

Beschwerdeentscheid

vom 1. Mai 2006

Es wirken mit: Margareta Lauterburg, Heidi Schelbert, Maria Amgwerd, Richter
 Barbara Aebi, juristische Sekretärin

In Sachen

Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), Bahnhofquai 12, 4601 Olten
(Beschwerdeführerin 1)

BKW FMB Energie AG, Viktoriaplatz 2, 3000 Bern 25
(Beschwerdeführerin 2)

Centralschweizerische Kraftwerke AG, Hirschengraben 33, 6002 Luzern
(Beschwerdeführerin 3)

Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Lerzenstrasse 19, 8953 Dietikon
(Beschwerdeführerin 4)

Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Tramstrasse 35, 8050 Zürich
(Beschwerdeführer 5)

Energie Ouest Suisse (EOS) SA, chemin de Mornex 10, 1003 Lausanne
(Beschwerdeführerin 6)

Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Parkstrasse 23, 5401 Baden
(Beschwerdeführerin 7)

alle vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Jürg Borer und Dr. Christoph Lang, Pesta-
lozzi Lachenal Patry, Löwenstrasse 1, 8001 Zürich
(Verwaltungsbeschwerde vom 2. Mai 2005)

gegen

Wettbewerbskommission (WEKO), Monbijoustrasse 43, 3003 Bern

(Vorinstanz)
(Verfügung vom 7. März 2005)

betreffend

Unternehmenszusammenschluss

hat sich ergeben:

- A. Die Beschwerdeführerinnen sind als vertikal integrierte Unternehmen im Elektrizitätsbereich tätig. Ihre Tätigkeitsbereiche (bzw. diejenigen ihrer unterschiedlichen Unternehmenseinheiten) liegen in den Märkten für Produktion, Übertragung, Verteilung, Versorgung und Handel von beziehungsweise mit Strom. Sie beabsichtigen, unter der Firma "Swissgrid AG" eine gemeinsame Übertragungsnetzgesellschaft zu gründen.

Das schweizerische Übertragungsnetz umfasst die Netzanlagen, die Elektrizität über grössere Distanzen transportieren, dem Verbund mit ausländischen Netzen dienen und auf der Spannungsebene 380/220 kV betrieben werden. Es ist ungefähr 6 000 km lang und steht zu über 90 % im Eigentum der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen.

Das schweizerische Höchstspannungsnetz ist mit angrenzenden ausländischen Übertragungsnetzen verbunden und so in den europäischen Stromverkehr integriert. 23 europäische Länder bilden dabei die "Union for the Coordination of the Transmission of Electricity" (UCTE).

Laut Gesellschaftsvertrag ist die Swissgrid AG eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Laufenburg. Sie bezweckt den Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes im Rahmen des europäischen Verbundbetriebes sowie die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen, wie insbesondere Bilanz- und Engpassmanagement, Systemdienstleistungen und Wahrnehmung nationaler und internationaler Interessen im Übertragungsnetzbereich.

Der Bundesrat verabschiedete am 3. November 2004 die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes, welche unter anderem die Gründung eines schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers vorsehen.

Am 29. November 2004 meldeten die Beschwerdeführerinnen das Zusammenschlussvorhaben "Swissgrid" der Wettbewerbskommission. Am 30. November 2004 bestätigte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Vollständigkeit der Meldung und eröffnete eine vorläufige Prüfung des Vorhabens.

Mit Eingaben vom 7. und 8. Dezember 2004 äusserten sich die beteiligten Unternehmen auf Aufforderung des Sekretariats hin zur Frage der gemeinsamen Kontrolle über die Swissgrid AG.

Auf Antrag des Sekretariates vom 17. Dezember 2004 hin beschloss die Wettbewerbskommission am 20. Dezember 2004 die Eröffnung eines Verfahrens zur vertieften Prüfung des Zusammenschlussvorhabens (Art. 32 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 KG). Die Publikation gemäss Artikel 33 des Kartellgesetzes erfolgte im Bundesblatt vom 1. Februar 2005 (BBI 2005 I 737).

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2004 teilte das Sekretariat den beteiligten Unternehmen die Eröffnung des Prüfungsverfahrens mit und informierte diese, dass der Vollzug des Zusammenschlusses vorläufig aufgeschoben bleibe. Mit gleicher Post stellte das Sekretariat den Unternehmen den um die Geschäftsgeheimnisse bereinigten Antrag des Sekretariates vom 17. Dezember 2004 zu, auf dessen Grundlage das Prüfungsverfahren eingeleitet wurde.

Im Rahmen der vertieften Prüfung befragte das Sekretariat weitere Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft, diverse Grossverbraucher sowie das Eidgenössische Starkstrominspektorat. Die beteiligten Unternehmen wurden um zusätzliche Auskünfte angegangen.

Am 16. Februar 2005 unterbreiteten die beteiligten Unternehmen der Wettbewerbskommission diverse Massnahmen zur Entflechtung von Swissgrid und stellten ihr entsprechende (überarbeitete) Entwürfe von Rahmenvertrag und Organisationsreglement zu.

Am 7. März 2005 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv (publiziert in RPW 2005/2, S. 347 ff.):

- „1. Es wird festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, auf dem Markt für Stromübertragung in der Nordwestschweiz, dem Markt für Stromübertragung im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems und auf dem Markt für Stromübertragung im Gebiet Gotthard begründet respektive verstärkt.
2. Das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid wird mit folgenden Auflagen zugelassen:
 - a. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den von ihr betriebenen und/oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren.

- b. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen.
 - c. Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.
 - d. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, ihre Netznutzungstarife und Netznutzungsbedingungen zu veröffentlichen.
 - e. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteileinrichtungen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch dient, dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regelenergie betrifft.
 - f. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die unter Ziffer 2 lit. e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.
 - g. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die unter Ziffer 2 lit. e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.
3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können - ausser den in Art. 37 KG vorgesehenen Massnahmen - mit Sanktionen gemäss Art. 50, 51, 54 und 55 KG belegt werden. (...)
4. Verfahrenskosten
- (...)“

Zur Begründung führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, das Zusammenschlussvorhaben betreffe den sachlichen Markt für Stromübertragung. Der räumliche Markt sei einzelfallspezifisch abzugrenzen. In Gebieten, in welchen der räumlich relevante Markt nicht mehr als das Übertragungsnetz eines der beteiligten Unternehmen umfasse, bestehe bei der Stromübertragung bereits heute keine aktuelle Konkurrenz. In gewissen Gebieten könnten die Elektrizitäts- und Industriewerke direkt oder indirekt von unterschiedlichen Angeboten mehrerer Übertragungsdienstleister profitieren, so dass teilweise aktueller Wettbewerb bestehe. In diesen Gebieten beseitige das Zusammenschlussvorhaben aktuelle Konkurrenz. Der potentielle Wettbewerb sei angesichts der existierenden faktischen und regulatorischen Zutrittsschranken vernachlässigbar und habe keine disziplinierende Wirkung. Das Zusammenschlussvorhaben begründe oder verstärke daher in gewissen Gebieten eine marktbeherrschende Stellung, die wirksamen Wettbewerb beseitige. Auf den Märkten für Stromversorgung führe das Vorhaben zwar zu einer Verbesserung, die aber nicht als überwiegend bezeichnet werden könne. Eine überwiegende Verbesserung ergebe sich nur durch die Anordnung von Auflagen oder Bedingungen, welche die Möglichkeit, Stromdurchleitungen über das Übertragungsnetz zu behindern oder an unangemessene Bedingungen zu knüpfen, und den Anreiz, dies zu tun, beschränkten. Inhaltlich entsprächen diese Auflagen dem, was das in Erarbeitung begriffene Stromversorgungsgesetz zum Über-

tragungsnetzbetreiber vorsehe. Diesbezügliche von den beteiligten Unternehmen getroffene Massnahmen seien nicht ausreichend, da nicht sichergestellt sei, dass sie tatsächlich umgesetzt und nicht nachträglich rückgängig gemacht würden.

Auf die Einzelheiten kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen zurück, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

- B. Gegen diese Verfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen, alle vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. Jürg Borer und Dr. Christoph Lang, am 2. Mai 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"Die Verfügung vom 7. März 2005 ist wie folgt abzuändern:

- 1.1. Ziff. 2 lit. a des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 ist aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Swissgrid AG ist verpflichtet, die Nutzung der von ihr betriebenen oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen durch Dritte nach diskriminierungsfreien Grundsätzen zu regeln. Sie berücksichtigt dabei die bestehenden Verhältnisse, insb. die vorhandenen Netzkapazitäten und die bestehenden Verträge. Bis zur Einführung eines einheitlichen Übertragungsnetznutzungsmodells mit einer distanzunabhängigen Entschädigung wird die Übertragungsnetznutzung fallweise gewährt unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentums- und Transportrechte."

- 1.2. Ziff. 2 lit. b und c des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 sind aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit ab dem Jahr 2007 eine Kostenrechnung zu erstellen."

"Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, ab dem Jahr 2007 für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen."

- 1.3. Ziff. 2 lit. d des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 ist aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Swissgrid AG ist ab dem Moment der Einführung eines einheitlichen Übertragungsnetznutzungsmodells mit einer distanzunabhängigen Entschädigung verpflichtet, die Übertragungsnetznutzungstarife und Übertragungsnetznutzungsbedingungen zu veröffentlichen."

- 1.4. Ziff. 2 lit. g des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 ist aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Mitglieder der operativen Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig eine leitende Funktion in Unternehmen ausüben, welche die unter Ziff. 2 lit. e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben. Einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats der Swissgrid AG dürfen nicht in Entscheidungen zum operativen Betrieb der Gesellschaft einbezogen werden."

1.5. Sämtliche Auflagen gemäss Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 sind wie folgt zu befristen:

"Die Auflagen gemäss dieser Ziff. 2 gelten bis am 30. Juni 2010. Sie können von der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der dannzumaligen Wettbewerbsverhältnisse durch Verfügung um maximal fünf Jahre verlängert werden."

1.6. Sämtliche Auflagen gemäss Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 sind mit folgendem Vorbehalt zu versehen:

"Die Auflagen gemäss dieser Ziff. 2 fallen mit dem Inkrafttreten des geplanten neuen Stromversorgungsgesetzes oder eines anderen Gesetzes, welches die Stellung der Swissgrid AG spezialgesetzlich normiert, ohne weiteres dahin."

2. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen (zusätzlich zu den Begehren gemäss Ziff. 1) ist den Beschwerdeführerinnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig unter Einhaltung der nach Massgabe der vorstehenden Ziff. 1 abgeänderten Auflagen gemäss Ziff. 2 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 zu vollziehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

Implizit beantragen die Beschwerdeführerinnen zudem grundsätzlich, der Zusammenschluss sei ohne Auflagen oder Bedingungen zuzulassen, da er nicht zu einer Beseitigung von wirksamem Wettbewerb führe, eventuell da er auf anderen Märkten zu einer überwiegenden Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse führe.

Zur Begründung berufen sich die Beschwerdeführerinnen in formeller Hinsicht auf eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie des Gebots kooperativen Verwaltungshandelns. In materieller Hinsicht bestreiten sie, dass der Zusammenschluss wirksamen Wettbewerb beseitige. Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistungen bestehe nicht. Allfälliger Wettbewerb finde bei der Stromversorgung statt, nicht bei der Inanspruchnahme der Übertragungsnetzinfrastruktur. Selbst wenn man entgegen den Tatsachen eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei der Stromübertragung bejahen würde, wären die Voraussetzungen für Auflagen oder Bedingungen nicht erfüllt. Denn das Vorhaben bewirke auf den Märkten für Stromversorgung und Stromhandel Verbesserungen, die als überwiegend zu qualifizieren seien. Die Auflagen betreffend die Entflechtung von Swissgrid und der beteiligten Unternehmen erübrigten sich, da man entsprechende Massnahmen bereits selber getroffen habe. Die Auflage betreffend personelle Entflechtung auf Stufe des Verwaltungsrates von Swissgrid sei unverhältnismässig, stehe im Widerspruch zum Aktienrecht und zur entsprechenden Regelung der EU. Auch die Auflagen zur Netznutzung seien unzulässig, unter anderem da sie einem unzulässigen Eingriff in die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit sowie einer unzulässigen Verhaltensregulierung *ex ante* gleichkämen, nur unter Einräumung einer Übergangsfrist umgesetzt werden könnten und im Widerspruch zu langfristigen Lieferverträgen stünden.

Auf die Einzelheiten geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen ein, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

- C. Am 19. Mai 2005 liess sich die Wettbewerbskommission zum Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erlass vorsorglicher Massnahmen vernehmen, das diese mit der Verwaltungsbeschwerde in der Hauptsache gestellt hatten, und beantragte dessen Ablehnung.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, unter anderem mangels Dringlichkeit und weil eine Gutheissung des Gesuchs den Endentscheid in der Sache vorweg nehmen würde (vgl. RPW 2005/3, S. 502 ff.).

Gegen diese Zwischenverfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen am 20. Juni 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Sie beantragten, die angefochtene Zwischenverfügung sei vollumfänglich aufzuheben und es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig (d.h. während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen) gemäss den entsprechend ihren Anträgen abzuändernden Auflagen der Wettbewerbskommission zu vollziehen. Ausserdem ersuchten sie für das bundesgerichtliche Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen, die es ihnen erlauben würden, das Zusammenschlussvorhaben vorläufig (d.h. während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens) unter Einhaltung der nach Massgabe ihres Hauptsachebegehrens abzuändernden Auflagen zu vollziehen.

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Juli 2005 beantragte die Wettbewerbskommission die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Mit Verfügung vom 13. Juli 2005 wies der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das für das bundesgerichtliche Verfahren gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (vgl. RPW 2005/3, S. 578 f.).

Mit Urteil vom 3. Januar 2006 wies das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab (vgl. Urteil 2A.397/2005, abrufbar im Internet unter: www.bger.ch).

- D. Mit Vernehmlassung vom 30. Mai 2005 zur Hauptsache beantragte die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei nicht verletzt worden. In materieller Hinsicht verwies sie weitgehend auf ihre Verfügung und beharrte auf ihrer Auffassung, das Zusammenschlussvorhaben führe in einigen räumlich relevanten Märkten zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Ohne die verfügten Auflagen ergäben

sich keine überwiegende Verbesserung auf dem Markt für Stromversorgung. Die Stellung der beteiligten Unternehmen im internationalen Wettbewerb sei nur für die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes wesentlich, weshalb die Wettbewerbsverhältnisse im internationalen Stromhandelsmarkt irrelevant seien. Die Argumente der Beschwerdeführerinnen betreffend eine angebliche Unzulässigkeit der Auflagen seien unzutreffend. Das Begehren um Abänderungen der Verfügung im Sinne der Anträge der Beschwerdeführerinnen seien daher abzuweisen.

Auf die Einzelheiten geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen ein, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

- E. Im Rahmen der Instruktion unterbreitete die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit Schreiben vom 6. Januar 2006 einen umfangreichen Fragekatalog zu den Realia des Elektrizitätsmarktes im weitesten Sinn sowie zu den sich bei der kartellrechtlichen Prüfung stellenden Fragen (Marktabgrenzung, aktueller und potenzieller Wettbewerb, Verbesserung auf anderen Märkten, Auflagen und Weiteres). Dies erwies sich angesichts der Unklarheit der Verfügung als unumgänglich.

Mit Eingaben vom 27. Januar 2006 beantworteten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen die an sie gerichteten Fragen.

Am 31. Januar 2006 ersuchte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien um präzisierende Auskünfte und stellte ihnen die Antworten der jeweils anderen Partei zur Stellungnahme zu. Die Beschwerdeführerinnen wurden ausserdem darauf hingewiesen, dass ein allfälliger reformatorischer Entscheid in der Sache einen Verzicht auf Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz voraussetze, weshalb für diesen Fall eine entsprechende Äusserung erforderlich sei.

Mit Eingabe vom 6. Februar und vom 8. Februar 2006 beantworteten die Vorinstanz und die Beschwerdeführerinnen die zusätzlichen Fragen und äusserten sich zu den Vorbringen der jeweils anderen Partei vom 27. Januar 2006. Die Beschwerdeführerinnen beantragten zudem den Erlass eines reformatorischen Entscheides in der Sache, unter Verzicht auf die volle Wahrung des Instanzenzuges. Sie erklärten zudem ausdrücklich ihren Verzicht auf eine öffentliche Verhandlung gemäss Artikel 6 EMRK.

Diese zweiten Eingaben der Parteien wurden der jeweils anderen Partei am 10. Februar 2006 zur Kenntnis gebracht.

Auf die im Rahmen der Instruktion eingeholten Stellungnahmen der Parteien geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in den Erwägungen ein, soweit sie für den vorliegenden Entscheid wesentlich sind.

- F. Am 8. März 2006 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass keine öffentliche Verhandlung stattfindet, nachdem sie mit Schreiben vom 8. Februar 2006 auf eine solche verzichtet hätten.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 130 I 312 E. 1; 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005, mit dem sie das Zusammenschlussverfahren mit Auflagen zulässt, ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. c [vgl. BGE 131 II 497 E.4.2]). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VSRK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihre Vertreter haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. Gesetzesbestimmungen

Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251)] bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- und andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten alle Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

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 vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Fusionskontrollverordnung, VKU, SR 251.4). 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).

Als Unternehmenszusammenschluss gilt a. die Fusion von zwei oder mehr bisher von einander unabhängigen Unternehmen, b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrags, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

Gemäss der Fusionskontrollverordnung stellt ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU). Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Absatz 1 erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von

mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind der Wettbewerbskommission vor ihrem Vollzug zu melden, sofern die Umsätze bestimmte Schwellenwerte erreichen (vgl. Art. 9 Abs. 1 KG, Art. 3 ff. VKU). Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen oder Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 KG). Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG).

Wird ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss gemeldet, entscheidet die Wettbewerbskommission, ob eine Prüfung durchzuführen ist. Sie hat die Einleitung dieser Prüfung den beteiligten Unternehmen innerhalb eines Monats seit der Meldung mitzuteilen. Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Mitteilung, kann der Zusammenschluss ohne Vorbehalt vollzogen werden (Art. 32 Abs. 1 KG). Die beteiligten Unternehmen dürfen den Zusammenschluss innerhalb eines Monats seit der Meldung des Vorhabens nicht vollziehen, es sei denn, die Wettbewerbskommission habe dies auf Antrag dieser Unternehmen aus wichtigen Gründen bewilligt (Art. 32 Abs. 2 KG).

Beschliesst die Wettbewerbskommission die Durchführung einer Prüfung, veröffentlicht das Sekretariat den wesentlichen Inhalt der Meldung des Zusammenschlusses und gibt die Frist bekannt, innerhalb welcher Dritte zum gemeldeten Zusammenschluss Stellung nehmen können (Art. 33 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbskommission führt die Prüfung innerhalb von vier Monaten durch, sofern sie nicht durch Umstände gehindert wird, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 33 Abs. 3 KG).

Die zivilrechtliche Wirksamkeit eines meldepflichtigen Zusammenschlusses bleibt, unter Vorbehalt des Fristablaufs gemäss Artikel 32 Absatz 1 und der Bewilligung zum vorläufigen Vollzug, aufgeschoben. Trifft die Wettbewerbskommission innerhalb der Frist gemäss Artikel 33 Absatz 3 keine Entscheidung, gilt der Zusammenschluss als zugelassen, es sei denn, die Wettbewerbskommission stelle mit einer Verfügung fest, dass sie bei der Prüfung durch Umstände gehindert worden ist, die von den beteiligten Unternehmen zu verantworten sind (Art. 34 KG).

Die Wettbewerbskommission kann eine Zulassung widerrufen oder die Prüfung eines Zusammenschlusses trotz Ablauf der Einmonatsfrist (Art. 32 Abs. 1 KG) beschliessen, wenn: a. die beteiligten Unternehmen unrichtige Angaben gemacht haben; b. die Zulassung arglistig herbeigeführt worden ist; c. die beteiligten Unternehmen einer Auflage zu einer Zulassung in schwerwiegender Weise zuwiderhandeln (Art. 38 Abs. 1 KG).

Auf die Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG). Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 40 KG).

Die Parteien haben Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG) und auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien. Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Art. 32 VwVG). Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG).

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes; c. Unangemessenheit (...) (Art. 49 VwVG).

Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG). Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

3. Vorbehaltene Vorschriften

Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Insoweit ist das Kartellgesetz nicht anwendbar (RPW 2002/4, 648 ff.).

Die Leitungen des Übertragungsnetzes stehen im Eigentum der Überlandwerke. Laut der Verfügung bestehen hinsichtlich dieses Netzes keine vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften; der Vorbehalt sei von den Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht worden (Rz 33 der Verfügung).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion befragt, ob sich bestehende öffentlich-rechtliche Vorschriften im Strommarkt auf die Übertragungs- oder die Verteilnetze bezögen. Sie hat diese Frage nicht beantwortet. Eine Überprüfung rechtfertige sich bezüglich des Zusammenschlussvorhabens nicht, da sich die Beschwerdeführerinnen bezüglich ihrer Weigerung, Dritten die sofortige diskriminierungsfreie Durchleitung zu gewähren, nicht auf öffentlich-rechtliche Vorschriften beriefen (Eingabe der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 24).

Daraus ist zu schliessen, dass die Vorinstanz Existenz und Bedeutung vorbehaltener Vorschriften nicht geprüft hat, weil die Beschwerdeführerinnen solche nicht geltend gemacht haben. Das haben sie deshalb nicht getan, weil das Vorhaben ihres Erachtens unabhängig von allfälligen vorbehaltenen Vorschriften kartellrechtlich unbedenklich sei (Eingabe vom 8. Februar 2006, S. 22). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hält fest, dass die Vorinstanz die Existenz vorbehaltener Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären hat, und nicht nur dann, wenn sich die Verfügungsadressaten ausdrücklich auf solche berufen.

Die Verweigerung der Stromdurchleitung fällt als unzulässige Verhaltensweise (Art. 7 KG) nur in Betracht, wenn keine vorbehaltenen Vorschriften bestehen. Vorliegend geht es nicht um die Frage unzulässiger Verhaltensweisen, sondern um die Auswirkungen eines Unternehmenszusammenschlusses und die Beurteilung der von der Vorinstanz verfügten Auflagen oder Bedingungen. Entsprechende Massnahmen, die die Wettbewerbskommission im Rahmen eines Zusammenschlussverfahrens ausspricht, müssen vorbehaltene Vorschriften ebenfalls respektieren. Denn die Wettbewerbskommission ist weder bei der Verhaltens- noch bei der Strukturkontrolle zuständig, bestehende öffentlich-rechtliche Vorschriften mittels Verfügung ausser Kraft zu setzen. Dies ist dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. im Übrigen Erwägung 5.4.6. c).

4. Formelles

4.1. Gehörsanspruch allgemein und Verfahren bei Auflagen und Bedingungen

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts formeller Natur. Damit hat sie ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst die Aufhebung der ange-

flichten Verfügung zur Folge (126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3; 121 I 230 E. 2a; BGE 120 Ib 379 E. 3b). Rügen betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs sind daher vorab zu prüfen.

Wer vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509). Der Umfang des Gehörsanspruchs hängt von der Intensität der Betroffenheit durch die Verfügung ab: Je grösser die Gefahr der Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen, desto umfassender ist der Gehörsanspruch (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz 1677).

Artikel 25 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) fasst die genannten Verfahrensrechte unter dem Begriff des Anspruchs auf rechtliches Gehör zusammen. Die Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation (zum Begriff vgl. J. P. Müller, a. a. O., S. 510) sollen sicherstellen, dass die Einzelnen nicht als Objekte, sondern als Subjekte wahr- und ernst genommen werden. Sie stehen damit im Dienst der Menschenwürde. Darüber hinaus soll der Einbezug der Rechtssubjekte in das Verfahren zur Richtigkeit des Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und zur besseren Akzeptanz des Entscheids beitragen (J. P. Müller, a. a. O., S. 510 f.; ferner Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 240, Rz 838 f.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 254, Rz 35 f.; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 45 f., Rz 129; Lorenz Kneubühler, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBI 3/1998 S. 97 ff., S. 100; zu den einzelnen Aspekten des Gehörsanspruch vgl. im Übrigen auch RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 509 f., sowie RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 677 ff.).

Zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation zählt zunächst der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Gehörsanspruch im engeren Sinn). Er umfasst den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts, den Anspruch auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung. Letzteres bildet das Kernstück des rechtlichen Gehörs (J. P. Müller, a. a. O., S. 520 ff.). Um den Betroffenen eine Stellungnahme vor Erlass der Verfügung zu ermöglichen, muss ihnen die Verwaltungsbehörde den voraussichtlichen Inhalt der Verfügung, zumindest seine wesentlichen Elemente bekannt geben (Häfelin/Müller, a. a. O., Rz 1680 f.).

Zentral ist ferner der Anspruch auf Begründung eines Entscheids. Die Begründungspflicht sichert die spezifisch juristische Qualität des Urteils; die Argumentation muss sich mit den verschiedenen rechtlich relevanten Gesichtspunkten auseinandersetzen (J. P. Müller, a. a. O., S. 537). Die Begründung soll den

Rechtssubjekten zeigen, dass sich die Behörde mit ihren Eingaben und Interessen sorgfältig auseinandergesetzt hat. Sie muss umso einlässlicher sein, je intensiver ein Entscheid in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, je komplexer die zu beurteilenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sind und je weiter der Entscheidungsspielraum der Behörde ist. Ein mangelhaft begründeter Entscheid ist auf Beschwerde hin grundsätzlich aufzuheben; ein Nachschieben der Begründung im Rechtsmittelverfahren genügt in der Regel nicht, um davon abzuweichen (vgl. im Einzelnen J. P. Müller, a. a. O., S. 535 – 541). Die Begründung darf sich auf diejenigen Aspekte beschränken, die von der Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet werden; allerdings muss aus der Motivierung ersichtlich sein, wieso die Behörde die vorgebrachten Äusserungen und Einwendungen für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig gehalten hat (Michelle Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 369, mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung, und S. 404).

Laut der herrschenden Lehre sind die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen in das Verfahren möglichst einzubeziehen und sie sollen Gelegenheit erhalten, selber Vorschläge zur Überwindung einer allenfalls bedenklichen Wettbewerbssituation zu machen (Paul Richli, Verfahren und Rechtsschutz, Art. 39 – 44 KG, in: Roger Zäch, Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 168). Auflagen sollen nicht einseitig verordnet, sondern in einem dialogischen Verfahren mit den Parteien erarbeitet werden. Falls die erarbeiteten oder von den Unternehmen unterbreiteten verbindlichen Massnahmen als ungenügend beurteilt werden, hat die Behörde den Zusammenschluss zu untersagen (Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz 835, Rz 836, Rz 839; vgl. auch Botschaft vom 23. November 1994 zum revidierten Kartellgesetz, BBl 1995 I S. 468 ff., S. 612; ferner Ducrey/Drolshammer, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Hrsg.: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey], Zürich 1997, Art. 10 KG, Rz 49 und Rz 51; Frank Scherrer, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, Zürich 1996, S. 156 ff., S. 413); Patrik Ducrey in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] [Hrsg.: von Büren/David], Band V/2, Kartellrecht, Basel 2000, S. 301, S. 313).

In der Praxis erfolgt in der vertieften Prüfung regelmässig nach zirka sechs Wochen eine vorläufige Beurteilung. Bestätigen sich die ursprünglichen Bedenken, wird die vorläufige Beurteilung den Beteiligten zur schriftlichen Stellungnahme innert einer kurzen Frist zugestellt. Bestehen die Bedenken auch danach fort, fordert der Kammerpräsident die beteiligten Unternehmen auf, Vorschläge über strukturelle Änderungen des Vorhabens einzureichen. Diese werden geprüft und können auf Wunsch der Beteiligten mit der Behörde diskutiert werden. Gehen keine Vorschläge ein oder sind sie ungeeignet, unterbreitet das Sekretariat der Entscheidbehörde eine Untersagungsverfügung (Ducrey, SIWR Bd. V/2, a. a. O., S. 312 f.).

4.2. Beschwerde und Vernehmlassung

In verfahrensrechtlicher Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) sowie des Gebots des kooperativen Verwaltungshandelns im Zusammenschlussverfahren. Die Auflagen stellten den Kernpunkt der Verfügung dar. Da sie weit reichende Konsequenzen hätten, wäre eine vorgängige Anhörung zwingend gewesen. Man hätte Gelegenheit erhalten müssen, selber Vorschläge zur Überwindung einer allenfalls problematischen Wettbewerbssituation zu formulieren. Dieses Vorgehen sei zwecks angemessener Berücksichtigung unternehmerischer Anliegen sogar für den Fall vorgesehen, dass ein Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen worden sei (Art. 37 Abs. 2 KG). Umso mehr müsse auf diese Weise vorgegangen werden, wenn ordnungsgemäss Meldung erstattet werde. Auflagen dürften von der Wettbewerbskommission nicht einseitig verordnet werden, sondern seien in einem dialogischen Verfahren zu erarbeiten. Die Beschwerdeführerinnen hätten vor Erlass der Verfügung nie Gelegenheit erhalten, sich zu den Auflagen zu äussern. Sie hätten schriftlich darüber informiert werden müssen, dass eine Zulassung ohne Auflagen nach Auffassung der Behörde auch nach der vertieften Prüfung nicht möglich sei. Mangels vorgängiger Information habe keine Gelegenheit bestanden, die Behörde auf den unsachlichen und unverhältnismässigen Charakter der Auflagen sowie auf die mit ihnen verbundenen technischen und betrieblichen Probleme hinzuweisen.

Die Vorinstanz entgegnet, die Beschwerdeführerinnen hätten den Antrag des Sekretariates betreffend Eröffnung einer vertieften Prüfung erhalten. Diesem sei zu entnehmen gewesen, dass Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung bestünden. Der Antrag habe auch auf die Bestimmungen des Stromversorgungs- und des Elektrizitätsgesetzes (StromVG, EleG) zur Stellung des schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers hingewiesen, welchen das Vorhaben noch nicht Rechnung trage. Aufgrund des Antrages sei den Beschwerdeführerinnen der voraussichtliche Inhalt der Verfügung klar gewesen (mögliche Feststellung der Begründung bzw. Verstärkung einer beherrschenden Stellung, Zulassung des Vorhabens höchstens unter Auflagen entsprechend der geplanten gesetzlichen Regelung). Sie hätten im Schreiben vom 16. Februar 2005 denn auch Vorschläge dazu vorgetragen, wie sie den künftigen spezialgesetzlichen Regelungen Rechnung tragen wollten. Somit treffe nicht zu, dass sie keine Gelegenheit gehabt hätten, eigene Vorschläge zu präsentieren, um eine bedenkliche Wettbewerbssituation zu beseitigen. Sie hätten denn auch Vorschläge unterbreitet. Die Vorinstanz habe diese geprüft und sie für ungenügend befunden. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs setze nicht voraus, dass die Beschwerdeführerinnen nochmals zur Präsentation von Vorschlägen eingeladen würden.

4.3. Beurteilung der Wahrung des Gehörsanspruchs

Vorliegend ist zunächst festzustellen, dass die von der Vorinstanz verfüigten Auflagen betreffend personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat, die unmittelbare Gewährung des Anspruchs auf Netzzugang, die Veröffentlichung von Netznutzungstarif und –bedingungen sowie die Erstellung von Kostenrechnungen für das Netz und dessen Betrieb für die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen weit reichende Konsequenzen haben. Entsprechend hätten ihnen die wesentlichen Verfügungselemente vorgängig mitgeteilt und hätte ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt werden müssen.

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass den Beschwerdeführerinnen der wesentliche Inhalt der Verfügung bekannt sein muss, damit eine vorgängige Stellungnahme möglich ist. Sie argumentiert vielmehr, dies sei der Fall gewesen, da der voraussichtliche Inhalt der Verfügung aus dem Antrag des Sekretariates auf Durchführung einer vertieften Prüfung ersichtlich gewesen sei.

Diese Folgerung verbietet sich aus folgenden zwei Gründen:

Erstens nennt der Antrag zwar Indizien für eine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse im Übertragungsmarkt (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Zur Frage, ob Verbesserungen auf einem anderen Markt vorhanden sind, die diese Nachteile überwiegen (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG), enthält er jedoch keinerlei Aussagen. Aufgrund des Antrags war schon deshalb nicht klar, dass die Voraussetzungen einer Untersagung oder Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen erfüllt sein würden. Daher konnten die Beschwerdeführerinnen nicht wissen, dass nach Auffassung der Vorinstanz nur eine Zulassung mit Auflagen in Betracht fallen würde.

Zweitens kann dem Antrag nicht entnommen werden, dass der Hinweis auf die Bestimmungen in Elektrizitäts- und Stromversorgungsgesetz bedeutet, dass die Vorinstanz entsprechende Auflagen zu verfügen und damit bezüglich ausgewählter Aspekte der Gesetzgebung interimistisch und partiell an die Stelle des Gesetzgebers zu treten beabsichtigte. Das ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Antrags noch aus dem Sachzusammenhang (Laut dem Antrag bestehen Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung. Die Voraussetzungen einer vertieften Prüfung seien daher erfüllt [Rz 66 des Antrags]. Dazu könne angemerkt werden, dass die Entwürfe des Stromversorgungs- und des Elektrizitätsgesetzes die Gründung eines schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers vorsähen, diese jedoch an die in den Gesetzen enthaltenen Bedingungen knüpften [Rz 67 des Antrags]. Anschliessend werden solche Regelungen aufgezählt [Rz 68 des Antrags]).

Aus dem Antrag war somit weder ersichtlich, zu welchem Ergebnis die Prüfung hinsichtlich der Eingriffsvoraussetzungen gelangen würde, noch, ob und welche Auflagen oder Bedingungen ausgesprochen werden würden. Für die Beschwerdeführerinnen bestand daher kein Anlass, damit zu rechnen, dass die Vorinstanz im Rahmen einer vertieften Prüfung Auflagen zwecks sofortiger umfassender Marktöffnung ohne Übergangsfristen erlassen würde. Dies ergibt sich weder aus der partiellen Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG (Rz 34 – 66 des Antrags), noch kann es aus dem Verweis auf Bestimmungen von Stromversorgungs- und Elektrizitätsgesetz geschlossen werden. Die Beschwerdeführerinnen kannten den voraussichtlichen wesentlichen Inhalt der Verfügung somit nicht.

Sodann ist festzuhalten, dass Auflagen gemäss einhelliger Lehre nicht einseitig zu verfügen, sondern in einem dialogischen Prozess mit den Beteiligten zu erarbeiten sind (für Nachweise vgl. Erwägung 4.1.). Der Grund ist darin zu erblicken, dass Auflagen und Bedingungen die Wirtschaftsfreiheit und die unternehmerische Verantwortlichkeit tangieren können. In einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung dürfen die Behörden den Unternehmen nicht vorschreiben, was sie zu tun haben. Ausserdem lässt sich im Gespräch besser als bei einseitiger Verfügung abstimmen, mit welcher mildesten Massnahme das angestrebte Ziel erreicht werden kann (Verhältnismässigkeitsprinzip).

Die Vorinstanz erläutert nicht, weshalb sie die Beteiligten im vorliegenden Verfahren nicht über das Ergebnis der vorläufigen Prüfung informiert und zur Stellungnahme eingeladen hat, und weshalb die Auflagen nicht dialogisch erarbeitet wurden. Zwar ist ihr zuzustimmen, dass sie gemäss Artikel 37 Absatz 4 des Kartellgesetzes eigene Massnahmen treffen kann, wenn Vorschläge der Beteiligten zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 37 Abs. 2 KG) nicht ausreichen. Doch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die Behörde auch bei ordnungsgemässer Meldung eines Zusammenschlussvorhabens Auflagen einseitig verfügen darf, trifft die Beteiligten in diesem Fall doch keinerlei Mitschuld an einer Wettbewerbsbeseitigung zufolge Schaffung vollendeter Tatsachen. Weiter trifft zwar zu, dass die beteiligten Unternehmen bereits früh von sich aus Vorschläge zur Abänderung des Vorhabens unterbreiteten. Daraus ist nicht zu folgern, dass die Vorinstanz unter Einbezug der Beteiligten verfahren hat. Vorschläge der Beteiligten entbinden die Vorinstanz nicht davon, die üblichen Wege zu beschreiten, d.h. eine vorläufige Beurteilung zuzustellen, welche die Aspekte nach Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b des Kartellgesetzes einschliesst, Vorschläge einzuverlangen oder ihre eigenen solchen zu präsentieren, zu begründen, weshalb die Vorschläge der Unternehmen ungenügend sind, gegebenenfalls Einigungsgespräche zu führen und mangels einer für beide Seiten tragbaren Lösung den Zusammenschluss zu untersagen anstatt einseitig Massnahmen zu verfügen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die verfahrensrechtlichen Anforderungen und Standards in mehrfacher Hinsicht nicht eingehalten hat. Der Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf rechtliches Gehör wurde daher verletzt.

4.4. Kassation und Rückweisung versus reformatorischer Entscheid in der Sache

Weil die Garantie des Gehörsanspruchs formeller Natur ist, zieht seine Verletzung prozessuale Wirkungen nach sich. Die angefochtene Verfügung wird grundsätzlich aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Diese aus der verfassungsmässigen Sicht resultierende Rechtsfolge der Gehörsverletzung steht in einem Spannungsverhältnis zu den gesetzlichen Verfahrensordnungen, namentlich zum Verwaltungsverfahrensgesetz, das in Artikel 61 in erster Linie einen reformatorischen Entscheid der Rechtsmittelbehörde vorsieht. Aus der formellen Natur des Gehörsanspruchs folgt nicht, dass die Rechtsmittelbehörde in allen Fällen verpflichtet ist, den Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Albertini, a. a. O., S. 452). Denn der Grundsatz der Aufhebung der Verfügung und der Rückweisung der Sache hat Grenzen (vgl. RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 516 f.):

Der Grundsatz kann zunächst durchbrochen werden, wenn die Kassation Rechtssicherheit und Verhältnismässigkeit in Frage stellen würde, wenn die Gehörsverletzung nicht als relevant erscheint oder wenn die Beschwerde materiell von vorneherein aussichtslos erscheint (Albertini, a. a. O., S. 455 ff.). Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben. Die Gehörsverletzung kann nicht als irrelevant bezeichnet werden, und die Verfügung hat auch materielle Mängel. Deshalb ist die Beschwerde nicht aussichtslos.

Der Grundsatz kann ferner durchbrochen werden, wenn sich mit einem Entscheid der Rechtsmittelbehörde in der Sache prozessualer Leerlauf vermeiden lässt, wenn also praktische Bedürfnisse des rationellen Gangs der Entscheidungsfindung und der Verfahrensökonomie das Abweichen von der Rückweisung vorteilhafter erscheinen lassen. Die Verfahrensgarantien sind nicht Selbstzweck, sondern sollen der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen. Die Rückweisung kann zu einer Verlängerung des Verfahrens führen, ohne dass dies für die Parteien oder die Verwaltung unter Umständen einen konkreten Nutzen hätte. Diesfalls kann der Verfahrensmangel behoben und die Verletzung geheilt werden. Eine Rückweisung an die Vorinstanz entfällt.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht diese Möglichkeit dann, wenn die Vorinstanz zu erkennen gibt, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde, so dass die Rückweisung wenig Sinn hätte, weil sich die Rekursinstanz dann ein zweites Mal mit der Sache befassen müsste, diesmal mit

den materiellen Anliegen. Von einer Rückweisung kann auch abgesehen werden, wenn das Interesse des Beschwerdeführers an einer möglichst förderlichen Erledigung der materiellen Streitsache mit seinem Interesse an der Einhaltung seines Gehörsanspruchs kollidiert (Albertini, a. a. O., S. 459, mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung).

Die Äusserungen der Vorinstanz im Rahmen der Instruktion lassen darauf schliessen, dass damit zu rechnen ist, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde. Daher wäre bei einer Rückweisung damit zu rechnen, dass sich die Rekursinstanz mit dem Geschäft erneut zu befassen hätte. Im Übrigen überwiegt das Interesse der Beschwerdeführerinnen an der förderlichen Erledigung der Streitsache ihr Interesse an der Einhaltung des Gehörsanspruchs, zumal seit Aufnahme des zeitlich beschränkten Prüfungsverfahrens bereits ein Jahr verstrichen ist. Das überwiegende Interesse an einer raschen materiellen Entscheidung ergibt sich aus den Umständen, dass sie in der Beschwerde einen materiellen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen beantragen (Abänderung der Auflagen durch die Beschwerdeinstanz), ferner daraus, dass sie mit dem Antrag, die Auflagen seien vorsorglich zu mildern, bis vor das Bundesgericht gezogen sind. Es ergibt sich auch daraus, dass im Falle der Rückweisung mit weiteren ungelösten Fragen zu rechnen ist: Ist eine erneute Prüfung des Zusammenschlusses angesichts der Regel, nach welcher der Entscheid innert vier Monaten seit der Meldung zu fällen ist (vgl. Art. 33 Abs. 3 KG), überhaupt noch möglich? Unterliegt die Verfahrensdauer noch einer zeitlichen Beschränkung, wenn die Rekursinstanz eine fristgerecht erlassene Verfügung aufhebt? Schliesslich verzichten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 8. Februar 2006 (S. 23) ausdrücklich auf die volle Wahrung des Instanzenzugs und bekräftigen ihr überwiegendes Interesse an einem reformatorischen Entscheid in der Sache, dem nach den intensiven Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nichts entgegenstehe.

Die Möglichkeit der Heilung setzt voraus, dass die Rechtsmittelbehörde in der Streitfrage dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz (Albertini, a. a. O., S. 461). Dies ist im Verwaltungsbeschwerdeverfahren der Fall (vgl. Art. 49 VwVG). Ausgeschlossen wäre die Heilung, wenn sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bei der Überprüfung der Ermessensausübung und der Handhabung von Beurteilungsspielräumen Zurückhaltung auferlegen würde (Kognitionsbeschränkung), wozu sie jedoch nicht befugt ist (BGE 130 II 449 E. 4.1.).

Aus diesen Gründen trifft die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vorliegend einen reformatorischen Entscheid in der Sache.

5. Materielles

5.1. Eingriffsvoraussetzungen bei der Zusammenschlusskontrolle

Der Normalfall der kartellrechtlichen Prüfung besteht in der Kontrolle konkreten Verhaltens gemäss Artikel 5 oder Artikel 7 des Kartellgesetzes. Ausnahmsweise kann die Wettbewerbsbehörde *unabhängig* von einer bestimmten Verhaltensweise eingreifen, wenn ein Unternehmenszusammenschluss den Markt derart verändert, dass wirksamer Wettbewerb bereits aus *strukturellen* Gründen beseitigt werden kann.

Ein solcher Eingriff setzt zunächst voraus, dass das Vorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG). Zweitens setzt ein solcher Eingriff voraus, dass der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile dieser marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG).

Grund dieser zweistufigen Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen ist, dass sich ein und dasselbe Zusammenschlussvorhaben auf verschiedenen Märkten unterschiedlich auswirken kann. Daher muss die Wettbewerbsbehörde eine Gesamtbetrachtung anstellen. Diese umfasst auch die voraussichtliche künftige Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG) sowie alle weiteren Umstände des Einzelfalls (Zäch, a. a. O., Rz 796). Dies gilt sowohl hinsichtlich des Aspekts der Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, wie auch für die Verbesserungen in einem anderen Markt.

Die Formulierung „Entstehung oder Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“ meint eine gegenüber der Umschreibung der marktbeherrschenden Stellung in Artikel 4 Absatz 2 des Kartellgesetzes qualifizierte Form der Marktbeherrschung (vgl. Zäch, a. a. O., Rz 780 ff.; Venturi, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand [Hrsg.: Tercier/Bovet], Genf/Basel/München 2002, Art. 10, Rz 58). Marktbeherrschend gemäss Artikel 4 Absatz 2 des Kartellgesetzes ist, wer sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann. Bei der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen wird keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlangt; dessen Beschränkung ist ausreichend (vgl. Art. 7 Abs. 1 KG). Für Marktbeherrschung im Sinne von Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe a des Kartellgesetzes wird mehr verlangt, nämlich dass das entstehende Unternehmen verhindern kann, dass existierende Konkurrenten sich ihm gegenüber weiterhin als Wettbewerber verhalten, dass es in der Lage ist, vorhandene Konkurrenten aus dem Markt zu drängen oder dass es verhindern kann, dass neue Konkurrenten auf den Markt treten können (Zäch, a. a. O., Rz 783 f.).

Ob das Zusammenschlussvorhaben eine solchermassen qualifizierte beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, beurteilt sich aufgrund des aktuellen Wettbewerbs, des potenziellen Wettbewerbs und der Stellung der Marktgegenseite (Zäch, a. a. O., Rz 796). Verglichen werden je die Verhältnisse vor und nach dem Zusammenschluss. Die mutmasslichen Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens werden in einer dynamischen Betrachtungsweise abgeschätzt, also einer Betrachtung im Zeitverlauf. Es ist eine Prognose darüber zu erstellen, ob das Vorhaben eine Marktstellung bewirkt, die wirksamen Wettbewerb auf einem sachlich und räumlich relevanten Markt beseitigen kann. Die Untersagung eines Vorhabens oder die Zulassung unter Bedingungen und Auflagen setzen voraus, dass aktueller Wettbewerb vor dem Zusammenschluss *existiert*. Das Vorhaben muss für die mögliche Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kausal sein (vgl. Zäch, a. a. O., Rz 812; Venturi, a. a. O., Art. 10, Rz 47). Fehlt aktueller Wettbewerb bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben, kann er durch das Vorhaben auch nicht beseitigt werden. Das Vorhaben führt dann nicht zu einer wettbewerbsbeseitigenden beherrschenden Stellung. Die Prüfung ist diesfalls zu Ende und das Vorhaben ohne weiteres zuzulassen.

Steht hingegen fest, dass der Zusammenschluss auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist die zweite Voraussetzung eines Eingriffs zu prüfen. Sie ist erfüllt, wenn das Vorhaben keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, die die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegen. Der Zusammenschluss muss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt ebenfalls kausal sein (Zäch, a. a. O., Rz 820).

Die Abwägung von Artikel 10 Absatz 2 Buchstaben a und b des Kartellgesetzes verlangt eine Gewichtung der Nachteile (Wettbewerbsbeseitigung auf dem relevanten Markt) und der Vorteile (Verbesserungen auf anderen Märkten). Geeignete und einigermaßen objektive Messgrössen existieren nicht. Ab welchem Punkt eine Verbesserung in einem anderen Markt die Nachteile überwiegt, ist unklar. Dieser Wertungsentscheid ist daher äusserst anspruchsvoll. Die Literatur bietet dabei keine Hilfestellungen; sie konkretisiert die Grundsätze der Wertung in keiner Weise. Die Behörde ist bei der Abwägung somit auf pflichtgemässes Ermessen verwiesen. Sie muss aufgrund nachvollziehbarer Überlegungen gewichten (vgl. dazu Erwägung 5.3.2. c).

Ergeben sich überwiegende Verbesserungen in einem anderen Markt, ist der Zusammenschluss ohne weiteres zuzulassen. Andernfalls ist zu prüfen, ob er zu untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zuzulassen ist (vgl. Erwägung 4.1. am Ende).

5.2. Begründung oder Verstärkung einer möglicherweise wettbewerbsbeseitigenden marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG)?

Ausgangspunkt der Marktabgrenzung, der Prüfung des aktuellen Wettbewerbs im relevanten Markt und der Auswirkungen eines Zusammenschlussvorhabens auf diesen Markt bilden die tatsächlichen Marktbeziehungen oder Austauschverhältnisse.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Verfügung keine Angaben dazu enthält, welche Akteure wem was anbieten oder was von wem nachfragen. In der Frage, inwiefern bestimmte Marktteilnehmer bei der Stromübertragung als Marktgegenseite bezeichnet werden können und welches die aus deren Sicht austauschbaren Güter sind, bleibt die Verfügung sehr vage. Daher hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien im Rahmen der Instruktion eingehend zu den Realia des Strommarktes im weitesten Sinne, zu den Marktbeziehungen unter den verschiedenen Akteuren, zur Bestimmung der Marktgegenseite und zur Austauschbarkeit der von ihnen nachgefragten Güter sowie zur räumlichen Marktabgrenzung befragt. Aus den Akten, den Eingaben der Vorinstanz vom 27. Januar und vom 6. Februar 2006 sowie den Eingaben der Beschwerdeführerinnen vom 27. Januar und vom 8. Februar 2006 ergibt sich Folgendes:

5.2.1. Realia des Elektrizitätsmarktes im weitesten Sinn

Das Höchstspannungsnetz (Übertragungsnetz) besteht aus Anlagen der Spannungsebenen 380 und 220 kV einschliesslich Transformierung zwischen diesen Spannungsebenen. Es bildet ein einheitliches Netz; isolierte Inseln bestehen in der Schweiz nicht. Das Übertragungsnetz dient einerseits dem Stromtransit durch die Schweiz, andererseits dem Stromtransport von den Produktionsstandorten grosser Anlagen zu den Verbrauchszentren.

Das Übertragungsnetz ist ein von den Leitungseigentümern gemeinsam genutztes Verbundnetz. Elektrischer Strom fliesst beliebig über dieses Netz. Es lässt sich nicht feststellen, über wessen Leitungen Strom fliesst, der an einem bestimmten Punkt in das Netz eingespeisen wird, und man kann nicht sagen, woher der Strom kommt, der an einem anderen Punkt aus dem Netz entnommen wird.

Unternehmen oder Anlagen, die direkt beziehungsweise über Transformatoren an das Übertragungsnetz angeschlossen sind, speisen entweder Strom ins Netz ein oder sie speisen Strom aus diesem aus. Einspeiser sind die ausländischen Übertragungsnetze sowie die grössten Kraftwerke (Kernkraftwerke, grosse hydraulische Speicherkraftwerke). Die Ausspeisung erfolgt mittels Transformatoren durch den Betreiber des Netzes. Direkt am Übertragungsnetz angeschlossen sind die überregionalen und regionalen Verteilnetze (Hochspannungsnetze) sowie einzelne sehr grosse Endverbraucher wie das CERN.

Hochspannungsnetze sind separate, überregionale (teils auch regionale) Verteilnetze, die untereinander nur indirekt über das Höchstspannungsnetz verbunden sind. Sie werden auf den Spannungsebenen 150 – 50 kV betrieben. Wiederum über Transformatoren sind Mittelspannungsnetze als regionale Verteilnetze (Spannungsebene 30 – 1 kV) an den Hochspannungsnetzen angeschlossen. Die Niederspannungsnetze als lokale Verteilnetze (Spannungsebene bis 1 kV, i. d. R. 0,4 kV) hängen, wiederum über Transformatoren, an den Mittelspannungsnetzen.

Die Einspeisung von Strom durch die Produzenten erfolgt auf unterschiedlichen Netzebenen. Die grössten Kraftwerke speisen in die Höchstspannungsebene ein, Laufwasserkraftwerke in der Regel in die Hochspannungsebene, Kleinkraftwerke in der Regel in ein Mittel- oder Niederspannungsnetz. Massgeblich dafür sind die Stromtragfähigkeit der Netze sowie Effizienzüberlegungen (Investitionskosten, Energie- und Übertragungsverluste). Am effizientesten ist die Produktion möglichst nahe am Verbraucher.

Strom kann sowohl von höheren auf tiefere Spannungen als auch von tieferen auf höhere transformiert werden. Indessen ist jede Transformation mit

einem Energieverlust verbunden. Eine Transformation von tieferen auf höhere Netzebenen erfolgt bei den Kraftwerken (die Generatorspannung ist nicht identisch mit Netzspannung), aber auch dann, wenn überschüssige Energie von einer tieferen in eine höhere Netzebene abgeführt werden muss, weil der Verbrauch auf der tieferen Ebene kleiner ist als die dort erzeugte oder eingespeisene Energie. Verbrauch und Erzeugung beziehungsweise Ein- und Ausspeisung müssen immer im Gleichgewicht sein, da die Netze sonst zusammenbrechen (*black-out*).

Weil verschiedene Anlagen des Übertragungsnetzes direkt oder über Transformatoren miteinander verknüpft sind, bedarf es der Abstimmung. Daher bestehen Regelzonen, für die je ein Überlandwerk verantwortlich ist (Überlandwerk = Unternehmen, das über Höchstspannungsanlagen verfügt, eine Regelzone betreibt und die UCTE-Anforderungen in Europa einhält). Diese Aufgabe, die heute von den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen erfüllt wird, soll künftig von der Swissgrid erfüllt werden (Zusammenführung der sieben bestehenden Regelzonen).

Die verschiedenen Netzebenen erfüllen unterschiedliche Funktionen. Das Übertragungsnetz dient der Stromfortleitung über weite Distanzen, die unterliegenden Verteilnetze dienen der überregionalen, regionalen und lokalen Grob- und Feinverteilung von Strom. Massgeblich für den Anschluss von (Gross-)Verbrauchern an eine bestimmte Netzebene sind der Umfang des Konsums, die geographische Nähe zu einer Netzebene und das Verhältnis der Kosten von Energie und Netznutzung bei einem Bezug ab einer bestimmten Netzebene zur Höhe von Investitionen in eigene Netzanlagen. Im Rahmen einer Gesamtkostenoptimierung suchen Grossverbraucher möglichst günstige Netzanschlüsse. Je mehr Grossverbraucher einen direkten Anschluss an das Übertragungsnetz realisieren, desto teurer wird die Netznutzung für die verbliebenen Verbraucher auf einer tieferen Netzebene, und je mehr Anschlüsse ans Übertragungsnetz bestehen, desto störungsanfälliger wird zudem das Netz und desto schwieriger sein Betrieb (sinkende Versorgungssicherheit).

Die Netzbetreiber sind weder im heutigen Recht noch aufgrund des Stromversorgungsgesetzes verpflichtet, Gesuchen um Anschluss an das Übertragungsnetz zu entsprechen. Inwiefern sie dazu im Einzelfall gestützt auf das Kartellgesetz verpflichtet werden könnten (Verweigerung eines Direktanschlusses als unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG?), wurde bisher nie beurteilt und ist somit offen.

5.2.2. Zu unterscheidende Märkte, Anbieter und Nachfrager der Stromübertragung

Die Vorinstanz unterscheidet im Elektrizitätsmarkt im weitesten Sinn folgende Märkte: Übertragung, Verteilung, Produktion, Versorgung und Handel. Übertragung und Verteilung fasst sie als separate Dienstleistungsmärkte auf, die Stromversorgung als Produktemarkt. Jede Art der Lieferung von Strom ist ein Vorgang der Stromversorgung. Die Märkte für Stromverteilung und für Stromversorgung sind nicht einheitliche Märkte, sondern je nach den Umständen weiter aufzuteilen (vgl. Rz 42 ff. der Verfügung).

Wer das Produkt „Strom“ nachfragt, fragt gleichzeitig eine Transportdienstleistung nach. Diese wird auch als Netznutzung bezeichnet. Elektrischer Strom kann nur über Leitungen fließen. Die Leitungsnetze müssen von jemandem betrieben werden. Das Produkt (Strom) und die entsprechende Dienstleistung (Übertragung auf Höchstspannungs- oder Verteilung auf Hoch-, Mittel- oder Niederspannungsebene) werden daher als Paket nachgefragt.

Anbieter von Stromübertragungsleistungen sind die Betreiber des Übertragungsnetzes. Marktgegenseite ist, wer die Stromübertragung nachfragt. Die Parteien vertreten unterschiedliche Meinungen zur Frage, wer als Nachfrager der Stromübertragung zu gelten hat. Die Vorinstanz bezeichnet Produzenten, Händler, Versorger und Verbraucher als Marktgegenseite. Dabei differenziert sie nicht danach, auf welcher Netzebene die Marktgegenseite Strom ein- oder ausspeist, oder danach, ob die Marktgegenseite direkt am Übertragungsnetz oder am Verteilnetz (unterschiedliche Ebenen) angeschlossen ist. Entsprechend dieser Logik sind für die Vorinstanz auch alle Elektrizitäts-, Industrierwerke und Kleinkonsumenten Nachfrager von Stromübertragung. Laut den Beschwerdeführerinnen sind es bei den heutigen Marktverhältnissen vor allem die Eigentümer des Höchstspannungsnetzes (in ihrer Eigenschaft als Energielieferanten), welche die Stromübertragungsdienstleistung beanspruchen. Erst im Zuge der bevorstehenden Marktöffnung könnten durch die Wahl von anderen als den angestammten Stromlieferanten vermehrt auch Dritte Übertragungsdienstleistungen nachfragen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass zwischen Übertragungsdienstleistern und Elektrizitäts- und Industrierwerken in der Regel keine Vertragsbeziehungen über die Netznutzung bestehen. Die Elektrizitäts- und Industrierwerke unterhalten Marktbeziehungen nicht mit diesen Netzbetreibern, sondern mit Unternehmen, die auf der Stufe der Verteilnetze als Anbieter in den Märkten für Stromversorgung tätig sind (z. B. kantonale Elektrizitätswerke). Die Vorinstanz widerspricht dieser Darstellung der Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 6. Februar 2006 nicht.

5.2.3. Argumentation der Vorinstanz zur Beseitigung aktuellen Wettbewerbs

Die Vorinstanz stützt ihre Folgerung, der Zusammenschluss sei kartellrechtlich problematisch, auf die Befragung diverser Elektrizitäts- und Industriewerke. Diese verfügten bei Strombezug und –übertragung heute teilweise über Ausweichmöglichkeiten (Rz 58 ff., 63, 65 ff. der Verfügung). Sie könnten die Stromübertragung von verschiedenen am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beanspruchen. Nach dem Zusammenschluss werde nur noch Swissgrid diese Leistung anbieten (Rz 69, 71 der Verfügung). Angesichts der resultierenden Beseitigung des aktuellen Restwettbewerbs und wegen dem vernachlässigbaren potenziellen Wettbewerb (Rz 72 ff. der Verfügung) begründe oder verstärkte das Vorhaben eine wettbewerbsbeseitigende marktbeherrschende Stellung (Rz 82 der Verfügung).

5.2.4. Sachlich relevanter Markt

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

Laut der Verfügung ist vom Zusammenschluss in sachlicher Hinsicht einzig der Markt für Stromübertragung betroffen. Er wird als Markt für die Fortleitung von Elektrizität über Leitungen der Spannungsebenen 220/380 kV definiert (Rz 41 ff. der Verfügung).

a) Existenz eines Marktes für Stromübertragung?

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die sachliche Marktabgrenzung nicht explizit, argumentieren jedoch im Zusammenhang mit der angeblichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Rz 44 ff. der Verwaltungsbeschwerde), mangels eines Angebots von Übertragungskapazität gegen Entgelt existiere kein Markt für die Übertragung von Strom. Die Übertragungsnetze würden fast ausschliesslich von den jeweiligen Eigentümern im Rahmen bestehender Eigentumsrechte und eigentumsähnlicher Transportrechte genutzt. Nach Auffassung der Vorinstanz folgt aus dem Umstand, dass ein Unternehmen seine Infrastruktur Dritten nicht zur Verfügung stellt, nicht, dass dafür kein Markt besteht. Die Abgrenzung eines Marktes für Stromübertragung stehe im Einklang mit der bundesgerichtlich abgestützten Praxis der Marktabgrenzung im Strombereich (BGE 129 II 497).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat im Rahmen der Instruktion nähere Angaben zur Existenz eines Marktes für Stromübertragung ein-

verlangt. Die Vorinstanz definiert den Begriff „Markt“ als Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage unter Bestimmung von Preis und Leistung. Ein Markt für Stromübertragung könne abgegrenzt werden, weil die vorausgesetzten Anbieter und Nachfrager von Stromübertragung existierten (Anbieter = Netzbetreiber, Nachfrager = Marktgegenseite). Dass die Stromübertragung aufgrund der vertikalen Integration der Stromwirtschaft überwiegend von den Eigentümern der Übertragungsleitungen genutzt werde, ändere an der Existenz von Anbietern und Nachfragern (und damit eines Marktes) nichts. Die Stromübertragung habe einen Preis, auch wenn dieser nicht separat, sondern als Bestandteil des Strompreises verrechnet werde (Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 5 ff.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilt die Auffassung der Vorinstanz, nach welcher ein Markt für Stromübertragung existiert. Das ergibt sich daraus, dass die Stromübertragung angeboten und nachgefragt wird. Dass Angebot und Nachfrage auch und gerade innerhalb vertikal integrierter Unternehmen aufeinander treffen, ändert daran nichts. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen (Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 14 f., und Eingabe vom 8. Februar 2006, S. 11), führt zu keinem gegenteiligen Schluss. Eine andere Frage ist, ob auf dem Markt für Stromübertragung Wettbewerb herrscht. Die Beschwerdeführerinnen trennen die zwei Aspekte „Markt“ und „Wettbewerb“ nicht; ihre Argumentation bezieht sich eher auf dem Aspekt „kein Wettbewerb“. Ob auf dem Stromübertragungsmarkt Wettbewerb besteht, ist nach der Abgrenzung des Marktes separat zu prüfen (vgl. Erwägung 5.2.6. und 5.2.7.).

b) Verfügung klärt Marktgegenseite und Austauschbarkeit nicht

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat das Recht von Amtes wegen anzuwenden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Daher überprüft sie die sachliche Marktangrenzungen, obwohl sich die Beschwerdeführerinnen dazu in der Beschwerde abgesehen vom soeben genannten Aspekt nicht äussern.

Entsprechend der Definition von Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a der Fusionskontrollverordnung stellt sich bei der Abgrenzung des sachlichen Marktes zunächst die Frage, welche Akteure die jeweiligen Marktparteien sind. Diese Frage kann auch im Elektrizitätsmarkt im weitesten Sinne nur beantwortet werden, wenn Klarheit darüber besteht, wer bezüglich welcher Ware oder Leistung was tut, oder konkret, wer wem was anbietet und wer von wem was nachfragt. Wie bereits erwähnt, führt die Verfügung nicht aus, wer mit wem in welchem Austauschverhältnis steht. Die Vorinstanz bestreitet dies nicht. Das ist daraus zu schliessen, dass sie die Frage, inwiefern sie geklärt habe, wer auf welchem Markt als Anbieter und Nachfrager aufträte, nur mit einem Verweis auf Randziffer 42 der Verfügung und einen weiteren Entscheid be-

antwortet (Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 4). Diese Stellen liefern keine Antworten auf die gestellte Frage, weder allgemein noch mit Bezug auf die Elektrizitäts- und Industrierwerke, aus deren Aussagen die Vorinstanz Folgerungen für angeblichen aktuellen Wettbewerb zieht.

Sodann ist der sachliche Markt laut der zitierten Bestimmung aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen. Wer fragt ein Gut nach, und welche Güter sind aus der Sicht dieses Nachfragers austauschbar? Die Verfügung enthält beim sachlichen Markt (Rz 41 ff.) auch zu diesen Fragen keinerlei Angaben. Erst bei der Abgrenzung des räumlichen Marktes hält die Verfügung, allerdings wiederum ohne Begründung und ohne bezüglich der Elektrizitäts- und Industrierwerke zu differenzieren, fest, Marktgegenseite der Stromübertragung seien Produzenten, Händler, Versorger und Konsumenten (Rz 51 der Verfügung). Hier und bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz (Rz 57 ff. und Rz 63 ff. der Verfügung) geht die Vorinstanz implizit davon aus, die Elektrizitäts- und Industrierwerke seien Marktgegenseite der Übertragungsdienstleister. Zur Austauschbarkeit der Stromversorgung ab dem Verteilnetz und der Stromversorgung ab dem Übertragungsnetz oder zur Austauschbarkeit von indirekter und direkter Inanspruchnahme des Übertragungsnetzes äussert sich die Verfügung weder bei der Abgrenzung des sachlichen noch des räumlichen Marktes.

Für die Marktabgrenzung sind diese Fragen jedoch zentral. Nur wenn sie klar beantwortet werden, lässt sich feststellen, wer bezüglich welchen Gutes mit wem im Wettbewerb steht. Lässt man diese Frage offen, bleibt die Definition des sachlichen Marktes unvollständig. Das eröffnet Spielräume für eine unzutreffende Abgrenzung des räumlichen Marktes, für eine intransparente Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs sowie der Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf diesen. An diesen Mängeln krankt denn auch die angefochtene Verfügung.

Die Abgrenzung des sachlichen Marktes durch die Vorinstanz ist aus diesen Gründen unvollständig und die darauf gestützte Verfügung materiell mangelhaft.

c) Beurteilung von Marktgegenseite und Austauschbarkeit

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Parteien im Rahmen der Instruktion dazu befragt, ob die Elektrizitäts- und Industrierwerke tatsächlich Marktgegenseite der Übertragungsdienstleister seien. Die Beschwerdeführerinnen verneinen diese Frage (Eingaben vom 27. Januar 2006, S. 8 f., 13 f., und vom 8. Februar 2006, S. 8 ff.). Die Vorinstanz gesteht zu, dass Elektrizitäts- und Industrierwerke nur dann Marktgegenseite bildeten, wenn sie direkt an das Höchstspannungsnetz angeschlossen seien. Wenn sie ab ei-

ner tieferen Netzebene beliefert würden, seien sie nicht Marktgegenseite im engeren Sinn und beanspruchten die Stromübertragung nur indirekt. Durch Realisierung einer eigenen Verbindung zum Übertragungsnetz würden sie zur direkten Marktgegenseite (Eingaben vom 27. Januar 2006, S. 2 f., und vom 6. Februar 2006, S. 3, 6).

Beziehen Elektrizitäts- und Industrierwerke Strom von einem Lieferanten ab dem Verteilnetz, wie das heute in aller Regel der Fall ist, sind sie somit auch nach Auffassung der Vorinstanz nicht Marktgegenseite der Anbieter von Stromübertragung. Daher ist der Stromübertragungsmarkt nicht aus der Sicht dieser Elektrizitäts- oder Industrierwerke abzugrenzen. Sie sind für das Produkt „Strom“ Nachfrager auf dem Versorgungsmarkt. Bezüglich der mit diesem Produkt verbundenen Dienstleistung „Stromtransport/Netznutzung“ sind sie Nachfrager der Verteilungsdienstleistung. Anbieter dieser Güter sind ihre Stromlieferanten und die Betreiber der entsprechenden Verteilnetze. Auf diesen Produkte- und Dienstleistungsmärkten treten die Übertragungsdienstleister nicht auf.

Will man die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Stromübertragung und die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens darauf prüfen, ist auf die tatsächlichen Alternativen der effektiv auf *diesem* Markt als Nachfrager auftretenden Teilnehmer abzustellen. Dass Marktteilnehmer auf einem nachgelagerten Markt, konkret die Elektrizitäts- und Industrierwerke als Nachfrager auf den Märkten für Stromversorgung und für Stromverteilung, möglicherweise auf einen anderen Lieferanten (Strom) und einen anderen Stromverteiler (Netznutzung) ausweichen können, bedeutet nicht, dass die Akteure auf dem vorgelagerten sachlich relevanten Übertragungsmarkt ebenfalls über Ausweichmöglichkeiten verfügen. Für die Existenz aktuellen Wettbewerbs im Übertragungsmarkt wäre dies aber ausschlaggebend.

Da die Vorinstanz für die Elektrizitäts- und Industrierwerke, die Strom ab den Verteilnetzen beziehen und Verteilleistungen nachfragen, die Möglichkeit eines Direktanschlusses an das Übertragungsnetz als Ausweichmöglichkeit postuliert, hat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien im Rahmen der Instruktion auch zur Austauschbarkeit des Strombezugs ab dem Verteilnetz und ab dem Übertragungsnetz befragt. Die Beschwerdeführerinnen führen diesbezüglich aus, angesichts der hohen Investitionskosten und regulatorischer Schranken des Baus entsprechender Anlagen (Unterstationen zur Transformation des Stroms auf eine tiefere Spannungsebene und Leitungen zum entsprechenden Werk) seien solche Ausweichmöglichkeiten zu verneinen (Eingaben vom 27. Januar 2006, S. 9 ff., und vom 8. Februar 2006, S. 9 f., S. 14). Aus der Sicht der Vorinstanz ist Substituierbarkeit zu bejahen, auch wenn diese Ausweichmöglichkeit nur ein imperfektes Substitut darstelle. Die Märkte seien nicht nach der Stromspannung abzugrenzen. Die Unterscheidung von Stromübertragung und Stromverteilung beruhe auf

den dafür notwendigen Infrastrukturen, die nicht identisch und nicht austauschbar seien. Strom könne aber auf tiefere Spannungen transformiert werden, was bei der Marktabgrenzung im Rahmen der Angebotsumstellungsflexibilität zu berücksichtigen sei (Eingaben vom 27. Januar 2006, S. 3 und S. 14 f., und vom 6. Februar 2006, S. 5).

Die Verfügung selber enthält keinerlei Angaben zur Angebotssubstituierbarkeit und zu den imperfekten Substituten. Soll eine bestimmte Ausweichmöglichkeit aber zum sachlichen Markt geschlagen werden, muss diese Ausweichmöglichkeit plausibel sein. Vorliegend sind vor allem die Kosten und die regulatorischen Schranken der Realisierung solcher Anlagen zu beachten. Zu den von der Vorinstanz in der Vernehmlassung und den Eingaben vom 27. Januar 2006 und vom 6. Februar 2006 nachträglich vorgebrachten Argumenten, welche auf eine Erweiterung des sachlichen Marktes zielen, hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen folgendes fest:

Das Argument der Angebotssubstituierbarkeit erweist sich als nicht stichhaltig. Zwar ist bei der Marktabgrenzung nicht nur die Nachfragesubstituierbarkeit zu berücksichtigen, sondern auch die Angebotssubstituierbarkeit. Entsprechende Erweiterungen des sachlichen Marktes sind aber von vorneherein nur relevant, wenn weitere Anbieter kurzfristig und ohne wesentliche Kosten auf den Markt treten können (vgl. RPW 2005/4, S. 672 ff., S. 683 ff.). Das ist gerade nicht der Fall, wenn ein Elektrizitäts- oder Industrierwerk hohe Investitionskosten zu gewärtigen hat, um eigene Anlagen zu erstellen, wenn die Realisierung angesichts der Planungshorizonte und regulatorischer Schranken Jahre dauern kann, und wenn sie angesichts einer bis dato fehlenden Pflicht des Übertragungsnetzbetreibers, einem Anschlussgesuch zu entsprechen, sowie angesichts der entgegenstehenden Interessen der Netzbetreiber an einem sicheren Betrieb des Übertragungsnetzes völlig ungewiss ist.

Will man eine Ausweichmöglichkeit als „imperfektes Substitut“ zum relevanten Markt schlagen, wäre bei der Marktabgrenzung zu zeigen, inwiefern sich dies angesichts der Kosten rechtfertigt. Das schreibt in ihrer Eingabe vom 27. Januar 2006 (S. 14 f.) auf entsprechende Befragung hin auch die Vorinstanz. Genau das hat sie in der Verfügung aber nicht getan. Sie gibt zu, keine diesbezüglichen Abklärungen getroffen zu haben, und liefert auch nachträglich keine.

Laut den Beschwerdeführerinnen werden theoretische Substitutionsmöglichkeiten bezüglich weniger Strecken des Übertragungsnetzes nicht wahrgenommen, weil ein Wechsel des Anbieters mit grossen technischen Anpassungen verbunden sei und beträchtliche Investitionen bedinge (Rz 46 der Beschwerde). Die Vorinstanz erblickt in diesem Argument das Zugeständnis eines Substitutionsverhältnisses. Wegen den Kosten seien die Ausweichmöglichkeiten zwar keine perfekten Substitute; dennoch werde eine beherr-

schende Stellung begründet oder verstärkt, da auch der Wegfall imperfekter Substitute eine Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten begründe oder verstärke. Eine bestehende Wettbewerbsbeziehung setze nicht voraus, dass Wechsel des Anbieters effektiv stattfänden (Rz 17 der Vernehmlassung).

Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden: Zwar ist zutreffend, dass aktueller Wettbewerb keine Wechsel des Lieferanten voraussetzt. Dass ein Wechsel angesichts aktueller oder kurzfristig realisierbarer Ausweichmöglichkeiten überhaupt möglich ist, ist aber sehr wohl eine Voraussetzung aktuellen Wettbewerbs. Die Beschwerdeführerinnen anerkennen keineswegs, dass die Übertragungsleitungen in einer Substitutionsbeziehung stehen. Ihrem Hinweis auf die Kosten, die der Realisierung der theoretischen Ausweichmöglichkeiten im Weg stehen, und die regulatorischen Schranken ist vielmehr zu entnehmen, dass eine Substitutionsbeziehung bestritten wird. Sind die Kosten theoretischer Ausweichmöglichkeiten zu hoch, gehören sie nicht zum selben sachlichen Markt. Die Vorinstanz liefert keinerlei Angaben dazu, wie die Kosten zu beziffern wären und inwiefern sie zu einem Bezug beim aktuellen Lieferanten in einem vernünftigen Verhältnis stehen. Daher ist weder erstellt, dass die theoretischen Ausweichmöglichkeiten zum selben sachlichen Markt gehören, noch dass sie wenigstens beim potenziellen Wettbewerb veranschlagt werden könnten.

Materiell verfügt die Vorinstanz somit über kein Argument, das der Darstellung der Beschwerdeführerinnen widersprechen würde, nach welcher der Bau eigener Anlagen für einen Direktanschluss an das Übertragungsnetz angesichts der Kosten und der regulatorischen Schranken nicht als Ausweichmöglichkeit zu qualifizieren sei. Das Gegenteil lässt sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch aus den Angaben der befragten Werke nicht ableiten (vgl. Erwägung 5.2.7.). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt daher zum Schluss, dass die Alternative „Bau eigener Anlagen zwecks Andocken an das Übertragungsnetz“ keine Ausweichmöglichkeit darstellt. Sollte sich eine solche Massnahme in einem Einzelfall als wirtschaftlich erweisen, was offenbar der Fall sein könnte, wenn ein Werk mindestens 250 GWh pro Jahr bezieht (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 27. Januar 2006, S. 10) und könnte sie daher grundsätzlich als Substitut aufgefasst werden, bliebe immer noch zu berücksichtigen, dass eine solche Ausweichmöglichkeit bei einem Planungs- und Realisierungshorizont von ca. fünf Jahren ausserhalb des zeitlich relevanten Marktes liegen würde und daher bei der aktuellen Konkurrenz trotzdem nicht zu veranschlagen wäre.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass Elektrizitäts- und Industrierwerke als Marktgegenseite der Stromübertrager ausser Betracht fallen, wenn sie wie heute Nachfrager eines Stromversorgers auf einer tieferen Netzebene sind und Verteilungsdienstleistungen nachfragen. Der Markt ist daher entge-

gen der Auffassung der Vorinstanz (Eingaben der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 2 f. und vom 6. Februar 2006, S. 3) nicht aus der Sicht dieser Werke abzugrenzen.

5.2.5. Räumlich relevanter Markt

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). Die Abgrenzung des räumlichen Marktes zielt einerseits darauf festzustellen, in welchem Gebiet die Marktgegenseite die zum sachlichen Markt gehörenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet, andererseits darauf festzustellen, welche Unternehmen aus welchen Gebieten bezüglich dieser Güter miteinander im Wettbewerb stehen. Sie bildet zusammen mit der Abgrenzung des sachlichen Marktes die Voraussetzung für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die Abgrenzung des räumlichen Marktes nicht ausdrücklich. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen überprüft die räumliche Marktabgrenzung dennoch, da sie das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG).

Der räumliche Markt kann erst bestimmt werden, wenn feststeht, welche Güter aus wessen Sicht austauschbar sind und daher zum sachlichen Markt gehören. Wie ausgeführt, ist der Verfügung dazu nichts zu entnehmen. Die Vorinstanz hat diesen Schritt bei der sachlichen Marktabgrenzung gewissermassen übersprungen (vgl. Erwägung 5.2.4.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Vorinstanz auch bei ihren Ausführungen zum räumlich relevanten Markt (Rz 50 ff. der Verfügung) nicht ausführt, ob und inwiefern die befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke zu den dort als Marktgegenseite erwähnten Versorgern oder Verbrauchern gehören. Im Übrigen ist die räumliche Marktabgrenzung sehr abstrakt; sie erwies sich mangels Definitionen der verwendeten Begriffe (Bedeutung der Punkte A und B und ihre Situierung auf dem gesamten Stromnetz, parallele Leitungen von A nach B, direkte oder indirekte Inanspruchnahme unterschiedlicher Übertragungsleitungen) ohne weitergehende Abklärungen als nicht nachvollziehbar (vgl. dazu die Eingabe der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 7 ff.). Ausserdem liefert die Verfügung die von der Vorinstanz als erforderlich bezeichnete Abgrenzung des räumlichen Marktes im Einzelfall in keiner Weise, weder in den Randziffern 50 fortfolgende, noch im Zusammenhang mit den konkreten Beispielen bei der Beurteilung des angeblichen aktuellen Wettbewerbs (Rz 63 ff.). Entsprechend ist die Aussa-

ge in Randziffer 64 der Verfügung unzutreffend, nach welcher „der räumliche Markt (...) einzelfallspezifisch abgegrenzt (wurde)“.

Die Auffassung der Vorinstanz, der räumliche Markt könne auch dann aus der Sicht dieser Werke abgegrenzt werden, wenn diese die Stromübertragung nur indirekt, d.h. über ihren Lieferanten beanspruchen, und er erstrecke sich diesfalls auf den gesamten Stromweg vom Produzenten bis zum Werk einschliesslich Übertragungsnetz (Eingabe der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 10, und vom 6. Februar 2006, S. 3), ist unzutreffend:

- Erstens ist der räumliche Markt aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen, und die in der Verfügung zitierten Elektrizitäts- und Industrierwerke sind auch gemäss der Vorinstanz nicht Marktgegenseite der Stromübertrager (vgl. Erwägung 5.2.4.).
- Zweitens führt eine solche Abgrenzung zu einem räumlichen Markt, der unterschiedliche sachliche Märkte umfasst (Übertragung, Verteilung). Eine solche räumliche Abgrenzung widerspricht der Umschreibung in der Fusionskontrollverordnung, nach welcher der räumliche Markt die zum sachlichen Markt gehörenden Güter umfasst.
- Drittens sind die Elektrizitäts- und Industrierwerke im Markt für Stromversorgung auch nicht Marktgegenseite der Produzenten, die möglicherweise in das Übertragungsnetz einspeisen, sondern ihrer Lieferanten. (Dass die Verfügung keine Angaben dazu enthält, ob die Produzenten, von welchen die Lieferanten der befragten Werke den Strom beziehen, überhaupt in das Übertragungsnetz einspeisen, sei nur in Klammern erwähnt.) Das Produkt „Strom“ und die Dienstleistung „Transport/Netznutzung“ fallen zusammen. Es kann nicht sein, dass die Elektrizitäts- und Industrierwerke das Produkt entsprechend den Marktbeziehungen von einem Unternehmen auf tieferer Netzebene beziehen, die Dienstleistung dagegen von einem Unternehmen auf einer höheren Ebene.

Im Übrigen trifft nicht zu, dass die befragten Unternehmen angegeben hätten, dass sie Strom über die parallelen Übertragungsleitungen mehrerer am Zusammenschluss beteiligter Parteien beziehen oder beziehen könnten (vgl. Erwägung 5.2.7.).

Die räumliche Marktabgrenzung der Vorinstanz ist aus diesen Gründen materiell ebenfalls mangelhaft.

5.2.6. Aktueller Wettbewerb

a) Auffassung der Vorinstanz

Aufgrund einer unvollständigen und unzutreffenden Marktabgrenzung argumentiert die Vorinstanz bezüglich des aktuellen Wettbewerbs wie folgt (vgl. Verfügung, Vernehmlassung, Eingaben vom 27. Januar und vom 6. Februar 2006):

- Elektrizitäts- und Industrierwerke, die von einem Verteilnetz aus beliefert werden, beanspruchen nicht nur Verteilleistungen (Nutzung des Verteilnetzes), sondern indirekt auch Übertragungsleistungen (Nutzung des Übertragungsnetzes). Wenn sie von zwei oder mehreren Verteilnetzen aus beliefert werden, stehen die hinter ihren Lieferanten angesiedelten Übertragungsdienstleister indirekt im Wettbewerb. Die Elektrizitäts- und Industrierwerke haben die Möglichkeit, von einem Übertragungsdienstleister auf einen anderen auszuweichen. Aus ihrer Sicht besteht Substituierbarkeit der Stromübertragung.
- Elektrizitäts- und Industrierwerke können mittels eigener Anlagen Strom direkt von einer Übertragungsleitung beziehen. Der Übertragungsdienstleister, der hinter ihrem aktuellen Lieferanten steht, und der Übertragungsdienstleister, an dessen Leitung der Direktanschluss andockt, stehen in direktem Wettbewerb.

b) Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist diese Argumentation unzutreffend. Sie steht nicht im Einklang mit den Abklärungen zu Sachverhalt und Marktabgrenzung und lässt sich nicht auf die Angaben der befragten Werke stützen (vgl. Erwägung 5.2.7.):

Um aktuellen (Rest-)Wettbewerb in bestimmten Märkten nachzuweisen, bedient sich die Vorinstanz einer unklaren Begrifflichkeit: „Elektrizitäts- und Industrierwerke sind nicht *Marktgegenseite im engeren Sinn*, sie *beanspruchen* die Stromübertragung *indirekt* über ihren Lieferanten, Übertragungsdienstleister stehen *indirekt im Wettbewerb*, durch Andocken an einer Übertragungsleitung werden Elektrizitäts- und Industrierwerke *direkte Marktgegenseite* und entsteht *direkter Wettbewerb* unter Stromübertragern“.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gibt es weder eine Marktgegenseite im engeren und weiteren Sinn noch indirekten und direkten Wettbewerb. Es gibt nur die Marktgegenseite; sie setzt sich aus den Marktteilnehmern zusammen, die bestimmte Güter nachfragen. Und es gibt nur Wettbewerb; er besteht zwischen den Unternehmen, die diese Güter anbieten und auf die die Marktgegenseite ausweichen kann. Die Ausweich-

möglichkeiten der Nachfrager und die konkurrierenden Unternehmen sind in jedem Markt oder für jede Marktstufe gesondert zu ermitteln. Die von der Vorinstanz im vorliegenden Fusionskontrollverfahren eingeführte „innovative Rechtsanwendung“ findet auch keinerlei Stütze in der kartellrechtlichen Literatur.

Die Elektrizitäts- und Industrierwerke werden auch dadurch nicht zur Marktgegenseite der Übertragungsdienstleister, dass die in den Strompreisen zum Ausdruck gelangenden Gebühren heute nach Netzbetreibern divergieren, und die Betreiber der Übertragungsnetze werden auch dadurch nicht zu Konkurrenten, dass ihre Netznutzungsgebühren offenbar unterschiedlich sind. Dass die von Endnachfragern oder kleineren Händlern zu entrichtenden Preise letztlich die Leistungen sämtlicher vorgelagerten Marktstufen umfassen, ist normal. Deshalb grenzt man vorgelagerte Märkte trotzdem nicht aus der Sicht der Endnachfrager oder kleinerer Händler ab und beurteilt man die Wettbewerbsverhältnisse auf vorgelagerten Märkten dennoch nicht aufgrund ihrer Ausweichmöglichkeiten, sondern aus der Sicht und aufgrund der Alternativen der Marktteilnehmer, welche im vorgelagerten Markt Marktgegenseite bilden.

Ein „indirekter Wettbewerb“ der Übertragungsdienstleister, der darin bestehen würde, dass die hinter den Lieferanten der Elektrizitäts- und Industrierwerke stehenden Versorger und Verteiler den Strom ab unterschiedlichen Übertragungsleitungen beziehen würden, existiert daher nicht. Die Anbieter der Stromübertragung sind auf einem anderen Markt tätig. Auf diesem Markt kann es Wettbewerb nur geben, wenn die Unternehmen, welche Strom von einer Übertragungsleitung beziehen, auf einen anderen Übertragungsdienstleister ausweichen könnten. Dass dies der Fall sei, behauptet die Vorinstanz nicht. Es ist auch nicht anzunehmen, da sonst eine Duplizierung des Netzes nötig wäre, was auch nach Auffassung der Vorinstanz ineffizient wäre.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass Elektrizitäts- und Industrierwerke mittels Bau eigener Anlagen direkt an das Übertragungsnetz andocken könnten und dadurch zur Marktgegenseite eines Übertragungsdienstleisters würden, ergäbe sich daraus kein Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern. Denn die Variante „Bezug von Strom vom Versorger plus Verteilungsdienstleistung des entsprechenden Verteilnetzbetreibers“ würde ersetzt durch die Variante „Bezug von Strom eines anderen Versorgers plus Übertragungsdienstleistung“. Es käme also zur Substitution einer Verteilungsdienstleistung durch eine Übertragungsdienstleistung, nicht zur Substitution einer Übertragungsdienstleistung durch eine andere Übertragungsdienstleistung. Das gilt unabhängig davon, ob das Elektrizitäts- oder Industrierwerk mittels eigenen Anlagen an die Übertragungsleitung andocken würde, an welcher ihr Versorger hängt, oder ob es an die Übertragungsleitung eines Dritten andocken würde.

Die Auffassung der Vorinstanz, in bestimmten räumlichen Märkten stünden die Übertragungsdienstleister in indirektem oder direktem Wettbewerb, ist daher unzutreffend. Zwar trifft zu, dass die Vorinstanz auch Marktteilnehmer nach Ausweichmöglichkeiten befragen darf, welche heute nicht Marktgegenseite der Anbieter von Stromübertragung sind (zitierte Elektrizitäts- und Industrierwerke), wie sie dies beansprucht. Aus dieser Befragung lässt sich aber vorliegend kein aktueller Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern ableiten (vgl. Erwägung 5.2.7.).

5.2.7. Angaben der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke

a) Versorgung ab unterschiedlichen Ebenen des Verteilnetzes

Dass die mit Blick auf den aktuellen Wettbewerb befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke Strom nicht ab dem Höchstspannungsnetz, sondern von einer tieferen Netzebene beziehen, ist teilweise aktenkundig. Für das Gemeindewerk Zollikon kann dies aus dessen Aussage geschlossen werden, nach der „auch für die Alternative (ewz) nur der Bezug ab 22 kV finanziell machbar wäre“, für die Elektra Birseck aus der Angabe „... bei Atel und BKW besteht auf der Netzebene 3 ein Pancaking ...“. Das Elektrizitätswerk Jona-Rapperswil wird auf der Netzebene 4 (50-16 kV) von der SAK beliefert, und Coop bezieht Strom auf Netzebene 5. Für zwei in der Verfügung zitierte Werke geht aus den Akten nicht hervor, auf welcher Spannungsebene sie heute beliefert werden. Das gilt für das Elektrizitätswerk Erstfeld und für die Ems Chemie AG.

Die Vorinstanz behauptet in ihren Eingaben vom 27. Januar 2006 und vom 6. Februar 2006 nicht, diese beiden Werke würden ab dem Übertragungsnetz beliefert. Für nähere Angaben verweist sie auf die Antworten der befragten Werke, die zu dieser Frage aber bezüglich des Elektrizitätswerks Erstfeld und der Ems Chemie AG nichts aussagen. Immerhin führt die Vorinstanz aus, Industrierwerke (und damit wohl auch die Ems Chemie AG) würden in der Regel ab dem Mittelspannungsnetz beliefert. Nach Angabe der Beschwerdeführerinnen ist das Elektrizitätswerk Erstfeld nicht am Übertragungsnetz angeschlossen.

Aus diesen Gründen schliesst die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dass die in der Verfügung zitierten Werke nicht direkt an das Übertragungsnetz angeschlossen sind.

b) Verfügung und Beschwerde

Laut der Verfügung existieren drei Gebiete, in denen Elektrizitäts- und Industriewerke bei Strombezug und Stromübertragung über Ausweichmöglichkeiten verfügen sollen (vgl. Rz 58 ff., Rz 63, Rz 65 ff. der Verfügung). In der Region Nordwestschweiz ergebe sich dies aus den Angaben der Elektra Birseck (im Folgenden: EB) und von Coop (Industriewerk), in der Region Zürich-Walensee-Chur aus den Angaben des Gemeindewerks Zollikon (im Folgenden: GZ), des Elektrizitätswerks Jona-Rapperswil (im Folgenden: EWJR) sowie der Ems Chemie AG (Industriewerk) und in der Region Gotthard aus den Angaben des Elektrizitätswerks Erstfeld (im Folgenden: EE).

Laut den Beschwerdeführerinnen entspricht die Auffassung, auf dem Übertragungsmarkt bestehe heute aktueller Wettbewerb, nicht den Tatsachen. Aus den rudimentären Sachverhaltsabklärungen der Vorinstanz ergäben sich keine Hinweise für Wettbewerb auf Stufe Übertragung. Die gegenteilige Behauptung basiere auf hypothetischen Aussagen der befragten Elektrizitäts- und Industriewerke. Weder die Fragebogen noch die Antworten würden zwischen Stromversorgung und Stromübertragung unterscheiden. Diese Unterscheidung hätte jedoch getroffen werden müssen, da die Vorinstanz selber sage, es handle sich um getrennte sachliche Märkte (vgl. Rz 42 f. der Verfügung). Vorliegend gehe es einzig um die Verhältnisse auf der obersten Netzebene. Dass bei der Versorgung eventuell Alternativen bestünden, heisse nicht, dass bezüglich der Nutzung des Übertragungsnetzes Wettbewerb herrsche. Umgekehrt bedeute die Zusammenführung der Stromübertragung im Vorhaben „Swissgrid“ ebenso wenig, dass sich allfälliger Wettbewerb unter den Beschwerdeführerinnen im Versorgungsmarkt ändern würde. Die Vorinstanz sage denn auch nur, dass die Elektrizitäts- und Industriewerke indirekt Strom über andere Übertragungsleitungen beziehen könnten. Beweise für aktuellen Wettbewerb im Stromübertragungsmarkt lege sie nicht vor. Wettbewerb finde bei der Lieferung von elektrischer Energie statt, nicht auf Stufe Übertragungsnetzinfrastruktur. Der Zusammenschluss betreffe ausschliesslich die Infrastruktur und bewirke keine Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse (Rz 45 der Beschwerde).

Zu diesen Argumenten äussert sich die Vorinstanz in der Vernehmlassung nicht. Sie beschränkt sich im Wesentlichen auf einen Verweis auf ihre Verfügung (Rz 13 der Vernehmlassung). Dieser ist zu den genannten Vorbringen der Beschwerdeführerinnen jedoch nichts zu entnehmen. In ihrer einzigen materiellen Äusserung zu den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen bestreitet die Vorinstanz, dass ihre Folgerungen auf hypothetischen Aussagen der befragten Werke beruhten (Rz 14 der Vernehmlassung). Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen können die Angaben insofern als hypothetisch bezeichnet werden, als die Werke auf theoretische, potenzielle Alternativen hingewiesen haben, deren Realisierung zeitlich und finanziell aufwendig ist und deren Wirtschaftlichkeit nicht feststeht. Im Übr-

gen gibt die Vorinstanz die als Beleg genannten Angaben der Ems Chemie AG in der Vernehmlassung unzutreffend wieder und wertet diejenigen des EE zu Unrecht als Beleg für aktuellen Wettbewerb (vgl. im Übrigen die nachfolgenden Einzelheiten).

c) Beurteilung der Angaben der befragten Werke

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat überprüft, ob aus den Auskünften der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke tatsächlich auf aktuellen Wettbewerb unter Stromübertragern geschlossen werden kann (vgl. dazu in allgemeiner Hinsicht Erwägung 5.2.6.). Folgendes ergibt sich dazu aus den Angaben der Befragten:

aa) Wettbewerb auf dem Versorgungsmarkt?

Nur ein Elektrizitätswerk hat angegeben, es verfüge bei der Belieferung über aktuelle Ausweichmöglichkeiten (EB). Gemäss ihren Angaben bezieht die EB Strom von zwei Lieferanten (Atel und BKW). Die Antwort unterscheidet nicht nach Übertragung und Belieferung. Hat EB zwei Lieferanten, existiert aktueller Wettbewerb im Versorgungsmarkt.

Im Falle eines weiteren Elektrizitätswerks konnte aufgrund der Akten nicht ausgeschlossen werden, dass eventuell aktueller Wettbewerb im Versorgungsmarkt besteht. Die Rede ist vom EWJR, das aktuell von der SAK beliefert wird. Die SAK bezieht den Strom von der NOK. Das EWJR unterscheidet zwischen Belieferung und Übertragung. Es hat sich bereits aktiv um Belieferungsalternativen bemüht. Vom ewz wurde eine Belieferung ab dem Übertragungsnetz verweigert. Ob sie technische und bauliche Massnahmen bedingt hätte, ist nicht aktenkundig; sollte dies nicht der Fall sein, wäre aktueller Wettbewerb auf Stufe Belieferung zu bejahen. Die Verfügung weist dies nicht nach, der gegenteilige Schluss lässt sich aufgrund der Akten auch nicht ziehen.

Die Vorinstanz hat entsprechende Ergänzungsfragen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht beantwortet, sondern auf die Vorakten verwiesen, denen sich die benötigten Angaben aber nicht entnehmen lassen (vgl. Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 13). Laut den Beschwerdeführerinnen wurde das Projekt einer Belieferung durch die ewz aus Kostengründen nicht weiterverfolgt (vgl. Eingabe vom 8. Februar 2006, S. 15 f.). Daraus schliesst die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, dass aktueller Wettbewerb auf Stufe „Versorgung“ im Verhältnis EWJR/ewz zu verneinen ist.

Die übrigen Elektrizitätswerke haben keine Aussagen gemacht, die für aktuellen Wettbewerb im Versorgungsmarkt sprechen:

- Das GZ wird von der EKZ beliefert, die den Strom von der NOK bezieht. Belieferung und Übertragung werden in der Antwort nicht unterschieden. Die Darstellung der Vorinstanz, das GZ habe einen Anschluss an die Netze des ewz als Ausweichmöglichkeit bezeichnet, ist unzutreffend. Das GZ gab in seiner Antwort an, dieser Möglichkeit stünden evtl. rechtliche Hindernisse im Wege; ausserdem müssten ein Anschluss erstellt und Investitionen getätigt werden, um ein Ausweichen zu ermöglichen.
- Das EWJR nennt eine weitere Alternative zur Belieferung durch die SAK, nämlich eine direkte Belieferung durch die NOK ab Netzebene 110-50 kV mittels Bau einer werkseigenen direkten Leitung ab dem Unterwerk Gryнау. Diese Lösung wurde von der NOK abgelehnt.
- Das EE gibt an, es beziehe Strom „über die Übertragungsleitung des EW Altdorf“. Auf Zusatzfrage der Vorinstanz (EW Altdorf hat keine Übertragungsleitungen) ergänzte es, die Zuleitung zum EW Altdorf erfolge über die Übertragungsleitungen der CKW. Ob das EE Belieferung und Übertragung unterscheidet, ist aus der Antwort nicht ersichtlich (der genannte Irrtum spricht eher gegen eine solche Unterscheidung). Ausweichmöglichkeiten bestehen nach Angabe des EE nicht. Durch den Bau einer Unterstation mit der Atel würde eine solche entstehen. Eine Beilage des EE zur Antwort (A4-Blatt mit schematischem Leitungspfad) wird als konkretes Konzept bezeichnet. Das EE macht die Realisierung des Konzeptes von der Marktöffnung abhängig und bezeichnet den Bau der Unterstation als sehr kostspielig. Die Evaluation der Wirtschaftlichkeit setze Kenntnis und Vereinheitlichung der Netznutzungspreise voraus.

Aktueller Wettbewerb bei der Versorgung ergibt sich auch nicht aus den Angaben der befragten Industrierwerke:

- Coop wurde nicht nach dem heutigen Lieferanten gefragt; sie nannte ihn in der Antwort auch nicht. Ob das Unternehmen Lieferung und Übertragung unterscheidet, ist nicht ersichtlich. Coop gibt an, theoretisch könnte Strom von Atel und BKW bezogen werden, konkrete Projekte für einen Wechsel bestünden aber nicht. Coop sagte ausdrücklich, ein Bezug ab dem Übertragungsnetz bedinge Investitionen und technische Anpassungen und müsste in ökonomischer Hinsicht detailliert evaluiert werden. Ein Wechsel zwischen Anbietern verschiedener Netzebenen sei nicht ohne weiteres möglich.
- Die Ems-Chemie AG wurde ebenfalls nicht nach ihrem aktuellen Lieferanten gefragt; ihre Antwort enthält keine Angaben dazu. Die Antwort unterscheidet nicht zwischen Lieferung und Übertragung. Die Fragen nach direkten oder indirekten Übertragungsalternativen wird in der rudimentären

Antwort mit einem blossen „Ja“ beantwortet. Für das Werk in Domat/Ems werden ewz und Axpo als Übertragungsmöglichkeit angegeben. Hindernisse der Substitution werden nicht genannt (Antwort: „Keine“). Der Antwort ist nicht zu entnehmen, auf welcher Netzebene die angeblichen Alternativen realisiert werden müssten und ob bauliche Investitionen und technische Anpassungen nötig wären. Die Angaben des Werks sind dermassen unsubstanziert, dass sie nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ohne nähere Abklärungen nicht als Beleg für aktuellen Wettbewerb auf Stufe Belieferung gewertet werden können.

bb) Wettbewerb auf dem Stromübertragungsmarkt?

Die Aussage der Vorinstanz, die EB habe angegeben, sie beziehe Elektrizität über die Übertragungsleitungen von Atel und BKW, gibt deren Angabe unzutreffend wieder. Die EB führte aus, sie beziehe Strom von den zwei Lieferanten Atel und BKW (Übertragung und Belieferung werden nicht unterschieden). „Indirekter aktueller Wettbewerb“ unter Übertragungsdienstleistern lässt sich aus diesen Angaben nicht ableiten.

Im Verhältnis EWJR/ewz besteht im Versorgungsmarkt kein aktueller Wettbewerb. Entsprechend kann es auch keinen „indirekten Wettbewerb“ der Übertragungsdienstleister geben. Was einen Direktanschluss des EWJR an Übertragungsleitungen der NOK angeht, bringen die Beschwerdeführerinnen zu Recht vor, dass sich dadurch ebenfalls kein Wettbewerb unter Übertragungsdienstleistern ergeben würde, weil in beiden Fällen die Leitungen der NOK beansprucht würden (indirekt im Fall der Versorgung durch die SAK, direkt im Fall eines eigenen Anschlusses an das Übertragungsnetz) (vgl. Eingabe vom 8. Februar 2006, S. 15).

Im Falle der übrigen Elektrizitäts- und Industrierwerke fehlt es bereits an aktuellem Wettbewerb im Versorgungsmarkt. Die Frage eines „indirekten Wettbewerbsverhältnisses“ auf Stufe Übertragung im Sinne der Konstruktion durch die Vorinstanz stellt sich daher nicht mehr.

cc) Angaben der befragten Werke belegen die Folgerungen der Vorinstanz nicht

Die Aussage, mehrere Elektrizitätswerke hätten angegeben, dass sie gegenwärtig von mehr als einem an „Swissgrid“ beteiligten Unternehmen Strom beziehen oder beziehen könnten und demzufolge direkt oder indirekt verschiedene Übertragungsstrecken in Anspruch nehmen bzw. nehmen könnten (Rz 58 der Verfügung), ist unzutreffend. Den Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zufolge hat ein einziges Elektrizitätswerk angegeben, dass es Strom von mehreren Lieferanten bezieht (EB). Kein anderes Elektrizitätswerk hat gesagt, es könne aktuell auf andere Lieferanten ausweichen. Vielmehr wurde ausgeführt, zwecks Realisierung von Aus-

weichmöglichkeiten müssten zuerst Investitionen getätigt werden, von denen offen sei, ob sie ökonomisch sinnvoll wären. Kein Elektrizitätswerk hat gesagt, es könne direkt oder indirekt verschiedene Übertragungsstrecken in Anspruch nehmen. Bei dieser Aussage handelt es sich um eine (sachlich nicht begründete) Interpretation der Vorinstanz, nicht um eine Aussage der befragten Werke.

Die Aussage in Randziffer 58 der Verfügung, in der Nordwestschweiz werde Strom von BKW und Atel bezogen, trifft für ein Elektrizitätswerk zu (EB). Die weitere Aussage, im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems werde Strom von der NOK bezogen und der Bezug über das ewz sei als Ausweichmöglichkeit aufgeführt worden, ist unzutreffend. Die Befragten aus diesem Gebiet sprachen nicht von einer Belieferung durch die NOK: Ein Befragter sprach von einer Belieferung durch die EKZ, der zweite von einer Belieferung durch die SAK und der dritte machte keine Angaben zum Lieferanten. Der erste Befragte hat das ewz nicht als Ausweichmöglichkeit bezeichnet, sondern redete von rechtlichen und ökonomischen Hindernissen. Bezüglich des zweiten ist ein Ausweichen auf die ewz aktuell nicht möglich. Der dritte erwähnte zwar ewz und Axpo als Alternativen; die Antwort ist aber dermassen rudimentär und unsubstanziert, dass daraus ohne weitere Klärungen nicht auf aktuelle Ausweichmöglichkeiten geschlossen werden kann. Unzutreffend ist schliesslich die Aussage, im Gebiet Gotthard wäre statt einem indirekten Strombezug über die Übertragungsleitung der CKW der direkte Bezug über die Übertragungsleitungen der Atel möglich. Das befragte Werk sagte vielmehr, der Bezug ab der Übertragungsleitung der Atel würde den Bau einer Unterstation bedingen, was sehr kostspielig sei; zudem sei ungewiss, ob sich die Investition rechnen würde.

Entsprechend ist die Folgerung in Randziffer 59 der Verfügung unzutreffend, aus den Angaben der Elektrizitätswerke ergebe sich, dass für gewisse Gebiete die (teilweise wahrgenommene) Möglichkeit bestehe, Strom über die Übertragungsleitungen verschiedener Unternehmen zu beziehen. Die Angaben der befragten Unternehmen belegen die Aussage nicht, dass Gebiete existieren, bei denen der Markt für die Stromübertragung von einem Punkt A zum Elektrizitätswerk grösser sei als das Übertragungsnetz eines Unternehmens (ganz abgesehen davon, dass die Vorinstanz den Punkt A nicht identifiziert und in keiner Weise dartut, dass für die konkrete Transaktion effektiv – auch nur indirekt – Leitungen des Übertragungsnetzes beansprucht werden).

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist somit aufgrund der Angaben der befragten Werke keinesfalls „zweifelsfrei erstellt“, dass der Bau von Anlagen zwecks Realisierung eines Direktanschlusses an das Übertragsnetz ein nahes, zum sachlichen Markt gehörendes Substitut darstellt. Für einen Nachweis von Ausweichmöglichkeiten bei der Stromübertragung (aktueller Wettbewerb) ist es sodann nicht ausreichend, sich auf un-

differenzierte Antworten der befragten Werke zu ungenauen Fragen zu berufen (und diese Angaben teilweise unzutreffend wiederzugeben oder sie überzuinterpretieren).

5.2.8. Schlussfolgerungen für den aktuellen Wettbewerb bei der Stromübertragung

Aktueller Wettbewerb setzt nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen voraus, dass Ausweichmöglichkeiten tatsächlich bestehen oder kurzfristig und ohne wesentliche Kosten realisiert werden können. Müssen Ausweichmöglichkeiten mittels hoher Investitionen erst noch geschaffen werden, ist dies nur mittel- oder längerfristig möglich und die Realisierung zudem ungewiss, da die Netzbetreiber nicht verpflichtet sind, Direktanschlüsse zuzulassen, und da solche im Widerspruch zu einem sicheren Netzbetrieb stehen können, ist aktueller Wettbewerb zu verneinen. Das gilt auch und gerade dann, wenn möglicherweise regulatorische Schranken bestehen (GZ), wenn zuerst Rentabilitätsstudien erstellt werden müssen, die angesichts fehlender Daten eventuell noch gar nicht möglich sind, und wenn Investitionen für kostspielige bauliche Massnahmen mit entsprechendem Planungs- und Realisierungshorizont getätigt werden müssen (GZ, EWJR, EE, Coop). Die von der Vorinstanz genannten theoretischen Ausweichmöglichkeiten sind kein Beleg für aktuellen Wettbewerb im Markt für Stromübertragung (vgl. Erwägung 5.2.6. und 5.2.7.).

Gemäss den Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist aktueller Wettbewerb bei der Versorgung (Strom) und der Verteilung (Netznutzung) einzig im Fall der EB erstellt. Der angebliche „indirekte Wettbewerb“ auf dem Übertragungsmarkt beruht auf einer unzutreffenden Betrachtung und kann aus den Angaben der befragten Elektrizitäts- und Industrierwerke in keinem Fall geschlossen werden. Ein „direkter Wettbewerb“ unter Übertragungsdienstleistern aus der Sicht der Elektrizitäts- und Industrierwerke (mittels Bau von Anlagen zum Andocken an das Übertragungsnetz) würde nur entstehen, wenn eines dieser Werke gleich zwei Anschlüsse an die Leitungen unterschiedlicher Netzbetreiber realisieren würde.

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, aktueller Wettbewerb bei der Stromübertragung sei nicht dargetan und bestehe nicht, ist daher begründet. Die Verfügung erweist sich somit auch hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbs als materiell unzutreffend.

5.2.9. Keine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Vorhaben

Der Verfügung lässt sich bezüglich einer wettbewerbsbeseitigenden Wirkung des Vorhabens nicht viel entnehmen. Ausgehend von der (unzutreffenden) Annahme, in bestimmten Gebieten stünden die Übertragungsdienstleister im Wettbewerb, hält sie fest, nach dem Zusammenschluss werde die Stromübertragung in diesen Gebieten nur noch von Swissgrid angeboten. Der Wettbewerb zwischen Atel und BKW, NOK und ewz sowie CKW und Atel verschwinde daher (Rz 69 der Verfügung).

Laut den Beschwerdeführerinnen ändert sich durch die Zusammenführung des Übertragungsnetzes im Gemeinschaftsunternehmen Swissgrid an einer allfälligen Konkurrenzsituation im Versorgungsmarkt gegenüber den Verhältnissen ohne dieses Vorhaben nichts. Wettbewerb im Übertragungsmarkt sei in den meisten Fällen schon deshalb nicht möglich, weil nur ein Übertragungsnetz bestehe. Dieses stelle ein natürliches Monopol dar (Rz 46 der Beschwerde). Die Vorinstanz bezeichnet dieses Argument als unerheblich. Sie habe sich bei der Beseitigung von wirksamem Wettbewerb nur auf jene Gebiete bezogen, in welchen verschiedene Übertragungsnetze in Konkurrenz stünden (Rz 16 der Vernehmlassung). Diesen Nachweis hat die Vorinstanz jedoch nicht erbracht, wie die vorangehenden Ziffern zeigen. Weitere Argumente bringt die Vorinstanz bezüglich der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht vor.

Besteht im Markt für Stromübertragung kein wirksamer Wettbewerb, kann solcher durch das Zusammenschlussvorhaben auch nicht beseitigt werden:

Was die Alternativen der Elektrizitäts- und Industrierwerke in den Märkten für Versorgung und Verteilung angeht, ändert das Vorhaben an den Verhältnissen in der Übergangszeit nichts. Nach der Marktöffnung und der Realisierung des einheitlichen Netznutzungsmodells (Zielzustand) können diese Akteure ihre Lieferanten im Rahmen des Möglichen ohnehin frei wählen (nicht-diskriminierender Netzzugang).

Das Verschwinden des Konstrukts „indirekter Wettbewerb bei der Stromübertragung“ im Zielzustand ist irrelevant, da es auf einer unzutreffenden Marktabgrenzung und einer unzutreffenden Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs beruht. Die theoretische Ausweichmöglichkeit „Direktanschluss an das Übertragungsnetz durch Bau eigener Anlagen“ wird durch den Zusammenschluss nicht berührt. Die bereits heute bestehenden Kostenhürden und regulatorischen Schranken existieren unabhängig davon, ob das einheitliche Übertragungsnetz von einem oder mehreren Unternehmen betrieben wird. Ausser von diesen Hindernissen hängt ein Direktanschluss heute wie künftig von der Bereitschaft des Netzbetreibers ab, solche Direktanschlüsse zuzulassen. Das Einzige, was sich diesbezüglich ändert, ist dass der Netzbetreiber bei einem Direktanschluss künftig Swissgrid heissen wird (statt wie heute NOK, Atel, ewz etc.).

Das Zusammenschlussvorhaben bewirkt weder, dass bestehende Konkurrenten vom Markt gedrängt werden oder sich nicht mehr als Konkurrenten verhalten, noch, dass neue Wettbewerber vom Markt ferngehalten werden (vgl. Erwägung 5.1.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt aus diesen Gründen zum Schluss, dass die erste Voraussetzung eines Eingriffs im Rahmen der Fusionskontrolle (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) nicht erfüllt ist.

5.3. Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten, welche die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG)?

Führt das Zusammenschlussvorhaben nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Stromübertragungsmarkt, erübrigt sich an sich die weitere Prüfung, ob es in anderen Märkten eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bewirkt, welche die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiegt.

Dennoch rechtfertigen sich aus prozessökonomischen Gründen und angesichts des Anspruchs der Parteien auf Behandlung wesentlicher Vorbringen eine Reihe von Hinweisen zur Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf anderen Märkten.

5.3.1. Darstellung in der Verfügung

Nach Auffassung der Vorinstanz bewirkt das Zusammenschlussvorhaben auf einem anderen Markt eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse. Eine solche erblickt sie darin, dass sich Unternehmen, welche die Durchleitung von Strom durch das Übertragungsnetz verlangten, sich künftig nicht mehr mit den einzelnen Netzeigentümern über die Bedingungen einer Durchleitung verständigen müssten, sondern nur noch mit einem einzigen Ansprechpartner. Zudem vereinfache der einheitliche Ansprechpartner die technischen Abläufe, die Koordination und die Bereitstellung von Regelenergie für die Stromdurchleitung. Somit vereinfache der Zusammenschluss die Durchleitung von Strom über die Übertragungsnetze mehrerer Netzeigner grundsätzlich. Dies wiederum vereinfache und verbessere die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Stromversorgungsmarkt (Rz 85 der Verfügung).

Die Frage, ob diese Verbesserung die Nachteile der beherrschenden Stellung überwiege, wird von der Vorinstanz dagegen verneint. Zwar beziehe sich die Verbesserung auf das ganze Land, während die Verschlechterung

auf dem Übertragungsmarkt nur in bestimmten Gebieten entstehe. Zwar könnten von der Verbesserung bei der Stromversorgung viele profitieren, während von den Nachteilen nur wenige betroffen seien. Diese Überlegungen würden an sich für ein Überwiegen der Vorteile sprechen. Diese Folgerung könne aber nur gezogen werden, wenn die Verbesserungen tatsächlich eintreten würden bzw. wenn dies hinreichend wahrscheinlich sei. Dies sei nicht der Fall. Denn Swissgrid werde in der Praxis die Möglichkeit haben, einen Durchleitungsanspruch zu bestreiten, die Durchleitung zu verzögern oder sie an unangemessene Bedingungen zu knüpfen. Möglicherweise müsse eine Durchleitung zu angemessenen Bedingungen somit im Einzelfall mittels kartellrechtlicher Verfahren angestrengt werden. Angesichts der finanziellen und personellen Verflechtungen bestehe zudem ein Anreiz, die Durchleitung zu erschweren. Von einer überwiegenden Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei der Stromversorgung könne daher nicht ausgegangen werden. Überwiegende Vorteile ergäben sich nur, wenn das Vorhaben an Auflagen oder Bedingungen geknüpft werde, welche die Möglichkeit, Durchleitungen zu behindern, und den Anreiz, dies zu tun, in genügendem Mass einschränkten (Rz 87 und Rz 88 der Verfügung).

5.3.2. Beurteilung überwiegender Verbesserungen in anderen Märkten

a) Vorbemerkung und Überblick

Hinsichtlich der bei Artikel 10 Absatz 2 des Kartellgesetzes anzustellenden Gesamtbetrachtung fällt zunächst auf, dass die Vorinstanz ausschliesslich die Auswirkungen auf den Stromversorgungsmarkt berücksichtigt hat. Zur Frage, ob das Zusammenschlussvorhaben auch auf anderen Märkten Vorteile bewirkt, ist der Verfügung nichts zu entnehmen.

Solche Verbesserungen könnten sich insbesondere mit Blick auf den internationalen Handelsmarkt ergeben. Es ist nur schwer einsichtig, weshalb die Vorinstanz die Auswirkungen auf diesen Markt nicht veranschlagt hat, dient das Vorhaben doch primär der Integration der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft in den entstehenden europäischen Stromhandelsmarkt.

Im Folgenden wird daher zunächst geprüft, ob das Zusammenschlussvorhaben zu einer Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Handelsmarkt führt (vgl. unten b). Alsdann wird die Beurteilung der Auswirkungen auf den Stromversorgungsmarkt durch die Vorinstanz überprüft (vgl. unten c) und zieht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Schlussfolgerung bezüglich überwiegender Verbesserungen in anderen Märkten (vgl. unten d).

b) Verbesserungen im Stromhandelsmarkt?

aa) Argumentation der Parteien

Laut den Beschwerdeführerinnen steht das Zusammenschlussvorhaben im Zusammenhang mit dem europäischen Stromübertragungsmarkt (Rz 50 ff. der Beschwerde). Ohne Teilnahme am liberalisierten europäischen Strombinnenmarkt riskiere die einheimische Stromwirtschaft, bei der Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazitäten und bei der Abgeltung entsprechender Leistungen ins Hintertreffen zu geraten (Nachteile bei internationalem Stromhandel und internationalem Marktzugang). Um als gleichberechtigter Partner im europäischen Verbundsystem integriert zu werden, müssten die schweizerischen Regelwerke als gleichwertig anerkannt werden. Ein einheitlicher schweizerischer Übertragungsnetzbetreiber bilde die Voraussetzung dazu. Genau dies solle mit Swissgrid erreicht werden. Dieses Unternehmen sei die Voraussetzung dafür, dass die schweizerische Elektrizitätswirtschaft im internationalen Stromhandelsmarkt nicht benachteiligt werde. Das Vorhaben verbessere daher die internationale Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Marktteilnehmer. Dies sei in die Beurteilung des Zusammenschlusses einzubeziehen (Art. 10 Abs. 4 KG).

Die Wettbewerbskommission führt dazu aus, Artikel 10 Absatz 4 des Kartellgesetzes wolle sicherstellen, dass einer möglichen internationalen Dimension des relevanten Marktes bei der geographischen Abgrenzung genügend Rechnung getragen werde. Vorliegend gehe es um regionale räumliche Märkte, weshalb nicht die internationalen Verhältnisse, sondern diejenigen auf den relevanten regionalen Märkten massgebend seien (Rz 22 der Vernehmlassung).

bb) Beurteilung

Laut Artikel 10 Absatz 4 des Kartellgesetzes berücksichtigt die Wettbewerbsbehörde bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs auch die Marktentwicklung und die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb. Dem Wortlaut des Gesetzes nach geht es bei der Berücksichtigung der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb um die Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses, nicht nur um die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes. Selbst wenn sich die Formulierung in der zitierten Bestimmung aber ausschliesslich auf die Abgrenzung des relevanten Marktes beziehen sollte, ist nicht einzusehen, weshalb man bei der bei Unternehmenszusammenschlüssen anzustellenden Gesamtmarkt Betrachtung nicht auch sollte berücksichtigen dürfen, wie sich ein Vorhaben auf internationale Märkte auswirkt. Sind Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten zu veranschlagen (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG), spricht nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nichts dagegen, hier auch Verbesserungen auf dem internationalen Handelsmarkt zu berücksichtigen. Das Gesetz schliesst dies in keiner Weise aus.

Die Beschwerdeführerinnen erläutern, inwiefern das Unternehmen für die Stellung der schweizerischen Stromwirtschaft im internationalen Handelsmarkt notwendig und für die Wettbewerbsverhältnisse positiv sei. Die Vorinstanz bestreitet diese Vorteile in ihrer Vernehmlassung nicht und formuliert keine entgegengesetzte Auffassung.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion befragt, aus welchen Gründen sie die Schaffung eines einheitlichen Übertragungsnetzbetreibers nicht als Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG) veranschlagt habe. Die Vorinstanz wiederholt ihre Argumentation aus der Vernehmlassung und ergänzt, die Prüfung allfälliger Verbesserungen auf dem Handelsmarkt hätte sich selbst dann erübrigt, wenn man die Stellung der Unternehmen im Handelsmarkt berücksichtigt hätte, da bereits eine Verbesserung auf dem Versorgungsmarkt festgestellt worden sei (Eingabe der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 19 f.).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht davon aus, dass diese Formulierung Folgendes bedeutet: „Die Prüfung von Verbesserungen im Handelsmarkt wäre angesichts bereits festgestellter Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt selbst dann nicht erforderlich gewesen, wenn die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb grundsätzlich zu veranschlagen wäre.“ Diese Folgerung ist nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unzutreffend. Bei Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b des Kartellgesetzes geht es um die Frage überwiegender Verbesserungen. Kommt die Vorinstanz zum Schluss, der Zusammenschluss bewirke zwar eine Verbesserung im Versorgungsmarkt, diese könne aber nicht als überwiegend bezeichnet werden, stellt sich die Frage allfälliger Verbesserungen in weiteren Märkten durchaus. Ergeben sich in weiteren benachbarten Märkten wie beispielsweise dem Handelsmarkt ebenfalls Verbesserungen, ist die Frage des Überwiegens nicht gleich zu beurteilen wie ohne solche Verbesserungen und kann die Grundlage für Auflagen und Bedingungen mangels Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen dadurch entfallen.

Die Vorinstanz scheint die Auffassung zu vertreten, Verbesserungen im internationalen Handelsmarkt seien nicht von ihr, sondern allenfalls vom Bundesrat im Rahmen von Artikel 11 des Kartellgesetzes zu berücksichtigen (ausnahmsweise Zulassung eines untersagten Zusammenschlusses zur Verwirklichung öffentlicher Interessen), da sie keine politische Behörde sei, sondern das Kartellgesetz anzuwenden habe (Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 22 f.). Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schliesst das Gesetz wie gesagt in keiner Weise aus, dass auch Verbesserungen in internationalen Märkten veranschlagt werden. Die Prüfung von Verbesserungen im internationalen Handelsmarkt kann nicht einfach als politische Frage qualifiziert und mit einem Verweis auf Artikel 11 des Kartellgesetzes abgetan werden.

Sachlich bestreitet die Vorinstanz wie erwähnt nicht, dass das Zusammenschlussvorhaben die von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Verbesserungen im Handelsmarkt bewirkt. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sieht kein Argument, das gegen eine solche Verbesserung sprechen würde, und stellt fest, dass die Vorinstanz diesen Aspekt hätte prüfen und veranschlagen müssen. Die Verfügung ist auch deswegen mangelhaft, weil dies nicht geschehen ist.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist aufgrund der Aktenlage nicht im Stande zu beurteilen, ob das Zusammenschlussvorhaben eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse im internationalen Handelsmarkt bewirkt. Entsprechende einlässliche Abklärungen hätten den Rahmen dessen gesprengt, was in der Instruktion des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens geleistet werden kann. Solche Abklärungen sind aber

auch nicht erforderlich, da die Verbesserungen bei der Stromversorgung nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen entgegen der Vorinstanz als überwiegend zu qualifizieren sind (vgl. nachfolgend c und d).

c) Verbesserungen im Stromversorgungsmarkt?

Bei der Gewichtung der Vor- und Nachteile auf dem Übertragungs- und dem Stromversorgungsmarkt argumentiert die Vorinstanz in der Verfügung wie folgt: Die Nachteile betreffen nur bestimmte begrenzte Gebiete und nur wenige Stromverbraucher. Von den Vorteilen profitiert das gesamte Gebiet der Schweiz und die überwiegende Mehrheit der Befragten. Als überwiegend kann die Verbesserung aber nur gewertet werden, wenn sie tatsächlich eintritt oder wenn dies hinreichend wahrscheinlich ist. Das ist nur der Fall, wenn die Möglichkeit, Durchleitungen zu behindern, und der entsprechende Anreiz zu solchem Verhalten mittels Bedingungen oder Auflagen eingeschränkt werden (Rz 87 f. der Verfügung; vgl. auch Rz 19 der Vernehmlassung).

Das Argument der Beschwerdeführerinnen (Rz 47 der Beschwerde), die Vorinstanz komme selber zum Schluss, dass die Vorteile des Vorhabens überwiegen, wird von der Vorinstanz zu Recht bestritten (Rz 18 f. der Vernehmlassung). Möglicherweise wollten die Beschwerdeführerinnen sagen, die Vorinstanz hätte aufgrund ihrer Ausführungen zum Schluss gelangen *müssen*, überwiegende Vorteile seien gegeben. Selber begründen sie die Auffassung, die Vorteile des Vorhabens überwiegen auch ohne Auflagen, abgesehen von den bereits behandelten Ausführungen zum Handelsmarkt nur mit dem Argument, die Auflagen zur Entflechtung seien durch eigene Vorkehren bereits praktisch erfüllt, die Pflicht zur Gewährung des diskriminierungsfreien Netzzugangs ergebe sich bereits aus dem Kartellgesetz und dem Rahmenvertrag, und im Übrigen seien die Auflagen zur Netznutzung unzulässig. Diese Ausführungen und die entsprechenden Angaben der Vorinstanz (Rz 20 f. der Vernehmlassung) betreffen die Auflagen als solche, nicht das Überwiegen von Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt. Sie sind daher bei der Beurteilung der Auflagen zu prüfen (vgl. Erwägung 5.4.).

Zur Abwägung der Vor- und Nachteile durch die Vorinstanz hält die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen folgendes fest:

aa) Zusammenschluss muss kausal sein für die Verbesserung

Der Zusammenschluss muss für die Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt kausal sein (vgl. Erwägung 5.1. am Ende). Durch Auflagen oder Bedingungen bewirkte Verbesserungen sind bei der

Abwägung der Vor- und Nachteile nicht zu berücksichtigen (Zäch, a. a. O., Rz 820; S. Venturi, a. a. O., Art. 10, Rz 84).

Daran hat sich die Vorinstanz nicht gehalten. Indem sie die Abwägung der Vor- und Nachteile unter Einbezug selber definierter Auflagen und Bedingungen vorgenommen hat, hat sie das Gegenteil getan.

Dass die Behörde überwiegende Verbesserungen nicht selber konstruieren soll, hat aber gute Gründe:

- Stellt die Behörde überwiegende Verbesserungen mit Auflagen oder Bedingungen selber her, bestimmt sie die Therapie, bevor die Diagnose gestellt ist. Eine richtige Diagnose setzt voraus, dass mögliche Verbesserungen nicht nur auf einem Markt geprüft werden, wenn sie dort nicht als überwiegend taxiert werden, sondern auch auf anderen Märkten. Lässt man das ausser Acht, kann die Folge sein, dass man Massnahmen verfügt, für die mangels Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen keine Grundlage existiert. Dies ist auch im vorliegenden Zusammenschlusskontrollverfahren geschehen (vgl. Erwägung 5.3.2. b). Eine solche Vermischung der Eingriffsvoraussetzungen und der Konsequenzen der Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen ist darum zu verhindern. Zuerst ist zu Ende zu prüfen, ob die Gesamtbetrachtung überhaupt zur Feststellung eines kartellrechtlichen Problems führt (vgl. Erwägung 5.4.1.).
- Stellt die Behörde überwiegende Verbesserungen auf einem bestimmten Markt selber her, wählt sie Artikel 10 Absatz 2 Buchstabe b des Kartellgesetzes als Anknüpfungspunkt für die Lösung der wettbewerblichen Probleme. Damit begibt sie sich auf das Feld schwieriger Wertungsentscheide (vgl. Erwägung 5.1). Mangels geeigneter Messgrössen lässt sich kaum feststellen, wie weit Massnahmen gehen dürfen, die für ein Überwiegen der Verbesserungen erforderlich sind, und ab welchem Punkt die Massnahme als sachlich nicht mehr gerechtfertigter Eingriff in die unternehmerische Freiheit zu qualifizieren ist. Entsprechende Massnahmen könnten die Unternehmen zwar von sich aus anbieten oder in Verhandlungen akzeptieren. Sie verfügungsweise anzuordnen, steht der Behörde aber nicht zu. Weil sich die Behörde hier im Graubereich zwischen zulässigen und unzulässigen Eingriffen bewegt, sind die Massnahmen mit den beteiligten Unternehmen zu erarbeiten (vgl. Erwägung 4.1. und 4.3.). Es ist daher auch unter dem Gesichtspunkt der Parteirechte problematisch, wenn die Behörde überwiegende Verbesserungen selber konstruiert.

Aus diesen Gründen ist das Vorgehen der Vorinstanz bei der Frage überwiegender Verbesserungen auf anderen Märkten methodisch unzulänglich.

bb) Abstellen auf Elemente ungewissen künftigen Verhaltens

Laut der Vorinstanz ist nicht gewährleistet, dass die Verbesserungen tatsächlich eintreten werden oder dass ihr Eintreten hinreichend wahrscheinlich ist. Sie begründet diese Folgerung damit, Swissgrid habe die Möglichkeit, einen Durchleitungsanspruch zu verzögern oder ihn an unangemessene Bedingungen zu knüpfen.

Die Beschwerdeführerinnen rügen diesbezüglich, die Vorinstanz sei bei ihrer Abwägung von künftigem kartellrechtswidrigem Verhalten von Swissgrid ausgegangen. Die Vorinstanz bestreitet, je die Annahme getroffen zu haben, die Beschwerdeführerinnen würden Swissgrid systematisch zu einem Verhalten anstiften, das missbräuchlich sein könnte, wie es diese in Rz 49 der Beschwerde formuliert haben (Rz 21 der Vernehmlassung). Dieser Vorwurf ist zwar hart formuliert, erscheint aber im Kern als begründet: Auch wenn die Vorinstanz nicht annimmt, die Beschwerdeführerinnen würden Swissgrid systematisch zu kartellrechtswidrigem Verhalten anstiften, geht sie doch davon aus, Swissgrid werde sich wahrscheinlich unzulässig verhalten. Denn sonst bestünde kein Anlass, Auflagen zu formulieren, welche erklärtermaßen das Ziel haben, einer Behinderung von Stromdurchleitungen entgegenzuwirken.

Bei der Zusammenschlusskontrolle geht es um strukturelle Auswirkungen eines Vorhabens, nicht um verhaltensindizierte Auswirkungen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion gefragt, inwiefern es im vorliegenden Fall legitim sei, bei der Beurteilung von Verbesserungen auf anderen Märkten auch Aspekte möglichen künftigen Verhaltens zu veranschlagen. Die Vorinstanz hat diese Frage nur mit einem Verweis auf Randziffer 21 der Vernehmlassung beantwortet. Dieser lässt sich zur gestellten Frage keine Antwort entnehmen (dort steht, die Behörde sei nicht davon ausgegangen, die Beschwerdeführerinnen würden Swissgrid systematisch zu kartellrechtswidrigem Verhalten anstiften, und die Auflagen zur Netznutzung bezweckten eine Vereinfachung der Netznutzung, welche es erlaubten, überwiegende Verbesserungen anzunehmen). Die Vorinstanz bringt also kein Argument dafür vor, weshalb im Rahmen des konkreten Strukturkontrollverfahrens auch Aspekte künftigen Verhaltens veranschlagt werden dürften.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen dürfen überwiegende Vorteile auch im konkreten Einzelfall nicht gestützt auf mögliches, aber keineswegs gewisses künftiges Verhalten verneint werden (von dem übrigens zudem nicht feststeht, dass es mit dem Kartellgesetz im Widerspruch stehen würde; vgl. Erwägung 5.4.6. d). Ohne konkrete gegenteilige Anhaltspunkte ist bei der Abwägung der Vor- und Nachteile davon auszugehen, dass sich das Unternehmen kartellrechtskonform verhalten wird.

Sollte dies nicht der Fall sein, steht der Wettbewerbsbehörde das Instrument der Verhaltenskontrolle zu Gebot.

cc) Abstellen auf unterschiedliche Zeiträume und Gegebenheiten

Die Vorinstanz stellt bei der Prüfung der Nachteile des Vorhabens im Übertragungsmarkt und der überwiegenden Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt auf unterschiedliche Zeiträume mit unterschiedlichen Gegebenheiten ab. Das führt zu logischen Widersprüchen in der Argumentation, die deshalb inkohärent ist und nicht überzeugt.

Laut der Vorinstanz bewirkt das Zusammenschlussvorhaben eine Verbesserung auf dem Stromversorgungsmarkt, indem es einen einheitlichen Ansprechpartner für die Durchleitung schafft. Das vereinfacht die Verhältnisse. Bei dieser Aussage stellt die Vorinstanz auf den Zielzustand ab, in dem die Swissgrid über Durchleitungen in eigener Regie befinden wird und in welchem die Kostenrechnungen, die Durchleitungstarife und –bedingungen existieren werden. Wenn die Vorinstanz das Überwiegen der Verbesserung verneint, so deshalb, weil die Verbesserung möglicherweise nicht sofort eintritt. Hier stellt die Vorinstanz auf die Übergangsphase ab, in welcher die Durchleitung noch gemeinsam mit den jeweiligen Netzeignern geregelt wird. Weil man in der Übergangsphase noch mit den einzelnen Übertragungsnetzeigentümern verhandeln müsse, ergebe sich ohne die Auflagen noch keine Vereinfachung (vgl. Rz 69, Rz 85 f., Rz 88 der Verfügung, Rz 19 der Vernehmlassung).

Geht man von der Übergangsphase aus, in welcher die Netznutzung noch mit mehreren Netzeigentümern zu regeln ist und die Gebühren unterschiedlich sind, bestehen aber auch keine Nachteile auf dem Übertragungsmarkt, die darin bestehen würden, dass nur noch Swissgrid die Übertragung anbieten und der Zusammenschluss den Wegfall der mehreren Übertragungsdienstleister mit unterschiedlichen Gebühren bewirken würde. Existiert in der Übergangsphase auf dem Übertragungsmarkt aber kein Nachteil, erübrigt sich die Prüfung, ob in einem anderen Markt überwiegende Vorteile resultieren.

Bei der Beurteilung der Nachteile und der überwiegenden Vorteile darf daher nicht auf unterschiedliche Zeiträume mit unterschiedlichen Verhältnissen abgestellt werden. Bejaht die Vorinstanz eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, weil im Endzustand nur noch ein Übertragungsdienstleister mit einheitlichen Netznutzungsgebühren vorhanden sein wird, muss sie für die Prüfung der überwiegenden Verbesserungen ebenfalls auf diesen Endzustand abstellen, und nicht auf den Übergangszeitraum, in welchem die Netznutzung noch mit den jeweiligen Netzeigentümern geregelt wird und in dem die Durchleitungsbedingungen noch nicht einheitlich sind. Stellt man auch bei

den Verbesserungen auf anderen Märkten auf eine zukunftsgerichtete Betrachtung ab (einheitlicher Netzbetreiber und Ansprechpartner, Vorliegen der Kostenrechnungen und Nutzungstarife), entfallen Anlass und Bedarf, den anvisierten Endzustand mittels Auflagen vorzuziehen.

Dass die Argumentationsweise unter dem Strich nicht aufgeht, ist die Konsequenz davon, dass die Vorinstanz bei der Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse („indirekter Wettbewerb“ der Übertragungsdienstleister) und bei der Verbesserung in anderen Märkten letztlich vom selben ausgeht, nämlich von den Ausweichmöglichkeiten der Elektrizitäts- und Industrierwerke bei der Versorgung und damit verbunden dem Stromtransport über das Verteilnetz (und indirekt über das Übertragungsnetz). Bei diesem Ansatz kann es Vorteile, welche die Nachteile überwiegen, praktisch nur geben, wenn man unterschiedliche Zeiträume und Verhältnisse veranschlagt. Auf diese Weise hat die Vorinstanz ihre Betrachtungsweise (Abgrenzung des räumlichen Marktes über unterschiedliche sachliche Märkte hinweg, Annahme eines „indirekten Wettbewerbs“ unter Übertragungsdienstleistern als Folge von Alternativen in den Märkten für Versorgung und Verteilung) gewissermassen selber *ad absurdum* geführt.

d) Schlussfolgerungen für die überwiegenden Verbesserungen auf anderen Märkten

Die Abwägung der Vor- und Nachteile durch die Vorinstanz ist ungenügend, weil die Auswirkungen auf den internationalen Handelsmarkt nicht berücksichtigt wurden (vgl. Erwägung 5.3.2. b) und weil die Abwägung der Nachteile im Übertragungsmarkt und der Verbesserungen im Versorgungsmarkt in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft ist (vgl. Erwägung 5.3.2. c). Die Ausführungen, mit welchen die Vorinstanz das Überwiegen der Verbesserungen auf dem Versorgungsmarkt verneint, genügen den Anforderungen an eine sachgerechte und nachvollziehbare Wertung nicht (vgl. Erwägung 5.1.).

Bei der Herstellung überwiegender Verbesserungen mittels Auflagen scheint sich die Vorinstanz eher am Ziel orientiert zu haben, so rasch wie möglich eine umfassende Marktöffnung zu erreichen, als daran, ausgehend von einer klaren Diagnose der mit dem Zusammenschlussvorhaben verbundenen wettbewerblichen Probleme den Handlungsbedarf zu identifizieren und die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten und Handlungserfordernisse mit den Beteiligten auszuloten. Entsprechend sucht man in der Verfügung vergeblich nach grundsätzlichen Überlegungen zur Identifikation der geeigneten, erforderlichen und im engeren Sinn verhältnismässigen Massnahmen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kommt zum Schluss, dass sich bei der Gewichtung der Auswirkungen des Zusammenschlussvorha-

bens eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten durchaus begründen lässt: Verzichtet man auf unbegründete negative Verhaltensprognosen und stellt man bei der Abwägung der Vor- und Nachteile auf denselben Zeitraum ab, bleiben unter dem Strich nur noch die Elemente „Verbesserung für das ganze Land versus Verschlechterung in bestimmten begrenzten Räumen“ und „Vorteil für alle versus Nachteil für wenige Stromverbraucher“. Diese Elemente stellt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung nicht in Frage. Ein Überwiegen der Vorteile lässt sich bei dieser Betrachtung aus Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen kaum verneinen. (Dies hätte umso mehr zu gelten, wenn zudem Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse im Handelsmarkt zu berücksichtigen wären.)

Aus all diesen Gründen ist die Verfügung auch bezüglich der überwiegenden Verbesserungen auf anderen Märkten nicht haltbar. Bei diesem Ergebnis besteht für Auflagen oder Bedingungen kein Raum, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht geltend machen (Rz 54 der Beschwerde).

Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen gemäss Rz 47 f. der Beschwerde und diejenigen der Vorinstanz gemäss Rz 18 ff. der Vernehmlassung betreffen, soweit darauf oben noch nicht eingegangen wurde, die Auflagen als solche. Darauf ist in Erwägung 5.4. zurückzukommen.

5.4. Auflagen

5.4.1. Grundsätzliches

a) Allgemein

Auflagen oder Bedingungen sind Nebenbestimmungen einer Verfügung. Sie regeln die Modalitäten einer Verfügung, die nähere Ausgestaltung von in der Verfügung geregelten Rechten und Pflichten und die Voraussetzungen der Wahrnehmung dieser Rechte und Pflichten. Nebenbestimmungen sind also Präzisierungen der verfügungsweise geregelten Rechte und Pflichten. Sie belasten den Adressaten der Verfügung mit einer zusätzlichen Verpflichtung, sind rechtlich eigenständig und mittels Vollstreckungsverfügung selbständig erzwingbar. Nebenbestimmungen müssen in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen mit dem Zweck, der mit der Hauptregelung verfolgt wird, und sie müssen verhältnismässig sein (Tschannen/Zimmerli, a. a. O., S. 232 ff., Rz 89 ff.). Die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung ergibt sich aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck, aus einem mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse (Häfelin/Müller, a. a. O.,

Rz 918). Nebenbestimmungen, die andere Zwecke verfolgen, sind als zu weit gehend abzulehnen (Häfelin/Müller, a. a. O., Rz 921).

Auflagen und Bedingungen setzen voraus, dass die mit der Verfügung erteilten Rechte auch verweigert werden können (Tschannen/Zimmerli, a. a. O., S. 234, Rz 94). Einer anderen Umschreibung zufolge sind Nebenbestimmungen gerechtfertigt, wenn eine Bewilligung verweigert werden könnte (Häfelin/Müller, a. a. O., Rz 902). Die unterschiedlichen Formulierungen meinen dasselbe, nämlich dass Nebenbestimmungen eine mildere Alternative eines Verbots oder der Verweigerung einer Bewilligung sind (Tschannen/Zimmerli, a. a. O., S. 234, Rz 94). Sachfremde Nebenbestimmungen sind unzulässig (Häfelin/Müller, a. a. O., Rz 918).

b) Im Kartellrecht

Führt ein Zusammenschlussverfahren auf einem bestimmten Markt zu einer beherrschenden Stellung, die wirksamen Wettbewerb beseitigen kann, und resultieren auf anderen Märkten keine überwiegenden Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse, sind die Voraussetzungen eines Eingriffs im Rahmen der Fusionskontrolle, also der Untersagung eines Vorhabens oder seiner Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen, erfüllt (Art. 10 Abs. 2 KG). Die Zulassung unter Bedingungen oder Auflagen ist eine mildere Form der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens. Wie die Untersagung setzt auch sie die Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen voraus. Die beiden Arten von Eingriffen sind an dieselben Voraussetzungen gebunden.

Der kartellrechtlichen Literatur zufolge hat die Wettbewerbsbehörde bei Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen erstens festzustellen, dass das Zusammenschlussvorhaben nicht bewilligt werden kann. Zweitens muss sie prüfen, ob es untersagt werden muss oder ob es mit Änderungen zugelassen werden kann. Änderungsvorschläge sind Sache der Parteien; die Änderungen sind in einem dialogischen Vorgehen zu erarbeiten. Darin ist sich die Lehre einig. Die Vorinstanz hat das nicht beachtet und die Auflagen oder Bedingungen einseitig und ohne Konsultation festgelegt (vgl. Erwägung 4.1., 4.3., 5.3.2. d). Hätte sie Diagnose und Therapie klar getrennt und wäre sie in der vorgesehenen Weise vorgegangen, hätte sie mit den Beteiligten eine Lösung angestreben können, mit welcher sich wettbewerbliche Probleme ohne unnötige Eingriffe in die unternehmerische Freiheit und ohne Konflikte mit diversen Rechtssätzen hätten lösen lassen.

Auflagen oder Bedingungen können sowohl strukturelle wie auch Verhaltensaspekte betreffen, wobei strukturbezogene Massnahmen vorgehen sollen (Zäch, a. a. O., Rz 827 ff., Rz 833 f.).

5.4.2. Darstellung in der Verfügung

Laut der angefochtenen Verfügung ergeben sich im Verhältnis zu den Nachteilen auf dem Übertragungsmarkt überwiegende Vorteile auf dem Stromversorgungsmarkt nur, wenn das Vorhaben mit Auflagen oder Bedingungen verbunden wird. Diese betreffen erstens die Möglichkeit von Swissgrid, *Stromdurchleitungen zu behindern* (Rz 89 der Verfügung), und zweitens den *Anreiz, dies zu tun* (Rz 90 der Verfügung).

Bezüglich der Möglichkeit, Durchleitungen zu behindern, sei erforderlich

- die Pflicht von Swissgrid, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren,
- die Pflicht von Swissgrid, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen,
- die Pflicht der am Vorhaben beteiligten Unternehmen, für ihre von Swissgrid betriebenen Stromübertragungseinrichtungen eine separate Kostenrechnung zu erstellen,
- die Pflicht von Swissgrid, Netznutzungstarife und –bedingungen zu publizieren.

Der erste Punkt solle sicherstellen, dass ein möglicher Durchleitungsanspruch nicht in jedem Einzelfall überprüft werden müsse. Die weiteren drei Punkte sollten sicherstellen, dass Wettbewerbsbehörde und Preisüberwacher die Angemessenheit der Tarife effizient überprüfen könnten.

Bezüglich des Anreizes, Durchleitungen zu behindern, sei erforderlich

- das Verbot an Swissgrid, Strom zu erzeugen, verkaufen, handeln und Verteilungseinrichtungen zu betreiben oder eignen, soweit nicht dem Eigenverbrauch und dem sicheren Netzbetrieb dienlich oder Regelenergie betreffend,
- das Verbot an Swissgrid, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, die solche Tätigkeiten kommerziell ausübten,
- das Verbot, dass Mitglieder von Geschäftsleitung oder Verwaltungsrat der Swissgrid gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die genannten Tätigkeiten kommerziell ausübten.

Diese Bedingungen seien notwendig und ausreichend für eine überwiegende Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse. Die Auflagen entsprächen den Bestimmungen des Entwurfs des Stromversorgungsgesetzes bezüglich der nationalen Netzgesellschaft. Das Stromversorgungsgesetz bezwecke, Anreize für mehr Wettbewerb zu schaffen. Unter Experten sei unbestritten, dass die zitierten Bestimmungen für die Förderung des Wettbewerbs notwendig und ausreichend seien. Die Befragung von kommerziellen Stromverbrauchern im Rahmen des Verfahrens habe gezeigt, dass von einer nationalen Netzgesellschaft eine Belebung des Wettbewerbs auf dem Stromversorgungsmarkt erwartet werde, wenn Bestimmungen analog zum Stromversorgungsgesetz eingeführt würden (Rz 91 der Verfügung).

Im Gegensatz zur EU, die eine personelle Entflechtung nur bezüglich des operativen Geschäfts vorsehe, sei die Wettbewerbskommission der Überzeugung, eine genügende Verbesserung lasse sich nur erreichen, wenn die personelle Entflechtung auch auf Stufe Verwaltungsrat greife. Eine eigentumsrechtliche Trennung von Übertragungsnetzbetreiber und übrigen Elektrizitätsunternehmen würde zwar eine weitere Belebung des Wettbewerbs auf den Stromversorgungsmärkten bringen, eine Verbesserung werde aber auch ohne diese Trennung erreicht. Die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Modifikationen (d.h. Entflechtung der Tätigkeiten, Verbot von Beteiligung, personelle Entflechtung auf Stufe Geschäftsleitung, Verbot der Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern zur Einflussnahme auf das operative Geschäft) entsprächen den Auflagen der Wettbewerbsbehörde zwar weitgehend. Auf die Auflagen der Wettbewerbsbehörde könne aber nicht verzichtet werden, weil die Vorschläge der Beteiligten nur Absichtserklärungen darstellten, und weil sichergestellt werden müsse, dass sie tatsächlich umgesetzt und eingehalten und nicht nachträglich rückgängig gemacht werden könnten. Beides sei ohne die Auflagen nicht möglich (Rz 92 – 94 der Verfügung).

5.4.3. Massnahmen betreffend die Unabhängigkeit von Swissgrid

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen halten die diesbezüglichen Auflagen der Vorinstanz (Rz 90 der Verfügung) für nicht erforderlich. Denn sie hätten die mit Blick auf die Unabhängigkeit von Swissgrid nötigen Vorkehren im Verlauf des Fusionskontrollverfahrens bereits selber getroffen: Swissgrid dürfe Strom weder erzeugen noch verkaufen oder damit handeln. Sie dürfe sich nicht an Unternehmen beteiligen, die solche kommerzielle Tätigkeiten ausübten. Die Mitglieder der Geschäftsleitung von Swissgrid dürften den Geschäftsleitungen der beteiligten Unternehmen nicht angehören, und den Ver-

tretern der beteiligten Unternehmen im Verwaltungsrat von Swissgrid sei es untersagt, in operative Entscheide der Geschäftsleitung des Netzbetreibers einzugreifen. All dies ergebe sich aus dem Gesellschaftszweck, dem Rahmenvertrag und dem Organisationsreglement. Die vorgenommene rechtliche und organisatorische Verselbständigung schliesse eine Einflussnahme der Gründerunternehmen auf die operativen Entscheide von Swissgrid aus. Die Auflagen zur Unabhängigkeit von Swissgrid seien daher praktisch erfüllt, mit Ausnahme der personellen Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat (Rz 48 der Beschwerde). Diese letztgenannte Auflage sei rechtswidrig und unverhältnismässig, da sie zur Erreichung des angestrebten Ziels weder geeignet noch erforderlich sei; im Gegenzug verhindere sie eine wirkungsvolle strategische Führung (vgl. sogleich aa). Ausserdem stehe sie im Widerspruch zu entsprechenden Vorschriften des europäischen Rechts (nachfolgend bb) und greife in das schweizerische Aktienrecht ein (unten cc) (Rz 85 ff. der Beschwerde).

aa) Unverhältnismässigkeit der Auflage zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat

Die Auflage sei unverhältnismässig, weil sie für eine unabhängige Führung des Netzbetreibers nicht erforderlich sei. Die unter dem Aspekt von Kollisionen mit Eigentümerinteressen problematischen Entscheide aus dem Bereich von Kapazitätsallokationen und Engpassmanagement würden im Rahmen des Tagesgeschäfts von der unabhängigen Geschäftsleitung gefasst. Eine personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat mache keinen Sinn, weil dieser nicht ins Tagesgeschäft eingreifen könne. Allfällige Interessenkonflikte könnten daher keine Wirkung entfalten. Die Auflage sei nicht geeignet, Interessenkonflikten vorzubeugen. Wenn die Aktionäre keine Personen aus ihren Organen in den Verwaltungsrat entsenden könnten, würden sie weisungsgebundene Mitarbeiter delegieren, die die Position der Aktionäre ebenfalls einbringen würden. Dass der Verwaltungsrat nichts mit den Entscheidungen des Tagesgeschäfts zu tun habe, sondern die strategische, finanzielle und personelle Oberleitung der Gesellschaft wahrnehme, gelte bereits nach allgemeinen aktienrechtlichen Prinzipien und sei im Organisationsreglement von Swissgrid ebenfalls vorgesehen. Das Zusammenschlussvorhaben könne nur in Zusammenarbeit mit den bisherigen Netzbetreibern umgesetzt werden, weshalb diese im Verwaltungsrat vertreten sein müssten. Man sei auf ihr Fachwissen angewiesen, um das Vorhaben zum Erfolg führen zu können. Die bisherigen Netzbetreiber stellten dem Unternehmen ihre Anlagen zur Verfügung und würden im Gegenzug als Aktionäre an Swissgrid beteiligt. Das Verbot, Mitglieder ihrer Organe in den Verwaltungsrat zu entsenden, stelle einen schwerwiegenden Eingriff in die Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit dar. Das Anliegen der Unabhängigkeit von Swissgrid rechtfertige die Massnahme nicht. Die Auflage schiesse über ihr Ziel hinaus, stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen der Aktionäre und sei daher unverhältnismässig (Rz 89 – 95 der Beschwerde).

bb) Widerspruch der Auflage zur europäischen Regelung

Im Widerspruch zu den europäischen Regelungen stehe die Auflage, weil diese die operative Funktion der Geschäftsleitung und die Aufsichtsfunktion des Verwaltungsrates unterscheide und nur hinsichtlich der operativen Tätigkeit eine Entflechtung vorsehe. Dieselbe Regelung hätten die Beschwerdeführerinnen für Swissgrid vorgesehen. Die Vorinstanz begründe ihre Auffassung, eine Entflechtung sei auch auf Stufe Verwaltungsrat erforderlich, in keiner Weise. Die Ausdehnung der Entflechtung auf den Verwaltungsrat sei sachlich nicht begründbar (Rz 96 – 100 der Beschwerde).

cc) Verletzung des Aktienrechts

Die Auflage verletze das Aktienrecht, weil es gemäss Artikel 698 Absatz 2 Ziffer 2 des Obligationenrechts (OR) eine unübertragbare Befugnis der Generalversammlung der Aktionäre sei, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu bestimmen. Gemäss Artikel 707 Absatz 3 des Obligationenrechts sei eine an einer Aktiengesellschaft beteiligte juristische Person ausdrücklich befugt, Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden. Die Auflage sei daher ein Eingriff in zwingende Bestimmungen des Aktienrechts. Der Wettbewerbsbehörde sei es verwehrt, mittels Verfügung geltendes Bundesrecht ausser Kraft zu setzen; solches vermöchte nur der Gesetzgeber (Rz 101 – 104 der Beschwerde).

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz argumentiert, die Anstrengungen der Unternehmen betreffend Unabhängigkeit der Swissgrid seien nicht ausreichend (Rz 20 der Vernehmlassung). Die Beschwerdeführerinnen räumten selbst ein, dass Mechanismen zur Wahrung der Unabhängigkeit erforderlich seien. Die Auflage zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates stelle eine solche Massnahme dar. Die Beschwerdeführerinnen könnten sehr wohl Personen mit dem nötigen Fachwissen entsenden; diese müssten einfach auf Einsitznahme in ein Organ eines anderen Elektrizitätsunternehmens verzichten. Angesichts der Bedeutung der Unabhängigkeit von Swissgrid für funktionierenden Wettbewerb in der Stromversorgung sei dies verhältnismässig (Rz 35 f. der Vernehmlassung).

Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte EU-Richtlinie enthalte nur die Grundvorgaben für die Mitgliedstaaten, denen es frei stehe, schärfere Vorschriften zu erlassen, wenn sie dies für die Sicherung des Wettbewerbs notwendig hielten. Die Regeln zur Entflechtung würden ausdrücklich als Mindestkriterien aufgefasst. Länderspezifische Gegebenheiten seien zu beach-

ten, und angesichts der atomistischen Struktur der schweizerischen Stromwirtschaft sei der Unabhängigkeit des Netzbetreibers ein höherer Stellenwert einzuräumen (Rz 37 der Vernehmlassung).

Die Auflage verletze das Aktienrecht nicht, denn das Recht der juristischen Personen (Art. 707 OR), Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden, werde nicht tangiert. Die Beschwerdeführerinnen könnten Vertreter entsenden, bloss nicht solche, die gleichzeitig einem Organ angehörten (Rz 38 der Vernehmlassung).

Die Auflage sei daher gesetzeskonform, verhältnismässig und notwendig.

5.4.4. Beurteilung der Auflagen/Bedingungen zur Unabhängigkeit von Swissgrid

a) Keine Begründung der Auflage betreffend Entflechtung Verwaltungsrat

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass sich die Beschwerdeführerinnen mit Massnahmen zur Vermeidung von Interessenskonflikten grundsätzlich einverstanden erklären. Sie haben ihre Bereitschaft zu solchen Massnahmen im Lauf des Verfahrens bekundet und in den Gesellschaftsdokumenten verankert.

Weiter stellt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, dass die Verfügung keinerlei Angaben dazu enthält, welches Anliegen mit der zusätzlichen Auflage betreffend Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat erreicht werden soll und inwiefern sich dieses mit den beiden Massnahmen der Beschwerdeführerinnen (Unabhängigkeit der Geschäftsleitung, kein Eingreifen des Verwaltungsrates in die operative Tätigkeit) nicht ebenfalls erreichen liesse. Die Verfügung begründet die weitergehende Massnahme nicht. Dies stellt eine Verletzung der Begründungspflicht und damit eine von Amtes wegen festzustellende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Die Auflage betreffend Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat ist daher schon aus formellen Gründen aufzuheben.

Der einzigen Angabe in der Verfügung ist zu entnehmen, die Massnahmen der beteiligten Unternehmen entsprächen den Auflagen weitgehend. Weil nicht sichergestellt sei, dass die Massnahmen tatsächlich umgesetzt und nicht nachträglich rückgängig gemacht würden, seien Auflagen dennoch erforderlich. Diese Ausführungen beziehen sich aber nur auf die Form der Massnahmen, nicht auf ihren Inhalt. Dass die Auflagen verbindlich sein sollen, rechtfertigt keine inhaltlich nicht begründeten weitergehenden Massnahmen. Die Vorinstanz hätte die von den Beschwerdeführerinnen getroffenen Massnahmen ohne weiteres als Nebenbestimmungen ihrer Verfügung

festhalten können. Im Übrigen ist den Beschwerdeführerinnen darin beizupflichten, dass sich eine Zulassung auf das Vorhaben samt den getroffenen Massnahmen bezieht; diese können daher nachträglich nicht beliebig geändert werden.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz in der Instruktion aufgefordert, eine Begründung nachzuliefern. Die Vorinstanz hat diesbezüglich auf ihre Verfügung verwiesen, der sich zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat in sachlicher Hinsicht wie ausgeführt keine Begründung entnehmen lässt. Die Frage, was mit dieser Auflage konkret erreicht werden solle, wurde mit einem Hinweis auf eine bessere Gewährleistung der Unabhängigkeit und auf die Oberleitung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat beantwortet. Die Frage, inwiefern das zusätzlich Angestrebte nicht auch mit den beiden Massnahmen der beteiligten Unternehmen erreicht werden könne, beantwortet die Vorinstanz nicht. Die Frage schliesslich, ob die Auflage verhindern solle, dass die beteiligten Unternehmen die bei Gemeinschaftsunternehmen begrifflich vorausgesetzte gemeinsame Kontrolle ausüben könnten, verneint die Vorinstanz; sie dürften die gemeinsame Kontrolle aber nicht dazu missbrauchen, ihr Verhalten auf anderen Märkten zu koordinieren (Eingabe der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 21 f.).

Aus diesen Ausführungen wird weder ersichtlich, welchem konkreten Zweck die zusätzliche Massnahmen einer Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat dienen soll, noch, inwiefern die Massnahmen der beteiligten Unternehmen dazu nicht ebenfalls ausreichend sein sollten. Zur Frage, ob die Auflage für die Unabhängigkeit geeignet und erforderlich ist, vgl. nachfolgend b). Die von der Vorinstanz offenbar befürchteten Missbräuche einer beherrschenden Stellung auf anderen Märkten sind im Rahmen der Verhaltenskontrolle (Art. 5, Art. 7 KG) zu prüfen; sie reichen zur nachträglichen Begründung der Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat nicht aus.

b) Unverhältnismässigkeit der Auflage betreffend Entflechtung Verwaltungsrat

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist die Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat für die Unabhängigkeit des Netzbetreibers weder geeignet noch erforderlich: Ungeeignet sei sie, weil auch Vertreter im Verwaltungsrat, die keinem Organ der beteiligten Unternehmen angehörten, die Position der Aktionäre einbringen würden. Nicht erforderlich sei sie, weil die Bereiche, in welchen überhaupt Interessenkollisionen auftreten könnten (Kapazitätsallokation, Engpassmanagement), im Tagesgeschäft geregelt würden, das in der Zuständigkeit der unabhängigen Geschäftsleitung liege und Eingriffen des Verwaltungsrats entzogen sei.

Die Vorinstanz bestreitet diese Auffassung in ihrer Vernehmlassung in keiner Weise. Sie führt nur aus, die Beschwerdeführerinnen würden anerkennen, dass Massnahmen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit erforderlich seien. Die Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat sei eine solche Massnahme.

Dass sich die Beschwerdeführerinnen Massnahmen zur Entflechtung nicht grundsätzlich widersetzen, heisst nicht, dass die Wettbewerbsbehörde bei weitergehenden (von den Unternehmen abgelehnten) Massnahmen die Eignung und Erforderlichkeit mit Blick auf das angestrebte Ziel nicht prüfen müsste. Das Argument der Vorinstanz, angesichts der Bedeutung der Unabhängigkeit für funktionierenden Wettbewerb im Versorgungsmarkt sei die Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat verhältnismässig, entbindet sie von dieser Prüfung ebenso wenig. Denn die Frage der Verhältnismässigkeit von Zweck und Mittel stellt sich nur, wenn Eignung und Erforderlichkeit der Massnahme zu bejahen sind. Die Vorinstanz äussert sich auch nicht zum Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn sei nicht gewahrt, weil die Massnahme die strategische Führung unnötig erschwere, ohne dass sich damit mehr erreichen liesse als mit den beiden getroffenen Massnahmen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht mit den Beschwerdeführerinnen davon aus, dass eine Einflussnahme der Aktionäre auf die in den Verwaltungsrat entsandten Vertreter auch dann möglich ist, wenn diese nicht ihren Organen angehören. Sind diese Vertreter Mitarbeiter der beteiligten Unternehmen, sind sie ohnehin an Weisungen des Arbeitgebers gebunden (*Art. 321d Abs. 2 OR, SR 220*). Sind sie als Aussenstehende aufgrund eines Mandatsverhältnisses tätig, sind sie zwar rechtlich nicht weisungsgebunden, faktisch aber sehr wohl. Denn das Mandat kann entzogen werden, wenn die Auftraggeber mit dessen Ausübung nicht einverstanden sind. Zwar geht die Treuepflicht der Verwaltungsräte gegenüber der Gesellschaft derjenigen gegenüber der delegierenden juristischen Person vor und lehnt die Lehre eine Weisungsbefugnis der delegierenden Gesellschaft teilweise ab. Das ändert aber nichts daran, dass mindestens faktisch eine Bindung an Weisungen besteht, unabhängig davon, ob der Vertreter einem Organ der delegierenden Unternehmung angehört oder nicht. Das Verbot, Vertreter in den Verwaltungsrat von Swissgrid zu entsenden, die gleichzeitig einem Organ der beteiligten Unternehmen angehören, ist daher nicht geeignet, die Unabhängigkeit von Swissgrid zu erhöhen.

Die diesbezügliche Auflage ist auch nicht erforderlich. Denn die beiden Massnahmen der Beschwerdeführerinnen (unabhängige Geschäftsleitung, kein Eingriff des Verwaltungsrates in möglicherweise heikle Fragen des Tagesgeschäfts) stellen selber sicher, dass allfällige Interessenkollisionen auf Stufe Verwaltungsrat bei der operativen Tätigkeit nicht zum Tragen kommen.

Dass der Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft innehat, ändert nichts daran, dass die Auflage weder geeignet noch erforderlich erscheint.

Ist die Auflage zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat für die Unabhängigkeit von Swissgrid weder geeignet noch erforderlich, kann sie auch nicht verhältnismässig sein. Sie ist daher auch aus materiellen Gründen aufzuheben.

c) Widerspruch der Auflage zu Bestimmungen des Aktienrechts

Die Generalversammlung der Aktionäre verfügt über die unübertragbare Befugnis, die Mitglieder des Verwaltungsrats zu bestimmen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR). Juristische Personen, die an einer Aktiengesellschaft beteiligt sind, haben das Recht, Vertreter in den Verwaltungsrat zu entsenden (Art. 707 Abs. 3 OR). Die Beschwerdeführerinnen leiten aus diesen Bestimmungen ab, die Auflage zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat sei aktienrechtswidrig. Nur der Bundesgesetzgeber könnte eine solche Einschränkung statuieren.

Die juristische Person, die Aktionärin ist, kann Vorschläge machen zur Wahl ihrer Vertreter. Die Wahl selber obliegt der Generalversammlung. Bei der Wahl des Verwaltungsrates ist die Generalversammlung insofern eingeschränkt, als Wählbarkeitsvoraussetzungen zu beachten sind (z. B. Nationalität, vgl. Art. 708 ff. OR). Sodann können statutarische Schranken der Wählbarkeit bestehen (z. B. strengere Nationalitätskriterien, fachliche Qualifikation, Unabhängigkeit, Konkurrenzverbot, Höchst- und Mindestalter, Amtszeitbeschränkung, Familienangehörigkeit, Beachtung allgemeiner Grundsätze wie Gleichbehandlung, Rechtsmissbrauch, sachliche Gründe etc.) (vgl. M. Wernli, in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Auflage, Basel-Genf-München 2002, Art. 707, Rz 30). Eine statutarische Beschränkung der Wählbarkeit im Sinne der Unabhängigkeit der Vertreter ist also zulässig und nicht aktienrechtswidrig.

Die Frage, ob die Wettbewerbsbehörde solche Beschränkungen verfügungsweise anordnen darf, wenn die Statuten sie nicht vorsehen, ist nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu verneinen, auch wenn die Bestimmungen des Obligationenrechts nicht als zwingendes Recht im Sinne der Unabänderlichkeit aufzufassen sind. Das Recht der Gesellschaften, sich Beschränkungen aufzuerlegen, ist nicht gleichbedeutend mit dem Recht einer Behörde, Beschränkungen verfügungsweise anzuordnen. Das behauptet auch die Vorinstanz nicht. Sie hat die aktienrechtlichen Bestimmungen bei Erlass ihrer Verfügung offenbar nicht berücksichtigt. In der Vernehmlassung bezieht sie sich nur auf das Recht der Beschwerdeführerinnen, Vertreter zu entsenden; dieses werde durch die Auflage nicht tan-

giert, da die Beschwerdeführerinnen Vertreter bezeichnen könnten, bloss nicht solche, die ihren Organen angehörten. Zur unübertragbaren Befugnis der Generalversammlung, den Verwaltungsrat zu bestimmen (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR), und zu den Schranken der Wählbarkeit äussert sie sich nicht.

d) Verhältnis der Auflage zu Bestimmungen der EU

Der Verfügung lässt sich wie ausgeführt nichts zur Frage entnehmen, weshalb die Wettbewerbsbehörde im Gegensatz zur EU der Auffassung ist, die Unabhängigkeit des Übertragungsnetzbetreibers bedinge auch eine personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat. Weitergehende Massnahmen müssen nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sachlich begründbar sein, auch wenn die Regelungen der EU für die Schweiz nicht verbindlich sind.

Das Argument in der Vernehmlassung, die EU-Bestimmungen seien nur Mindestkriterien, die Länder dürften aufgrund länderspezifischer Gegebenheiten weitergehende Massnahmen treffen und die Unabhängigkeit des Netzbetreibers habe aufgrund der atomistischen Struktur einen höheren Stellenwert, stellt keine sachliche Begründung für weitergehende Massnahmen dar. Dass der Stellenwert der Unabhängigkeit grösser ist, heisst nicht, dass es zu deren Herstellung weitergehender Massnahmen bedarf. Auch wenn man den Ländern die Befugnis, weitergehende Massnahmen zu treffen, nicht abspricht, heisst dies nicht, dass sie Massnahmen wählen können, die mangels Eignung und Erforderlichkeit unverhältnismässig sind.

Weshalb bei einer atomistischen Marktstruktur höhere Anforderungen an die personelle Entflechtung zu stellen wären, ist nicht ohne weiteres einzusehen. Eine atomistische Marktstruktur mit entsprechend dezentralen Entscheidungsstrukturen spricht eher für eine gegenteilige Folgerung. Die Vorinstanz hat eine entsprechende Frage der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Rahmen der Instruktion mit einem Verweis auf die schon heute bestehenden zahlreichen personellen Verflechtungen und Interessenvertretungen beantwortet; diese erschwerten Wettbewerb (Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 22). Offenbar befürchtet die Vorinstanz somit, das Vorhaben „Swissgrid“ führe zu einer Zunahme kollusiven Verhaltens. Diese Befürchtung steht jedoch im Widerspruch zur Verfügung selbst, die festhält, das Vorhaben bewirke keine nennenswerte Begünstigung von Abreden (Rz 47 der Verfügung), und angesichts bereits bestehender Verflechtungen bewirke es in den Märkten für Stromproduktion, -versorgung und -handel keine kollektiv marktbeherrschende Stellung (Rz 48 der Verfügung). Die Argumentation der Vorinstanz ist daher kaum nachvollziehbar.

Was den Verweis auf Vorschriften zur Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat im Stromversorgungsgesetz angeht, ist festzuhalten, dass dieses Gesetzgebungsprojekt noch nicht abgeschlossen ist. Dass der Gesetzgeber möglicherweise eine solche Bestimmung beschliessen wird, heisst nicht, dass die Vorinstanz befugt wäre, entsprechende Massnahme ebenfalls zu treffen, wenn sie für die Unabhängigkeit von Swissgrid weder geeignet noch erforderlich ist und in die Kompetenzen der Generalversammlung eingreift.

e) Schlussfolgerungen

Nicht nur hat die Vorinstanz die Auflage betreffend personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat nicht begründet. Die Auflage erweist sich zudem als unverhältnismässig, weil sie für einen unabhängigen Netzbetreiber weder geeignet noch erforderlich ist. Ausserdem steht sie im Widerspruch zur Befugnis der Generalversammlung, den Verwaltungsrat zu bestimmen.

Die Auflage ist daher aus formellen und materiellen Gründen aufzuheben.

5.4.5. Massnahmen betreffend die Nutzung des Übertragungsnetzes

a) Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die Beschwerdeführerinnen erachten die Netznutzungsaufgaben, die einer umfassenden Verhaltensregulierung entsprechen, für unzulässig. Das Kartellgesetz gehe bewusst von einer *ex post* Verhaltenskontrolle im Einzelfall aus. Auflagen zu einer *ex ante* Verhaltensregulierung seien bei der Zusammenschlusskontrolle nicht zulässig. Das Kartellgesetz bilde keine genügende gesetzliche Grundlage für eine prophylaktische Anordnung zeitlich unbeschränkter Verhaltenspflichten, die den Kern der unternehmerischen Tätigkeit betreffen (Rz 49 der Beschwerde).

Bei der Formulierung von Nebenbestimmungen zu einer Verfügung sei die Vorinstanz an die Gebote der pflichtgemässen Ermessensbetätigung, das Gebot der Sachlichkeit und der Verhältnismässigkeit gebunden. Auflagen müssten erstens geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, zweitens erforderlich mit Blick auf dieses Ziel, und drittens müssten der angestrebte Zweck und der Eingriff in die Rechtssphäre der Betroffenen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Auflagen dürften keine unzumutbare Belastung darstellen. Die Unternehmen seien aktiv geworden, um den mit Blick auf die bestmögliche Integration in den europäischen Strombinnenmarkt erforderlichen einheitlichen Ansprechpartner zu schaffen. Davon werde die Stromversorgung in der Schweiz unmittelbar profitieren. Ein Projekt dieser Grössenordnung könne nur schrittweise verwirklicht werden. Gesetze sähen deshalb bei solchen Vorhaben jeweils Übergangsfristen vor, um einen geordneten Übergang zu ermöglichen und um zu gewährleisten, dass bestehende Verträge eingehalten und die technischen Voraussetzungen geschaffen werden könnten. Dass die Wettbewerbsbehörde ihre Auflagen ohne Rücksicht auf die von den Parteien geplante Umsetzung ausgesprochen habe, sei rechtswidrig (Rz 57 – 59 der Beschwerde):

aa) Einseitige Änderung des Vorhabens durch *ex ante* Verhaltensregulierung ohne zeitliche Staffelung

Die Wettbewerbskommission sei nicht berechtigt, Auflagen zu erlassen, welche die Parteien zu einer Änderung des gemeldeten Vorhabens zwingen. Die beteiligten Unternehmen sähen vor, dass der Netzzugang nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung geregelt sein und nach einer Übergangsphase gestützt auf ein einheitliches Netznutzungsmodell erfolgen solle. Die betriebliche Ausgliederung des Übertragungsnetzes könne rasch bewältigt werden, die Umsetzung auf Ebene Netznutzung benötige aber Zeit. Eine zeitliche Staffelung sei unumgänglich. Die Auflage verlange dagegen von Beginn weg ein Netznutzungsmodell mit Entschädigung in Form einer einheitlichen Briefmarke (Rz 60 – 63 der Beschwerde). Der Wettbewerbskommission feh-

le die Zuständigkeit, die Unternehmen mit Auflagen zu wesentlichen Änderungen eines Vorhabens zu zwingen, wie der einschlägigen Literatur zu entnehmen sei. Auflagen dienten der Umsetzung von Zusagen der Parteien und seien in einem dialogischen Verfahren zu erarbeiten. Die Anordnung eines umfassenden Netzzugangsanspruchs stelle eine *ex ante* Verhaltensregulierung dar, die weit über das hinausgehe, was die Wettbewerbskommission im Rahmen der Verhaltenskontrolle in einem konkreten Einzelfall verfügen könnte. Die Vorinstanz habe eine generell-abstrakte Verhaltensnorm erlassen, was dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Beim Netzzugang stellten sich etliche grundsätzliche Fragen, etwa wie weit er privaten Haushalten zustehen solle. Der Netzzugang müsse aus sachlichen Gründen verweigert werden können (Kapazitätsgrenzen, Einhaltung langfristiger Verträge). Die Umgehung der Einzelfallkontrolle nach Artikel 7 des Kartellgesetzes mittels Auflagen durch die Wettbewerbsbehörde sei nicht statthaft. Dieses Anliegen verfolge die Wettbewerbsbehörde, wenn sie mit den Auflagen verhindern wolle, Missbräuche im Einzelfall prüfen zu müssen. In seiner Absolutheit umfasse der angeordnete Netzzugangsanspruch auch Export und Transit; mangels Auswirkungen auf den Schweizer Markt fehle der Vorinstanz hier jedoch eine Zuständigkeit. Dass sich Swissgrid diskriminierungsfrei zu verhalten habe, ergebe sich bereits aus Artikel 7 des Kartellgesetzes und zudem aus dem Rahmenvertrag. Die Genehmigung eines Zusammenschlusses erstreckte sich auf das gemeldete Vorhaben, das nicht beliebig geändert werden könne. Daher sei unzutreffend, dass die Vereinbarungen der Unternehmen wegen Abänderbarkeit nicht ausreichend seien (Rz 64 – 67 der Beschwerde).

bb) Unverhältnismässigkeit der Auflagen

Die Auflagen seien unsachlich und unverhältnismässig, da etwas verlangt werde, was nicht möglich sei. Nach der Betriebsübernahme durch Swissgrid seien zunächst die technischen und betrieblichen Voraussetzungen, die Nutzung des Gesamtnetzes und der Schnittstellen zu unterliegenden Verteilnetzen auf einheitlicher Basis abzuwickeln. Die volle Marktöffnung setze voraus, dass die Stromkunden messtechnische Voraussetzungen erfüllten (Installation von Geräten mit der Möglichkeit der Fernablesung). Für kleinere Kunden müssten Standardlastprofile erstellt und jahreszeitlich abgestimmt werden. Diese Vorbereitungsarbeiten benötigten mindestens zwei Jahre. Die deutsche Stromwirtschaft hätte zur Entwicklung des Netznutzungsmodells vier Jahre gebraucht. Laut den Plänen der Beschwerdeführerinnen hätte die Übertragungsregelung ab Januar 2005 auf der Basis der bestehenden Nutzungsrechte eingeführt werden sollen. Die Nutzung durch Dritte werde durch Swissgrid als Ansprechpartnerin in Zusammenarbeit mit den jeweiligen Netzeigentümern geregelt. Der Kunde oder sein Händler zahlten dem Bilanzverantwortlichen am Ausspeisepunkt eine Gebühr, welche sich nach dem Kostenrechnungsschema der betreffenden Unternehmung richte.

Für die fallweise Durchleitung würden zurzeit Grundsätze erarbeitet, die sich am Bundesgerichtsentscheid i. S. EEF – Watt/Migros orientierten. Die Netznutzung erfolge bereits in der Übergangsphase nach dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, insbesondere bezüglich Handhabung von Engpässen, wie der Rahmenvertrag festhalte. Sobald das endgültige Übertragungsnetz-nutzungsmodell in Kraft trete, werde das heutige System aufgehoben. Dann gelte das einheitliche Entschädigungsmodell mit einer Entschädigung in Form einer Briefmarke. Für Engpässe würden Auktionsmechanismen geprüft. Die Publikation von Netznutzungsgebühren und –bedingungen sei zurzeit gar nicht möglich, weil diese zuerst erarbeitet werden müssten. Vorarbeiten seien auch für die Einführung einer Kostenrechnung auf Stufe Swissgrid nötig. Die Netzaktivitäten müssten separiert und entsprechende Informatiksysteme aufgebaut werden. Die Kostenrechnung könne nicht vor 2007 erstellt werden. Die Gewährleistung des sofortigen Netzzugangs sei somit technisch und betrieblich nicht möglich, weshalb die Auflage aufzuheben oder anzupassen sei (Rz 68 – 74 der Beschwerde).

cc) Verletzung langfristiger Verträge

Die sofortige Umsetzung der Auflage verletze bestehende Langfristverträge. Der grenzüberschreitende Stromhandel habe zufolge verstärkten Wettbewerbs in der EU und unterschiedlichen Produktionskosten und –kapazitäten in den Ländern stark zugenommen und zu grossen physischen Stromtransporten durch die Schweiz geführt. Swissgrid werde im Stromhandel eine zentrale Rolle spielen (Kapazitätsallokationen an den Grenzen, Fahrplanbilanzgruppen auf dem Schweizer Netz für sämtliche Händler, Engpassmanagement gegenüber Ausland). Die bisherigen Netzbetreiber seien durch langfristige Verträge verpflichtet, welche Kapazitäten bänden. Diese Verträge müssten respektiert werden. Bei einer sofortigen Umsetzung des Netzzugangs wäre dies nicht mehr möglich, weil dieser die Kapazitätsverteilung ohne Rücksicht auf bestehende Verträge erfordere. Die europäische und die vorgesehene schweizerische Elektrizitätsmarktordnung würden den bestehenden Verpflichtungen denn auch Rechnung tragen. Die Umsetzung des Vorhabens könne daher auch aus rechtlichen Gründen nur schrittweise erfolgen. Die Vorinstanz könne die Beschwerdeführerinnen nicht zum Bruch von in guten Treuen eingegangenen Verträgen zwingen (Rz 75 – 80 der Beschwerde).

b) Vorbringen der Vorinstanz

Die Vorinstanz argumentiert, die Auflagen bezweckten eine Vereinfachung der Netznutzung durch Dritte, damit eine ausreichende Belegung des Wettbewerbs auf dem Stromversorgungsmarkt resultiere (Rz 21 der Vernehmlassung). Zu den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen äusserte sie sich wie folgt:

aa) Einseitige Änderung durch ex ante Verhaltensregulierung und ohne zeitliche Staffelung

Betreffend ihres Rechts, Auflagen zur Änderung eines Vorhabens aufzuerlegen, verweist die Vorinstanz auf das Kartellgesetz, das Auflagen ausdrücklich vorsehe. Die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerinnen, nach welcher Auflagen nur freiwillige Selbstverpflichtungen darstellten, die nachträglich in eine Verfügung aufgenommen würden, sei unzutreffend. Diese Auffassung würde Auflagen ausschliessen, die zu erlassen seien, weil das öffentliche Interesse an einem verbleibenden Wettbewerb die Interessen der Zusammenschlussparteien überwögen. Das könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Der Verweis der Beschwerdeführerinnen auf Artikel 37 Absatz 2 des Kartellgesetzes gehe fehl, weil Absatz 4 dieser Bestimmung die Wettbewerbsbehörde ermächtigte, andere geeignete Massnahmen zu verfügen, wenn die Vorschläge der Unternehmen nicht gebilligt werden könnten. So habe es sich auch vorliegend verhalten. Eine Schlechterstellung gegenüber Unternehmen, die die Meldepflicht verletzen würden, ergebe sich daher nicht (Rz 23 – 25 der Vernehmlassung).

bb) Unverhältnismässigkeit der Auflagen

Die Vorinstanz argumentiert, Auflagen zielten darauf, negative Auswirkungen eines Zusammenschlusses zu korrigieren. Sie habe erläutert, weshalb die Auflagen für eine überwiegende Verbesserung notwendig seien. Ohne diese Auflagen hätte das Vorhaben nicht zugelassen werden können. Die Beschwerdeführerinnen wollten die Nutzung des Übertragungsnetzes auf unbestimmte Zeit nur fallweise unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentums- und Transportrechte gewähren. Der Zeitpunkt der diskriminierungsfreien Durchleitung nach einheitlichen Grundsätzen bliebe so dem freien Ermessen der Unternehmen überlassen, ohne dass für den unbefristeten Aufschub Gründe genannt würden. Dass der sofortige Netzzugang aus technischen Gründen noch nicht möglich sei, sei eine reine Schutzbehauptung. Wenn der Zugang aus technischen Gründen nicht möglich wäre, könnte er auch im Einzelfall nicht gewährt werden. Im Fall von Verbrauchern, die über die nötigen Installationen verfügten, könne man nicht argumentieren, der Zugang sei wegen fehlender Installationen technisch ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht konkretisiert, inwiefern Installationen und Lastprofile heute fehlten. Das Bundesgericht habe seinen Entscheid, in

dem die Verweigerung der Stromdurchleitung als unzulässige Verhaltensweise qualifiziert worden sei, im Juni 2003 gefällt. Hätten die Beschwerdeführerinnen mit den Vorbereitungsarbeiten für Kostenrechnungen und Tarife damals begonnen, wären sie nun abgeschlossen. Sie seien für das Versäumnis selber verantwortlich und könnten daraus keine Vorteile zu ihren Gunsten ableiten. Dass die Kostenrechnung erst 2007 eingeführt werden könne, sei nicht glaubwürdig, weil die Beschwerdeführerinnen bei Inkrafttreten der Revision des Elektrizitätsgesetzes per 2006 ebenfalls verpflichtet wären, eine Kostenrechnung zu führen (Rz 26 – 33 der Vernehmlassung).

cc) Verletzung langfristiger Verträge

Nach Auffassung der Vorinstanz trifft nicht zu, dass sie von den Beschwerdeführerinnen die Verletzung langfristiger Verträge verlange. Gefordert werde nur, dass Dritten zu denselben Bedingungen Zugang gewährt werde wie den Vertragspartnern der beteiligten Unternehmen. Dies bedinge weder Bruch noch Anpassung bestehender Verträge (Rz 34 der Vernehmlassung).

5.4.6. Beurteilung der Auflagen/Bedingungen zur Netznutzung

a) Etappenweises Vorgehen

Die am Vorhaben Swissgrid beteiligten Unternehmen haben einen Aufbau des einheitlichen Netzbetreibers in zwei Phasen vorgesehen. Zunächst wird vor allem die Integration der schweizerischen Stromwirtschaft in den europäischen Handelsmarkt angestrebt, dann sollen die Marktöffnung und der Netzzugang umgesetzt werden. In der Übergangsphase bleiben die Verhältnisse auf Stufe Übertragung an sich unverändert (Netznutzung durch die Eigentümerinnen); Durchleitungen werden auf der Basis der Kostenrechnungen der bisherigen Netzbetreiber im Einzelfall geregelt. Im Zielzustand wird der Netznutzungsanspruch nach Gleichbehandlungsprinzipien und zu einheitlichen Entschädigungen realisiert.

Die beteiligten Unternehmen bestimmen die Dauer des Übergangszustandes nicht. Wird das Stromversorgungsgesetz angenommen, bestimmt dieses, wann der Zielzustand eintritt. Andernfalls ist offen, wie lange der Übergangszustand dauern soll.

Die Beschwerdeführerinnen führen überzeugend aus, weshalb die Realisierung des Zielzustandes schrittweise erfolgen muss (v.a. Erarbeitung der Kostenrechnungen, der Tarifierung und Netznutzungsbedingungen, Aufbau der Informatiksysteme, Wahrung der Ansprüche aus bestehenden langfristigen Vertragsverhältnissen, Erstellung von Standardlastprofilen, falls der

Netznutzungsanspruch auch privaten Haushalten offen stehen soll [was sich nicht ausschliessen lässt; die Verfügung lässt offen, wer die Dritten sind, denen der Anspruch zustehen soll]).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Vorinstanz nicht bestreitet, dass diese Arbeiten Zeit brauchen. Ihr Argument, die Beschwerdeführerinnen hätten diese Arbeiten sofort nach dem Bundesgerichtsentscheid an die Hand nehmen können, die zeitlichen Probleme seien daher selbst verschuldet, geht aus zwei Gründen fehl: Erstens verpflichtet der Bundesgerichtsentscheid die Beschwerdeführerinnen in keiner Weise, Kostenrechnungen und Tarife für den Übertragungsnetzbetrieb zu erstellen; er stellt im Rahmen der Einzelfallprüfung ausschliesslich fest, dass sich EEF als Verteilnetzbetreiber gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes unzulässig verhält, wenn sie die Stromdurchleitung über ihr Verteilnetz verweigert. Von einer selbstverschuldeten Säumnis kann daher keine Rede sein. Zweitens ändert die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen diese Arbeiten noch nicht erledigt haben, nichts daran, dass dafür Zeit gebraucht wird. Eine Übergangsfrist ist darum erforderlich. Dass es möglicherweise Stromkunden gibt, die die Voraussetzungen für eine sofortige Netznutzung bereits heute erfüllen (Geräte mit Fernablesung), so dass diesbezüglich keine technischen Hindernisse bestehen, ändert daran nichts. Das weitere Argument der Vorinstanz, die sofortige Netznutzung sei auch deshalb möglich, weil sonst auch Durchleitungen im Einzelfall nicht möglich wären, geht insofern fehl, als solche Durchleitungen in der Übergangsphase nach den Kostenrechnungen der diversen bisherigen Netzbetreiber abgewickelt werden, nicht nach dem zu schaffenden einheitlichen Nutzungstarif; es ändert an der Notwendigkeit einer Übergangsfrist ebenfalls nichts.

Die Vorinstanz hätte den Beschwerdeführerinnen daher für die Massnahmen zur Netznutzung eine angemessene Übergangsfrist einräumen müssen. Hätte sie mit ihnen das Gespräch gesucht, hätte sie spätestens bei dieser Gelegenheit realisiert, dass sie etwas anzuordnen im Begriff ist, was sich nicht machen lässt. Ist die sofortige Umsetzung nicht möglich, kann die Auflage schon deshalb nicht verhältnismässig sein.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz im Rahmen der Instruktion gefragt, ob sie in Betracht gezogen habe, sich mit den Unternehmen auf eine konkrete Übergangsfrist zu verständigen. Die Vorinstanz verneint diese Frage; sie gehe davon aus, dass die Auflagen technisch umsetzbar und zudem notwendig seien, um die negativen Auswirkungen des Vorhabens zu korrigieren (Eingabe vom 27. Januar 2006, S. 21). Diese Ausführungen ändern an der Schlussfolgerung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nichts. Die Erarbeitung der erforderlichen Grundlagen braucht auch dann Zeit, wenn der Realisierung der Auflagen insofern keine

technischen Hindernisse entgegenstehen, als bestimmte Endverbraucher über die nötigen Geräte verfügen.

b) Einseitige Änderung

Die Verpflichtung zu einer sofortigen Realisierung des Zielzustandes stellt eine wesentliche Änderung des von den Beschwerdeführerinnen geplanten Vorhabens und damit einen behördlichen Eingriff in die unternehmerische Tätigkeit und Verantwortung dar. Eine solche Befugnis fehlt der Vorinstanz. Sie ist gehalten, allfällige Massnahmen gemeinsam mit den Beteiligten auszuarbeiten (vgl. Erwägung 4.1., 4.3., 5.3.2. c und d).

Das Argument der Vorinstanz, diese Rechtsauffassung könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, weil sonst Auflagen im überwiegenden öffentlichen Interesse am Wettbewerb ausgeschlossen wären, ist nicht begründet. Erstens enthält die Verfügung keinerlei Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen. Für den vorliegenden Fall lässt sich aus diesem Argument daher nichts ableiten. Zweitens behaupten die Beschwerdeführerinnen nicht, nur freiwillige Selbstverpflichtungen könnten Gegenstand von Auflagen sein. Sie beanspruchen, dass Auflagen gemeinsam und unter Berücksichtigung dessen erarbeitet werden, was möglich ist und mit der Rechtsordnung im Einklang steht. Im Gespräch werden normalerweise auch Zugeständnisse gemacht, die eine Seite nicht freiwillig von sich aus anbietet. Lässt sich das Erforderliche nicht aushandeln, ist das Vorhaben zu untersagen. Überwiegende öffentliche Interessen lassen sich mit dieser (nur ausnahmsweise zu treffenden) Lösung immer wahren. Das von der Vorinstanz genannte Anliegen setzt nicht voraus, dass sie den Zusammenschlussparteien ohne Konsultation einseitig Änderungen aufzwingt.

c) Ex ante Verhaltensregulierung

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ermächtigt das Kartellgesetz sie, gegen möglicherweise wettbewerbsbeseitigende Zusammenschlüsse einzuschreiten. Daraus ist aber nicht zu schliessen, dass das Kartellgesetz jede beliebige Massnahme zulässt.

Die Vorinstanz leitet aus dem Umstand, dass das Stromversorgungsgesetz die Marktöffnung herbeiführen und dass der Gesetzgeber zu diesem Zweck diejenigen Rechtsnormen erlassen wolle, die er mit Blick auf dieses Ziel für notwendig hält, offenbar ab, sie sei bei der Strukturkontrolle befugt, für die Zwischenzeit bis zur Marktöffnung oder bis zur Umsetzung des Projektes durch die Beschwerdeführerinnen gewissermassen an die Stelle des Ge-

setzgebers zu treten und einen Teil der geplanten, aber noch nicht bereinigten und beschlossenen Normen mittels Verfügung anzuordnen.

Diese Auffassung ist zunächst unzutreffend, weil sie den Grundsatz der Gewaltenteilung ausser Acht lässt. Rechtssetzende und rechtsanwendende Tätigkeit sind zu unterscheiden. Der Erlass generell-abstrakter Normen ist Sache des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Vorinstanz liegt in der Anwendung des Kartellgesetzes im Einzelfall. Dass der Gesetzgeber voraussichtlich gewisse Normen zur Regulierung des Übertragungsnetzes erlassen wird, verleiht einer verfügungsweisen Anordnung eines Teils dieser (noch nicht definitiven) Vorschriften durch die Wettbewerbsbehörde keine höhere Legitimität.

Das Übertragungsnetz stellt eines der wenigen echten natürlichen Monopole dar. Im Gegensatz zu anderen netzgebundenen Industrien, beispielsweise der Telekommunikation, die sich durch Wettbewerb auf verschiedenen Plattformen auszeichnet, kann es in der Elektrizitätswirtschaft keinen Wettbewerb auf unterschiedlichen Infrastrukturen geben. Das ergibt sich auch aus den Ausführungen der Vorinstanz zum potenziellen Wettbewerb. Die Öffnung des Elektrizitätsmarktes setzt daher eine sektorspezifische Regulierung zwingend voraus. Diese zu erlassen ist nicht Aufgabe der Wettbewerbskommission, sondern des Gesetzgebers und der künftigen Regulierungsbehörde, und zwar nicht zuletzt darum, weil das kantonale Recht teilweise öffentlich-rechtliche Vorschriften enthält, die der Stromdurchleitung im Einzelfall entgegenstehen und der Wettbewerbsbehörde eine partielle Marktöffnung wegen vorbehaltenen Vorschriften (Art. 3 KG) verwehren können.

Die Auffassung, die Wettbewerbskommission sei befugt, anstelle des Gesetzgebers regulierend tätig zu werden, ist weiter unzutreffend, weil sie den Grenzen von Struktur- und Verhaltenskontrolle nicht Rechnung trägt. Im Rahmen der Verhaltenskontrolle kann die Vorinstanz eine konkrete Verhaltensweise beurteilen und gegebenenfalls für *unzulässig erklären*, wenn nötig mit Hinweisen auf zulässige Alternativen. Dies kann im Elektrizitätsbereich zu einer partiellen Marktöffnung führen, wie sie im Fall EEF – Watt/Migros eingeleitet worden ist. Den Unternehmen *generell vorschreiben*, wie sie ihre Tätigkeit auszuüben haben, kann die Vorinstanz bei der Verhaltenskontrolle dagegen nicht.

Im Rahmen der Strukturkontrolle kann die Wettbewerbsbehörde nicht mehr bewirken als bei der Verhaltenskontrolle und quasi mittels Auflagen oder Bedingungen eine generelle Marktöffnung veranlassen. Es ist nicht anzunehmen, dass das Kartellgesetz bei der Strukturkontrolle eine Verhaltensregulierung bezweckt, die die Möglichkeiten der Verhaltenskontrolle überschreitet. Erstens sind Massnahmen hier nur für den Fall der möglichen Wettbewerbsbeseitigung vorgesehen, während die Verhaltenskontrolle ein Einschreiten schon bei Wettbewerbsbeschränkungen ermöglicht. Die Eingriffsschwelle ist

bei der Strukturkontrolle höher, der Handlungsrahmen entsprechend beschränkt. Zweitens geht es bei der Fusionskontrolle um strukturelle Auswirkungen eines Vorhabens. Zwar ist eine allgemeine, von konkreten Einzelfällen losgelöste Prognose über die künftigen Auswirkungen des Vorhabens zu stellen. Das heisst aber nicht, dass das Kartellgesetz der Wettbewerbsbehörde gleich auch eine weitergehende Befugnis zur Regelung künftigen Verhaltens verleiht, die im Rahmen der Verhaltenskontrolle nicht existieren würde. Aus der Tatsache, dass die Wettbewerbsbehörde *strukturellen* Problemen auch mit *Verhaltensauflagen* begegnen kann, folgt nicht, dass Verhaltensauflagen im Rahmen der Strukturkontrolle auch allfälliges *künftiges Verhalten* regeln dürfen (vgl. z. B. Ducrey/Drolshammer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, a. a. O., Art. 10, Rz 54 und Fussnote 64, mit weiteren Hinweisen). Was bei der Verhaltenskontrolle aufgegriffen werden kann, braucht nicht bereits bei der Strukturkontrolle erfasst zu werden.

Aus diesen Gründen kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die Vorinstanz ihre gesetzlichen Befugnisse mit den Auflagen zur Netznutzung überschritten hat. Sie stellt im Übrigen fest, dass die Vorinstanz die Argumente der Beschwerdeführerinnen zur Unzulässigkeit einer *ex ante* Verhaltensregulierung bei der Strukturkontrolle in ihrer Vernehmlassung nicht bestreitet.

Die Auflagen der Vorinstanz zur Netznutzung zielen darauf, einen heute in aller Regel nicht stattfindenden Wettbewerb bei der Stromversorgung zu schaffen. Die Zusammenschlusskontrolle ist aber kein Instrument zur Durchsetzung einer heute weitestgehend nicht existierenden Wettbewerbsordnung im Elektrizitätsbereich.

Die von der Vorinstanz verfügte Pflicht von Swissgrid, Dritten Netzzugang zu gewähren, ist ohnehin nur sehr beschränkt geeignet, Wettbewerb bei der Stromversorgung zu bewirken. Dazu bedürfte es in den meisten Fällen auch eines Anspruchs auf Stromdurchleitung durch die Verteilnetze (vgl. die Eingaben der Vorinstanz vom 27. Januar 2006, S. 22, S. 24 f., und der Beschwerdeführerinnen vom 8. Februar 2006, S. 21, S. 22). Dieser muss einstweilen im Einzelfall durchgesetzt werden (Verhaltenskontrolle). Dem können öffentlich-rechtliche Bestimmungen entgegenstehen, deren Beseitigung den gesetzgeberischen Behörden von Bund und Kantonen vorbehalten ist. Solche Bestimmungen kann die Wettbewerbsbehörde auch bei der Strukturkontrolle nicht dadurch ausser Kraft setzen, dass sie ohne jegliche Differenzierung einen Anspruch Dritter auf Nutzung des Übertragungsnetzes verfügt.

Die Vorinstanz hat nicht geklärt, ob hinsichtlich des Übertragungsnetzes oder der Verteilnetze vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (Art. 3 Abs. 1 KG) bestehen, da sich die Beschwerdeführerinnen nicht auf solche

berufen hätten (vgl. Erwägung 3.). In ihrer Eingabe vom 27. Januar 2006 (S. 24) stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die Hypothese, hinsichtlich des Übertragungsnetzes existierten vorbehaltene Vorschriften, sei inkorrekt. Die Beschwerdeführerinnen widersprechen dem nicht. Dass hinsichtlich des Verteilnetzes teilweise öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, bestreitet die Vorinstanz nicht. Darin dürfte der Grund zu erblicken sein, dass sie den Anspruch auf Nutzung des Übertragungsnetzes nachträglich praktisch auf Marktteilnehmer mit einem Direktanschluss an dieses Netz beschränkt, welche nicht Nachfrager nach Verteilungsdienstleistungen sind, oder die bereits einen Durchleitungsanspruch durch ein Verteilnetz haben. Eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei der Stromversorgung trete in diesem Sinn auch ohne einen Anspruch auf generelle diskriminierungsfreie Durchleitung durch die Verteilnetze ein. Entsprechende Differenzierungen sind der Verfügung jedoch nicht zu entnehmen. Sie stehen auch nicht im Einklang mit der Darstellung, nach welcher es um Alternativen der (ab tieferen Netzebenen belieferten) Elektrizitäts- und Industriewerke bei Stromversorgung und Stromübertragung gehe. Die angefochtene Verfügung genügt somit auch den Anforderungen an die Bestimmtheit einer behördlichen Anordnung nicht.

d) Unbedingter Netzzugangsanspruch

Die Auflagen zur Netznutzung sollen die Möglichkeit einschränken, Stromdurchleitungen zu behindern. Die Vorinstanz geht also offenbar davon aus, die Verweigerung der Stromdurchleitung durch das Übertragungsnetz sei grundsätzlich unzulässig. Es steht aber heute weder fest, dass ein genereller Anspruch auf Stromdurchleitung durch die Verteilnetze besteht, noch, dass im Einzelfall ein Anspruch auf Durchleitung durch das Übertragungsnetz (oder auf einen Direktanschluss an dieses) existiert. Der Bundesgerichtsentscheid i. S. EEF – Watt/Migros bezieht sich nicht auf das Übertragungsnetz. Selbst wenn man – in Übertragung dieses Entscheides auf das Höchstspannungsnetz – davon ausgehen würde, eine Weigerung sei grundsätzlich eine unzulässige Verhaltensweise, kann sie sich im Einzelfall als sachlich gerechtfertigt erweisen (z. B. bei ausgeschöpften Kapazitäten). Ob eine Weigerung einen Verstoss gegen das Kartellgesetz darstellt, kann daher nicht generell gesagt werden, sondern ist in einem entsprechenden Verfahren zu klären.

Mit der Auflage, Dritten Netzzugang zu gewähren, will die Vorinstanz bewirken, dass ein möglicher Anspruch auf Stromdurchleitung nicht in jedem Einzelfall überprüft werden muss. Da wie gesagt nicht zum vornherein feststeht, ob ein solcher Anspruch besteht oder ob eine Verweigerung im Einzelfall sachlich gerechtfertigt ist, lässt sich dieses Ziel nicht erreichen.

Dasselbe gilt für die Auflagen betreffend Kostenrechnungen und Publikation von Tarif und Bedingungen, mit welchen die Vorinstanz eine effiziente Überprüfung der Tarife auf Angemessenheit anstrebt. Eine solche Überprüfung der Tarife ist mangels klaren Vorgaben für die Kostenrechnungen einstweilen nur möglich, wenn man die Kostenrechnungen als unantastbar auffasst. Nach welchen Gesichtspunkten eine Kostenrechnung zu erstellen ist, muss definiert werden (vgl. diesbezüglich beispielsweise die Verordnung zum Elektrizitätsmarktgesetz, abgedruckt bei E. F. J. Wilms, Schweizer Strommarkt im Umbruch, Bern 2001, S. 111 ff.). Je nach den Vorgaben lassen sich unterschiedliche Tarife begründen. Entsprechende Konkretisierungen sind daher notwendig. Sie zu formulieren ist wiederum Gegenstand der zu erlassenden sektorspezifischen Regulierung. Zu regeln ist beispielsweise, welche Kosten überhaupt in die Rechnung einfließen dürfen, zu welchen Preisen die Anlagen einzusetzen sind (Opportunitätskostenprinzip/Wiederbeschaffungswert), welche Abschreibungen zulässig sind, von welcher marktüblichen Zusammensetzung von Eigen- und Fremdkapital auszugehen ist und wie eine risikogerechte Verzinsung des eingesetzten Kapitals auszuweisen hat (*weighted averaged capital costs*) und in welchem Ausmass sich die Tarife im Lauf der Zeit verändern dürfen (z. B. *price capping*, nach welchem Rezept Anpassungen die Formel „Teuerung minus zu bestimmende und zugemutete Produktivitätssteigerung“ respektieren müssen). Ohne solche Vorgaben ermöglicht eine Kostenrechnung keine effiziente Überprüfung eines Tarifs auf Angemessenheit.

Die Auflagen, die eine Vermeidung der Einzelfallkontrolle in weiteren kartellrechtlichen Verfahren und eine effiziente Überprüfung der Angemessenheit der Tarife bezwecken (vgl. Rz 89 der Verfügung a.E.), sind daher nicht geeignet, ihr Ziel (Beschränkung der Möglichkeit, Stromdurchleitungen zu behindern) zu erreichen. Um eine Klärung des Durchleitungsanspruchs und der Angemessenheit der Tarife im Einzelfall kommt man nicht herum, solange die Strommärkte nicht generell geöffnet und die Modalitäten der Durchleitung nicht geklärt sind, und solange keine Tarifierungsvorgaben existieren. Künftige kartellrechtliche Verfahren lassen sich auf diese Weise nicht vermeiden, und eine effiziente Angemessenheitsprüfung, die ihren Namen verdient, ist so nicht möglich. Dass die Vorinstanz eventuell weitere Verfahren wird führen müssen, rechtfertigt es nicht, im Rahmen der Strukturkontrolle solche Auflagen zu verfügen.

Mit dem Anliegen, sich künftige Arbeit zu ersparen oder zu erleichtern, verfolgt die Vorinstanz einen sachfremden Zweck, der mit dem Vorhaben nichts zu tun hat. Nebenbestimmungen dürfen keinem anderen Zweck dienen als dem, der mit der Verweigerung einer Bewilligung erreicht worden wäre (Häfelin/Müller, a. a. O., Rz 921).

Wenn eine Zulassung unter Auflagen oder Bedingungen eine im Verhältnis zur Untersagung mildere Massnahme sein soll, soll nichts angeordnet werden, was sich mit einer Untersagung des Vorhabens nicht erreichen liesse. Würde das Vorhaben „Swissgrid“ wegen seiner Wettbewerbswirkungen untersagt, würde dies nicht zu einer sofortigen umfassenden Marktöffnung führen. Diese müsste – unter Respektierung der bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften – aufgrund kartellrechtlicher Einzelfallbeurteilungen oder aber auf dem Weg der Gesetzgebung (Stromversorgungsgesetz) erfolgen. Ebenso verhält es sich, wenn die beteiligten Unternehmen den Betrieb des Übertragungsnetzes einem einheitlichen Netzbetreiber übertragen.

Die Rügen der Beschwerdeführerinnen (Umgehung der Einzelfallkontrolle mittels Auflagen bei der Strukturkontrolle) sind daher begründet. Die Vorinstanz hat sich dazu in der Vernehmlassung übrigens nicht geäussert.

e) Wahrung langfristiger Verträge

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist der Auffassung, dass eine Netznutzung Dritter im Rahmen der freiwerdenden Kapazitäten zu regeln ist (*pacta sunt servanda*). Daher anerkennen europäische Regeln, dass Verträge, die vor der Inkraftsetzung der Richtlinien abgeschlossen wurden, Vorrang haben. Die Vorinstanz argumentiert, sie verlange nur, dass Dritte zu denselben Bedingungen Netzzugang haben müssten wie die Eigner; daraus ergebe sich keine Verletzung langfristiger Verträge. Diese Aussage geht nicht auf die Probleme ein, die sich beim diskriminierungsfreien Netzzugang stellen. Sind die Kapazitäten ausgelastet, können weitere Nutzer nicht gleichen Zugang haben.

f) Auflagen, weil Zusagen abänderbar

Sofern sich das Argument, Auflagen der Wettbewerbsbehörde seien erforderlich, weil weitgehend gleich lautende Massnahmen der Beschwerdeführerinnen nur eine Absichtserklärung darstellten und nicht sichergestellt sei, dass sie tatsächlich umgesetzt und nicht nachträglich rückgängig gemacht würden (Rz 94 der Verfügung), auch auf die Auflagen zur Netznutzung beziehen sollten, kann auf die Ausführungen in Erwägung 5.4.4. a) verwiesen werden.

g) Schlussfolgerung

Die Auflagen zur Netznutzung sind nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen unzulässig. Dies ergibt sich zunächst aus der fehlen-

den Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde zu einer umfassenden *ex ante* Verhaltensregulierung und zu einer einseitigen Anordnung von Massnahmen, die in die unternehmerische Verantwortung eingreifen. Es ergibt sich aber auch daraus, dass die angeordneten Massnahmen zur Erreichung des angestrebten Ziels nicht geeignet sind. Unabhängig davon hätte sich die Vorinstanz mindestens mit den beteiligten Unternehmen über eine Übergangsfrist verständigen müssen.

Die Auflagen zur Netznutzung wären deshalb auch dann aufzuheben, wenn das Vorhaben wirksamen Wettbewerb beseitigen würde und wenn keine überwiegenden Verbesserungen existieren würden, wenn die Eingriffsvoraussetzungen also erfüllt wären.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Vorinstanz das vorliegende Strukturkontrollverfahren instrumentalisiert, um die Verhältnisse auf dem Stromversorgungsmarkt entsprechend ihren wettbewerblichen Zielvorstellungen zu gestalten, die sie sonst nicht ohne weiteres oder nur nach und nach durch Untersuchungen im Einzelfall realisieren könnte. Das steht im Widerspruch zur Literatur, nach welcher die Wettbewerbsbehörde ihre Kompetenz, bei der Genehmigung von Zusammenschlüssen Bedingungen und Auflagen festzusetzen, nicht dazu missbrauchen darf, ihre wirtschaftspolitischen Vorstellungen durchzusetzen (Scherrer, a. a. O., S. 160; M. Heidenhain, Zusagenpraxis in der EG-Fusionskontrolle, EuZW 1994, S. 137 ff).

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen legt Wert auf die Feststellung, dass ihre Überlegungen weder eine Äusserung gegen Wettbewerb auf den Stromversorgungsmärkten beinhalten noch als Freibrief für allfällige Diskriminierungen beim Netzzugang zu interpretieren sind.

5.4.7. Weitere Argumente der Parteien

Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde, allfällige Auflagen oder Bedingungen, mit denen sie nicht einverstanden seien, seien zu befristen und beim Inkrafttreten des Stromversorgungs- oder des Elektrizitätsgesetzes aufzuheben. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verzichtet auf eine einlässliche Prüfung dieser weiteren Argumente und der diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz, nachdem feststeht, dass die Voraussetzungen zum Erlass von Bedingungen und Auflagen nicht erfüllt sind und die von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten Massnahmen der Rechtskontrolle nicht standhalten.

5.5. Schlussfolgerungen aus der materiellen Beurteilung

Aus den vorangehenden Überlegungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung nicht haltbar ist.

Die Beschwerdeführerinnen stellen implizit das Hauptbegehren, das Zusammenschlussvorhaben sei ohne Auflagen oder Bedingungen zuzulassen. Dies ergibt sich aus der Begründung der Beschwerde, konkret aus den Argumenten zu den Auswirkungen des Vorhabens auf den Übertragungsmarkt, zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten und zur Unzulässigkeit der Auflagen betreffend personelle Entflechtung auf Stufe Verwaltungsrat der Swissgrid und betreffend Netznutzung. Das Hauptbegehren bezieht sich nicht

- auf die Auflagen betreffend Entflechtung der Tätigkeiten von Swissgrid und beteiligten Unternehmen,
- auf die personelle Entflechtung auf Stufe Geschäftsleitung der Swissgrid,
- auf die Unzulässigkeit der Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern der Swissgrid auf das operative Geschäft.

Diese Massnahmen bilden zufolge Realisierung in den Dokumenten der Beschwerdeführerinnen heute integrierenden Bestandteil des beurteilten Zusammenschlussvorhabens.

Im ausdrücklich gestellten Rechtsbegehren beschränken sich die Beschwerdeführerinnen darauf, eine Abänderung der verfügbaren Auflagen oder Bedingungen zu beantragen. Hinsichtlich des an Swissgrid gerichteten Verbots, Elektrizität zu erzeugen, zu vertreiben und zu handeln oder Verteilungseinrichtungen zu betreiben oder zu eignen, sowie des Verbots, Beteiligungen an Gesellschaften

zu halten, die solche Tätigkeiten ausüben, beantragen die Beschwerdeführerinnen keine Änderungen. Im Übrigen verlangen sie Folgendes:

- Netznutzung Dritter im Rahmen der verfügbaren Kapazitäten und bestehenden Verträge, bis zur Einführung des Netznutzungsmodells einzelfallweise zu gewähren unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentums- und Transportrechte;
- Erstellung der Kostenrechnungen für die Tätigkeit ab 2007;
- Publikation der Netznutzungstarife und –bedingungen ab Einführung des einheitlichen Netznutzungsmodells mit distanzunabhängiger Entschädigung;
- Verbot leitender Funktionen in anderen Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft für Mitglieder der operativen Geschäftsleitung von Swissgrid und Verbot des Einbezugs der Verwaltungsratsmitglieder von Swissgrid in Entscheidungen zum operativen Betrieb;
- Befristung aller Auflagen bis Ende Juni 2010, mit der Möglichkeit einer Verlängerung um maximal fünf Jahre;
- Dahinfallen sämtlicher Auflagen mit Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes, welches die Tätigkeit von Swissgrid spezialgesetzlich normiert.

Diese Anträge gehen weniger weit als das Hauptbegehren. Sie sind daher als Eventualbegehren zu qualifizieren.

Die Neubeurteilung durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen führt zum Schluss, dass das Zusammenschlussvorhaben wirksamen Wettbewerb im Stromübertragungsmarkt nicht beseitigt. Das Vorhaben ist daher ohne Auflagen und Bedingungen zuzulassen. Das führt zu einer Gutheissung der Beschwerde (Hauptbegehren).

6. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegen die Beschwerdeführerinnen in der Hauptsache, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Hingegen sind sie im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen als unterliegend zu betrachten, weshalb ihnen für die Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 12. Mai 2005 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. ... verrechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [Kostenverordnung], SR 172.041.0).

Auf die Kosten der Vertretung oder Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 der Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 der Kostenverordnung hat die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, der Beschwerdeinstanz vor ihrem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie diese nicht rechtzeitig ein, setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest.

Mit Kostennote vom 17. Februar 2006 beziffert der Vertreter der Beschwerdeführerinnen die Anwaltskosten auf Fr. ... (einschliesslich Auslagen und Mehrwertsteuer), unter Verweis auf die Neuigkeit der Materie und den hohen mit der Beschwerdeführung verbundenen Zeitaufwand.

Das Honorar richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des im Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 des Tarifs). Der danach in der Regel zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar des Vertreters vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 der Kostenverordnung). Lässt sich der Streitwert nicht ziffernmässig bestimmen, ist die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache (einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache), ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands des Anwalts zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 214 E. 4b und 5).

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist in der Regel keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht hinsichtlich der Bemessung des Honorars Folgendes in Betracht: Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdeführerinnen von grundlegender wirtschaftlicher Bedeutung ist. Ferner waren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eingehende Abklärungen notwendig.

Die eingereichte Kostennote listet unter Angabe der Daten nebst Benennung der Auslagen (ohne Beträge) zwar die einzelnen Tätigkeiten auf, enthält zum diesbezüglichen Zeitaufwand und den Honoraransätzen der verschiedenen mit der Sache befassten Rechtsbeistände und ihrer Mitarbeiter aber keine Angaben. Da sich somit weder die Stundenansätze noch der Zeitaufwand überprüfen lassen, mangelt es an einer detaillierten Kostennote im Sinn der Kostenverordnung. In Bezug auf vergleichbar schwierige Fälle erweist sich die Forderung von Fr. ... als klar zu hoch. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass den Beschwerdeführerinnen für das

mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, das rechtskräftig abgewiesen wurde, keine Parteientschädigung zusteht.

Die Parteientschädigung wird auf Fr.- festgelegt, wobei mit dieser Summe nebst dem Honorar (inkl. Mehrwertsteuer) auch die übrigen Aufwendungen abgegolten sind.

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde (Hauptbegehren) wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die Ziffern 1 bis 3 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 werden aufgehoben. Das Zusammenschlussvorhaben „Swissgrid“ gemäss Meldung vom 29. November 2004 und Ergänzungen vom 16. Februar 2005 hinsichtlich Entflechtung der unternehmerischen Tätigkeiten, der Zusammensetzung der Geschäftsleitung und der Unzulässigkeit von Eingriffen des Verwaltungsrates in das operative Geschäft wird ohne Auflagen oder Bedingungen zugelassen.

2. *Verfahrenskosten*

3. *Parteientschädigung*

4. *Rechtsmittelbelehrung*

5. *Eröffnung*

REKURSKOMMISSION
FÜR WETTBEWERBSFRAGEN

Der Präsident

Die juristische Sekretärin

H. Urech

B. Aebi