Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 141 ff., insb. S. 157, 160 (der ausdrücklich die Zulässigkeit gesetzlicher Vermutungen bzw. "bedingter Verbote" bejaht); PAUL RICHLI, Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch Verfassungsgrundsätze, Bern 1983, S. 150; LEO SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994, S. 469; DERS., S. 99 (wenn auch nur als "äusserste Massnahme der Kartellpolitik"); RHINOW, Art. 31bis, Rz. 219 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Rz. 3; ZÄCH, Rz. 106; BORER, Rz. 7 zu Art. 1 KG

<sup>26</sup> Vgl. die Hinweise bei SCHÜRMAN, S. 196 f.

5. Weitere Richtpunkte für die Konkretisierung des Kartellartikels resultieren aus dem verfassungsrechtlichen Kontext, welcher den Kartellartikel umrahmt. Die Bundesverfassung erhebt eine ganze Reihe von sozial-? wirtschafts-?und weiteren politischen Anliegen in den Rang verfassungsrechtlich anerkannter öffentlicher Interessen. Diese sind - dem Gedanken *systematischer* Verfassungsauslegung und -konkretisierung entsprechend - bei Erlass und Vollzug der Kartellgesetzgebung mitzubedenken. Demnach ist die Frage, ob sich eine bestimmte kartellistische Verhaltensweise volkswirtschaftlich oder sozial schädlich auswirkt oder ob ein bestimmtes Sanktionensystem vor der Verfassung standhält, auch im Lichte dieser weiteren verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Interessen zu beurteilen, die ihrerseits dem Wandel der Zeit ausgesetzt sind. Der Kartellgesetzgeber wird seiner Aufgabe nur gerecht, wenn er eine Ausführungsgesetzgebung erlässt, bei deren Anwendung diese Verfassungsinteressen gebührend zur Geltung kommen können.

Zu diesen bei Erlass und Handhabung der Kartellgesetzgebung mitzubehütenden Verfassungsinteressen zählen insbesondere auch die im verfassungsmässigen Recht der Wirtschaftsfreiheit repräsentierten *Grundrechtsinteressen*, und zwar nicht nur die traditionellen subjektiven Freiheitsinteressen (abwehrrechtliche Grundrechtsdimension), sondern auch die *objektiven* Grundrechtsinteressen (konstitutive Dimension) und darunter namentlich das Interesse an einem wirksamen Wettbewerb. Nach heute überwiegender Lehre und Praxis enthält Artikel 27 BV neben der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Wirtschaftsfreiheit zugleich die Verfassungsentscheidung zu Gunsten einer grundsätzlich *wettbewerbsorientierten* Wirtschaftsordnung (wobei erfahrungsgemäss das Grundrecht allein eine solche Ordnung nicht zu gewährleisten vermag). Dieses aktuelle Verständnis der Wirtschaftsfreiheit beeinflusst die Deutung des Kartellartikels: Das Koordinationsprinzip Wettbewerb geniesst tendenziell Vorrang gegenüber anderen wirtschaftlichen Koordinationsprinzipien. Darin widerspiegelt sich die Erkenntnis, dass der funktionierende wirtschaftliche Wettbewerb langfristig gesehen in der Regel günstige (erwünschte) ökonomische und soziale Ergebnisse zeitigt sowie die individuelle freie Entfaltung ermöglicht<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Vgl. RHINOW, Art. 31bis, Rz. 187 sowie Rz. 185 (Anm. 361); RICHLI, S. 131; sowie den Positionsbezug des Bundesrates im Rahmen der Botschaft (vom 13. Mai 1981) zum geltenden Kartellgesetz, BBl 1981 II 1372 f.; vgl. auch FRITZ GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 43 ff., 116 ff. Gegen eine Vorrangstellung des Wettbewerbs VALLENDER, S. 106 f.; Eric HOMBERGER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990, Einleitung, Rz. 10 ff.

6. *Zusammenfassend*: Die zentrale Aufgabe des Kartellgesetzgebers besteht darin, den unbestimmten verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen" unter Berücksichtigung dieses verfassungsrechtlichen Kontexts zu konkretisieren (bzw. ein organisatorisch-verfahrensmässiges Konzept zu dessen Konkretisierung normativ festzulegen) und ein geeignetes kartellrechtliches Instrumentarium mit Einschluss eines Sanktionensystems einzurichten. Die *doppelte Unbestimmtheit* des Kartellartikels hinsichtlich des *Ziels* sowie hinsichtlich der einsetzbaren *Mittel* bedeutet dabei nicht, dass die Ausgestaltung der Ausführungsgesetzgebung dem politischen Belieben des Kartellgesetzgebers anheimgestellt wäre. Doch die Verfassung belässt dem Gesetzgeber einen *beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum*<sup>28</sup>. Der Kartellartikel steht einer Änderung der Kartellgesetzgebung nicht entgegen, solange diese Neuorientierung die weitgefassten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben respektiert.

7. Im Übrigen ist nochmals zu unterstreichen, dass der Kartellartikel zwar unstreitig keine Grundlage für ein durchgängiges Verbot aller Kartelle und andere Wettbewerbseinschränkungen bietet, dass es indessen dem Gesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht verwehrt war, sich des *Handlungsinstruments des per se-Verbots* zu bedienen und bestimmte kartellistische Verhaltensweisen, deren Schädlichkeit anerkannt ist, jedenfalls im Sinne von Vermutungstatbeständen in genereller Weise zu untersagen<sup>29</sup>.

### III. Verfassungsgrundlagen und direkte Sanktionen

#### a. Direkte Sanktionen gemäss Vernehmlassungsvorschlag

1. Nach geltendem Wettbewerbsrecht werden im verwaltungsrechtlichen Verfahren Verwaltungssanktionen (6. Abschnitt) und Strafsanktionen (7. Abschnitt) unterschieden. Verwaltungssanktionen können gemäss Artikel 50 KG nur verhängt werden, wenn ein Unternehmen "zu seinem Vorteil gegen eine einvernehmliche Regelung, eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einen Entscheid der Rechtsmittelinstanz" verstösst. Die Verletzung des Kartellgesetzes muss zuerst in einem rechtskräftigen Entscheid der Wettbewerbsbehörden festgestellt worden sein, bevor eine Sanktion ausgesprochen

<sup>28</sup> Zur Offenheit des Kartellartikels nachdrücklich GYGI, S. 159 f.

<sup>29</sup> Kritisch zur Verwendung des gebräuchlichen Gegensatzpaares "Missbrauchs-" und "Verbotsgesetzgebung" GYGI, S. 142 f., 151 ff.; RHINOW, Art. 31bis, Rz. 216. Vgl. auch z.B. LEO SCHÜRMAN/WALTER R. SCHLUEP, Kartellgesetz - Preisüberwachungsgesetz (Kommentar), Zürich 1988, S. 46 f.; LEO SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994, S. 469; BBI 1981 II 1294, 1370 f.; BBI 1961 II 562; BBI 1937 II 889; ZÄCH, Rz. 107; BORER, Rz. 7 f. zu Art. 1 KG

werden kann. Damit ist eine Sanktion erst im Wiederholungsfall möglich; der erste Verstoss bleibt folgenlos. Dies gilt nicht für die Missachtung der Meldepflicht für meldepflichtige Zusammenschlussvorhaben (Art. 51, 55 KG) und die Missachtung des Vollzugsverbotes (Art. 32 Abs. 2 KG).

2. Der Vernehmlassungsentwurf (Art. 49a Vorentwurf (VE) KG) sieht nun vor, dass eine Sanktion bereits dann ausgesprochen werden kann, wenn ein Unternehmen "an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält". Damit sollen so genannte direkte Sanktionen eingeführt werden, wie sie etwa im Kartellrecht der Europäischen Union<sup>30</sup> vorgesehen und in der Praxis verhängt werden. Während aber das europäische Wettbewerbsrecht auf dem so genannten Verbotsprinzip beruht, gestattet die Bundesverfassung kein durchgängiges Verbot aller Kartelle. Es ist deshalb zu untersuchen, ob sich direkte Sanktionen auch auf schweizerisches Verfassungsrecht abstützen lassen.

Vorerst geht es bloss darum zu prüfen, ob direkte Sanktionen *als solche* vor der Verfassung standhalten. Später wird zu untersuchen sein, ob die konkret vorgeschlagene gesetzliche Sanktionenordnung verfassungskonform erscheint.

3. Es ist unbestritten, dass sich die geltende Regelung von Artikel 50 KG mit den indirekten Sanktionen im Rahmen der Bundesverfassung bewegt<sup>31</sup>. Nach JÜRGEN BORER kommt bei diesem Sanktionensystem "dem schweizerischen Kartellrecht als Vorgabe dienende Missbrauchsansatz deutlich zum Vorschein". Wie vorne einlässlich dargelegt wurde, lässt sich indessen aus der "Missbrauchsatur" des schweizerischen Wettbewerbsrechts wenig ableiten. Untersagt ist vor allem ein integrales Kartellverbot, und zu bekämpfen sind die schädlichen Auswirkungen von Kartellen. Insofern unterscheidet sich die schweizerische Verfassungsbasis von derjenigen des Gemeinschaftsrechts.

Wie ROGER ZÄCH - im Anschluss an WALTER SCHLUEP - allerdings mit Recht hervorhebt, können sich die Systeme "Verbot mit Ausnahmevorbehalt" und "Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt" in der Praxis annähern. Je nach konkreter Ausgestaltung und Praxis der Wettbewerbsbehörden können sie praktisch dieselbe Wirkung haben, so dass auch deswegen aus diesem Gegensatzpaar wenig Substanzielles zu gewinnen wäre<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Art. 81 und 82 (ex-Art. 85 und 86) sowie Art. 83 (ex-Art. 87) des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) vom 25. März 1957 und Verordnung Nr. 17/62 des Rates vom 6. Februar 1962

<sup>31</sup> Vgl. insbesondere RHINOW/BIAGGINI, S. 93 ff.; BORER, N. 3 zu Art. 50

<sup>32</sup> ZÄCH, Rz. 107

## b. Artikel 96 BV

1. Die Bundesverfassung äussert sich nicht zu den vom Gesetzgeber einzurichtenden Instrumenten, mit welchen dem Verfassungsziel der Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen Nachachtung verschafft werden kann. Wie oben ausgeführt worden ist, verfügt der demokratische Gesetzgeber diesbezüglich über einen breiten Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum.

Wenn per se-Verbote oder die in Artikel 7 KG geregelten unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen mit dem Kartellartikel der Bundesverfassung vereinbar sind, ist nicht ersichtlich, warum daran geknüpfte Sanktionenregelungen per se unzulässig sein sollen. Geht es bei diesen bloss darum, das materiellrechtlich verbotene Verhalten zu ahnden und sind sie auch *geeignet*, dieses Ziel zu erreichen, kann aus Artikel 96 BV kein Hinderungsgrund abgeleitet werden. Im Gegenteil lässt sich dem Kartellartikel das Gebot entnehmen, der Gesetzgeber habe dafür zu sorgen, dass schädliche Auswirkungen von Kartellen auch zielkonform und wirkungsvoll bekämpft werden.

Kommt der Gesetzgeber gestützt auf eine Analyse der faktischen Gegebenheiten, vor allem der (mangelnden) Wirksamkeit der heute im Kartellgesetz vorgesehenen und praktizierten Sanktionenordnung, zum Schluss, nur direkte Sanktionen vermöchten das Verfassungsziel zu erreichen, so hält er sich innerhalb der Grenzen von Artikel 96 BV.

2. In einzelnen *Vernehmlassungsantworten* ist eingewendet worden, direkte Sanktionen würden praktisch zu einem *Kartellverbot* führen. Dieser Einwand könnte aus verfassungsrechtlicher Sicht dann stichhaltig sein, wenn über die Sanktionsregelung auf offene oder verdeckte Weise das materielle Wettbewerbsrecht verschärft würde (und aus diesem Grund Artikel 96 BV tangiert sein könnte). Geht es aber nur darum, ein ohnehin gesetzlich verpöntes Verhalten auf wirksamere Weise zu ahnden, kann allein darin kein Verfassungsverstoss erblickt werden.

Die *Optimierung der Wirksamkeit* der an sich zulässigen, im Kartellgesetz verankerten Instrumente kann sogar geboten sein, wenn anders die verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziele nicht erreicht werden können. Soweit ersichtlich ist bis anhin nicht bezweifelt worden, dass direkte Sanktionen ein für die Förderung des Wettbewerbs (Art. 1 KG) effektiveres Mittel darstellen als bloss indirekte.

3. Eine Passage in einem vom Gutachter zusammen mit GIOVANNI BIGGINI publizierten Aufsatz (vgl. Anm. 1) steht dieser Auffassung nicht entgegen. In diesem Aufsatz wird explizit nur zur Frage der Verfassungsmässigkeit von Artikel 5 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 1 KG (positiv) Stellung genommen. Wörtlich heisst es:

"Ein im Gesetz selbst ausgesprochenes (d.h. generell-abstrakt strukturiertes) Verbot bildet ein geeignetes und wirksames gesetzgeberisches Mittel zur Verwirklichung des angestrebten Ziels und ist auch unter dem Titel der Erforderlichkeit nicht zu beanstanden. Abstrakt betrachtet mag zwar ein *ex ante*-Verbot schädlicher kartellistischer Praktiken einschneidender erscheinen als ein Verbot, das wie im [früheren] Kartellrecht erst im Anschluss an ein Untersuchungsverfahren für einen bestimmten Einzelfall ausgesprochen wird. Doch inhaltlich erfasst das Verbot schädlicher Praktiken so oder so, ob gesetzlich oder einzelfallweise ausgesprochen, stets dieselben, aus volkswirtschaftlicher beziehungsweise sozialer Optik als schädlich zu qualifizierenden Sachverhalte".

An diese klare Aussage schliesst sich ein Satz an, der - aus dem Zusammenhang gerissen! - missverständlich erscheinen könnte.

"Im Übrigen knüpfen die ... Sanktionen [gemäss Art. 50 ff. KG] - anders als im Wettbewerbsrecht der EG - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen immer an konkrete Rechtsakte der Wettbewerbsbehörden an und nicht bereits an das gesetzliche Verbot; der Sanktion geht mit anderen Worten ... stets eine einzelfallbezogene Prüfung der Frage voraus, ob die fragliche kartellistische Verhaltensweise dem gesetzlichen Verbot unterliegt oder nicht".

Dieser Satz rundet die vorherige Aussage ab, darf aber nicht als "Umkehrschluss" verstanden werden, in dem Sinne, dass ein Wechsel zu direkten Sanktionen verfassungswidrig wäre. Auch der letzte Satz, dass es "unter diesen Umständen" dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein könne, das Instrument der generell-abstrakten Untersagung einzusetzen, stellt klar, dass nicht die Frage der Sanktionsregelung zu beurteilen war. Die materiellrechtliche Zulässigkeit von Instrumenten hängt nicht davon ab, wie die Sanktionen ausgestaltet sind.

#### **IV. Verfassungskonformität der vorgeschlagenen Sanktionsregelung**

##### **a. Fragestellung**

Die vorgeschlagenen direkten Sanktionen knüpfen an zwei Tatbestände an:

?? die per se-Verbote als Vermutungstatbestände (Art. 5 Abs. 3 KG),  
und

?? die missbräuchliche Wettbewerbsbehinderung oder Benachteiligung durch marktbeherrschende Unternehmen (Art. 7 KG).

Beide Tatbestände sind materiellrechtlich verfassungskonform, ebenso die Einführung direkter Sanktionen an sich, so dass sich die Frage

---

stellt, ob zusätzlich der konkrete Vorschlag einer Änderung der Sanktionsregelung für sich allein gegen Artikel 96 BV (oder Art. 27 BV) verstösst.

## **b. Direkte Sanktionen und Vermutungs- sowie Missbrauchstatbestände**

1. Artikel 5 Absatz 3 KG enthält die widerlegbare Vermutung, wonach bestimmte Preis-, Mengen- und Gebietsabreden wirksamen Wettbewerb beseitigen, äussert sich aber nicht näher zu den Bedingungen einer Entkräftung der Vermutung. Materiell gesehen ist der Nachweis erforderlich, dass eine bestimmte Preis-, Mengen- oder Gebietsabrede nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist nach geltendem Recht davon auszugehen, dass die Entkräftung der Vermutung im Rahmen eines kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens gemäss Artikel 26 ff. KG zu erfolgen hat, das im Wesentlichen nach den Bestimmungen des VwVG<sup>33</sup> durchzuführen ist (vgl. Art. 39 KG) und dass die Entkräftung der Vermutung durch förmliche Verfügung der Wettbewerbskommission ausgesprochen wird (Art. 18 Abs. 3 KG). Aufgrund der Untersuchungsmaxime, die das Verfahren beherrscht, und angesichts der gegebenen Rechtsschutzmöglichkeiten (Art. 44 KG) besteht Gewähr dafür, dass die Entscheidung über die Entkräftung der Vermutung nach objektiven Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Zielvorgaben getroffen wird. Die betroffenen privaten Wirtschaftssubjekte haben aufgrund der gesetzlichen Vermutung die "objektive Beweislast" zu tragen. In der Risikoverteilung des Gesetzes widerspiegelt sich die - den Rahmen der Verfassung respektierende - Akzentuierung (aber nicht Verabsolutierung) des Kriteriums Wettbewerb.

2. Unter rechtsstaatlichem wie grundrechtlichem Blickwinkel besteht zudem Anspruch darauf, dass eine Entscheidung betreffend die Entkräftung der Vermutung *innert einer zumutbaren Zeitdauer* ergeht; eine übermässige Verzögerung wäre mit dem Prinzip der Verhältnismässigkeit von Grundrechtsbeschränkungen nicht zu vereinbaren.

3. Wenn nun Sanktionen direkt an Entscheidungen der Wettbewerbskommission geknüpft werden, mit welchen die gesetzliche Vermutung bestätigt respektive die Unzulässigkeit der Abreden oder der Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens festgestellt werden, so verändert sich die Situation der betroffenen Marktteilnehmer insofern, als sie *vor dieser behördlichen Feststellung mit*

<sup>33</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren; SR 172.021

*Sanktionen rechnen müssen.* Insofern bringt der Vorschlag eine "Verschärfung", als keine Chance der "sanktionslosen" Korrekturmöglichkeit des wettbewerbswidrigen Verhaltens besteht. Die Wettbewerbsbehörde hat aber - wie unter dem geltenden Recht - die materiellrechtliche Lage sorgfältig nach den Regeln des VwVG abzuklären. Nur wenn diese Prüfung ergibt, dass die fraglichen Abreden in concreto unzulässig erscheinen, dürfen Sanktionen verhängt werden.

Am verfassungsrechtlichen "Auswirkungsprinzip" (resp. am sog. "Missbrauchsprinzip") ändert sich nichts. Artikel 96 BV gebietet nicht, unzulässiges Verhalten "in einer ersten Runde" zu tolerieren. Was materiellrechtlich verboten ist, darf auch, ja muss unter Umständen zur Erreichung des Verfassungsziels mit Sanktionen belegt werden.

### **c. Normbestimmtheit im Kartellrecht**

1. Auch wenn sich die vorgeschlagene Neuordnung der Sanktionen auf Artikel 96 (und 27) BV abstützen kann, stellt sich die Frage nach ihrem Verhältnis zum verfassungsrechtlichen *Legalitätsprinzip*. Gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören auch die grundlegenden Bestimmungen über die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Bst. b; vgl. auch Art. 36 BV) sowie über die Rechte und Pflichten von Personen (Bst. d). Insbesondere bei *Sanktionen* werden erhöhte Anforderungen an die gesetzliche Grundlage gestellt.

Zum Legalitätsprinzip gehört auch das Erfordernis der *genügenden Bestimmtheit* des Rechtssatzes, auf den sich Verfügungen stützen. Das Bestimmtheitsgebot steht vor allem im Dienste der Berechenbarkeit und Vorsehbarkeit des staatlichen Handelns<sup>34</sup>.

2. Es ist unbestritten, dass diese Anforderungen auch im *Wirtschaftsrecht* zu beachten sind. Trotzdem anerkennen Lehre und Rechtsprechung, dass hier weit gefasste Delegationsnormen und die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in recht grosszügiger Weise unumgänglich sind. Wichtige Weichenstellungen erfolgen vielfach erst auf der Stufe der Verordnung oder - wie hier - erst im Rahmen der behördlichen Rechtsanwendung. Eine solche Verlagerung der Entscheidungsmacht auf die Ebene der Gesetzesanwendung lässt sich gewöhnlich rechtfertigen, wenn die rasche Anpassung einer Regelung an sich wandelnde Verhältnisse erforderlich ist (Flexibilitätsbedürfnis, mangelnde Vorsehbarkeit), oder wenn es um komplexe Fragen vorwiegend "technischer" Natur geht und die Handlungsform des formellen Gesetzes (bzw. das Verfahren der Gesetzgebung) sich für die fragliche

<sup>34</sup> Vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rz. 311 ff.; BGE 109 273, 283

Regelung als wenig geeignet erweist. *Schwerwiegende* Eingriffe in Grundrechtspositionen bedürfen indessen stets eines hinreichend bestimmten Anknüpfungspunktes im formellen Gesetz<sup>35</sup>.

3. Auch bei der *Rechtsetzung im Kartellbereich* ist es ausserordentlich schwierig, wenn nicht unmöglich, durchwegs dem Anspruch gerecht zu werden, klare und eindeutige Verhaltensnormen zu formulieren, die für die betroffenen Wirtschaftssubjekte Orientierungsgewissheit schaffen. Diese Schwierigkeiten sind nicht bloss gesetzgebungstechnischer Natur. Sie liegen zu einem guten Teil in den dargestellten verfassungsrechtlichen Grundlagen der Wettbewerbspolitik begründet, die der Kartellgesetzgeber in aktualisierender Konkretisierung zu operablen Normen zu verdichten hat. Der unbestimmte und entwicklungs offene Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen" (Art. 96 Abs. 1 BV) verlangt eine situativ differenzierende Beurteilung kartellistischer Praktiken und sperrt sich daher gegen eine abschliessende Fixierung kartellrechtlicher Tatbestände auf Gesetzesstufe. Der Gesetzgeber darf und soll Unbestimmtheit reduzieren, aber er kann und darf sie von Verfassungs wegen nicht voll auf beseitigen. Unbestimmte Normen und Tatbestandsmerkmale sowie offen definierte Rechtfertigungsmöglichkeiten wie die Entkräftung der Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 oder ausnahmsweise Zulassung gemäss Artikel 8 KG sind erforderlich, um den notwendigen Raum für eine verfassungskonforme Handhabung der Gesetzgebung im Einzelfall zu schaffen.

Diese immanente Unbestimmtheit der Kartellgesetzgebung kann durch geeignete Vorkehren gemildert werden, so dass die Ungewissheit ein erträgliches Mass bewahrt. Das Kartellgesetz leistet in dieser Hinsicht Beachtliches, indem es den Bedeutungsgehalt generalklauselartiger Normen durch Beispielkataloge erhellt und indem es anderweitig deutliche Richtlinien zuhanden der gesetzekonkretisierenden Organe gibt (gerade bei Art. 5 Abs. 3 und Art. 7 KG), womit sich zugleich - aus Sicht der betroffenen Wirtschaftssubjekte - die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns entscheidend erhöht. Das Kartellgesetz richtet somit eine *förmliche Prozedur* ein, die dazu bestimmt ist, die Schädlichkeit kartellistischer Verhaltensweisen im konkreten Fall zu klären: Die Normunbestimmtheit wird in hinreichender Weise durch Verfahren kompensiert<sup>36</sup>.

#### **d. Normbestimmtheit und direkte Sanktionen**

1. Während die materiellrechtliche Unbestimmtheit der gesetzlichen Ausgestaltung als verfassungskonform zu qualifizieren ist, stellt sich

<sup>35</sup> RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Rz. 60

<sup>36</sup> Vgl. dazu RHINOW/BIAGGINI, S. 32

die Frage, ob angesichts dieser hinzunehmenden Unbestimmtheit direkte Sanktionen vorgesehen werden dürfen. Zweifellos wird dem Gebot der Berechenbarkeit und Vorsehbarkeit des staatlichen Handelns besser entsprochen, wenn die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsabrede oder von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmungen zuerst im Einzelfall festgestellt wird, *bevor* Sanktionen ergriffen werden können. Der Gutachter vertritt auch heute die Auffassung, dass die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Artikel 7 KG *ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage* in concreto verfassungsrechtlich *bedenklich* wäre. Dementsprechend hat er in dem zusammen mit GIOVANNI BIAGGINI verfassten Aufsatz auch festgehalten, ein blosser Verstoss gegen die gesetzlichen Kartelltatbestände bleibe verwaltungsrechtlich wie strafrechtlich sanktionslos. Unter diesen Umständen dürfe die Unbestimmtheit als erträglich und mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen grundsätzlich vereinbar qualifiziert werden<sup>37</sup>.

2. Der Vorentwurf zur Gesetzesrevision sieht in Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a VE KG vor, dass eine Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen entfällt, wenn "das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, bevor diese Wirkung entfaltet". Diese Möglichkeit einer Vorabmeldung soll dazu dienen, dass die Unternehmen das Risiko einer Fehlbeurteilung des eigenen Verhaltens nicht selber tragen müssen. Dasselbe gilt nach Buchstabe b, wenn der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 KG zugelassen hat.

Mit diesem Instrument hat es jede Unternehmung in der Hand, die materielle Rechtslage im Zweifelsfall abklären zu lassen und damit der Gefahr einer Sanktion zu entgehen. Dies bedeutet, dass sich bei den harten Kartellen nach Artikel 5 Absatz 3 KG, deren Unzulässigkeit vermutet wird, eine Meldung durch betroffene Unternehmen aufdrängen dürfte, wenn diese die gesetzliche Vermutung entkräften wollen. Ebenso werden sich marktbeherrschende Unternehmen verhalten, wenn sie keinen der in Artikel 7 KG fallenden Tatbestand erfüllen, aber nicht sicher sind, ob ein anderes wettbewerbsbeeinträchtigendes Verhalten von der Wettbewerbskommission als "Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt" qualifiziert werden könnte.

3. Die Vorabmeldung stellt ein *notwendiges Korrektiv* der Unbestimmtheit des Normtextes dar. Die Verantwortung einer angemessenen Reaktion auf diese Meldung obliegt der Wettbewerbsbehörde. Reagiert diese nicht (oder nicht richtig), dürfen später keine Sanktionen ausgesprochen werden. Erachtet sie die Abrede respektive die

<sup>37</sup> RHINOW/BIAGGINI, S. 33

Verhaltensweise als unzulässig, so hat sie dies *mit Verfügung festzustellen*, so dass der Rechtsweg nach Artikel 44 KG eröffnet wird.

Hinter der Meldepflicht steckt demnach *mehr als eine blosse Anzeige*. Es geht im Grunde genommen darum, dass auf Antrag privater Unternehmen eine ("vorzeitige") Klärung der materiellen Rechtslage herbeigeführt wird. Private Unternehmen erhalten einen Anspruch auf Feststellung der "Unbedenklichkeit" einer Wettbewerbsbeschränkung. Teilt die Wettbewerbskommission diese Auffassung der Unternehmen nicht, steht dieser der Rechtsweg offen. Auf diese Weise kann es gelingen, die Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren.

4. Die Vorabmeldung dient primär der Beantwortung der Frage beziehungsweise der Beseitigung der Unsicherheit darüber, ob eine Abrede oder ein Verhalten gegen Artikel 5 Absatz 3 und/oder Artikel 7 KG verstösst und deshalb eine Fortsetzung der Abrede oder des Verhaltens mit einer Sanktion zu ahnden wäre. Von dieser Frage zu unterscheiden ist jene, welche Sanktion angeordnet werden soll, falls die Wettbewerbsbehörden in einem konkreten Fall einen Verstoss gegen Artikel 5 Absatz 3 und/oder Artikel 7 KG festgestellt haben, ohne dass eine Vorabmeldung erfolgt wäre. In Bezug auf die Bemessung des Betrages, mit welchem in einem solchen Fall ein beteiligtes Unternehmen belastet werden soll, führt der Wortlaut von Artikel 49a Absatz 1 VE KG als einziges Kriterium den mutmasslichen Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat, an. Im vorgeschlagenen Wortlaut unerwähnt bleiben hingegen die Schwere und die Dauer des Verstosses. Die Nennung des mutmasslichen Gewinnes als alleiniges Bemessungskriterium erscheint aber als etwas zufällig, insbesondere weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch ein schwerer Verstoss lediglich zu einem geringen Gewinn führt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die rechtsanwendende Behörde bei der Bemessung einer Sanktion stets auch die Dauer und die Schwere des Verstosses und nicht nur den mutmasslichen Gewinn berücksichtigen würde. Der Normbestimmtheit dienlich wäre deshalb die ausdrückliche Nennung der Kriterien der Dauer und der Schwere des Verstosses im neuen Gesetz. Damit würde im Gesetzeswortlaut in transparenter Weise klargestellt, was gemäss dem erläuterndem Bericht dahin gelten soll.

5. Ein weiterer (möglicherweise rein redaktioneller) Hinweis drängt sich auf: Die Belastung soll nach dem VE nur entfallen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung "freiwillig" gemeldet wird. Da die (direkte) pekuniäre Sanktion keinen pönalen Zweck verfolgt, muss es genügen, wenn eine Beurteilung der materiellen Rechtslage erfolgt, bevor die Wettbewerbsbeschränkung Wirkungen entfaltet. Sollte der Fall eintreten (können), dass eine *Meldung durch Dritte* erfolgt oder die *Wettbewerbskommission* von sich aus *aktiv* wird, muss meines Erach-

tens die Sanktion ebenfalls entfallen, falls (noch) keine Wirkungen festzustellen sind.

Die Vorabmeldung stellt keinen "Bonus", keine "Belohnung" für Unternehmen dar; sie dient einzig und allein der Verringerung von Normunbestimmtheit und damit der Ausschaltung des Risikos einer falschen Beurteilung der Rechtslage durch Private.

#### **e. Transparenz und Vertrauensschutz**

1. Angesichts der unausweichlichen Normunbestimmtheit hat die Wettbewerbskommission *alles Zumutbare zu unternehmen*, um *Transparenz* über ihre Praxis herzustellen, damit sich die Marktteilnehmer daran ausrichten können. Dies erfolgt gemäss Artikel 48 und 49 KG durch die Veröffentlichung ihrer Entscheidungen und Urteile sowie durch eine allgemeine Orientierung der Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit.

2. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben respektive des *Vertrauensschutzes* (Art. 5, 9 BV) kann zudem abgeleitet werden, dass gegen ein Unternehmen, das gestützt auf eine publizierte Praxis der Wettbewerbskommission oder der Rekursbehörden von einer Meldung der Wettbewerbsbeschränkung abgesehen hat, keine Sanktion verhängt werden darf. Eine andere Auffassung würde dazu führen, dass *alle* Wettbewerbsbeschränkungen ausnahmslos gemeldet werden müssten, um der Unsicherheit einer möglichen Sanktion zu entgehen. Dies würde in letzter Konsequenz faktisch zu einem Bewilligungssystem für Wettbewerbsbeschränkungen führen, was von der Verfassung nicht mehr gedeckt wäre. Die Möglichkeit der Vorabmeldung soll dazu dienen, das *Risiko* einer Fehleinschätzung der Rechtslage angesichts der Normunbestimmtheit abzuwälzen. Dies setzt voraus, dass sich die Adressaten des Kartellgesetzes auf eine Praxis verlassen dürfen.

3. Gemäss Wortlaut von Artikel 49a Absatz 1 VE KG "wird" ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, mit einem Betrag belastet. Der Verwirklichung des Grundsatzes von Treu und Glauben respektive des Vertrauensschutzes förderlich und der Rechtssicherheit dienlich wäre es deshalb, die Sanktionsregel durch einen Ausnahmetatbestand zu ergänzen, der es der Wettbewerbskommission gestattet, in besonderen Fällen von einer Sanktion abzusehen. Eine solche Ausnahmeregelung könnte primär in Fällen einer Praxisänderung der Wettbewerbsbehörden beziehungsweise des Fehlens einer vorbestandenen Praxis und in Fällen von leichten Verstössen zur Anwendung gelangen. Ein solches auf besondere Ausnahmefälle beschränktes Opportunitätsprinzip würde den Wettbewerbsbehörden somit erlauben, in sorgfältiger Ausübung des ihnen eingeräumten Ermessens von einer Sanktion abzusehen, falls aufgrund der besonderen Umstände die Anordnung einer Sanktion nicht angemessen wäre.

---

## f. Verfahrensrechtliche Anforderungen

1. Wenn auch die vorgeschlagene Regelung verfassungsmässig erscheint, so ergeben sich doch Anforderungen an die *Praxis* der Wettbewerbsbehörden. Da es nach dem Wortlaut von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a VE KG zur "Sanktionslosigkeit" genügt, dass eine Meldung erfolgt ist, bevor eine Wettbewerbsbeschränkung Wirkung entfaltet, geht das mit dem Zeitablauf verbundene Risiko vom Eingang der Meldung an zulasten der Wettbewerbskommission. Wesentlich erscheint, dass Unternehmungen, die Meldung erstattet haben, in ihren künftigen Handlungen nicht beschränkt werden, soweit und solange die Wettbewerbskommission nicht reagieren sollte. Insofern ergibt sich ein Verfassungsgebot der beschleunigten Behandlung der Meldung (und damit der gehörigen Ausstattung der Wettbewerbsbehörden), um den materiellrechtlichen Schwebezustand so rasch als möglich zu beseitigen.

2. Auch in Bezug auf Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe b VE KG ist zu fordern, dass das Verfahren der Zulassung gemäss Artikel 8 KG innert nützlicher Frist erfolgt<sup>38</sup>. Dieses "Rechtfertigungsverfahren" dient dazu, kartellistische Praktiken zuzulassen, die zwar nach dem gesetzlichen Kriterienkatalog (d.h. "wettbewerblich" gesehen) als schädlich zu qualifizieren sind, die jedoch bei gesamtheitlicher Optik (d.h. "volkswirtschaftlich oder sozial" betrachtet) nicht zu beanstanden und mithin zu tolerieren sind. Das "Zulassungsverfahren" dient mit anderen Worten dem Zweck, den verfassungsrechtlich gesehen notwendigen Ausgleich zwischen Wettbewerbsinteressen und gesamtgesellschaftlichen Interessen herzustellen. Aus rechtsstaatlich-individualrechtlicher Sicht vermag ein länger andauernder Schwebezustand (Ungewissheit über die Zulassung gemäss Art. 8 KG) nicht zu befriedigen (Grundsatz der Rechtssicherheit und der Verhältnismässigkeit). Es muss daher sichergestellt werden, dass für die betroffenen Wirtschaftssubjekte die Dauer der Ungewissheit über den Ausgang des Zulassungsverfahrens zumutbar bleibt.

3. Vor diesem Hintergrund erscheint es als geboten, die Folgen der Meldung gesetzlich zu regeln, um die nach der Vorabmeldung eintretende materiellrechtliche Unsicherheit zu verringern. Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a VE KG hält in der gegenwärtigen Fassung einzig fest, dass die Belastung entfällt, falls das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung freiwillig meldet, bevor diese Wirkung entfaltet. Diese Bestimmung sollte um eine Regel ergänzt werden, welche in einer für die Normadressaten transparenten Weise festlegt, wie die

<sup>38</sup> Vgl. RHINOW/BIAGGINI, S. 140

Meldung durch die Wettbewerbskommission in der Folge zu behandeln ist. Da für Unternehmenszusammenschlüsse bereits ein gesetzliches Normengefüge und eine mehrjährige Praxis der Wettbewerbsbehörden bestehen, erscheint es als denkbar, eine Regelung in Anlehnung an Artikel 32 ff. KG vorzusehen. Gleichzeitig könnte im Rahmen einer solchen Normierung die wichtige übergangsrechtliche Frage geklärt werden, was in Bezug auf bereits bestehende Abreden und Verhaltensweisen zu gelten hat.

4. Das Verfahren selbst unterliegt gemäss Artikel 39 KG grundsätzlich den Bestimmungen des *Verwaltungsverfahrensgesetzes*. Soweit sinnvoll und zulässig können und sollen strafrechtliche Grundsätze im Bereich der Bussenverhängung übernommen werden, obwohl es sich hier nicht um pönale Sanktionen handelt. Eine *Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsverfahren* drängt sich indessen aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht auf. Ebensowenig erscheint es als notwendig, die Sanktionen erstinstanzlich durch eine richterliche Behörde aussprechen zu lassen. Die Wettbewerbskommission selbst ist bereits eine unabhängige (Verwaltungs)Behörde (Art. 19 KG), und ihre Entscheidungen werden von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, einer (spezial)richterlichen Instanz, voll (d.h. mit umfassender Kognition) überprüft. Wesentlich sind auch hier das Gebot einer beschleunigten Behandlung und der zulänglichen Ausstattung der Organe.

## V. Zusammenfassende Schlussfolgerungen

1. Die zentrale Aufgabe des Kartellgesetzgebers besteht darin, den unbestimmten verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der "volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Auswirkungen" unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kontexts zu konkretisieren (beziehungsweise ein organisatorisch-verfahrensmässiges Konzept zu dessen Konkretisierung normativ festzulegen) und ein geeignetes kartellrechtliches Instrumentarium mit Einschluss eines Sanktionensystems einzurichten. Die *doppelte Unbestimmtheit* des Kartellartikels hinsichtlich des *Ziels* sowie hinsichtlich der einsetzbaren *Mittel* bedeutet dabei nicht, dass die Ausgestaltung der Ausführungsgesetzgebung dem politischen Belieben des Kartellgesetzgebers anheimgestellt wäre. Doch die Verfassung belässt dem Gesetzgeber einen *beträchtlichen Wertungs- und Konkretisierungsspielraum*. Der Kartellartikel steht einer Änderung der Kartellgesetzgebung nicht entgegen, solange diese Neuorientierung die weit gefassten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben respektiert.

2. Die in Artikel 5 Absatz 3 KG geregelten per se-Verbote im Sinne von Vermutungstatbeständen und die in Artikel 7 KG erfassten unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind mit dem Kartellartikel der Bundesverfassung vereinbar. Ein *Sanktionensystem*, das dazu bestimmt und geeignet ist, das materiellrechtlich

---

verbotene Verhalten zu ahnden, erscheint grundsätzlich verfassungskonform.

3. Die *Optimierung der Wirksamkeit* der an sich zulässigen, im Kartellgesetz verankerten Instrumente kann sogar geboten sein, wenn anders die verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziele nicht erreicht werden können. Soweit ersichtlich ist bis anhin nicht bezweifelt worden, dass direkte Sanktionen ein für die Förderung des Wettbewerbs (Art. 1 KG) effektiveres Mittel darstellen als bloss indirekte.

4. Die in Artikel 49 VE KG vorgesehene Sanktionenregelung verstösst als solche nicht gegen die Bundesverfassung. Wesentlich erscheint die Möglichkeit der Vorabmeldung, welche die - unausweichliche - Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren vermag.

5. Die Wettbewerbskommission hat für grösstmögliche Transparenz ihrer Praxis zu sorgen. Die Unternehmen müssen sich auf eine *publizierte Praxis* der Wettbewerbsbehörde *verlassen* dürfen. Ein hierauf gestützter Verzicht auf eine Meldung darf nicht zu einer (direkten) Sanktion führen.

6. Damit die Wettbewerbskommission besonderen Fällen (z.B. leichter Verstoss, Praxisänderung der Wettbewerbsbehörden) Rechnung tragen kann, wird empfohlen, die Sanktionsregeln mit einem Ausnahmetatbestand zu ergänzen, der es gestattet, in besonderen Fällen von einer Sanktion abzusehen.

7. Die Wettbewerbskommission hat für ein *beschleunigtes Verfahren* zu sorgen, in welchem die materielle Rechtslage nach einer Meldung umgehend geklärt wird. Eine gehörige Ausstattung der Wettbewerbsbehörden muss sicherstellen, dass dieses Gebot erfüllt werden kann. Das "Risiko" einer ausbleibenden Reaktion auf eine Meldung liegt bei der Wettbewerbskommission.

8. Um die nach der Vorabmeldung eintretende materiellrechtliche Unsicherheit zu verringern, wird empfohlen, die *Folgen* der Meldung gesetzlich zu regeln. Eventuell kann eine Regelung in Anlehnung an Artikel 32 ff. KG bei Unternehmenszusammenschlüssen getroffen werden.

9. Bei der Bemessung der Sanktion nach Artikel 49a und Artikel 50 VE KG wird nur auf den mutmasslichen Gewinn als Bezugsgrösse verwiesen. Wir empfehlen, ebenfalls die Dauer und Schwere des Verstosses als zu berücksichtigende Kriterien ins Gesetz aufzunehmen.

---

<b>E 1</b>	<b>Gutachten</b> Avis Pareri
------------	------------------------------------

## **Clause d'exemption et loi sur le marché intérieur (LMI)**

### **I. Les fondements**

#### **a) La clause d'exemption prévue par l'accord bilatéral**

1. L'article 3 chiffre 5 de l'accord bilatéral entre la Suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (ci-après: accord bilatéral) institue une clause d'exemption.

2. Cette disposition prévoit en effet que l'accord bilatéral ne s'applique pas aux marchés passés par des OT (opérateurs de télécommunications) pour leurs achats destinés exclusivement à leur permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunication lorsque 1) d'autres entités sont libres d'offrir 2) les mêmes services 3) dans la même aire géographique 4) à des conditions substantiellement identiques. [...]. Cette disposition s'applique sous lesdites conditions également aux marchés passés par les OF (opérateurs ferroviaires), les entités opérant dans le domaine de l'énergie autre que l'électricité et les entreprises privées assurant un service au public dès que ces secteurs seront libéralisés (FF 1999 VI 5805).

3. Dans son essence, la clause d'exemption tient compte de la libéralisation qui se fait jour dans certains domaines. Selon les négociateurs de l'accord bilatéral, cette clause permet de soustraire de l'application dudit accord les entités actives sur des marchés concurrentiels. Ainsi, "lorsque le libre jeu de la concurrence est garanti, les parties considèrent en effet que les marchés seront adjugés selon des critères économiques, ce qui rend superflue l'intervention de l'Etat" (Message du Conseil fédéral relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE, FF 1999 VI 5440, 5515).

4. La clause d'exemption touche les entités nouvellement assujetties aux règles sur les marchés publics en vertu de l'accord bilatéral. Au niveau suisse, la procédure d'exemption choisie est identique pour la Confédération et les cantons. Les requêtes sont déposées auprès du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Le DETEC prend sa décision sur la base d'une expertise de la Comco. Il entend au préalable l'Autorité intercantonale et les cercles intéressés. L'expertise de la Comco détermine si les entreprises adjudicatrices demandant l'exemption sont en situation de concurrence sur le marché.

## **b) Les marchés publics dans la LMI**

5. La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) est une loi-cadre qui indique aux cantons, communes et autres organes assumant des tâches publiques, la voie à suivre pour supprimer les barrières de droit public qui entravent l'accès au marché en posant des principes de base.

6. L'article 5 LMI prévoit que les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'article 3 LMI. Ainsi, toutes ces dispositions et leurs décisions d'application doivent respecter les exigences minimales de la LMI, indépendamment de la valeur des marchés publics concernés, à savoir:

?? l'accès au marché doit être non discriminatoire (art. 5 et 3 LMI);

?? les marchés publics de grande importance ainsi que les critères de participation et d'attribution doivent être publiés (art. 5 al. 2 LMI);

?? les limitations d'accès au marché doivent se prendre sous la forme de décisions (art. 9 al. 1 LMI) et

?? le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours auprès d'une instance indépendante de l'administration (art. 9 al. 2 LMI).

7. En outre, la LMI prévoit que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales doivent tenir compte des engagements internationaux pris par la Confédération (art. 5 al. 2 i.f. LMI).

8. En matière de marchés publics, la Commission de la concurrence a régulièrement souligné l'importance des règles sur les marchés publics lorsque les entités adjudicatrices ne sont pas en situation de concurrence sur le marché. Ainsi a-t-elle encouragé à plusieurs reprises les collectivités publiques à procéder à des appels d'offres, notamment lors de l'attribution de concessions (DPC 1999/2, p. 267 ss. et DPC 2000/1, p. 95).

## **c) La clause d'exemption et la LMI**

9. La clause d'exemption concerne les marchés publics situés en-dessus des seuils prévus par l'accord bilatéral. Quid des marchés publics cantonaux ou communaux en-dessous de ces seuils? Est-ce que les entités adjudicatrices exemptées le sont aussi en-dessous des seuils ou sont-elles soumises aux règles sur les marchés publics dans la mesure où la LMI leur est applicable?

10. La Comco est d'avis que la LMI ne s'oppose pas à une extension de la portée de la clause d'exemption en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral. En effet, les règles sur les marchés publics s'appli-

quent aux entités adjudicatrices qui interviennent sur le marché au titre de la puissance publique. Lorsqu'elles entrent en concurrence avec d'autres entreprises, leurs achats devraient alors être dictés par les règles du marché. Les règles sur les marchés publics perdent alors de leur valeur lorsque les entités adjudicatrices sont en situation de concurrence. Dans ce cas, on part de l'idée que les marchés [publics] seront "adjudés" selon des critères économiques, ce qui rend superflue l'intervention de l'Etat. A cela s'ajoute le fait que l'existence de la concurrence sur le marché ne dépend pas de la valeur des marchés publics à adjudger.

11. De plus, les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches publiques sont régis par le droit cantonal et intercantonal (art. 5 al. 1 LMI). Il incombe donc aux cantons et aux communes de définir, tout en respectant le droit fédéral, le champ d'application personnel de leur droit des marchés publics. Par conséquent, les autorités cantonales seraient en droit d'étendre la clause d'exemption aux marchés publics situés en-dessous des seuils de l'accord bilatéral. La LMI ne s'y oppose pas dans la mesure où les engagements internationaux pris par la Confédération peuvent être pris en compte par les cantons en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral (art. 5 al.2 i.f. LMI). Même si cette disposition touche en priorité les règles relatives à la publication des appels d'offres, elle a aussi une portée plus générale en vertu du principe de la primauté du droit international sur le droit national.

12. Enfin, l'extension de la portée de la clause d'exemption sous les seuils de l'accord bilatéral se justifie aussi du point de vue économique. En effet, si la LMI s'opposait à cette extension, les entités adjudicatrices exemptées seraient tentées de gonfler le volume et la valeur de leurs marchés publics pour dépasser les seuils de l'accord bilatéral et bénéficier ainsi de l'exemption prévue par cet accord. Cette pratique irait à l'encontre de la tendance actuelle qui vise plutôt à diminuer la valeur des marchés publics pour pouvoir choisir des procédures plus souples (procédure de gré à gré ou sur invitation), voire pour ne plus être soumis au droit sur les marchés publics.

13. Relevons enfin que la LMI n'a pas empêché l'Accord intercantonal sur les marchés publics révisé (AIMP-rév) d'introduire une sorte de clause d'exemption. En effet, l'article 8 alinéa 2 lettre a AIMP-rév prévoit que "les activités de caractère commercial ou industriel des collectivités assumant des tâches cantonales ou communales" sont exclues du droit intercantonal pour les marchés publics non soumis aux traités internationaux. Cette disposition - contraire au champ d'application de la LMI - correspond à une clause d'exemption car elle libère certaines entités (p.ex. banques cantonales) de l'assujettissement au droit des marchés publics en raison de la concurrence qui règne sur leur secteur. Par souci d'harmonisation, la Comco invite la Conférence suisse DTAP à

---

instituer dans l'AIMP une procédure d'exemption calquée sur celle de l'accord bilatéral (cf. critères d'exemption) et à demander l'avis de la Comco pour toutes les questions relatives à l'appréciation de la concurrence sur le marché.

## **II. Réponses aux questions posées par la Conférence suisse DTAP**

a) *Steht das Binnenmarktgesetz der Ausklinkung im oben genannten Sinne entgegen? Wir erinnern daran, dass alle Träger kantonalen und kommunaler Aufgaben dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein müssen.*

14. Non, même si la LMI ne contient formellement aucune clause d'exemption. Le fait que tous les organes assumant des tâches cantonales ou communales tombent en principe dans le champ d'application de la LMI ne s'oppose pas à une extension de la clause d'exemption en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral (cf. raisons évoquées ci-dessus, ch. 9ss). L'article 5 LMI n'a, du reste, pas empêché les cantons d'adopter l'article 8 alinéa 2 lettre a AIMP-rév.

b) *Wenn nein, gilt eine entsprechende Feststellungsverfügung der Nichtunterstellung automatisch auch für den Binnenmarkt?*

15. En principe, oui. La décision d'exemption accordée par le DETEC devrait aussi valoir pour les marchés publics soumis à la LMI (en-dessous des seuils de l'accord bilatéral). D'ailleurs, les marchés publics qui tombent sous l'accord bilatéral sont théoriquement aussi des marchés publics LMI dans la mesure où cette loi ne prévoit pas de seuils. Pour régler proprement la situation, la Confédération et les cantons devraient préciser la portée de la clause d'exemption en-dessous des seuils de l'accord bilatéral dans leur droit des marchés publics.

c) *Denkbar ist, dass eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber keine internationale relevante Aufträge zu vergeben hat (Schwellenwert). Steht dann das Binnenmarktgesetz einem Gesuch um Ausklinkung entgegen?*

16. La valeur des achats publics n'est pas une condition pour déposer une demande d'exemption. D'ailleurs, lors du dépôt de la requête d'exemption, l'entité adjudicatrice ne sait pas encore quelle sera la valeur des appels d'offres à venir. Par conséquent, la LMI ne saurait empêcher une entité assujettie à l'accord bilatéral de déposer une requête d'exemption.

d) *Auf welchen gesetzlichen Grundlagen stützen Sie Ihre Folgerung? Speziell: Gibt Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 BGBM die entsprechende Kompetenz für eine Ausklinkung?*

17. A notre avis, les cantons peuvent en effet se prévaloir de l'article 5 alinéas 1 et 2, 2ème phrase LMI pour étendre le champ d'application de la clause d'exemption en-dessous des seuils de l'accord bilatéral (cf.

aussi les raisons évoquées ci-dessus). En l'état actuel, seul le Tribunal fédéral serait à même d'apporter une réponse définitive à cette question.

e) *Falls das BGBM geändert werden muss: Werden Sie eine entsprechende Revision einleiten?*

18. A notre avis, l'extension de la clause d'exemption en-dessous des seuils prévus par l'accord bilatéral se déduit du fondement de cette clause. La LMI ne saurait s'y opposer (cf. supra ch. 9 ss.). Une révision de cette loi pourrait certes clarifier la situation pour les entités adjudicatrices soumises au droit (inter)cantonal sur les marchés publics. Elle ne réglerait toutefois pas le problème au niveau fédéral puisque la LMI n'est pas applicable aux marchés publics de la Confédération.

19. Autre est la question de la généralisation du concept de la clause d'exemption pour l'ensemble du droit des marchés publics. A notre avis, une telle généralisation nécessiterait une décision politique. Il est encore trop tôt pour dire si les résultats de l'enquête menée actuellement par l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OP-CA) sur les marchés publics conduiront le Parlement à proposer des changements législatifs dans ce domaine.

<b>E 1</b>	<b>Gutachten</b> Avis Pareri
------------	------------------------------------

## **Die Auslinkklausel und das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)**

### **Deutsche Übersetzung der französischen Originalversion**

#### **I. Grundsätzliches**

##### **a. Die Auslinkklausel im bilateralen Abkommen**

1. Artikel 3 Absatz 5 des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (EG) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (nachfolgend: bilaterales Abkommen; vgl. BBl 1999, S. 6504) sieht eine so genannte Auslinkklausel vor.

2. Nach dieser Bestimmung ist das bilaterale Abkommen nicht anwendbar auf Aufträge, die Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für Einkäufe vergeben, die ausschliesslich in Verbindung mit einem oder mehreren Telekommunikationsdienstleistungen vergeben, sofern 1) andere Unternehmen die Möglichkeit haben, 2) diese Dienstleistungen 3) in demselben geografischen Gebiet 4) unter im Wesentlichen gleichen Bedingungen anzubieten. [...] Diese Bestim-

mung gilt unter den oben genannten Bedingungen ebenfalls für die von den Anbietern von Dienstleistungen des Schienenverkehrs, den im Bereich der Energieversorgung mit Ausnahme der Stromversorgung tätigen Vergabestellen und den privaten Vergabestellen, die öffentliche Dienstleistungen erbringen, vergebenen Aufträge, sobald diese Sektoren liberalisiert sind (BBI 1999, S. 6508).

3. Die Ausklinkklausel trägt der in bestimmten Bereichen stattfindenden Liberalisierung Rechnung. Gemäss den Unterhändlern des bilateralen Abkommens erlaubt sie den auf umworbene Märkten aktiven Unternehmen, sich der Anwendung des bilateralen Abkommens zu entziehen. "Bei Vorliegen einer derartigen Wettbewerbssituation erachten es die Vertragsparteien als genügend gewährleistet, dass die Beschaffung nach wirtschaftlichen Kriterien erfolgen wird" (Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999; BBI 1999, S. 6128; 6205 f.).

4. Die Ausklinkklausel betrifft diejenigen Unternehmen, die aufgrund des bilateralen Abkommens neu den Regeln über die öffentlichen Beschaffungen unterworfen sind. In der Schweiz kommt für Bund und Kantone dasselbe Ausklinkverfahren zur Anwendung. Die Gesuche werden beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eingereicht. Das UVEK entscheidet auf Grundlage eines Gutachtens der Weko. Vorgängig hört es die zuständigen interkantonalen Stellen und die interessierten Kreise an. Das Gutachten der Weko spricht sich darüber aus, ob sich die Unternehmen, die sich auf die Ausklinkklausel berufen, auf dem Markt in einer Konkurrenzsituation befinden.

#### **b. Die Regelung der öffentlichen Beschaffungen im BGBM**

5. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM) ist ein Rahmengesetz, welches den Kantonen und Gemeinden sowie andere Organen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, den Weg zum Abbau der öffentlichrechtlichen Markteintrittsbarrieren aufzeigt, indem es entsprechende Grundprinzipien festlegt.

6. Gemäss Artikel 5 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 BGBM widerspricht. Die Bestimmungen und Verfügungen müssen also unabhängig vom Umfang der betroffenen Beschaffung den Minimalanforderungen des BGBM genügen. Das bedeutet namentlich:

?? Die Möglichkeit des Marktzutritts muss diskriminierungsfrei sein (Art. 3 und 5 BGBM);

---

- ?? Vorhaben für umfangreiche öffentliche Beschaffungen, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag müssen amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 BGBM);
- ?? Beschränkungen des freien Zuganges zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen (Art. 9 Abs. 1 BGBM);
- ?? Das kantonale Recht muss wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungs-unabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vorsehen (Art. 9 Abs. 2 BGBM).

7. Im Weiteren legt das BGBM fest, dass Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen haben (Art. 5 Abs. 2 i.f. BGBM).

8. Die Weko hat regelmässig die Wichtigkeit der Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen hervorgehoben, wenn die ausschreibenden Unternehmen sich auf dem Markt nicht in einer Wettbewerbssituation befinden. Dementsprechend hat sie die öffentlichen Körperschaften wiederholt zu Ausschreibungen ermutigt, insbesondere bei der Vergabe von Konzessionen (RPW 1999/2, S. 267 ff und RPW 2000/1, S. 95).

### **c. Die Ausklinkklausel und das BGBM**

9. Die Ausklinkklausel betrifft die öffentlichen Beschaffungen, welche die im bilateralen Abkommen vorgesehenen Schwellenwerte überschreiten. Was gilt nun bezüglich der kantonalen oder kommunalen öffentlichen Beschaffungen unterhalb dieser Schwellenwerte? Sind die ausschreibenden Unternehmen auch in diesen Fällen befreit, oder sind sie den Regeln über öffentliche Beschaffungen unterstellt, soweit sie unter den Anwendungsbereich des BGBM fallen?

10. Die Weko ist der Auffassung, dass das BGBM eine Ausdehnung des Geltungsbereichs der Ausklinkklausel auf öffentliche Beschaffungen, welche die Schwellenwerte gemäss dem bilateralen Abkommen nicht erreichen, zulässt. Die Regeln über die öffentlichen Beschaffungen gelten für ausschreibende Unternehmen, die auf dem Markt als Vertreter der öffentlichen Hand auftreten. Wenn sie mit anderen Unternehmen in Konkurrenz treten, sollten ihre Beschaffungen den Regeln des Marktes unterworfen sein. Die Bestimmungen über die öffentlichen Beschaffungen verlieren daher an Bedeutung, wenn sich die beschaffenden Unternehmen in einer Konkurrenzsituation befinden. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die (öffentlichen) Beschaffungen nach marktwirtschaftlichen Kriterien getätigt werden, wodurch ein Eingriff des Staates überflüssig wird. Das Vorhandensein einer Konkurrenzsituation auf dem Markt hängt nicht vom Umfang der öffentlichen Beschaffung ab.

---

11. Im Weiteren richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem und interkantonalem Recht (Art. 5 Abs. 1 BGBM). Es obliegt daher den Kantonen und Gemeinden, unter Berücksichtigung des Bundesrechts den persönlichen Anwendungsbereich ihres Beschaffungsrechts festzulegen. Demzufolge sind die kantonalen Behörden berechtigt, den Geltungsbereich der Ausklinkklausel auf öffentliche Beschaffungen, welche die Schwellenwerte des bilateralen Abkommens nicht erreichen, auszudehnen. Das BGBM steht dem nicht entgegen, insofern als die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen von den Kantonen im Bereich unterhalb der vom bilateralen Abkommen vorgesehenen Schwellenwerte berücksichtigt werden können (vgl. Art. 5 Abs. 2 i.f. BGBM). Obwohl diese Bestimmung in erster Linie die Publikation von Ausschreibungen betrifft, ist sie doch auch von allgemeiner Bedeutung hinsichtlich des Prinzips des Vorrangs des internationalen gegenüber dem nationalen Recht.

12. Zudem rechtfertigt sich die Ausdehnung des Geltungsbereichs der Ausklinkklausel unter die Schwellenwerte des bilateralen Abkommens auch aus wirtschaftlicher Sicht. Im gegenteiligen Fall würden die beschaffenden Unternehmen die Tendenz entwickeln, ihre Beschaffungen umfangmässig aufzublasen, um die Schwellenwerte des bilateralen Abkommens zu erreichen und in den Genuss der Ausklinkklausel zu kommen. Eine solche Praxis stünde im Gegensatz zur aktuellen Tendenz, öffentliche Beschaffungen in kleinerem Umfang zu tätigen, um ein flexibleres Verfahren wählen zu können (freihändige oder selektive Vergabe) oder dem öffentlichen Beschaffungsrecht gar nicht mehr unterworfen zu sein.

13. Schliesslich hat das BGBM nicht verhindert, dass mit der Revision der Interkantonalen Vereinbarung über die öffentlichen Beschaffungen (rev. IVoeB) eine Art Ausklinkklausel eingeführt worden ist. Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a rev. IVoeB sieht vor, dass die interkantonale Regelung bezüglich der Märkte, die nicht durch Staatsverträge geregelt sind, kommerzielle oder industrielle Aktivitäten der Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nicht erfasst. Diese Bestimmung stellt eine Ausklinkklausel dar - und verstösst zudem gegen die Bestimmungen über den Anwendungsbereich des BGBM -, sind doch gewisse Unternehmen (z.B. Kantonalbanken) aufgrund des in ihren Märkten herrschenden Wettbewerbs von den Verpflichtungen des Beschaffungsrechts befreit. Zum Zweck der Harmonisierung schlägt die Weko der BPUK vor, in der rev. IVoeB ein Auslinkverfahren vorzusehen, welches insbesondere bezüglich der Auslinkkriterien demjenigen des bilateralen Abkommens entspricht, und lädt sie ein, hinsichtlich aller Fragen, welche die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten betreffen, die Weko zu konsultieren.

---

## II. Beantwortung der von der BPUK gestellten Fragen

a) *Steht das Binnenmarktgesetz der Ausklinkung im oben genannten Sinne entgegen? Wir erinnern daran, dass alle Träger kantonalen und kommunalen Aufgaben dem öffentlichen Beschaffungsrecht unterstellt sein müssen.*

14. Nein, wenn auch das BGBM formal keine Auslinkklausel enthält. Die Tatsache, dass alle Organe, die kantonale oder kommunale Aufgaben wahrnehmen, grundsätzlich dem BGBM unterstehen, hindert die Ausdehnung der Auslinkklausel auf öffentliche Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens nicht (vgl. die oben unter Rz. 10 ff. angeführten Gründe). Artikel 5 BGBM hat im Übrigen die Kantone nicht daran gehindert, Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a rev. IVoeB zu erlassen.

b) *Wenn nein, gilt eine entsprechende Feststellung der Nichtunterstellung automatisch auch für den Binnenmarkt?*

15. Im Prinzip ja. Die jeweilige Auslinkungsverfügung des UVEK sollte auch für die dem BGBM unterstellten öffentlichen Beschaffungen (unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens) gelten. Im Übrigen sind die öffentlichen Beschaffungen, die unter das bilaterale Abkommen fallen, theoretisch auch öffentliche Beschaffungen nach BGBM, soweit dieses Gesetz keine Schwellenwerte vorsieht. Um die Situation zu bereinigen, sollten Bund und Kantone die Tragweite der Auslinkklausel im Bereich unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens in ihrem Beschaffungsrecht präzisieren.

c) *Denkbar ist, dass eine Auftraggeberin oder ein Auftraggeber keine internationalen relevanten Aufträge zu vergeben hat (Schwellenwert). Steht dann das Binnenmarktgesetz einem Gesuch um Ausklinkung entgegen?*

16. Das Gesuch um Ausklinkung bedingt keinen bestimmten Umfang der öffentlichen Beschaffung. Im Übrigen kennt das Unternehmen im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung den Umfang seiner künftigen Beschaffungen noch gar nicht. Demzufolge hindert das BGBM ein dem bilateralen Abkommen unterstelltes Unternehmen nicht, ein Gesuch um Ausklinkung einzureichen.

d) *Auf welche gesetzlichen Grundlagen stützen sich Ihre Folgerungen? Speziell: Gibt Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 BGBM die entsprechende Kompetenz für eine Ausklinkung?*

17. Wir sind der Auffassung, dass sich die Kantone tatsächlich auf Artikel 5 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 BGBM berufen können, um den Anwendungsbereich der Auslinkklausel auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens auszudehnen (vgl. auch die oben angeführten Gründe). Abschliessend könnte diese Frage nur vom Bundesgericht beantwortet werden.

---

e) *Falls das BGBM geändert werden muss: Werden Sie eine entsprechende Revision einleiten?*

18. Nach unserer Auffassung ergibt sich die Ausdehnung der Ausklinkklausel auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte des bilateralen Abkommens aus deren Sinn und Zweck, und das BGBM steht ihr nicht entgegen (vgl. auch oben Rz. 9 ff.). Eine Revision dieses Gesetzes könnte die Situation für die dem (inter)kantonalen Beschaffungsrecht unterworfenen Vergabestellen sicherlich klären. Dies würde jedoch den Problemen auf Bundesebene nicht abhelfen, da das BGBM auf die öffentlichen Beschaffungen des Bundes keine Anwendung findet.

19. Eine andere Frage ist diejenige der Verallgemeinerung des Konzepts der Ausklinkklausel auf das ganze Beschaffungsrecht. Eine solche Verallgemeinerung erfordert nach Auffassung der Weko einen politischen Entscheid. Es steht noch nicht fest, ob die Ergebnisse der Untersuchung, welche die Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle (PVK) derzeit durchführt, das Parlament zu gesetzgeberischen Schritten in diesem Bereich veranlassen werden.

---

**Abkürzungsverzeichnis****Registre des abréviations****Indice delle abbreviazioni****A**

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	BG über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	BG über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	BG über den Bundeszivilprozess

**C**

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

**D**

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

**E**

EU	Europäische Union
----	-------------------

**F**

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

**G**

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

**H**

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

**I**

IPRG	BG über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkant. Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

**K**

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	BG über die Krankenversicherung

**L**

LAA	LF sur l'assurance-accidents
LAMal	LF sur l'assurance-maladie
LCA	LF sur le contrat d'assurance
LCart	LF sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	LF contre la concurrence déloyale
LCsl	LF contro la concorrenza sleale
LDA	LF sur le droit d'auteur
LDIP	LF sur le droit international privé
LETC	LF sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	LF sul lavoro
LMG	BG über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	LF sur le marché intérieur
LMP	LF sur les marchés publics
LOTG	LF sugli ostacoli tecnici al commercio

LPM	LF sur la protection des marques	RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
LRFP	LF sur la responsabilité du fait des produits	RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
LSPr	LF sulla sorveglianza dei prezzi	RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
<b>M</b>		RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
<b>N</b>			
<b>O</b>		<b>S</b>	
O	Ordonnance	SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique	SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SJ	La semaine judiciaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OGer	Obergericht	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OJ	LF sur l'organisation judiciaire	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OMC	Organisation mondiale du commerce	StR	Ständerat
OMP	O sur les marchés publics	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OR	Obligationenrecht	<b>T</b>	
OTVA	O concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TA	Tribunal administratif
<b>P</b>		TApp	Tribunale d'Appello
PA	LF sur la procédure administrative	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
PCF	LF sur la procédure civile fédérale	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	THG	BG über technische Handelshemmnisse
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	<b>U</b>	
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UE	Union Européenne
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
<b>Q</b>		URG	BG über das Urheberrecht
<b>R</b>		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	UWG	BG über den unlauteren Wettbewerb
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	<b>V</b>	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	VwVG	BG über das Verwaltungsverfahren
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>W</b>	
RR	Regierungsrat	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)

---

WuW	Wirtschaft und Wettbewerb	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
<b>X</b>		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
<b>Y</b>		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
<b>Z</b>		ZPO	Zivilprozessordnung
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

---

**Index****A**

abgestimmtes Verhalten -  
 Abrede 480 ff., 489 ff., 589, 594, 598, 608, 614  
 ff.  
 accordi -  
 accordo diretto o indiretto sui prezzi -  
 accords 492 f., 501, 511, 515 f., 518, 620  
 aktuelle Konkurrenz 540, 549, 551 f.  
 aktuelle Wettbewerber 559  
 aktuelle und potenzielle Konkurrenten 573  
 Angebotssubstituierbarkeit -  
 associations économiques et professionnelles  
 515  
 associazioni economiche o le organizzazioni  
 del ramo -  
 Aufgreifkriterien -  
 Auflagen 508 f., 533, 564 f.  
 Aussenseiter -  
 austauschbar 529

**B**

barrières à l'entrée -  
 barrières légales -  
 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 593 f.,  
 610  
 betroffener Markt -  
 Branchenorganisationen -

**C**

clauses de réciprocité -  
 communication 512, 514, 521, 618  
 concurrence actuelle 496 ff., 537  
 convention tarifaire -

**D**

Diskriminierungen -

**E**

efficacité économique 521  
 efficienza economica -  
 enge Abgrenzung -  
 erhebliche Wettbewerbsbeschränkung -

**F**

Festsetzung von Preisen -  
 funktionale Substituierbarkeit -  
 funktionelle Austauschbarkeit -

**G**

Gemeinschaftsunternehmen 553, 570

**I**

indirekte Preisabrede -

**K**

kollektive Marktbeherrschung -  
 Kollusion -  
 Konkurrenzverbot -  
 Kreuzpreiselastizität -

**L**

libre accès au marché -

**M**

marché de référence 494, 517 f., 520, 522, 535  
 marché géographique 494, 496, 518, 535 f.  
 marchés publics 618 ff.  
 Marktabgrenzung 528 f., 542 ff., 557, 561, 572  
 Marktanteile 530, 533 f., 541, 548, 550, 552,  
 554 f., 559 ff., 564, 574 f.  
 Marktanteilsaddition 525, 530 f., 534, 539 f.,  
 547, 552 f., 572  
 Marktanteilsberechnung -  
 marktbeherrschende Stellung 504, 509, 525,  
 531, 541, 549, 553, 561  
 Marktbeherrschung 569  
 Marktgegenseite 529 f., 532, 542, 555 ff., 559,  
 570 ff., 593  
 Marktöffnung -  
 Marktschranken -  
 Marktstrukturen 552 f., 557, 559  
 Marktzutritt 551, 625  
 Marktzutrittsschranken 558 f.  
 Meldepflicht 524, 527, 529, 555, 561, 567, 589,  
 606, 613  
 mesures provisionnelles -  
 Missbrauch einer marktbeherrschenden  
 Stellung -

missbräuchliches Verhalten -

Monopolrente -

Monopolstellung -

## N

non-discrimination -

## O

Öffnung der Märkte -

offreurs 536, 538

## P

Parallelverhalten -

position dominante 492 ff., 496, 498 f., 536 f.

potenzielle Konkurrenz 555

Preiswettbewerb 511

principe de la proportionnalité -

Produktdifferenzierung -

## R

räumlich relevanter Markt 545, 547

räumliche Marktabgrenzung -

règlement tarifaire -

relevanter Markt 547 f., 550

## S

sachlich relevanter Markt 544, 546

Sanierungsfusion -

Sanktionierung 595

Sanktionsandrohung -

Schwellenwerte 524, 532, 544, 556, 562, 571,  
626 ff.

staatliche Markt- oder Preisordnung -

Statuten -

substituierbar 532 f., 543, 571 f., 528 f.

Substitutionsmöglichkeit -

Substitutionsprodukt -

suppression d'une concurrence efficace 518

## T

tarif minimum -

Tarife -

tarifs recommandés -

## U

unabhängig 505, 509, 542 f., 602, 617, 624 f.

unerheblich -

Unternehmen 478, 480 f., 483 f., 487 ff., 524

ff., 529 f., 531 ff. 538, 541 ff., 546 ff., 552

ff., 557, 561 f., 564, 566 ff., 584, 592 ff., 605

f., 608 f., 613, 622 ff.

unverhältnismässiger Eingriff -

## V

valeurs seuils -

Verhältnismässigkeitsprinzip 587

Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung 534, 544, 560 f., 573

Vertikalabreden -

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen -

## W

Werbebeschränkungen -

Wettbewerbsabreden 480, 593 f.

wirtschaftliche Effizienz -

Wirtschaftsverbände -