

D Schlussfolgerungen

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

B 2	4. Sanktionen Sanctions Sanzioni
B 2.4	1. Einstellung des Sanktionsverfahren in Sachen ITV/TUI

Anlässlich der Meldung des Unternehmenszusammenschlusses ITV/IVG – TUI (Suisse) AG (vgl. RPW 1999/3, S. 482 ff.) bestanden Anhaltspunkte, dass mit vorher getätigten Transaktionen ein meldepflichtiger Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen worden sei und damit ein Verstoß gemäss Art. 51 Abs. 1 KG vorliege.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat daher am 3. September 1999 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums ein Sanktionsverfahren wegen einer möglichen Verletzung der Meldepflicht eröffnet. Während des Verfahrens ergab sich, dass es sich bei den erwähnten Transaktionen nicht um einen meldepflichtigen Zusammenschluss handelte. Das Sanktionsverfahren wurde demzufolge mit Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Dezember 1999 eingestellt.

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisioni
B 2.5	1. Einstellungsverfügung vom 6. Dezember 1999 vgl. hierzu RPW 1998/3 S. 382 ff. sowie RPW 1999/3 S. 501 ff.

in Sachen Clima Suisse betreffend Service- und Reparaturleistungen an Öl-/ Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen (22-0154; Zentralheizungsmaterial) wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG.

A Sachverhalt

1. Mit Verfügung vom 17. August 1998 (RPW 1998/3 S. 382 ff.) stellte die Wettbewerbskommission fest, dass die jährlichen Tariflisten von PROCAL (Lieferantenverband Heizungsmaterialien), VUOG (Verband unabhängiger Öl- und Gasbrennerunternehmen), Clima Suisse (Verband schweizerischer Heizungs- und Lüftungsfirmen) sowie des SSIV (schweizerischer Spenglermeister- und Installateur-Verband) hinsichtlich Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschlägen für Regiearbeiten bei Brennern und Kompaktwärmezentralen, Service-Abonnementspreisen sowie Ansätzen für weitere Dienstleistungen bei Brennern und Kompaktwärmezentralen unzulässige Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG darstellten.
2. Dementsprechend wurden die vier Verbände gemäss erwähnter Entscheidung verpflichtet, ihre Mitglieder bzw. Dritte – welche mit Tariflisten oder anderen Hilfsmitteln mit gleicher Zwecksetzung bedient worden waren – innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung über die festgestellte Unzulässigkeit der Tariflisten zu informieren und deren Anwendung zu untersagen.
3. Auf Begehren des damaligen gemeinsamen Rechtsvertreters der vier Verbände erläuterte die Wettbewerbskommission mittels Verfügung vom 25. September 1998 den Dispositiv-Passus "andere Hilfsmittel" und legte dar, dass darunter Instrumente zu verstehen seien, welche sich über Grundtaxe, Stundenansatz und Zuschläge für Regiearbeiten an Brennern und Kompaktwärmezentralen bei Kunden, Abonnementspreise für Brenner und Kompaktwärmezentralen sowie über Ansätze für weitere Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme und Instandhaltung von Brennern und Kompaktwärmezentralen aussprechen würden.
4. Mit Eingabe vom 30. Oktober 1998 erhob Clima Suisse gegen die Verfügungen der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 und vom 25. September 1998 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) mit dem Begehren, es seien die Verfügungen – unter Kostenfolge – aufzuheben. Die anderen drei Verbände verzichteten auf eine Beschwerde.
5. Mit Verfügung vom 23. September 1999 (RPW 1999/3 S. 501 ff.) hiess die REKO/WEF die Beschwerde der Clima Suisse, soweit darauf eingetreten wurde, gut und hob den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 25. September 1998 beziehungsweise vom 17. August 1998 (RPW 1998/3 S. 382 ff.), soweit Clima Suisse betreffend, auf. Begründet wurde der Entscheid im wesentlichen damit, dass sich der zu beurteilende Sachverhalt seit Erlass der Verfügung der Wettbewerbskommission verändert habe, weil drei von vier Verbänden die

Verfügung der Wettbewerbskommission und damit auch die Auflage, die Anwendung ihrer Verbandstariflisten für Regie- und Servicearbeiten zu verbieten, akzeptiert hätten. Dies müsse als neue Tatsache von Amtes wegen beachtet werden.

6. Infolgedessen wies die REKO/WEF die Sache an die Wettbewerbskommission mit der Massgabe zurück, das Verfahren gegen die Clima Suisse einzustellen oder im Lichte der Ausführungen der REKO/WEF die Untersuchung zu ergänzen und einen neuen Entscheid zu fällen.

B Erwägungen

7. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Verfügung vom 17. August 1998 (RPW 1998/3 S. 382 ff.) nach vorangehender Untersuchung festgestellt, dass die Tariflisten der vier Verbände den Preisabredetatbestand nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG erfüllen und die diesbezügliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden konnte. Die Tatsache allein, dass drei der vier Verbände (VUOG, PROCAL und SSIV), welche auf sich einen Marktanteil von ca. 75% - 85% vereinigen, gegen den Entscheid der Wettbewerbskommission keine Beschwerde geführt haben, bedeutet nicht, dass die Abrede nicht mehr wirkt.

8. Im Lichte der Untersuchungsmaxime, welche im Verwaltungsverfahren und auch im Kartellverwaltungsrecht Anwendung findet, darf sich die Behörde nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich selbst überzeugt hat (vgl. Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, RZ 905). Dementsprechend ist es auch nicht sachgerecht, lediglich aufgrund des Beschwerdeverzichts der drei Verbände die in der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 festgestellte Preisabrede unter den Verbänden zu verneinen.

9. Gegenüber den drei Verbänden VUOG, PROCAL und SSIV ist der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 / 25. September 1998 in Rechtskraft erwachsen, mit der Konsequenz, dass es diesen Verbänden seither unter Sanktionsfolgen untersagt ist, untereinander und mit Clima Suisse die Tarife in der von der Wettbewerbskommission als unzulässig erklärten Weise abzusprechen und die entsprechenden Tariflisten weiter zu verwenden. Des weiteren haben die drei Verbände ihre Mitglieder nachgewiesenermassen über die Unzulässigkeit der Preislisten informiert und deren Anwendung untersagt. Überdies ist wesentlich, dass sich in der Zwischenzeit bezüglich der die Verfügung akzeptierende Verbände keinerlei Anzeichen für ein neues (oder fortgesetztes) kartellrechtswidriges Verhalten ergeben haben. Aufgrund dessen und weil die drei die Verfügung

akzeptierenden Verbände einen Marktanteil von ca. 75% - 85% auf sich vereinigen können, kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für Service und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmeeinheiten wiederhergestellt ist.

10. Ob die von der Clima Suisse herausgegebene Tarifliste für sich alleine betrachtet eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, war – entgegen der Ansicht der REKO/WEF (RPW 1999/3 S. 516 Ziff. 3.2) - nie Gegenstand der Untersuchung. Die der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 bzw. vom 25. September 1998 zu Grunde liegende Untersuchung konzentrierte sich auf die Frage, ob das Parallelverhalten der Verbände (Herausgeben von Tariflisten) kartellrechtswidrige Wirkungen verursacht, was von der Wettbewerbskommission bejaht wurde. Bezüglich des Parallelverhaltens von Unternehmungen sei im Sinne einer Klarstellung erwähnt, dass die REKO/WEF in ihrem Entscheid vom 23. September 1998 davon ausging, dass dieses grundsätzlich keine vom Kartellgesetz erfasste Wettbewerbsbeschränkung darstelle (RPW 1999/3 S. 517 Ziff. 4.2). Diese Ansicht ist unzutreffend. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. "Entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der betreffenden Unternehmen (Botschaft zum KG, Separatdruck S. 78). Wenn das Parallelverhalten also bewusst und aufgrund von ausgetauschten Marktinformationen gleichförmig erfolgt und dieses nicht durch exogene Faktoren bestimmt ist, muss das Parallelverhalten als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten (vgl. Pedrazzini/von Büren/Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 1998, N 1000). In oligopolistischen Märkten mit homogenen Massengütern ist es demgegenüber durchaus möglich, dass ein Parallelverhalten, in diesem Zusammenhang wird oft vom "gewöhnlichen" oder "reinen" Parallelverhalten gesprochen, nicht auf einem abgestimmten Verhalten beruht, sondern als normale Marktreaktion anzusehen ist (vgl. Schmidhauser, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 4 RZ 47 sowie Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Aug. 1998 S. 134). Als Fazit ergibt sich demnach, dass die absolute Aussage der REKO/WEF, wonach das Parallelverhalten von Unternehmungen nicht vom Kartellgesetz erfasst sei, in dieser Form unzutreffend ist.

11. Weil die Mitglieder von Clima Suisse lediglich einen Marktanteil von ca. 5% - 15% innehaben, besteht zur Zeit im übrigen auch keine Veranlassung, hinsichtlich der Clima Suisse-Tariflisten eine Untersu-

chung zu eröffnen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die REKO/WEF in ihrer Entscheidung davon ausgegangen ist (RPW 1999/3 S. 518 Ziff. 4.3), dass nur verbindliche aber keinesfalls unverbindliche Tariflisten unter Art. 5 Abs. 3 lit. a KG zu subsumieren seien. Für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ist aber einzig die Wirkung der Preisfestsetzung massgebend (vgl. Botschaft, a.a.o. S. 100; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht; Bern 1999, S. 179 RZ 311; Borer, a.a.o., S. 179 RZ 25; Meier-Schatz, AJP/PJA 7/96, S. 820, 4.2.a). Diese Wirkung kann natürlich auch durch blosse Empfehlungen erreicht werden, sofern sich die Marktteilnehmer an die Empfehlungen halten. Einer weiteren Schlussfolgerung der REKO/WEF, wonach eine Abrede nur dann vom Kartellgesetz erfasst werde, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke und bewirke (kumulativ), kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Diese Ansicht steht im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG, welcher von einer Abrede ausgeht, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt (alternativ). Die beiden Elemente "bezwecken" bzw. "bewirken" haben selbständigen Charakter. Wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, ist der Tatbestand ohne weiteres erfüllt, auf die Wirkungen kommt es nicht an, somit auch nicht darauf, ob der Zweck erfüllt wird (Schmidhauser; a.a.o., Art. 4 RZ 28, mit weiteren Verweisen).

12. Weil aus den dargelegten Gründen davon ausgegangen werden kann, dass der wirksame Wettbewerb auf dem Markt für Service und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen wiederhergestellt ist, wird das Verfahren gegen Clima Suisse eingestellt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission überwacht diesen Markt und wird bei Anzeichen für kartellrechtswidriges Verhalten die nötigen Schritte einleiten.

C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das im Rahmen der Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden auf dem Markt für Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen gegen Clima Suisse geführte Verfahren wird eingestellt.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. (Rechtsmittelbelehrung)
4. (Eröffnung)