Urteilskopf

130 II 449

39. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. W. SA gegen Preisüberwacher sowie Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.306/2003 vom 14. Juni 2004

Regeste (de):
Art. 2, 10, 12 und 13 PüG; Preisüberwachung, Herabsetzung missbräuchlich hoher Abonnementspreise für die Verbreitung von Radio- und Fernsehprogrammen über Kabelnetz.

Kognition der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bei der Überprüfung von Entscheiden des Preisüberwachers. Als Fachkommission auferlegt sie sich keine Zurückhaltung hinsichtlich fachspezifischer Fragen; Bedeutung des dem Preisüberwacher eingeräumten grossen Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraums (E. 4).

Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Der Kabelempfang für Radio und Fernsehen stellt, auch im Verhältnis zum Satellitenempfang, bei den heutigen Verhältnissen einen eigenen Markt dar. Die Beschwerdeführerin ist in ihrem Versorgungsgebiet einzige Anbieterin von Kabelanschlüssen; der von ihr verlangte Preis ist nicht Ergebnis wirksamen Wettbewerbs (E. 5).

Prüfung, ob ein Preis rechtsmissbräuchlich ist; Bedeutung der verfahrensrechtlichen Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin (E. 6). Methoden allgemein (E. 6.1), im konkreten Fall gebotene Methode (E. 6.2-6.5); Abstellen auf rechnungsmässig ausgewiesene "historische" Kosten, keine Berücksichtigung von künftigen Investitionen für technische Erneuerungen (E. 6.6). Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne i.S. von Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG, Zurechnung stiller Reserven zum Eigenkapital für die Ermittlung der Rendite, Beurteilung im konkreten Fall (E. 6.7-6.11). Bisher praktizierter Preis war rechtsmissbräuchlich, der vom Preisüberwacher festgesetzte Preis erlaubt die Erzielung eines angemessenen Gewinns.

Regeste (fr):
Art. 2, 10, 12 et 13 LSPr; surveillance des prix, abaissement de prix abusifs d'abonnements pour la diffusion par câble de programmes de radio et de télévision.

Pouvoir d'examen de la Commission de recours pour les questions de concurrence lorsqu'elle est saisie d'un recours contre une décision du Surveillant des prix. En tant que commission spécialisée, elle ne s'impose pas une retenue dans l'examen de questions techniques; portée de l'importante liberté d'appréciation et latitude de jugement dont dispose le Surveillant des prix (consid. 4).

Délimitation du marché déterminant. En l'état actuel des choses, la réception par câble pour la radio et la télévision constitue un marché distinct de celui de la réception par satellite. Dans sa région d'activité, la recourante est seule à offrir des raccordements par câble; le prix fixé par elle n'est pas la conséquence d'une concurrence efficace (consid. 5).

Question de savoir si un prix est abusif; portée du devoir de collaborer de la recourante (consid. 6). Méthodes en général (consid. 6.1), méthode à utiliser dans le cas particulier (consid. 6.2-6.5); sont déterminants les coûts "historiques" établis par la comptabilité, sans égard à de futurs investissements pour le renouvellement des installations (consid. 6.6). Nécessité de réaliser des bénéfices équitables, au sens de l'art. 13 al. 1 let. b LSPr, calcul du rendement sur la base des fonds propres augmentés des réserves latentes, appréciation dans le cas particulier (consid. 6.7-6.11). Le prix pratiqué auparavant était abusif, tandis que le prix fixé par le Surveillant des prix permet de réaliser un bénéfice équitable.

Regesto (it):

Art. 2, 10, 12 e 13 LSPr; sorveglianza dei prezzi, riduzione di prezzi abusivi di abbonamento per la diffusione via cavo di programmi radiofonici e televisivi.

Potere cognitivo della Commissione di ricorso in materia di concorrenza nell'esame di decisioni del Sorvegliante dei prezzi. Essendo una commissione specialistica, essa non s'impone alcun riserbo riguardo a questioni specifiche del settore; portata dell'ampio potere d'apprezzamento, rispettivamente della latitudine di giudizio di cui dispone il Sorvegliante dei prezzi (consid. 4).

Delimitazione del mercato determinante dal profilo materiale. Nelle circostanze attuali, la ricezione via cavo di radio e televisione rappresenta, anche per rapporto alla ricezione via satellite, un mercato proprio. Nella regione dove opera, la ricorrente è l'unica offerente di allacciamenti via cavo; il prezzo che esige non è la conseguenza di un'efficace concorrenza (consid. 5).

Esame della questione di sapere se un prezzo è abusivo; portata dell'obbligo procedurale di collaborazione che incombe alla ricorrente (consid. 6). Metodi in generale (consid. 6.1), metodo da applicare nel caso concreto (consid. 6.2-6.5); riferimento ai costi "storici" contabilmente documentati, senza tener conto di investimenti futuri per rinnovamenti tecnici (consid. 6.6). Necessità di realizzare equi benefici nel senso dell'art. 13 cpv. 1 lett. b LSPr, aggiunta delle riserve latenti al capitale proprio per la determinazione della redditività, valutazione nel caso concreto (consid. 6.7-6.11). Il prezzo finora praticato era abusivo, mentre quello fissato dal Sorvegliante dei prezzi permette la realizzazione di un equo beneficio.

Sachverhalt ab Seite 451

BGE 130 II 449 S. 451

Die W. SA (nachfolgend: W.) betreibt Kabelnetze, welche 15 Gemeinden in den Regionen X. und Y. versorgen. Sie hat ca. 12'500 Abonnenten, denen sie 24 Fernseh- und 16 Radioprogramme anbietet. Am 28. September 1999 eröffnete der Preisüberwacher eine Untersuchung gegen die W. Mit Verfügung vom 4. September 2001 stellte er fest, dass die von der W. verlangten Abonnementspreise (von bisher Fr. 23.70 pro Monat, exkl. Taxen und Mehrwertsteuer) missbräuchlich seien; er legte den monatlichen Abonnementspreis für die Dauer vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2004 auf Fr. 17.- fest. Gegen diese Verfügung erhob die W. Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Diese wies das Rechtsmittel mit Entscheid vom 21. Mai 2003 ab. Am 23. Juni 2003 erhob die W. Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz hat im Wesentlichen festgehalten, die Beschwerdeführerin habe auf dem relevanten Markt (Verbreitung von Fernsehprogrammen über Kabel) eine marktbeherrschende Stellung; ihre Preise seien nicht Wettbewerbspreise und aufgrund der Kostenrechnung missbräuchlich. Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung von Art. 29 BV und Art. 6 EMRK; sie macht geltend, die Rekurskommission habe ihre Kognition in unzulässiger Weise nicht ausgeschöpft und sich sowohl in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes als auch bei der Beurteilung des vom Preisüberwacher festgesetzten Preises auf eine Willkürprüfung beschränkt. In materieller Hinsicht sind einerseits die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes,

andererseits die Erzielung angemessener Gewinne (Art. 13 Abs. 1 lit. b des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 [PüG; SR 942.20]) und die Ermittlung der im Hinblick darauf massgeblichen Kostenentwicklung (Art. 13 Abs. 1 lit. c PüG) umstritten.

4.

4.1 Die Rekurskommission hat Entscheide des Preisüberwachers voll zu überprüfen mit Einschluss der Angemessenheit (Art. 49 und 71a

Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 22 PüG). Beschränkt sie ihre Überprüfung auf eine reine Rechtskontrolle oder gar eine blosse Willkürprüfung, so begeht sie eine formelle Rechtsverweigerung. Freilich darf auch eine Rechtsmittelbehörde, welcher eine volle Kognition zusteht, in Ermessensfragen einen Entscheidungsspielraum der Vorinstanz respektieren. Sie hat eine unangemessene Entscheidung zu korrigieren, kann aber der Vorinstanz die Wahl unter mehreren angemessenen Lösungen überlassen (vgl. BGE 127 II 238 E. 3b/aa S. 242; BGE 123 II 210 E. 2c S. 212 f.). Wenn es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, kann den Rekursinstanzen zugebilligt werden, nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen (BGE 116 Ib 270 E. 3b S. 273; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, S. 397 f.; ALFRED Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 229 f.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. I, Bern 1994, S. 384). Dies gilt freilich dort nicht, wo von der Rekursinstanz verlangt werden kann, über vergleichbare Fachkenntnisse wie die Vorinstanz zu verfügen (BGE 116 Ib 270 E. 3c S. 273 f.). Eine Fach-Beschwerdeinstanz darf den Entscheid der Vorinstanz nur dann schützen, wenn sie geprüft hat, ob sich keine zweckmässigere, angemessenere Lösung anbietet.
Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist eine Spezialrekurskommission, welche gebildet worden ist, um eine unabhängige richterliche, trotzdem aber fachkundige Rechtsmittelinstanz sicherzustellen. Sie ist nur für wenige Spezialgebiete zuständig und hat über das Fachwissen in diesen Gebieten zu verfügen. Es besteht also kein Grund für eine besondere Einschränkung der Kognition.

4.2 Der Preisüberwacher betrachtete als sachlich relevanten Markt den Kabelempfang von Fernsehprogrammen, da der Satellitenempfang nicht als Ausweichmöglichkeit betrachtet werden könne. Die Beschwerdeführerin bezeichnete in ihrer Beschwerde an die Rekurskommission den Satellitenempfang als gleichwertige Ausweichmöglichkeit. Die Rekurskommission erwog dazu, die Definition des relevanten Marktes sei eine Ermessensfrage, die auf technische Kenntnisse und in gewisser Hinsicht auch auf politische Überlegungen Bezug nehme; das Gericht müsse in dieser Frage seine Überprüfungsbefugnis einschränken und der Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum belassen; die Auffassung der

Beschwerdeführerin, wonach der Satellitenempfang ein Substitut für den Kabelempfang sei, erscheine nicht als überzeugender als diejenige des Preisüberwachers; da die von diesem vorgenommene Definition des sachlich relevanten Marktes nicht offensichtlich unhaltbar sei, bestehe kein Grund, davon abzuweichen. Bei der Beurteilung sodann, ob ein Preismissbrauch vorliege, hat die Rekurskommission erwogen, der missbräuchliche Preis sei in Art. 13 PüG nicht definiert, sondern nur durch nicht abschliessende Beurteilungselemente umschrie-

ben; daraus folge ein sehr grosser Ermessensspielraum des Preisüberwachers; der Begriff des missbräuchlichen Preises sei ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auf technische Kenntnisse und bis zu einem bestimmten Grad auch auf politische Überlegungen Bezug nehme; der Richter müsse daher in der Überprüfung Zurückhaltung üben und der Behörde einen gewissen Beurteilungsspielraum belassen; die Rekursinstanz dürfe sich nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz entfernen in Bezug auf Fragen, die ihrer Natur nach kaum oder sehr schwer überprüfbar seien; die angefochtene Verfügung sei daher nur dann aufzuheben, wenn sie offensichtlich unhaltbar erscheine.

4.3 Die Formulierungen, der angefochtene Entscheid werde nur aufgehoben, wenn er offensichtlich unhaltbar sei, können bei isolierter Betrachtung in der Tat den Eindruck entstehen lassen, die Rekurskommission habe ihre Überprüfung in gesetzwidriger Weise auf eine Willkürprüfung beschränkt. Sie sind jedoch im Zusammenhang mit den vorangehenden (zutreffenden) Aussagen zu lesen, wonach das Gesetz dem Preisüberwacher einen erheblichen Beurteilungsspielraum eingeräumt habe. In Wirklichkeit hat sich die Rekurskommission in E. 5.1 ihres Entscheids auf rund 9 Seiten ausführlich mit der Abgrenzung des sachlichen Marktes auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gekommen, es gebe keine absoluten Kriterien, sondern nur Indizien, um den relevanten Markt zu definieren. Der Preisüberwacher stütze sich auf ein Bündel von Elementen, um die Substituierbarkeit zu verneinen. Desgleichen hat sich die Rekurskommission in E. 8.2 ihres Entscheides auf rund 71 /2 Seiten mit der Festsetzung des Preises befasst und die einzelnen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Kritikpunkte überprüft und als unbegründet beurteilt. Sie hat unter anderem auch ausgeführt, der Preisüberwacher habe den Gewinn auf eine angemessene Weise berücksichtigt

.
Die allenfalls missverständlichen Ausführungen, der angefochtene Entscheid sei nicht offensichtlich unhaltbar, bedeuten in diesem Zusammenhang bloss, dass die Rekurskommission nicht beansprucht, unter mehreren rechtmässigen, angemessenen und gleichwertigen Lösungen die richtige festzulegen. Soweit das Gesetz tatsächlich dem Preisüberwacher einen erheblichen Beurteilungsspielraum einräumt, ist diese Auffassung nach dem vorne Ausgeführten mit Art. 49 VwVG vereinbar. Eine unzulässige Einschränkung der Kognition in Bezug auf die Angemessenheitsprüfung liegt nicht vor. Unbegründet ist angesichts der durch die Vorinstanz getroffenen Abklärungen auch der Vorwurf der Beschwerdeführerin, der rechtserhebliche Sachverhalt sei unvollständig oder sonstwie im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG qualifiziert unrichtig ermittelt worden. Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sind damit für das Bundesgericht verbindlich, und Raum für entsprechende Ergänzungen im bundesgerichtlichen Verfahren besteht nicht.

5.

5.1 Das Preisüberwachungsgesetz gilt in sachlicher Hinsicht nach seinem Art. 1 für Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Kredite mit Ausnahme der Löhne und anderer Leistungen aus einem Arbeitsverhältnis sowie der Kredittätigkeit der Schweizerischen Nationalbank, in persönlicher Hinsicht nach seinem Art. 2 für Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Stellt der Preisüberwacher aufgrund einer Abklärung einen Preismissbrauch fest, strebt er mit den Betroffenen eine einvernehmliche Regelung an (Art. 9 PüG). Kommt eine solche nicht zustande, untersagt er eine Preiserhöhung oder verfügt eine Preissenkung (Art. 10 PüG). Preismissbrauch im Sinne des Preisüberwachungsgesetzes kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (Art. 12 Abs. 1 PüG). Wirksamer Wettbewerb besteht insbesondere, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PüG). Sowohl für die Beurteilung einer

Marktmacht im Sinne von Art. 2 PüG als auch für die Abgrenzung des "betreffenden" Marktes im Sinne von Art. 12 Abs. 1 PüG muss analog zum Kartellrecht ein räumlich und sachlich relevanter Markt definiert werden (vgl. dazu BGE 129 II 18 E. 7.2 S. 33). Die Definition des sachlich relevanten

Marktes erfolgt im Lichte der Zielsetzung der Preisüberwachung aus der Sicht der Abnehmer; massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden (LEO SCHÜRMANN/WALTER R. SCHLUEP, KG+PüG, Gesetzestexte und Kommentar, Zürich 1988, N. III.3 zu Art. 12 PüG; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 S. 33 mit Hinweisen).

5.2 Unbestritten ist die Beschwerdeführerin in ihrem Versorgungsgebiet die einzige Anbieterin von Kabelanschlüssen. Wird der Kabelanschluss auch sachlich als eigener Markt betrachtet, so ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres im Sinne von Art. 2 PüG marktmächtig, und es besteht im Sinne von Art. 12 PüG kein Wettbewerb. Umstritten ist jedoch, ob der Kabelempfang wirklich einen eigenen Markt darstellt oder ob es dazu vergleichbare Alternativen gibt, namentlich ob der Satellitenempfang ein Substitut ist.

5.3 Die Vorinstanzen haben dies verneint.

5.3.1 Der Preisüberwacher hat in seiner Verfügung vom 4. September 2001 die Substituierbarkeit von Kabel- und Satellitenempfang mit folgender Argumentation verneint: Die Verwendung von Aussenantennen sei bisweilen durch Mietverträge beschränkt; Art. 53 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40) gebe den Kantonen die Möglichkeit, das Errichten von Aussenantennen in bestimmten Gebieten zu verbieten, wenn der Schutz des Landschafts- und Ortsbildes oder von geschichtlichen Stätten oder von Natur- und Kunstdenkmälern dies verlange; die Beschwerdeführerin signalisiere in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2000, dass in der Altstadt von X. ein solches Verbot bestehe; zudem erlaube die geographische Lage gewisser Wohnungen die Erreichung der betreffenden Satelliten nicht; schliesslich empfingen im Versorgungsgebiet der Beschwerdeführerin 77 % der Haushalte das Fernsehen mit Kabelnetz; die grosse Mehrheit der Konsumenten betrachte offenbar den Satellitenempfang nicht als Substitut zum Kabelempfang.

5.3.2 Die Rekurskommission hat zunächst ausgeführt, das digitale terrestrische Fernsehen sei nach dem aktuellen Stand der Technik noch keine valable Alternative zu den bisherigen Empfangsmethoden. Zur Substituierbarkeit von Satelliten- und Kabelempfang hat sie erwogen, der Satellitenempfang könne auf die Dauer billiger

sein als der Kabelempfang, wenn nur der Anschaffungspreis der Antenne berücksichtigt werde, doch seien auch Betriebs- und Entsorgungskosten sowie die Wertverminderung zu berücksichtigen. Das technische Argument hat die Kommission relativiert; so sei heute kein nach Süden gerichteter Balkon mehr notwendig, um eine Antenne anzubringen; Empfangsstörungen könnten heute ebenfalls rasch und kostengünstig behoben werden; der Preisüberwacher gebe keine Hinweise, dass in der betroffenen Region der Satellitenempfang behindert sei; die technischen Schranken, welche den Satellitenempfang weniger attraktiv machten als den Kabelemp-

fang, seien daher zu relativieren, sie vermöchten aber bei technisch nicht bewanderten Personen einen nicht vernachlässigbaren negativen Effekt auszuüben. Zum Argument der juristischen Hindernisse hat die Rekurskommission ausgeführt, die im Kanton Jura üblichen Mietverträge verlangten die Zustimmung des Vermieters für die Anbringung von Aussenantennen, während es in der Region Y. keine solchen Regeln gebe; baurechtliche Hindernisse für die Errichtung von Aussenantennen gebe es in den historischen Zentren von X. und Y., wobei die Bestimmungen in Y. elastisch seien; zudem könnten heute Antennen unauffällig angebracht werden; die bau- und privatrechtlichen Beschränkungen könnten somit die Substituierbarkeit einschränken, würden aber für sich allein nicht die Folgerung zulassen, dass der Satellitenempfang keine taugliche Ausweichmöglichkeit sei. Weiter hat die Rekurskommmission dargelegt, gesamtschweizerisch hätten etwa 90 % der Haushalte mit Fernsehempfang einen Kabelanschluss, in der betreffenden Region wahrscheinlich 80-90 %; zudem hätten die Kabelanschlüsse trotz der technischen Entwicklung und der Preissenkung der Antennen in den letzten Jahren zugenommen; die Neigung der Konsumenten, auf den Satellitenempfang auszuweichen, sei demnach offenbar gering; der Kabelempfang biete für den Benützer eine Anzahl Vorteile wie einfache Verbindung, konstante Bild- und Tonqualität, Kundendienst im Fall einer Panne; der Wechsel von Kabel- zu Satellitenempfang bedeute einen erheblichen Wechsel in der Art der Benützung; die Benützer, welche den Kabelempfang gewohnt seien, kennten die Vorteile des Satellitenempfangs nicht und könnten sie daher auch nicht bewerten; hinzu kämen die finanziellen, technischen, administrativen und rechtlichen Hindernisse, welche die Substituierbarkeit einschränkten.

5.4 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, der Satellitenempfang sei eine gleichwertige Alternative zum Kabelempfang; die finanziellen, technischen und rechtlichen Hindernisse seien von der Vorinstanz selber stark relativiert worden; die von der Vorinstanz als entscheidend betrachtete subjektive Einschätzung durch die Konsumenten könne nicht ausschlaggebend sein. In ihrer Replik bringt sie zudem vor, auch der praktisch überall mögliche terrestrische Empfang sei bei der Abgrenzung des relevanten Marktes einzubeziehen; ein zusätzlicher Wettbewerbsdruck gehe zudem vom Internet und der zunehmenden Digitalisierung von Informationsinhalten aus; die Entwicklung der Informationstechnologie marginalisiere die Marktzutrittsschranken weiter; schon heute stünden zudem eine Reihe von alternativen Trägern für die nachgefragten Programminhalte zur Verfügung, wie Angebote über breitbandfähige Telefonnetze und auf festen Trägern (CD-Rom, DVD).

5.5 Als Substitutionsgüter kommen nur vergleichbare Angebote in Frage (Art. 12 Abs. 2 PüG). Selbstverständlich besteht immer eine eingeschränkte Substitution in dem Sinne, als manche Konsumenten schliesslich auf eine minderwertige Alternative ausweichen, wenn der Preis des gewünschten Gutes allzu hoch wird. Eine solche unvollkommene Substitutionsmöglichkeit vermag wohl eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die Preisbildung eines marktmächtigen und selbst eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuüben. Sie kann jedoch nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 12 PüG betrachtet werden, da sie dem Monopolanbieter des höherwertigen Produkts erlaubt, eine Monopolrente zu erzielen, die er bei wirksamem Wettbewerb zwischen gleichwertigen Produkten nicht erzielen könnte. Gerade dies soll durch das PüG unterbunden werden.

5.6 In Bezug auf den konventionellen terrestrischen Empfang räumt die Beschwerdeführerin selber ein, dass dabei dem Fernsehkonsumenten ein eingeschränkteres Angebot zur Verfügung stehen würde als beim Kabelanschluss. Dies stellt offensichtlich kein vergleichbares Angebot dar. Ebenso wenig können Angebote wie Internet oder feste Träger (CD-Rom, DVD) als gleichwertige Alternativen zu einem Kabelfernsehempfang betrachtet werden. Abgesehen davon, dass sie mit einem herkömmlichen Fernsehempfang nicht vergleichbar sind, erschliessen sie nicht die gleichen Informations- bzw. Unterhaltungsquellen. Mit Recht hat die Vorinstanz schliesslich laufende oder künftige technische Entwicklungen (terrestrisches

digitales Fernsehen oder weitere Entwicklungen) nicht einbezogen. Der relevante Markt hat auch eine zeitliche Komponente: Die meisten Konsumenten werden in der Regel Produkte, die erst in Entwicklung oder Einführung sind, nicht als Substitute für eingeführte und bewährte Produkte betrachten, jedenfalls nicht bei Produkten, die zum aktuellen Konsum bestimmt sind. Die streitige Verfügung ist bis zum Ende des Jahres 2004 befristet. Die Frage der Substituierbarkeit beurteilt sich für diesen Zeitraum. In diesem zeitlich relevanten Markt stehen die neuen Angebote noch nicht zur Verfügung. Ob in näherer Zukunft neue Techniken auf dem Markt sein werden, die dem Kabelempfang ebenbürtig sind, wird im Rahmen einer allfälligen erneuten Verfügung zu prüfen sein.

5.7 Als Substitutionsgut kommt derzeit ernsthaft nur der Satellitenempfang in Frage.

5.7.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, entgegen der französischen Fassung von Art. 12 Abs. 2 PüG, welche stark auf den Preis abstelle (”Il y a concurrence efficace, en particulier, lorsque d’autres sources d’approvisionnement s’offrent aux acheteurs, cela à des prix comparables et sans qu’il en résulte pour eux des efforts considérables”), könne es für die Beurteilung, ob ein wirksamer Wettbewerb bestehe, nicht darauf ankommen, ob der Wettbewerb auf preislicher Ebene oder auf der Ebene anderer Wettbewerbsparameter spiele. Dies trifft wohl zu, ist aber vorliegend unerheblich, da die Vorinstanzen nicht entscheidend auf den Preis abgestellt haben. Im Gegenteil räumt der Preisüberwacher ein, dass der Satellitenempfang zugenommen habe und dessen Preis stark gesunken sei; trotzdem habe das Kabel kaum an Kunden verloren, was zeige, dass es sich um zwei verschiedene Märkte handle; dass kein Preiswettbewerb herrsche, ergebe sich auch aus dem grossen Preisunterschied zugunsten des Satellitenempfangs.

5.7.2 Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vorinstanzen hätten im Grunde nur auf das subjektive Verhalten der Konsumenten abgestellt. Die Rekurskommission hat argumentiert, der Umstand, dass der prozentuale Anteil der Kabelabonnenten an der Gesamtheit der Fernsehempfänger hoch sei und in den letzten Jahren nicht gesunken sei, widerspiegle eine fehlende Substituierbarkeit in der Perzeption der Konsumenten. Ähnlich macht auch der Preisüberwacher in seiner Duplik geltend, selbst wenn Kabel- und Satellitenempfang

substituierbar wären, würde der Marktanteil der Beschwerdeführerin von über 75 % eine beherrschende Stellung begründen, was wirksamen Wettbewerb ausschliesse. Diese Argumentation mag allenfalls problematisch sein: Ein hoher Marktanteil ist zwar ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass kein wirksamer Wettbewerb bzw. keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten bestehen (Botschaft zum Preisüberwachungsgesetz, BBl 1984 II 771, S. 787). Er kann auch das Resultat von Wettbewerb sein, wenn nämlich die Kunden zur Auffassung kommen, dass das Angebot des Marktführers tatsächlich das günstigste ist, und somit nicht auf das andere Angebot ausweichen wollen, obwohl sie dies ohne weiteres könnten.

5.7.3 Indessen hat die Vorinstanz in Wirklichkeit nicht einzig auf den Marktanteil abgestellt. Sie hat vielmehr ein Bündel von Kriterien berücksichtigt, nämlich technische und juristische Schranken für den Satellitenempfang sowie Vorteile des Kabelempfangs in der Benützung. Wohl hat sie die Bedeutung der technischen Aspekte relativiert und zu den juristischen Hindernissen ausgeführt, diese würden für sich allein die Substituierbarkeit nicht ausschliessen. Massgebend ist aber nicht die isolierte Betrachtung der einzelnen Aspekte, sondern eine

Gesamtwürdigung. Mehrere Aspekte, die je für sich allein die Substituierbarkeit nicht ausschliessen würden, können in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass das Alternativangebot nicht als vergleichbar im Sinne von Art. 12 Abs. 2 PüG zu betrachten ist.

5.7.4 Wohl verlangt diese Bestimmung nur "vergleichbare", nicht aber "gleiche" Angebote. Eine vollständige Substituierbarkeit ist demzufolge nicht verlangt. Immerhin muss aber das Alternativangebot aus der Sicht des Kunden gleichwertig sein. Bei einem Produkt, welches - wie der Fernsehempfang - von einem Grossteil der Bevölkerung ohne spezielle technische Kenntnisse konsumiert wird, ist dabei auf die Sicht dieser durchschnittlichen Kundschaft abzustellen. In diesem Lichte ist insbesondere von Bedeutung, dass gemäss den von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen und für das Bundesgericht verbindlichen (Art. 105 Abs. 2 OG) Feststellungen der Vorinstanz der Kabelempfang für den Benützer wesentliche Bedienungsvorteile hat. Der durchschnittliche Konsument dürfte einen möglichst unkomplizierten und verlässlichen Empfang

wünschen und erachtet eine Lösung, die von ihm technische Massnahmen oder Kenntnisse verlangt, kaum als vergleichbar. Derartige Angebote mögen allenfalls für technisch interessierte und versierte Kunden vergleichbar sein, nicht aber - jedenfalls nach dem aktuellen Stand der Technik - für das Durchschnittspublikum. Eine Substitutionsmöglichkeit, die nur von einem bestimmten Kundensegment als vergleichbar betrachtet wird, führt noch nicht zu einem wirksamen Wettbewerb. Auch dass einige Hausverwaltungen dazu übergegangen sein mögen, selber Satellitenempfangsanlagen zu installieren und Kabelnetzbetreiber unter Druck zu setzen, führt noch nicht zu einem wirksamen Wettbewerb, solange dies bloss Einzelfälle sind. In denjenigen Miethäusern, in denen die Hausverwaltungen nicht für einen Satellitenempfang sorgen, müssen die Mieter nach wie vor selber dafür besorgt sein. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass eine grössere Zahl von Hausverwaltungen in ihrem Versorgungsgebiet ihren Mietern den Satellitenempfang anbieten würde.

5.7.5 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003, wo das Bundesgericht, wenn angesichts der Prozesskonstellation auch nicht abschliessend, den Standpunkt bestätigt hat, dass die Möglichkeit des Satellitenempfangs nichts daran ändere, dass eine Kabelnetzbetreiberin als marktbeherrschende Unternehmung zu betrachten sei, weil der Empfang via Kabel nicht durch den Satellitenempfang substituierbar sei (insbesondere E. 4.2.2).

5.7.6 Zu Unrecht beruft sich die Beschwerdeführerin schliesslich auf BGE 129 II 18 E. 8.3.2 S. 36 f., um darzulegen, dass auch dann noch ein wirksamer Wettbewerb bestehen könne, wenn der Wettbewerb im Bereich der Fernsehempfangsmöglichkeiten nicht vollkommen spielen sollte. Dieser Entscheid bezog sich auf das Kartellrecht, welches zwischen erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen und Wettbewerbsbeseitigung unterscheidet. Diese ist (unter Vorbehalt von ausnahmsweisen Zulassungen gemäss Art. 8 KG) absolut unzulässig, jene sind unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 1 KG). Das Bundesgericht hat an der zitierten Stelle bloss erwogen, die Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters führe noch nicht zwingend zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs. Trotzdem lag in jenem Fall aber eine erhebliche Beeinträchtigung vor, die grundsätzlich ebenfalls unzulässig ist und - sofern sie nicht

durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wird - nicht als wirksamer Wettbewerb im Sinne

von Art. 12 Abs. 2 PüG betrachtet werden kann.

5.8 Insgesamt erweist sich die von der Vorinstanz vorgenommene Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes als rechtmässig. Demzufolge ist die Beschwerdeführerin als auf diesem Markt mächtige bzw. gar marktbeherrschende Unternehmung dem Gesetz unterstellt (Art. 2 PüG) und ist der von ihr verlangte Preis nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG).

6. Zu prüfen ist sodann, ob die Vorinstanz zu Recht den von der Beschwerdeführerin verlangten Preis als missbräuchlich bezeichnet hat.

6.1 Bei der Prüfung, ob eine missbräuchliche Erhöhung oder Beibehaltung eines Preises vorliegt, hat der Preisüberwacher gemäss Art. 13 Abs. 1 PüG insbesondere die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (lit. a), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (lit. b), die Kostenentwicklung (lit. c), besondere Unternehmensverhältnisse (lit. d) und besondere Marktverhältnisse (lit. e) zu berücksichtigen. Das Gesetz enthält keine Definition des missbräuchlichen Preises, sondern nur Elemente, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind. Diese Elemente sind nicht abschliessend und stehen nicht in einem hierarchischen Verhältnis (BBl 1984 II 773, S. 787; JACQUES BONVIN, in: Pierre Tercier/ Christian Bovet [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2002, Rz. 7 und 11 f. zu Art. 13 PüG; SCHÜRMANN/SCHLUEP, a.a.O., N. IV zu Art. 13 PüG). Dem Preisüberwacher steht daher in der Auswahl der anzuwendenden Methode ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BONVIN, a.a.O., N. 13 zu Art. 13 PüG; RENÉ RHINOW, Kommentar [alte]BV, Rz. 38 f. zu Art. 31septies). Die Rekurskommission hat zwar die Ausübung dieses Ermessensspielraums zu überprüfen (vorne E. 4), doch steht ihr ihrerseits ein gleich grosser Spielraum zu, in den das Bundesgericht hingegen nur im Rahmen der Rechtmässigkeitsprüfung eingreifen kann (Art. 104 OG).

6.2 Der Preisüberwacher stellte auf der Basis der von der Beschwerdeführerin vorgelegten Jahresrechnung 1999/2000 eine Kostenrechnung an. Gegenüber den Angaben der Beschwerdeführerin reduzierte er den Posten "Salaires, charges sociales" um Fr. 200'000.-. Zudem zog er einen Betrag von Fr. 171'667.60 ab, der für Dritte erbracht und von diesen entschädigt werde

(Verwaltung des Kabelnetzes Unterwallis). Insgesamt kam er damit (ohne Steuern, Salärkosten des Unternehmers und Gewinn) auf Kosten von Fr. 15.33 pro Abonnent und Monat. Unter Berücksichtigung eines zusätzlichen Betrags von ca. Fr. 250'000.- für Steuern, Salär sowie eines Gewinns ergaben sich Fr. 17.-, wodurch ein Gewinn ermöglicht werden sollte, der mindestens den als notwendig erachteten Renditesatz von 5,2 % auf dem buchmässig ausgewiesenen Eigenkapital garantierte. Die Rekurskommission hat erwogen, die Vorinstanz habe mit Recht die Fr. 250'000.- angerechnet, da die Beschwerdeführerin keine Belege für die Salärhöhe geliefert habe; Anpassungskosten seien nur im Umfang der Abschreibungen zu berücksichtigen; der vom Preisüberwacher zugestandene Zins von 5,2 % auf dem investierten Eigenkapital sei angemessen; es sei auch richtig, auf den stillen Reserven keine Rendite zuzulassen, zumal die Beschwerdeführerin keine Belege dafür geliefert habe, dass die Nichtberücksichtigung der stillen Reserven sie in ihrer Geschäftstätigkeit und ihrer Entwicklung beeinträchtige; der geltend gemachte zwischenzeitliche Verkauf des Kabelnetzes Z. führe auch nicht dazu, dass der Betrag von Fr. 171'667.- nicht mehr abzuziehen wäre, da die Verwaltungskosten entsprechend gesunken seien; insgesamt sei die Kostenrechnung des Preisüberwachers nicht offensichtlich unhaltbar, zumal die Beschwerdeführerin kein angemessenes und transparentes Rechnungswesen habe.

6.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe die Existenz erheblicher stiller Reserven nachgewiesen. Sie beantragt dazu die Erstellung einer Expertise über die Höhe ihrer stillen Reserven. Im Einzelnen hält sie fest, ein Gewinn sei nicht nur auf dem buchmässig ausgewiesenen Eigenkapital, sondern auch auf den stillen Reser-

ven zu berücksichtigen, zumal die Aktionäre 20 Jahre lang auf eine Dividende verzichtet hätten, um eine rasche Amortisation der Investitionen zu ermöglichen; die stillen Reserven seien zumindest teilweise nicht durch die Abonnenten, sondern durch Dividendenverzicht der Aktionäre gebildet worden; insoweit müssten sie in die Berechnung der Eigenkapitalrendite einbezogen werden, würde doch sonst die Eigentumsgarantie verletzt; zudem wären korrekterweise nicht nur 5,2 %, sondern 10 % Eigenkapitalrendite anzuerkennen, um eine angemessene Risikoprämie zu ermöglichen; schliesslich habe die Rekurskommission nicht berücksichtigt, dass die Kabelnetze Z. verkauft worden seien und der entsprechende Betrag nicht mehr als Einnahme anfalle.

In der Replik führt sie zudem aus, entgegen der Auffassung der Rekurskommission dürfe sich diese nicht darauf beschränken, nicht ohne Not in den Ermessensspielraum einzugreifen, sondern habe angesichts der Unsicherheiten sehr streng zu überprüfen, ob tatsächlich ein Interventionsbedarf des Preisüberwachers bestehe; massgebend sei nicht der Kostenpreis, sondern ein (fiktiver) Wettbewerbspreis; der auf die historischen Kosten ausgerichtete Ansatz des Preisüberwachers sei verfehlt; zu berücksichtigen seien nicht die historischen Kosten, sondern die Kostenentwicklung, wobei namentlich die zukünftige Entwicklung in die Betrachtung mit einzubeziehen sei; dabei sei ein ausgewiesener künftiger Investitionsbedarf in Rechnung zu stellen; die Vorinstanzen hätten sich mit entsprechenden zukunftsgerichteten Kostenmodellen auseinandersetzen müssen.

6.4 Unzutreffend ist die von der Beschwerdeführerin in ihrer Replik vertretene Auffassung, aufgrund von Art. 12 Abs. 1 PüG könne Massstab für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit nur der Preis sein, der das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs wiedergibt. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit des Preisüberwachers, bei missbräuchlichen Preisen einzuschreiten, ist für jene Fälle bestimmt, in denen es einen wirksamen Wettbewerb eben nicht gibt, weshalb ein konkreter Wettbewerbspreis gerade nicht zugrunde gelegt werden kann. Die Preisüberwachung muss deshalb zwangsläufig auf andere Beurteilungskriterien ausweichen, nämlich auf die in Art. 13 PüG genannten Elemente.

6.5 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. a PüG ist die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten ein Beurteilungselement nebst anderen für die Prüfung, ob ein Preis missbräuchlich ist. Dieses Element kann aber nur berücksichtigt werden, wenn es überhaupt Vergleichsmärkte gibt, deren Preisentwicklung herangezogen werden kann. Vorausgesetzt ist zudem, dass die Preise auf dem Vergleichsmarkt ihrerseits das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (BBl 1984 II 771 f.; SCHÜRMANN/SCHLUEP, a.a.O., N. V zu Art. 13 PüG, S. 850; MARCO Toller, Die Preisüberwachung als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik, Zürich 1983, S. 79). Wenn - was rechtmässig ist (vorne E. 5) - als relevanter Markt der Kabelempfang betrachtet wird, kann es kaum einen empirischen Vergleichsmarkt geben, der diese Voraussetzungen erfüllt, da sämtliche Kabelanbieter in ihrem Versorgungsgebiet ein

Monopol haben. Mit Recht haben daher die Vorinstanzen nicht auf die Vergleichsmarktmethode abgestellt, sondern die Kostenmethode angewendet.

6.6 Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass die Vorinstanzen auf die historischen Kosten und dabei einzig auf den Jahresabschluss 1999/2000 abgestellt hätten, weil diese Zahlen gerade zur Verfügung standen; massgebend sei nach Art. 13 Abs. 1 lit. c PüG die Kostenentwicklung, wobei eine vorwärtsgerichtete Betrachtung vorzunehmen sei; nur dies entspreche dem Ziel, (simulierte) Wettbewerbspreise zu ermitteln, da Wettbewerbspreise auf

vorwärtsgerichteten Kosten beruhten; ein Abstellen auf historische Kosten sei insbesondere in dynamischen Netzwerkindustrien mit hohem zukünftigem Investitionsbedarf nicht zulässig; Kostenberechnungen könnten nur mit Hilfe so genannter Long-run incremental cost (LRIC)-Methoden sachgerecht vorgenommen werden; dabei dürften Fehlinvestitionen in der Vergangenheit nicht berücksichtigt werden; hingegen müssten die Kosten künftiger Investitionsvorhaben miteinbezogen werden.

6.6.1 Zur Kritik an der Vorgehensweise des Preisüberwachers ist zu bemerken, dass dieser zwar den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 12 VwVG), dass die Parteien jedoch eine Mitwirkungs- und Auskunftspflicht trifft (Art. 13 VwVG; Art. 17 PüG). Diese Pflicht besteht insbesondere hinsichtlich solcher Unterlagen, die naturgemäss nur die Parteien liefern können (BGE 128 II 139 E. 2b S. 142 f.). Der Preisüberwacher hat die Beschwerdeführerin wiederholt aufgefordert, ihre Kalkulationsgrundlagen und weitere Unterlagen, namentlich auch hinsichtlich vorgesehener Investitionsvorhaben, einzureichen. Die Beschwerdeführerin hat sich jedoch geweigert, entsprechende Unterlagen zu liefern, oder ausgeführt, sie verfüge über keine entsprechenden Kalkulationen. Erst nach mehrmaliger Aufforderung hat sie mit Schreiben vom 30. Mai 2000 den Jahresabschluss 1998/1999 vorgelegt und zugleich erklärt, sie verfüge über kein formelles Budget. Am 9. Juli 2001 hat sie sodann den Jahresabschluss 1999/2000 eingereicht. Es ist daher rechtsmissbräuchlich, wenn die Beschwerdeführerin jetzt den Vorinstanzen vorwirft, diese hätten ihre Untersuchungspflicht verletzt. Dass diese und insbesondere der Preisüberwacher nur wenige Unterlagen zur Verfügung hatte, ist auf ihr Verhalten zurückzuführen.

6.6.2 Die Beschwerdeführerin macht freilich unter Berufung auf das Bundesgerichtsurteil 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003 geltend,

der Preisüberwacher habe es sich selber zuzuschreiben, dass seine Datenbeschaffung auf kleines Verständnis gestossen sei; sie habe von Anfang an bestritten, dass sie in den Geltungsbereich des Preisüberwachungsgesetzes falle; es wäre in dieser Situation Sache des Preisüberwachers gewesen, das Verfahren zunächst auf die Frage der Unterstellung unter den Geltungsbereich zu beschränken. In dem von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid ging es darum, ob in einem konkreten Fall kantonalrechtliche Bestimmungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen, was bejahendenfalls zur Folge gehabt hätte, dass kein Anlass für weitere Untersuchungen der Wettbewerbskommission mehr bestanden hätten. Das Bundesgericht erwog, die Frage, ob es solche Vorschriften gebe, sei jedenfalls dann, wenn dies rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet werde, regelmässig vorab zu klären, weil davon einerseits die Zulässigkeit weiterer Untersuchungsmassnahmen, andererseits die allfällige Zuständigkeit anderer Behörden abhänge; es führte aber zugleich aus, dies gelte nur in Bezug auf die in Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltenen Vorschriften, doch müsse auch in einem kartellrechtlichen Verfahren nicht für jedes Tatbestandselement eine gesonderte Teilverfügung erlassen werden (Urteil 2A.492/2002, E. 5.2.3; vgl. auch BGE 129 II 497 E. 2.4 S. 506). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin ihre Unterstellung unter das Preisüberwachungsgesetz hauptsächlich mit dem Argument bestritten, sie sei nicht marktmächtig. Die Beurteilung dieses Arguments setzt - anders als die Beurteilung, ob Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen - voraus, dass der relevante Markt, die Stellung des betreffenden Unternehmens auf diesem Markt sowie das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs festgestellt werden, wozu entsprechende Untersuchungen des Preisüberwachers erforderlich sind. Die Beschwerdeführerin hatte somit keinen Anlass, ihre Kooperation zu verweigern, und sie hat es sich selber zuzuschreiben, wenn der Preisüberwacher auf der Basis unvollständiger Unterlagen entscheiden musste.

6.6.3 Was künftige Investitionen betrifft, so hat der Preisüberwacher in seiner Kostenrechnung die Amortisationen für die Aufrechterhaltung des Netzes berücksichtigt, nicht aber Investitionen für künftige Erneuerungen. Dies ist nach Sinn und Zweck der Preisüberwachung gerechtfertigt: Sie bezieht sich auf den aktuell zu

bezahlenden Preis, vorliegend für die Zeitdauer von 2002 bis 2004. Die Kostenmethode muss alle Kosten berücksichtigen, die

BGE 130 II 449 S. 466

zur Erstellung und Vermarktung einer Ware oder Leistung nötig sind; darunter fallen auch Aufwendungen für Forschung und Entwicklung (BBl 1984 II 788). Dies kann sich jedoch in der Regel nur auf Aufwendungen beziehen, die aktuell buchhalterisch berücksichtigt worden sind. Künftige Investitionen werden sich, nachdem sie vorgenommen worden sein werden, dannzumal in erhöhtem Amortisationsbedarf niederschlagen und in einer späteren Kostenrechnung allenfalls zu berücksichtigen sein. Sie sollen aber nicht schon im Voraus, bevor sie überhaupt feststehen, berücksichtigt werden, würde dies doch bedeuten, dass die Konsumenten einen Preis bezahlen für eine Dienstleistung, die noch gar nicht angeboten wird. Erst recht genügt es darum nicht, wie die Beschwerdeführerin allgemein auf die technische Entwicklung in einem Wirtschaftssektor hinzuweisen, ohne konkret aufzuzeigen, welche einzelnen technologischen Erneuerungen der eigenen Betriebseinrichtungen, die im Hinblick auf eine effiziente Leistungserbringung notwendig seien, unmittelbar anstünden.

6.6.4 Das methodische Vorgehen von Preisüberwacher und Rekurskommission ist somit rechtlich nicht zu beanstanden.

6.7 Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanzen keinen Gewinn auf den stillen Reserven anerkannt haben.

6.7.1 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG ist bei der Prüfung der Missbräuchlichkeit die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne zu berücksichtigen. Dabei geht es um die Gewinnmarge, die Kapitalrentabilität, d.h. das Verhältnis zwischen Gewinn und Eigenkapital (SCHÜRMANN/SCHLUEP, a.a.O., N. VI.2 und VI.4 zu Art. 13 PüG, S. 853 und 855; vgl. auch BGE 123 III 171 E. 6a S. 174; PETER HIGI, Zürcher Kommentar, 1998, Rz. 36 und 59 ff. zu Art. 269 OR, je betreffend Ermittlung der Rendite bei Mietobjekten). Unbestritten beträgt das ausgewiesene Eigenkapital der Beschwerdeführerin Fr. 600'000.- (Aktienkapital Fr. 400'000.-; gesetzliche Reserven Fr. 200'000.-). Umstritten ist hingegen erstens, ob zum Eigenkapital auch die stillen Reserven gehören; wird diese Frage bejaht, stellt sich zweitens die Frage, wie hoch die stillen Reserven im konkreten Fall sind.

6.7.2 Die Preisüberwachung soll Missbräuche und Monopolrenten bekämpfen, aber nicht Gewinne verunmöglichen, wie sie marktüblich und für das Funktionieren eines marktwirtschaftlichen Systems unabdingbar sind (BBl 1984 II 772; SCHÜRMANN/SCHLUEP,

BGE 130 II 449 S. 467

a.a.O., N. VI.1 zu Art. 13 PüG, S. 852 f.; BONVIN, a.a.O., N. 47 zu Art. 13 PüG; RETO JACOBS, St. Galler Kommentar zur BV, Lachen/ Zürich 2002, Rz. 35 zu Art. 96 BV). Die Gewinnberechnung richtet sich nach den anerkannten betriebswirtschaftlichen Methoden (BONVIN, a.a.O., N. 48 zu Art. 13 PüG). Nach diesen Methoden gehören stille Reserven zum Eigenkapital (PETER FORSTMOSER/ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 643; ERNST BOSSARD, Zürcher Kommentar, 1984, Rz. 262 zu Art. 958 OR; KARL KÄFER, Berner Kommentar, 1980, Rz. 183 zu Art. 960 OR): Sie entsprechen zusammen mit dem buchmässigen Eigenkapital dem Wert des Unternehmens bzw. ungefähr dem Preis, den der Unternehmer bei einem Verkauf des Unternehmens erzielen könnte. Würde er das Unternehmen verkaufen, so

könnte er den gesamten Erlös anlegen und darauf einen Ertrag erzielen. Verzichtet er stattdessen auf einen Verkauf, so ist dies gleichbedeutend mit einer Investition in der Höhe des gesamten Eigenkapitals inklusive stille Reserven. Geht man davon aus, dass der gesamte investierte Betrag bei der Gewinnberechnung zu berücksichtigen ist, so müssen demzufolge die stillen Reserven ebenfalls einbezogen werden.

6.7.3 Die Rekurskommission hat erwogen, die Entschädigung der stillen Reserven sei problematisch: Die stillen Reserven seien aufgrund ihrer Fluktuation nie endgültig festgelegt; sodann sei eine Entschädigung der stillen Reserven schwer vereinbar mit deren Funktion im internen und externen Verhältnis; im internen Verhältnis würden sie das Verlustrisiko begrenzen, das dauernde Gedeihen des Unternehmens oder eine gleichmässige Gewinnverteilung sicherstellen und die Eigenfinanzierung fördern; im externen Verhältnis würden sie die Kreditwürdigkeit des Unternehmens erhöhen. Schliesslich hat die Rekurskommission das Argument des Preisüberwachers als überzeugend betrachtet, in der spezifischen Monopolsituation sei es nicht akzeptabel, dass die Konsumenten zuerst hohe Preise bezahlten, um unnötig hohe Amortisationen zu finanzieren, und anschliessend hohe Preise bezahlen, um eine Entschädigung der so gebildeten stillen Reserven zu ermöglichen.

6.7.4 Es trifft zwar zu, dass die Höhe der stillen Reserven von Wertschwankungen abhängt, die von der Gesellschaft nicht beeinflusst werden können. Dies ist jedoch kein Argument gegen deren Berücksichtigung, denn die Reserven können auch dann Wertschwankungen unterworfen sein, wenn sie buchmässig ausgewiesen sind (und jeweils mit Wertberichtigungen korrigiert werden).

Unerfindlich ist, inwiefern die Funktion der stillen Reserven deren Berücksichtigung bei der Gewinnberechnung ausschliessen sollen, sind diese Funktionen doch die gleichen wie diejenigen der buchmässig ausgewiesenen Reserven. Auch dass die stillen Reserven durch Amortisationen zu Stande gekommen sind, die höher waren als technisch nötig gewesen wäre, ist kein Argument dafür, diese für die Gewinnberechnung nicht auch zu berücksichtigen: Wären nämlich diese Amortisationen unterlassen worden, so hätten die entsprechenden Gewinnüberschüsse an die Aktionäre ausbezahlt und von diesen wiederum anderweitig gewinnbringend investiert werden können. Das Stehenlassen der Überschüsse erweist sich insofern als Investition in die eigene Gesellschaft. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass die stillen Reserven dem Eigenkapital zuzurechnen und für die Bestimmung des angemessenen Gewinns im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG mit zu berücksichtigen sind.

6.7.5 Der Preisüberwacher hat sowohl in seiner Verfügung vom 4. September 2001 als auch in seiner Vernehmlassung eingeräumt, dass gewisse stille Reserven bestehen, diese aber nicht quantifiziert. Auch die Rekurskommission hat über die Höhe der stillen Reserven keine Feststellungen gemacht, da sie diese ohnehin als unerheblich betrachtete. Insoweit ist an sich der Sachverhalt unvollständig festgestellt (Art. 105 Abs. 2 OG). Dies führt indessen aus den folgenden Gründen nicht zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung: Die Beschwerdeführerin machte im Schreiben vom 30. Mai 2000 an den Preisüberwacher ohne Belege geltend, sie habe stille Reserven von 11-13 Mio. Franken. Anlässlich der Besprechung vom 6. September 2000 erwähnte sie eine Analyse der A., welche stille Reserven von rund 13.8 Mio. Franken ausweise, sowie eine Kaufsofferte der B. für rund 17 Mio. Franken; sie machte geltend, der Steuerwert betrage 12 Mio. Franken. Der Preisüberwacher ersuchte daraufhin die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 21. September 2000, die Berechnung der A. vorzulegen, was die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 11. November 2000 ablehnte. Erst im Verfahren vor der Rekurskommission legte sie eine notarielle Bestätigung vor, worin die Kaufsofferte der B. sowie eine Berechnung des wirtschaftlichen Werts auf 13.9 Mio. Franken in

einer Verkaufsdokumentation bestätigt werden. Diese Bestätigung enthält jedoch keinerlei weitere Angaben, so dass die Ernsthaftigkeit oder Plausibilität dieser Zahlen nicht überprüft werden kann. Nebst dieser Bestätigung hat die Beschwerdeführerin keine Unterlagen eingereicht, welche die Existenz oder Höhe stiller Reserven belegen würden. So hat sie auch nie Belege für die wiederholt gemachte Behauptung geliefert, ihre Aktionäre hätten während 20 Jahren auf eine Gewinnausschüttung verzichtet, was erst die hohen Amortisationen und eine Rückzahlung des Fremdkapitals erlaubt habe, obwohl die Gewinnverwendung zumindest für die letzten zehn Jahre anhand der Jahresrechnungen leicht belegbar sein sollte (vgl. Art. 962 Abs. 1 OR). In ihrer Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt die Beschwerdeführerin die Erstellung einer Expertise über die Höhe ihrer stillen Reserven. Indessen wäre es in erster Linie ihre Sache gewesen, Unterlagen einzureichen, welche die von ihr behaupteten Umstände beweisen (Art. 108 Abs. 2 OG). Es kann nicht Aufgabe des Bundesgerichts sein, eine Expertise anzuordnen, wenn die Beschwerdeführerin nicht einmal die vorhandenen Unterlagen, auf die sich selber beruft, vorlegt. Hat die Beschwerdeführerin, obwohl es ihr möglich und zumutbar gewesen wäre, es unterlassen, für ihren Standpunkt sprechende Dokumente vorzulegen (vorne E. 6.6.1), so hat sie es selber zu verantworten, dass der Sachverhalt ungenügend abgeklärt ist. Unter diesen Umständen kann für die nachfolgenden, im Hinblick auf die Ermittlung einer angemessenen Rendite anzustellenden Überlegungen auf eine grobe Plausibilitätsschätzung abgestellt werden.

6.8

6.8.1 Nach Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG sind "angemessene" Gewinne zulässig. Weder Lehre noch Praxis äussern sich präziser dazu, was unter "angemessen" im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist. Wenig ergiebig ist für den vorliegenden Fall auch das Kriterium des branchenüblichen Durchschnittsgewinns, da ein Vergleich mit anderen Unternehmen nur sinnvoll ist, wenn diese ihrerseits unter Wettbewerbsbedingungen tätig sind, was im Falle von Kabelbetreibern (bisher) nicht der Fall ist (vgl. vorne E. 6.5). Unbestritten ist aber, dass der Gewinn eine übliche Verzinsung und eine marktgerechte Risikoprämie umfassen muss (BBl 1984 II 772; RHINOW, a.a.O., Rz. 37 zu Art. 31septies aBV, Anm. 58 S. 12).

6.8.2 Die Rekurskommission erwähnt einen Zinssatz von 5,2 %, der sich zusammensetzt aus einem Zins für risikofreie Anlagen von 3,4 % und einem Zuschlag für das branchenspezifische Risiko. Die Beschwerdeführerin erachtet eine Rendite von mindestens 10 % für angebracht, weil die Werte, in welche ihre Mittel investiert seien, nicht einzeln, sondern nur als ganzes Netz verkäuflich und zudem durch neue technologische Entwicklungen einem hohen Entwertungsrisiko ausgesetzt seien. Nun aber hat sie ihr Netz weit unter den von ihr geltend gemachten Verkehrswert abgeschrieben und insoweit das Risiko bereits buchhalterisch (und damit auch kalkulatorisch) weitgehend antizipiert. Auch soweit daraus (wegen des prozessualen Verhaltens der Beschwerdeführerin nicht bezifferbare) stille Reserven resultieren, handelt es sich dabei gerade nicht um Risikokapital, auf welchem sich eine besondere Risikoprämie rechtfertigen liesse. Jedenfalls erscheinen die vom Preisüberwacher und von der fachkundigen Vorinstanz zur Angemessenheit der Gewinnquote gemachten Ausführungen nachvollziehbar. Es ist noch zu prüfen, ob dies im vorliegenden Fall im Ergebnis zu einer bundesrechtswidrigen Preisfestsetzung führt.

6.9 Der Preisüberwacher hat, ausgehend von der Kostenlage gemäss Buchhaltung, unter Annahme eines Unternehmerlohns von Fr. 200'000.- und nach Abzug der Steuern bei einem Abonnentenpreis von Fr. 17.- einen Gewinn von rund Fr. 40'000.- für möglich erachtet (Vernehmlassung an die Vorinstanz vom 5. November 2001 S. 4 und 5); im Verhältnis allein zum buchmässig nachgewiesenem Eigenkapital von Fr. 600'000.- beträgt die Rendite weit mehr als 5.2 %. Der Preisüberwacher hat sodann in seiner Berechnung (Verfügung vom 4. Septem-

ber 2001 S. 11 Ziff. 61) weitere Einnahmen von rund Fr. 288'000.- erwähnt, die eine zusätzliche Gewinnreserve darstellten. Mit dieser Reserve würde selbst unter Berücksichtigung (von der Beschwerdeführerin nicht ausgewiesener) stiller Reserven von mehreren Mio. Franken noch eine angemessene Rendite auf dem Eigenkapital erzielt. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin in den Jahren 1998/1999 und 1999/2000 Reingewinne von je ca. 1,5 Mio. Franken erzielt. Unabhängig von der Grössenordnung allfälliger damals bestehender stiller Reserven sind bei solchen Gewinnsummen in der Vergangenheit klar überhöhte Gewinne erzielt worden; es drängt sich der Schluss auf, dass die Beschwerdeführerin in Ausnützung ihrer Marktmacht bzw. mangels wirksamen Wettbewerbs einen Preis hat

festsetzen können, der ihr Gewinne ermöglichte, die höher als "angemessen" im Sinne von Art. 13 Abs. 1 lit. b PüG waren. Damit haben die Vorinstanzen zu Recht angenommen, die Äufnung stiller Reserven sei (teilweise) darauf zurückzuführen, dass die Abonnenten in der Vergangenheit überhöhte, missbräuchlich hohe Preise bezahlt haben. Selbst wenn die Beschwerdeführerin stille Reserven in der von ihr behaupteten Höhe nachgewiesen hätte, könnte von vornherein nur ein Teil davon der Gewinnberechnung zu Grunde gelegt werden.

6.10 Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, der angefochtene Entscheid habe nicht berücksichtigt, dass sie das Kabelnetz Z. verkauft habe; damit sei auch der bisherige Ertrag entfallen, der daraus resultiert habe, dass sie bisher für das Kabelnetz Z. die Verwaltung geführt und entsprechend fakturiert habe. Indessen hat die Vorinstanz dies nicht übersehen, sondern ist davon ausgegangen, dass mit dem Wegfall der Verwaltung für das Kabelnetz Z. nicht nur der daraus bisher gelöste Ertrag weggefallen, sondern auch der Aufwand entsprechend kleiner geworden sei. Dies entspricht einer normalen unternehmerischen Logik. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was diese Überlegung als unzutreffend erscheinen liesse.

6.11 Gesamthaft gesehen trifft es zu, dass die Beschwerdeführerin bisher einen missbräuchlich hohen Abonnentenpreis verlangt hat. Sodann erlaubt der von den Vorinstanzen festgesetzte Preis der Beschwerdeführerin die Erzielung eines angemessenen Gewinns. Die Preisfestsetzung ist im Ergebnis nicht rechtswidrig.