

# Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrenrecht

837

## Bemerkungen zu einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen\*



Lic. iur. HANS-UELI VOGT,  
Rechtsanwalt, Zürich

### Inhaltsübersicht:

- I. Zusammenfassung des Sachverhalts
- II. Überblick über den Verfahrensverlauf
- III. Verfügung der Wettbewerbskommission
  1. Relevanter Markt und marktbeherrschende Stellung
  2. Unzulässige Verhaltensweise
- IV. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
  1. Verletzung von Verfahrensbestimmungen
    - a. Rügen der Beschwerdeführerin; Stellungnahme der Wettbewerbskommission
    - b. Recht auf Akteneinsicht
    - c. Recht auf Mitwirkung bei der Beweiserhebung; Pflicht der Behörde zur Beweisabnahme und Beweiswürdigung
  2. Ungenügende Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die marktbeherrschende Stellung
  3. Unzutreffende wettbewerbsrechtliche Würdigung
  4. Funktionelle Stellung und Kognitionsbefugnis der Rekurskommission
- V. Bemerkungen
  1. Grundlagen eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts
    - a. Rechtliche und methodische Grundlagen
    - b. Merkmale wirtschaftlicher Sachverhalte
    - c. Merkmale der Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte im Kartellrecht
    - d. Ausgestaltung des Kartellverfahrensrechts entsprechend den Merkmalen wirtschaftlicher Sachverhalte
  2. Elemente eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts
    - a. Recht auf Akteneinsicht
    - b. Begründungspflicht, Beweiswürdigung und Beweismass
    - c. Auseinandersetzung mit Parteivorbringen und Abnahme von Beweismitteln
    - d. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts
    - e. Überprüfung eines Entscheides der Wettbewerbskommission durch Rechtsmittelinstanzen
  3. Bemerkungen zur Gewährung von Treueprämien als unzulässiger Verhaltensweise
    - a. Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen
    - b. Zulässigkeit und Grenzen der Zulässigkeit von Treueprämien
  4. Würdigung

### I. Zusammenfassung des Sachverhalts<sup>1</sup>

Die Telecom PTT Direktion Zürich (im Folgenden: "TD Zürich") hat mit Elektroinstallateuren im Raum Zürich sog. Fachhändlerverträge ("Vereinbarung zwischen der Telecom PTT Direktion Zürich und Telecom PTT-Fachhändler") abgeschlossen. Gegenstand dieser Verträge ist der Vertrieb von Produkten, Diensten und Dienstleistungen der Telecom PTT (seit 1. Oktober 1997 "Swisscom" bzw. "Swisscom AG", im Folgenden: "Swisscom"). Die Fachhändlerverträge sehen eine Einteilung der Fachhändler zwecks Gewährung von Jahresprämien in drei Kategorien vor (Typ A = 5% des mit Swisscom mit Teilnehmeranlagen erzielten Umsatzes, Typ B = 3% und Typ C = 2%, wobei für die Einteilung als Typ A-Händler ein Umsatz von Fr. 250 000.- erforderlich ist). Weitere Einteilungskriterien sind: Loyalität, Qualität der Arbeit, regionale Integration und Verhalten zu Swisscom.

Verschiedene Elektroinstallateure haben neben einem Fachhändlervertrag gleichzeitig mit der Einkaufsgesellschaft Telekommunikation AG (im Folgenden: "EG-Tel") einen sog. Partnerschaftsvertrag über den Bezug von Teilnehmeranlagen abgeschlossen. EG-Tel wurde von Installateuren als unabhängige Einkaufszentrale gegründet und betreibt nach ihrem Zweck primär Grosshandel mit Hard- und/oder Software im Telekommunikationsbereich. Ihr kommerzielles Ziel ist es, eine Alternative zum Sortiment von Swisscom anzubieten.

Bei der Einteilung zwecks Bestimmung der Jahresprämien wurden einige Fachhändler, die gleichzeitig einen Partnerschaftsvertrag mit der EG-Tel abgeschlossen hatten, 1996 tiefer eingestuft, als dies nach dem 1995 erwirtschafteten Umsatz hätte der Fall sein sollen. Swisscom begründete dies damit, dass die übrigen Kriterien für eine höhere Einstufung nicht erfüllt gewesen seien. Auch 1997 erfolgten, bemessen am Umsatz des Jahres 1996, zu tiefe Einstufungen, doch nahm Swisscom nach Gesprächen mit den Betroffenen eine Einstufung entsprechend dem Umsatz vor.

Ausserdem berichteten EG-Tel sowie verschiedene Fachhändler der Wettbewerbskommission von Fällen, in denen

\* Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 12. November 1998 in Sachen X AG, Bern, gegen *Wettbewerbskommission* (RPW 1998, 655 ff.); vgl. auch die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 1997 in Sachen *Telecom PTT-Fachhändlerverträge gegen Schweizerische Eidgenossenschaft (PTT-Betriebe)* (RPW 1997, 506 ff.). – Der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die erwähnte Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 1997 zum Gegenstand (siehe RPW 1998, 655; vgl. ferner etwa die übereinstimmenden Daten in RPW 1997, 509 Rz 11, und in RPW 1998, 655).

<sup>1</sup> RPW 1997, 506–508.

Swisscom ihre Monopolstellung als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen dazu verwendet habe, Elektroinstallateure unter Druck zu setzen, damit diese Teilnehmeranlagen bei Swisscom beziehen würden. Andernfalls hätten sie riskiert, beispielsweise bei der Vergabe von grossen Aufträgen durch Swisscom nicht berücksichtigt zu werden.

## II. Überblick über den Verfahrensverlauf

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 25. April 1997 die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG beschlossen, zwecks Prüfung der Frage, ob seitens der Telecom PTT auf den Vertriebsmärkten von Teilnehmeranlagen im Raum Zürich in Bezug auf Fachhändlerverträge mit Elektroinstallateuren ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliege<sup>2</sup>. Nach Durchführung der Untersuchung hat die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 15. Dezember 1997 festgestellt, die von Swisscom bzw. der TD Zürich praktizierte Jahresprämieinstufung gemäss Fachhändlervertrag stelle eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b KG ("Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen") und Art. 7 Abs. 2 lit. e KG ("Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung") dar<sup>3</sup>. Gegen diese Verfügung hat Swisscom Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: "Rekurskommission") erhoben, wobei im Wesentlichen die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Einstellung der Untersuchung beantragt wurden. Gerügt wurden vor allem Mängel des Untersuchungsverfahrens<sup>4</sup>. Die Rekurskommission hat die Beschwerde, soweit darauf einzutreten war, mit Entscheid vom 12. November 1998 gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zwecks allfälliger Ergänzung der Untersuchung an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen<sup>5</sup>.

## III. Verfügung der Wettbewerbskommission

### 1. Relevanter Markt und marktbeherrschende Stellung

Als *relevanten Markt* hatte die Wettbewerbskommission den Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen im geographischen Zuständigkeitsbereich der TD Zürich umschrieben<sup>6</sup>.

Was die *Marktstellung* von Swisscom auf dem relevanten Markt angeht, so konnte sich die Wettbewerbskommission für die Ermittlung des *tatsächlichen Wettbewerbs* nicht auf einschlägige Marktanteilsdaten stützen, da solche weder von den Beteiligten noch von den betroffenen Dritten ange-

geben wurden. Verlässliche Werte seien nur für den landesweiten Vertriebsmarkt von Teilnehmervermittlungsanlagen verfügbar. Als "Orientierungshilfe" könnten die für den gesamtschweizerischen Vertriebsmarkt für Teilnehmervermittlungsanlagen erhobenen Daten herangezogen werden. Diese wiesen 1996 im Bereich unter 100 Port einen Marktanteil von Swisscom von 77 %, im Bereich über 100 Port einen solchen von 79 % aus. Nach eigenen Angaben von Swisscom haben ihre Marktanteile 50 % bzw. 60 % betragen, doch lägen sie im Grossraum Zürich erheblich tiefer<sup>7</sup>.

Unter dem Titel des *potentiellen Wettbewerbs* führte die Wettbewerbskommission an, dass auch nach dem Inkrafttreten des revidierten Fernmeldegesetzes strategische Marktzutrittschranken erkennbar blieben. Die von EG-Tel und verschiedenen Fachhändlern gegenüber Swisscom vorgeworfenen Verhaltensweisen (Verwendung ihrer Monopolstellung, um Elektroinstallateure unter Druck zu setzen) seien durchaus geeignet, Zutritte auf den Vertriebsmarkt von Teilnehmeranlagen zu erschweren, weswegen die disziplinierende Wirkung potentieller Wettbewerber gering sei<sup>8</sup>. (Swisscom hat den Vorwurf der genannten Verhaltensweisen in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf als "unsubstanziiert" zurückgewiesen. Die Wettbewerbskommission hat die Vorwürfe als "glaubhaft" bezeichnet<sup>9</sup>.)

Ferner hatte die Wettbewerbskommission Umstände berücksichtigt, die auf die *Stellung der Marktgegenseite* und die "Eigenschaften von Swisscom" zurückzuführen seien. Unter Bezugnahme auf das Nebeneinander des Monopol- und des Wettbewerbsbereichs von Swisscom hielt sie die von Swisscom an den Tag gelegten Verhaltensweisen für geeignet, Elektroinstallateure unter Druck zu setzen, damit diese die Teilnehmeranlagen bei ihr und nicht bei Konkurrenten beziehen. Damit gelinge es Swisscom, sich in ausreichendem Ausmass von ihren Konkurrenten und von der Marktgegenseite unabhängig zu verhalten<sup>10</sup>.

### 2. Unzulässige Verhaltensweise

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission erfüllt die von der TD Zürich praktizierte Jahresprämieinstufung und die darauf gründende Gewährung von Treuerabatten den Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise eines

2 BBl 1997 II 1581; zur Vorgeschichte siehe RPW 1997, 148 ff., Nachkontrolle von Empfehlungen gemäss Art. 45 KG betreffend "Telecom PTT-Fachhändler-Verträge", und VKKP 2/1994, 105 ff., Untersuchung der Kartellkommission über den "Vertriebsmarkt von Teilnehmervermittlungsanlagen (Hauszentralen)", sowie RPW 1997, 509 Rz 10 f.

3 RPW 1997, 515.

4 Siehe RPW 1998, 657-662.

5 RPW 1998, 678 und 677 E. 6.

6 RPW 1997, 510 f. Rz 21 und 23.

7 RPW 1997, 511 f. Rz 25-28.

8 RPW 1997, 512 Rz 29.

9 RPW 1997, 507 f. Rz 7 und 9.

10 RPW 1997, 512 Rz 30.

marktbeherrschenden Unternehmens. Der Umstand, dass ausschliesslich Fachhändler tiefer eingestuft worden seien, welche zugleich bei der EG-Tel Geräte beziehen, "legt den Schluss nahe", dass die betreffenden Händler angehalten werden sollten, nur bei Swisscom zu beziehen. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission hätten ergeben, dass sich die betroffenen Fachhändler in Bezug auf Loyalität, Qualität der Arbeit, lokale Integration und das Verhalten gegenüber Swisscom "nicht in einem Ausmass von anderen Fachhändlern unterschieden haben, das eine ungleiche Behandlung rechtfertigen würde". Würden die von Swisscom aufgestellten Kriterien betreffend Loyalität konsequent angewandt, so wäre eine "gewisse betriebswirtschaftliche Grundlage" angesichts der Kosten von Marketing-Auftritten etc., die eine angepasste Gegenleistung durchaus rechtfertigen könnten, nicht in Abrede zu stellen. Dies setze jedoch weder voraus, dass Fachhändler Geräte ausschliesslich von Swisscom beziehen, noch dass sie deren gesamte Produktpalette weiterverkaufen. Die Fachhändler würden ohne sachlichen Grund in solche mit und in solche ohne Aussen-seiterbezüge eingeteilt, was einer Diskriminierung in den Geschäftsbedingungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. b, teilweise auch lit. e KG entspreche<sup>11</sup>.

#### IV. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

##### 1. Verletzung von Verfahrensbestimmungen

###### a. Rügen der Beschwerdeführerin; Stellungnahme der Wettbewerbskommission

Die *Beschwerdeführerin* rügte eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, indem sie die für den Entscheid wesentlichen Sachverhaltselemente (Marktanteil; Verhaltensweisen, die zu strukturellen Marktzutrittsschranken führen; Marktbeherrschung) bestritten und ein Beweisverfahren verlangte, die Wettbewerbskommission dagegen ohne Bezugnahme auf in den Akten befindliche Beweisstücke und ohne nachvollziehbare Beweiswürdigung ihre Verfügung auf einen bestrittenen Sachverhalt abgestützt hätte. Ferner seien ihr Eingaben der EG-Tel nicht unterbreitet und sei sie nicht zu Beweismassnahmen beigezogen worden. Endlich fehle eine transparente Aktenführung<sup>12</sup>.

Dem hielt die *Wettbewerbskommission* entgegen, die Beschwerdeführerin habe zum Verfügungsentwurf Stellung nehmen können und sie sei zu Beginn der Untersuchung auf das Akteneinsichtsrecht hingewiesen worden; um Akteneinsichtnahme habe sie indes nie ersucht. Ausser einem Hearing mit Vertretern der betroffenen Unternehmen hätten keine Zeugeneinvernahmen stattgefunden. Die während der Unterredung gemachten Äusserungen hätten keine Beweiskraft, sondern dienten als "Anhaltspunkte für gewisse systematische Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin". Im Übrigen sei nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin auf vertrauliche Aktenstücke abgestellt worden<sup>13</sup>.

##### b. Recht auf Akteneinsicht

Die Rekurskommission stellte fest, die Beschwerdeführerin sei lediglich zur Beantwortung verschiedener Fragenkataloge<sup>14</sup> aufgefordert worden sowie dazu, zum Verfügungsentwurf Stellung zu nehmen. Doch sei sie nicht aufgefordert worden, sich zu den Vorbringen der andern Verfahrensbeteiligten zu äussern, und sie sei auch anlässlich der Zustellung des Verfügungsentwurfs nicht über die zusammengestellte Aktenlage informiert worden. Der Verfügungsentwurf enthalte ferner keine Hinweise auf Beweismaterialien. Schliesslich sei der Beschwerdeführerin auch kein ordnungsgemäss erstelltes Aktenverzeichnis zugestellt worden. Damit stelle sich die Frage, ob das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin gewährt worden sei<sup>15</sup>.

Nach den Ausführungen der Rekurskommission "reicht es im wettbewerbsrechtlichen Kontext nicht, dass die Wettbewerbskommission (bzw. ihr Sekretariat) zu Beginn eines umfangreichen Untersuchungsverfahrens den Parteien lediglich in allgemeiner Weise mitteilt, das Akteneinsichtsrecht sei gegeben, und es ihnen überlässt, entsprechend den Bedürfnissen, um Einsicht in die Akten nachzusuchen. Angesichts der in der Regel komplexen wirtschaftlichen Zusammenhänge wettbewerbsrechtlicher Sachverhalte und der damit verbundenen heiklen Beweiserhebungs- und Beweiswürdigungsfragen ist es den Parteien nicht zuzumuten, dass sie sich laufend informieren, ob und wann neue Akten erstellt werden – die sich als rechtserheblich erweisen und der Beweisführung der Vorinstanz zu Grunde gelegt werden könnten – und wann sie darin Einsicht nehmen dürfen.

Dementsprechend sind im Wettbewerbsrecht erhöhte Anforderungen an das Akteneinsichtsrecht geboten. Insofern dürfen die Parteien erwarten, dass die Wettbewerbskommission beziehungsweise ihr Sekretariat sie über die Entwicklung des Standes der Akten informiert und ihnen insbesondere Gelegenheit gibt, zu beweisrelevanten Akten betreffend rechtserhebliche Sachverhaltsfragen Stellung zu nehmen.

Das wiederum setzt eine – unter Berücksichtigung berechtigter Geheimhaltungsinteressen (Art. 27 f. VwVG) – offengelegte Aktenführung voraus, welche den Parteien erlaubt, in wirksamer Weise an der Erstellung des entscheidenderheblichen Sachverhaltes mitzuwirken. Dies bedingt indessen, dass das Sekretariat alle im Verlaufe des Untersuchungsverfahrens erstellten und beigebrachten Dokumente und Informationen systematisch erfasst, damit die Wettbewerbskommission ihren Entscheid gestützt auf diese Grundlagen – und nur auf diese – treffen und begründen kann. Daher erheischt im wettbewerbsrechtlichen Untersuchungsverfahren das Recht auf Akteneinsicht ein chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung geschlossenes (paginiertes) Dossier, auf Grund dessen auch die allfällige Prüfung im Rechtsmittelverfahren basieren muss (...).

11 RPW 1997, 513 f. Rz 32–38.

12 RPW 1998, 667 E. 3.

13 RPW 1998, 667 f. E. 3.

14 Diese Fragenkataloge betrafen "die Marktverhältnisse, die Organisation der Unternehmen, die Produkte und Dienstleistungen sowie die Fachhändlerverträge" (RPW 1997, 509 Rz 13).

15 RPW 1998, 668, E. 3.2.1.

In diesem Sinne ist für wettbewerbsrechtliche Untersuchungsverfahren zu fordern, dass die Wettbewerbskommission (bzw. deren Sekretariat) den Parteien zwecks wirksamer Vorbereitung der Akteneinsicht gleichzeitig mit der Zustellung des Verfügungsentwurfes auch ein vollständiges Verzeichnis der zu den Untersuchungsakten gehörenden Schriftstücke übermittelt, das insbesondere festhält, ob diese einsehbar sind oder nicht.<sup>16</sup>

Demnach hatte die Wettbewerbskommission in ihrer Untersuchung das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, da sie der Beschwerdeführerin mit dem Verfügungsentwurf nicht auch eine Liste der zu den Verfahrensakten gehörenden Schriftstücke zustellte<sup>17</sup>.

### c. Recht auf Mitwirkung bei der Beweiserhebung; Pflicht der Behörde zur Beweisabnahme und Beweiswürdigung

Was zunächst die *Hearings* anlangt, so seien diese den in Art. 12 lit. c VwVG geregelten Auskünften von Drittpersonen vergleichbar und unterlägen denselben Mitwirkungsrechten wie Zeugeneinvernahmen. Ein Ausschluss von Verfahrensparteien von *Hearings* sei nur möglich, wenn die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen oder die Anonymität von Informanten zwecks Schutzes vor Repressionen dies erforderten<sup>18</sup>.

Mit Bezug auf die *Beweiserhebung* und die *Beweiswürdigung* führte die Rekurskommission aus:

"Im Bereiche der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen besteht (...) das grundlegende Problem der Doppelgesichtigkeit der meisten Verhaltensweisen, was sich in der Schwierigkeit ausdrückt, wettbewerbsbeschränkendes Einzelverhalten eines Unternehmens abzugrenzen gegenüber wettbewerbskonformem, auf höherer Leistungsfähigkeit beruhendem Verhalten (...). Daher sind mit Blick auf die Beweiserhebung beziehungsweise Beweiswürdigung hohe Anforderungen zu stellen, wenn ein Schutz sowohl des wirksamen Wettbewerbes als auch der Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit marktbeherrschender Unternehmen gewährleistet werden soll."<sup>19</sup>

Auch insoweit stellte die Rekurskommission eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin durch die Wettbewerbskommission fest: In der angefochtenen Verfügung fehle eine Bezugnahme auf Akten, welche die Ermittlungsergebnisse zu stützen vermöchten. Sodann sei auch etwa der Vorwurf der marktbehindernden Verhaltensweisen weder näher begründet noch durch entsprechende Aktenstücke belegt. Die Würdigung des Beweisergebnisses sei damit nicht mehr nachvollziehbar<sup>20</sup>.

## 2. Ungenügende Abklärung des Sachverhalts in Bezug auf die marktbeherrschende Stellung

Nach Auffassung der *Beschwerdeführerin* hatte die Wettbewerbskommission das Vorliegen einer Marktbeherrschung nicht hinreichend abgeklärt. Die Wettbewerbskommission habe den räumlich relevanten Markt falsch bestimmt, zu Unrecht allein die Marktanteile veranschlagt, auf Teilnehmervermittlungsanlagen statt auf Teilnehmeranlagen sowie auf gesamtschweizerische Daten statt auf solche aus dem

Grossraum Zürich abgestellt. Zudem habe sich die Wettbewerbskommission nicht mit den in den letzten Jahren stetig sinkenden Marktanteilen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt<sup>21</sup>.

Dem entgegnete die *Wettbewerbskommission* im Wesentlichen, der erforderliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bezüglich der marktbeherrschenden Stellung sei gegeben gewesen<sup>22</sup>.

Nachdem der Entscheid der Wettbewerbskommission bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben war, brauchte die *Rekurskommission* nicht abschliessend zu den Rügen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Angesichts der "Komplexität des Phänomens 'Marktbeherrschung'" würden die Abklärungen und Ausführungen der Wettbewerbskommission jedoch Fragen aufwerfen. Die Rekurskommission stimmte den Vorwürfen der Beschwerdeführerin an die Adresse der Wettbewerbskommission im Wesentlichen zu<sup>23</sup>.

## 3. Unzutreffende wettbewerbsrechtliche Würdigung

In materiellrechtlicher Hinsicht machte die *Beschwerdeführerin* geltend, sie habe sich nicht in missbräuchlicher Weise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 KG verhalten. Die Fachhändler seien nicht zur Führung von Vollsortimenten verpflichtet, noch werde ihnen das Anbieten von Konkurrenzprodukten verboten<sup>24</sup>.

Nach Auffassung der *Wettbewerbskommission* unterhält die Beschwerdeführerin dagegen ein System von Treueprämien mit marktausschliessendem Effekt, das die Fachhändler zwingt, auf den Verkauf von Konkurrenzprodukten zu verzichten und die ganze Produktlinie der Beschwerdeführerin im Bereich der Teilnehmeranlagen zu vermarkten<sup>25</sup>.

Die *Rekurskommission* erklärte eine Diskriminierung von Abnehmern, welche Aussenseiterbezüge tätigen, als prinzipiell kartellrechtswidrig<sup>26</sup>.

"In der Tat wäre die Gewährung von Jahresprämien dann unzulässig, wenn sie nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung beruhen und vielmehr als Treuerabatt darauf abzielen würden, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und ihn vom Bezug der Ware bei Konkurrenten abzuhalten."<sup>27</sup>

16 RPW 1998, 669 f. E. 3.2.2.

17 Im Einzelnen RPW 1998, 670 f. E. 3.2.3.

18 RPW 1998, 671 f. E. 3.3.1.–3.3.3.

19 RPW 1998, 672 E. 3.4.

20 RPW 1998, 672 f. E. 3.4.1. und 3.4.2.

21 RPW 1998, 673 E. 4.

22 RPW 1998, 673 f. E. 4.

23 Im Einzelnen RPW 1998, 674 f. E. 4.2.

24 RPW 1998, 675 E. 5.

25 RPW 1998, 675 E. 5.

26 RPW 1998, 675 E. 5.1.

27 RPW 1998, 676 E. 5.1.

Als nicht ausgeschlossen bezeichnete die Rekurskommission, dass

"neben quantitativ begründeten Rabatten (Mengenrabatten) auch qualitativ begründete Rabatte zulässig sind, wenn echte Leistungen honoriert werden und die Möglichkeit nicht eingeschränkt wird, Konkurrenzprodukte zu führen."<sup>28</sup>

Doch brauchte die Rekurskommission auch über diese Frage nicht abschliessend zu befinden, da eine Diskriminierung der Fachhändler weder eine direkte Folge der Fachhändlerverträge noch weiter praktisch aktuell war, hatte doch die Beschwerdeführerin das beanstandete Verhalten mittlerweile völlig eingestellt<sup>29</sup>.

#### 4. Funktionelle Stellung und Kognitionsbefugnis der Rekurskommission

Angesichts ihrer funktionellen Zuständigkeit und ihrer im Vergleich zur Wettbewerbskommission beschränkten personellen Mittel erachtete es die Rekurskommission nicht als ihre Sache, die Mängel des vorinstanzlichen Untersuchungsverfahrens zu beheben bzw. zu heilen. Vielmehr werde die Wettbewerbskommission über eine Ergänzung der Untersuchung zu entscheiden haben<sup>30</sup>.

Die bewusst aufgestellten hohen Anforderungen an die Gewährung des rechtlichen Gehörs, die Sachverhaltsabklärung und die Begründung rechtfertigte die Rekurskommission unter anderem damit, dass der Wettbewerbskommission bei der materiellen Beurteilung ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommen soll; sie soll die materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes konkretisieren und die Wettbewerbspolitik formulieren. Die Rekurskommission handhabe ihre "Kognition wie ein Verwaltungsgericht und nicht wie eine Oberverwaltungsbehörde"<sup>31</sup>.

### V. Bemerkungen

Der wiedergegebene Entscheid der Rekurskommission ist für das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren von *weitreichender Bedeutung*. Sie erhellt, wenn der Kontext, in dem der Entscheid steht, beleuchtet wird. Das sei hier unternommen, unter Beifügung einiger Bemerkungen zum materiellrechtlichen Gehalt des Entscheides.

#### 1. Grundlagen eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts

##### a. Rechtliche und methodische Grundlagen

Die Rekurskommission entwirft in ihrem Entscheid anhand des Akteneinsichtsrechts und der Beweiserhebung und Beweiswürdigung die Grundzüge eines (eigenständigen) Kartellverwaltungsverfahrensrechts. Dieses trägt den Eigenheiten der kartellrechtlich zu beurteilenden Sachverhalte Rechnung. Soweit die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten in Frage steht, geht es dabei methodisch um eine *funktionale Konkretisierung des Anspruchs auf rechtliches*

*Gehör*, wobei der Funktionsbezug zwischen den Regelungszielen des Gehörsanspruchs einerseits – Ermöglichung einer "wirksamen und sachbezogenen Ausübung des Äusserungsrechts"<sup>32</sup> – und den kartellrechtlich relevanten Sachverhalten andererseits hergestellt wird.

Eine in diesem Sinne differenzierende Auslegung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist im Rahmen einer *verfassungskonformen Auslegung der Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes* beachtlich und mit dem Grundsatz von Art. 39 KG (Anwendbarkeit der Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf das Kartellverwaltungsverfahren) vereinbar<sup>33</sup>. Dieser Grundsatz "schliesst [...] die Berücksichtigung kartellrechtlicher Besonderheiten nicht schlechterdings aus. Das Verfahrensrecht verfolgt keinen Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung des materiellen Rechtes (...). [...] Das verwaltungsrechtliche Kartellverfahren als Ganzes soll rechtsstaatlichen Minimalgarantien genügen", ohne gleichzeitig zu verunmöglichen, "volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder ähnlichen Organisationen (vgl. Art. 31bis Abs. 3 lit. d BV) rasch und zweckmässig zu sanktionieren (Art. 37 Abs. 1 [a] KG)"<sup>34</sup>.

Nur *pro memoria* sei vermerkt, dass das *Kartellgesetz selbst* für einzelne Fragen Sonderverwaltungsverfahrenrecht – eben: Kartellverwaltungsverfahrenrecht – enthält<sup>35</sup>. Zu erwähnen ist vorab Art. 43 KG ("Beteiligung Dritter an der Untersuchung").

##### b. Merkmale wirtschaftlicher Sachverhalte

Markantes Kennzeichen kartellrechtlich relevanter Sachverhalte ist ihr *wirtschaftlicher Bezug*. In Frage stehen allemal

28 RPW 1998, 676 E. 5.2.

29 RPW 1998, 676 E. 5.1.

30 RPW 1998, 677 E. 6.

31 RPW 1998, 677 E. 6.

32 A. KÖLZ/I. HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A. Zürich 1998, Rz. 295; ebenso die ständige Bundesgerichtspraxis, siehe etwa BGE 122 I 53 E. 4a, 55; sodann die Rekurskommission in RPW 1998, 668 E. 3.2.

33 Vgl. auch MARCEL DIETRICH, in: ERIC HOMBURGER et al. (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996/97, Art. 39 Rz 55.

34 BGE 117 Ib 481 E. 5b, 490. Zur (umgekehrten) Problematik der Auslegung positiver verfahrensrechtlicher Sonderregeln für das Kartellrecht angesichts des Grundsatzes der Anwendung des allgemeinen Verwaltungsverfahrenrechts ("VwVG-konforme" Auslegung): BGE 117 Ib 481 E. 5a/aa, 488; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 39 Rz. 14; M. DIETRICH in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (FN 33), Art. 39 Rz 84–86.

35 Vgl. PAUL RICHLI, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39–44 KG, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 157 ff., 160: "Besonderheiten [...], für welche das allgemeine Verwaltungsverfahrenrecht keine adäquate Regelung enthält".

"volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen" von Wettbewerbsbeschränkungen<sup>36</sup>.

Sachverhalte des Wirtschaftslebens zeichnen sich namentlich durch die Vernetzung und die Interdependenz der Verhaltensweisen von Wirtschaftssubjekten aus. Vernetzung und Interdependenz entstehen durch Konkurrenzsituationen und durch Abhängigkeiten der Wirtschaftssubjekte auf Grund ihrer Stellung im Wirtschaftskreislauf (z.B. Abhängigkeit eines Herstellers von einem Lieferanten). Damit verbunden ist die mitunter gesamtgesellschaftliche Relevanz von Sachverhalten des Wirtschaftslebens, jedenfalls hinsichtlich gewisser Elemente eines solchen Sachverhalts (z.B. hinsichtlich der monopolähnlichen Stellung eines Unternehmens). Typisch für wirtschaftliche Sachverhalte ist sodann, dass verschiedene Verhaltensweisen, je einzeln oder zusammen, eine Wirkung hervorrufen können, und es kann umgekehrt eine einzelne Verhaltensweise verschiedene Wirkungen zeitigen. Hinzu kommt, dass nicht alles, was von einem Unternehmen beabsichtigt war, tatsächlich eintritt und nicht alles, was auf Grund des Verhaltens eines Unternehmens eintritt, tatsächlich beabsichtigt war.

### c. Merkmale der Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte im Kartellrecht

Die Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte und die Rücksicht auf ihre wirtschaftlichen Bezüge sind dem Kartellrecht von Haus aus aufgetragen. Dieser Auftrag ist als eine (freilich nicht allein dem Kartellrecht zukommende) Besonderheit herauszustellen: Mag, ganz im Sinne einer wirtschaftsrechtlichen Würdigung aller das Wirtschaften betreffenden Sachverhalte, auch in anderen Rechtsgebieten als dem Kartellrecht die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Bezüge geboten sein, so ist dies doch etwa in sachen-, vertrags-, gesellschafts-, immaterialgüter-, bau-, steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen Fragen in der Praxis eher hintergründig (was nicht ausschliesst, dass eine stärker an der wirtschaftlichen Funktion der Sachverhalte orientierte Rechtsanwendung da und dort verheissungsvoll wäre).

Der wirtschaftliche Bezug von Kartellsachverhalten führt zu einer Sachverhaltsbestimmung, die das den *Einzelfall auslösende Sachverhaltelement in seinen wirtschaftlichen Kontext stellt* ("volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen"). Der Rechtsanwender wird durch verschiedene Tatbestandsmerkmale zu solch wirtschaftsbezogener Sachverhaltsbestimmung verhalten: So sind die nach Art. 7 KG unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen als solche relativ einfach zu erfassende Sachverhaltelemente. Die hier thematischen Eigenheiten kartellrechtlich zu würdigender Sachverhalte entstehen erst dadurch, dass diese Verhaltensweisen von Unternehmen ausgehen müssen, die einen Markt beherrschen (worin ein Wirtschaftsbezug liegt). Man beachte demgegenüber etwa die mehr als bloss sektorielle "Wirtschafts-" und damit "Kontextblindheit" immaterialgüterrechtlicher Normen. So lässt etwa das Patentrecht den sehr wohl bestehenden wirtschaftlichen Kontext, in dem mitun-

ter über patentrechtlich sanktionierte Monopolstellungen gestritten wird, weitgehend ausser Acht<sup>37</sup>.

Eine weitere Konsequenz des wirtschaftlichen Bezugs von Kartellsachverhalten ist die starke Ausrichtung des Rechtsanwenderinteresses auf *Auswirkungen* kartellrechtlich relevanten Verhaltens, die *über den den Einzelfall auslösenden Sachverhalt hinausgehen* ("volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen"). Zur Feststellung von Auswirkungen wird der Rechtsanwender ebenfalls durch etliche kartellrechtliche Tatbestandsmerkmale verpflichtet: So ist eine Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie sich dergestalt *auswirkt*, dass andere Unternehmen auf dem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden oder die Marktgegenseite benachteiligt wird. Im Unterschied dazu ist vor allem den klassischen Domänen des Wirtschaftsprivatrechts die Orientierung an Auswirkungen, die über den konkreten Sachverhalt hinausgehen, im Allgemeinen fremd (wofür gute Gründe sprechen mögen), mag auch der Sachverhalt entsprechende Bezüge aufweisen. So sind etwa im Rahmen der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft, mit dem der Fusion mit einer andern Gesellschaft "zugestimmt" worden ist, vielfältige arbeitsmarkt- und andere wettbewerbspolitische Auswirkungen der Fusion unbeachtlich<sup>38</sup>.

### d. Ausgestaltung des Kartellverfahrensrechts entsprechend den Merkmalen wirtschaftlicher Sachverhalte

Die eben skizzierte "Wirtschaftsbezogenheit" von Sachverhalten muss sich – wie die Rekurskommission festhält<sup>39</sup> – auch in der Ausgestaltung und Auslegung des Verfahrensrechts niederschlagen, hat doch das Verfahrensrecht die Verwirklichung des materiellen Rechts zum Ziel. Das Postulat eines mit Rücksicht auf die Eigenheiten wirtschaftlicher Sachverhalte ausgestalteten und ausgelegten Verfahrensrechts gilt für die Phase der Sachverhaltsermittlung, für die Handhabung des erhobenen Sachverhalts während des Verfahrens wie auch für die Sachverhaltswürdigung.

Das Verfahrensrecht hat insbesondere eine möglichst *zuverlässige Ermittlung komplexer Sachverhalte* zu erlauben und zu verhindern, dass Sachverhaltsannahmen zur Grundlage einer Rechtsanwendung gemacht werden, die auf unzutreffenden Hypothesen über wirtschaftliche Zusammenhänge basieren. Umgekehrt hat es auch sicherzustellen, dass trotz der Komplexität der Sachverhalte und der damit verbundenen Schwierigkeiten ihrer Ermittlung

36 Siehe Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. d BV; Art. 1 KG.

37 Siehe Art. 66 lit. a PatG, immerhin aber auch Art. 7 (in Verbindung mit Art. 28) PatG ("Stand der Technik").

38 Vgl. Art. 706 Abs. 2 OR.

39 RPW 1998, 669 f. E. 3.2.2., mit Bezug auf das Akteneinsichtsrecht.

das materielle Recht die ihm zugedachte Wirkung entfalten kann<sup>40</sup>.

## 2. Elemente eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts

Welche konkreten Folgerungen sich aus den Eigenarten einer Beurteilung kartellrechtlich relevanter Sachverhalte und der Komplexität wirtschaftlicher Zusammenhänge ergeben, hat die Rekurskommission für das Akteneinsichtsrecht, die Beweiserhebung und die Beweiswürdigung sowie die Begründungspflicht aufgezeigt<sup>41</sup>. Auf vereinzelt Aspekte dieser Teilgebiete des rechtlichen Gehörs sowie zwei weitere Elemente eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts ist kurz – denn der Entscheid der Rekurskommission spricht für sich – einzutreten. Im Übrigen versteht sich, dass der hier skizzierte allgemeine Ansatz für ein (eigenständiges) Kartellverwaltungsverfahrenrecht der Ausdifferenzierung und Erweiterung im Sinne einer funktionalen Konkretisierung des Gehörsanspruchs und anderer verfahrensrechtlicher Normen durchaus zugänglich ist. Dies gilt nicht zuletzt auch für Normen über das Verhalten der Parteien im Untersuchungsverfahren, insbesondere die Mitwirkung bei der Erhebung des Sachverhalts<sup>42</sup>.

### a. Recht auf Akteneinsicht

Das aus Art. 4 Abs. 1 BV hergeleitete Recht auf Akteneinsicht verschafft im Allgemeinen einen Anspruch, am Sitz der aktensührenden Behörde Einsicht in alle verfahrenserheblichen Unterlagen des vollständigen Dossiers zu nehmen, sich Aufzeichnungen zu machen und allenfalls Photokopien zu erstellen<sup>43</sup>. Das Akteneinsichtsrecht verpflichtet die Behörde je nach konkreter Interessenlage auch zur Aktenführung<sup>44</sup>. Was die von der Rekurskommission geforderte "offengelegte Aktenführung" durch ein "chronologisches, vollständiges und im Zeitpunkt der Entscheidung geschlossenes (paginiertes) Dossier"<sup>45</sup> im Sinne einer Pflicht zur Dokumentation aller Erhebungen anlangt, so war der Weg zu einem entsprechenden Grundsatz des Kartellverwaltungsverfahrens auf Grund des (allgemeinen) Strafverfahrensrechts vorgespurt. Dort gilt wegen der Eigenheiten des Strafverfahrens – nämlich eines in Aussicht stehenden Urteils, das die Rechtsstellung des Betroffenen erheblich beeinträchtigt – der Grundsatz der Dokumentationspflicht<sup>46</sup>. Zu Recht hat die Rekurskommission für das Kartellverwaltungsverfahren den Dokumentationsgrundsatz statuiert, denn die in Frage stehenden kartellrechtlichen Sachverhalte müssen wegen ihres den konkreten Sachverhalt übergreifenden Bezuges naturgemäss umfangreich dokumentiert und auf Angaben verschiedener Verfahrensbeteiligter abgestützt werden. Die Komplexität der Sachverhaltslage erfordert deren Dokumentation in einem Aktenverzeichnis, damit die Parteien vom Anspruch auf rechtliches Gehör in wirksamer Weise Gebrauch machen und insbesondere in Kenntnis der sich widersprechenden Standpunkte und Beweismittel die nötigen Beweisanträge stellen können<sup>47</sup>. Dabei unterliegen auch für den internen Gebrauch

bestimmte Akten der Akteneinsicht, wenn sie nach ihrer objektiven Bedeutung für die Sachverhaltsfeststellung wesentlich sind und den Ausgang eines Verfahrens beeinflussen können<sup>48</sup>; auch diese Akten sind ins Aktenverzeichnis aufzunehmen. Mit dem Dokumentationsgrundsatz geht von selbst einher, dass bei Zustellung des Verfügungsentwurfs zur Stellungnahme der den Verfügungsentwurf stützende Sachverhalt offen gelegt ist<sup>49</sup>. Damit die Parteirechte auch während des laufenden Untersuchungsverfahrens wahrgenommen werden können, ist das auf Grund der Vorabklärung erstellte Aktenverzeichnis den Parteien bereits zu Beginn der Untersuchung zuzustellen<sup>50</sup>. – Die Wettbewerbskommission hat die Vorgaben der Rekurskommission bezüglich Aktenführung bereits umgesetzt<sup>51</sup>.

Für das Kartellverwaltungsverfahren ist schon früher verschiedentlich eine *Sonderordnung des Akteneinsichtsrechts* gefordert worden, allerdings aus andern als den vorstehend genannten Gründen: Die "Auswirkungsbezogenheit" kartellrechtlicher Sachverhalte nötigt zur Einholung von Stellungnahmen betroffener Aussenseiter, die zu solcher Stellungnahme jedoch nicht ohne einen gewissen "Zeugenschutz" bereit sein werden<sup>52</sup>. Diesen Schutz bietet zwar eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts<sup>53</sup>, doch muss er angesichts von Art. 28 VwVG – "Massgeblichkeit geheimer Akten" nur bei Mitteilung des wesentlichen Inhalts – teuer

40 Vgl. BGE 117 Ib 481 E. 5b, 490, insbesondere den vorne V.1./a. wiedergegebenen Passus.

41 Siehe RPW 1998 669 f. E. 3.2.2., 672 E. 3.4., 674 f. E. 4.2.

42 Zur Wichtigkeit der Mitwirkung der Parteien angesichts der Komplexität der Sachverhalte auch J. BORER (FN 34), Art. 39 Rz. 6; eher "grosszügig" scheint diesbezüglich die Rekurskommission zu sein (vgl. RPW 1998, 675 E. 4.3.).

43 BGE 122 I 109 E. 2b, 112.

44 BGE 106 Ia 73 E. 2a, 74 f.

45 RPW 1998, 669 E. 3.2.2.

46 Vgl. BGE 115 Ia 97 E. 4c, 99.

47 Rekurskommission in RPW 1998, 670 E. 3.2.2.

48 BGE 115 V 297 E. 2g/bb, 303 f.; A. KÖLZ/I. HÄNER (FN 32), Rz. 296; restriktiver BGE 122 I 153 E. 6a, 161 f.

49 Siehe die Rekurskommission in RPW 1998, 670 E. 3.2.2.

50 Vgl. für das Verfahrensrecht der Zusammenschlusskontrolle FRANK SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Diss. Zürich 1996, 467; sodann auch ANDREAS LIMBURG, Das Untersuchungsverfahren nach schweizerischem Kartellgesetz, Diss. Zürich 1993, 304 f.

51 Siehe ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 676.

52 Vgl. ROGER ZÄCH: Schweizerisches Wettbewerbsrecht wohin?, AJP/PJA 1992 857 ff., 863 f.; DERS. (FN 51), Rz. 677; WALTER R. SCHLUEP, Verfahrensrechtliche Anmerkungen zum BG über Kartelle und ähnliche Organisationen und zu dessen Weiterentwicklung, in: I. MEIER/H. M. RIEMER/P. WEIMAR (Hrsg.): Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 95 ff., 123; J. BORER (FN 34), Art. 39 Rz. 8; vgl. auch das Gesuch der E.G. Portland um Einsicht in die Liste der Personen, denen die Kartellkommission Fragebogen verschickt hatte, in BGE 113 Ib 90, 91.

53 Siehe Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG.

erkaufte werden: Reicht die mitzuteilende Information weiter als der im Sachverhalt wiedergegebene Kern oder ist der Sachverhalt ein einzigartiger, so wird der Informant allemal "geoutet". Innerhalb der Grenzen dessen, was eine Auslegung von Art. 28 VwVG zulässt, ist der Inhalt der Akten darum wenn immer möglich so zu referieren, dass jedenfalls Rückschlüsse auf einzelne, bestimmbare Informanten nicht möglich sind<sup>54</sup>. Wo ein solches Informationsreferat ausgeschlossen ist, hat dies bereits in die bei der Frage der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts vorzunehmende Interessenabwägung<sup>55</sup> einzufließen<sup>56</sup>. – Ähnliche Probleme stellen sich, wenn mit der Akteneinsicht Geschäftsgeheimnisse des Informanten preisgegeben würden.

### b. Begründungspflicht, Beweiswürdigung und Beweismass

Die Befassung mit sehr unbestimmten Rechtsbegriffen stellt *hohe Anforderungen an die Begründungspflicht*<sup>57</sup>. Dies deshalb, weil die Einkleidung von Tatbestandsmerkmalen (wie etwa die "erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs" oder die "Marktbeherrschung") in solche Begriffe zur Erhebung einer grossen Fülle von Daten Anlass gibt. Da kartellrechtlich relevante Sachverhalte in diesem Sinne nahezu unbegrenzt sind, bedarf der Rechtfertigung, weswegen ein konkretes Sachverhaltselement im Lichte eines wirtschaftsbezogenen Tatbestandsesementes von Bedeutung sein soll. "Wesentlichkeit" einer tatbeständlichen Behauptung oder eines rechtlichen Einwandes als Voraussetzung für eine begründete Auseinandersetzung damit<sup>58</sup> liegt demnach meist vor. So hat die Rekurskommission den Schluss der Wettbewerbskommission von den gesamtschweizerischen auf die Zürcher Marktverhältnisse nicht genügen lassen, wohl schon deshalb nicht, weil er ohne begründete Auseinandersetzung erfolgt ist<sup>59</sup>. Wird einem Sachverhaltselement die Rechtsrelevanz abgesprochen, so ist auch dies zu begründen<sup>60</sup>. Dabei sind stets auch die unterstellten ökonomischen Zusammenhänge plausibel darzulegen.

Entsprechend hohe Anforderungen gelten – mit der Begründungspflicht eng verknüpft – für die *Beweiswürdigung*<sup>61</sup>. So genügt es bei der Prüfung der Marktbeherrschung nicht, Marktanteile auf Grund von "Orientierungshilfen" und den potentiellen Wettbewerb sowie die Stellung der Marktgegenseite entscheidend auf Grund bestrittener Aussagen der Konkurrenz zu bestimmen<sup>62</sup>.

Indes dürfen *keine überspannten Anforderungen an das Beweismass* gestellt werden. Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus. Vielmehr muss – gleichsam kompensatorisch – eine qualitativ hoch stehende Begründung überzeugend aufzeigen, dass das zu prüfende Tatbestandsmerkmal (etwa die "Marktbeherrschung") vernünftigerweise als erfüllt anzusehen ist. Wenn von der Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen die Rede ist<sup>63</sup>, so darf – soll Art. 7 KG jemals angewandt werden – die hohe Anforderung an die Beweiswürdigung nicht als Erfordernis eines

Vollbeweises verstanden werden. Das meist vorhandene "andere Gesicht" ist nicht "wegzubeweisen", doch kann eine einlässliche Begründung der Entscheidung Überzeugungskraft verleihen.

### c. Auseinandersetzung mit Parteivorbringen und Abnahme von Beweismitteln

Um gegenüber den Parteien ein hohes Mass an Überzeugungskraft zu erlangen, hat sich die Wettbewerbskommission mit *sämtlichen Parteivorbringen auseinander zu setzen* und *alle anbotenen Beweismittel abzunehmen*, soweit sie nicht eindeutig ausserhalb des Tatbestandsmerkmals liegen, dessen Anwendung in Rede steht. Wegen der Eigenarten der kartellrechtlichen Streitsachen rechtfertigt es sich, die Schwelle der "Erheblichkeit" bzw. "Tauglichkeit" für die Pflicht zur Prüfung von Parteivorbringen und zur Abnahme von Beweisen<sup>64</sup> tief anzusetzen. Dem Kriterium der Erheblichkeit eines Vorbringens oder anbotenen Beweismittels kann bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kartellrechts naturgemäss kaum ausschliessende Wirkung zukommen. Die "Wirtschaftsbezogenheit" des Sachverhalts sowie das Interesse an Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen machen die Erhebung einer Vielzahl von Daten notwendig, womit fast jedes Vorbringen als wesentlich erscheinen kann. Ob ein Vorbringen wesentlich ist, darüber kann grundsätzlich erst die (begründete) Auseinandersetzung mit ihm Aufschluss geben. So ist der Hinweis eines Unternehmens, dessen Marktbeherrschung in Frage steht, es verliere laufend Marktanteile, rechtserheblich<sup>65</sup>, ist auch aus dem Verlust von Marktanteilen kein unmittelbarer Schluss auf das Ausmass der Marktmacht möglich; mittelbar kann dieses dynamische Sachverhaltselement im Rahmen einer Marktergebnisprüfung aussagekräftig sein.

### d. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts

Die umfassende Pflicht der Wettbewerbskommission, sich im laufenden Verfahren und in der Entscheidbegründung mit grundsätzlich allen Vorbringen auseinander zu setzen, besteht auch bei der rechtlichen Würdigung des Sachver-

54 Vgl. W. R. SCHLUEP (FN 52), 120, 123.

55 Siehe Art. 27 Abs. 1 lit. b VwVG; BGE 117 Ib 481 E. 7a/aa, 494, sowie die Rekurskommission in RPW 1998, 672 E. 3.3.3.

56 Vgl. auch R. ZÄCH (FN 50), Rz 678 f.

57 BGE 112 Ia 107 E. 2b, 110. Gemeint ist, genau genommen, die Begründungsdichte.

58 Siehe zu diesem Erfordernis BGE 117 Ib 481 E. 6b/bb, 492.

59 Vgl. RPW 1998, 674 E. 4.2., sowie die Wettbewerbskommission in RPW 1997, 511 Rz 25 f.; vgl. auch den Vorwurf der fehlenden Begründung in RPW 1998, 672 f. E. 3.4.2.

60 Vgl. BGE 117 Ib 481 E. 6c/bb, 493.

61 Rekurskommission in RPW 1998, 672 E. 3.4.

62 So aber die Wettbewerbskommission in RPW 1997, 511 f. Rz 26–30 sowie 507 f. Rz 7 und 9.

63 Siehe die Rekurskommission in RPW 1998, 672 E. 3.4.

64 Siehe Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 VwVG.

65 Siehe die Rekurskommission in RPW 1998, 674 E. 4.2.



halts im Lichte eines bestimmten Tatbestandsmerkmals (etwa "Marktbeherrschung"), beim Subsumtionsakt also<sup>66</sup>. Im Bereich der weit gefassten Tatbestandsmerkmale des Kartellrechts sind Vorbringen und Argumente zum Sachverhalt und solche zur rechtlichen Würdigung kaum auseinander zu halten; gilt doch hier in besonderem Masse, dass erst der (selektiv als rechtserheblich bestimmte) Sachverhalt die Norm konstituiert, das so gewonnene Normverständnis im Gegenzug aber auch die Sachverhaltserhebung und die Würdigung des Sachverhalts prägt<sup>67</sup>.

#### e. Überprüfung eines Entscheides der Wettbewerbskommission durch Rechtsmittelinstanzen

Aus den Eigenarten wirtschaftlicher Sachverhalte und den damit zusammenhängenden Schwierigkeiten, den Aussagegehalt und die rechtliche Bedeutung der ermittelten Sachverhalte zu bestimmen, ergeben sich – als weiteres Element eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts – *Schranken der Überprüfung von Entscheiden durch Rechtsmittelinstanzen*. Zwar ist die Rekurskommission nach Art. 49 lit. c VwVG zu umfassender Tatsachen- und Rechtsprüfung verpflichtet; doch auferlegt sie sich – vergleichbar der "Ohne-Not-Praxis" oberer Bundesverwaltungsbehörden und anderer eidgenössischer Rekurskommissionen<sup>68</sup> – bei ihrer Prüfung einige Zurückhaltung: (Auch) die Wettbewerbskommission ist "bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu schwierigen Wertungen wirtschaftlicher Sachverhalte gezwungen. Die (...) Nachprüfung dieser Wertungen muss dem Rechnung tragen und sich deshalb auf die Richtigkeit der ihnen zugrundeliegenden Tatsachen und deren Subsumtion unter die Begriffe des geltenden Rechts beschränken. Sie hat sich in erster Linie auf die Begründung der Entscheidungen zu erstrecken, aus der hervorgehen muss, auf welche Tatsachen und Erwägungen sich jene Wertungen stützen"<sup>69</sup>. Eine solche Beschränkung der Überprüfungsintensität darf indes nur die Würdigung der Tatsachen hinsichtlich ihres Aussagegehalts sowie die rechtliche Beurteilung im Einzelfall betreffen. Ist dagegen allgemein und vom Einzelfall unabhängig die Auslegung und Anwendung einer Rechtsvorschrift streitig – etwa die Anwendung von Art. 7 KG im Falle der Gewährung von Treueprämien durch ein marktbeherrschendes Unternehmen –, so besteht auf Grund der Eigenarten wirtschaftlicher Sachverhalte kein Anlass, die Überprüfung nur mit der umschriebenen Zurückhaltung vorzunehmen<sup>70</sup>. Eine Reduktion der Überprüfungsintensität im Zusammenhang mit einer einzelfallunabhängigen Konkretisierung materiellrechtlicher Bestimmungen des Kartellgesetzes käme einer Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rechtsmittelverfahren gleich<sup>71</sup>.

Wird die Überprüfungsintensität in zulässiger Weise eingeschränkt, so bedeutet dies einen Akzent auf der Prüfung der Befolgung des *Verfahrensrechts* durch die Wettbewerbskommission. Die strikte Durchsetzung von Verfahrensrecht durch Oberbehörden ist denn auch ein effizienter und effektiver Garant für "richtige" Entscheidungen, und dies nicht nur angesichts der von der Rekurskommission erwähnten beschränkten Mittel<sup>72</sup>.

Die im Verhältnis zur Wettbewerbskommission eingeschränkte Überprüfungsbefugnis hat übrigens auch zur Folge, dass eine *Heilung der Verletzung des Gehörsanspruchs* in einem Verfahren vor der Rekurskommission nicht in Betracht kommt<sup>73</sup>.

### 3. Bemerkungen zur Gewährung von Treueprämien als unzulässiger Verhaltensweise

#### a. Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Hinsichtlich der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 KG ist aus dem Entscheid der Rekurskommission im Wesentlichen folgende Quintessenz zu gewinnen:

"Steht ein Mann vor einer Bank, die ausgeplündert wird, und beginnt er beim Anblick eines Polizisten laut zu pfeifen, so wird fraglich, was er 'wirklich' oder 'eigentlich' getan hat. [...] Hat der Mann ein Lied gepfiffen? Oder war der Pfiff die geplante Warnung eines Gehilfen oder Mittäters? Ergibt sich in der Folge, dass der Pfiff vom Schwager des Einbrechers stammt, so kann sich dieser nicht auf Daseinsfreude berufen."<sup>74</sup>

Unter anderem gerade daraus – aus der Doppelgesichtigkeit manch kartellrechtlich bedeutsamen Verhaltens – ergeben sich die vorstehend formulierten Postulate eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts.

#### b. Zulässigkeit und Grenzen der Zulässigkeit von Treueprämien

Die Rekurskommission hält fest, Jahresprämien seien nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG unzulässig<sup>75</sup>, wenn sie nicht auf einer

66 Anders BGE 117 Ib 481 E. 7a/bb, 495.

67 Vgl. allgemein BGE 121 III 219 E. 1d/aa, 225.

68 Vgl. BGE 116 Ib 270 E. 3b, 273; Rekurskommission EVD in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1996 Nr. 60 E. 4, 374 f.

69 Urteil des Europäischen Gerichtshofes in Sachen *Consten GmbH und Grundig-Verkaufs-GmbH gegen Kommission der EWG*, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes 1966, 321 ff., 396.

70 Anders offenbar die Rekurskommission in RPW 1998, 677 E. 6.

71 Vgl. auch die Rekurskommission EVD in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1996 Nr. 60 E. 4, 375.

72 Siehe RPW 1998, 677 E. 6.

73 Vgl. allgemein BGE 124 II 132 E. 2d, 138; vgl. auch die Rekurskommission in RPW 1998, 677 E. 6., wo der Zusammenhang zwischen Überprüfungsbefugnis und Heilung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zum Ausdruck kommt.

74 DIRLAM/KAHN, Fair Competition, Ithaca/New York 1954, 51, zitiert nach und übersetzt von W. R. SCHLUEP: Neues Markenrechtsgesetz und Kartellgesetz, sic! 1997 16 ff., 17 f., im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Kartellrecht und Immaterialgüterrecht.

75 Nicht etwa nach lit. e; zur Frage, unter welchen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG Treuerabatte zu subsumieren sind,

wirtschaftlichen Leistung beruhen, sondern als Treuerabatt darauf abzielen, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen zu verunmöglichen oder zu erschweren und ihn vom Bezug der Ware bei Konkurrenten abzuhalten<sup>76</sup>. Ein solcher Rabatt erscheint in der Tat als blosser Gegenleistung dafür, dass die Kunden ihre Möglichkeit aufgeben, einen wesentlichen Teil ihres Bedarfs bei Konkurrenten zu decken<sup>77</sup>.

Anders ist zu urteilen, wenn die Jahresprämie Marketing-Kosten abgelten<sup>78</sup> oder, wirtschaftlich betrachtet, einen Mengenrabatt darstellen würde<sup>79</sup>. Alsdann können "legitimate business reasons" zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Marktteilnehmern angeführt werden<sup>80</sup>. Als unzulässig erscheint es dagegen, wenn Loyalität – als das, was der Begriff in Wahrheit signalisiert – von Vertragspartnern entgolten werden soll. Ist "loyal", wer unter anderem aktiv mit dem marktbeherrschenden Unternehmen zusammenarbeitet und von diesem ein positives Bild als Anbieter vermittelt<sup>81</sup>, so fragt sich, ob eine solche Loyalität faktisch nicht eine Bindung und ziemlich unbedingte Interessenwahrung voraussetzt bzw. schafft, die über das betriebswirtschaftlich zu rechtfertigende Mass einer vertraglichen Zusammenarbeit mit Entgeltung auf Prämienbasis hinausgeht. Um zulässige Basis einer Prämieinstufung zu sein, muss die durch Prämien honorierte Loyalität – nach ihrer vertraglichen Konkretisierung wie auch ihren tatsächlichen Auswirkungen auf den Handlungsspielraum der Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens – von einer Art sein, die diesen die Möglichkeit belässt, "ungestraft" sowohl nur einen Teil der Produktpalette des marktbeherrschenden Unternehmens als auch Produkte anderer Anbieter zu führen. Die Entgeltung einer diese Freiheiten ausschliessenden Loyalität ist dagegen nicht mit "legitimate business reasons" zu rechtfertigen. Eine solchermaßen ausgestaltete Jahresprämienregelung entfaltet Konkurrenz gegenüber eine behindernde Wirkung<sup>82</sup>.

#### 4. Würdigung

Die Rekurskommission hat (der Wettbewerbskommission) ihre Zähne gezeigt. Darüber hinaus hat sie mit ihrem Grundsatzentscheid zu einer künftigen Entwicklung eines Kartellverwaltungsverfahrensrechts beigetragen, der Anwendung des Kartellverwaltungsverfahrensrechts durch die Wettbewerbskommission Leitplanken gegeben und nicht zuletzt auch ihr selbst – als junger Rechtsmittelinstantz – Achtung verschafft.

differenzierend R. ZÄCH (FN 51), Rz 389; Subsumtion unter lit. e wohl bei MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP/PJA 1996 834 ff., 843; ohne Zuordnung zu einem der Tatbestände nach Art. 7 Abs. 2 KG R. DALLAFIOR in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (FN 33), Art. 7 Rz 150.

76 RPW 1998, 676 E. 5.1.

77 Vgl. die Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften in Sachen *Hoffmann-La Roche & Co. AG*, wiedergegeben bei ROGER ZÄCH, Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, Bern/München 1994, 298 f.

78 Rekurskommission in RPW 1998, 676 E. 5.1.

79 Vgl. die Wettbewerbskommission in RPW 1997, 513 Rz 32, sowie die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in Sachen *Suiker Unie und andere gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes 1975, 1663 ff., 2020 f. Erw. 518, wiedergegeben bei R. ZÄCH (FN 77), 296, sowie jene in Sachen *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes 1979, 461 ff., 541 f. Erw. 95, wiedergegeben bei R. ZÄCH (FN 77), 300: Zulässigkeit eines Mengenrabatts, der ausschliesslich an den Umfang der beim betroffenen Hersteller getätigten Käufe anknüpft.

80 R. ZÄCH (FN 51), Rz 365.

81 So die Stellungnahme von Swisscom im Rahmen des Untersuchungsverfahrens, vgl. RPW 1997, 508 Rz 8.

82 Vgl. auch die Rekurskommission in RPW 1998, 676 E. 5.2., sowie die Ausführungen der Wettbewerbskommission in RPW 1997, 513 f. Rz 36.

La Commission de recours a précisé dans une décision de principe les exigences de la procédure devant la Commission de la concurrence, en particulier le droit de consulter les pièces du dossier et l'appréciation des preuves (RPW 1998, 655 ss.). Les dispositions qui s'écartent du droit administratif général forment des éléments d'un droit administratif (indépendant) sur les cartels. En effet, celui-ci tient compte de la complexité de la situation de fait liée au droit sur les cartels, et par conséquent de son aspect économique. Parmi les conséquences d'un ajustement du droit de la procédure à la complexité de la vie économique, il faut mentionner l'obligation de présenter les pièces – obligation issue du droit de consulter le dossier –, les exigences accrues pour l'obligation de motiver et pour l'appréciation des preuves ainsi que pour les restrictions apportées au pouvoir d'examen des décisions de la Commission par des instances judiciaires.

(Alexander Berger)