Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2016/3

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.16/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

Recht und Politik des Wettbewerbs	**RPW**
Droit et politique de la concurrence	**DPC**
Diritto e politica della concorrenza	**DPC**

2016/3

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Oktober/octobre/ottobre 2016

Systematik	**A Tätigkeitsberichte** A 1 Wettbewerbskommission A 2 Preisüberwacher **B Verwaltungsrechtliche Praxis** B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission 1 Vorabklärungen 2 Empfehlungen 3 Stellungnahmen 4 Beratungen 5 BGBM B 2 Wettbewerbskommission 1 Vorsorgliche Massnahmen 2 Untersuchungen 3 Unternehmenszusammenschlüsse 4 Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG 5 Andere Entscheide 6 Empfehlungen 7 Stellungnahmen 8 BGBM 9 Diverses B 3 Bundesverwaltungsgericht B 4 Bundesgericht B 5 Bundesrat B 6 Preisüberwacher B 7 Kantonale Gerichte B 8 Bundesstrafgericht **C Zivilrechtliche Praxis** C 1 Kantonale Gerichte C 2 Bundesgericht **D Entwicklungen** D 1 Erlasse, Bekanntmachungen D 2 Bibliografie **E Diverses**

Systématique	**A**	**Rapports d'activité**
		A 1 Commission de la concurrence
		A 2 Surveillance des prix
	B	**Pratique administrative**
		B 1 Secrétariat de la Commission de la concurrence
		1 Enquêtes préalables
		2 Recommandations
		3 Préavis
		4 Conseils
		5 LMI
		B 2 Commission de la concurrence
		1 Mesures provisionnelles
		2 Enquêtes
		3 Concentrations d'entreprises
		4 Sanctions selon l'article 50 ss LCart
		5 Autres décisions
		6 Recommandations
		7 Préavis
		8 LMI
		9 Divers
		B 3 Tribunal administratif fédéral
		B 4 Tribunal fédéral
		B 5 Conseil fédéral
		B 6 Surveillant des prix
		B 7 Tribunaux cantonaux
		B 8 Tribunal pénal fédéral
	C	**Pratique des tribunaux civils**
		C 1 Tribunaux cantonaux
		C 2 Tribunal fédéral
	D	**Développements**
		D 1 Actes législatifs, communications
		D 2 Bibliographie
	E	**Divers**

Sistematica	**A**	**Rapporti d'attività**
		A 1 Commissione della concorrenza
		A 2 Sorveglianza dei prezzi
	B	**Prassi amministrativa**
		B 1 Segreteria della Commissione della concorrenza
		1 Inchieste preliminari
		2 Raccomandazioni
		3 Preavvisi
		4 Consulenze
		5 LMI
		B 2 Commissione della concorrenza
		1 Misure cautelari
		2 Inchieste
		3 Concentrazioni di imprese
		4 Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
		5 Altre decisioni
		6 Raccomandazioni
		7 Preavvisi
		8 LMI
		9 Diversi
		B 3 Tribunale amministrativo federale
		B 4 Tribunale federale
		B 5 Consiglio federale
		B 6 Sorvegliante dei prezzi
		B 7 Tribunali cantonali
		B 8 Tribunale penale federale
	C	**Prassi dei tribunali civili**
		C 1 Tribunali cantonali
		C 2 Tribunale federale
	D	**Sviluppi**
		D 1 Atti legislativi, comunicazioni
		D 2 Bibliografia
	E	**Diversi**

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice **2016/3**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 **Wettbewerbskommission**
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Flügel und Klaviere 652
2. Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör 722

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. 7Days Group/Güll-Gesellschaften 757
2. Denali Holding Inc./EMC Corporation 763
3. BKW/AEK 771
4. 7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import 782
5. Goldman Sachs/Altor/Navico/C-MAP 790
6. EQT Services (UK) Limited/Bilfinger Real Estate Solutions GmbH und Bilfinger Efficiency GmbH 792

8. BGBM
LMI
LMI

1. Empfehlung vom 26. September 2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern 795
2. Recommandation du 26 septembre 2016 concernant la pratique administrative du canton de Berne en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux à l'attention du Conseil-exécutif du canton de Berne 807
3. Raccomandazione del 26 settembre 2016 concernente la Prassi amministrativa del Canton Berna riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni all'attenzione di Consiglio di Stato del Canton Berna 819

B 3 Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

1. Urteil vom 16. September 2016 Nikon AG gegen Wettbewerbskommission 831

E Diverses
Divers
Diversi

1. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 21. September 2016 in Sachen Marktbeobachtung betreffend Umfrage Motion Hess zur Abklärung der praktischen Relevanz der Motion Hess 869

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 902

Index (deutsch, français e italiano) 904

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2 Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	**2. Untersuchungen** Enquêtes Inchieste
B 2.2	**1. Flügel und Klaviere**

Hinweis:

Diese Verfügung ist noch nicht rechtskräftig.

Verfügung vom 14. Dezember 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Flügel und Klaviere wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 und 3 KG gegen 1. Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. Steinweg Nachf. GmbH & Co. KG, in Braunschweig (Deutschland), vertreten durch […], 2. La Bottega del Pianoforte SA, in Lugano, vertreten durch […], 3. Loeb Holding AG, in Bern sowie 4. AKHZ Management AG (ehemals Krompholz AG), in Bern, beide vertreten durch […], 5. Musik Hug AG, in Zürich, vertreten durch […], 6. Steinway & Sons, in Hamburg (Deutschland), vertreten durch […].

Inhaltsverzeichnis

A. Verfahren 653
A.1. Gegenstand der Untersuchung 653
A.1.1. Ausschreibung für die Zürcher Hochschule der Künste 653
A.1.2. Ausweitung der Untersuchung auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg 654
A.1.3. An den Abreden beteiligte Hersteller und Händler 655
A.2. Prozessgeschichte 655
B. Erwägungen 657
B.1. Geltungsbereich 657
B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich 657
B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich 657
B.2. Parteien/Verfügungsadressatinnen 657
B.3. Vorbehaltene Vorschriften 658
B.4. Unzulässige Wettbewerbsabreden 658
B.5. Horizontale Wettbewerbsabrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex 659
B.5.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 659
B.5.1.1. Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz 659
B.5.1.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 659
B.5.1.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 663
B.5.1.2. Abgestimmte Verhaltensweise zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega 664
B.5.1.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe 666
B.5.1.4. Zwischenergebnis 667
B.5.2. Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG – Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 667
B.5.2.1. Vorliegen einer horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG 667
B.5.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 669
B.5.2.2.1. Relevanter Markt 670
(i) Sachlich relevanter Markt 670
(ii) Räumlich relevanter Markt 673
B.5.2.2.2. Aussenwettbewerb 674
(i) Aktueller Wettbewerb 674
(ii) Potentieller Wettbewerb 680
B.5.2.2.3. Innenwettbewerb 680
(i) Umsetzung 681
(ii) Restwettbewerb 684

(iii) Fazit 685
B.5.2.3. Zwischenergebnis 685
B.5.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 685
B.5.3.1. Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro 685
B.5.3.2. Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis 686
B.5.3.2.1. Qualitative Kriterien 686
B.5.3.2.2. Quantitative Kriterien 687
B.5.3.2.3. Zwischenergebnis 688
B.5.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen 688
B.5.5. Ergebnis 688
B.6. Horizontale Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg 689
B.7. Ergebnis 690
B.8. Vertikale Abrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex 690
B.8.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 690
B.8.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 690
B.8.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 691
B.8.1.3. Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen 691
B.8.2. Keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG 691
B.8.3. Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG 693
B.8.3.1. Qualitative Kriterien 693
B.8.3.2. Quantitative Kriterien 694
B.9. Vertikale Wettbewerbsabrede betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg 695
B.9.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 695
B.9.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 695
B.9.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 695
B.9.1.3. Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen 696
B.9.2. Keine vertikale Abrede über Mindest- oder Festpreise 696
B.9.3. Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG 697
B.10. Gesamtergebnis 698
B.11. Massnahmen 699
B.11.1. Einvernehmliche Regelungen mit Musik Hug und Krompholz 699
B.11.2. Einvernehmliche Regelungen mit S&S und Grotrian-Steinweg 701
B.11.3. Sanktionierung 703
B.11.3.1. Allgemeines 703
B.11.3.2. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 703
B.11.3.2.1. Unternehmen 703
B.11.3.2.2. Unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG 704
B.11.3.3. Vorwerfbarkeit 704
B.11.3.4. Bemessung 705
B.11.3.4.1. Maximalsanktion 705
B.11.3.4.2. Konkrete Sanktionsberechnung 706
(i) Basisbetrag 706
(ii) Dauer des Verstosses 709
(iii) Erschwerende und mildernde Umstände 709
B.11.3.5. Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion 711
B.11.3.5.1. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion 712
B.11.3.5.2. Selbstanzeigen in casu 712
B.11.3.6. Ergebnis 714
B.11.3.7. Verhältnismässigkeitsprüfung 716
B.11.3.8. Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten 716
C. Kosten 716
D. Ergebnis 718
E. Dispositiv 718

A. Verfahren

A.1. Gegenstand der Untersuchung

A.1.1. Ausschreibung für die Zürcher Hochschule der Künste

1. Auslöser für die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung war eine Ausschreibung des Hochbauamtes des Kantons Zürich (nachfolgend: Hochbauamt) im Jahr 2012[1], mit welcher für die Zürcher Hochschule der Künste (nachfolgend: ZHdK) bzw. für den neuen Gebäudekomplex in der ehemaligen Toni-Molkerei Flügel und Klaviere für Schulung und Konzerte im Umfang von rund CHF 4 Mio. beschafft werden sollten. Unter anderem beabsichtigte das Hochbauamt, Flügel der Marke Steinway & Sons (nachfolgend: Steinway) zu beschaffen. Diesbezüglich gingen je eine Offerte der Musik Hug AG

[1] Ausschreibung vom 20.4.2012 gemäss simap (Projekt-ID 84674; Meldungsnummer 732649).

(nachfolgend: Musik Hug) und der La Bottega del Pianoforte SA (nachfolgend: La Bottega) ein. Diese beiden Offerten wichen in preislicher Hinsicht voneinander ab; diejenige von La Bottega sei „preislich günstiger". Das Hochbauamt beabsichtigte, den Zuschlag an La Bottega zu erteilen.

2. Am 27. Juli 2012 erhielt das Hochbauamt ein Schreiben von Steinway & Sons, Hamburg (nachfolgend: S&S), worin ihm S&S mitteilte, dass der Zuschlag nicht an La Bottega vergeben werden dürfte, da diese ausserhalb des ihr zugewiesenen Vertragsgebietes (Tessin und Teilgebiet südlich des San Bernardino) offeriert habe. S&S wies im genannten Schreiben darauf hin, das Angebot von La Bottega nicht zu unterstützen, sondern ausschliesslich dasjenige ihres u.a. für den Kanton Zürich zuständigen Händlers Musik Hug. Am 3. August 2012 ging beim Hochbauamt ein weiteres Schreiben von S&S ein, in welchem diese das Hochbauamt bat, das erste Schreiben als gegenstandslos zu betrachten. Mit Schreiben vom 7. August 2012 informierte S&S das Hochbauamt darüber, dass sie die Zusammenarbeit mit La Bottega per 28. Februar 2013 beendet habe, sie jedoch im Falle des Zuschlags an La Bottega diese auf jeden Fall beliefern werde.

3. Im Anschluss daran wandte sich das Hochbauamt an das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat), reichte eine entsprechende Dokumentation ein und wollte wissen, ob das Vorgefallene aus kartellrechtlicher Sicht problematisch sein könnte und wie es sich im weiteren Verlauf der Ausschreibung verhalten solle.

4. Eine Prüfung der Anfrage des Hochbauamtes ergab, dass Anhaltspunkte vorliegen, die auf unzulässige vertikale Wettbewerbsabreden hindeuteten. Dies namentlich, weil das Einreichen einer Offerte im Rahmen einer Ausschreibung (im offenen Verfahren) als sog. passiver Verkauf zu qualifizieren ist. Das Sekretariat wertete deshalb die Intervention von S&S als Versuch, einen passiven Verkauf zu verhindern. Das Sekretariat eröffnete daraufhin eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG[2].

5. S&S bat in ihrer Stellungnahme vom 30. Juli 2015, dass bei der Qualifizierung von Teilnahmen an Ausschreibungen im offenen Verfahren als Passivverkäufe explizit darauf hinzuweisen sei, dass dies lediglich der Ansicht des Sekretariats entspreche. Die WEKO teilt die Einschätzung des Sekretariats und erachtet weitere Hinweise dazu vorliegend nicht als nötig.

6. Der Zuschlag des Hochbauamtes erfolgte am 11. Dezember 2012 und sah die Vergabe folgender Lose vor:[3]

- Los 1 an La Bottega (Preis: CHF 2'053'313.-);
- Los 2 an Piano Probst AG (nachfolgend: Piano Probst; Preis: CHF 652'457.-);
- Los 3 an Jecklin + Co. AG (nachfolgend: Jecklin; Preis: CHF 1'203'940.-);
- Los 4 an Musik Hug (Preis: CHF 347'270.-);
- Los 5 an Dietschi Pianos (Preis: CHF 192'276.-) und
- Los 6 an Stoffler Musik AG (nachfolgend: Stoffler Musik; Preis: CHF 121'000.-).

Der Zuschlag von Los 1, gegen den Musik Hug am 24. Dezember 2012 Beschwerde beim Zürcher Verwaltungsgericht erhob, ist mittlerweile in Rechtskraft erwachsen.

7. Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung, im Rahmen derer weitere Anhaltspunkte zu Tage traten, die auf das Bestehen von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 sowie Art. 7 KG hindeuteten, eröffnete das Sekretariat am 26. November 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gegen S&S, Musik Hug, La Bottega und die Krompholz AG[4] (nachfolgend: Krompholz). Es lagen im Wesentlichen Anhaltspunkte vor, die darauf hindeuteten, dass sich die Händler von Produkten der Marke Steinway untereinander bezüglich Preisen und der Aufteilung von Märkten abgesprochen hatten. Darüber hinaus erhärtete sich der Verdacht auf unzulässige vertikale Wettbewerbsabreden; sowohl in Bezug auf die sog. Preisbindung der zweiten Hand als auch den sog. absoluten Gebietsschutz (Verbot von Passivverkäufen). Schliesslich bestanden Anhaltspunkte dafür, dass S&S über eine marktbeherrschende Stellung verfügen könnte.

8. Am 27. November 2012 fand am Hauptsitz von Musik Hug in Zürich eine Hausdurchsuchung statt, mit welcher zahlreiche Beweismittel sichergestellt wurden. Gegen Ende der Durchsuchung signalisierte Musik Hug dem Sekretariat gegenüber, mit diesem kooperieren zu wollen und setzte einen Marker[5]. Da zu diesem Zeitpunkt die Rollen von La Bottega und Krompholz nicht klar waren sowie ihre Beteiligungen an den in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkungen fraglich waren, verzichtete das Sekretariat darauf, ihre Büroräumlichkeiten zu durchsuchen, entschied sich aber dafür, beiden die Eröffnung der Untersuchung ebenfalls am 27. November 2012 persönlich mitzuteilen und das entsprechende Eröffnungsschreiben zu übergeben. La Bottega signalisierte sofort, mit dem Sekretariat kooperieren zu wollen und setzte einen entsprechenden Marker. Krompholz reichte am 15. Januar 2013 schliesslich eine Selbstanzeige ein.

A.1.2. Ausweitung der Untersuchung auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg

9. Aufgrund von konkreten Anhaltspunkten, die auf mögliche Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Produkten des Herstellers Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. Steinweg Nachf. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Grotrian-Steinweg) hindeuteten, weitete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 10. April 2013 die Untersuchung aus.

[2] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[3] Vgl. Amtsblatt des Kantons Zürich vom 21.12.2012 (Nr. 51), S. 5.
[4] Krompholz war (und ist) der dritte offizielle Händler von S&S in der Schweiz (vgl. unten, Rz 10 ff.).
[5] Vgl. Merkblatt und Formular Bonusregelung (Selbstanzeige), Rz 24 ff., abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/> unter Dienstleistungen > Meldeformulare.

A.1.3. An den Abreden beteiligte Hersteller und Händler

Hersteller

10. S&S ist eine im Jahr 1853 gegründete Aktiengesellschaft mit Sitz in New York, USA. Sie wird von der Steinway Musical Instruments Inc. gehalten, die einen weltweiten Umsatz von rund EUR 354 Mio. erzielt. Steinway Musical Instruments Inc. war an der New Yorker Börse kotiert und wurde im September 2013 für USD 512 Mio. an den Hedge-Fonds-Manager John Paulson verkauft.[6] S&S ist in der Produktion von Flügeln und Klavieren tätig; neben der Marke Steinway gehören zum Unternehmen auch die Marken Boston und Essex.[7] Produkte der Marke Steinway werden in New York und Hamburg produziert und durch S&S vertrieben.[8] Produkte der Marken Boston und Essex werden in Japan und China produziert und durch die Boston Piano GmbH (nachfolgend Boston Piano; vgl. unten, Rz 47) vertrieben. S&S arbeitet(e) in der Schweiz im Produktevertrieb mit ihren offiziellen Händlern Musik Hug, Krompholz und La Bottega zusammen (vgl. auch unten, Rz 14).

11. *Grotrian-Steinweg* ist ein im Jahr 1835 gegründetes Unternehmen mit Sitz in Braunschweig. Die Herstellerin von Flügeln und Klavieren beschäftigt weltweit 55 Mitarbeiter und erzielt einen weltweiten Umsatz von rund EUR 4,7 Mio. Die Grotrian-Pianofabrik zählt zu den ältesten Pianofabriken der Welt und ist im Besitz der Familie Grotrian-Steinweg. Die Instrumente werden heute in Braunschweig gefertigt.[9] Grotrian-Steinweg arbeitet in der Schweiz im Produktevertrieb u.a. mit ihren offiziellen Händlern Musik Hug, Krompholz und La Bottega (seit Frühling 2013) zusammen.

Händler

12. *Musik Hug* ist ein im Jahr 1807 gegründetes Musikhaus mit Sitz in Zürich, das in der Schweiz über zwölf Filialen verfügt. Zu Musik Hug gehören auch die traditionsreichen Musikfachhandelsgeschäfte Jecklin (Zürich), Piano Eckenstein (Basel) sowie Kneifel SA (nachfolgend: Kneifel; Genf). Musik Hug ist eines der ältesten und grössten Musikhandelsunternehmen in Europa.[10] Musik Hug ist u.a. im Handel mit Klavieren und Flügeln (Neu- und Occasion-Instrumente) tätig und führt neben Produkten von S&S und Grotrian-Steinweg zahlreiche andere Klavier- und Flügelmarken im Sortiment.[11]

13. *Krompholz* wurde im Jahr 1855 gegründet und hat ihren Sitz in Bern. Krompholz war im Handel mit Klavieren und Flügeln (Neu- und Occasion-Instrumente) tätig und führte im Wesentlichen Produkte von S&S und Grotrian-Steinweg im Sortiment. Krompholz gehört zur Loeb Gruppe (vgl. unten, Rz 52), welche diese Aktivitäten per 1. Oktober 2014 im Rahmen eines Management-Buy-Outs an den aktuellen Geschäftsführer, Herrn Alexander Steinegger, verkaufte. Dieser führt das Musikhaus an einem neuen Standort unter dem Namen Krompholz Musik AG weiter.[12]

14. *La Bottega* ist ein im Jahr 1978 gegründetes Pianohaus mit Sitz in Lugano, das rund 15 Angestellte beschäftigt.[13] La Bottega ist ebenfalls im Handel mit Klavieren und Flügeln (Neu- und Occasion-Instrumente) tätig. Bis Ende Februar 2013 war La Bottega offizieller Händler für S&S-Produkte.

A.2. Prozessgeschichte

15. Mit Eingabe vom 22. August 2012 liess das Hochbauamt dem Sekretariat die Dokumentation der Ausschreibung für die ZHdK zukommen und ersuchte um eine kartellrechtliche Beurteilung der Sachlage sowie um eine Beratung betreffend das weitere Vorgehen.

16. Mit Schreiben vom 28. August 2012 beantwortete das Sekretariat die Fragen des Hochbauamtes und informierte es darüber, dass zur Klärung der sich stellenden kartellrechtlichen Fragen eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet werde.

17. Am 7. September 2012 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG gegen Musik Hug, La Bottega und S&S und versandte Auskunftsbegehren an Musik Hug, Krompholz und La Bottega.

18. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eröffnete das Sekretariat am 26. November 2012 eine Untersuchung gegen Musik Hug, La Bottega, S&S und Krompholz. Tags darauf fand bei Musik Hug eine Hausdurchsuchung statt, anlässlich derer zahlreiche physische und elektronische Beweismittel beschlagnahmt resp. gespiegelt wurden. Gleichentags übergab das Sekretariat La Bottega das Eröffnungsschreiben in ihren Geschäftsräumlichkeiten. Diese zeigte um 12.18 Uhr ihre Kooperationsbereitschaft an, setzte einen Marker, übergab dem Sekretariat zahlreiche physische Dokumente und liess ihre Datenträger spiegeln. Zusätzlich gab La Bottega dem Sekretariat gleichentags im Rahmen einer mündlichen Einvernahme Auskünfte. Gegen Ende der bei ihr durchgeführten Hausdurchsuchung zeigte Musik Hug ihre Bereitschaft an, mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren zu wollen, und setzte um 18.40 Uhr einen Marker.

19. S&S und Krompholz wurde die Eröffnung der Untersuchung per Post resp. per Übergabe mitgeteilt. Krompholz signalisierte ihre Kooperationsbereitschaft mit den Wettbewerbsbehörden und reichte am 15. Januar 2013 eine Selbstanzeige ein.

20. Zwischen dem 30. November 2012 und dem 3. April 2013 wurden den Parteien diverse Auskunftsbegehren zugestellt, und es fanden Einvernahmen mit Musik Hug, Krompholz, La Bottega und S&S statt. Zudem gingen die

[6] Vgl. Artikel Spiegel online vom 14.8.2013, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/klavierbauer-steinway-geht-an-hedgefonds-groesse-paulson-a-916587.html> (14.12.2015); <http://eu.steinway.com/de/ein-mythos/damals-heute/> (14.12.2015).

[7] Vgl. <http://eu.steinway.com/de/pianos/> (14.12.2015).

[8] Vgl. <http://eu.steinway.com/de/ein-mythos/damals-heute/> (14.12.2015).

[9] Vgl. <http://www.grotrian.de/de/phil_geschichte.html> (14.12.2015); Pressemitteilung Musikmesse 2014 Frankfurt mit Wirtschaftsdaten vom Februar 2014, <http://www.grotrian.de/de/ser_presse.php> (14.12.2015).

[10] Vgl. <https://www.musikhug.ch/geschichte> (14.12.2015).

[11] Dazu gehören insbesondere die Marken Bechstein, Bösendorfer, Schimmel und Yamaha.

[12] Vgl. <http://www.krompholz.ch/about/> (14.12.2015); Geschäftsbericht Loeb Gruppe 2014, S. 2, <https://www.loeb.ch/fileadmin/media/pdf/Loeb_Holding/Geschaeftsberichte/Gesch%C3%A4ftsbericht_der_Loeb-Gruppe_2014.pdf> (14.12.2015); Artikel Handelszeitung vom 24.6.2014, <http://www.handelszeitung.ch/news/loeb-verkauft-musikgeschaeft-krompholz-geschaeftsfuehrer-alexander-steinegger> (14.12.2015).

[13] <http://www.bottegapianoforte.ch/de/pres.html> (14.12.2015).

Bonusmeldungen resp. deren (schriftliche) Ergänzungen von La Bottega, Musik Hug und Krompholz ein. Am 21. Januar 2013 reichte Krompholz ausserdem erstmals Informationen zu ihrem Abredeverhalten bezüglich der Produkte der Marke Grotrian-Steinweg ein und machte dafür die Gewährung einer Sanktionsreduktion bis zu 80 % geltend (Bonus Plus; vgl. dazu unten, Rz 430 ff.).

21. Am 10. April 2013 wurde die Untersuchung auf den Vertrieb von Instrumenten der Marke Grotrian-Steinweg ausgeweitet. Musik Hug, Krompholz und La Bottega wurden gleichentags über die Ausweitung informiert, Grotrian-Steinweg gegenüber wurde die Eröffnung der Untersuchung kommuniziert. Am 11. April 2013 wurden diesbezüglich Auskunftsbegehren an Krompholz, La Bottega, Musik Hug und Grotrian-Steinweg verschickt.

22. Am 30. Mai 2013 setzte Musik Hug einen Marker bezüglich Produkten der Marke Grotrian-Steinweg (vgl. dazu unten, Rz 427). Zwischen dem 6. Mai 2013 und dem 8. November 2013 wurden weitere mündliche und schriftliche Ergänzungen zu den Bonusmeldungen von La Bottega, Musik Hug und Krompholz gemacht.

3. Am 7. Februar 2014 stellte das Sekretariat den Parteien das vorläufige Aktenverzeichnis zu. Am 19. Februar 2014 fand eine Einvernahme mit Grotrian-Steinweg statt.

24. Am 17. März 2014 ersuchte Grotrian-Steinweg um die Aufnahme von Verhandlungen für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG. Am 9. April 2014 fand zwischen dem Sekretariat und Grotrian-Steinweg eine Besprechung statt, anlässlich derer über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gesprochen wurde. Am 16. April 2014 stellte das Sekretariat Grotrian-Steinweg einen ersten Entwurf für eine einvernehmliche Regelung zu.

25. Mit Schreiben vom 2. Mai 2014 retournierte Grotrian-Steinweg sowohl die unterzeichneten Rahmenbedingungen als auch den Entwurf der einvernehmlichen Regelung, den Grotrian-Steinweg in der vorgelegten Form akzeptierte und unterzeichnete. Am 13. Mai 2014 stellte das Sekretariat Grotrian-Steinweg die gegengezeichnete einvernehmliche Regelung zu.

26. Am 25. Juni 2014 stellte das Sekretariat den Parteien das Aktenverzeichnis mit den bis dato um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Aktenstücken zu. Am 2., 3., 11. und 25. Juli 2014 nahm Krompholz in den Büroräumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen. Am 7. Juli 2014 nahm Musik Hug, am 9. sowie 10. Juli 2014 S&S und am 24. und 31. Juli 2014 La Bottega Einsicht in die Selbstanzeigen.

27. Am 15. Juli 2014 stellte das Sekretariat Krompholz, Musik Hug, La Bottega und S&S Aktenstücke zu und bestätigte diesen Parteien die Termine für die Präsentation des Beweisergebnisses. Am 31. Juli 2014 verschickte das Sekretariat weitere Aktenstücke an die genannten Parteien.

28. Am 7. August 2014 fand die Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses statt, an der neben dem Sekretariat S&S und Krompholz teilnahmen. Im Anschluss an die gemeinsame Sitzung fanden individuelle Besprechungen zwischen dem Sekretariat und S&S sowie Krompholz statt, an denen u.a. über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gesprochen wurde.

29. Am 18. August 2014 fand die Präsentation des vorläufigen Beweisergebnisses statt, an der neben dem Sekretariat Musik Hug und La Bottega teilnahmen. Im Anschluss an die gemeinsame Sitzung fanden individuelle Besprechungen zwischen dem Sekretariat und Musik Hug sowie La Bottega statt, an denen u.a. über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gesprochen wurde.

30. Am 19. August 2014 stellte das Sekretariat den Parteien Musik Hug, Krompholz, La Bottega und S&S ein Auskunftsbegehren zu, mit dem weitere Informationen zum Markt, den Marktverhältnissen und Produktverkäufen erfragt wurden.

31. Am 26. September 2014 stellte das Sekretariat Musik Hug und Krompholz einen ersten Entwurf für eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG sowie die damit im Zusammenhang stehenden Rahmenbedingungen für entsprechende Verhandlungen zu. Krompholz liess dem Sekretariat die unterzeichneten Rahmenbedingungen am 7. Oktober 2014 zukommen, Musik Hug am 7. November 2014.

32. Am 3. Oktober 2014 fand eine weitere Besprechung zwischen dem Sekretariat und S&S statt, anlässlich derer u.a. der mögliche Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 29 KG diskutiert wurde. Das Sekretariat übergab S&S einen ersten schriftlichen Entwurf für eine einvernehmliche Regelung sowie die damit im Zusammenhang stehenden Rahmenbedingungen für entsprechende Verhandlungen.

33. Am 23. Dezember 2014 bzw. 20. Januar 2015 stellte das Sekretariat Musik Hug und Krompholz bzw. S&S nach entsprechenden Verhandlungen die gegengezeichnete einvernehmliche Regelung zu.

34. Im Zeitraum vom 16. Dezember 2014 bis am 3. Dezember 2015 reichte Musik Hug verschiedene Unterlagen bezüglich […] ein. Zudem fand am 20. November 2015 in den Büroräumlichkeiten von Musik Hug ein Treffen statt, anlässlich dessen Mitarbeiter des Sekretariats namens und im Auftrag der WEKO […].

35. Mit Schreiben vom 12. Juni 2015 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die Kommission unter Aufforderung zur Stellungnahme innert Frist zu. Zugleich stellte das Sekretariat den Parteien das Aktenverzeichnis mit neu hinzugekommenen Aktenstücken zu und wies die Parteien darauf hin, dass es ihnen freistehe, in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen, welche teilweise neu bereinigt waren, zu nehmen.

36. Im Folgenden nahm Krompholz schriftlich und fristgerecht am 9. Juli 2015 Stellung. Musik Hug reichte ihre Stellungnahme innerhalb erstreckter Frist am 15. September 2015 ein. Krompholz und Musik Hug stellten darin verschiedene Rechtsbegehren, auf welche – sofern geboten – an den entsprechenden Stellen dieser Verfügung eingegangen wird. S&S reichte ihre Stellungnahme innerhalb erstreckter Frist am 30. Juli 2015 ein. Sie stellte dabei keine Anträge auf Anpassung des Dispositivs, sondern unterbreitete lediglich Änderungsvor-

schläge und Kommentare zur Begründung, auf welche – soweit geboten – an den entsprechenden Stellen dieser Verfügung eingegangen wird. La Bottega und Grotrian-Steinweg verzichteten schriftlich und innert Frist auf eine Stellungnahme.

37. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2015 stellte das Sekretariat den Parteien die eingegangenen Stellungnahmen der anderen Parteien zu und informierte gleichzeitig darüber, dass die WEKO am 2. November 2015 Anhörungen durchführt. Ausserdem informierte das Sekretariat über den Ablauf der Anhörungen.

38. Am 2. November 2015 fanden die Anhörungen von Musik Hug, Krompholz und S&S durch die WEKO statt.

39. Am 17. November 2015 nahm das Sekretariat telefonisch Kontakt mit dem Rechtsvertreter von La Bottega auf und informierte ihn darüber, dass das Präsidium der WEKO abweichend vom Antrag des Sekretariats erwägt, das Verhalten von La Bottega als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren und in Erwägung zieht, La Bottega anzuhören.

40. Mit E-Mail vom 18. November 2015 informierte das Sekretariat alle Parteien darüber, dass die WEKO in Erwägung zieht, La Bottega i.S.v. Art. 30 Abs. 2 KG anzuhören.

41. Am 30. November 2015 beschloss die WEKO, La Bottega am 7. Dezember 2015 anzuhören. La Bottega wurde mit Schreiben vom gleichen Tag informiert und eingeladen, vorgängig schriftlich sowie im Rahmen der Anhörung mündlich Stellung zu nehmen. Den anderen Parteien wurde eine Kopie des Schreibens an La Bottega zur Kenntnisnahme zugestellt; allen Parteien wurde die Möglichkeit eingeräumt, Einsicht in die Selbstanzeigen zu nehmen.

42. Am 2. und 3. Dezember 2015 nahmen Musik Hug und La Bottega Einsicht in die Selbstanzeigen.

43. Am 7. Dezember 2015 fand die Anhörung von La Bottega durch eine Delegation der WEKO unter Anwesenheit von Musik Hug und S&S statt. Das entsprechende Protokoll wurde am 8. Dezember 2015 an La Bottega, Musik Hug, Krompholz und S&S verschickt.

44. Am 11. Dezember 2015 gingen die Stellungnahmen von Musik Hug, La Bottega und Krompholz zur Anhörung von La Bottega ein. Daneben gingen zusätzlich zwei Schreiben von Musik Hug und deren Rechtsvertreter ein, die direkt an die WEKO gerichtet waren.

45. Mit Eingabe vom 15. Dezember 2015 ging eine weitere Stellungnahme von La Bottega ein.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

46. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

47. Aufgrund der von den Parteien vorgelegten Kontrollverhältnisse bestehen folgende Unternehmen:

- Gruppe Musik Hug, zu welcher Musik Hug gehört, die diverse Filialen betreibt; zur Gruppe gehören auch Kneifel und Jecklin;
- Loeb Gruppe, zu welcher Krompholz (heute AKHZ Management AG; nachfolgend: AKHZ) gehört (vgl. unten, Rz 52);
- La Bottega (zu welcher auch Piano Probst zu zählen ist);
- Steinway Gruppe (zu welcher S&S gehört; diese handelt auch für die zur Gruppe gehörenden Boston Piano, die Steinway Retail Deutschland GmbH, die Steinway-Haus Düsseldorf GmbH und die Kluge Klaviaturen GmbH);
- Grotrian-Steinweg.

B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

48. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

49. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.[14]

50. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (vgl. unten, Rz 55 ff.) und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.2. Parteien/Verfügungsadressatinnen

51. Im Kartellgesetz besteht, wie erwähnt, die Spezialität, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1bis KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung, insbesondere dem Verwaltungsverfahrensgesetz, ab.

52. Als materielle Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden. Sie haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren. Als formelle Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen

[14] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

(und zwar stärker als jedermann) berührt sind. Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG[15] zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.[16] Liegt ein Konzernverhältnis vor, kommen sowohl die Muttergesellschaft als auch deren Tochtergesellschaften als Verfügungsadressatinnen in Betracht. Sie haften solidarisch für die dem Unternehmen auferlegte Sanktion.[17] Verfügungsadressatinnen der vorliegenden Untersuchung sind:

- Musik Hug (als direkt an den vorliegend nachgewiesenen Wettbewerbsabreden beteiligte Gesellschaft sowie als Muttergesellschaft der Gruppe Musik Hug[18]; vgl. oben, Rz 47);
- Krompholz (heute AKHZ, mit welcher die einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde; vgl. dazu unten, Rz 341);
- Loeb Holding, Spitalgasse 47, 3011 Bern (als Muttergesellschaft der Loeb Gruppe[19], zu welcher Krompholz zu 100 % gehört);
- La Bottega;
- S&S;
- Grotrian-Steinweg.

B.3. Vorbehaltene Vorschriften

53. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

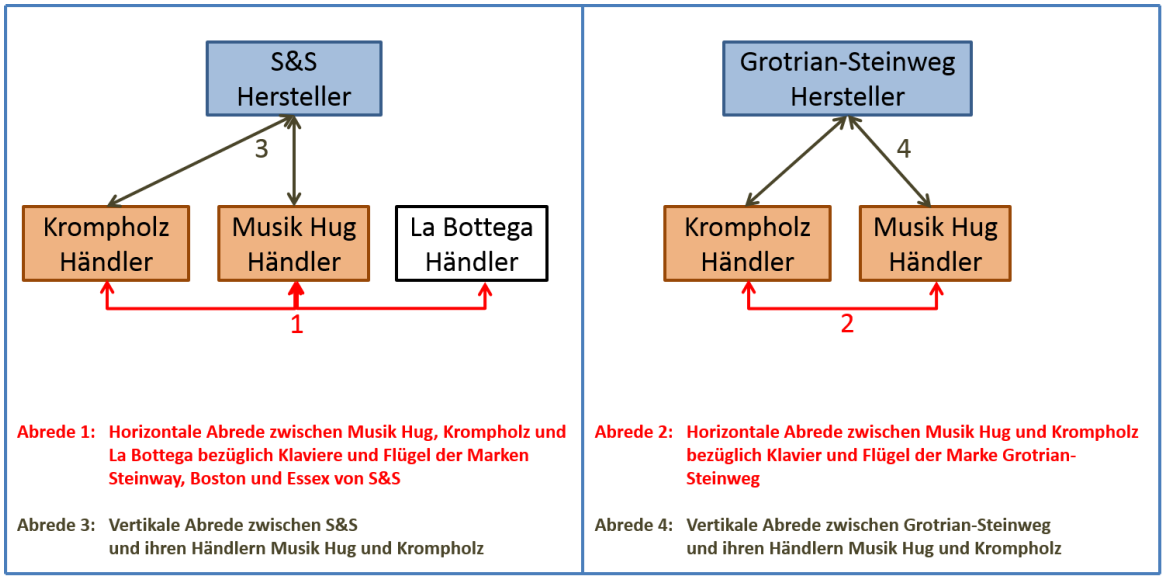
54. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.4. Unzulässige Wettbewerbsabreden

55. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

56. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind mehrere kartellrechtlich relevante Wettbewerbsabreden (vgl. Graphik 1). Es handelt sich dabei erstens um die Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex (vgl. Abschnitt B.5.), zweitens die Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg (vgl. Abschnitt B.6.), drittens die Abrede zwischen S&S, Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex (vgl. Abschnitt B.8.) sowie viertens die Abrede zwischen Grotrian-Steinweg, Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg (vgl. Abschnitt B.9.). Diese vier Abreden werden in der Folge nacheinander abgehandelt. Dem besseren Verständnis halber werden die Abreden nach den Marken benannt, mit denen sie im Zusammenhang stehen.

Graphik 1: Abreden im vorliegenden Fall.



Quelle: Darstellung des Sekretariats.

[15] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[16] RPW 2013/4, 540 Rz 85, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[17] RPW 2012/2, 382 Rz 907 ff. insb. Rz 909, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.
[18] Siehe zur Frage in Bezug auf Konzernverhältnisse RPW 2013/4, 540 f. Rz 85 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[19] Siehe zur Frage in Bezug auf Konzernverhältnisse RPW 2013/4, 540 f. Rz 85 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

B.5. Horizontale Wettbewerbsabrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex

57. In diesem Abschnitt wird die Wettbewerbsabrede zwischen den Händlern für Produkte von S&S abgehandelt. Betroffen davon sind Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex. In der Schweiz gibt bzw. gab es drei Händler, denen vertraglich verschiedene Absatzgebiete zugewiesen waren:

- La Bottega war für den Kanton Tessin und das Teilgebiet südlich des San Bernardino im Kanton Graubünden zuständig,
- Krompholz für die Kantone Bern sowie Freiburg und
- Musik Hug für die restlichen Kantone (Gebiete) der Schweiz.

58. In Bezug auf La Bottega gilt es darauf hinzuweisen, dass S&S das Vertragsverhältnis per 28. Februar 2013 beendet hat. Seither arbeitet S&S in der Schweiz im Vertrieb mit Musik Hug und Krompholz (heute mit Krompholz Musik AG; vgl. dazu oben, Rz 13) zusammen. In Bezug auf die Krompholz Musik AG ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass S&S auch dieser den Vertrag per 1. Oktober 2016 gekündigt hat und damit die Zusammenarbeit in absehbarer Zukunft beenden wird.

B.5.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

59. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek[20]).

60. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.5.1.1. Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz

B.5.1.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

61. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,[21] wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden[22]. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.[23] Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.[24]

62. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Zweiteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen.[25] Es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Aus kartellrechtlicher Sicht sind beide Formen von Vereinbarungen gleichwertig, weshalb nicht untersucht zu werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.

63. Musik Hug und Krompholz haben, wie nachfolgend gezeigt wird, eine Abrede über die Wiederverkaufspreise getroffen, indem sie einerseits die Listenpreise für Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex gemeinsam festgelegt und darüber hinaus die auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte untereinander koordiniert haben.

Preislisten für Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex

64. Musik Hug und Krompholz haben einmal jährlich, gestützt auf die Händler-Einkaufspreisliste von S&S oder die von ihr jeweils kommunizierten Preiserhöhungen, die Listenpreise in der Schweiz gemeinsam festgelegt. Konkret lief es dabei gewöhnlich so ab, dass Musik Hug die Listenpreise berechnete und dabei sowohl die zu realisierende (gewünschte) Marge als auch den Euro-Umrechnungskurs im Sinne eines Vorschlags festlegte und diese Informationen Krompholz per E-Mail zukommen liess, verbunden mit der Bitte, dazu Stellung zu nehmen. Musik Hug ersuchte Krompholz jeweils um eine kurze Bestätigung des zugestellten Vorschlags der von ihr berechneten Listenpreise, um diese dann S&S zum Druck weiterleiten zu können (vgl. dazu unten, Rz 273 ff.). Die einzelnen Austausche im Zeitraum 2004 bis mindestens 2011 lassen sich mit den im Recht liegenden Beweismitteln wie folgt dokumentieren:

- Am **5. Januar 2004** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf, liess ihr einen Vorschlag für eine Liste der Steinway-Verkaufspreise im Entwurf zukommen, informierte sie darüber, dass S&S eine Preiserhöhung von [0–10] % bekanntgegeben habe, dass sie (d.h. Musik Hug) die Verkaufspreise mit einem Eurokurs von […] berechnet habe, und erkundigte sich danach, ob Krompholz damit einverstanden sei. Musik Hug

[20] Bekanntmachung der WEKO vom 28.10.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).
[21] Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.
[22] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.
[23] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.
[24] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 629 E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 565 E. 5.3.1.1.20, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.
[25] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

ersuchte Krompholz um eine kurze Bestätigung und wollte von Krompholz wissen, ob sie damit einverstanden sei, dass die neuen Preise ab 1. Februar 2004 gültig sein sollen. In ihrer Antwort vom 9. Januar 2004 schlug Krompholz eine Marge von [30–40] % und einen Eurokurs von […] vor und bat Musik Hug, eine neue Kalkulationsliste zu erstellen. Nach erfolgter Einigung übermittelte Musik Hug S&S die kalkulierten Verkaufspreise für die Schweiz, verbunden mit dem Hinweis, dass diese mit Krompholz abgestimmt seien. Mit E-Mail vom 15. Januar 2004 ersuchte S&S Musik Hug um die Nachreichung der Preise für Sonderzubehör. Dieser Bitte kam Musik Hug mit E-Mail vom 16. Januar 2004 nach.

- Am **7. Januar 2005** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf und informierte sie u.a. darüber, dass die Berechnung der Verkaufspreise für Steinway & Sons gemäss den im Vorjahr festgelegten Eckpunkten vorgenommen worden sei: wie bisher ein Eurokurs von […], für Flügel eine Marge von [30–40] % und für Klaviere neu eine Marge von [30–40] %. Musik Hug bat Krompholz darum, die neue Kalkulation zu prüfen und ihr Einverständnis mitzuteilen. In ihrer Antwort vom 15. Januar 2005 teilte Krompholz Musik Hug mit, dass sie die Kalkulation überprüft habe, damit einverstanden sei und die Preise aus ihrer Sicht ab dem 17. Januar 2005 in Kraft gesetzt und entsprechend angeschrieben werden könnten.
- Mit interner E-Mail vom **10. Oktober 2005** informierte Musik Hug, dass Boston per 1. Oktober die Einkaufspreise erhöhe und sie in Absprache mit Krompholz die Verkaufspreise für die Schweiz neu kalkuliert habe. Musik Hug erläuterte, dass die Preiserhöhungen bei den Klavieren im Schnitt [0–10] %, bei den Flügeln im Schnitt [0–10] % betrugen, ab Montag nur noch die neuen Preislisten verwendet und die Preisschilder bei den Lager-Instrumenten angepasst werden sollten.
- Am **5. Januar 2006** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf, informierte darüber, dass die Verkaufspreise für Steinway & Sons wie im Vorjahr mit den gleichen Parametern kalkuliert worden seien, und bat um eine kurze Bestätigung der neu kalkulierten Verkaufspreise. Weiter teilte Musik Hug Krompholz mit, dass sie, sobald Krompholz ihr Einverständnis gegeben habe, die Preise zum Druck der Verkaufspreislisten an S&S weiterleiten werde und sie die neuen Preise bereits per 16. Januar 2006 anwenden möchte. In ihrer Antwort teilte Krompholz Musik Hug gleichentags mit, dass sie die Kalkulation in Ordnung fände, schlug vor, die Klavierpreise um [0–10] % zu erhöhen, und bat um eine Stellungnahme sowie um die neue Berechnung der Klavierpreise. Mit E-Mail vom 7. Januar 2006 teilte Musik Hug Krompholz mit, dass sie die Steinway-Verkaufspreise nochmals neu kalkuliert habe. Bei den Flügeln seien die Transportpreise aktualisiert worden und bei den Klavieren zwei Varianten, eine mit einer Marge von [30–40] % und eine mit einer Marge von [30–40] %, berechnet worden. Musik Hug schlug vor, für dieses Jahr die Piano-Marge auf [30–40] % zu erhöhen und nächstes Jahr wenn möglich [30–40] % zu kalkulieren, und erkundigte sich bei Krompholz, ob sie damit einverstanden sei. Krompholz antwortete mit E-Mail vom 7. Januar 2006, dass sie mit dem Vorschlag von Musik Hug einverstanden sei.
- Am **21. Dezember 2006** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf und übermittelte die Kalkulation der Verkaufspreise für Steinway ab 1. Januar 2007. Dabei informierte Musik Hug darüber, dass die Erhöhung bei den Flügeln durchschnittlich [0–10] % und bei den Klavieren [0–10] % betrage. Musik Hug erklärte diese Erhöhung damit, dass die Preise bisher mit einem Wechselkurs von […] berechnet worden seien, dies aber zu tief sei, S&S die Einkaufspreise um [0–10] % erhöhe, die Verkaufspreise in Deutschland netto (exklusive MWST) um [0–10] % bei den Flügeln und um [0–10] % bei den Klavieren erhöht würden und der Vergleich mit den deutschen Preisen unter Berücksichtigung der unterschiedlichen MWST-Sätze ergebe, dass die Schweizer Preise (mehrwertsteuerbereinigt) [0–10] % bei den Flügeln und [0–10] % bei den Klavieren über den deutschen Preisen lägen. Musik Hug bat Krompholz um eine kurze Bestätigung der errechneten Verkaufspreise, damit diese zum Druck der offiziellen Preislisten an S&S weitergeleitet werden könnten, und teilte mit, dass sie die neuen Preise per 1. Januar 2007 umsetzen werde. In ihrer Antwort vom 22. Dezember 2006 teilte Krompholz Musik Hug mit, dass sie – mit Ausnahme eines Korrekturvorschlags – mit den errechneten Preisen einverstanden sei.
- Mit E-Mail vom **12. April 2007** liess Musik Hug Krompholz auch die neu kalkulierten Verkaufspreise für die Steinway Crown Jewel Instrumente zukommen. Musik Hug teilte Krompholz mit, dass die gleiche Marge wie im Vorjahr kalkuliert worden sei, dabei allerdings der Wechselkurs zum Euro angepasst werden musste, und bat um Kenntnisnahme und Anpassung der entsprechenden Verkaufspreise. Krompholz bedankte sich bei Musik Hug mit E-Mail vom gleichen Tag.
- Am **17. Januar 2008** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf und liess ihr den Vorschlag der neuen Steinway-Verkaufspreise für die Schweiz zukommen. Dazu führte Musik Hug u.a. aus, dass die Marge gemäss dem Vorjahr unverändert belassen ([30–40] % bei den Flügeln, [30–40] % bei den Klavieren) und der Wechselkurs von […] angewandt worden sei. Weiter teilte Musik Hug mit, dass die Vorjahreskalkulation noch auf einem Wechselkurs von […] basierte, was bei einem Euro-Kurs von bis zu […] ziemlich viel Marge gekostet habe, sich die Preiserhöhung im Schnitt auf [0–10] % zum Vorjahr belaufe (was sehr viel sei, aber die Erhöhung der Einkaufspreise von S&S und der höhere Euro-Kurs keine andere Kalkulation zulassen würden) und die Differenz zu den Verkaufspreisen in Deutschland unter Berücksichtigung der unterschiedlichen MWST-

Sätze lediglich [0–10] % bei den Flügeln und [0–10] % bei den Klavieren betrage. Musik Hug hoffte, dass Krompholz mit dieser Preiskalkulation einverstanden sei, damit Musik Hug die Verkaufspreise für die Schweiz ab 1. Februar neu verbindlich einführen könne, und bat Krompholz um eine kurze Bestätigung. Schliesslich teilte Musik Hug Krompholz mit, dass sie die kalkulierten Preise an S&S zum Druck der offiziellen Verkaufspreislisten weiterleiten werde. Krompholz antwortete darauf mit E-Mail vom 19. Januar 2008 und teilte Musik Hug mit, dass sie – mit einer Ausnahme – in allen Punkten einverstanden sei. Krompholz teilte Musik Hug mit, dass es weiterhin wichtig sein werde, sich mit den Rabatten einzuschränken, damit eine gute Marge erzielt werde.

- Am **9. Mai 2008** verschickte Musik Hug eine interne E-Mail, in welcher mitgeteilt wurde, dass die Verkaufspreise für Boston in Absprache mit Krompholz und Steinway neu kalkuliert worden seien. Ausgeführt wurde weiter, dass die Einkaufspreise für Boston zwar unverändert geblieben seien, doch müsse der Euro-Wechselkurs angepasst werden, der anlässlich der letzten Boston-Preiserhöhung im Oktober 2005 noch mit […] kalkuliert worden sei. Abschliessend wurde festgehalten, dass ab sofort nur noch die neu gültige Verkaufspreisliste verwendet und die Preisschilder entsprechend angepasst werden sollen.
- Am **5. Januar 2009** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf und liess dieser die Kalkulationen der Verkaufspreise für S&S und Boston zukommen. Dazu führte Musik Hug aus, dass sie dafür plädiere, die Verkaufspreise für 2009 vorerst nicht zu erhöhen, sondern die Preiserhöhung von S&S durch den günstigeren Euro-Kurs auszugleichen. Musik Hug plädierte auch dafür, die aktuellen Verkaufspreise für die Schweiz für S&S und Boston beizubehalten, solange der Euro-Kurs nicht über […] steige und bat Krompholz um eine kurze Bestätigung, dass sie damit einverstanden sei. Krompholz antwortete darauf mit E-Mail vom 7. Januar 2009 und teilte Musik Hug mit, dass sie einverstanden sei, infolge des Eurokurses vorerst von einer Preiserhöhung abzusehen.
- Am **14. November 2009** kontaktierte Musik Hug Krompholz per E-Mail, liess ihr die Kalkulationen der neuen Verkaufspreise für Boston und Essex zukommen und bat Krompholz um eine Prüfung der Verkaufspreise sowie eine Bestätigung. Musik Hug führte in dieser E-Mail aus, dass die letzten Einkaufspreiserhöhungen im Verkauf ja nicht weitergegeben worden seien, weil sie diese durch den besseren Euro-Kurs ausgeglichen hätten. Weiter hielt Musik Hug fest, dass die Verkaufspreise bei Boston in Deutschland generell um [0–10] % erhöht würden. Mit einer Erhöhung von [0–10] % bei den Klavieren und knapp [0–10] % bei den Flügeln seien sie somit absolut im Rahmen. Am 2. Dezember 2009 bestätigte Krompholz, dass die neuen Kalkulationen der Essex und Boston-Instrumente in Ordnung seien.
- Am **6. Januar 2010** nahm Musik Hug mit Krompholz per E-Mail Kontakt auf, liess ihr einen Vorschlag für eine Preisliste im Entwurf zukommen und teilte ihr mit, dass sie die Preise neu kalkuliert habe und sie der Meinung sei, dass aufgrund des aktuellen Wechselkurses nochmals auf eine Verkaufspreiserhöhung in der Schweiz verzichtet und die Preise vorerst auf dem Niveau von 2008 belassen werden könnten. Musik Hug teilte weiter mit, dass evtl. im Verlaufe des Jahres eine Preiserhöhung vorgenommen werden müsste, wenn sich der Kurs wesentlich ändern sollte, und erkundigte sich bei Krompholz, ob sie damit einverstanden sei. Krompholz antwortete darauf mit E-Mail vom 7. Januar 2010 und teilte Musik Hug mit, dass sie der Auffassung sei, auf eine Preiserhöhung sicher im 1. Halbjahr noch zu verzichten. Krompholz führte weiter aus, dass sie der Kalkulation der Einkaufspreise bei Flügeln und Klavieren auf der Basis einer höheren Marge zustimmen könne, dies allerdings nicht dazu verleiten und missbraucht werden sollte, dass höhere Rabatte gewährt würden.

65. Unklar ist, ob es in den Jahren 2011 und 2012 entsprechende Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz gab. Musik Hug macht geltend, dass sie seit Juli 2011 die von S&S gedruckten Preislisten aufgrund der Entwicklung des Euro-Kurses nicht mehr verwendet und die Instrumente in der Ausstellung auch nicht mehr mit den Listenpreisen angeschrieben habe. Im Juli 2012 habe sie eigenständig eine eigene Preisliste mit tieferen Preisen anfertigen lassen. Gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel ist ersichtlich, dass Musik Hug am 2. Juni 2012 intern kommunizierte, dass ein Vorschlag für ihre neuen Richtpreise erarbeitet worden sei, und eine von Musik Hug angefertigte Preisliste mit tieferen Preisen ab 1. Juli 2012 besteht. Die eingereichte Preisliste für Flügel und Klaviere der Marke Steinway mit Gültigkeitsdatum 1. Januar 2011 weist gemäss eigener Aussage von Musik Hug seit 2008 unveränderte Preise und damit abgesprochene Preise auf (vgl. oben, Rz 64, Punkt 7). Eine von der Herstellerin S&S eingereichte Verkaufspreisliste Schweiz, welche als gültig ab 1. Januar 2012 bezeichnet ist, weist weiterhin dieselben Verkaufspreise aus. Gemäss Aussage von Musik Hug ist auch die Preisliste für Flügel und Klaviere der Marke Boston mit Gültigkeitsdatum 1. November 2009 seither unverändert (vgl. oben, Rz 64, Punkt 10). Zudem zeigt die Auswertung der getätigten Verkäufe, dass auch in den Jahren 2011 und 2012 – in manchen Filialen von Musik Hug auch nach Juli 2012 – Verkäufe basierend auf den abgesprochenen Listenpreisen getätigt wurden (vgl. dazu unten, Rz 203 ff.). Somit wurden entgegen den Ausführungen von Musik Hug die abgesprochenen Preise bis und mit 2012 verwendet.

Zu gewährende Rabatte

66. Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, haben sich Musik Hug und Krompholz bezüglich der Schweizer Listenpreise untereinander abgesprochen, d.h. die für die Schweiz geltenden Listenpreise gemeinsam festgelegt. Wie bereits teilweise den obenstehenden Ausführungen entnommen werden kann, haben sich Musik Hug und Krompholz indes nicht nur bezüglich der Listenprei-

se in der Schweiz untereinander abgestimmt, sondern auch hinsichtlich der auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte. Dies belegen die nachfolgenden Erläuterungen.

67. In der mündlichen Ergänzung zu ihrer Bonusmeldung sagte Musik Hug auf die Frage, ob man sich auf die Höhe der Rabatte geeinigt habe, dass es vom Verband aus in den 90ern einen sogenannten Musikerrabatt, einen Institutionsrabatt gegeben habe. Es habe vom Schweizerischen Klavierhändlerverband Vorgaben dieser Rabatte gegeben. Das seien Richtlinien gewesen. An diese hätten sie sich gehalten. Diese Rabatte seien dann eine maximale Abweichung vom oben beschriebenen Listenpreis gewesen. Dieser Aussage lässt sich entnehmen, dass es in der Vergangenheit Vorgaben des Schweizerischen Klavierhändlerverbandes[26] bezüglich der auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte gab.

68. Darüber hinaus sagte Musik Hug in diesem Zusammenhang Folgendes aus:

- Auf die Frage, ob Musik Hug wisse, ob sich Krompholz und La Bottega an die Abmachung betreffend die zu gewährenden Maximalrabatte im Zeitraum 2004–2010 hielten, antwortete Musik Hug, dass dies mehrheitlich der Fall gewesen sei. Die Klavierhändler-Rabattrichtlinie bzgl. der 10 % habe es bis ca. 2002/2003 gegeben und sei mehrheitlich eingehalten worden.
- Auf die daran anschliessende Frage, wie es nach 2002/2003 praktiziert worden war, antwortete Musik Hug, dass man sich nach 2002/2003 auf die 10 %-Regel geeinigt habe. Und auf die Nachfrage, wie diese Einigung zustande gekommen war, antwortete Musik Hug, dass es Telefonate zwischen den Händlern Krompholz, Musik Hug und Jecklin gegeben habe.
- Auf die Frage, wie sie die Preise festlege, antwortete Musik Hug u.a., dass man sich am Meeting im Jahr 2010 einig gewesen sei, dass eine Differenz von 10 % über den Preisen von Deutschland wegen der höheren Personal- und Raumkosten in der Schweiz in Ordnung sei. Daraus sei eine Schweizer Preisliste erstellt worden, die S&S für die Schweizer Händler publiziert habe. Man habe sich darauf geeinigt, dass die drei Schweizer Händler nicht mehr als 10 % unter diesen Preis gehen würden.
- Auf die Frage, ob sich Musik Hug an diese Abmachung betreffend die Richtlinien, wie weit man vom Listenpreis abweicht, gehalten habe, antwortete Musik Hug, dass sie dies getan habe, so lange der Euro stabil blieb, d.h. bis Sommer 2011.
- Auf die Frage, wie sich Musik Hug nach dem Sommer 2011 im Zusammenhang mit der Abmachung bezüglich der Richtlinien, wie weit man vom Listenpreis abweichen darf, verhalten habe, antwortete Musik Hug u.a., dass die Differenz zu Deutschland höher geworden sei, was dazu geführt habe, dass die 10 % praktisch zur Regel geworden seien. Das Maximum sei zur Regel geworden. In Einzelfällen sei es auch darüber gegangen, es hätten zum Beispiel auch 15 % werden können, mehr als 15 % seien es aber in der Regel nicht gewesen.

69. Im Rahmen ihrer Selbstanzeige gab Musik Hug weiter an, dass das Thema Maximalrabatt anlässlich eines Treffens im Jahr 2010 in Zürich besprochen worden sei, bei dem neben ihr, Krompholz und La Bottega auch ein Vertreter von S&S anwesend gewesen sei. Gemäss Musik Hug sei die Initiative zum Thema wohl von S&S ausgekommen. Ferner seien sich alle Teilnehmer stillschweigend darüber einig gewesen, den Maximalrabatt von 10 % nicht zu überschreiten.

70. Das Bestehen vorgegebener Rabatte, die auf die Listenpreise gewährt werden sollten, wird auch durch die folgenden Aussagen von Musik Hug belegt:

- Auf die Frage, ob es Maximal-Rabatte auf den Listenpreis gebe, antwortete ein Vertreter von Musik Hug, dass sie immer Schallmauern gehabt hätten. Es seien mal 4 % und 3 %, d.h. 4 % Rabatt und 3 % Skonto gewesen. Ursprünglich sei der Profi-Rabatt 4 %, dann 5 %, dann 10 %, dann über 10 % gewesen, was für Musik Hug ein Problem gewesen sei.
- Auf die Frage, ob Musik Hug sich mit anderen Händlern in der Schweiz über Rabatte abgesprochen hätte, antwortete Musik Hug, dass sie garantiert über Rabatte gesprochen habe.
- Auf die Frage, was mit Preisgestaltung in der Schweiz gemeint sei, antwortete Musik Hug, dass es zwei Sachen gebe; wie weit man mit Rabatten für den Kunden, d.h. Richtlinien wie weit man vom Listenpreis weg gehe. Der Listenpreis sei ein unverbindlicher Verkaufspreis und die Frage beziehe sich dann darauf, wie weit man vom unverbindlichen Verkaufspreis abgehen dürfe.

71. Aus dem Voranstehenden ergibt sich, dass es vor dem Jahr 2004 offenbar Vorgaben des Klavierhändlerverbandes gab, welche die Höhe der auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte regelten. An diese Vorgaben haben sich die Schweizer Händler (mindestens bis zum Jahr 2004) gehalten. Nach diesem Zeitpunkt haben sich die Händler Musik Hug und Krompholz geeinigt, nicht allzu hohe Rabatte auf die abgesprochenen Verkaufspreise zu gewähren, wobei sich (wenn auch stillschweigend) eine maximale Höhe von 10 % eingependelt hat. Des Weiteren ist festzuhalten, dass auch nach dem Sommer 2011 eine Einigung betreffend diese 10 %-Rabattregel gegolten hat, sich Musik Hug und Krompholz daran gebunden fühlten und versuchten diese umsetzen, auch wenn deren Umsetzung aufgrund des Preisdruckes wohl schwieriger war. Zudem lässt sich anhand der tatsächlich gewährten Rabatte von Musik Hug und Krompholz belegen, dass diese 10 %-Rabattregel – auch in den Jahren 2011 und 2012 – in hohem Masse eingehalten wurde (vgl. dazu unten, Rz 203 ff.).

[26] Den Schweizer Klavierhändlerverband gibt es heute nicht mehr. Er wurde abgelöst vom Schweizer Verband der Klavierbauer und -stimmer (SVKS; ASFP), vgl. <www.svks.ch> (14.12.2015).

Untersuchungsrelevanter Zeitraum

72. Am 27. November 2012 bzw. am 15. Januar 2013 haben Musik Hug bzw. Krompholz ihre Selbstanzeigen eingereicht (vgl. oben, Rz 18 f., sowie unten, Rz 422 ff.). Aus den vorstehenden Ausführungen ist ersichtlich, dass Musik Hug und Krompholz die beschriebene koordinierte Kalkulation der Verkaufspreise für Produkte von S&S bis ins Jahre 2012 praktiziert haben. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz bis am 27. November 2012 Bestand hatte, sodass in der Folge die Zeitspanne vom 1. April 2004 bis am 27. November 2012 als untersuchungsrelevanter Zeitraum zu betrachten ist, wobei ergänzend anzufügen ist, dass die Abrede zwischen den genannten Händlern den im Recht liegenden Beweismitteln zufolge (mindestens) bis ins Jahr 1999 zurückgeht.

Zwischenergebnis

73. Zusammenfassend zeigt sich, dass Musik Hug und Krompholz im untersuchungsrelevanten Zeitraum jeweils zu Beginn des Jahres vereinbart haben, welche Listenpreise zu verwenden waren. Die Austausche fanden regelmässig – i.d.R. im Monat Januar – statt und waren darauf ausgerichtet, die Handlungsweisen beider Unternehmen gleichzuschalten. Hinzu kommt, dass sich Musik Hug und Krompholz über die auf die gemeinsam festgelegten Listenpreise zu gewährenden maximalen Rabatte in der Höhe von 10 % geeinigt haben. Durch die gegenseitigen Austausche verzichteten Musik Hug und Krompholz darauf, die Verkaufspreise für die in Rede stehenden Produkte selber zu kalkulieren, wodurch sie auf die eigene Festlegung ihrer Wettbewerbsposition verzichteten. Musik Hug und Krompholz waren sich des Inhaltes der E-Mails bewusst. Die gemeinsam kalkulierten Preise sollten als offizielle Preisliste gedruckt und als Ausgangslage für Verkäufe benutzt werden. Die Austausche waren auch gewollt, was insbesondere daran zu erkennen ist, dass Musik Hug Krompholz jeweils um eine Bestätigung der von ihr berechneten Listenpreise bat. Diese E-Mail-Austausche sowie die zwischen Musik Hug und Krompholz bestehende Einigung über die auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte sind somit als eine Vereinbarung zu qualifizieren.

B.5.1.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

74. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

75. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.[27] Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.[28]

76. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ alternativ voraus, nicht kumulativ, wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt.[29] Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken“ genügt.[30] Für die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 1 KG ist es nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden ist und dadurch bestimmte Wirkungen im Markt ausgelöst hat.[31] Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass gemäss Art. 5 KG eine Wettbewerbsabrede nur unzulässig ist, wenn sie sich wettbewerbsbeseitigend oder erheblich -behindernd auswirkt. Die in Art. 4 Abs. 1 KG vorgesehene Variante des blossen „Bezweckens“ bleibt dadurch letztlich ohne praktische Bedeutung. Art. 5 KG wirkt jedoch nicht auf die Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG zurück und ändert mithin nichts an der dort statuierten Definition von Wettbewerbsabreden und insbesondere der hierbei vorgesehenen Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale.

77. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.[32] Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.[33]

78. In casu verhält es sich so, dass die Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz darauf ausgerichtet waren, den Preiswettbewerb zwischen den Schweizer Händlern auszuschalten. Die beiden Unternehmen kalkulierten und stimmten die Listenpreise in der Schweiz untereinander ab, leiteten diese dann S&S weiter, damit diese die Preisliste drucken und an sämtliche Schweizer Händler verteilen konnte. Diese Preisliste diente als Basis für die Verkäufe von Flügeln und Klavieren der Marken Steinway, Boston und Essex. Daneben bestand zwischen Musik Hug und Krompholz auch eine Einigung darüber, auf die abgesprochenen Listenpreise maximal 10 % Rabatt zu gewähren.

[27] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.
[28] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.
[29] Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.
[30] So auch: Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.
[31] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.
[32] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.
[33] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 632 E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 571 E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

79. Den E-Mails lässt sich entnehmen, dass sowohl Musik Hug als auch Krompholz bewusst die Verkaufspreise für die Schweiz untereinander koordinieren und abstimmen wollten (vgl. oben, Rz 64). Ziel der gegenseitigen Austausche war es u.a., eine gemeinsam festgelegte Marge zu realisieren. Beide Unternehmen waren sich auch bewusst, dass es sich um die Listenpreise für die Schweiz handelte und es war beiden Unternehmen klar, dass die abgestimmten Preise Eingang in die von S&S zu druckende Liste finden sollten. Darüber hinaus bestand zwischen Musik Hug und Krompholz Einigkeit darüber, auf die abgestimmten Listenpreise maximal 10 % Rabatt zu gewähren (vgl. oben, Rz 66 ff.).

80. Indem Musik Hug und Krompholz im untersuchungsrelevanten Zeitraum auf der Basis der Einstandspreislisten von S&S die Schweizer Listenpreise gemeinsam abgesprochen haben sowie mit der gegenseitigen Abstimmung, i.d.R. maximal 10 % Rabatt zu geben, haben Musik Hug und Krompholz den Wettbewerbsparameter Preis zum Programm erhoben. Die Koordination der Verkaufspreise für die Schweiz durch die beiden Händler Musik Hug und Krompholz ist grundsätzlich geeignet, zu einer Preisharmonisierung auf der Handelsstufe und dadurch zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs zu führen. Damit sind in casu sowohl die Voraussetzungen des Bezweckens als auch des Bewirkens ohne Weiteres erfüllt.

81. Musik Hug macht in diesem Zusammenhang wiederholt geltend, dass es sich bei den ausgetauschten Preisen um unverbindliche Preisempfehlungen von S&S für den Wiederverkauf der Flügel und Klaviere gehandelt haben soll. Diese Behauptung von Musik Hug stösst allerdings schon deswegen ins Leere, da es sich bei den Preislisten nicht um Empfehlungen von S&S handeln kann, da die darin enthaltenen Preise eben nicht vom Hersteller stammen, sondern – wie die obenstehenden E-Mail-Austausche zeigen (vgl. oben, Rz 64 ff.) – von Musik Hug berechnet und zwischen den beiden Händlern Musik Hug und Krompholz abgesprochen waren. Zudem hatten die Preislisten keineswegs unverbindlichen Charakter (vgl. unten, Rz 107 f.).

82. Musik Hug bringt in ihrer „persönlichen Eingabe“ vom 11. Dezember 2015 an den Präsidenten (vgl. oben, Rz 44) ihr Unverständnis darüber zum Ausdruck, dass es aus ihrer Sicht keine Rolle spielt, ob ein Hersteller ohne Zutun von Händlern Listenpreise berechnet und diese in der Folge den Händlern zustellt, oder ob Händler sich direkt austauschen und ihre Listenpreise zusammen berechnen. Dieses Unverständnis bringt nichts anderes als die Uneinsichtigkeit von Musik Hug in ihr eigenes Fehlverhalten zum Ausdruck.

83. Deshalb sei an dieser Stelle noch einmal mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass es sehr wohl einen Unterschied macht, *wer* Listenpreise berechnet. Inwiefern es zulässig ist, wenn Hersteller dies tun, kann an dieser Stelle offen bleiben. Das Kartellgesetz bringt aber klar zum Ausdruck, dass sich direkte Konkurrenten nicht über Preise oder einzelne Preiselemente austauschen, sondern sämtliche Elemente ihres Verkaufspreises unabhängig von Konkurrenten berechnen sollen. Konkurrenten, die sich über die Berechnung von Listenpreisen austauschen, geben diese erforderliche Unabhängigkeit auf, da sie offenlegen, wie sie Preise berechnen, und bekanntgeben, welche Preise sie als Ausgangslage für Preisverhandlungen verwenden werden. Stammen Listenpreise vom Hersteller, fehlt es an diesen Elementen.

84. Aufgrund des Vorstehenden sind die Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

B.5.1.2. Abgestimmte Verhaltensweise zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega

85. In seinem Antrag kam das Sekretariat zum Schluss, dass es nicht als nachgewiesen erachtet werden könne, dass La Bottega bewusst und gewollt mit Musik Hug und Krompholz zusammengewirkt hat und somit an der Wettbewerbsabrede zwischen Krompholz und Musik Hug beteiligt war. Die WEKO teilt diese rechtliche Würdigung nicht und hat geprüft, ob das Verhalten von La Bottega als abgestimmte Verhaltensweise in Bezug auf die vorstehend dargelegte Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz zu qualifizieren ist. Vor ihrem Entscheid hatte die WEKO La Bottega über die allfällige andere rechtliche Würdigung ihres Verhaltens informiert und ihr die Möglichkeit gegeben, vorgängig schriftlich sowie im Rahmen der Anhörung mündlich Stellung zu nehmen (vgl. oben, Rz 39 ff. sowie unten, Rz 93 ff.).

86. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ebenfalls als Wettbewerbsabreden. Wie erwähnt, fehlt es einem Unternehmen dabei jedoch an einem Bindungswillen. Ein aufgrund von Markt- und Kostenstrukturen praktiziertes Parallelverhalten stellt noch kein abgestimmtes Verhalten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Damit eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, muss vielmehr ein Mindestmass an Koordination unternehmerischer Strategien zwischen Unternehmen vorhanden sein, was nach Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) eine Kontaktnahme der beteiligten Unternehmen in irgendeiner Form erfordert.[34] Eine hinreichende Koordination liegt vor, wenn die Wettbewerbsteilnehmer bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.[35] Eine „bewusst praktische Zusammenarbeit“ ist durch einen planmässigen Austausch von bestimmten Marktinformationen gekennzeichnet, was den Unternehmen anschliessend erleichtert, das Verhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren und ihr eigenes Verhalten darauf auszurichten.[36] Es reicht insofern aus, dass Wettbewerber bewusst ein Verhalten an den Tag legen, welches die Abstimmung

[34] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 629 E. 6.3.1.15, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 565 E. 5.3.1.1.22, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 604 E. 5.3.7.2, *SFS unimarket AG/WEKO*.

[35] RPW 2005/1, 192 N 6, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito/Weko*; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 101; EuGH Rs. 52/69 vom 14.7.1972, Slg. 1972, 787 Rz 26, *Geigy/Kommission*.

[36] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 KG N 102; vgl. dazu auch RPW 2004/2, 333 N 12, *ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen*; RPW 2003/2, 279 N 33, *Fahrschule Graubünden*.

ihres Geschäftsverhaltens erleichtert und die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert.[37] Eine gemeinsame Beschlussfassung im Sinne eines Vertrags muss nicht vorliegen.[38] Die Abrede muss zudem von den beteiligten Unternehmen aus freien Stücken abgeschlossen und umgesetzt werden.[39] Schliesslich muss die planmässige Koordination kausal sein für das festgestellte Parallelverhalten.[40]

87. Zunächst fällt für die WEKO ins Gewicht, dass La Bottega ihrer eigenen Aussage zufolge wusste, dass die Listenpreise für die Schweiz von Musik Hug berechnet und von S&S gedruckt wurden. Dies wird u.a. durch die folgenden Aussagen belegt:

- Im Rahmen ihrer Selbstanzeige führte La Bottega aus, dass Musik Hug die Steinway-Preisliste für die Schweiz mache. Die werde La Bottega dann geschickt und an diese Preise sollte sie sich halten. So würden Produkte im Geschäft angeschrieben.
- Auf die Frage, ob sie wisse, wie die Fixpreise berechnet werden, antwortete La Bottega, dass ihr […] von Musik Hug die Berechnung einmal erklärt habe.

88. Bestätigt hat dies La Bottega auch in schriftlicher Form. La Bottega sei bekannt gewesen, dass die Preise jeweils auf Kalkulationen basierten, welche von […] von Musik Hug erstellt wurden. Gedruckt worden seien die Preislisten nach dem Wissensstand von La Bottega in Hamburg resp. von S&S. Gemäss La Bottega seien die Preislisten jeweils von [S&S] abgegeben worden.

89. La Bottega wurde im Jahr 2005 denn auch über die Abstimmung der Verkaufspreise zwischen Musik Hug und Krompholz mittels Fax von Musik Hug informiert resp. fragte die Zustellung der abgestimmten Preise nach, was die Aussage belegt, dass La Bottega die letzten Preise im Jahr 2011 und auch erst auf Nachfrage erhalten habe. An die Preise halte sich La Bottega so gut es gehe. Heute sei es üblich, dass man märte. Die Preise würden wohl an S&S gesendet, die dann die Preisliste drucke.

90. Es liegt somit ein planmässiger und wiederholter Informationsaustausch zwischen Musik Hug und Krompholz einerseits und La Bottega andererseits vor. La Bottega hat diese Informationen während Jahren erhalten und im Wissen um deren Zustandekommen angefordert. Musik Hug und Krompholz wussten einerseits, dass sich La Bottega an den Preislisten orientieren wird; andererseits informierte Musik Hug La Bottega über die mit Krompholz abgestimmten Preislisten.

91. Basierend auf diese Kenntnisse stimmte La Bottega ihr Geschäftsverhalten auf das Verhalten von Musik Hug und Krompholz ab, was nach Ansicht der WEKO insbesondere durch die folgenden Aussagen von La Bottega dokumentiert wird:

- La Bottega führte in ihrer Selbstanzeige aus, dass sie nach wie vor die Preisliste von S&S 2011 brauche, da es keine neue gebe. Sie diese brauche und keine eigene mache, weil es gegenüber dem Kunden besser aussehe, wenn die Preisliste von offizieller Seite komme.
- Weiter führte La Bottega aus, dass, wenn sie Flügel zum Listenpreis hätte verkaufen können, sie das gemacht hätte. Aber der Markt spiele schon seit ca. 10 Jahren verrückt und Instrumente könnten nicht mehr zu Listenpreisen verkauft werden.
- Auf die Frage, ob sie sich an die vorgegebenen Fixpreise gehalten habe, antwortete La Bottega, dass die Preislisten Anhaltspunkte gewesen seien, die sie den Kunden zeigen würde. Die Kunden würden dann jeweils äussern, dass z.B. Musik Hug in Zürich 10 % Rabatt gebe. In der Folge werde verhandelt.
- Auf die Frage, ob sie sich generell an die europäischen Preise gehalten habe, antwortete La Bottega, dass sie dies nur in diesem Fall [Anmerkung der WEKO: Ausschreibung für die ZHdK] getan habe. Für einen Verkauf in der Schweiz habe sie sich an die Preisliste gehalten, welche ihr von S&S zugestellt und zuvor von Musik Hug berechnet worden sei.
- Auf die Aufforderung, zu beschreiben, was das Problem an den vorgegebenen Preisen sei, antwortete La Bottega, dass sich niemand an diese Preise halte.
- Auf die Frage, worin denn die Motivation bestanden habe, die Preisliste zu verlangen, sagte La Bottega, dass man so etwas in der Hand habe und dass eine Preisliste eine Basis sei, wovon man ausgehen könne. Man könnte allerdings auch eine eigene Preisliste machen.
- Auf die Nachfrage, ob sie denn eine eigene Preisliste gemacht habe, sagte La Bottega, dass sie hierfür keinen Büroapparat habe und dass man ja nicht eine eigene Liste machen müsse, wenn man schon eine erhalte.
- Auf die Frage, ob La Bottega völlig andere Preise gesetzt hätte, wenn sie die Preislisten nicht erhalten hätte, sagte sie, dass es gut gewesen sei, eine Preisliste zu haben. So hätte man sich an etwas halten können und man wisse dann, was ein bestimmtes Produkt koste und diskutiere nicht.

[37] KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz 180, 190, *Kautschukchemikalien*.

[38] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 589 E. 5.3.7.3, *SFS unimarket AG/WEKO*. In Bezug auf die EU zuletzt das Urteil des EuG vom 17. Mai 2013 T-154/09 *Manuli Rubber Industries SpA*, Rz 160; ferner die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes: EuGH C-8/08 T-*Mobile Netherlands BV*, Slg. 2009 I-4529 Rz 26; EuGH C-199/92 P *Hüls AG*, Slg. 1999 I-04287 Rz 158; EuGH C-49/92 P *Anic Partecipazioni SpA*, Slg. 1999 I-04125 Rz 115; EuGH verb. Rs. C-89/85 et al. *Ahlström*, Slg. 1993 I-00111 Rz 63; EuGH verb. Rs 40-48/73 et al. *Suiker Unie* Slg. 1975 01663 Rz 26/28; JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 4 N 13; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 21), Art. 4 Abs. 1 N 101; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 10 N 36.; HELMUTH SCHRÖTER/PHILIPP VOET VAN VORMIZEELE, in: Europäisches Wettbewerbsrecht, Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), 2014, Art. 101 AEUV N 55.

[39] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 604 E. 5.3.7.4, *SFS unimarket AG/WEKO*.

[40] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 604 E. 5.3.7.5, *SFS unimarket AG/WEKO*. Vgl. zum europäischen Kartellrecht VOLKER EMMERICH, in: Europäisches Wettbewerbsrecht Band I, EU/Teil 1, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 101 Abs. 1 AEUV N 95.

92. Gestützt auf die vorstehend dargelegten Elemente kommt die WEKO zum Schluss, dass das Verhalten von La Bottega in Verbindung mit der Vereinbarung zwischen Musik Hug und Krompholz als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist[41], da La Bottega wusste, dass die Preislisten zwischen Musik Hug und Krompholz abgesprochen waren und sie ihr Geschäftsverhalten danach ausrichtete. Der Informationsaustausch (d.h. die planmässige Koordination) war kausal für das Preissetzungsverhalten von La Bottega. Für die WEKO ist erstellt, dass La Bottega an der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Musik Hug und Krompholz beteiligt ist.

93. An dieser Einschätzung vermag auch die Behauptung von La Bottega nichts zu ändern, sie sei unter Druck gesetzt worden, die Preislisten einzuhalten, da ihr angedroht worden sei, dass der Vertriebsvertrag gekündigt würde, denn für diese Druckausübung findet sich in den im Recht liegenden Beweismitteln keine haltbare Stütze. La Bottega macht dazu widersprüchliche Aussagen. Zum Teil bringt sie vor, Musik Hug und/oder S&S hätten sie unter Druck gesetzt. An anderen Stellen sagt sie dagegen aus, sie sei frei gewesen in ihrer Preisgestaltung, es habe weder Kontrollen noch Druck durch andere Marktteilnehmer gegeben.

94. Die WEKO anerkennt zwar, dass La Bottega scheinbar nicht an den Kalkulationen der Listenpreise beteiligt war. Entscheidend für die WEKO ist aber, dass La Bottega wusste, dass ihre Konkurrenten Musik Hug und Krompholz die Listenpreise abgesprochen haben und dass La Bottega diese Preise als Ausgangslage für Produktverkäufe verwendete. Dies zeigen auch die von La Bottega im Rahmen der Anhörung vom 7. Dezember 2015 eingereichten Rechnungen (vgl. unten, Rz 225 ff.). In Bezug auf das nicht stichhaltige Argument von La Bottega, sie hätte im gesamten Gebiet der Schweiz unter dem Listenpreis Produkte verkauft, kann auf die Ausführungen zu den Listenpreisen verwiesen werden (vgl. unten, Rz 110 ff.). Schliesslich ist der Hinweis von La Bottega, dass sie aktiv ausserhalb des Tessins offeriert hätte, zwar zutreffend, hat aber nichts mit der hier in Rede stehenden Wettbewerbsabrede zu tun.

95. Angesichts des Umstandes, dass es für die Qualifikation als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG unerheblich ist, ob eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, geht die WEKO somit für die weitere Beurteilung von einer Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega aus. Diese Abrede hatte denselben Inhalt: Die Wiederverkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken S&S, Boston und Essex zu koordinieren.

96. Musik Hug bestreitet einerseits, dass in Bezug auf das Preisverhalten von La Bottega beim Verkauf von S&S-Instrumenten eine Verhaltensabstimmung mit Musik Hug und Krompholz vorliegen würde. La Bottega habe sich weder an die Vorgaben im Vertriebsvertrag mit S&S bezüglich der Vertragsgebiete noch an die Preisrichtlinien in den Listenpreisen gehalten. Zudem habe La Bottega nach Ansicht von Musik Hug gar nie den Willen gehabt, sich selber anzuzeigen bzw. eine Bonusmeldung bei der WEKO einzureichen.

97. Auf diese Argumente von Musik Hug ist aus den vor- bzw. nachstehenden Gründen nicht weiter einzugehen, sodass auf die entsprechenden Stellen verwiesen werden kann (vgl. oben, Rz 85 ff. sowie unten, Rz 418 ff.).

98. Schliesslich stellte Musik Hug den Antrag, dass Musik Hug durch das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums über den Status von La Bottega als Bonusmelderin i.S.v. Art. 9 Abs. 2 Bst. a KG zu informieren sei und ihr im Sinne ihres Anspruches auf rechtliches Gehör die Gelegenheit einzuräumen sei, zu diesem Status Stellung zu nehmen.

99. Dazu hält die WEKO fest, dass Musik Hug sowohl die Möglichkeit hatte, sich zum Antrag des Sekretariats, in welchem dieses beantragte, die Untersuchung gegen La Bottega einzustellen, als auch zur anderslautenden Würdigung der WEKO Stellung zu nehmen. In diesem Rahmen wurde Musik Hug einerseits selber angehört und sie hatte andererseits die Möglichkeit, an der Anhörung von La Bottega teilzunehmen sowie sich mehrmals in schriftlicher Form zu äussern. Damit wurde Musik Hug ihr rechtliches Gehör, welches sich grundsätzlich auf die rechtserheblichen Sachfragen beschränkt[42] und nicht auf die rechtliche Würdigung derselben erstreckt, umfassend gewährt, sodass der Antrag von Musik Hug abzuweisen ist.

B.5.1.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe

100. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken.[43] Auf derselben Marktstufe befinden sich Unternehmen, wenn sie infolge der Austauschbarkeit ihrer Güter oder Dienstleistungen tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potentiell) in Konkurrenz zueinander stehen.[44]

101. Musik Hug, Krompholz und La Bottega sind Handelsunternehmen für Flügel und Klaviere u.a. der Marken Steinway, Boston und Essex. Sie sind rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängig und stehen sich am Markt grundsätzlich als Wettbewerber gegenüber. Die zu beurteilende Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega ist somit als solche zwischen Unternehmen derselben Marktstufe und damit als horizontal zu qualifizieren.

---

[41] Auch im europäischen Kartellrecht ist es anerkannt, dass sich eine kartellrechtsrelevante Verhaltenskoordinierung gleichzeitig aus Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen zusammensetzen kann. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, § 10 N 36.

[42] STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 66.

[43] Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 545.

[44] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 624 E. 6.2.16, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 562 E. 5.2.1.8, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 598 E. 5.2.13, *SFS unimarket AG/WEKO*.

B.5.1.4. Zwischenergebnis

102. Die Austausche zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega sind als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Diese zielte darauf ab, die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex in der Schweiz systematisch abzustimmen und war geeignet, zu einer Preisharmonisierung auf der Handelsstufe und dadurch zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs zu führen.

B.5.2. Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG – Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

103. In diesem Abschnitt wird gezeigt, dass es sich bei der Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega um eine horizontale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handelt. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;

b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.5.2.1. Vorliegen einer horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

104. Der Begriff der Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird insgesamt weit ausgelegt. Er umfasst als Gegenstand der Abrede neben dem Preis auch sämtliche Preiselemente oder -komponenten. Unter den Vermutungstatbestand fällt nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen.[45]

105. Der Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Damit ist für die Unterstellung unter diesen Vermutungstatbestand die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel entscheidend, mit dem diese erreicht wird. Der Vermutungstatbestand gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.[46]

106. Die hier zu beurteilende Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega, mit welcher die Schweizer Listenpreise abgestimmt wurden, zielte darauf ab, die Verkaufspreise für S&S-Produkte auf einem bestimmten Niveau zu halten (vgl. oben, Rz 64 f.). Mit den regelmässigen Austauschen zur Kalkulation der Listenpreise, die stets nach dem gleichen Schema abliefen, bezweckten Musik Hug und Krompholz, den Preiswettbewerb auf der Handelsstufe auszuschalten und die damit verbundenen Risiken, insbesondere Margenverluste, abzufedern resp. zu verhindern. La Bottega war in Kenntnis dessen und stimmte ihr Verhalten mit demselben Zweck ab (vgl. oben, Rz 85 ff.). Der Preis ist eines der zentralen Elemente im Wettbewerb. Der Preiswettbewerb für die in Rede stehenden Produkte konnte mit der Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega im untersuchungsrelevanten Zeitraum verhindert resp. beschränkt werden, womit sich die daran beteiligten Unternehmen die von ihnen festgelegten Margen sichern konnten. Aus kartellrechtlicher Sicht ist bereits diese Abstimmung der Listenpreise alleine ausreichend, um den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu erfüllen.

107. Die Verbindlichkeit der abgesprochenen Listenpreise zeigt sich durch die Betrachtung der E-Mail-Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz (vgl. unten, Rz 108); darüber hinaus lässt sich den im Recht liegenden Beweismitteln nicht entnehmen, dass die Listenpreise unverbindlichen Charakter haben sollten (vgl. oben, Rz 64). Die hier zu beurteilende Preisabrede ging aber noch deutlich weiter, denn Musik Hug und Krompholz haben nicht nur die Listenpreise, sondern auch die darauf zu gewährende Rabatthöhe abgesprochen. Den Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz kommt somit ein besonders hohes Schädigungspotential zu.

108. Die Basis und den Ursprung der hier vorliegenden Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG stellen die E-Mail-Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz dar, deren Betrachtung zweifelsohne zeigt, dass sich die beiden Unternehmen über die Schweizer Verkaufspreise einigten. Musik Hug stellte Krompholz i.d.R. einen Entwurf der von ihr kalkulierten Listenpreise zu, bat um eine Stellungnahme bzw. die Einverständniserklärung von Krompholz und kündigte vereinzelt den Zeitpunkt an, ab dem die Listenpreise gelten sollten (vgl. oben, Rz 64). Dies verdeutlicht, dass der Zweck der Austausche darin bestand, sich über die anzuwendenden Verkaufspreise untereinander abzustimmen, was durch die folgenden Passagen eindrücklich bestätigt wird:

- E-Mail von Musik Hug an Krompholz: *„(…). Wir hoffen, dass Sie mit unserem Vorschlag einverstanden sind und bitten Sie um eine kurze **Bestätigung*** [Hervorhebung durch die WEKO]*. Wir werden dann die neuen Verkaufspreise an Steinway weiterleiten zum Druck der neuen Verkaufspreislisten. Sind Sie damit einverstanden, dass die neuen Preise ab 1.2.2004 **gültig sein*** [Hervorhebung durch die WEKO] *sollen? (...)“*

- E-Mail von Musik Hug an S&S: *„(…). Im Anhang finden Sie wie besprochen die neu kalkulierten Verkaufspreise für die Schweiz. Wir haben die Preise **mit der Fa. Krompholz abgestimmt*** [Hervorhebung durch die WEKO]*. (…)“*

[45] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 634 E. 6.4.11, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 574 E. 5.4.22, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

[46] Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 468, 567; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 KG N 115 ff.; PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 374 ff.

- E-Mail von Musik Hug an Krompholz: *„(…). Darf ich Sie bitten, die neue Kalkulation zu prüfen und mir ihr* ***Okay*** [Hervorhebung durch die WEKO] *nach Ihrer Rückkehr mitzuteilen. Wir würden die neuen Preise dann* ***gerne schon per Montag, 17. Januar, umsetzen*** [Hervorhebung durch die WEKO]*. (…)"*
- E-Mail von Krompholz an Musik Hug: *„(…). Die Preise können auch von uns her gesehen ab Mo. 17.1.* ***in Kraft gesetzt werden und entsprechend angeschrieben*** [Hervorhebung durch die WEKO] *werden. (…)"*
- E-Mail von Musik Hug an Krompholz: *„(…). Wir bitten um eine kurze* ***Bestätigung der errechneten Verkaufspreise*** [Hervorhebung durch die WEKO]*, damit wir diese zum Druck der offiziellen Preislisten an S&S weiterleiten können. Per 1.1.2007 werden wir* ***die neuen Preise bereits umsetzen*** [Hervorhebung durch die WEKO]*. (…)"*
- E-Mail von Musik Hug an Krompholz: *„(…). Okay, wenn der B-Flügel schon unter 110'000.- gedrückt werden soll, dann reicht es doch auch, wenn wir den* ***Preis bei 109'900.- festlegen*** [Hervorhebung durch die WEKO]. *Auch mit diesem Preis* ***verzichten wir schon auf mehr als einen halben Margenpunkt!*** [Hervorhebung durch die WEKO] *Können Sie sich mit diesem Preis auch einverstanden erklären. (…)"* Auf diese E-Mail antwortete Krompholz: *„(…). Wir wären für den Kompromiss (psychologisch) besser 109'750.-- Wenn Sie* ***nicht zu viele Rabatte verschenken (gewähren)*** [Hervorhebung durch die WEKO] *Zentralschweiz/Ostschweiz-aktionen, ist die kleien Margendifferenz gerechtfertigt. (…)"*
- E-Mail von Krompholz an Musik Hug: *„(…). Ich denke, dass es* ***weiterhin wichtig sein wird, dass wir uns mit den Rabatten einschränken, damit wir eine gute Marge erzielen!*** [Hervorhebung durch die WEKO] *(…)"*
- E-Mail von Musik Hug an Krompholz: *„(…). Wir hoffen, dass Sie mit unser Preiskalkulation einverstanden sind, damit wir die* ***Verkaufspreise für die Schweiz ab 1. Februar neu verbindlich*** [Hervorhebung durch die WEKO] *einführen können. Gerne erwarten wir Ihre kurze* ***Bestätigung*** [Hervorhebung durch die WEKO]*. Wir werden dann die kalkulierten Preise an Steinway zum Druck der offiziellen Verkaufspreislisten weiterleiten. (…)"*

109. Diese beispielhaften Auszüge aus den E-Mail-Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz belegen, dass es den beiden Händlern darum ging, die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex gemeinsam abzustimmen. Musik Hug und Krompholz nahmen dabei eine aktive Rolle ein, wobei La Bottega integriert werden sollte. Die Abstimmung der Verkaufspreise sowie der Umstand, dass La Bottega ihr Verhalten an den zwischen Musik Hug und Krompholz abgesprochenen Verkaufspreisen abstimmte, dokumentieren, dass es Musik Hug, Krompholz und La Bottega darum ging, den Preiswettbewerb einzuschränken resp. auszuschalten. Die abgesprochenen Preise sind den im Recht liegenden Beweismitteln zufolge als Mindestpreise zu verstehen. Musik Hug und Krompholz wollten zu tiefe Verkaufspreise verhindern und waren sich darüber einig, dies nicht zu tun. Dies wird insbesondere dadurch verdeutlicht, dass Musik Hug und Krompholz sich über die zu realisierende (oder gewünschte) Marge einigten. La Bottega wusste darum und stimmte ihr Verhalten an den zwischen Musik Hug und Krompholz abgesprochenen Verkaufspreisen ab.

110. Dem Vorwurf von Musik Hug, der Antrag des Sekretariats spreche in undifferenzierter Weise von „Verkaufspreisen", mag für bestimmte Randziffern des Antrags zuzustimmen sein, womit die nachfolgenden Präzisierungen nötig sind. Der Rüge allerdings, der Antrag vermische damit Listenpreise mit den tatsächlichen Endverkaufspreisen und schaffe damit den unzutreffenden Eindruck, dass es sich statt um Katalogpreise (Bruttopreise) um die reellen, den Kunden tatsächlich in Rechnung gestellten Verkaufspreise gehandelt habe, ist entschieden zu widersprechen.

111. Musik Hug und Krompholz haben einmal jährlich diejenigen Preise gemeinsam festgelegt, welche Musik Hug an S&S zum Druck weiterleitete, S&S als offizielle Preisliste druckte und an die drei Händler Musik Hug, Krompholz und La Bottega verteilte, also die Listenpreise (vgl. oben, Rz 64 f. sowie unten, Rz 273 ff.).

112. Die von Musik Hug vorgebrachten Argumente, dass der Austausch von tatsächlichen Endverkaufspreisen nicht beabsichtigt gewesen sei, dies auch in der Realität nicht so gelebt worden sei und sich Musik Hug und Krompholz nicht an die Bruttopreise gehalten hätten, entbehren nach Ansicht der WEKO jeglicher Grundlage und sind für die Subsumtion unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG im Übrigen auch irrelevant.

113. Vorliegend trifft es zwar zu, dass die den Kunden tatsächlich verrechneten Preise manchmal von den Listenpreisen abwichen[47] (vgl. hierzu jedoch unten, Rz 118), doch kann daraus nicht geschlossen werden, dass sich Listenpreise nicht auf die tatsächlich verrechneten Preise auswirken. Listenpreise stellen die Grundlage für die Berechnung der Preise dar, welche den Kunden verrechnet werden, und sind Ausgangspunkt für die Verhandlungen mit Kunden, so dass diese einen Einfluss auf das Niveau der Verkaufspreise haben, selbst wenn keine Koordination der auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte vorläge (vgl. unten, Rz 118).

114. So weist Musik Hug an anderer Stelle selbst darauf hin, sie habe *„bereits in den Jahren 2011 und 2012 keine Preislisten von S&S mehr verwendet und auch die Instrumente in ihrer Ausstellung in diesem Zeitraum nicht mehr mit Listenpreisen angeschrieben."* Zudem habe sie *„eigene Preislisten erstellt und diese Preislisten bei der Verhandlung der Preise mit den Kunden verwendet"* (vgl. hierzu unten, Rz 388 f.). Daraus ergibt sich,

[47] Musik Hug gewährte in 41 % der Klavierverkäufe und in 23 % der Flügelverkäufe einen Rabatt von 0 %. Krompholz gewährte in 25 % der Klavierverkäufe und in 8 % der Flügelverkäufe einen Rabatt von 0 % (vgl. unten, Rz 205 ff. bzw. Rz 213 ff.).

dass Musik Hug die Preislisten von S&S, welche Gegenstand der jährlichen Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz waren, verwendet, die Instrumente entsprechend angeschrieben und bei Preisverhandlungen mit den Kunden angewandt hat (vgl. hierzu auch oben, Rz 90). Zudem zeigt gerade der Umstand, dass Musik Hug eigenen Aussagen zufolge die Preisliste von S&S in den Jahren 2011 und 2012 nicht mehr verwendet, sondern eine eigenen Preisliste erstellt habe, dass die Preisliste von S&S als Basis für die Verkaufspreise diente und damit deren Niveau beeinflusste.

115. Zudem ist es schwer nachvollziehbar, weshalb sich Musik Hug und Krompholz über einen Zeitraum von mindestens acht Jahren jährlich über die Listenpreise ausgetauscht haben sollten, wenn sie diese in keiner Weise verwenden wollten und diese keinen Einfluss auf die Verkaufspreise haben sollten. Listenpreise stellen offensichtlich die Grundlage einer Verkaufshandlung und damit die Verkaufspreise dar.

116. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Musik Hug und Krompholz in den E-Mail- Austauschen selbst von „Verkaufspreisen" sprechen. Die Formulierungsweise dieser E-Mail-Austausche verdeutlicht, dass der Zweck dieser Austausche darin bestand, sich über die anzuwendenden Verkaufspreise abzusprechen (vgl. oben, Rz 64 und Rz 108).

117. Aus dem von Musik Hug vorgebrachten Argument, dass es sich bei den zwischen Musik Hug und Krompholz ausgetauschten Preisen um reine Bruttopreise bzw. Listenpreise gehandelt habe, kann Musik Hug somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Vielmehr wurde der Nachweis erbracht, dass Musik Hug und Krompholz wie auch La Bottega (vgl. oben, Rz 85 ff.) die Listenpreise verwendet haben, indem sie ihre Instrumente damit angeschrieben und die Listenpreise als Grundlage für Verkaufshandlungen eingesetzt haben.

118. In casu kommt hinzu, dass Musik Hug und Krompholz nicht nur die Listenpreise für Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex, sondern auch die auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte abgesprochen haben (vgl. oben, Rz 66 ff.). Zum Argument von Musik Hug, Musik Hug und Krompholz hätten sich nicht an die Rabattbeschränkung gehalten, sei zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in Rz 204 sowie Rz 220 ff. verwiesen. Indem Musik Hug, Krompholz und La Bottega die Listenpreise sowie die beiden erstgenannten Unternehmen darüber hinaus die auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte gemeinsam abgesprochen haben, haben Musik Hug, Krompholz und La Bottega eine Abrede über die Verkaufspreise getroffen, wobei sich Musik Hug und Krompholz somit sogar über zwei Elemente der Preisbildung abgesprochen haben und damit den zwischen ihnen bestehenden Austauschen aus kartellrechtlicher Sicht ein besonderes Schädigungspotential zuzuschreiben ist.

119. An dieser Stelle ruft die WEKO in Erinnerung und hält explizit fest, dass sich Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auf jede Art des Festsetzens von wesentlichen Preiselementen oder -komponenten bezieht, was sowohl auf direktem als auch auf indirektem Weg erfolgen kann (vgl. oben, Rz 105). Im vorliegenden Fall verhält es sich so, dass Musik Hug und Krompholz die Ausgangslage für die Preisverhandlungen mit Kunden und darüber hinaus die darauf zu gewährenden Rabatte gemeinsam abgesprochen haben. La Bottega wusste um die Preisabsprache zwischen Musik Hug und Krompholz und stimmte ihr Verhalten entsprechend der Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz ab, was dem Wunsch dieser beiden Unternehmen entsprach. Dabei handelt es sich entgegen der versuchten Darstellung von Musik Hug nicht um unwesentliche Preisbestandteile, sondern die Abrede führte dazu, dass die Wiederverkaufspreise zwischen Konkurrenten abgestimmt wurden. Anzufügen gilt es, dass es für die Qualifikation als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ausreicht, wenn sich Unternehmen auf derselben Marktstufe über die Preisbasis oder Preisnachlässe absprechen. Ob diese Preise den Kunden tatsächlich verrechnet wurden, spielt für die WEKO aus der Optik von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG keine Rolle, da selbst die horizontale Koordination von indirekten Preisbestandteilen vom Tatbestand erfasst wird. Im vorliegenden Fall wurden sowohl die Preisbasis als auch die Preisnachlässe abgesprochen, sodass die horizontale Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG mehr als erfüllt.

120. Aus diesem Grund ist in casu das Vorliegen einer Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega zu bejahen, womit die gesetzliche Vermutung, wonach der Wettbewerb beseitigt wird, greift. Die Wettbewerbswirkung der Abrede braucht daher nicht mehr nachgewiesen zu werden, soweit die gesetzliche Vermutung nicht umgestossen werden kann. Nachfolgend wird diese Frage geprüft.

B.5.2.2. Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

121. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

122. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die WEKO hat den massgeblichen Sachverhalt entsprechend auch hinsichtlich der Frage, ob trotz der Abrede noch ein wirksamer Wettbewerb besteht, von Amtes wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Zur Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht haben die beteiligten Unternehmen einen erheblichen, wenn nicht sogar den entscheidenden Beitrag zur Widerlegung der Vermutung zu leisten. Dies, weil die dazu notwendigen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern.[48] Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche

[48] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

Vermutung greift und gestützt auf diese von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt.[49]

123. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die sachlich und räumlich relevanten Märkte für Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Abreden auswirken. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

B.5.2.2.1. Relevanter Markt

124. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[50]

(i) Sachlich relevanter Markt

125. 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 VKU[51], der hier analog anzuwenden ist).[52]

126. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[53] Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[54] Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.[55] Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.[56]

127. Untersuchungsgegenstand ist die Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz über die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere (vgl. oben, Rz 57 ff.). Vorliegend sind akustische Klaviere und Flügel der Marken Steinway, Boston und Essex von allfällig unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffen. Marktgegenseite der Händler dieser Produkte auf der Absatzseite sind somit in casu die Endkunden, welche sich aus privaten Kunden und Institutionen zusammensetzen. Folglich bilden die Präferenzen und das Verhalten dieser Endkunden den Ausgangspunkt der nachfolgenden Marktabgrenzung.

I. Vorbemerkungen

128. Der Begriff „Klavier“[57] bezeichnet im allgemeinsten Sinne ein beliebiges Tasteninstrument. Im engeren Sinne wird dieser Begriff vorwiegend für Tasteninstrumente verwendet, bei welchen mittels Tastendruck über eine spezielle Mechanik Hämmerchen gegen Saiten geschlagen werden. Diese Mechanik ermöglicht eine dynamische Spielweise, nämlich leise (ital. „piano“) und laut (ital. „forte“) zu spielen, weshalb diese Instrumente auch „Pianoforte“ oder in Kurzform „Piano“ genannt werden. Der Begriff „Klavier" wird heute jedoch oft auch eingrenzend für das aufrecht stehende Pianino (ital. „kleines Piano“) mit vertikaler Besaitung im Gegensatz zum Flügel mit horizontaler Besaitung benutzt. In diesem Sinne werden die Begriffe „Klavier“ und „Flügel“ nachfolgend verwendet.

129. Klaviere und Flügel bestehen im Wesentlichen aus den gleichen Bauteilen: Gehäuse, Resonanzboden, Saiten, Gusseisenplatte als das tragende Element, in welchem die Saiten gespannt sind, Stimmstock mit Stimmwirbeln, mit welchen die Saiten gestimmt werden, Pedalen, Klaviatur aus zumeist 88 Tasten und Spielwerk, bestehend aus Federn, Hämmern, Stösseln und Dämpfern, welche den Klang erzeugen.

130. Klaviere und Flügel unterscheiden sich hingegen in ihrer Bauform. Das Klavier ist aufrecht stehend und die klanggebenden Bestandteile sind senkrecht zum Boden angeordnet. Beim Flügel hingegen liegt der Korpus waagrecht auf drei Beinen und die klanggebenden Bauteile sind horizontal ausgerichtet. Während Klaviere ca. 1,5 m breit und ca. 0,6 m tief sind sowie bis zu 300 kg wiegen, können Flügel eine Länge bis zu 3 m und ein Gewicht von bis zu 600 kg aufweisen.

II. Praxis der Europäischen Kommission

131. Die Europäische Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) hat sich in ihrem Entscheid Yamaha mit der Marktabgrenzung im Bereich Musikinstrumente auseinandergesetzt. Dabei ging sie in sachlicher Hinsicht von einem Produktmarkt für akustische Pianos aus, der Klaviere (upright pianos) und Flügel (grand pianos) umfasst. Klaviere und Flügel wurden als zum selben sachlich relevanten Markt gehörig beurteilt, da auf der Nachfrageseite eine gewisse Überschneidung besteht. Zudem bieten die wichtigsten Hersteller ein sowohl aus Klavieren und Flügeln bestehendes Produktportfolio an, welches von den Gross- und Detailhändlern geführt wird.[58]

---

[49] Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.
[50] BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.H.w. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[51] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[52] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[53] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[54] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127. E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.
[55] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[56] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[57] Der Begriff „Klavier“ stammt vom lateinischen Wort „clavis“ für Schlüssel, welches im übertragenen Sinn auch „Taste“ bedeutet.
[58] Case COMP/37.975 (2003), Rz 14, *PO/Yamaha*.

132. Der Produktmarkt für akustische Pianos umfasst gemäss EU-Kommission auch sog. Hybridmodelle, also akustische Pianos, die mit elektronischem Equipment ausgestattet sind, so dass diese selbständig spielen oder nach aussen lautlos gespielt werden können. Aus Anbietersicht sind Hybridmodelle im Wesentlichen akustische Pianos mit zusätzlichen Funktionen und aus Nachfragesicht stehen diese in Konkurrenz zu akustischen Pianos.[59]

133. Ebenfalls in Betracht zog die EU-Kommission, dass gebrauchte Pianos im Wettbewerb zu neuen Pianos stehen, dies aufgrund der langen Lebensdauer, den in den letzten 100 Jahren geringen Innovationen, den geringfügigen Preisunterschieden und der Tatsache, dass gebrauchte Pianos renoviert und wiederverkauft werden; sie liess diese Frage aber schliesslich offen.[60]

134. Als eigenständigen sachlich relevanten Markt betrachtete die EU-Kommission Digitalpianos, weil diese nicht mechanisch mittels Hämmerchen und Saiten Klang erzeugen, sondern den Piano-Klang digital imitieren. Zudem verfügen Digitalpianos in der Regel über Zusatzfunktionen wie automatisierte Akkorde und Rhythmen oder alternative Instrumentenklänge, bestehen oft aus Spanplatten oder Plastik, sind kompakter und kosten weniger.[61] Tragbare Keyboards als digitale Computer, welche Tonaufnahmen reproduzieren, wurden ebenfalls als nicht zum Markt für akustische Pianos zugehörig beurteilt.[62]

III. Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

Klaviere und Flügel

135. Da in casu – wie oben bereits erwähnt – sowohl Klaviere als auch Flügel von allfällig unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffen sind, stellt sich die Frage, ob Klaviere und Flügel eigenständige sachlich relevante Märkte bilden.

136. Aus Sicht der Endkunden sind Klaviere und Flügel rein aufgrund ihrer Funktion als mechanische Tasteninstrumente austauschbar. Aus den unterschiedlichen Bauformen von Klavier und Flügel ergeben sich jedoch Unterschiede, die für den Kaufentscheid eines Endkunden eine nicht unwesentliche Rolle spielen können.

137. Während ein Flügel tendenziell grösser ist sowie frei im Raum steht und damit einen grösseren Platzbedarf hat, können Klaviere platzsparend an eine Wand gestellt werden.[63]

138. Aus den unterschiedlichen Ausrichtungen der klanggebenden Bestandteile resultieren auch Unterschiede betreffend die Klanggestaltung und -abstrahlung: Während der Flügel eine liegende Mechanik aufweist, d.h. die Hammerköpfe werden von der Ruhelage nach oben geschleudert und fallen durch die Schwerkraft zurück, hat das Klavier eine stehende Mechanik, d.h. die Hammerköpfe werden nach vorne geschleudert und müssen durch Federkraft zurückgezogen werden, womit ein komplett anderes Spielgefühl entsteht. Aufgrund der physikalischen Gesetze der Schwerkraft erzielt eine Flügelmechanik laut Musik Hug bei Ansprache, Dynamik und Repetitionsgeschwindigkeit eine Qualität, die selbst eine sehr gute Klaviermechanik nicht erreichen kann. S&S hält fest, dass die Flügelmechanik eine präzisere Spielweise zulässt und als der Klaviermechanik überlegen beurteilt wird. Gemäss Musik Hug kann die Klangabstrahlung eines Flügels aufgrund der Konstruktion nie von einem Klavier erreicht werden, da diese bei einem Flügel quasi 3D und beim Klavier nur nach hinten erfolgt. Zudem ist der Klangkörper eines Flügels grösser und das Instrument dadurch lauter.

139. Diese technischen Unterschiede aufgrund der verschiedenen Bauformen, welche zu unterschiedlichem Platzbedarf und qualitativen Unterschieden hinsichtlich Klang führen, sind somit als wesentliche Unterscheidungsmerkmale von Klavieren und Flügeln zu bezeichnen. Gemäss Aussage von Krompholz seien qualitative Unterschiede aber auch markenabhängig. Gute Klaviere können laut Musik Hug in einzelnen technischen Kriterien meist sehr gut mit Flügeln gleicher Preisklasse mithalten, werde aber höchste Qualität bei Klang und Spielart erwartet, komme hierfür nur ein Flügel in Frage.

140. Auch hinsichtlich des Verwendungszweckes scheinen Klaviere und Flügel für unterschiedliche Abnehmer konzipiert zu sein. Flügel werden gemäss Krompholz in der Tendenz eher von professionellen Anwendern nachgefragt; Klaviere sind demgegenüber eher für Privatzwecke oder das Erlernen des Instruments bestimmt.

141. Klaviere und Flügel unterscheiden sich ebenfalls in Bezug auf ihre Preise voneinander. So würden sich die Preise von Klavieren in normaler Ausführung gemäss Aussage von Musik Hug zwischen CHF 4‘000 bis CHF 42‘000 und die Preise von Flügeln zwischen CHF 15‘000 bis CHF 200‘000 bewegen. In der Befragung wurde auch darauf hingewiesen, dass die Preisunterschiede markenabhängig seien und es Flügel bereits ab CHF 15‘000 sowie Klaviere ab CHF 40‘000 gäbe. Die Preisspannen von Flügeln und Klavieren überschneiden sich somit teilweise. Innerhalb einer Qualitätsstufe seien Flügel laut S&S jedoch grundsätzlich teurer als Klaviere. Die von allfällig unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Klavier- und Flügelmarken weisen folgende Preisspannen auf: Die Preise für Klaviere der Marke Steinway bewegen sich je nach Modell und Ausführung zwischen CHF 37‘100 bis CHF 51‘800, während die Preise für Flügel dieser Marke zwischen CHF 77‘600 und CHF 192‘200 liegen.[64] Die Preise für Klaviere der Marke Boston liegen je nach Modell und Ausführung zwischen CHF 14‘710 und CHF 19‘940, während die Preise der Flügel dieser Marke zwischen CHF 27‘060 und CHF 51‘490 liegen.[65] Die Klaviere bzw. Flügel der Marke Essex weisen je nach Modell und Ausführung eine Preisspanne von CHF 6‘500 bis CHF 7‘990 bzw. von CHF 15‘360 bis CHF 26‘900 auf.[66]

[59] Case COMP/37.975 (2003), Rz 15, *PO/Yamaha*.
[60] Case COMP/37.975 (2003), Rz 16, *PO/Yamaha*.
[61] Case COMP/37.975 (2003), Rz 17, *PO/Yamaha*.
[62] Case COMP/37.975 (2003), Rz 20, *PO/Yamaha*.
[63] Das Sekretariat befragte die drei Händler sowie den Hersteller S&S mittels Fragebogen u.a. nach der Austauschbarkeit von Klavieren und Flügeln aus Sicht der Endkunden (vgl. oben, Rz 30). Grotrian-Steinweg wurde dazu am 19.2.2014 befragt (vgl. oben, Rz 23).
[64] Preisangaben gemäss Verkaufspreisliste Schweiz, gültig ab 1.1.2012.
[65] Preisangaben gemäss Verkaufspreisliste Boston, 1.11.2009.
[66] Preisangaben gemäss Verkaufspreisliste Krompholz, 1.06.2009.

142. Insgesamt ergibt sich aus den Antworten der befragten Parteien, dass Flügel und Klaviere im Prinzip nicht gut austauschbar sind und somit eine Segmentierung zwischen Klavieren und Flügeln anzunehmen ist. Jedoch stehen gewisse Klaviere in oberen Preissegmenten mit Flügeln unterer Preissegmente bis zu einem gewissen Grad im Wettbewerb (vgl. auch unten, Rz 146). So gäbe es gemäss Aussage von S&S aber wenige Überschneidungen, bei denen eine Abwägung zwischen Klavier und Flügel im gleichen Preissegment in Frage komme und nur in seltenen Konstellationen sei ein Klavier mit einem Flügel austauschbar.

Digitalpianos

143. Sowohl akustische Klaviere als auch akustische Flügel zeichnen sich als Tasteninstrumente mit mechanischer Funktionsweise aus, die eine dynamische Spielweise erlauben. Davon zu unterscheiden sind Tasteninstrumente mit elektrischer oder digitaler Funktionsweise, sog. Digitalpianos und Keyboards. Diese werden vorliegend – der Praxis der EU-Kommission folgend – vom sachlich relevanten Markt ausgeschlossen.

Hybridmodelle

144. Klaviere wie auch Flügel sind als sog. Hybridmodelle, eine Kombination von akustisch-mechanischen Instrumenten mit Elektronik und Digitaltechnologie, erhältlich, bei welchen mittels Zusatzausstattungen lautloses oder selbstständiges Spielen ermöglicht wird.[67] In casu werden Hybridmodelle entsprechend der Praxis der EU-Kommission (vgl. oben, Rz 132) den relevanten Produktmärkten zugerechnet.

Weitere Segmentierungen?

145. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die eigenständigen Märkte für Flügel und Klaviere (oder ein hypothetischer Gesamtmarkt für Klaviere und Flügel) nach Typ des Endkunden unterteilt werden müssten, wobei einerseits zwischen privaten und institutionellen Kunden und anderseits zwischen professionellen und Hobby-Spielern unterschieden werden kann. Eine solche Marktsegmentierung wäre denkbar, da professionelle Spieler oder auch Institutionen – zumindest für den Konzertbereich – wohl Instrumente nachfragen, die hinsichtlich Klangqualität und Spielart hochwertiger sind. So gäbe es gemäss La Bottega ein professionelles Segment und ein Segment für normale Konsumenten. Gemäss Musik Hug wollten Institutionen, Musikschulen und Musikhochschulen […]. Musikhochschulen würden […] brauchen, an Private würde […] verkauft.

146. Da sowohl Klaviere wie auch Flügel in verschiedenen Preisklassen angeboten werden (vgl. oben, Rz 141)[68], ist eine weitere Segmentierung sowohl der eigenständigen Märkte für Klaviere und Flügel wie auch eines hypothetischen Gesamtmarktes für Klaviere und Flügel nach Preisklassen denkbar. So geht La Bottega von drei Teilmärkten (tiefe, mittlere und obere Preiskategorie) aus.

147. Im Bereich Flügel und Klaviere ist zudem eine hohe Produktdifferenzierung zu beobachten. Die Klaviere und Flügel unterschiedlicher Marken bzw. Hersteller unterscheiden sich hinsichtlich der Bauweise, der Produktionsart, der verwendeten Materialien, insbesondere des Holzes, sowie der Produktpreise voneinander. Laut Grotrian-Steinweg hat jeder Hersteller seine eigene Klangphilosophie; so baue Grotrian-Steinweg einen Flügel von innen nach aussen, während S&S einen Klangkörper baue, d.h. von aussen nach innen. Gemäss Musik Hug unterscheiden sich die Produkte von S&S von anderen Marken im Hinblick auf Konstruktion, Materialauswahl und Handarbeit. Folglich könnte auch eine Differenzierung nach Hersteller oder Marken angezeigt sein.

148. Wichtig scheint auch die Reputation einer Marke oder eines Herstellers zu sein. Insbesondere die Marke Steinway bzw. der Hersteller S&S scheint diesbezüglich eine starke Marktposition einzunehmen. Dafür sprechen bspw. folgende Aussagen:

- […]
- […]
- […]
- *„99.X-Prozent der Profimusiker spielen auf den grossen Bühnen der Welt einen Steinway. Jeder Profimusiker träumt davon, einmal einen solchen Flügel besitzen zu können."*

149. Obwohl Produkten der Marke Steinway – insbesondere den Flügeln im Konzertbereich – eine besondere Stellung im Markt zugesprochen wird, scheint es andere Marken als Substitute – wenn vielleicht auch nicht perfekte – zu geben. Dies belegen bspw. folgende Aussagen:

- *„Neben Steinway kommen Yamaha, Bösendorfer und Fazioli* [Anm. der WEKO: als stärkste Konkurrenzmarken zu den Produkten aus dem Hause S&S] *in Frage. Teilweise ist auch Kawai ein Konkurrent."*
- […]
- *„Aus meiner Sicht würde ich ohne wertende Reihenfolge die nachfolgenden* [Anm. der WEKO: als stärkste Konkurrenzmarken zu den Flügeln aus dem Hause Grotrian-Steinweg] *nennen: Bechstein, Blüthner, Fazioli und Steinway&Sons."*
- *„Bösendorfer und Fazioli sind Konkurrenzmarkten zu Steinway&Sons. Konkurrenzmarken zu Boston sind Yamaha oder Kawai. Zu Essex ist es beispielsweise Hoffmann."*

[67] Musik Hug erzielte in den Jahren 2009 bis 2012 [30–40] % bzw. [0–10] % ihres mit dem Verkauf von Klavieren bzw. Flügeln (Neuinstrumente) realisierten Umsatzes mit Hybridmodellen. Eine Aussage zum umsatzmässigen Anteil an Hybridmodellen von Krompholz ist nicht möglich, da Krompholz ihre Umsätze mit Neuinstrumenten nicht für alle Marken zur Kategorie „Hybridmodell" zuordnen kann.

[68] Weitere Klavier- und Flügelmarken weisen folgende Preisspannen auf: CHF 12'580–32'230 bzw. CHF 51'760–77'180 für Klaviere bzw. Flügel der Marke Grotrian-Steinweg; CHF 11'530–27'830 bzw. CHF 39'800–53'300 für Klaviere bzw. Flügel der Marke Schimmel; CHF 6'860–27'100 bzw. 19'560–69'200 für Klaviere und Flügel der Marke Yamaha (Preisangaben gemäss Preisliste Musik Hug, 1.10.2006).

150. Zudem scheinen bei der Auswahl einer Marke und eines Instruments individuelle Präferenzen eine grosse Rolle zu spielen. Die Auswahl eines Instruments kann teilweise über ein Jahr dauern und innerhalb eines Modells testen potentielle Käufer verschiedene Instrumente, weshalb die Auswahl teilweise auch an den Produktionsorten stattfindet.

151. Aus dem Voranstehenden ist ersichtlich, dass Anhaltspunkte für eine weitere Segmentierung der Märkte für Flügel und Klaviere (oder eines hypothetischen Gesamtmarktes für Klaviere und Flügel) bestehen und dass davon auszugehen ist, dass die Marke Steinway bei einer Segmentierung im obersten Segment anzusiedeln wäre.

Occasion-Instrumente

152. Unabhängig davon, ob Klaviere und Flügel eigenständige sachlich relevante Märkte darstellen oder demselben Produktmarkt angehören und ob diese weiter nach Preisklassen oder Marken segmentiert werden, stellt sich des Weiteren die Frage, ob Endkunden Occasion-Klaviere bzw. -Flügel und Neuinstrumente als substituierbar betrachten.[69]

153. Aus den Antworten der befragten Parteien[70] ist ersichtlich, dass Qualitätsunterschiede zwischen Neu- und Occasion-Instrumenten bestehen, da mit der Alterung Ermüdungen des Materials aufgrund hoher Zugbelastung auftreten, die sich in einem Verlust an Klangqualität zeigen. Aus Sicht des Endkunden seien laut La Bottega deshalb nur ganz „junge" Occasion-Instrumente mit Neuinstrumenten austauschbar. Berücksichtigt werden müsse gemäss Aussage von S&S neben dem Alter eines Instruments auch die Art der Nutzung, der Pflegezustand sowie die Qualität allfälliger Restaurierungsarbeiten; mit der Zunahme von Alter und Abnutzung nehme die Austauschbarkeit sukzessive ab. Laut Grotrian-Steinweg könne man die Frage, ob Neuinstrumente und Occasion-Instrumente für den Endkunden austauschbar sind, nicht pauschal beantworten, es gäbe sicher Fälle, in denen ein Occasion-Produkt aufgrund seiner Klangeigenschaften und seines Zustandes mit einem Neuinstrument vergleichbar sei. Betreffend Qualitätsunterschiede hielt Musik Hug fest, dass die Unterschiede bei den gebrauchten Instrumenten so gross seien wie das Spektrum von Gebrauchtwagen breit, und Krompholz bemerkte, dass diese auch markenabhängig seien.

154. Bezüglich der Austauschbarkeit von Occasion- und Neuinstrumenten sei laut S&S weiter nach Nutzer/Kunde zu differenzieren. Während im Konzertbereich Instrumente, insbesondere Flügel, nach ca. 10 Jahren durch neue Instrumente ersetzt werden müssten, stelle für Privatnutzer ein „junges" Gebrauchtinstrument in gepflegtem Zustand eine Alternative zum Neuinstrument dar.

155. Betreffend Preisunterschiede zwischen Occasion- und Neuinstrumenten hielt Musik Hug fest, dass ohne Berücksichtigung des Zustands und des Alters hierzu keine Angaben erfolgen könnten. Diese seien gemäss Krompholz marken- und altersabhängig.

156. Das Angebot von Occasion-Instrumenten im Flügelbereich ist gemäss Aussage von Krompholz kleiner als im Klavierbereich. Laut Musik Hug dürfte der Umsatz mit Occasion-Flügeln in der Schweiz höher sein als mit Occasion-Klavieren.

IV. Fazit

157. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass in sachlicher Hinsicht ein Markt für Klaviere und ein Markt für Flügel abzugrenzen sind, wobei Hybridmodelle diesen Märkten zugerechnet, Digitalpianos und Keyboards jedoch von diesen Märkten ausgeschlossen werden. Die Frage, ob Klaviere und Flügel als demselben sachlich relevanten Markt zugehörig zu beurteilen sind oder eigene sachlich relevante Märkte darstellen, kann letztlich aber vorliegend mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung offengelassen werden (vgl. unten, Rz 164 ff.). Des Weiteren bestehen Anzeichen dafür, dass Neuinstrumente und Occasion-Instrumente aus Sicht des Endkunden zumindest teilweise austauschbar sind. Eine abschliessende Beantwortung dieser Frage ist vorliegend nicht notwendig, da unabhängig davon, ob Occasion-Instrumente zu den relevanten Märkten zugehörig beurteilt werden oder nicht, in jedem Fall eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt (vgl. unten, Rz 236 ff.). Weitere Marktsegmentierungen nach Preisklassen, Art des Endkunden oder Marken bzw. Hersteller sind denkbar, werden vorliegend jedoch nicht vorgenommen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird auf eine abschliessende Beurteilung, ob je nach diesen Kriterien verschiedene Märkte abgegrenzt werden müssten, verzichtet, da mit den Parteien zu einem frühen Zeitpunkt eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde (vgl. oben, Rz 25 und Rz 33 sowie unten, Rz 337 ff.).

158. Die nachfolgende Wettbewerbsanalyse (vgl. unten, Rz 164 ff.) wird für die separaten Märkte für Flügel und Klaviere durchgeführt. Dabei wird ebenfalls die Möglichkeit berücksichtigt, dass Occasion-Instrumente den relevanten Märkten zugerechnet werden und kurz auf den hypothetischen Gesamtmarkt, der Flügel und Klaviere umfasst, eingegangen.

(ii) Räumlich relevanter Markt

159. 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, der hier analog anzuwenden ist).[71]

[69] Musik Hug erzielte in den Jahren 2009 bis 2012 [30–40] % bzw. [30–50] % ihres mit dem Verkauf von Klavieren bzw. Flügeln realisierten Umsatzes mit Occasion-Klavieren bzw. -Flügeln. Krompholz erzielte in den Jahren 2009 bis 2012 [10–50] % ihres mit dem Verkauf von Klavieren und Flügeln realisierten Umsatzes mit Occasion-Instrumenten. Eine Aussage zum umsatzmässigen Anteil an Occasion-Klavieren bzw. Occasion-Flügeln von Krompholz ist nicht möglich, da Krompholz ihre Umsätze mit Occasion-Instrumenten nicht den Kategorien „Klavier/Flügel" zuordnen kann (vgl. dazu unten, Rz 176).

[70] Auch hinsichtlich der Austauschbarkeit von Occasionen und Neuinstrumenten aus Sicht der Endkunden befragte das Sekretariat die drei Händler sowie den Hersteller S&S (vgl. oben, Rz 30). Grotrian-Steinweg wurde hierzu am 19.2.2014 befragt (vgl. oben, Rz 23).

[71] BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.H.w. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

I. Praxis der Europäischen Kommission

160. In ihrem Entscheid Yamaha grenzte die EU-Kommission im Bereich Musikinstrumente (vgl. oben, Rz 131 ff.) nationale Produktmärkte ab, da der Vertrieb länder- oder ländergruppenspezifisch organisiert ist, erhebliche Preisunterschiede bestehen und beachtliche Unterschiede betreffend Geschmack und Tradition herrschen.[72]

II. Marktabgrenzung im vorliegenden Fall

161. Folgende Aspekte deuten auf eine eher enge, nationale Marktabgrenzung in räumlicher Hinsicht hin:

- Aufgrund der Grösse von Klavieren und Flügeln sowie ihres Gewichts (vgl. oben, Rz 130) ist davon auszugehen, dass der Transport eines Klaviers bzw. Flügels einen nicht unwesentlichen Kostenfaktor darstellt.
- In casu ist der Vertrieb der von allfällig unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Klavier- und Flügelmarken national bzw. in der Schweiz regional organisiert (vgl. oben, Rz 57).

162. Folgende Elemente sprechen hingegen für eine weitere als nationale, auch grenznahes Ausland umfassende Abgrenzung der relevanten Märkte:

- Gefragt nach den wichtigsten Wettbewerbern im Verkauf von Klavieren und Flügeln (Neuinstrumente) in der Schweiz nennt Musik Hug u.a. auch ausländische Klavierhändler, beispielsweise die […], Deutschland, sowie die […], Deutschland.
- Das ausländische – insbesondere das in Deutschland vorherrschende – Preisniveau scheint Druck auf die Schweizer Preise auszuüben. So wurden die Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und Deutschland auch beim Austausch zwischen Musik Hug und Krompholz zur Preisfestlegung thematisiert (vgl. oben, Rz 64) und bei der Preisfestlegung berücksichtigt. Laut Musik Hug ist ein Preisdruck aus dem Ausland spürbar, da sich die Konsumenten am Ausland orientieren würden, und es gäbe Händler, die in die Schweiz exportieren würden.

III. Fazit

163. Denkbar ist, dass die relevanten Märkte eine weitere als nationale Dimension aufweisen und auch grenznahes Ausland umfassen. Vorliegend wird in räumlicher Hinsicht von zumindest nationalen Märkten ausgegangen und die nachfolgende Analyse der Wettbewerbsverhältnisse für nationale Märkte durchgeführt, in welcher allfällige disziplinierende Wirkungen ausländischer Konkurrenten berücksichtigt werden.

B.5.2.2.2. Aussenwettbewerb

164. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können.

165. Ein funktionierender Aussenwettbewerb liegt vor, wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint.[73]

(i) Aktueller Wettbewerb

166. Zur Analyse des aktuellen Wettbewerbs wird nachfolgend auf die Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen, die Marktanteilsentwicklung und die Konkurrenzsituation auf den relevanten Märkten eingegangen. Die Analyse wird sowohl für den Fall durchgeführt, dass Occasion-Instrumente als nicht zu den relevanten Märkten zugehörig beurteilt werden (exkl. Occasion-Instrumente), als auch für den Fall, dass die relevanten Märkte Occasion-Instrumente umfassen (inkl. Occasion-Instrumente). Schliesslich wird kurz auf den hypothetischen Gesamtmarkt, der Flügel und Klaviere umfasst, eingegangen (vgl. oben, Rz 157).

Marktanteile der Abredebeteiligten

167. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt die umsatzbasierten Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf den Märkten für Klaviere und Flügel in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2012, einem Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums (vgl. oben, Rz 72). Für die Jahre 2004 bis 2008 liegen keine Umsatzangaben der Unternehmen zur Berechnung von Marktanteilen vor.

168. Diese Marktanteile basieren auf den jeweiligen von Musik Hug geschätzten umsatzmässigen Gesamtmarktvolumina betreffend Neuinstrumente, welche diese basierend auf der Importstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung (nachfolgend: Importstatistik) vornahm und die aufgrund von Berechnungen des Sekretariats als plausibel einzustufen sind.[74]

[72] Case COMP/37.975 (2003), Rz 28 f., *PO/Yamaha*.
[73] BGE 129 II 18, E. 8.1 (= RPW 2002/4, 744, E 8.1), *Buchpreisbindung*.
[74] Das Sekretariat befragte die drei Händler sowie den Hersteller S&S (vgl. oben, Rz 30) nach den umsatzmässigen Gesamtmarktvolumina betreffend Neuinstrumente in der Schweiz. Zwei Unternehmen – Musik Hug und S&S – beantworteten diese Frage, wobei die Schätzungen von S&S wesentlich tiefer (-69–70 %) ausfielen als die Schätzungen von Musik Hug.

Tabelle 1: Marktanteile der Abredebeteiligten in den relevanten Märkten exkl. Occasion-Instrumente, Schweiz.

Markt für	Händler	Marktanteile in den Jahren 2009	2010	2011	2012
		basierend auf geschätztem Gesamtumsatz [Mio. CHF]			
Klaviere exkl. Occasion-Klaviere		**18,9**	**19,8**	**18,7**	**19,3**
	Krompholz * +	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Musik Hug**	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
	La Bottega***	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Flügel exkl. Occasion-Flügel		**13**	**13,7**	**15**	**14**
	Krompholz * +	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Musik Hug**	[30–40] %	[30–40] %	[30–40] %	[20–30] %
	La Bottega***	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Hinweise:
* Die Umsatzangaben von Krompholz liegen in nicht mehrwertsteuerbereinigter Form vor. Deswegen wurde die Mehrwertsteuerbereinigung gemäss den in den Jahren 2009 bis 2012 geltenden Mehrwertsteuersätzen durch das Sekretariat vorgenommen (2009–2010: 7,6 %; 2011–2012: 8 %; vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Mehrwertsteuer, Steuersätze, <http://www.estv.admin.ch/mwst/themen/00155/index.html?lang=de> [14.12.2015]).
+ Krompholz kann ihre Umsätze mit Neuinstrumenten nur für die Marken Steinway, Boston, Essex und Grotrian-Steinweg den Kategorien „Klavier/Flügel" zuordnen. Umsätze mit Neuinstrumenten anderer Marken wurden von Krompholz der Kategorie Klavier zugeordnet (vgl. unten, Rz 170).
** Das Geschäftsjahr von Musik Hug dauert jeweils vom 1. April bis 31. März des Folgejahres.
*** La Bottega kann Ihre Umsätze nicht den Kategorien „Neu-/Occasion-Instrumente" zuordnen (vgl. unten, Rz 171).
Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

169. Der Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass Musik Hug im Zeitraum 2009 bis 2012 mit umsatzbasierten Marktanteilen von [10–20] % im schweizweiten Markt für Klaviere und von [20–40] % im schweizweiten Markt für Flügel klar der grössere der beiden an der Abrede beteiligten Händler ist.

170. Die umsatzbasierten Marktanteile von Krompholz liegen im Zeitraum 2009 bis 2012 im schweizweiten Markt für Klaviere im Bereich von [0–10] % und im schweizweiten Markt für Flügel im Bereich von [0–10] %. Krompholz kann ihre Umsätze mit Neuinstrumenten nur für die Marken Steinway, Boston, Essex und Grotrian-Steinweg den Kategorien „Klavier" und „Flügel" zuordnen. Die Umsätze mit Verkäufen von Neuinstrumenten dieser Marken entsprechen in den Jahren 2009 bis 2012 einem Anteil von [70–90] % des gesamten mit dem Verkauf von Neuinstrumenten in diesen Jahren erzielten Umsatzes von Krompholz. Der restliche Umsatz wurde im Wesentlichen mit Instrumenten der Marke Yamaha erzielt, wobei Krompholz diese Umsätze nicht eindeutig zuordnen kann, sondern gesamthaft der Kategorie Klavier zuordnet, da Verkäufe von Flügeln der Marke Yamaha […] vorkamen. Dies führt zu einer leichten Über- bzw. Unterschätzung der umsatzmässigen Marktanteile von Krompholz im schweizweiten Markt für Klaviere bzw. im schweizweiten Markt für Flügel.

171. La Bottega weist in den Jahren 2009 bis 2012 umsatzbasierte Markanteile im Bereich von [0–10] % im schweizweiten Markt für Klaviere und von [0–10] % im schweizweiten Markt für Flügel auf. La Bottega kann Ihre Umsätze nicht den Kategorien „Neuinstrumente" und „Occasion-Instrumente" zuordnen. Gemäss Aussage von La Bottega entfallen ca. [30–40] % der Umsätze mit dem Verkauf von Klavieren auf Verkäufe von Occasion-Klavieren. Gleiches gilt gemäss La Bottega für Flügel. Die von La Bottega angegebenen Umsätze mit dem Verkauf von Klavieren bzw. Flügeln wurden entsprechend um [30–40] % gekürzt, um eine Grössenordnung ihrer Marktanteile in den relevanten Märkten exkl. Occasion-Instrumente zu erhalten.

172. Ein Vergleich der Marktanteile zeigt, dass Musik Hug im Zeitraum 2009 bis 2012 im schweizweiten Markt für Flügel über klar höhere umsatzbasierte Marktanteile (+ [0–20] Prozentpunkte) verfügt als im schweizweiten Markt für Klaviere. Bei Krompholz zeigt sich diesbezüglich ein etwas anderes Bild. Krompholz hat im genannten Zeitraum im Markt für Flügel gleich hohe umsatzbasierte Marktanteile wie im Markt für Klaviere, mit Ausnahme des Jahres 2009, in welchem Krompholz im Markt für Flügel einen um [0–10] Prozentpunkte höheren Marktanteil als im Markt für Klaviere aufweist. La Bottega verfügt im Markt für Flügel im Zeitraum 2009 bis 2012 – mit Ausnahme des Jahres 2010 – über leicht höhere Marktanteile (+ [0–10] Prozentpunkte) als im Markt für Klaviere.

173. Falls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, weist die nachfolgende Tabelle 2 die umsatzbasierten Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf den Märkten für Klaviere und Flügel in der Schweiz in den Jahren

2009 bis 2012, einem Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums (vgl. oben, Rz 72), aus.

174. Diese Marktanteile basieren auf den jeweiligen von Musik Hug geschätzten umsatzmässigen Gesamtmarktvolumina betreffend Neu- und Occasion-Instrumente, welche als plausibel zu erachten sind (vgl. auch oben, Rz 168).[75] Gemäss Schätzungen von Musik Hug werden in der Schweiz pro Jahr zwischen 1‘800 bis 2‘000 Occasion-Klaviere und zwischen 330 bis 350 Occasion- Flügel verkauft, welche nicht in der Importstatistik erfasst sind. Bei diesen Occasion-Instrumenten geht Musik Hug von einem Verkaufspreisvolumen im Umfang der Durchschnittsimportwerte der Importstatistik aus, d.h. für Klaviere ca. CHF 5‘000 und für Flügel ca. CHF 20‘000.

Tabelle 2: Marktanteile der Abredebeteiligten in den relevanten Märkten inkl. Occasion-Instrumente, Schweiz.

Markt für	**Händler**	**Marktanteile in den Jahren**			
		2009	**2010**	**2011**	**2012**
		basierend auf geschätztem Gesamtumsatz [Mio. CHF]			
Klaviere inkl. Occasion-Klaviere		**27,9**	**29,8**	**28,45**	**29,05**
	Krompholz * +	k.A.	k.A.	k.A.	k.A.
	Musik Hug**	**[10–20] %**	**[10–20] %**	**[10–20] %**	**[10–20] %**
	La Bottega	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Flügel inkl. Occasion-Flügel		**19,6**	**20,7**	**22**	**20,8**
	Krompholz * +	k.A.	k.A.	k.A.	k.A.
	Musik Hug**	[30–40] %	[30–40] %	**[30–40] %**	**[20–30] %**
	La Bottega	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	**[0–10] %**

Hinweise:
* Die Umsatzangaben von Krompholz liegen in nicht mehrwertsteuerbereinigter Form vor. Deswegen wurde die Mehrwertsteuerbereinigung gemäss den in den Jahren 2009 bis 2012 geltenden Mehrwertsteuersätzen durch das Sekretariat vorgenommen (2009–2010: 7,6 %; 2011–2012: 8 %; vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Mehrwertsteuer, Steuersätze, <http://www.estv.admin.ch/mwst/themen/00155/index.html?lang=de> [14.12.2015]).
+ Krompholz kann ihre Umsätze mit Occasion-Instrumenten nicht den Kategorien „Klavier/Flügel“ zuordnen (vgl. unten, Rz 176).
** Das Geschäftsjahr von Musik Hug dauert jeweils vom 1. April bis 31. März des Folgejahres.
Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

175. Falls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, ändern sich die (gerundeten) Marktanteile von Musik Hug und La Bottega nur unwesentlich (+[0–10] bzw. +[0–10] Prozentpunkte, Änderungen in Tabelle 2 hervorgehoben) bzw. nicht (vgl. Tabelle 1).

176. Zu berücksichtigen ist, dass für Krompholz keine umsatzbasierten Marktanteile in den Märkten für Klaviere inkl. Occasion-Klaviere und Flügel inkl. Occasion-Flügel vorliegen, da Krompholz die Umsätze mit Occasion-Instrumenten nicht den Kategorien „Klavier“ und „Flügel“ zuordnen kann. Dementsprechend sind keine Aussagen darüber möglich, wie sich die umsatzbasierten Marktanteile von Krompholz ändern, falls Occasion-Klaviere bzw. -Flügel als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden. Es ist aber nicht davon auszugehen, dass sich diese in wesentlichem Umfang ändern würden. Die (gerundeten) umsatzbasierten Marktanteile von Krompholz im hypothetischen, Flügel und Klaviere umfassenden Gesamtmarkt ändern sich – wie nachfolgend gezeigt – nicht bzw. nur unwesentlich, falls Occasion-Instrumente in diesen Markt miteingeschlossen werden.

177. An dieser Stelle wird der Vollständigkeit halber kurz auf den hypothetischen Gesamtmarkt, welcher Klaviere und Flügel umfasst, eingegangen. Die untenstehende Tabelle 3 zeigt die umsatzbasierten Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem hypothetischen Gesamtmarkt (sowohl exkl. als auch inkl. Occasion-Instrumente) in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2012.

[75] Das Sekretariat befragte die drei Händler sowie S&S (vgl. oben, Rz 30) nach den umsatzmässigen Gesamtmarktvolumina betreffend Occasion-Instrumente in der Schweiz. Nur Musik Hug machte inhaltliche Angaben zu diesen Fragen.

Tabelle 3: Marktanteile der Abredebeteiligten im hypothetischen Gesamtmarkt für Flügel und Klaviere, Schweiz.

Markt für	Händler	Marktanteile in den Jahren 2009 basierend auf geschätztem Gesamtumsatz [Mio. CHF]	2010	2011	2012
Klaviere & Flügel exkl. Occasion-Instrumente		**31,9**	**33,5**	**33,7**	**33,3**
	Krompholz *	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
	Musik Hug**	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %	[10–20] %
	La Bottega***	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Klaviere & Flügel inkl. Occasion-Instrumente		**47,5**	**50,5**	**50,45**	**49,85**
	Krompholz *	**[0–10] %**	**[0–10] %**	[0–10] %	[0–10] %
	Musik Hug**	**[20–30] %**	**[20–30] %**	**[20–30] %**	**[10–20] %**
	La Bottega***	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Hinweise:
* Die Umsatzangaben von Krompholz liegen in nicht mehrwertsteuerbereinigter Form vor. Deswegen wurde die Mehrwertsteuerbereinigung gemäss den in den Jahren 2009 bis 2012 geltenden Mehrwertsteuersätzen durch das Sekretariat vorgenommen (2009–2010: 7,6 %; 2011–2012: 8 %; vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Mehrwertsteuer, Steuersätze, <http://www.estv.admin.ch/mwst/themen/00155/index.html?lang=de> [14.12.2015]).
** Das Geschäftsjahr von Musik Hug dauert jeweils vom 1. April bis 31. März des Folgejahres.
*** La Bottega kann Ihre Umsätze nicht den Kategorien „Neu-/Occasion-Instrumente" zuordnen (vgl. oben, Rz 171).
Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

178. Der Tabelle 3 ist zu entnehmen, dass sich die umsatzbasierten Marktanteile von Musik Hug im Zeitraum 2009 bis 2012 im schweizweiten hypothetischen Gesamtmarkt exkl. Occasion-Instrumente im Bereich von [10–30] %, von Krompholz im Bereich von [0–10] % und von La Bottega im Bereich von [0–10] % bewegten. Falls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, ändern sich die (gerundeten) Marktanteile der Händler nicht bzw. nur unwesentlich (Änderungen in Tabelle 3 hervorgehoben). Im hypothetischen Gesamtmarkt inkl. Occasion-Instrumente sind die umsatzbasierten Marktanteile von Musik Hug mit [10–30] % um [0–10] Prozentpunkte höher und der Anteil von Krompholz in den Jahren 2009 und 2010 mit [0–10] % bzw. [0–10] % um [0–10] Prozentpunkt tiefer als im Gesamtmarkt exkl. Occasion-Instrumente.

179. Abschliessend ist anzufügen, dass Musik Hug betreffend das Gesamtmarktvolumen bemerkte, dass sich seit Mitte der Neunzigerjahre ein stetig wachsender Markt im Handel mit Flügeln von Privat zu Privat entwickelt habe, welcher in den obigen Zahlen nicht enthalten sei. Gemäss Musik Hug dürfte dieser in der Grössenordnung von ca. CHF 5 Mio. liegen. Diese Aussage wird von Musik Hug aber nicht weiter belegt und ist nicht überprüfbar. Wird dieser Privat-Handel bei der Marktanteilsberechnung berücksichtigt, so ändern sich die Marktanteile von Musik Hug um -[0–10] Prozentpunkte im hypothetischen Gesamtmarkt inkl. Occasion-Instrumente und um -[0–10] Prozentpunkte im Markt für Flügel inkl. Occasion-Flügel. Die Marktanteile von Krompholz ändern sich um -[0–10] Prozentpunkt im Jahr 2012 im hypothetischen Gesamtmarkt inkl. Occasion-Instrumente.[76] Die Marktanteile von La Bottega ändern sich um -[0–10] Prozentpunkt in den Jahren 2009, 2011 und 2012 im Markt für Flügel inkl. Occasion-Flügel.

Marktanteilsentwicklung

180. Die Tabelle 1 zeigt auch die Entwicklung der Marktanteile der an der Abrede beteiligten Händler in den Märkten für Klaviere und Flügel in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2012, einem Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums (vgl. oben, Rz 72).[77] Die umsatzmässigen Marktanteile der Händler im Zeitraum 2009 bis 2012 zeigen im Allgemeinen eine abnehmende Tendenz. Im Detail ist der Tabelle 1 Folgendes zu entnehmen:

- In den Jahren 2009 bis 2011 nahm der umsatzmässige Marktanteil von Krompholz im Markt für Klaviere von anfänglich [0–10] % auf [0–10] % und im Markt für Flügel von [0–10] % auf [0–10] % ab. Im darauffolgenden Jahr 2012 blieben die Marktanteile unverändert.
- Im Zeitraum 2009 bis 2011 verblieb der umsatzmässige Marktanteil von Musik Hug im Markt für Klaviere stabil ([10–20] %), während dieser im Jahr 2012 noch [10–20] % betrug. Im Markt für Flügel sank der Marktanteil von Musik Hug im Zeitraum 2009 bis 2011 von [30–40] % auf [30–40] % und betrug 2012 noch [20–30] %.

[76] Eine Aussage zur Veränderung der umsatzbasierten Marktanteile von Krompholz im Markt für Flügel inkl. Occasion-Flügel ist nicht möglich (vgl. oben, Rz 176).
[77] Für die Jahre 2004 bis 2008 liegen keine Umsatzangaben der beiden Unternehmen zur Berechnung von Marktanteilen vor.

- Während der umsatzmässige Marktanteil von La Bottega im Markt für Klaviere – mit Ausnahme einer Abnahme im Jahr 2011 – stabil verblieb ([0–10] %), sank ihr Marktanteil im Markt für Flügel über den Zeitraum 2009 bis 2012 von [0–10] % auf [0–10] %, wobei dieser im Jahr 2011 vorübergehend zunahm.

181. Falls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, ändert sich dieses Bild nicht (vgl. Tabelle 2). Die umsatzbasierten Marktanteile von Musik Hug sanken in der Zeitperiode 2009 bis 2012 sowohl im Markt für Klaviere inkl. Occasion-Klaviere wie auch im Markt für Flügel inkl. Occasion-Flügel, wobei in letzterem eine verhältnismässig starke Abnahme des Marktanteils im Jahr 2012 zu beobachten ist (-[0–10] Prozentpunkte). Die umsatzbasierten Marktanteile von La Bottega verblieben in der Zeitperiode 2009 bis 2012 im Markt für Klaviere inkl. Occasion-Klaviere stabil und sanken im Markt für Flügel inkl. Occasion-Flügel um (-[0–10] Prozentpunkt).[78]

182. Der Vollständigkeit halber wird auch bezüglich Marktanteilsentwicklung kurz auf den hypothetischen, Klaviere und Flügel umfassenden Gesamtmarkt eingegangen (vgl. Tabelle 3). Unabhängig davon, ob Occasion-Instrumente als diesem zugehörig betrachtet werden oder nicht, zeigt sich die kontinuierliche Abnahme der umsatzbasierten Marktanteile der drei Händler im Zeitraum 2009 bis 2012 auch im hypothetischen Gesamtmarkt.

183. Den Akten ist zu entnehmen, dass Musik Hug in den Jahren 2003 bis 2005 über umsatzbasierte Marktanteile von [30–60] % im (hypothetischen) Gesamtmarkt inkl. Occasion-Instrumente verfügte.[79]

Konkurrenzsituation

184. Gefragt nach den wichtigsten Wettbewerbern im Verkauf von Klavieren und Flügeln (Neuinstrumente) in der Schweiz und deren Marktanteilen nennt Krompholz neben Musik Hug und La Bottega, welche 2012 einen gemäss Krompholz geschätzten umsatzbasierten Marktanteil von 63 % bzw. 7 % aufweisen, lokale Anbieter, welche 2012 einen geschätzten umsatzbasierten Marktanteil von 20 % auf sich vereinen.[80] La Bottega hat hierzu keine Angaben gemacht. Musik Hug nennt neben Krompholz und La Bottega […] und ausländische Klavierhändler als wichtigste Wettbewerber im Markt für Klaviere und Flügel in der Schweiz, gibt jedoch keine Schätzung ihrer Marktanteile an. Als Mitbewerber im Bereich Piano nennt Musik Hug des Weiteren […] und zwei deutsche Händler, […].

185. Als weitere Konkurrenten der an der Abrede beteiligten Unternehmen sind folgende in der Schweiz ansässige Unternehmen zu nennen: […].

186. Die nachfolgende Tabelle 4 gibt Auskunft über die aggregierten Marktanteile der nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen (nachfolgend auch: Andere) in den Märkten für Klaviere exkl. Occasion-Klaviere und Flügel exkl. Occasion-Flügel in den Jahren 2009 bis 2012, einem Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums (vgl. oben, Rz 72).

Tabelle 4: Aggregierte Marktanteile der Konkurrenten in den relevanten Märkten exkl. Occasion-Instrumente, Schweiz.

Markt für	Marktteilnehmer	Marktanteile basierend auf Gesamtumsatz [Mio. CHF]			
		2009	2010	2011	2012
Klaviere	Andere	[70–80] %	[70–80] %	[70–80] %	[80–90] %
Flügel	Andere	[50–60] %	[50–60] %	[60–70] %	[70–80] %

Hinweise:
Tabelle 4 ist ein Zusammenzug aus Informationen der Tabelle 1, weshalb betreffend Gesamtumsatz sowie den Hinweisen auf die jeweiligen Ausführungen in Tabelle 1 verwiesen wird.

187. Der Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass die Konkurrenten der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen im Zeitraum 2009 bis 2012 in der Schweiz im Markt für Klaviere über einen aggregierten umsatzbasierten Marktanteil im Bereich von [70–90] % und im Markt für Flügel über einen aggregierten umsatzbasierten Marktanteil im Bereich von [50–80] % verfügten.

188. Der gesamthafte umsatzbasierte Marktanteil der Konkurrenten nahm sowohl im schweizweiten Markt für Klaviere wie auch im schweizweiten Markt für Flügel zu. Während die Konkurrenten im Jahr 2009 im Markt für Klaviere über einen gesamthaften Marktanteil von [70–80] % verfügten, betrug dieser 2011 [70–80] % und 2012 [80–90] %. Im Markt für Flügel nahm der gesamthafte Marktanteil in den Jahren 2009 bis 2011 von [50–60] % auf [60–70] % und 2012 auf [70–80] % zu.

[78] Eine Aussage zur Entwicklung der umsatzbasierten Marktanteile von Krompholz in diesen Märkten ist nicht möglich (vgl. oben, Rz 176).
[79] 2003: [30–40] %, 2004: [50–60] %, 2005: [40–50] %.
[80] Krompholz schätzt ihren eigenen umsatzbasierten Marktanteil auf 10 %.

189. Aus den obigen Ausführungen ist ersichtlich, dass im genannten Zeitraum eine relativ hohe Anzahl an aktuellen Konkurrenten bestand, welche in den relevanten Märkten Anteile im Bereich von [70–90] % bzw. [50–80] % auf sich vereinten, und damit eine disziplinierende Wirkung auf die Abredebeteiligten entfalten konnten. Aus den beschriebenen Marktanteilsentwicklungen (vgl. dazu oben, Rz 180 ff.) lässt sich schliessen, dass im Zeitraum 2009 bis 2012 eine gewisse Dynamik in den relevanten Märkten vorherrschte. Die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen waren in der Lage, ihre aggregierten Marktanteile in den relevanten Märkten auszubauen, wobei der WEKO keine Informationen darüber vorliegen, ob diese Zunahme auf Neueintritte von Unternehmen oder die Zunahme von Marktanteilen einzelner bereits in den relevanten Märkten tätigen Unternehmen zurückzuführen ist. Gleichwohl ist dies ein Indiz, dass die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung auf die Abredebeteiligten ausüben konnten.

190. Vorliegend wurde offengelassen, ob Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig zu beurteilen sind oder nicht (vgl. oben, Rz 157). Werden Occasion-Instrumente als nicht marktgleichwertig zu Neuinstrumenten beurteilt und somit von den relevanten Märkten ausgeschlossen, kann der Handel mit Occasion-Instrumenten den Verhaltensspielraum der Abredebeteiligten dennoch in beschränktem Ausmass insofern disziplinieren, als dass Occasion-Instrumente in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen Neuinstrumente ersetzen können (sog. Randsubstitution[81]).

191. Falls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, sind Händler von Occasion-Instrumenten als aktuelle Wettbewerber mit allfällig disziplinierender Wirkung auf die Abredebeteiligten zu berücksichtigen. Als wichtigste Wettbewerber im Bereich von Occasion-Instrumenten nennt Musik Hug private Anbieter wie […], ausländische Anbieter, […], gibt jedoch keine Schätzung ihrer Marktanteile an.

192. Die nachfolgende Tabelle 5 weist die aggregierten Marktanteile der nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen in den Märkten für Klaviere inkl. Occasion-Klaviere und Flügel inkl. Occasion-Flügel in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2012, einem Teil des untersuchungsrelevanten Zeitraums (vgl. oben, Rz 72), aus.

193. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die aggregierten umsatzbasierten Marktanteile der Abredebeteiligten in den Märkten für Klaviere inkl. Occasion-Klaviere und Flügel inkl. Occasion-Flügel tendenziell leicht höher sind, da für Krompholz keine umsatzbasierten Marktanteile in diesen separaten Märkten vorliegen (vgl. oben, Rz 176). Dementsprechend sind die aggregierten umsatzbasierten Marktanteile der Konkurrenten leicht tiefer als in Tabelle 5 ausgewiesen.

Tabelle 5: Aggregierte Marktanteile der Konkurrenten in den relevanten Märkten inkl. Occasion-Instrumente, Schweiz.

Markt für	**Marktteil-nehmer**	**Marktanteile basierend auf Gesamtumsatz [Mio. CHF]**			
		2009	**2010**	**2011**	**2012**
Klaviere inkl. Occasion-Klaviere	Andere	[<70–80] %	[<80–90] %	[<80–90] %	[<80–90] %
Flügel inkl. Occasion-Flügel	Andere	[<60–70] %	[<60–70] %	[<60–70] %	[<70–80] %

Hinweise:
Tabelle 5 ist ein Zusammenzug aus Informationen der Tabelle 2, weshalb betreffend Gesamtumsatz sowie den Hinweisen auf die jeweiligen Ausführungen in Tabelle 2 verwiesen wird.

194. Falls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, ändern sich die Marktanteile der Konkurrenten demzufolge nur unwesentlich. Die Beurteilung der aktuellen Konkurrenz bleibt somit unabhängig davon, ob Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, unverändert.

195. Der Vollständigkeit halber werden nachfolgend auch die aggregierten Marktanteile der nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen im hypothetischen, Klaviere und Flügel umfassenden Gesamtmarkt – sowohl inkl. als auch exkl. Occasion-Instrumente – in der Schweiz in den Jahren 2009 bis 2012 in Tabelle 6 ausgewiesen.

[81] Vgl. dazu RPW 2008/1, 172 Rz 534, *Migros/Denner*.

Tabelle 6: Aggregierte Marktanteile der Konkurrenten im hypothetischen Gesamtmarkt, Schweiz.

Markt für	Marktteil-nehmer	Marktanteile basierend auf Gesamtumsatz [Mio. CHF]			
		2009	2010	2011	2012
Klaviere & Flügel exkl. Occasion-Instrumente	Andere	[60–70] %	[70–80] %	[70–80] %	[70–80] %
Klaviere & Flügel inkl. Occasion-Instrumente	Andere	[60–70] %	[70–80] %	[70–80] %	[70–80] %

Hinweise:
Tabelle 6 ist ein Zusammenzug aus Informationen der Tabelle 3, weshalb betreffend Gesamtumsatz sowie den Hinweisen auf die jeweiligen Ausführungen in Tabelle 3 verwiesen wird.

196. Bei der Beurteilung der aktuellen Konkurrenz ist zu berücksichtigen, dass Krompholz, Musik Hug und La Bottega die einzigen offiziellen S&S-Händler in der Schweiz sind. Angesichts der starken Marktposition von S&S aufgrund ihrer Reputation (vgl. oben, Rz 148) ist davon auszugehen, dass die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen nur in einem eingeschränkten Masse Preisdruck ausüben konnten, da die von ihnen im Sortiment geführten Marken nur teilweise Substitute für Steinway-Produkte darstellen.

197. Zusammenfassend geht aus den obigen Ausführungen hervor, dass in den relevanten Märkten unabhängig davon, ob Klaviere und Flügel eigenständige relevante Märkte bilden und ob Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig beurteilt werden, genügend Aussenwettbewerb in Form von aktueller Konkurrenz bestand, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

(ii) Potentieller Wettbewerb

198. Obwohl die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufgrund des genügenden aktuellen Wettbewerbs widerlegt werden kann, soll an dieser Stelle kurz auf den potentiellen Wettbewerb eingegangen werden. Als potentielle Konkurrenten gelten Unternehmen, welche sich zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht auf dem Markt befinden, die aber innerhalb nützlicher Frist (in der Regel innerhalb 2 Jahren) in den Markt treten würden.[82] Bei der Beurteilung des potentiellen Wettbewerbs ist die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten zu prüfen, welche abhängig von Gewinnaussichten, Marktzutrittsschranken oder Marktaustrittsschranken (sog. sunk costs) ist.

199. Hinweise auf administrative oder strategische Marktzutritts- sowie wesentliche Marktaustrittsschranken im Handel mit Musikinstrumenten bestehen nach Ansicht der WEKO keine. Hinsichtlich struktureller Marktzutrittsschranken ist davon auszugehen, dass ein bestimmter Kapitalbedarf erforderlich ist, um sich als Händler zu etablieren und eine genügende Grösse zu erreichen, so dass eine nennenswerte disziplinierende Wirkung entfaltet werden kann. So werden genügend grosse Verkaufs- und Präsentationsflächen, aber auch Lagermöglichkeiten benötigt. Des Weiteren ist angesichts der Komplexität der Produkte wie auch der hohen Produktdifferenzierung Personal mit spezifischem Know-How (wie bspw. Klavierbauer und -stimmer) nötig. Zudem scheint auch der Reputationsaufbau ein wichtiger Faktor zu sein. Dazu ist ein breites Sortimentsangebot, welches auch Klaviere und Flügel höherer Preissegmente und insbesondere Marken mit hoher Reputation wie bspw. S&S umfasst, eine wichtige Voraussetzung.

200. Angesichts der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass in den Märkten für Flügel und Klaviere gewisse strukturelle Marktzutrittsschranken bestehen. Diese scheinen aber nicht – insbesondere für bereits im Flügel- und Klavierhandel tätige Unternehmen, welche jedoch in anderen räumlichen Märkten aktiv sind, – unüberwindbar zu sein. Somit ist ein gewisses Mass an potentiellem Wettbewerb vorhanden.

201. Zu berücksichtigen ist des Weiteren eine mögliche disziplinierende Wirkung von ausländischen Klavier- und Flügelhändlern (vgl. oben, Rz 162). So gäbe es gemäss Musik Hug Händler, welche in die Schweiz exportieren würden, wobei schätzungsweise […] Flügel von S&S pro Jahr über Grau- oder Parallelimporte in die Schweiz gelangen würden, was ca. [0–10] % des Gesamtvolumens des Marktes für Flügel (Neuinstrumente; vgl. oben, Rz 168) entspricht. Gemäss Aussage von S&S seien Importe von Steinway-Instrumenten sehr selten vorgekommen. Dies spricht dafür, dass lediglich punktuelle Importe stattfanden (bzw. -finden) und der von ausländischen Händlern ausgehende disziplinierende Effekt als eher bescheiden zu beurteilen ist.

B.5.2.2.3. Innenwettbewerb

202. Obwohl die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufgrund des genügenden Aussenwettbewerbs widerlegt werden kann, wird nachfolgend der Vollständigkeit halber geprüft, ob unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen trotz Abrede Wettbewerb bestand. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter[83] besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

[82] RPW 2013/2, 187 Rz 227, *Abrede im Speditionsbereich*.
[83] BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

(i) Umsetzung

203. Musik Hug, Krompholz und La Bottega haben im untersuchungsrelevanten Zeitraum die Listenpreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex sowie die beiden erstgenannten Unternehmen darüber hinaus eine Rabattobergrenze von 10 % für die Schweiz untereinander abgesprochen (vgl. oben, Rz 63 ff.). Nachfolgend wird aufgezeigt, dass die Preisabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega tatsächlich in sehr hohem Masse befolgt wurde.

204. Dem von Musik Hug vorgebrachten Vorwurf, die behauptete Vereinbarung sei nicht eingehalten worden, ist zunächst Folgendes entgegenzuhalten: Musik Hug hat die mit Krompholz abgesprochenen Preislisten, an denen La Bottega ihr Verhalten ausrichtete, verwendet, die Instrumente in ihren Ausstellungsräumen entsprechend angeschrieben und bei Preisverhandlungen mit den Kunden angewandt (vgl. oben, Rz 110 ff.). Zudem gewährte Musik Hug in 41 % der Klavierverkäufe und in 23 % der Flügelverkäufe einen Rabatt von 0 % (vgl. unten, Graphik 3).

Krompholz

205. Die nachfolgende Graphik 2 gibt eine Übersicht über die Klavier- und Flügelverkäufe von Krompholz und die darauf gewährten Rabatte im untersuchungsrelevanten Zeitraum 2004 bis 2012, d.h. bis und mit 27. November 2012 (vgl. oben, Rz 72), in der Schweiz.

206. Diese Übersicht basiert auf von Krompholz eingereichten Listen ihrer Verkäufe von Klavieren und Flügeln der Marken Steinway, Boston und Essex mit Verkaufsdatum, Listenpreis, gewährtem Skonto und Rabatt, Informationen zu Zubehör, Service oder sonstigen Nachlässen, Nettoverkaufspreis, Lieferort und Informationen zu Kunden.

207. In der Auswertung berücksichtigt wurden […] von insgesamt […] Verkäufen. Nicht in die Auswertung miteinbezogen wurden Verkäufe ins Ausland ([…] Verkäufe), Verkäufe von sog. Stellungsinstrumenten ([…] Verkäufe), da diese als Occasion-Instrumente zu qualifizieren sind, Verkäufe zu Occasion-Spezialpreis ([…]) und Verkäufe mit Spezialpreis ([…] Verkäufe), da diese nicht eindeutig nachvollziehbar sind.[84]

Graphik 2: Klavier- und Flügelverkäufe von Krompholz sowie darauf gewährte Rabatte, 2004 bis 2012.

[…]

208. Graphik 2 veranschaulicht Folgendes: Bei […] von insgesamt […] Verkäufen von Klavieren gewährte Krompholz einen Rabatt von bis zu 10 %. Nur bei 13 % der Klavierverkäufe wich Krompholz von der Einigung betreffend Rabatte ab, indem sie einen Rabatt von über 10 % gewährte. Bei den Flügelverkäufen zeigt sich ein ähnliches Bild: Bei […] von insgesamt […] Verkäufen von Flügeln gewährte Krompholz einen Rabatt von bis zu 10 %. Bei 15 % der Verkäufe wich Krompholz mittels Gewährung eines höheren Rabatts von der Einigung betreffend Rabatte ab. Bei der Betrachtung aller Verkäufe (Flügel und Klaviere) zeigt sich, dass Krompholz nur gerade bei 14 % der Verkäufe von der Einigung betreffend Rabatte abwich.

209. Anzufügen ist, dass […] der insgesamt […] Klavierverkäufe mit einem Rabatt von über 10 % Verkäufe von Klavieren der Marke Essex an Institutionen waren. Davon wurden 2010 […] Essex-Klaviere mit einem Rabatt von 15 % an den gleichen Kunden, […], verkauft. Von den […] Flügelverkäufen mit einem Rabatt von über 10 % waren […] Verkäufe an verschiedene Institutionen.

210. Obenstehende Aussagen sind jedoch in zweierlei Hinsicht zu qualifizieren: Erstens gewährte Krompholz bei 68 % der in der Auswertung berücksichtigten Verkäufe (Klaviere und Flügel) neben dem Rabatt einen Skonto, welcher in der Regel bei [0–10] % ([…]) lag und ausnahmsweise auch nur [0–10] % ([…] Verkäufe) oder [0–20] % ([…]) betrug. Die einmaligen aussergewöhnlich hohen Skonti von [0–10] %, [0–10] % bzw. [10–20] % wurden bei Verkäufen gewährt, bei welchen Krompholz maximal einen Rabatt von [0–10] % gewährte. Davon ausgehend, dass die Gewährung eines bestimmten Skontos branchenüblich ist (vgl. unten, Rz 217), sind diese Nachlässe jedoch nur teilweise als Abweichung von der Einigung betreffend Rabatte zu qualifizieren.

211. Zweitens gewährte Krompholz gemäss den eingereichten Listen bei 60 % der in der Auswertung berücksichtigten Verkäufe (Klaviere und Flügel) zusätzliche Nachlässe in Form von Zubehör wie Klavierbänken, Konzertrollen, Lampen oder Decken. Bei 9 % der ausgewerteten Verkäufe wurden weitere Servicedienstleistungen wie zusätzliche Garantiestimmungen, längere Garantiegewährung oder die Intonation kostenlos durchgeführt. Bei 52 % der in der Auswertung berücksichtigten Verkäufe wurde die Lieferung bzw. die Transportkosten von Krompholz übernommen.[85] In Bezug auf die Lieferung gab Krompholz jedoch an, dass u.a. die Dienstleistung der Lieferung an den Kunden im Verkaufspreis inbegriffen sei. Im Austausch zur Preissetzung im Jahre 2006 wurde denn auch die Aktualisierung der Transportkosten, welche zu einer Erhöhung der Verkaufspreise führte, thematisiert (vgl. auch oben, Rz 64).

212. Abschliessend kann angefügt werden, dass sich auch bei einer Analyse der Verkäufe und der darauf gewährten Rabatte nach den einzelnen Marken – Steinway, Boston und Essex – ein ähnliches Bild zeigt (vgl. Tabelle 7).

[84] Damit wurden 7 % der in den Listen aufgeführten Verkäufe nicht in nachfolgender Analyse berücksichtigt.

[85] Die in Rz 211 genannten Anteile berücksichtigen nicht, dass Krompholz bei Verkäufen teilweise mehrere Nachlässe in Form der erwähnten Dienstleistungen gewährte.

Tabelle 7: Anteile an Klavier- und Flügelverkäufe von Krompholz mit Rabatt über 10 % nach Marken, 2004 bis 2012.

Instrument	Marke	Anz. Verkäufe	Anteil Verk. mit Rabatt von >10 %
Klavier	Steinway	[…]	8 %
	Boston	[…]	0 %
	Essex	[…]	17 %
Flügel	Steinway	[…]	14 %
	Boston	[…]	21 %
	Essex	[…]	0 %

Quelle: Eigene Berechnungen des Sekretariats basierend auf Angaben von Krompholz.

Musik Hug

213. Die nachfolgende Graphik 3 gibt eine Übersicht über die Verkäufe von Klavieren und Flügeln von Musik Hug und die darauf gewährten Rabatte im untersuchungsrelevanten Zeitraum 2004 bis 2012, d.h. bis und mit 27. November 2012 (vgl. oben, Rz 72), in der Schweiz.

214. Diese Übersicht basiert auf von Musik Hug eingereichten Listen ihrer Verkäufe von Klavieren und Flügeln der Marken Steinway, Boston und Essex mit Verkaufsdatum, Listenpreis, gewährtem Skonto und Rabatt, Informationen zu Zubehör, Service oder sonstigen Nachlässen, Nettoverkaufspreis und Lieferort.

215. In der Auswertung berücksichtigt wurden […] von insgesamt […] Verkäufen. Nicht in die Auswertung miteinbezogen wurden folgende Verkäufe: Verkäufe mit […]. Des Weiteren wurden Verkäufe […].[86]

Graphik 3: Klavier- und Flügelverkäufe von Musik Hug sowie darauf gewährte Rabatte, 2004 bis 2012.

[…]

216. Graphik 3 veranschaulicht Folgendes: Bei […] von insgesamt […] Verkäufen von Klavieren gewährte Musik Hug einen Rabatt von unter 10 %. Nur bei 14 % der Klavierverkäufe wich Musik Hug von der Einigung betreffend Rabatte ab, indem sie einen Rabatt von über 10 % gewährte. Bei den Flügelverkäufen gewährte Musik Hug in […] von insgesamt […] Fällen einen Rabatt von unter 10 %. Bei 32 % der Verkäufe von Flügeln wich Musik Hug mittels Gewährung eines höheren Rabatts von der Einigung betreffend Rabatte ab. Betrachtet man alle Verkäufe (Flügel und Klaviere), zeigt sich, dass Musik Hug bei 26 % der Verkäufe von der Einigung betreffend Rabatte abwich.

217. Wie auch Krompholz gewährte Musik Hug neben dem Rabatt einen Skonto auf ihren Verkäufen, dies bei [20–30] % der in der Auswertung berücksichtigten Verkäufe (Klaviere und Flügel). Dieser lag in der Regel bei [0–10] % ([…] Verkäufe) und betrug bei manchen Verkäufen [0–10] % ([…] Verkäufe). In einigen Fällen wurde ein Skonto in ähnlicher Höhe ([…] Verkäufe)[87] oder mehr ([…]) gewährt. Davon ausgehend, dass die Gewährung eines Skontos branchenüblich ist (vgl. oben, Rz 210), sind diese Nachlässe jedoch nur teilweise als Abweichung von der Einigung betreffend Rabatte zu qualifizieren.

218. Ebenfalls gewährte Musik Hug gemäss den eingereichten Listen bei [40–50] % der in der Auswertung berücksichtigten Verkäufe (Klaviere und Flügel) zusätzliche Nachlässe in Form von Zubehör wie Klavierbänken, Klimakontroll- oder Silentsystemen, Klavierrollen, Hygrometer, Decken oder Poliersets. Bei [20–30] % der ausgewerteten Verkäufe wurde die Lieferung von Musik Hug übernommen. Bei [30–40] % der ausgewerteten Verkäufe wurden weitere Servicedienstleistungen wie zusätzliche Stimmungen, Intonationen oder Abtransporte alter Instrumente kostenlos durchgeführt.[88] In Bezug auf die in den Listen als zusätzliche Nachlässe angegebenen Dienstleistungen gab Musik Hug jedoch an anderer Stelle an, dass die Anpassung der Intonation auf Wunsch des Kunden sowie die Stimmung und technische Nachkontrolle beim Kunden vor Ort innerhalb von sechs Monaten und die Lieferung zum Kunden immer im Verkaufspreis inbegriffen seien und nur speziell hohe Aufwände bei schwierigen Transporten dem Kunden extra verrechnet würden.

219. Abschliessend kann angefügt werden, dass sich auch bei einer Analyse der Verkäufe und der darauf gewährten Rabatte nach den einzelnen Marken – Steinway, Boston und Essex – grundsätzlich ein ähnliches Bild zeigt (vgl. Tabelle 8).

[86] Damit wurden [10–20] % der in den Listen aufgeführten Verkäufe nicht in nachfolgender Analyse berücksichtigt.
[87] […].
[88] Die in Rz 211 genannten Anteile berücksichtigen nicht, dass Musik Hug bei Verkäufen teilweise mehrere Nachlässe in Form der erwähnten Dienstleistungen gewährte.

Tabelle 8: Anteile an Klavier- und Flügelverkäufe von Musik Hug mit Rabatt über 10 % nach Marken, 2004 bis 2012.

Instrument	Marke	Anz. Verkäufe	Anteil Verk. mit Rabatt von >10 %
Klavier	Steinway	[…]	14 %
	Boston	[…]	11 %
	Essex	[…]	14 %
Flügel	Steinway	[…]	32 %
	Boston	[…]	34 %
	Essex	[…]	10 %

Quelle: Eigene Berechnungen des Sekretariats basierend auf Angaben von Musik Hug.

220. Musik Hug führt in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 aus, das in Rz 213 ff. aufgeführte Zahlenmaterial sowie die Darstellung nach Rz 215 würden weder den Bestand noch die Durchsetzung der vom Sekretariat behaupteten Abrede beweisen.

221. In Bezug auf den durch Musik Hug in Frage gestellten „Bestand der Abrede" kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich auf die Ausführungen in Rz 59 ff. verwiesen werden. Die durchgeführte Analyse der Klavier- und Flügelverkäufe im Zeitraum 2004 bis 2012 betrifft die „Umsetzung", welche gesetzessystematisch richtigerweise bei der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung sowie den quantitativen Kriterien der Erheblichkeitsprüfung (vgl. unten, Rz 244 ff.) berücksichtigt wird.

222. Betreffend die Umsetzung ist festzuhalten, dass die in der Analyse verwendete Rabattschwelle von 10 % nicht losgelöst von den im Recht liegenden Beweismitteln, welche aufzeigen, dass eine Einigung betreffend eines Maximalrabatts von 10 % und eben nicht 5 % oder 20 % bestand, betrachtet werden kann (vgl. oben, Rz 66 ff.). Das von Musik Hug vorgebrachte Argument, nicht jeder Rabatt unter 10 % sei ein Indiz dafür, dass eine angebliche Vereinbarung bestehe oder eingehalten worden sei, sowie die aufgeführten Beispiele stossen somit ins Leere.

223. Musik Hug führt denn auch selbst an, dass die Darstellung in Rz 215 als aussagekräftiger Nachweis diene, dass eine angebliche Abrede über einen Maximalrabatt von 10 % in mindestens 26 % der Fälle von Musik Hug bereits durch Preisnachlässe missachtet worden sei. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch nichts Anderes, als dass Musik Hug in 74 % der Fälle die Einigung über einen Maximalrabatt von 10 % nicht missachtet, d.h. eingehalten hat. Anzufügen gilt es jedoch zweierlei: Bereits die Abstimmung der Preisbasis, d.h. der Listenpreise, reicht aus um vom Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst zu werden, wobei hierzu um unnötige Wiederholungen zu vermeiden auf die entsprechenden Ausführungen in Rz 110 ff. verwiesen wird. Zudem zeigen die vorstehenden Ausführungen eindrücklich, dass die Abrede in casu in hohem Masse umgesetzt wurde.

224. Zur Richtigstellung soll an dieser Stelle kurz auf den Vorwurf von Musik Hug, die tatsächlich gewährten Rabatte seien unvollständig geprüft worden, eingegangen werden. Verkäufe mit Inzahlungnahmen und Mietanrechnungen wurden – entgegen der Behauptung von Musik Hug – sehr wohl in obige Analyse miteinbezogen. Verkäufe mit Inzahlungnahmen und Mietanrechnungen wurden einzig dann nicht in die Auswertung miteinbezogen, wenn der Wert des in Zahlung genommenen Instruments bzw. der Umfang der angerechneten Miete von Musik Hug nicht explizit ausgewiesen wurde (vgl. oben, Rz 215). Zudem ist in Bezug auf die Nachlässe in Form von Zubehör und Zusatzleistungen festzuhalten, dass diese bereits im Antrag des Sekretariats gewürdigt wurden (vgl. oben, Rz 218 sowie unten, Rz 231) und eine Berücksichtigung aller kumulativen Zusatzrabatte die Schlussfolgerung der WEKO betreffend Umsetzung der hier interessierenden Abrede unverändert belässt.

La Bottega

225. Der Vollständigkeit halber wird an dieser Stelle kurz auf das Preissetzungsverhalten von La Bottega eingegangen. Vorab ist jedoch Folgendes zu wiederholen: La Bottega hat – wie aufgezeigt (vgl. oben, Rz 85 ff.) – die Listenpreise, welche von Musik Hug und Krompholz gemeinsam abgesprochen waren, verwendet, ihre Instrumente entsprechend angeschrieben und als Ausgangspunkt für Preisverhandlungen benutzt. Wie schon erwähnt wird bereits die Abstimmung der Preisbasis, d.h. der Listenpreise, vom Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst (vgl. oben, Rz 110 ff.). Hinzu kommt, dass sich La Bottega gemäss eigener Aussage so gut es ging an die Listenspreise hielt (vgl. oben, Rz 89).

226. Die folgende Auswertung basiert einerseits auf einer von La Bottega am 15. März 2013 eingereichten Liste ihrer Verkäufe von Klavieren und Flügeln der Marken Steinway, Boston und Essex (Verkaufsdatum, Listenpreis, Informationen zu Zubehör, Service oder sonstigen Nachlässen, Nettoverkaufspreis, Lieferort und Informationen zu Kunden), wobei diese nur Verkäufe aus den Jahren 2011 und 2012 umfasst und keine expliziten Angaben zu Rabatt und Skonto enthält. Andererseits liegt der Auswertung die an der Anhörung vom 7. Dezember 2015 eingereichte Liste von Verkäufen im Zeitraum 2008 bis 2012 sowie der entsprechenden Rechnungen zu Grunde.

227. Die Auswertung der eingereichten Daten zeigt Folgendes:

- Auf den an der Anhörung eingereichten Rechnungen ist ersichtlich, dass La Bottega die Listenpreise als Ausgangspunkt ihrer Preisberechnungen verwendet hat (vgl. hierzu auch oben, Rz 85 ff.).
- Im Zeitraum 2008 bis 2012 gewährte La Bottega in 85 % der Flügelverkäufe und in 25 % der Klavierverkäufe einen Rabatt von über 10 %.[89]

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass ein Vergleich der am 15. März 2013 eingereichten Daten mit den an der Anhörung eingereichten Informationen zeigt, dass – abgesehen davon, dass die Angaben zu Verkäufen vor 2008 komplett fehlen – die jeweilige Angabe der Verkäufe im Zeitraum 2008 bis 2012 unvollständig ist. Zudem beschränken sich die an der Anhörung eingereichten Angaben auf Instrumente der Marke Steinway.

228. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Abrede von Musik Hug, Krompholz und La Bottega befolgt und umgesetzt wurde. In Bezug auf die von der Abrede betroffenen Produkte – d.h. Klaviere und Flügel der Marken Steinway, Boston und Essex – wurde der Preiswettbewerb ausgeschaltet.

(ii) Restwettbewerb

229. Betreffend Restwettbewerb ist zunächst festzuhalten, dass das Bundesgericht festgehalten hat, dass die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist, und es daher trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität) noch zu einem – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten – Wettbewerb kommt.[90] Allerdings wiegt eine Beseitigung des Preiswettbewerbs aufgrund der regelmässig grossen Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ schwer und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird nicht durch Wettbewerb jedweder untergeordneter Parameter umgestossen.[91]

230. Angesichts der Komplexität der Produkte sowie der hohen Produktdifferenzierung in den relevanten Produktmärkten scheint ein Beratungs- und Servicebedürfnis der Endkunden plausibel. Hinsichtlich Beratung und Service ist festzuhalten, dass S&S – wie den Vertriebsverträgen entnommen werden kann – hohe Anforderungen an ihre Händler in Bezug auf den Vertrieb ihrer Produkte stellt. So muss ein Händler gewährleisten, dass […] Beratung und Service sind somit durch S&S in ihren Grundzügen standardisiert. Des Weiteren gaben sowohl […] als auch Krompholz an, dass eine Kontrolle sowie Stimmung des Instruments vor Auslieferung, die Lieferung an den Kunden, eine Nachkontrolle sowie Stimmung beim Kunden und fünf Jahre Garantie immer im Verkaufspreis inbegriffen seien. Daraus folgt, dass sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen aus Sicht des Endkunden kaum hinsichtlich Beratung und Service differenzieren. Der (Rest-)Wettbewerb unter den Abredebeteiligten bezüglich Service und Beratung ist somit als stark eingeschränkt zu beurteilen.

231. Teilweise haben die Händler eine Garantieverlängerung angeboten oder zusätzliche Nachlässe in Form von Zubehör gewährt (vgl. oben, Rz 211 und Rz 218), womit ein gewisser (Rest-)Wettbewerb unter den Händlern hinsichtlich Garantiegewährung oder der Offerierung von zusätzlichem Zubehör bestand (bzw. besteht). Hierbei handelt es sich aber nicht um dem Preis gleich bedeutsame Wettbewerbsgrössen, welche die Ausschaltung des Preiswettbewerbs im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufzuwiegen vermögen.

232. Allerdings sollte an dieser Stelle berücksichtigt werden, dass sich die vorliegend identifizierte Abrede nicht auf das gesamte Sortiment der drei Händler bezog, sondern nur auf Klaviere und Flügel der Marken Steinway, Boston und Essex des Herstellers S&S. Dies führte dazu, dass die Händler bezüglich Klavieren und Flügeln anderer Hersteller weiterhin – auch bezüglich der Wettbewerbsgrösse Preis – miteinander im Wettbewerb standen. Ob indessen dieser Restwettbewerb in ausreichendem Masse vorlag, um eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – insbesondere im Markt für Flügel – auszuschliessen, ist aus den folgenden Gründen fraglich.

233. Während Musik Hug zahlreiche weitere Marken im Sortiment führt, verkauft Krompholz neben den Marken Steinway, Boston und Essex sowie Grotrian-Steinweg im Wesentlichen Klaviere und Flügel der Marke Yamaha. Krompholz erzielte 2009 bis 2012 [50–80] % ihrer Umsätze mit Klavieren und Flügeln (Neuinstrumenten) mit den von der hier interessierenden Abrede betroffenen Marken Steinway, Boston und Essex.[92] Musik Hug erzielte 2009 bis 2011 [10–20] % und 2012 noch [0–10] % ihrer Umsätze mit Klavieren und [50–90] % ihrer Umsätze mit Flügeln mit den von der Abrede betroffenen Marken.[93] Zudem lag zwischen Musik Hug und Krompholz eine weitere horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG betreffend Klaviere und Flügel der Marke Grotrian-Steinweg vor (vgl. unten, Rz 262 ff.), wobei Krompholz im genannten Zeitraum [10–30] % ihrer Umsätze mit Klavieren und Flügeln (Neuinstrumenten) und Musik Hug [0–10] % bzw. [10–30] % ihrer Umsätze mit Flügeln bzw. Klavieren der Marke Grotrian-Steinweg erzielte. Folglich beschränkte sich der Bereich, in welchem die Händler trotz Abreden miteinander im Wettbewerb standen, auf wenige Marken, im Wesentlichen auf die Marke Yamaha, und ist im Vergleich zum von den Abreden betroffenen Bereich als nicht stark ins Gewicht

[89] In der Auswertung berücksichtigt wurden […] von insgesamt […] aufgeführten Verkäufen. Nicht in die Auswertung miteinbezogen wurden Verkäufe mit Inzahlungnahmen von Occasion-Instrumenten, bei welchen der Wert des in Zahlung genommenen Instruments nicht explizit von La Bottega ausgewiesen wurde ([…] Verkäufe), und Verkäufe ins Ausland ([…] Verkäufe). Damit wurden 29 % der in den Listen aufgeführten Verkäufe nicht berücksichtigt.

[90] BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

[91] RPW 2013/4, 598 Rz 861, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

[92] Eine Aussage zum umsatzmässigen Anteil der von der Abrede betroffenen Produkte für die einzelnen Kategorien Klavier und Flügel ist nicht möglich, da Krompholz ihre Umsätze mit Neuinstrumenten nicht für alle Marken den Kategorien „Klavier“ und „Flügel“ zuordnen kann (vgl. auch oben, Rz 170).

[93] La Bottega kann ihre Umsätze nicht zuverlässig nach Marken zuordnen, weshalb keine Umsatzzahlen nach Marken von La Bottega vorliegen.

fallend zu beurteilen. Schliesslich muss die Frage, ob dieser Restwettbewerb in genügendem Masse vorlag, um eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, nicht abschliessend geklärt werden, da die Widerlegung der Beseitigungsvermutung bereits aufgrund des bestehenden Aussenwettbewerbs gelingt (vgl. oben, Rz 164 ff.).

(iii) Fazit

234. Aus dem Vorangehenden ergibt sich, dass insbesondere Musik Hug und Krompholz die Abrede in sehr hohem Mass befolgt haben und dass einerseits ein gewisser (Rest-)Wettbewerb betreffend weiterer Wettbewerbsgrössen und andererseits betreffend weiterer Marken bestand, ersterer aber nicht dem Preis gleich bedeutsame Wettbewerbsgrössen betraf und letzterer kaum ins Gewicht fallen dürfte, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen.

B.5.2.3. Zwischenergebnis

235. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass in den relevanten Märkten genügend Aussenwettbewerb, aber kaum genügender Innenwettbewerb geherrscht hat. Folglich kann die in Art. 5 Abs. 3 KG statuierte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs in casu aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs widerlegt werden. Jedoch wird nachfolgend gezeigt, dass die vorliegende Abrede den Wettbewerb in den relevanten Märkten erheblich beeinträchtigte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

B.5.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

236. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

B.5.3.1. Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro

237. In Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung halten die Urteile des BVGer vom 19. Dezember 2013 in Sachen Gaba und Gebro Folgendes fest:

> „Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. [3 und] 4 KG statuiert, dass solche [Abreden] vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a majore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“[94]

> „Da der Schweizer Gesetzgeber […] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.“[95]

238. Dies bedeutet, dass – wenn einer der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG greift – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung insbesondere von quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt. Gemäss der Rechtsprechung des BVGer in Sachen Gaba und Gebro ist in solchen Fällen lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

239. Für den vorliegenden Fall hat dies zur Folge, dass in Bezug auf die Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega über die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex gemäss der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann.

240. Musik Hug macht in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 geltend, die Gaba/Gebro-Rechtsprechung des BVGer sei inzwischen durch die jüngeren Baubeschläge-Urteile modifiziert worden. Die Wettbewerbsbehörden treffe somit die Pflicht, auch das quantitative Element der Erheblichkeit zu überprüfen und zu belegen. Musik Hug verweist zur Begründung auf folgende Textpassage: „Im Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtsgenüglichen Nachweis von bestehendem Restwettbewerb gilt es an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zur EU, in der seit dem 1. Mai 2004 auf Wettbewerbsbeschränkungen eine Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme Anwendung findet, in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt (vgl. Botschaft 1994, 555; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 Rn. 31 ff.). Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt jeweils von der Vorinstanz zu untersuchen sind.“[96]

[94] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4, *Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO*.

[95] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 834 E. 11.3.4, *Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO*.

[96] Urteil des BVGer, RPW 2014/3, 575 E. 6.1.3, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

241. Zunächst ist korrigierend festzuhalten, dass der Antrag des Sekretariats nicht – wie von Musik Hug behauptet – erwähnt, dass die Gaba/Gebro-Rechtsprechung durch jüngere Urteile modifiziert worden sei, sondern explizit festhält, dass offengelassen werden kann, ob das Gericht mittels diesen Urteilen seine eigene Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro revidieren wollte, da die hier interessierende Abrede selbst dann zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, wenn die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung der Auswirkungen der Abrede auf dem relevanten Markt erfolgt.

242. Sodann geht entgegen der Auffassung von Musik Hug aus obiger zitierten Textpassage nicht hervor, dass das BVGer die Gaba/Gebro-Rechtsprechung revidieren wollte. Denn das BVGer stellt in den Baubeschläge-Urteilen zunächst einmal nur Selbstverständliches fest: Nach dem BVGer hat die WEKO im Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die Abrede erheblich beeinträchtigt wird, und Auswirkungen der Abreden zu untersuchen. Dies aber wird von Seiten der Wettbewerbsbehörden – auch mit Blick auf das Erfordernis einer verhältnismässigen Sanktionierung – gar nicht bestritten. Es ist aber zu beachten, dass die Baubeschläge-Urteile – anders als die Gaba/Gebro-Urteile – weder in der zitierten Passage noch in sonstigen Passagen Aussagen dazu enthalten, wie die Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen einer Abrede zu untersuchen haben. Vor allem legt das BVGer in den jüngeren Entscheidungen an keiner Stelle ausdrücklich fest, dass die Auswirkungen einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unter Berücksichtigung quantitativer Kriterien zu prüfen seien. Dementsprechend setzt sich das BVGer weder inhaltlich mit der Gaba/Gebro-Rechtsprechung auseinander, noch zitiert es die Gaba/Gebro-Urteile im Zusammenhang mit den oben zitierten Aussagen. Dies ist im Übrigen auch nicht verwunderlich, da die oben zitierte Aussage im Zusammenhang mit der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung getätigt wird und eine Erheblichkeitsprüfung in den Baubeschläge-Urteilen gar nicht durchgeführt wird – die kartellrechtlichen Ausführungen enden in den Baubeschläge-Urteilen vielmehr mit den Ausführungen zur Widerlegung der Beseitigungsvermutung. Wenn in den Baubeschläge-Urteilen keine Erheblichkeitsprüfung durchgeführt wird, dann können dem Urteil auch keine Aussagen zur Prüfung dieses Tatbestandselements entnommen werden. Weiter ist zudem anzunehmen, dass sich das BVGer in den Baubeschläge-Urteilen gerade deshalb mit der Gaba/Gebro-Rechtsprechung argumentativ und unter Zitierung der älteren Urteile hätte auseinandersetzen müssen, weil diese Urteile als Grundsatzentscheidung in 5er-Besetzung ergangen waren, während die Baubeschläge-Urteile in 3er-Besetzung entschieden wurden. Nach alledem ist daher anzunehmen, dass die Baubeschläge-Urteile im Hinblick auf die Berücksichtigung quantitativer Kriterien nicht der Gaba/Gebro-Rechtsprechung widersprechen und daher letztere nach wie vor Bestand hat.

243. So lässt denn das BVGer selbst im Urteil vom 13. November 2015 in Sachen BWM die Frage, ob auch quantitative Kriterien zu prüfen sind, offen und prüft diese mit Blick auf die hängigen Beschwerden in Sachen Gaba und Gebro der Vollständigkeit halber: „Der Frage, ob bei einem anderen Sachverhalt nach der Feststellung, dass eine den Wettbewerb qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, u. U. auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen sind, braucht hier nicht nachgegangen zu werden. Mit Blick auf die beim Bundesgericht hängigen Beschwerden in den Rechtssachen B-506/2010 Gaba und B-463/2010 Gebro sind aber der Vollständigkeit halber auch die von der Vorinstanz im Rahmen der quantitativen Analyse geprüften Kriterien zu untersuchen.“[97]

B.5.3.2. Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis

244. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des BVGer beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.[98] Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis, die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt[99] – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter[100] zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).[101]

245. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, führt die vorliegende Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega über die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG und zwar selbst dann, wenn die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung der Auswirkungen der Abrede auf dem relevanten Markt im Sinne der bisherigen Praxis der WEKO, d.h. unter Berücksichtigung von qualitativen wie quantitativen Kriterien, durchgeführt wird.

B.5.3.2.1. Qualitative Kriterien

246. Was die qualitativen Kriterien der Erheblichkeit angeht, so reicht es aus, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Die vorliegende Untersuchung betrifft Fälle von horizontalen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG.

---

[97] Urteil des BVGer, B-3332/2012 vom 13. November 2015, E. 9.1.5, *Bayerische Motoren Werke AG/WEKO*.

[98] RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) bezüglich horizontaler Abreden*; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, *Gaba bezüglich vertikaler Abreden*.

[99] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

[100] In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

[101] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 230.

247. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten. Bezüglich der Frage der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis sowie der Abreden über Gebiete und Geschäftspartner ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber diesbezüglich eine Wertung vorgenommen hat und horizontale Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Märkten vermutungsweise den wirksamen Wettbewerb beseitigen.[102]

248. Überdies illustrieren sowohl die Praxis der WEKO wie auch der EU-Kommission, dass – im horizontalen Kontext – der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig erachtet wird.[103] Es stellt sich jedoch die Frage, welche Anforderungen an das qualitative Element der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu stellen sind, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

249. Zu dieser Frage hat die WEKO ausgeführt, dass Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG grundsätzlich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge haben, wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Damit hat die WEKO festgehalten, dass bei Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Falle von sog. Hardcore-Kartellen die qualitativen Kriterien für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich gegeben sind.[104]

B.5.3.2.2. Quantitative Kriterien

250. Das quantitative Element der Erheblichkeit wird üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG geprüft; d.h. anhand der vorhandenen aktuellen und potentiellen Konkurrenz. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse bei einer Situation, in der (hypothetisch) Wettbewerb besteht.[105]

251. Zur Prüfung des aktuellen Wettbewerbs kann auf die bereits erfolgten Ausführungen zum Aussen- (vgl. oben, Rz 164 ff.) und Innenwettbewerb (vgl. oben, Rz 202 ff.) verwiesen werden. Bezüglich der Prüfung des potentiellen Wettbewerbs kann auf die obigen Ausführungen in Rz 198 ff. verwiesen werden. An dieser Stelle sei Folgendes wiederholt:

- Die an der Abrede beteiligten Unternehmen – Musik Hug, Krompholz und La Bottega – vereinten in den Jahren 2009 bis 2012 mit all ihren Marken (d.h. auch mit den von der Abrede nicht betroffenen Marken) einen Marktanteil im Bereich von [10–30] % im schweizweiten Markt für Klaviere und im Bereich von [20–50] % im schweizweiten Markt für Flügel auf sich (vgl. oben, Rz 167). Somit hielten die Abredebeteiligten beträchtliche Marktanteile, dies unabhängig davon, ob allenfalls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden (vgl. oben, Rz 173 ff.).
- Produkte der Marke Steinway – insbesondere die Flügel im Konzertbereich – weisen eine hohe Reputation auf, weswegen diesen eine besondere Stellung im Markt zuzusprechen ist (vgl. oben, Rz 148 ff.).
- Die Händler haben die abgesprochenen Preislisten verwendet, die Instrumente in ihren Ausstellungsräumen entsprechend angeschrieben und bei Preisverhandlungen mit den Kunden als Grundlage beigezogen (vgl. oben, Rz 85 ff. und Rz 110 ff.). Krompholz gewährte in 25 % der Klavierverkäufe und in 8 % der Flügelverkäufe einen Rabatt von 0 %. Bei 87 % der Verkäufe von Klavieren und bei 85 % der Verkäufe von Flügeln hielt sich Krompholz an die Einigung betreffend Rabatte (vgl. oben, Rz 205 ff.). Musik Hug gewährte in 41 % der Klavierverkäufe und in 23 % der Flügelverkäufe einen Rabatt von 0 %. Musik Hug folgte der Einigung der Rabatte bei 86 % der Klavierverkäufe und bei 68 % der Flügelverkäufe (vgl. oben, Rz 203 ff.). Es konnte somit gezeigt werden, dass sich die Händler in sehr hohem Masse an die Abrede gehalten haben.

252. Die von der Abrede betroffenen Marken entsprachen einem Anteil von [0–10] %[106] des Marktes für Klaviere und von [20–30] %[107] des Marktes für Flügel (vgl. dazu unten, Rz 304). Im Sinne einer Gesamtbetrachtung und insbesondere aufgrund des sehr hohen Schädigungspotentials von horizontalen Abreden für den Wettbewerb sind die vorstehenden Aspekte, welche die quantitativen Kriterien der Erheblichkeit betreffen, als zweifelsohne ausreichend zu betrachten, um die horizontale Abrede zwischen den drei Händlern betreffend die Verkaufspreise von Klavieren und Flügeln der Marken Steinway, Boston und Essex als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen. Obwohl die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs widerlegt werden konnte, reicht das Ausmass dieser Art Wettbewerb vorliegend nicht aus, um das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung infolge der von Krompholz, Musik Hug und La Bottega umgesetzten Abrede zu verneinen.

253. Musik Hug kritisiert, dass das quantitative Element der Erheblichkeit nicht bzw. nur sehr ungenügend überprüft und belegt wurde. Krompholz macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass die Erheblichkeitsprüfung äusserst knapp ausfalle. Diesen Vorbringen ist entgegen zu halten, dass sowohl Musik Hug als auch Krompholz mit

[102] Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4, 751 Rz 315, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.
[103] RPW 2010/4, 751 Rz 315, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.
[104] Siehe dazu auch RPW 2010/4, 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.
[105] RPW 2013/2, 194 Rz 262, *Abrede im Speditionsbereich*.
[106] 2009: [0–10] %, 2010: [0–10] %, 2011: [0–10] %, 2012: [0–10] %.
[107] 2009: [20–30] %, 2010: [20–30] %, 2011: [20–30] %, 2012: [20–30] %. Im hypothetischen, Klaviere und Flügel umfassenden Gesamtmarkt sind [10–20] % des Marktes von der vorliegenden Abrede betroffen (vgl. unten, Rz 304).

dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG abgeschlossen haben (vgl. unten, Rz 337 ff.), worin u.a. festgehalten ist, dass die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert werden sollen. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelungen erfolgte im übereinstimmenden Interesse von Musik Hug bzw. Krompholz und dem Sekretariat. Damit werden die Argumente von Musik Hug und Krompholz insofern entkräftet, als sie der Reduktion der Sachverhaltsermittlung und der rechtlichen Würdigung explizit zustimmten. Hinzu kommt, dass nach Ansicht der WEKO die Marktanteile sowie die Umsetzung klar zeigen, dass die hier zu beurteilende Preisabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen ist und damit der Erheblichkeitsprüfung Genüge getan ist. Der Vollständigkeit halber sei in Bezug auf den Einwand von Krompholz, es sei unklar, inwiefern sich die Parteien tatsächlich an die jeweiligen Preislisten gehalten hätten und wie der Umstand zu werten sei, dass es sich dabei lediglich um Bruttopreise und nicht um Nettopreise gehandelt habe, auf die jeweiligen Ausführungen in den Rz 203 ff. sowie Rz 110 ff. verwiesen.

B.5.3.2.3. Zwischenergebnis

254. Im Rahmen der Gesamtwürdigung ist die Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex als eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

B.5.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

255. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

256. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.[108] Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.[109] Die Berücksichtigung anderer nichtökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.[110]

257. Zwar hat die Wettbewerbsbehörde den massgebenden Sachverhalt auch hinsichtlich der Elemente, welche eine Rechtfertigung ermöglichen, von Amtes wegen zu ermitteln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Wettbewerbsbehörde das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen zu beweisen hat. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, so bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen nur zulässig sind, wenn sie tatsächlich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, und nicht bereits dann, wenn solche Gründe nicht ausgeschlossen werden können oder bloss einigermassen plausibel erscheinen.[111]

258. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegende Abrede einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.[112] Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

259. Anzufügen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.[113]

260. Im vorliegenden Fall kann auf eine Prüfung von Effizienzgründen deshalb verzichtet werden, weil angesichts der Beweislage weder ersichtlich ist, dass die horizontale Preisabrede zwischen den Händlern aus Effizienzüberlegungen erfolgte, noch Hinweise oder Anhaltspunkte im Recht liegen, die Entsprechendes dokumentieren würden. Rechtfertigungsgründe wurden von Musik Hug, Krompholz und La Bottega auch nicht vorgetragen.

B.5.5. Ergebnis

261. Zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega lag im Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 27. November 2012 eine horizontale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex vor. Obwohl die gesetzliche Beseitigungsvermutung angesichts des bestehenden Aussenwettbewerbs widerlegt werden kann, ist diese

[108] RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, *Swico/Sens*, m.w.H. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.
[109] BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.
[110] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.
[111] Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E.10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO/WEF*.
[112] Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., *FttH Freiburg*.
[113] RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

Preisabrede als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen und nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigbar. Die Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega ist somit unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG. Die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge wird für Musik Hug, Krompholz und La Bottega separat und an einer anderen Stelle in dieser Verfügung dargelegt (vgl. unten, Rz 336 ff.).

B.6. Horizontale Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg

262. Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf die Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg. Gemäss den im Recht liegenden Beweismitteln haben sich Musik Hug und Krompholz nicht nur hinsichtlich der Preise von Flügeln und Klavieren der Marken Steinway, Boston und Essex abgestimmt, sondern auch in Bezug auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg abgesprochen. In Bezug auf La Bottega ist festzuhalten, dass diese erst seit Frühling 2013 offizieller Händler von Grotrian-Steinweg ist (vgl. oben, Rz 11).

263. Gezeigt wird diesbezüglich in einem ersten Schritt, dass es sich bei diesen Austauschen um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt (vgl. grundsätzlich dazu oben, Rz 59 ff. und Rz 74 ff.).

264. Ähnlich wie bei der oben identifizierten Abrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega bezüglich Flügeln und Klavieren der Marke Steinway, Boston und Essex (vgl. oben, Rz 57 ff.) legten Musik Hug und Krompholz im Zeitraum 2004 bis 2012[114] einmal jährlich, gestützt auf die Händler-Einkaufspreisliste von Grotrian-Steinweg oder auf der Basis der von ihr jeweils kommunizierten Preiserhöhungen, die Verkaufspreise in der Schweiz gemeinsam fest. Den im Recht liegenden Beweismitteln ist zu entnehmen, dass dabei ähnlich vorgegangen wurde wie bei der Abrede hinsichtlich Produkten der Marken Steinway, Boston und Essex: So liess Musik Hug Krompholz jeweils per E-Mail (auf Initiative von Grotrian-Steinweg hin, vgl. dazu unten, Rz 307 ff.) die von ihr berechneten Verkaufspreise zukommen und bat um eine diesbezügliche Stellungnahme sowie um eine kurze Bestätigung des zugestellten Kalkulationsvorschlags, um diese dann wie bei S&S an Grotrian-Steinweg zum Druck der Schweizer Endverkaufspreislisten weiterleiten zu können.

265. Bei Betrachtung dieser Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz ist ersichtlich, dass der Mechanismus beinahe identisch ist mit demjenigen der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezüglich Produkten der Marken Steinway, Boston und Essex (vgl. oben, Rz 57 ff.). Aufgrund dessen und gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel ist an dieser Stelle festzuhalten, dass es sich bei den hier interessierenden Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg um eine Vereinbarung handelt. Des Weiteren ist angesichts der Gleichartigkeit der ausgetauschten Informationen sowie der Vorgehensweise auch das zweite für die Qualifikation als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erforderliche Element, das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung, als erfüllt zu betrachten. Es liegt somit auch in Bezug auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zwischen Musik Hug und Krompholz im Zeitraum 2004 bis 2012 vor.

266. Wie die Abrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex zielte auch die Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz hinsichtlich Produkten der Marke Grotrian-Steinweg darauf ab, deren Verkaufspreise auf einem gewissen Niveau zu halten und den Preiswettbewerb zwischen Schweizer Händlern auszuschalten (vgl. dazu oben, Rz 103 ff.). Die beiden Unternehmen kalkulierten und stimmten die Verkaufspreise in der Schweiz untereinander ab und leiteten diese dann Grotrian-Steinweg zum Druck weiter. Letztere verschickte die Preisliste sodann an sämtliche Schweizer Händler mit dem Ziel, die Preisliste als Grundlage für die Verkäufe von Flügeln und Klavieren der Marke Grotrian-Steinweg zu verwenden. Folglich ist auch die Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg als horizontale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.

267. Liegt eine Abrede im erwähnten Sinne vor, greift die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist (vgl. dazu oben, Rz 121 f.). Betreffend die Marktabgrenzung, welche für die Beurteilung der Frage, ob die gesetzliche Vermutung, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt ist, widerlegt werden kann bzw. die Frage, ob die in Rede stehende Abrede als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen ist, relevant ist, kann vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen hinsichtlich der horizontalen Wettbewerbsabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex verwiesen werden, da die hier interessierende Wettbewerbsabrede dieselben relevanten Märkte betrifft (vgl. oben, Rz 125 ff.). Dementsprechend kann auch in Bezug auf die Abrede betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg die gesetzliche Beseitigungsvermutung angesichts der vorherrschenden Aussenwettbewerbsverhältnisse (vgl. oben, Rz 164 ff.) als widerlegt betrachtet werden.

268. In der Folge stellt sich an dieser Stelle somit die Frage der Erheblichkeit (vgl. dazu oben, Rz 236 ff.). Gemäss der Rechtsprechung des BVGer in Sachen Gaba und Gebro ist die hier interessierende Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz über die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marke Grotrian-Steinweg als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu betrachten (vgl. oben, Rz 237 ff.). Selbst wenn die Frage der Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt

[114] Die Zeitspanne 2004–2012 wird in Bezug auf die Wettbewerbsabrede betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg als untersuchungsrelevant bezeichnet. Der für die vorliegende Untersuchung relevante Zeitraum ist ab 1. April 2004, d.h. ab dem Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes. Diesbezüglich gilt es anzufügen, dass die im Recht liegenden Beweismittel belegen, dass die Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz schon vor dem Jahr 2004 stattgefunden haben.

wurden, beurteilt wird (vgl. oben, Rz 244 ff.), ist die vorliegende Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz über die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marke Grotrian-Steinweg als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen. In qualitativer Hinsicht ist die Erheblichkeit beim Vorliegen von Preisabreden zwischen Wettbewerbern auf jeden Fall als gegeben zu betrachten (vgl. dazu oben, Rz 246 ff.).

269. In Bezug auf die quantitativen Kriterien der Erheblichkeit (vgl. dazu oben, Rz 250 f.) ist Folgendes festzustellen: Musik Hug und Krompholz verfügten in den Jahren 2009 bis 2012 mit all ihren Marken über einen gemeinsamen Marktanteil im Bereich von [10–30] % im schweizweiten Markt für Klaviere und im Bereich von [20–40] % im schweizweiten Markt für Flügel (vgl. oben, Rz 167). Somit hielten die Abredebeteiligten beträchtliche Marktanteile, dies unabhängig davon, ob allenfalls Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden (vgl. oben, Rz 173 ff.). Die Betrachtung der Wettbewerbsverhältnisse zeigt auch, dass Grotrian-Steinweg über ein gutes, sprich qualitativ hochstehendes, Image am Markt verfügt. Die von der Abrede betroffene Marke entsprach vorliegend einem Anteil von [0–10] %[115] des Marktes für Klaviere und von [0–10] % des Marktes für Flügel (vgl. dazu unten, Rz 330).

270. Im Sinne einer Gesamtbetrachtung und insbesondere aufgrund des sehr hohen Schädigungspotentials von horizontalen Abreden für den Wettbewerb sind die vorstehenden Aspekte, welche die quantitativen Kriterien der Erheblichkeit betreffen, als ausreichend zu betrachten, um auch die horizontale Abrede zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend die Verkaufspreise von Klavieren und Flügeln der Marke Grotrian-Steinweg als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen. Es liegt somit auch bezüglich Produkten der Marke Grotrian-Steinweg eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG vor.

271. Auch in Bezug auf diese unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen Musik Hug und Krompholz sind rechtfertigende Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (i) weder ersichtlich, (ii) noch liegen entsprechende Hinweise oder Anhaltspunkte im Recht und (iii) wurden solche denn auch weder von Musik Hug noch Krompholz vorgetragen.

B.7. Ergebnis

272. Im Zeitraum 2004 bis 2012 bestand einerseits eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega sowie andererseits eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg zwischen Musik Hug und Krompholz (vgl. oben, Rz 57 ff. und Rz 262 ff.). Obwohl die gesetzliche Beseitigungsvermutung in beiden Fällen widerlegt werden kann, sind die Abreden als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend einzustufen. Da keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, die auf das Bestehen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG hindeuten, sind die beiden Abreden als unzulässig zu qualifizieren und ziehen damit die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge nach sich (Art. 49a Abs. 1 KG; vgl. dazu unten, Rz 336 ff.).

B.8. Vertikale Abrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex

273. Wie bereits bei der Würdigung der horizontalen Preisabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex dargelegt wurde, war ein wesentlicher Bestandteil des Abredemechanismus, dass die gemeinsam festgelegten Listenpreise jeweils an S&S weitergeleitet, diese von S&S angenommen, mit offiziellem S&S-Logo gedruckt und an Musik Hug, Krompholz und La Bottega verteilt wurden (vgl. oben, Rz 57 ff.). Es stellt sich somit die Frage, wie das Verhalten von S&S aus kartellrechtlicher Sicht zu würdigen ist.

B.8.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

274. In Bezug auf die allgemeinen Erläuterungen hierzu wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen verwiesen (vgl. oben, Rz 59 f.).

B.8.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

275. Was die allgemeinen Erläuterungen zum bewussten und gewollten Zusammenwirken angeht, so kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben, Rz 61).

276. Betreffend die allgemeinen Erläuterungen zu abgestimmten Verhaltensweisen wird – um Wiederholungen zu vermeiden – ebenfalls auf die Ausführungen an anderer Stelle verwiesen (vgl. oben, Rz 86).

277. Wie den E-Mail-Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz entnommen werden kann (vgl. oben, Rz 64), wurden die von Musik Hug kalkulierten Preise an Krompholz zur Abstimmung zugestellt, i.d.R. verbunden mit dem Hinweis, dass diese an S&S zum Zwecke des Druckens einer offiziellen Preisliste weitergeleitet werden. S&S ist dieser Bitte jeweils nachgekommen.

278. Die Verhaltensweise von S&S, namentlich das Entgegennehmen von den zwischen Musik Hug und Krompholz abgesprochenen Preisen, das Drucken derselben zu einer offiziellen S&S-Preisliste und das daran anschliessende Verteilen an die Schweizer Händler, ist mindestens als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren. S&S betont in ihrer Stellungnahme vom 30. Juli 2015, dass sie diese Ansicht nicht teile. Aufgrund der nachfolgenden bereits vom Sekretariat zusammengetragenen Sachverhaltselemente folgt die WEKO allerdings der Würdigung des Sekretariats. Dies, weil

- S&S wusste, dass die ihr von Musik Hug übermittelten Listenpreise mit Krompholz abgesprochen waren, d.h. S&S über die horizontale Preisabrede Bescheid wusste;

[115] 2009: [0–10] %, 2010: [0–10] %, 2011: [0–10] %, 2012: [0–10] %. Im hypothetischen, Klaviere und Flügel umfassenden Gesamtmarkt sind [0–10] % des Marktes von der vorliegenden Abrede betroffen (vgl. unten, Rz 330).

- S&S im gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraum die zwischen Musik Hug und Krompholz abgesprochen Listenpreise entgegengenommen, gedruckt und an die Schweizer Händler abgegeben hat;
- Musik Hug zudem wusste, dass S&S ihrer Bitte nachkommen würde und
- die Verhaltensweise von S&S die Durchsetzung der horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega insofern begünstigte, als die abgesprochenen Listenpreise durch S&S offizialisiert wurden. Dies erleichterte es Musik Hug, Krompholz und La Bottega, die gemeinsam abgesprochenen Preise als Basis für Preisverhandlungen mit Endkunden zu benutzen.

279. Damit steht fest, dass die Vorgehensweise von S&S zusammen mit Musik Hug und Krompholz als praktische Zusammenarbeit zu würdigen ist, mit der der horizontalen Preisabrede zwischen den Händlern zur besseren Umsetzung am Markt verholfen wurde. Diese Zusammenarbeit erfolgte auch planmässig, da diese regelmässig und stets nach dem gleichen Muster erfolgte.

B.8.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

280. Für die allgemeinen Erläuterungen zu diesem Punkt kann auf die vorangegangenen Erwägungen verwiesen werden (vgl. oben, Rz 74 ff.).

281. Auch diese Voraussetzung ist in Bezug auf die Verhaltensweise von S&S erfüllt. Das Entgegennehmen von zwischen ihren Händlern Musik Hug und Krompholz abgesprochenen Preisen und das daran anschliessende Drucken zu einer offiziellen Preisliste verhalf der horizontalen Preisabrede zum besseren Durchbruch. Betroffen von der Wettbewerbsbeschränkung war somit der Wettbewerbsparameter Preis.

282. Die Verhaltensweise von S&S – das Offizialisieren der zwischen Musik Hug und Krompholz abgesprochenen Listenpreise – unterstützte die Durchsetzung der horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Diese wiederum ist – wie bereits dargelegt wurde (vgl. oben, Rz 78 ff.) – geeignet, zu einer Preisharmonisierung auf der Handelsstufe und dadurch zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs zu führen. Indem S&S die horizontale Preisabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega unterstützte, bezweckte sie mit ihrem Verhalten insofern eine Wettbewerbsbeschränkung als sie diese in massgeblicher Weise unterstützte.

283. S&S weist zwar in ihrer Stellungnahme vom 30. Juli 2015 darauf hin, dass sie mit ihrem Vorgehen in keiner Weise Einfluss auf den Preiswettbewerb habe nehmen wollen und dass sie lediglich eine zusätzliche Dienstleistung an ihre Händler erbracht habe. S&S habe einzig (europaweit vergleichbare) Einstandspreise vorgegeben und habe gar kein Interesse an hohen Händlermargen haben können. Sie habe somit keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, höchstens (eventuell) mitbewirkt.

284. Aufgrund der beschriebenen Unterstützungshandlung durch S&S geht die WEKO davon aus, dass S&S mit ihrem Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bewirkt hat.

285. Damit ist auch das zweite Tatbestandselement für die Qualifikation als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

B.8.1.3. Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen

286. An dieser Stelle und für die materielle Beurteilung der festgestellten Wettbewerbsabrede relevant ist, dass vorliegend und in Bezug auf S&S von einer vertikalen Abrede auszugehen ist, da die Abredeteilnehmer auf verschiedenen Markstufen tätig sind: S&S auf der Hersteller- und Musik Hug sowie Krompholz auf der Handelsstufe (vgl. oben, Rz 10 ff.).

B.8.2. Keine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG

287. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Preisbindung der zweiten Hand

288. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u.a. dann vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen zum Gegenstand haben (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek). Diesen sog. Preisbindungen der zweiten Hand liegt die Idee zu Grunde, den Wiederverkaufspreis (direkt oder indirekt) festzulegen, sei es in der Form eines Mindest- oder Festpreises.[116] Von Mindestpreisen wird gesprochen, wenn Händler einen bestimmten Preis nicht unterschreiten dürfen, von Festpreisen, wenn Händler vom vereinbarten Preis überhaupt nicht abweichen dürfen.[117]

289. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die hier interessierende Abrede zwischen S&S, Musik Hug und Krompholz nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Was die Preisbindung der zweiten Hand angeht, so liegen in casu keine entsprechenden Anhaltspunkte vor, dass S&S Mindest- oder Festpreise festsetzte bzw. festsetzen wollte. Namentlich lässt sich den im Recht liegenden Beweismitteln nicht entnehmen, dass S&S beabsichtigte, die Verkaufspreise der Schweizer Händler in irgendeiner Form zu beeinflussen. Die Betrachtung der E-Mail-Korrespondenz zwischen Musik Hug und Krompholz zeigt vielmehr, dass S&S die Preisabrede zwischen den Händlern unterstützte. Dies lässt sich auch mit den folgenden Aussagen belegen:

[116] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 493.
[117] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 501 f.

- Musik Hug sagte im Rahmen ihrer Selbstanzeige auf die Frage, ob S&S bei der Erstellung der Schweizer Steinway Verkaufspreisliste involviert war, dass S&S informiert werde, aber nicht involviert sei. Sie könnten melden, was sie wollten. Die Preise würden dann einfach so wie gemeldet gedruckt werden.
- Auf die Bitte, den Vorgang zu beschreiben, mit welchem die Verkaufspreislisten erstellt wurden, antwortete Musik Hug, dass es vor mehr als zehn Jahren so gewesen sei, dass einer der drei Händler Jecklin, Krompholz und Musik Hug die Preise berechnet habe und diese dann den anderen zur Überprüfung weitergeleitet habe. Der Erstrechner sei immer ein anderer Steinway-Händler gewesen. Dieser habe dann auch die Preise an S&S übermittelt und dieser mitgeteilt, dass die anderen Händler einverstanden seien.
- Auf die Frage, wie man die Preise vor 2010 festgelegt hat, antwortete Musik Hug, dass S&S jährlich die europäische Einkaufspreisliste sowie die Verkaufspreisliste für Deutschland herausgegeben habe. Gestützt auf diese beiden Listen habe jeweils einer dieser drei Händler den anderen einen Vorschlag für die Verkaufspreise unterbreitet. Weiter führte Musik Hug aus, dass, wenn die drei einverstanden gewesen seien, S&S daraufhin eine Preisliste für die Schweiz herausgegeben habe.

290. Diese Aussagen von Musik Hug decken sich mit denjenigen von Krompholz:

- Auf die Bitte hin zu beschreiben, wie Krompholz die Preise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex in der Schweiz festlegte, antwortete Krompholz, dass ihnen die Einkaufspreise, welche sie in Hamburg gehabt hätten, übermittelt worden seien. Dann hätten sie diese mit der handelsüblichen Marge auf schweizerische Verhältnisse umgerechnet. Die Preise seien etwas höher gewesen, weil ja auch die Kaufkraft in der Schweiz höher sei.
- Auf die Anschlussfrage, ob Austausche betreffend Preise zwischen Krompholz und den anderen Händlern für Produkte aus dem Hause S&S in der Schweiz stattfanden, antwortete Krompholz mit Ja und führte aus, dass Musik Hug ihnen die Berechnungen zur Überprüfung geschickt hätte. Dann seien die Preislisten von Steinway gedruckt worden.

291. Diesen übereinstimmenden Ausführungen von Musik Hug und Krompholz zufolge bestand die Rolle von S&S darin, die Listenpreise entgegenzunehmen, zu drucken und die Preislisten für die Schweiz an die Händler zu verteilen. Darüber hinaus liegen aber keine Beweismittel im Recht, die belegen würden, dass S&S Mindest- oder Festpreise festsetzte oder gar mittels Druck oder der Setzung von Anreizen der Einhaltung der Preislisten zum Durchbruch verhelfen wollte. An dieser Einschätzung ändert auch die Behauptung von Musik Hug nichts, die sie anlässlich der Vorstellung des vorläufigen Beweisergebnisses des Sekretariates abgegeben hat und welche sie in schriftlicher Form wiederholte, nämlich dass die Initiative zur Festlegung der Schweizer Endkundenpreisliste (durch Musik Hug gemeinsam mit Krompholz) im Sinne einer unverbindlichen Preisempfehlung von S&S ausgegangen sei. Diese Behauptung findet keine tragbare Stütze in den im Recht liegenden Beweismitteln und ist damit nicht weiter zu berücksichtigen. Darüber hinaus wurde bereits dargelegt, dass auch für einen angeblich unverbindlichen Charakter der Preislisten weder einschlägige Beweismittel vorhanden sind, noch diese als unverbindlich gekennzeichnet wurden (vgl. oben, Rz 107). Ganz im Gegenteil belegen die E-Mail-Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz, dass die gemeinsam kalkulierten und abgestimmten Preislisten gerade verbindlichen Charakter haben sollten.

Absoluter Gebietsschutz

292. Von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden auch Vereinbarungen in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. In casu wurden den drei (bzw. heute zwei) S&S-Händlern in der Schweiz Vertragsgebiete zur Bearbeitung zugewiesen (vgl. oben, Rz 10 ff.). Wie den Selbstanzeigen sowie den im Recht liegenden Beweismitteln entnommen werden kann, bestand im untersuchungsrelevanten Zeitraum (mindestens teilweise) ein Bonussystem. Dieses sah vor, dass einem Händler bei der Bestellung eines Flügels oder Klaviers bei S&S der Einkaufspreis um den Betrag von EUR […] für einen Flügel und um EUR […] für ein Klavier erhöht wurde. Verkaufte ein Händler den Flügel oder das Klavier in seinem Vertragsgebiet, konnte der Händler den entsprechenden Gebietstreuebonus von EUR […] bzw. EUR […] nach dem Verkauf bei S&S vollumfänglich einfordern. Erfolgte die Lieferung ausserhalb des Vertragsgebiets des Händlers, wurde der Bonus zwischen dem zuständigen Händler in diesem Vertragsgebiet und dem verkaufenden Händler (EUR […] für einen Flügel, EUR […] für ein Klavier) aufgeteilt.

293. Zur kartellrechtlichen Relevanz im Lichte von Art. 5 Abs. 4 KG dieses Bonussystems gilt es Dreierlei festzuhalten:

- Erstens sind zwar einige Beweismittel vorhanden, welche Zahlungen von Boni dokumentieren sowie solche, die zeigen, dass Instrumentenverkäufe in fremde Gebiete Gegenstand von Diskussionen waren. Darüber hinaus liegen indes keine Dokumente im Recht, die den Nachweis zulassen, dass Verkäufe in fremde Gebiete unterbunden werden sollten.
- Zweitens ist es zwar möglich, dass mit dem System des Gebietstreueschutzes Anreize gesetzt werden sollten, nicht in fremde Gebiete zu verkaufen, doch eigentliche Beweise, dass solche Verkäufe ausgeschlossen wurden, liegen keine vor.
- Drittens werden gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b (i) VertBek Beschränkungen des aktiven Verkaufs in Gebiete oder an Kundengruppen, die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen haben, nicht als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung

des Wettbewerbs aufgrund des Gegenstandes betrachtet. Die massgebenden Vertriebsverträge zwischen S&S und Musik Hug, Krompholz sowie La Bottega weisen starke Elemente auf, die sie als sog. Alleinvertrieb qualifizieren. In einem solchen Vertriebssystem ist gemäss den Leitlinien der EU eine Ausnahme von den Kernbeschränkungen vorgesehen, und zwar, dass ein Anbieter den aktiven Verkauf durch einen an der Vereinbarung beteiligten Abnehmer in Gebiete oder an Kundengruppen beschränken kann, die er ausschliesslich einem anderen Abnehmer zugewiesen oder sich selbst vorbehalten hat.[118]

294. Damit lässt sich zusammenfassend sagen, dass zwar Anhaltspunkte vorliegen, die darauf hindeuten, dass S&S zusammen mit ihren Schweizer Händlern Musik Hug und Krompholz die Absicht hegten, Verkäufe in fremde Gebiete und wohl auch Parallelimporte resp. -exporte zu begrenzen, doch dass diese im untersuchungsrelevanten Zeitraum im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen wurden bzw. werden sollten, dafür liegen keine eindeutigen Beweismittel im Recht.

295. Im Sinne eines Zwischenfazits kann somit festgehalten werden, dass die Abrede zwischen S&S, Musik Hug und Krompholz nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird. Es stellt sich damit die Frage, ob diese unter Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumieren ist, was in den folgenden Abschnitten abgehandelt wird.

B.8.3. Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

296. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

297. Bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Beeinträchtigung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, sind sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

298. Zur Analyse der Wettbewerbsverhältnisse müssen vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden. Marktgegenseite von S&S auf der Absatzseite sind die Händler, welche ihre Produkte wiederum an die Endkunden verkaufen. Da die Abrede zwischen S&S und ihren Händlern Krompholz und Musik Hug die Endverkaufspreise betrifft und die Nachfrage nach Klavieren und Flügeln der Händler vom Nachfrageverhalten der Endkunden geleitet wird (abgeleitete Nachfrage), sind die Präferenzen und das Verhalten der Endkunden Ausgangspunkt der Marktabgrenzung. Vor diesem Hintergrund kann auf die Ausführungen betreffend Marktabgrenzung in Rz 124 ff. verwiesen werden.

B.8.3.1. Qualitative Kriterien

299. In qualitativer Hinsicht gilt es zu prüfen, welche Bedeutung der von einer Wettbewerbsabrede betroffene Wettbewerbsparameter hat. Zu untersuchen gilt es in dieser Hinsicht, wie wichtig die von einer Abrede betroffenen Wettbewerbsparameter für die Konkurrenzverhältnisse sind.[119] Im Fokus der nachstehenden Ausführungen steht das Verhalten von S&S, also die Entgegennahme und das Drucken der zwischen Musik Hug und Krompholz kalkulierten bzw. abgesprochenen Listenpreise.

300. Wie in den vorstehenden Abschnitten dargelegt wurde, ist die Wettbewerbsabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex als unzulässig i.S.v. Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu beurteilen. Betroffen ist der Wettbewerbsparameter Preis, der im untersuchungsrelevanten Zeitraum zwischen Musik Hug und Krompholz in wettbewerbswidriger Weise abgesprochen war (vgl. oben, Rz 57 ff.). Wie ebenfalls dargelegt wurde, war der Auslöser der horizontalen Preisabrede die Kommunikation von Erhöhungen der Einkaufspreise resp. die entsprechend neu an Musik Hug verschickten Händler-Einkaufspreislisten (vgl. oben, Rz 64). Gestützt darauf kalkulierte Musik Hug einen Vorschlag für eine Schweizer Preisliste, schickte diese jeweils Krompholz zur Überprüfung und schliesslich an S&S, welche die abgesprochenen Preise entgegennahm und als offizielle S&S-Preisliste druckte, die dann an sämtliche S&S-Händler in der Schweiz verteilt wurde (vgl. oben, Rz 64 ff.). S&S wusste, dass die ihr von Musik Hug zugestellten Listenpreise mit Krompholz abgestimmt waren. Durch das Drucken der abgestimmten Preise in einer S&S-Preisliste verhalf S&S Musik Hug, Krompholz und La Bottega dazu, die Preisabrede am Markt besser umzusetzen. Denn durch die Verwendung der offiziellen S&S-Preislisten beim Erstellen von Angeboten konnten sich die Händler darauf verlassen, dass alle grundsätzlich von der gleichen Verkaufspreisbasis ausgehen würden.

301. Im Wissen darum, dass Krompholz, Musik Hug und La Bottega die Listenpreise sowie die beiden erstgenannten Unternehmen darüber hinaus die auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte abgesprochen haben und im willentlichen Drucken der offiziellen Preislisten für die Schweizer Händler leistete S&S einen massgeblichen Beitrag, der unzulässigen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zum besseren Durchbruch zu verhelfen. Dies, weil bei der Preisauszeichnung oder bei Preis- oder Offertanfragen von Kunden die Vorlage bzw. Verwendung von offiziellen S&S-Preislisten die Argumentation dahingehend erleichterte, als die Händler

[118] Vgl. Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (2010/C 130//01), Rn 51.
[119] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 186.

die angeschriebenen Preise bzw. die Listenpreise nicht näher zu erläutern oder gar zu rechtfertigen brauchten, sondern auf die offizielle Preisliste von S&S verweisen konnten. Darüber hinaus wussten die Händler, dass alle die S&S-Preislisten als Basis für Produktverkäufe verwenden würden, womit dem Preisdruck Einhalt geboten werden konnte.

302. Die WEKO geht davon aus, dass die vertikale Abrede, an der S&S beteiligt war, mithin ihr Verhalten, in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten ist, da sie die unzulässige horizontale Preisabrede zwischen den Händlern – die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigte (vgl. oben, Rz 236 ff.) – in massgebender Weise begünstigte. Angesichts des Umstandes, dass S&S mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG abgeschlossen hat (vgl. unten, Rz 345), kann die Frage aber letztlich offengelassen werden. Dennoch folgen nachstehend der Vollständigkeit halber Ausführungen zur Frage, ob die hier in Rede stehende vertikale Abrede, an der S&S beteiligt war, auch in quantitativer Hinsicht als erheblich zu beurteilen wäre.

B.8.3.2. Quantitative Kriterien

303. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird.[120]

304. In quantitativer Hinsicht ist festzuhalten, dass S&S im Zeitraum 2009 bis 2012 (leicht unterschätzte) umsatzbasierte Marktanteile von [0–10] % im schweizweiten Markt für Klaviere und von [20–30] % im schweizweiten Markt für Flügel aufweist (jeweils exkl. Occasion-Instrumente; vgl. Tabelle 9). Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass S&S im hypothetischen Gesamtmarkt, welcher Klaviere und Flügel umfasst, im Zeitraum 2009 bis 2012 umsatzbasierte Marktanteile im Bereich von [10–20] % aufweist.[121] S&S schätzt ihren eigenen umsatzbasierten Marktanteil (ohne die Marken Boston und Essex) im hypothetischen, Flügel und Klavier umfassenden Gesamtmarkt für die Jahre 2009 bis 2012 auf [10–20] %, [10–20] %, [10–20] % bzw. [10–20] %.

Tabelle 9: Marktanteile von S&S in den relevanten Märkten, Schweiz.[122]

Markt für	**Marktanteile in den Jahren**			
	2009	**2010**	**2011**	**2012**
	basierend auf geschätztem Gesamtumsatz [Mio. CHF]			
Klaviere	**18,9**	**19,8**	**18,7**	**19,3**
	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Flügel	**13**	**13,7**	**15**	**14**
	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %	[20–30] %

Hinweise:
Da die hier interessierende Abrede die Endverkaufspreise betrifft, wurden diese Marktanteile anhand der von den (offiziellen) Händlern in der Schweiz mit Klavieren und Flügeln der Marken Steinway, Boston und Essex erzielten Umsätze und den jeweiligen geschätzten umsatzmässigen Gesamtmarktvolumina betreffend Neuinstrumente (vgl. oben, Rz 167 f.) ermittelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass La Bottega ihre Umsätze nicht zuverlässig nach Marken zuordnen kann, weshalb keine Umsatzzahlen nach Marken von La Bottega vorliegen. Dies führt zu einer leichten Unterschätzung der umsatzmässigen Marktanteile von S&S.
Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

305. Im Markt für Klaviere verfügt S&S zwar nicht über einen sehr hohen Marktanteil, dies bedeutet aber gemäss konstanter Praxis der WEKO nicht, dass die hier interessierende Abrede nicht erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigte. Vielmehr fällt zunächst ins Gewicht, dass S&S im untersuchungsrelevanten Zeitraum die horizontale Preisabrede zwischen den Händlern wissentlich und willentlich offizialisierte und damit einen wesentlichen Beitrag zu deren Umsetzung leistete. In diesem Kontext fallen zudem die folgenden Aspekte ins Gewicht:

- S&S-Produkte geniessen (besonders bei Profimusikern, sog. Konzertsolisten) einen ausgezeichneten, wenn nicht gar überragenden Ruf. Insbesondere in qualitativer Hinsicht scheint es so zu sein, dass S&S-Produkte Konkurrenzprodukten bis zu einem gewissen Grad überlegen sind (vgl. oben, Rz 148). S&S hat sich im relevanten Markt eine besondere Reputation aufgebaut, die bis zu einem bestimmten Grad eine besondere Präferenz von Kunden nach sich zieht.
- Musik Hug, Krompholz und La Bottega verfügen in den relevanten Märkten für Klaviere und Flügel (jeweils exkl. Occasion-Instrumente) im Zeitraum 2009 bis 2012 über einen gemeinsamen Marktanteil im Bereich von [10–30] % bzw. [20–50] %[123] (vgl. oben, Rz 167 f.).

[120] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 230.
[121] 2009: [10–20] %, 2010: [10–20] %, 2011: [10–20] % und 2012: [10–20] %.
[122] Für den Fall, dass Occasion-Instrumente den relevanten Märkten zugerechnet werden, sind keine aussagekräftigen Marktanteile von S&S ermittelbar, da weder für Krompholz noch für La Bottega oder andere Händler, welche u.U. mit Occasion-Instrumenten der Marken Steinway, Boston und Essex handeln, Angaben zum Umsatz mit Occasion-Instrumente dieser Marken vorliegen.
[123] Für den Fall, dass Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, wird auf die Ausführungen in Rz 173 verwiesen.

- Hinzu kommt, dass in den überaus meisten Verkäufen von Musik Hug und Krompholz die zwischen ihnen abgesprochenen Verkaufspreise zur Anwendung kamen (vgl. oben, Rz 203 ff.), sodass die unterstützende Massnahme von S&S die ihr zugedachten Auswirkungen am Markt weitgehend entfalten konnte.

306. Die vorstehend dargelegten Aspekte sprechen grundsätzlich dafür, dass die vertikale Abrede, an der S&S beteiligt war, auch in quantitativer Hinsicht als erheblich einzustufen und damit die Abrede als unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen ist. Doch wie bereits erwähnt wurde, hat S&S mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG abgeschlossen, deren Wortlaut in Rz 343 wiedergegeben wird. Nach Ansicht der WEKO werden mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung sämtliche im Raum stehenden wettbewerbsrechtlich problematischen Aspekte beseitigt, sodass die Frage der Erheblichkeit letztlich offengelassen werden kann. In diesem Sinne erübrigt sich auch die Prüfung des Vorliegens von Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, wobei diesbezüglich festgehalten werden kann, dass keine Beweismittel im Recht liegen, welche darauf hindeuten würden.

B.9. Vertikale Wettbewerbsabrede betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg

307. Grotrian-Steinweg hat im Zeitraum von 2004 bis 2012 (vgl. oben, Rz 264) mit Hilfe ihres Händlers Musik Hug und in Abstimmung mit Krompholz Verkaufspreislisten erstellt, die sämtlichen Händlern in der Schweiz abgegeben wurden und die als Grundlage für Angebote benutzt werden sollten. Im untersuchungsrelevanten Zeitraum verhielt es sich so, dass Grotrian-Steinweg i.d.R. Kontakt mit Musik Hug aufnahm und diese bat, die Verkaufspreise mit Krompholz abzustimmen, zu berechnen und Grotrian-Steinweg zukommen zu lassen, um die Verkaufspreislisten an sämtliche Schweizer Händler zu verteilen (vgl. oben, Rz 262 ff.). Grotrian-Steinweg wies dabei darauf hin, dass die Verkaufspreislisten als Grundlage für Angebote von Produkten der Marke Grotrian-Steinweg benutzt werden sollten. Dies zeigt illustrativ der folgende Auszug aus einer E-Mail von Grotrian-Steinweg an Krompholz: *„Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie diese Preisliste als* ***Grundlage für Ihre Angebote*** [Hervorhebung durch die WEKO] *von GROTRIAN-STEINWEG Instrumenten nutzen."*

308. Auf diese Bitte hin nahm Musik Hug jeweils Kontakt mit Krompholz auf, wobei die Preise für Produkte der Marke Grotrian-Steinweg in der Schweiz von Musik Hug berechnet und alsdann Krompholz zur Bestätigung oder Korrektur zugestellt wurden. Im Anschluss daran liess Musik Hug die berechneten und mit Krompholz abgestimmten Preise Grotrian-Steinweg zukommen. Danach druckte Grotrian-Steinweg die abgestimmten Verkaufspreise in einer Liste und verteilte sie an ihre Schweizer Händler. Diese Vorgehensweise von Grotrian-Steinweg ist – wie nachfolgend gezeigt wird – als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Anzufügen gilt es jedoch an dieser Stelle, dass im Gegensatz zur vertikalen Preisabrede zwischen S&S, Musik Hug und Krompholz die Initiative in Bezug auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg von Grotrian-Steinweg ausging.

B.9.1. Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

309. In Bezug auf die allgemeinen Erläuterungen hierzu wird zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die obigen Ausführungen verwiesen (vgl. oben, Rz 59 f.).

B.9.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

310. Was die allgemeinen Erläuterungen hierzu angeht, so kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben, Rz 61 sowie Rz 276).

311. Wie den E-Mail-Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz entnommen werden kann (vgl. oben, Rz 264 f.), wurden die von Musik Hug kalkulierten Verkaufspreise an Krompholz zur Abstimmung zugestellt, i.d.R. verbunden mit dem Hinweis, dass diese an Grotrian-Steinweg zum Druck einer offiziellen Preisliste weitergeleitet werden. Grotrian-Steinweg ist dieser Bitte jeweils nachgekommen.

312. Die Verhaltensweise von Grotrian-Steinweg, namentlich die Aufforderung an Musik Hug, die Verkaufspreise zusammen mit Krompholz zu kalkulieren, das daran anschliessende Entgegennehmen von den zwischen Musik Hug und Krompholz abgestimmten Schweizer Verkaufspreisen, das Drucken derselben in einer offiziellen Grotrian-Steinweg-Verkaufspreisliste und das darauf folgende Verteilen an die Schweizer Händler, ist mindestens als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren. Dies, weil

- Grotrian-Steinweg die horizontale Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwischen Musik Hug und Krompholz mit ihren Anfragen initiierte und Grotrian-Steinweg wusste (bzw. sich darauf verlassen konnte), dass Musik Hug ihrer Bitte nachkommen wird;
- Grotrian-Steinweg bewusstermassen die zwischen Musik Hug und Krompholz abgestimmten Verkaufspreise entgegennahm;
- Grotrian-Steinweg die abgestimmten Verkaufspreise offizialisierte und es dadurch Musik Hug und Krompholz erleichterte, die gemeinsam abgesprochenen Preise als Basis für Verhandlungen zu benutzen.

313. Damit steht fest, dass die Vorgehensweise von Grotrian-Steinweg zusammen mit Musik Hug und Krompholz als praktische Zusammenarbeit zu würdigen ist, mit der der horizontalen Preisabrede zwischen Musik Hug und Krompholz zur besseren Umsetzung am Markt verholfen wurde. Diese Zusammenarbeit erfolgte auch planmässig, da diese regelmässig und stets nach dem gleichen Muster erfolgte.

B.9.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

314. Für die allgemeinen Ausführungen zu diesem Punkt kann auf die vorangegangenen Erwägungen verwiesen werden (vgl. oben, Rz 74 ff.). Auch diese Voraussetzung ist in Bezug auf die Verhaltensweise von Grotrian-Steinweg erfüllt. Das Initiieren und Entgegennehmen

von zwischen ihren Händlern Musik Hug und Krompholz abgesprochenen Schweizer Verkaufspreisen sowie das daran anschliessende Drucken einer offiziellen Preisliste und das Verteilen dieser an die Schweizer Händler verhalf der horizontalen Preisabrede zum besseren Durchbruch. Betroffen von der Wettbewerbsbeschränkung war somit, wie bei der Abrede betreffend die Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex, der Wettbewerbsparameter Preis.

315. Die Verhaltensweise von Grotrian-Steinweg initiierte und unterstützte die Durchsetzung der horizontalen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, diese wiederum ist – wie bereits dargelegt wurde (vgl. oben, Rz 78 ff.) – geeignet, zu einer Preisharmonisierung auf der Handelsstufe und dadurch zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs zu führen. Indem Grotrian-Steinweg die horizontale Preisabrede zwischen Musik Hug und Krompholz initiierte und unterstützte, bezweckte sie insofern eine Wettbewerbsbeschränkung, als sie dieser in massgeblicher Weise zur besseren Umsetzung verhalf. Damit ist auch das zweite Tatbestandselement für die Qualifikation als Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

B.9.1.3. Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen

316. An dieser Stelle und für die materielle Beurteilung der festgestellten Wettbewerbsabrede relevant ist, dass vorliegend und in Bezug auf Grotrian-Steinweg von einer vertikalen Abrede auszugehen ist, da die Abredeteilnehmer auf verschiedenen Markstufen tätig sind: Grotrian-Steinweg auf der Hersteller- und Musik Hug sowie Krompholz auf der Handelsstufe (vgl. oben, Rz 10 ff.).

B.9.2. Keine vertikale Abrede über Mindest- oder Festpreise

317. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Es stellt sich hinsichtlich des Verhaltens von Grotrian-Steinweg in erster Linie die Frage, ob dieses vom Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sein könnte.

318. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u.a. dann vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen zum Gegenstand haben (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek). Diesen sog. Preisbindungen der zweiten Hand liegt die Idee zu Grunde, den Wiederverkaufspreis (direkt oder indirekt) festzulegen, sei es in der Form eines Mindest- oder Festpreises.[124] Von Mindestpreisen wird gesprochen, wenn Händler einen bestimmten Preis nicht unterschreiten dürfen, von Festpreisen, wenn Händler vom vereinbarten Preis überhaupt nicht abweichen dürfen.[125]

319. Im vorliegenden Fall beabsichtigte Grotrian-Steinweg, die Verkaufspreise von Musik Hug in Abstimmung mit Krompholz kalkulieren zu lassen, diese alsdann in eine Preisliste aufzunehmen und an sämtliche Händler in der Schweiz zu verteilen. Diese Vorgehensweise wurde von Grotrian-Steinweg zusammen mit Musik Hug und Krompholz während des gesamten untersuchungsrelevanten Zeitraums praktiziert (vgl. oben, Rz 264).

320. Aus den im Recht liegenden Beweismitteln geht nach Ansicht der WEKO hervor, dass sich sowohl Grotrian-Steinweg als auch Musik Hug und Krompholz darüber einig waren, dass die Preisliste als Basis für Produktverkäufe dienen und zum Schutz eines bestimmten Preisniveaus grundsätzlich nicht unterschritten werden sollte.

321. Grotrian-Steinweg bringt dagegen vor, dass sie ihre Schweizer Händler um die Mitteilung von Marktdaten bzw. von empfohlenen Endverkaufspreisen gebeten hätte, diese Bitte stelle aber keine Preisabrede dar. Die Bitte habe für Grotrian-Steinweg – als Kleinunternehmen mit ca. [0–10] % Marktanteil und äusserst beschränkten Vertriebsressourcen – alleine den Zweck gehabt, so effizient wie möglich die unverbindliche Preisempfehlung aktuell zu halten. Ihre Händler seien nicht an die Verkaufspreise gebunden gewesen. Die Vorgabe von unverbindlichen Preisempfehlungen habe der Wahrung der Reputation von Produkten der Marke Grotrian-Steinweg gedient, zudem hätten die Verkaufspreisempfehlungen als Preisliste für Kunden gedient, die direkt bei Grotrian-Steinweg beziehen würden. Die Unverbindlichkeit der Verkaufspreisempfehlungen habe für die Schweizer Händler festgestanden, weshalb es nicht nötig gewesen sei, dies den Händlern explizit mitzuteilen.

322. Diesem Vorbringen von Grotrian-Steinweg ist entgegen zu halten, dass sie den im Recht liegenden Beweismitteln widersprechen. Diesen lässt sich nicht entnehmen, dass es den Schweizer Händlern bewusst gewesen war, dass die Verkaufspreisempfehlungen unverbindlich gewesen wären. Weiter lässt sich die Behauptung von Grotrian-Steinweg nicht belegen, die Verkaufspreisempfehlungen seien u.a. für Kunden bestimmt gewesen, die direkt bestellen würden. Wäre es Grotrian-Steinweg ausschliesslich darum gegangen, Marktdaten zu erheben, hätte es nach Ansicht der WEKO gereicht, diese bei Musik Hug einzuholen.

323. Es stellt sich die Frage, ob die beschriebene Verhaltensweise als Preisbindung der zweiten Hand i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren ist. Hierfür ist erforderlich, dass Wiederverkaufspreise festgesetzt werden, d.h. die Händler dazu angehalten werden, Mindest- oder Festpreise von Endkonsumenten zu verlangen.[126] Dies kann einerseits mit entsprechenden vertraglichen Verpflichtungen sichergestellt werden; aber auch ohne solche, indem ein Hersteller bspw. (unverbindliche) Verkaufspreisempfehlungen abgibt und deren Einhaltung mittels Druck oder Anreizen sicherstellt.[127]

[124] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 493.
[125] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 501 f.
[126] Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 5 Abs. 4 KG N 564 ff.
[127] Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 46), Art. 5 KG N 519.

324. In casu lässt sich zunächst einmal festhalten, dass Grotrian-Steinweg ihren Händlern Musik Hug und Krompholz keine Verpflichtungen auferlegt oder gar aufoktroyiert hat. Grotrian-Steinweg hat nur, aber immerhin, Musik Hug angefragt, zusammen mit Krompholz eine Schweizer Verkaufspreisliste zu erstellen, aber weder in Bezug auf die darin enthaltenen Produktpreise noch deren Anwendung oder Umsetzung im Markt Vorgaben an Musik Hug oder Krompholz gemacht. Dies spricht gegen die Qualifikation als Preisbindung der zweiten Hand.

325. Daneben liegen keine Beweismittel im Recht, die belegen würden, dass Grotrian-Steinweg Druck auf Musik Hug oder Krompholz ausgeübt hat, die von ihnen erstellte Preisliste am Markt durchzusetzen. Schliesslich liegen auch keine Hinweise vor, dass Grotrian-Steinweg Anreize für Musik Hug und Krompholz gesetzt hat, die dazu führten, dass sich die (unverbindlichen) Preisempfehlungen wie Mindest- oder Festpreise auswirkt hätten.

326. Vor diesem Hintergrund kann es nicht als erstellt betrachtet werden, dass das Verhalten von Grotrian-Steinweg eine Preisbindung der zweiten Hand i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt. Fest steht einzig, aber immerhin, dass Grotrian-Steinweg Musik Hug dazu aufforderte, die Verkaufspreise zusammen mit Krompholz zu berechnen und ihr die entsprechenden Preise weiterzuleiten. Das Ergebnis der Kalkulationen zwischen Musik Hug und Krompholz war eine Schweizer Verkaufspreisliste für Produkte der Marke Grotrian-Steinweg. Es stellt sich somit die Frage, ob dieses Verhalten als unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

B.9.3. Den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

327. Für die allgemeinen Erläuterungen zu diesem Punkt kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden (vgl. oben, Rz 296 ff.).

328. Wie in den vorstehenden Erwägungen dargelegt wurde, handelt es sich beim in Rede stehenden Abredemechanismus nicht um eine unzulässige Preisbindung der zweiten Hand, d.h. in Bezug auf das Verhalten von Grotrian-Steinweg, dass sie über Musik Hug und Krompholz keine Fest- oder Mindestpreise am Markt festsetzen wollte. Allerdings initiierte Grotrian-Steinweg mit ihrer jeweiligen Anfrage an Musik Hug, die Verkaufspreise für die Schweiz zu kalkulieren, dass diese beiden Händler sich untereinander absprachen und die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marke Grotrian-Steinweg gemeinsam festlegten. Mit ihrer Verhaltensweise wies Grotrian-Steinweg Musik Hug und Krompholz an, sich bezüglich Verkaufspreisen untereinander abzusprechen. Ausgehend davon, dass es sich bei der horizontalen Absprache zwischen Musik Hug und Krompholz um eine horizontale Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG handelt, ist das Verhalten von Grotrian-Steinweg auf jeden Fall als Auslöser zu einer Hardcore-Abrede zu betrachten, mit der Grotrian-Steinweg das Preissetzungsverhalten von Musik Hug und Krompholz direkt beeinflusste.

329. Die WEKO geht auch bei dieser vertikalen Abrede zwischen Grotrian-Steinweg, Krompholz und Musik Hug davon aus, dass diese in qualitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten ist, da sie die horizontale Preisabrede zwischen Krompholz und Musik Hug – die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigte (vgl. oben, Rz 267 ff.) – in massgebender Weise begünstigte. Im Gegensatz zur vertikalen Abrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex ging die Initiative in diesem Falle von Grotrian-Steinweg aus. Auch Grotrian-Steinweg hat mit dem Sekretariat eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG abgeschlossen (vgl. unten, Rz 346), womit die Frage der Erheblichkeit letztlich offengelassen werden kann. Doch auch hier werden der Vollständigkeit halber Ausführungen zur Frage gemacht, ob die hier interessierende vertikale Abrede betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg auch in quantitativer Hinsicht als erheblich zu beurteilen wäre.

330. Hierzu ist festzuhalten, dass Grotrian-Steinweg im Zeitraum 2009 bis 2012 (unterschätzte) umsatzbasierte Marktanteile von [0–10] % im schweizweiten Markt für Klaviere und von [0–10] % im schweizweiten Markt für Flügel aufweist (jeweils exkl. Occasion-Instrumente; vgl. Tabelle 10). Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass Grotrian-Steinweg im hypothetischen Gesamtmarkt, welcher Klaviere und Flügel umfasst, im Zeitraum 2009 bis 2012 umsatzbasierte Marktanteile im Bereich von [0–10] % aufweist.[128] Grotrian-Steinweg schätzt ihren eigenen Marktanteil für das Jahr 2012 in der Schweiz im Bereich Klavier auf [0–10] %, im Bereich Flügel auf [0–10] % und im hypothetischen, Flügel und Klavier umfassenden Gesamtmarkt auf unter [0–10] %.

[128] 2009: [0–10] %, 2010: [0–10] %, 2011: [0–10] % und 2012: [0–10] %.

Tabelle 10: Marktanteile von Grotrian-Steinweg in den relevanten Märkten, Schweiz.[129]

Markt für	Marktanteile in den Jahren			
	2009	2010	2011	2012
	basierend auf geschätztem Gesamtumsatz [Mio. CHF]			
Klaviere	**18,9**	**19,8**	**18,7**	**19,3**
	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Flügel	**13**	**13,7**	**15**	**14**
	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Hinweise:
Da die hier interessierende Abrede die Endverkaufspreise betrifft, wurden diese Marktanteile anhand der von den Händlern in der Schweiz mit Klavieren und Flügeln der Marke Grotrian-Steinweg erzielten Umsätze und den jeweiligen geschätzten umsatzmässigen Gesamtmarktvolumina betreffend Neuinstrumente (vgl. oben, Rz 167 f.) ermittelt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass vorliegend nur die Absatz- und Umsatzzahlen von Musik Hug sowie Krompholz vorliegen, was zu einer Unterschätzung der Marktanteile von Grotrian-Steinweg führt.
Quelle: Erhebungen des Sekretariats.

331. Grotrian-Steinweg verfügt zwar nicht über bedeutende Marktanteile, dies bedeutet aber nicht, dass die hier interessierende Abrede nicht erhebliche Auswirkungen auf den Markt zeitigte. In diesem Zusammenhang fallen insbesondere die folgenden Aspekte ins Gewicht:

- Auch Grotrian-Steinweg-Produkte geniessen einen sehr guten Ruf.
- Die Aufforderung von Grotrian-Steinweg an Musik Hug führte zu den Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend die Verkaufspreise. Wie vorstehend gezeigt wurde, sind diese als unzulässige horizontale Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren.
- Musik Hug und Krompholz verfügen in den relevanten Märkten für Klaviere und Flügel (jeweils exkl. Occasion-Instrumente) im Zeitraum 2009 bis 2012 über einen gemeinsamen Marktanteil im Bereich von [10–30] % bzw. [20–40] %.[130]

332. Die vorstehend dargelegten Aspekte sprechen grundsätzlich dafür, dass die hier interessierende Abrede als erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG zu beurteilen ist. Die Frage kann aber letztlich offengelassen werden, da Grotrian-Steinweg mit dem Sekretariat in einem sehr frühen Stadium der vorliegenden Untersuchung eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG abgeschlossen hat, deren Wortlaut in Rz 346 wiedergegeben wird.

333. Mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung werden nach Ansicht der WEKO sämtliche im Raum stehenden wettbewerbsrechtlich problematischen Aspekte beseitigt. In diesem Sinne erübrigt sich auch die Prüfung des Vorliegens von Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, wobei diesbezüglich festgehalten werden kann, dass keine Beweismittel im Recht liegen, welche darauf hindeuten würden.

B.10. Gesamtergebnis

334. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall vier Wettbewerbsabreden nachgewiesen werden können:

a) Eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende horizontale Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega im Zeitraum 2004 bis 2012;

b) eine unzulässige, den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende horizontale Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg zwischen Musik Hug und Krompholz im Zeitraum 2004 bis 2012;

c) eine den Wettbewerb (wohl) erheblich beeinträchtigende vertikale Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG betreffend die Unterstützung der in Bst. a) hiervor erwähnten Preisabrede zwischen S&S, Musik Hug und Krompholz sowie

d) eine den Wettbewerb (wohl) erheblich beeinträchtigende vertikale Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG betreffend die Initiierung und Unterstützung der in Bst. b) hiervor erwähnten Preisabrede zwischen Grotrian-Steinweg, Musik Hug und Krompholz.

335. Die vorliegende Untersuchung wird in den übrigen Punkten eingestellt, da sich die zu Untersuchungsbeginn vorhandenen Anhaltspunkte nicht erhärteten.

[129] Für den Fall, dass Occasion-Instrumente den relevanten Märkten zugerechnet werden, sind keine aussagekräftigen Marktanteile von Grotrian-Steinweg ermittelbar, da weder für Krompholz noch für andere Händler, welche u.U. mit Occasion-Instrumenten der Marke Grotrian-Steinweg handeln, Angaben zum Absatz von oder Umsatz mit Occasion-Instrumenten dieser Marken vorliegen.

[130] Für den Fall, dass Occasion-Instrumente als den relevanten Märkten zugehörig betrachtet werden, wird auf die Ausführungen in Rz 173 verwiesen.

B.11. Massnahmen

336. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. unten, Rz 337 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. unten, Rz 349 ff.).

B.11.1. Einvernehmliche Regelungen mit Musik Hug und Krompholz

337. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.[131]

338. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.[132]

339. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 23. Dezember 2014 mit Musik Hug und Krompholz eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben, Rz 28 ff.).

340. Die mit Musik Hug am 23. Dezember 2014 abgeschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„A. Vorbemerkungen

a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0429 zu vereinfachen, zu verkürzen, kostengünstiger zu gestalten und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung bzw. Vermeidung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0429 bildenden allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Musik Hug einvernehmlich und abschliessend geregelt.

d) Musik Hug hat eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht. Aus diesem Grund beantragt das Sekretariat bei der WEKO, die Sanktion zu reduzieren. Der Wille und die Bereitschaft von Musik Hug zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. […] Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.

e) Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.

f) Der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung erfolgt seitens Musik Hug ausschliesslich im Sinne eines schnellen und kostensparenden Abschlusses des Verfahrens und stellt seitens von Musik Hug keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden dar. Musik Hug hält aber fest, dass sich die Ergreifung eines Rechtsmittels erübrigt, wenn die WEKO diese einvernehmliche Regelung genehmigt, […] und damit sämtliche im Verfahren 22-0429 untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen abschliessend regelt.

g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die gesamten Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten von Musik Hug.

B. Vereinbarungen

1. Musik Hug verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere, Bestandteile davon oder Berechnungsfaktoren dafür wie bspw. Rabatte oder Wechselkurse mit ihren Mitbewerbern zu koordinieren oder gemeinsam zu kalkulieren. Musik Hug unterlässt dabei insbesondere jegliche Kontaktaufnahme mit ihren Mitbewerbern, die darauf abzielen, folgende Gegenstände auszutauschen oder abzustimmen:

---

[131] CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 58 f.

[132] Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (= RPW 2013/1, 122 ff.; nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

- *Die Höhe von Verkaufspreisen (sei es in Form von Verkaufspreislisten sei es in jeder anderen Form);*
- *die zu realisierende Händlermarge;*
- *den auf die Einstandspreise anzuwendende Umrechnungskurs oder*
- *die auf (empfohlene) Verkaufspreise zu gewährenden Rabatte.*

2. *Musik Hug verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt darauf hinzuwirken, dass ein Lieferant Massnahmen ergreift, die zu einer Koordinierung der Verkaufspreise zwischen den Händlern führen sollen.*
3. *Musik Hug verpflichtet sich, Preisempfehlungen von Lieferanten stets als unverbindlich entgegenzunehmen und als solche zu behandeln.*
4. *Musik Hug geht in Bezug auf Passivverkäufe*[133] *folgende Verpflichtungen ein:*
   a) *Musik Hug ergreift weder direkt noch indirekt Massnahmen, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern;*
   b) *Musik Hug regt bei ihren Mitbewerbern und Lieferanten weder direkt noch indirekt an, Massnahmen zu ergreifen, noch beteiligt sie sich an solchen oder unterstützt solche, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern.*
5. *Musik Hug verpflichtet sich, im Falle von (öffentlichen) Beschaffungen (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), weder direkt noch indirekt ihr Angebot bzw. ihren Angebotsverzicht mit ihren Mitbewerbern abzustimmen, um einen Zuschlag zu erhalten oder ein Angebot eines Mitbewerbers mit einer Schutzofferte zu stützen oder die Erteilung des Zuschlags sonst wie zu steuern. Davon ausgenommen sind gemeinsame Offerten (Arbeitsgemeinschaften), die dem Beschaffenden als solche kundgetan werden."*

341. Die mit Krompholz (heute AKHZ) am 23. Dezember 2014 abgeschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„A. Vorbemerkungen

a) *Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0429 zu vereinfachen, zu verkürzen, kostengünstiger zu gestalten und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*

b) *Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.*

c) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung bzw. Vermeidung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0429 bildenden allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Krompholz einvernehmlich und abschliessend geregelt.*

d) *Krompholz hat eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht, aus diesem Grund beantragt das Sekretariat bei der WEKO, die Sanktion zu reduzieren. Zudem wird das Sekretariat bei der WEKO eine Reduktion des Sanktionsbetrags i.S.v. Art. 12 Abs. 3 SVKG beantragen. Der Wille und die Bereitschaft von Krompholz zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Das Sekretariat beabsichtigt, bei der WEKO eine Sanktion zu beantragen, die den finanziellen Verhältnissen von Krompholz Rechnung trägt. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.*

e) *Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*

f) *Der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung erfolgt seitens Krompholz ausschliesslich im Sinne eines schnellen und kostensparenden Abschlusses des Verfahrens und stellt seitens von Krompholz keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden dar. Krompholz hält aber fest, dass sich die Ergreifung eines Rechtsmittels erübrigt, wenn die WEKO diese einvernehmliche Regelung genehmigt, die allenfalls von der WEKO verhängte Sanktion unter Berücksichtigung der Verfahrenskosten gestützt auf die finanzielle Situation von Krompholz für Krompholz wirtschaftlich tragbar ist und damit sämtliche im Verfahren 22-0429 untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen abschliessend regelt.*

g) *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die gesamten Verfahrenskosten anteils-mässig zu Lasten von Krompholz.*

[133] *Unter einem Passivverkauf wird die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an Bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziffer 3 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden; VertBek).*

B. Vereinbarungen

1. *Krompholz verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere, Bestandteile davon oder Berechnungsfaktoren dafür wie bspw. Rabatte oder Wechselkurse mit ihren Mitbewerbern zu koordinieren oder gemeinsam zu kalkulieren. Krompholz unterlässt dabei insbesondere jegliche Kontaktaufnahme mit ihren Mitbewerbern, die darauf abzielen, folgende Gegenstände auszutauschen oder abzustimmen:*
   - *Die Höhe von Verkaufspreisen (sei es in Form von Verkaufspreislisten sei es in jeder anderen Form);*
   - *die zu realisierende Händlermarge;*
   - *den auf die Einstandspreise anzuwendenden Umrechnungskurs oder*
   - *die auf (empfohlene) Verkaufspreise zu gewährenden Rabatte.*
2. *Krompholz verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt darauf hinzuwirken, dass ein Lieferant Massnahmen ergreift, die zu einer Koordinierung der Verkaufspreise zwischen den Händlern führen sollen.*
3. *Krompholz verpflichtet sich, Preisempfehlungen von Lieferanten stets als unverbindlich entgegenzunehmen und als solche zu behandeln.*
4. *Krompholz geht in Bezug auf Passivverkäufe*[134] *folgende Verpflichtungen ein:*
   a) *Krompholz ergreift weder direkt noch indirekt Massnahmen, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern;*
   b) *Krompholz regt bei ihren Mitbewerbern und Lieferanten weder direkt noch indirekt an, Massnahmen zu ergreifen, noch beteiligt sie sich an solchen oder unterstützt solche, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern.*
5. *Krompholz verpflichtet sich, im Falle von (öffentlichen) Beschaffungen (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), weder direkt noch indirekt ihr Angebot bzw. ihren Angebotsverzicht mit ihren Mitbewerbern abzustimmen, um einen Zuschlag zu erhalten oder ein Angebot eines Mitbewerbers mit einer Scheinofferte zu stützen oder die Erteilung des Zuschlags sonst wie zu steuern. Davon ausgenommen sind gemeinsame Offerten (Arbeitsgemeinschaften), sofern diese dem Beschaffenden als solche kundgetan werden."*

342. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die identifizierten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen werden gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

343. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegenden einvernehmlichen Regelungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.[135]

B.11.2. Einvernehmliche Regelungen mit S&S und Grotrian-Steinweg

344. Das Sekretariat hat am 20. Januar 2015 bzw. am 12. Mai 2014 mit S&S und Grotrian-Steinweg je einvernehmliche Regelungen i.S.v. Art. 29 Abs. 1 KG abgeschlossen (vgl. oben, Rz 28 ff. und Rz 24 ff.):

345. Die mit S&S am 20. Januar 2015 abgeschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„A Vorbemerkungen

1. *Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0429 zu vereinfachen, zu verkürzen, kostengünstiger zu gestalten und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.*
2. *Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.*
3. *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung bzw. Vermeidung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0429 bildenden allfälligen Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber S&S einvernehmlich und abschliessend geregelt.*
4. *Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*

[134] *Unter einem Passivverkauf wird die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an Bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziffer 3 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden; VertBek).*

[135] Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

5. *Der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung stellt seitens von S&S keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden dar. S&S hält aber fest, dass sich die Ergreifung eines Rechtsmittels erübrigt, wenn die WEKO diese einvernehmliche Regelung genehmigt und damit sämtliche im Verfahren 22-0429 untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen abschliessend regelt.*

6. *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten von S&S.*

B Vereinbarungen

1. *S&S verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt die Endverkaufspreise für Flügel und Klaviere*[136]*, Bestandteile davon oder Berechnungsfaktoren dafür wie bspw. Rabatte oder Wechselkurse mit ihren Händlern zu koordinieren, gemeinsam zu kalkulieren oder solche Massnahmen in irgendeiner Form zu unterstützen. S&S unterlässt dabei insbesondere jegliche unterstützende Massnahmen zu Gunsten ihrer Händler, die zu einer Vereinheitlichung der Verkaufspreise führen oder dies vereinfachen können, so insbesondere:*

   - *Jede Form der Kommunikation mit ihren Händlern, die darauf abzielt die Endverkaufspreise untereinander abzustimmen;*

   - *das Entgegennehmen und Drucken von Endverkaufspreislisten, die das Ergebnis von Koordinationen zwischen den Händlern sind oder sein könnten, unbeschadet der Möglichkeit, unilateral und explizit als unverbindlich gekennzeichnete Endverkaufspreisempfehlungen an die Händler abzugeben;*

   - *das Organisieren von Treffen mit Händlern, um die Preissetzung einzelner Händler zu thematisieren und eine Vereinheitlichung der Endverkaufspreise herbeizuführen.*

2. *S&S geht in Bezug auf Passivverkäufe*[137] *folgende Verpflichtungen ein:*

   a) *S&S ergreift weder direkt noch indirekt Massnahmen, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern;*

   b) *S&S regt bei ihren Händlern weder direkt noch indirekt an, Massnahmen zu ergreifen, noch beteiligt sie sich an solchen oder unterstützt solche, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern.*

3. *S&S verpflichtet sich, im Falle von (öffentlichen) Beschaffungen (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), weder direkt noch indirekt Angebote ihrer Händler in irgendeiner Form zu beeinflussen, um einen Zuschlag an einen bestimmten Händler zu begünstigen oder zu verhindern. Sollte S&S von der Beschaffungsstelle um Auskunft und/oder Rat angegangen werden, ist S&S aber frei, Auskünfte zu erteilen und Empfehlungen abzugeben."*

346. Die mit Grotrian-Steinweg am 12. Mai 2014 abgeschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

„A Vorbemerkungen

a) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0429 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. Diese einvernehmliche Lösung trägt insbesondere dem Wunsch von Grotrian Rechnung, Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen und damit das Verfahren 22-0429 zu einem raschen Ende bringen zu können. Die angespannte finanzielle Situation von Grotrian soll dabei berücksichtigt werden.*

b) *Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.*

c) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0429 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Grotrian einvernehmlich und abschliessend geregelt.*

d) *Der Wille und die Bereitschaft von Grotrian zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 15'000 bis 25'000 zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.*

e) *Sollte die einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*

[136] *Damit ist der Preis gemeint, den ein Endabnehmer für den Erwerb von Flügeln und Klavieren zu entrichten hat.*

[137] *Unter einem Passivverkauf wird die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an Bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziffer 3 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden; VertBek).*

f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Grotrian keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Grotrian fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO bei Beachtung von lit. c) Im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten von Grotrian.

h) Die vorliegende einvernehmliche Regelung basiert auf dem derzeitigen Kenntnisstand des Sekretariats und der im Recht liegenden Aktenstücke.

B Vereinbarungen

1. Grotrian verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Verkaufspreise ihrer Schweizer Händler zu nehmen und dabei insbesondere Folgendes zu unterlassen:

- *Aufforderungen (mündlich oder schriftlich) an ihre Schweizer Händler, untereinander die Verkaufspreise oder preisrelevante Faktoren (z.B. Wechselkurse oder Händlermarge) abzustimmen;*
- *Aufforderungen (mündlich oder schriftlich) an ihre Schweizer Händler, Verkaufspreislisten oder Verkaufspreisempfehlungen zu erstellen;*
- *Aufforderungen jeder Art (mündlich oder schriftlich) an ihre Schweizer Händler, unverbindliche Verkaufspreisempfehlungen als Grundlage für Angebote zu nutzen und*
- *Einflussnahmen irgendwelcher Art, welche die Rabattpolitik ihrer Schweizer Händler zu beeinflussen vermögen.*

Grotrian verpflichtet sich zudem, inskünftig unverbindliche Verkaufspreisempfehlungen klar und deutlich als solche zu bezeichnen und diesen auf keine Art und Weise (z.B. mittels Druck oder Anreizen) verbindlichen Charakter zu verleihen.

2. Grotrian verpflichtet sich schliesslich, keinerlei Massnahmen zu ergreifen, zu unterstützen oder in irgendeiner Weise zu fördern, welche Produktimporte von Schweizer Abnehmern aus dem europäischen Ausland zu ver- oder behindern vermögen."

347. Die genannten einvernehmlichen Regelungen umschreiben die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die identifizierten (wohl) unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen werden gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

348. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegenden einvernehmlichen Regelungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.[138]

B.11.3. Sanktionierung

349. Nachfolgend wird dargelegt, mit welchen Sanktionen Musik Hug, Krompholz und La Bottega für ihre unzulässigen Verhaltensweisen belegt werden.

B.11.3.1. Allgemeines

350. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.[139] Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.[140]

351. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK[141] und Art. 30 bzw. 32 BV[142] sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.[143]

B.11.3.2. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

352. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

B.11.3.2.1. Unternehmen

353. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen" begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.[144] Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen sei hier auf die Ausführungen unter Rz 46 f. verwiesen.

---

[138] Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

[139] Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

[140] BBl 2002 2022, 2034.

[141] Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 3.10.1974 (SR 0.101).

[142] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

[143] BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

[144] Statt vieler: BORER (Fn 38), Art. 49a KG N 6.

B.11.3.2.2. Unzulässige Verhaltensweise i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG

354. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden in Art. 49a Abs. 1 KG ersten erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.[145]

355. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur" erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.[146] Die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer gehen denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.[147]

356. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen (vgl. oben, Rz 57 ff. und Rz 236 ff.). Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

B.11.3.3. Vorwerfbarkeit

357. Gemäss der bundesgerichtlichen[148] und bundesverwaltungsgerichtlichen[149] Rechtsprechung stellt Verschulden i.S.v. Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

358. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.[150] Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.[151]

359. Vorliegend verhält es sich so, dass Musik Hug, Krompholz und La Bottega im untersuchungsrelevanten Zeitraum, d.h. in den Jahren 2004 bis 2012 nach der gleichen Systematik die Verkaufspreise kalkuliert und abgestimmt haben. Diesbezüglich gilt es in zeitlicher Hinsicht zunächst anzufügen, dass die im Recht liegenden Beweismittel belegen, dass die Abstimmungen zwischen Musik Hug und Krompholz schon vor dem Jahr 2004 stattgefunden haben und bis (mindestens) ins Jahr 1999 zurückgehen (vgl. oben, Rz 72).

360. Fest steht, dass Preisabreden wie die vorliegenden zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega bzw. zwischen Musik Hug und Krompholz (vgl. oben, Rz 57 ff. und Rz 262 ff.) während der in Rede stehenden Zeitperiode aus kartellrechtlicher Sicht zu keinem Zeitpunkt zulässig waren, sondern diese stets unzulässig und ab dem 1. April 2004 mit direkten Sanktionen bedroht waren. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war es Musik Hug, Krompholz und La Bottega bewusst, dass die Preisabsprachen mit Geldbussen geahndet werden konnten. Trotzdem und ungeachtet des am 1. April 2004 neu in Kraft getretenen Art. 49a KG setzten Musik Hug, Krompholz und La Bottega ihr Verhalten fort. Hinzu kommt, dass gemäss Schlussbestimmung des Kartellgesetzes die Preisabsprachen zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega innert eines Jahres ab dem Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes den Wettbewerbsbehörden sanktionsfrei hätten gemeldet werden können. Bereits dieses Verhalten von Musik Hug, Krompholz und La Bottega zeigt, dass sie die Preisabsprachen im Bewusstsein darüber, dass diese seit dem 1. April 2004 mit direkten Sanktionen geahndet werden können, weitergeführt haben.

361. An den in Rede stehenden Abreden waren insbesondere leitende und im Handelsregister eingetragene Mitarbeiter von Musik Hug, Krompholz und La Bottega beteiligt. Was das Unrechtsbewusstsein von Musik Hug

---

[145] Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

[146] BBl 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 131), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

[147] Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*.

[148] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[149] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

[150] RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

[151] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

und Krompholz angeht, so zeigt die Betrachtung der E-Mail-Austausche, dass beide Unternehmen wissentlich und willentlich die Verkaufspreise für die Schweiz gemeinsam kalkuliert und abgestimmt haben (vgl. oben, Rz 64 ff. und Rz 264 f.). Krompholz und Musik Hug legten gemeinsam die wesentlichen preisrelevanten Parameter fest. Die Abstimmung diente dem Zweck, das Preissetzungsverhalten gleichzuschalten, damit Unsicherheitsfaktoren zu beseitigen und dadurch den Wettbewerbsdruck, den sie aufeinander ausüben könnten, zu eliminieren. La Bottega wusste um die Austausche zwischen Musik Hug und Krompholz und richtete ihr Geschäftsverhalten willentlich danach aus, womit auch das Unrechtsbewusstsein von La Bottega feststeht.

362. Musik Hug, Krompholz und La Bottega haben ihr Verhalten im untersuchungsrelevanten Zeitraum weder geändert oder eingestellt noch an die veränderten gesetzlichen Rahmenbedingungen angepasst. Es war ihnen jedoch bewusst, dass die gemeinsame Kalkulation und Abstimmung von Verkaufspreisen bzw. das darauf abgestimmte Geschäftsverhalten sowie die zusätzliche Einigung zwischen Musik Hug und Krompholz auf die Höhe der auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte aus kartellrechtlicher Sicht problematisch sein könnten, da solche Abreden seit jeher unzulässig waren bzw. ab 1. April 2004 mit Geldbussen geahndet werden können. Der Sorgfaltsmangel von Musik Hug, Krompholz und La Bottega ist darin zu sehen, dass sie trotz der Unzulässigkeit, Preise zwischen direkten Konkurrenten abzusprechen, die Verkaufspreise gemeinsam kalkuliert und abgestimmt haben. Compliancebemühungen von Musik Hug, Krompholz oder La Bottega sind weder ersichtlich noch wurden solche geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund ist die Vorwerfbarkeit auf jeden Fall zu bejahen.

B.11.3.4. Bemessung

363. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

364. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG[152] näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 SVKG und der Gleichbehandlung begrenzt wird.[153] Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.[154]

B.11.3.4.1. Maximalsanktion

365. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum Kartellgesetz 2003 ergibt,[155] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[156] Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. unten, Rz 369 ff.); vielmehr wird am Schluss anhand der anderen im Kartellgesetz und in der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG). Gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

Gruppe Musik Hug

366. Für die Berechnung der Maximalsanktion werden in casu die Umsätze der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 herangezogen (vgl. Tabelle 11). Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich für Musik Hug somit auf CHF […].

Tabelle 11: Maximalsanktion, Musik Hug.

Gesamtumsatz [CHF]				Maximalsanktion [CHF]
2011	2012	2013	Total	
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Loeb Gruppe

367. Für die Berechnung der Maximalsanktion werden in casu die Umsätze der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 herangezogen (vgl. Tabelle 12). Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich für Krompholz somit auf CHF […].

[152] Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.3.2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[153] Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.
[154] RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[155] Vgl. BBl 2002 2022, 2037.
[156] Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC);* Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (14.12.2015).

Tabelle 12: Maximalsanktion, Loeb Gruppe.

Gesamtumsatz [CHF 1'000]				Maximalsanktion [CHF 1'000]
2011	2012	2013	Total	
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

La Bottega

368. Für die Berechnung der Maximalsanktion werden in casu die Umsätze der Geschäftsjahre 2011 bis 2013 herangezogen (vgl. Tabelle 13). Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich für La Bottega somit auf CHF […].

Tabelle 13: Maximalsanktion, La Bottega.

Gesamtumsatz [CHF]				Maximalsanktion [CHF]
2011	2012	2013	Total	
[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

B.11.3.4.2. Konkrete Sanktionsberechnung

369. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

370. Im Folgenden werden die Sanktionsbemessungen für Musik Hug, Krompholz und La Bottega für ihre Beteiligung an den festgestellten unzulässigen Preisabreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. oben, Rz 44 ff. und Rz 226 ff.) vorgenommen. Der Umstand, dass Musik Hug und Krompholz an zwei unzulässigen Preisabreden im genannten Sinne beteiligt waren, wird an separater Stelle gewürdigt (vgl. unten, Rz 392 ff.).

(i) Basisbetrag

371. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.[157] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

372. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

373. Wie bei der Beurteilung der Wettbewerbsabrede betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex festgehalten, ist die Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens von Musik Hug, Krompholz und La Bottega auf das Jahr 2012 zu datieren (vgl. oben, Rz 72). Demzufolge ist zur Bestimmung der Obergrenze des Basisbetrags auf die Umsätze, die Musik Hug, Krompholz und La Bottega in den Jahren 2009, 2010 und 2011 auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt haben, abzustellen. Vorliegend wurden eigenständige Märkte für Flügel und Klaviere abgegrenzt (vgl. oben, Rz 124 ff.). Da – wie in Rz 157 erwähnt – nicht abschliessend festgelegt wurde, ob Occasion-Instrumente in den relevanten Märkten für Klaviere und Flügel eingeschlossen sind, wird in Bezug auf die Sanktionsberechnung, zu Gunsten der Parteien, lediglich der Umsatz beigezogen, den diese mit dem Verkauf von Neuinstrumenten erzielten.

374. Betreffend die Sanktionsberechnung macht Musik Hug in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 mit Verweis auf die zusammenfassenden Ausführungen in Rz 157 zur Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte geltend, dass die zur Sanktionsberechnung erforderliche Marktabgrenzung nicht offengelassen werden könne, da die relevanten Märkte bei der Sanktionsberechnung eine zentrale Rolle spielen würden, weshalb vorliegend die mit Occasion-Instrumenten erzielten Umsätze zutreffenderweise nicht für die Sanktionsbemessung berücksichtigt würden. Dieser Ansatz werde hingegen bezüglich der ebenfalls offengelassenen weiteren Segmentierungen, namentlich nach Preisklassen, Endkunden oder Marken bzw. Hersteller (vgl. hierzu oben,

[157] In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und *Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (14.12.2015).

Rz 145 ff.), nicht fortgesetzt und die Sanktion stattdessen anhand der Umsätze auf den grösstmöglichen Märkten je für Klaviere und Flügel bemessen. Dieses Vorgehen widerspreche nicht nur der Sanktionsbemessung von Art. 3 SVKG, wonach sich der Basisbetrag ausschliesslich anhand des Umsatzes auf den relevanten Märkten berechne, sondern führe zu einer willkürlichen Sanktionsberechnung auf der Grundlage nicht nachvollziehbarer Kriterien, weshalb eine Sanktionsberechnung auf der Grundlage von nicht abschliessend abgegrenzten Märkten auf der Basis von Vermutungen des Sekretariats unzulässig sei. Sofern keine abschliessende Marktabgrenzung vorgenommen werde, sei bei der Sanktionsbemessung von der kleinsten „denkbaren" Segmentierung auszugehen und es seien lediglich die Umsätze in diesen relevanten Märkten der Bemessung zugrunde zu legen.

375. Betreffend die Rüge über die offengelassene Abgrenzung der relevanten Märkte ist Musik Hug grundlegend zuzustimmen, dass die relevanten Märkte bei der Sanktionsberechnung eine zentrale Rolle spielen. Zunächst sind jedoch die folgenden beiden Punkte korrigierend festzuhalten: Erstens basieren die vorgenommene sachliche Marktabgrenzung – nämlich ein Markt für Klaviere und ein Markt für Flügel – sowie die Ausführungen zu denkbaren weiteren Segmentierungen dieser beiden Märkte nicht, wie von Musik Hug behauptet, auf Vermutungen des Sekretariats, sondern auf einer Befragung der Händler und des Herstellers S&S sowie auf von den Parteien in Einvernahmen gemachten Aussagen (vgl. oben, Rz 135 ff. sowie Rz 145 ff.). Zweitens bemisst sich die Sanktion eben nicht anhand der Umsätze auf den grösstmöglichen Märkten, da – wie von Musik Hug selbst ausgeführt – die mit dem Verkauf von Occasion-Instrumenten erzielten Umsätze für die Sanktionsberechnung nicht beigezogen werden (vgl. oben, Rz 373), obwohl Anzeichen dafür bestehen, dass Neuinstrumente und Occasion-Instrumente teilweise austauschbar sind (vgl. oben, Rz 152).

376. Vorliegend offengelassen wurde die Frage, ob die sachlich relevanten Märkte für Klaviere und Flügel nach Preisklassen, Art des Endkunden oder Marken bzw. Hersteller weiter segmentiert werden müssten (vgl. oben, Rz 157). Eine abschliessende Beurteilung dieser komplexen Frage bedürfte einer umfassenden Marktbefragung und Analyse der Substitutionsbeziehungen. Das Offenlassen dieser Frage führt jedoch nur dann zu einem verfälschten Ergebnis der Sanktionsberechnung für Musik Hug, wenn dadurch Umsätze zur Sanktionsberechnung beigezogen würden, die mit dem Verkauf von Klavieren bzw. Flügeln von Marken bzw. Herstellern erzielt wurden, welche mit keinem der von den hier interessierenden Preisabreden betroffenen Produkte austauschbar wären und damit nicht zu den relevanten Märkten gehören würden. Angesichts dessen, dass vorliegend Klaviere und Flügel vierer Marken von zwei unterschiedlichen Herstellern (Steinway, Boston und Essex von S&S sowie Grotrian-Steinweg), die sich in verschiedenen Preisklassen bewegen und sowohl an Privatkunden wie auch an Institutionen verkauft werden, Gegenstand unzulässiger Wettbewerbsabreden sind, dürfte dieser Fall eher hypothetischer Natur sein. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der Tatsache, dass mit allen Parteien – mit Ausnahme von La Bottega – einvernehmliche Regelungen abgeschlossen wurden (vgl. oben, Rz 337 ff.), ist der Aufwand einer solch umfassenden Marktbefragung nicht als gerechtfertigt zu beurteilen. Hinzu kommt, dass die abgeschlossene einvernehmliche Regelung auch im Interesse von Musik Hug abgeschlossen wurde, das vorliegende Verfahren zu vereinfachen, was u.a. mit der Reduktion der Sachverhaltsermittlung erreicht werden sollte. Abschliessend ist festzuhalten, dass […].

Musik Hug

Tabelle 14: Obergrenze des Basisbetrages, Musik Hug.

Markt für	**Umsätze [CHF] in den relevanten Märkten in der Schweiz**				**Obergrenze des Basisbetrages [CHF]**
	2009	**2010**	**2011**	**Total**	
Klaviere	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Flügel	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

377. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall für Musik Hug somit CHF […] bzw. CHF […].

Krompholz

Tabelle 15: Obergrenze des Basisbetrages, Krompholz.

Markt für	Umsätze [CHF] in den relevanten Märkten in der Schweiz				Obergrenze des Basisbetrages [CHF]
	2009	2010	2011	Total	
Klaviere	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Flügel	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

378. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall für Krompholz somit CHF […] bzw. […].

La Bottega

Tabelle 16: Obergrenze des Basisbetrages, La Bottega.

Markt für	Umsätze [CHF] in den relevanten Märkten in der Schweiz				Obergrenze des Basisbetrages [CHF]
	2009	2010	2011	Total	
Klaviere	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Flügel	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

Hinweis: La Bottega kann Ihre Umsätze nicht den Kategorien „Neu-/Occasion-Instrumente“ zuordnen. Gemäss Aussage von La Bottega entfallen ca. [30–40] % der Umsätze mit dem Verkauf von Klavieren bzw. Flügeln auf Verkäufe von Occasion-Klavieren bzw. -Flügeln. Die von La Bottega angegebenen Umsätze mit dem Verkauf von Klavieren bzw. Flügeln wurden entsprechend um [30–40] % gekürzt.

379. Aufgrund der oben genannten Erwägungen beträgt die obere Grenze des Basisbetrags im vorliegenden Fall für La Bottega somit CHF […] bzw. CHF […].

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

380. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

381. Krompholz, Musik Hug und La Bottega haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieses Verstossen gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive[158] Faktoren im Vordergrund.

382. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sog. harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.[159]

383. In der Linie der bisherigen Praxis der WEKO zur Sanktionsbemessung in Fällen von horizontalen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gilt es die Untersuchungen in Sachen Elektroinstallationsbetriebe Bern sowie Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau und Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich zu erwähnen. In der erstgenannten Untersuchung ging die WEKO für den Basisbetrag von einem Prozentsatz von 7 % aus.[160]

[158] D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

[159] Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

[160] RPW 2009/3, 215 Rz 126, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Dieser Basisbetrag wurde in der Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau übernommen[161], in der Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich erachtete die WEKO den Prozentsatz von 7 % als zu tief[162], wendete letztlich allerdings aufgrund des Prinzips der Gleichbehandlung denselben Basisbetrag von 7 % an wie in der damals parallel laufenden Untersuchung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau.[163]

384. Bei Betrachtung der unzulässigen Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex, mit welcher diese Unternehmen die Listenpreise gemeinsam kalkuliert und untereinander abgestimmt haben und darüber hinaus die beiden erstgenannten Unternehmen die auf die Listenpreise zu gewährenden Rabatte gemeinsam festlegten, erscheint ein Basisbetrag von 7 % als angemessen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die vorliegende Untersuchung durch eine Submissionsabrede ausgelöst wurde, da diese nicht die sanktionierbare Abrede darstellt. Gegen eine Erhöhung des Basisbetrags spricht, dass die drei Händler neben den von der Preisabrede betroffenen Produkten weitere Flügel- und Klaviermarken im Sortiment führen (vgl. oben, Rz 232 f.) Aus diesen Gründen ist für die Berechnung des Basisbetrags von einem Prozentsatz von 7 % auszugehen.

(ii) Dauer des Verstosses

385. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

386. Im vorliegenden Fall hatte die unzulässige horizontale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega während des untersuchungsrelevanten Zeitraums – d.h. vom 1. April 2004 bis zum 27. November 2012 – Bestand (vgl. oben, Rz 72). Aus diesem Grund ist der Basisbetrag in Übereinstimmung mit Art. 4 SVKG um 80 % zu erhöhen.

387. Musik Hug macht in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 geltend, dass nach Art. 14 Abs. 2 SVKG die Berechnung der Sanktion ohne Berücksichtigung desjenigen Zeitraums zu erfolgen habe, über den das kooperierende Unternehmen der Wettbewerbskommission Beweismittel über die Dauer des Wettbewerbsverstosses vorlege, von welchen diese keine Kenntnis gehabt hätte. Der Zeitraum von 2004 bis 2010 sei somit auf der Grundlage von Art. 14 Abs. 2 SVKG von der Berechnung der Sanktion auszuschliessen.

388. Musik Hug macht des Weiteren geltend, dass der Endzeitpunkt der behaupteten Verhaltensweise nicht korrekt festgestellt worden sei. Sie habe die allfällige Verhaltensweise in jedem Fall bereits zwei Jahre früher als vom Sekretariat behauptet eingestellt, was sich im bestrittenen Fall einer Sanktionierung immerhin insofern auswirken müsse, dass die Jahre 2011 und 2012 nicht berücksichtigt würden. Musik Hug führt dazu aus, dass sie bereits in den Jahren 2011 und 2012 keine Preislisten von S&S mehr verwendet und auch die Instrumente in ihrer Ausstellung in diesem Zeitraum nicht mehr mit Listenpreisen angeschrieben habe. Musik Hug habe nachweislich per 1. Januar 2011 und 1. Januar 2012 eigene Preislisten erstellt und diese Preislisten bei der Verhandlung mit den Kunden verwendet.

389. Diese Vorbringen sind […] hinfällig geworden, […]. Der Vollständigkeit halber ist vollumfänglich auf Rz 65 zu verweisen und an dieser Stelle lediglich zu wiederholen, dass den im Recht liegenden Beweismitteln zu entnehmen ist, dass eine von Musik Hug angefertigte Preisliste mit tieferen Preisen erst ab 1. Juli 2012 besteht, die mit Eingabe vom 9. September 2012 eingereichte Preisliste mit Gültigkeitsdatum 1. Januar 2011 gemäss eigener Aussage seit 1. Januar 2008 unveränderte Preise aufweist, und die Auswertung der getätigten Verkäufe zeigt, dass auch in den Jahren 2011 und 2012 Verkäufe basierend auf den abgesprochenen Listenpreisen getätigt wurden.

390. Mit Blick auf die obigen Erwägungen erachtet es die WEKO vorliegend als gerechtfertigt, den Basisbetrag um 80 % zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

391. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

I. Wiederholter Verstoss

Musik Hug

392. Als erschwerender Umstand kommt zum Tragen, dass Musik Hug an zwei horizontalen Wettbewerbsabreden beteiligt war und damit wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat. Diesbezüglich ist grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass nach Ansicht der WEKO als erschwerender Umstand im genannten Sinne auch die Konstellation zu betrachten ist, wenn ein Unternehmen in derselben Untersuchung wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat.[164]

393. Musik Hug kann in casu die Beteiligung an zwei unzulässigen horizontalen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG – an derjenigen betreffend die Produkte des Herstellers S&S und derjenigen betreffend die Produkte des Herstellers Grotrian-Steinweg (vgl. oben, Rz 57 ff. und Rz 262 ff.) – nachgewiesen werden. Diese beiden Abreden betreffen zwar unterschiedliche Produkte, sind aber in denselben relevanten Märkten getroffen und umgesetzt worden. Die Sanktionsbemessung wäre daher grundsätzlich für jede der beiden unzulässigen Preisabreden separat vorzunehmen, wobei für beide Sanktionsbemessungen die von Musik Hug in denselben relevanten Märkten erzielten Umsätze heranzuziehen wären. In Bezug auf die

[161] RPW 2012/2, 408 Rz 1101 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.
[162] RPW 2013/4, 620 Rz 964, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[163] RPW 2013/4, 623 Rz 967, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[164] Vgl. RPW 2013/4, 625 Rz 977, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau Kanton Zürich*.

Produkte der Marke Grotrian-Steinweg gilt es zudem festzuhalten, dass die entsprechende Meldung von Musik Hug nicht als Selbstanzeige qualifiziert werden kann (vgl. dazu unten, Rz 427), sodass die zweimalige Berechnung der Sanktion gestützt auf denselben Umsatz zu mehr als einer Verdoppelung der Sanktion führen würde.

394. Da die kartellrechtliche Sanktion unter anderem dazu dient, die sog. Kartellrente abzuschöpfen, käme es bei dieser zweimaligen Sanktionsberechnung gestützt auf dieselben Umsätze zu einer doppelten Abschöpfung der Kartellrente, was nicht dem Ziel des Kartellgesetzes entspricht. Eine zweimalige Berechnung der Sanktion gestützt auf dieselben Umsätze würde deshalb vorliegend zu einem stossenden Ergebnis führen. Es drängt sich daher viel mehr auf, die zweite Abrede im Rahmen der erschwerenden Umstände für einen mehrfachen Wettbewerbsverstoss zu berücksichtigen.

395. Gestützt auf die Tatsache der insgesamt geringeren Bedeutung der zweiten Abrede (d.h. diejenige betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg) und den Umstand, dass die Berücksichtigung dieser zweiten Abrede nicht zu einer erheblich höheren Sanktion führen sollte als die Sanktionierung einer einzigen den ganzen Markt betreffenden Abrede, erscheint eine leichte Erhöhung für das Verhalten bezüglich der Produkte der Marke Grotrian-Steinweg von 10 % als angemessen.

396. Betreffend die Sanktionsberechnung rügt Musik Hug in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 die fehlende Ermittlung und Aufbereitung des wesentlichen Sachverhalts in Bezug auf die Produkte der Marke Grotrian-Steinweg, aufgrund derer auch keine Sanktion ausgefällt werden könne. Aus diesen Gründen sei von einer Sanktionierung der Verhaltensweisen der Parteien in Bezug auf Grotrian-Steinweg-Produkte vollständig abzusehen.

397. Auf diese Vorbringen geht die WEKO infolge der zwischen Musik Hug und dem Sekretariat abgeschlossenen einvernehmlichen Regelung nicht weiter ein. Denn wenn Musik Hug sich schon bereit erklärt, die Sachverhaltsermittlung zu reduzieren, um das Verfahren zu vereinfachen, so erachtet es die WEKO als widersprüchlich, wenn Musik Hug diesen Aspekt rügt. Im Übrigen ist erneut darauf hinzuweisen, dass […], sodass auf die entsprechenden Rügen von Musik Hug nicht eingegangen werden muss.

Krompholz

398. Krompholz war, wie Musik Hug, ebenfalls an der zweiten unzulässigen horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG beteiligt, die im Falle von Musik Hug als erschwerender Umstand nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG zu qualifizieren ist (vgl. oben, Rz 392 ff.). Auf eine Erhöhung des Basisbetrages kann im Falle von Krompholz jedoch deshalb verzichtet werden, weil die Eröffnung resp. Ausweitung der vorliegenden Untersuchung auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg auf eine von Krompholz eingereichte Selbstanzeige im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG zurückzuführen ist (vgl. dazu unten, Rz 429 ff.).

II. Führende Rolle

399. Das Tatbestandsmerkmal der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Verordnungsgeber nicht definiert. TAGMANN/ZIRLICK attestieren einem Unternehmen eine führende Rolle, wenn es die eigentliche Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch bei der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ergreift. Indizien dieser führenden Rolle erblicken sie in der Organisation von Treffen, in der Korrespondenz, in der Vorreiterrolle eines Unternehmens bei der Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung (z.B. erste Publikation der abgesprochenen Preise) und in der Interessenslage des Unternehmens. Dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Mass, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.[165] ROTH/BOVET gehen davon aus, dass die führende Rolle synonym zu „Anführer" zu verstehen ist.[166] Den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung ist diesbezüglich nichts zu entnehmen, das über den Verordnungstext hinausginge.

400. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe den Anführer als erschwerenden Umstand.[167] Rechtsvergleichend sei daher auf die Praxis der EU-Gerichte zur Anführerschaft hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft werden zu können, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein[168] oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.[169] Anführerschaft liegt etwa dann vor, wenn das Unternehmen dem Kartell durch punktuelle Initiativen spontan einen grundlegenden Impuls gegeben hat.[170] Dieser lässt sich auch aus einer Gesamtheit von Indizien schliessen, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.[171] Dieser Fall liegt vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.[172] Gleiches gilt, wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch

[165] BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 131), Art. 49a N 78.
[166] ROTH/BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.
[167] Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.
[168] Urteil des EuG vom 3.3.2011 verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07 Areva et al., Slg. 2011 II-633 Rz 283 unter Verwies auf Urteil des EuG vom 18.6.2008 T-410/03 *Hoechst/Kommission*, Slg. 2008 II-881 Rz 423; Urteil des EuG vom 15.3.2006 T-15/02 *BASF/Kommission*, Slg. 2006 II-497 Rz 93.
[169] Urteil des EuG vom 3.3.2011 verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07 *Areva et al.,* Slg. 2011 II-633 Rz 283; Urteil des EuG vom 15.3.2006 T-15/02 *BASF/Kommission*, Slg. 2006 II-497 Rz 87.
[170] Urteil des EuG vom 3.3.2011 verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07 *Areva et al.*, Slg. 2011 II-633 Rz 283; Urteil des EuG vom 18.6.2008 T-410/03 *Hoechst/Kommission*, Slg. 2008, II-881 Rz 426; Urteil des EuG vom 15.3.2006 T-15/02 *BASF/Kommission*, Slg. 2006 II-497 Rz 348, 370, 375, 425.
[171] Urteil des EuG vom 3.3.2011 verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07 *Areva et al.*, Slg. 2011 II-633 Rz 283; Urteil des EuG vom 15.3.2006 T-15/02 *BASF/Kommission*, Slg. 2006 II-497 Rz 351.
[172] Urteil des EuG vom 3.3.2011 verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07 *Areva et al.,* Slg. 2011 II-633 Rz 283; Urteil des EuG vom 9.7.2003 T-224/00 *Archer Daniels Midland*, Slg. 2003 II-2597 Rz 246 und 247.

spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.[173]

401. In der Praxis der WEKO wurde das Vorliegen einer führenden Rolle zwar verschiedentlich angesprochen, aber soweit ersichtlich noch nie vertieft geprüft und festgestellt. Immerhin wurden die in der Literatur aufgeführten Kriterien „Initiative," „Organisation" oder „Übernahme der Umsetzung" im Rahmen der Verfügung Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau erwähnt, jedoch ohne ausführlichere Begründung verneint.[174]

402. Nach Ansicht der WEKO bestehen auch nach den Anhörungen von Musik Hug, Krompholz und S&S nach wie vor Zweifel an der führenden Rolle von Musik Hug, wie das Sekretariat sie in seinem Antrag dargelegt hat. Deshalb kommt die WEKO zum Schluss, diesen erschwerenden Umstand bzw. die davon ausgehende Erhöhung der Sanktion fallen zu lassen.

III. Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung)

403. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

404. Die Praxis der WEKO zur Genehmigung von einvernehmlichen Regelungen und die Höhe der dabei zu gewährenden Sanktionsreduktion zeigt, dass je früher eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wird, desto höhere Reduktionen gewährt werden. Die WEKO erachtete eine Sanktionsreduktion in der Höhe von 20 % für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung in Fällen als angemessen, in denen der Wille und die Bereitschaft von Unternehmen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zu Beginn der Untersuchung erfolgten.[175] Im Fall Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen erachtete die WEKO eine Reduktion von 10 % für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als gerechtfertigt, wobei diese zu einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, der nach dem Versand des (ersten) Antrags des Sekretariats an die Unternehmen lag.[176] Lediglich eine Reduktion von 3 % gewährte die WEKO schliesslich im Fall Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, da der Abschluss der einvernehmlichen Regelungen zu einem späten Zeitpunkt erfolgte und damit keine (wesentliche) Verkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens mit sich brachte. Die WEKO wies schliesslich darauf hin, dass sie einvernehmliche Regelungen, die zu einem sehr späten Zeitpunkt abgeschlossen werden, nicht mehr genehmigen werde, weil dies nicht dem Sinn und Zweck des Instrumentes entspreche.[177]

Musik Hug

405. Das Sekretariat hat am 23. Dezember 2014 mit Musik Hug eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG abgeschlossen (vgl. oben, Rz 33 und Rz 340). In casu wurde die einvernehmliche Regelung mit Musik Hug zu einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens abgeschlossen, d.h. vor dem Versand des Antrags zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG. Im Lichte der vorgenannten Praxis der WEKO rechtfertigt sich daher eine Sanktionsreduktion in der Höhe von 20 %.

Krompholz

406. Das Sekretariat hat am 23. Dezember 2014 mit Krompholz eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 KG abgeschlossen (vgl. oben, Rz 33 und Rz 341). In casu wurde die einvernehmliche Regelung mit Krompholz zu einem frühen Zeitpunkt des Verfahrens abgeschlossen, d.h. vor dem Versand des Antrags zur Stellungnahme im Sinne von Art. 30 Abs. 2 KG. Im Lichte der vorgenannten Praxis der WEKO rechtfertigt sich daher eine Sanktionsreduktion in der Höhe von 20 %.

IV. Weitere erschwerende/mildernde Umstände

407. Weitere erschwerende oder mildernde Umstände sind nicht ersichtlich.

408. Musik Hug rügt in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2015 den Eingriff des Sekretariats in das Vergabeverfahren der ZHdK. Musik Hug macht in ihrer Stellungnahme geltend, dass das Sekretariat der WEKO Druck auf die Vergabestelle ausgeübt habe und ihr dadurch einen Reputationsschaden sowie einen Umsatzausfall in der Höhe von CHF […] verursacht habe. Das Sekretariat habe überschiessend gehandelt und Musik Hug dadurch geschädigt. Diesem Umstand sei bei der Sanktionsbemessung mildernd Rechnung zu tragen.

409. Diesen Argumenten kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil Musik Hug offenbar Druck auf den Fachhochschulrat ausgeübt zu haben scheint, womit zumindest fragwürdig ist, ob das Angebot von Musik Hug das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sein kann. Doch braucht auch auf dieses Vorbringen von Musik Hug […] nicht weiter eingegangen zu werden.

B.11.3.5. Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

410. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

[173] Vgl. in diesem Sinne Urteil des EuGH vom 8.11.1983 verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, *IAZ International Belgium et al.,* Slg. 1983 3369 Rz. 57 f.; Urteil des EuG vom 15.3.2006 T-15/02 *BASF/Kommission*, Slg. 2006 II-497 Rz 404, 439 und 461; Urteil des EuG vom 3.3.2011 verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07 *Areva et al.*, Slg. 2011 II-633 Rz 283.

[174] RPW 2012/2, 413 Rz 1136 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

[175] Siehe bspw. RPW 2009/3, 196 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

[176] RPW 2012/3, 652 Rz 348, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*.

[177] RPW 2010/4, 765 Rz 429 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

B.11.3.5.1. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

411. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die Sanktion *vollständig*, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.[178]

412. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

413. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

414. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

B.11.3.5.2. Selbstanzeigen in casu

415. In zeitlicher Hinsicht sind die im Recht liegenden Selbstanzeigen in der folgenden Reihenfolge eingegangen:

1. La Bottega (27. November 2012, 12.18 Uhr);

2. Musik Hug (27. November 2012, 18.40 Uhr) und

3. Krompholz (15. Januar 2013, 10.15 Uhr).

416. La Bottega hat am 27. November 2012, anlässlich der Übergabe des Eröffnungsschreibens um 12.18 Uhr die Fax Bonusmeldung geschickt und damit den Marker gesetzt (vgl. unten, Rz 418 ff.). Anlässlich der bei ihr durchgeführten Hausdurchsuchung setzte Musik Hug gleichentags um 18.40 Uhr einen Marker (vgl. unten, Rz 422 ff.). Schliesslich ging am 15. Januar 2013 um 10.15 Uhr die Selbstanzeige von Krompholz ein (vgl. unten, Rz 429 ff.).

417. Dementsprechend und gestützt auf Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG bestätigte das Sekretariat allen Unternehmen im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, dass bzw. weshalb es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben bzw. als nicht gegeben erachtet.

La Bottega

418. Entgegen der Einschätzung des Sekretariats, dass es sich bei der Selbstanzeige von La Bottega nicht um eine solche handelt, geht die WEKO davon aus, dass La Bottega sämtliche Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass i.S.v. Art. 8 SVKG erfüllt.

419. Die vorliegende Untersuchung wurde im Anschluss an eine vorangegangene Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG am 26. November 2012 eröffnet. Anlass für die Vorabklärung gab die Ausschreibung des Hochbauamtes betreffend Flügel und Klaviere für die ZhdK. Das Hochbauamt übermittelte dem Sekretariat Unterlagen, die auf Unstimmigkeiten hindeuteten, so insbesondere die Intervention von S&S, mit welcher diese versuchte, die Berücksichtigung des von La Bottega eingereichten Angebots zu verhindern (vgl. dazu oben, Rz 1 ff.). Die Vorabklärung förderte konkrete Anhaltspunkte zu Tage, welche zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung führten. Eingeleitet wurde die Untersuchungseröffnung u.a. mit der Durchführung einer Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 KG am Hauptsitz von Musik Hug in Zürich am 27. November 2012. Damit kommt ein Sanktionserlass infolge Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG für La Bottega nicht in Frage, sondern ausschliesslich eine Reduktion zufolge Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG.

420. Im Rahmen der von La Bottega signalisierten Bereitschaft, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren, wurden dem Sekretariat physische und elektronische Dokumente übergeben und unmittelbar vor Ort mündliche Ausführungen gemacht. Die Selbstanzeige von La Bottega wurde am 3. Dezember 2012 mündlich ergänzt. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 hielt La Bottega explizit fest, an ihrer Selbstanzeige festzuhalten und diese bis am 15. Januar 2013 zu vervollständigen, was La Bottega denn auch tat. Es folgten weitere mündliche Ergänzungen am 26. Februar, 3. April und 24. Mai 2013.

[178] So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

421. Die von La Bottega vorgelegten Beweismittel – insbesondere die von ihr gemachten mündlichen Aussagen – ermöglichten es einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen. Da auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 SVKG erfüllt sind, erlässt die WEKO La Bottega die Sanktion vollständig.

Musik Hug

422. Auch bezüglich Musik Hug stellt sich einzig die Frage der Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, da auch ihre Selbstanzeige nach der Untersuchungseröffnung eingegangen ist.

423. Anlässlich der bei ihr durchgeführten Hausdurchsuchung setzte Musik Hug um 18.40 Uhr einen Marker und signalisierte damit ihre Bereitschaft, mit den Wettbewerbsbehörden zu kooperieren. Im Anschluss daran machte Musik Hug am 30. November 2012, am 3. und 5. Dezember 2012 mündliche Ausführungen im Rahmen von Einvernahmen. Musik Hug lieferte im Rahmen ihrer Ausführungen detaillierte Informationen zu verschiedenen Aspekten, die im Zusammenhang mit den Gegenstand dieser Untersuchung bildenden kartellrechtlichen Vorwürfen von Bedeutung sind. Hinzu kommt, dass Musik Hug Elemente geschildert hatte, die den Wettbewerbsbehörden bis dato noch nicht bekannt waren (vgl. oben, Rz 57 ff.). Ergänzt wurden diese mündlichen Ausführungen von Musik Hug in schriftlicher Form mit Eingaben vom 10., 12., 15., 17. und 24. Dezember 2012 sowie 20. und 21. März 2013, mit denen Musik Hug einerseits die gemäss Formular Bonusregelung verlangten Informationen lieferte und andererseits zahlreiche Dokumente einreichte, welche die hier in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkungen untermauern.

424. In zeitlicher Hinsicht verhält es sich so, dass Musik Hug zwar Beweismittel vorgelegt hat, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen, doch tat sie dies nicht als Erstes. Vor ihr hat La Bottega am 27. November 2012 um 12.18 Uhr den Marker gesetzt (vgl. oben, Rz 415).

425. In Frage kommt daher für Musik Hug einzig noch eine Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 Abs. 1 SVKG, wonach die Sanktion reduziert wird, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss eingestellt hat, und zwar

- um bis zu 50 %, abhängig von der Wichtigkeit des Beitrags zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG) oder
- um bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt (Art. 12 Abs. 3 SVKG).

426. Die Grundvoraussetzungen für eine Sanktionsreduktion im Sinne von Art. 12 Abs. 2 SVKG liegen in Bezug auf Musik Hug zweifelsfrei vor. Sowohl wirkte Musik Hug unaufgefordert am Verfahren mit als hat sie auch im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss eingestellt. Mit den zahlreichen, detaillierten und vollständigen schriftlichen Dokumenten leistete Musik Hug einen massgeblichen Beitrag, die hier in Rede stehende Wettbewerbsabrede zu identifizieren (vgl. oben, Rz 57 ff.). Damit konnte die Umsetzung und Tragweite der Abrede nachgewiesen werden. Hinzu kommt, dass Musik Hug als zweites Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht hat. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, Musik Hug eine Sanktionsreduktion um 50 % zuzugestehen.

427. Was die Möglichkeit einer Sanktionsreduktion bis zu 80 % angeht (sog. Bonus Plus), so gilt es darauf hinzuweisen, dass Musik Hug zwar am 30. Mai 2013 um 10.10 Uhr einen Marker bezüglich Produkte der Marke Grotrian-Steinweg eingereicht und diesen mit Eingabe vom 26. Juli 2013 ergänzt hat (vgl. dazu oben, Rz 22). Die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG sind jedoch aus den folgenden Gründen nicht erfüllt: Erstens wurde die Selbstanzeige von Musik Hug erst eingereicht, nachdem das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg ausgeweitet hatte (vgl. oben, Rz 21). Zweitens wurde die Ausweitung der Untersuchung auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg gestützt auf eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG vorgenommen, die von Krompholz eingereicht wurde (vgl. unten, Rz 429 ff.). Drittens zeigte die Prüfung der von Musik Hug eingereichten Selbstanzeige betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg, dass diese die Voraussetzungen im Sinne von Art. 8 oder 12 SVKG nicht erfüllt, da Musik Hug in ihrer mutmasslichen Meldung Sachverhalte anzeigt, die sie – entgegen den zum damaligen Zeitpunkt bereits im Recht liegenden Beweismitteln – als kartellrechtlich unproblematisch einschätzte.

428. Summa summarum erscheint im Lichte vorstehender Ausführungen eine Sanktionsreduktion im Umfang von 50 % für die von Musik Hug eingereichte Selbstanzeige als angemessen.

Krompholz

429. Nach der Untersuchungseröffnung am 26. November 2012, der tags darauf durchgeführten Hausdurchsuchung bei Musik Hug und den daran anschliessenden Einvernahmen reichte Krompholz schliesslich am 15. Januar 2013, 10.15 Uhr eine Selbstanzeige ein. Damit kommt ein Sanktionserlass infolge Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG für Krompholz nicht mehr in Frage, sondern ausschliesslich eine Reduktion zufolge Feststellungskooperation im Sinne von Art. 12 Abs. 1 SVKG.

430. Am 27. November 2012 übergaben Mitarbeiter des Sekretariats Krompholz ein Schreiben, mit welchem die Eröffnung der vorliegenden Untersuchung bekannt gegeben wurde. Am 4. Dezember 2012 wurde der damalige Geschäftsführer von Krompholz einvernommen. Am 14. und 17. Dezember 2012 fanden Einvernahmen mit zwei ehemaligen Geschäftsführern statt. An diesen nahmen weder Vertreter von Krompholz, noch deren Rechtsvertreter teil; die entsprechenden Protokolle wurden ihr indes übermittelt. Am 14. Januar 2013 kündigte der jetzige Rechtsvertreter von Krompholz an, deren Interessen zu vertreten und tags darauf ging die Selbst-

anzeige von Krompholz beim Sekretariat ein. Diese wurde von Krompholz schriftlich mit den Eingaben vom 21. Januar 2013, 11. und 25. Februar 2013 sowie 7. März 2013 ergänzt. Im Rahmen dieser Eingaben lieferte Krompholz umfangreiches Beweismaterial, welches sowohl die horizontale Preisabsprache betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex dokumentierte als auch die Wettbewerbsabreden betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg zu Tage förderte (vgl. dazu oben, Rz 262 ff. und Rz 307 ff.). Zusätzlich fand am 30. Januar 2013 eine Sitzung zwischen dem Sekretariat und Krompholz statt, anlässlich derer Krompholz eine Unternehmenserklärung abgab. Damit lieferte auch Krompholz einerseits die gemäss Formular Bonusregelung verlangten Informationen und reichte andererseits zahlreiche Dokumente ein, welche die in Rede stehenden Wettbewerbsbeschränkungen untermauern.

431. In zeitlicher Hinsicht ging die Selbstanzeige von Krompholz am 15. Januar 2013 ein und damit – in der Reihenfolge aller eingegangenen Selbstanzeigen – als letzte (vgl. oben, Rz 415). Dementsprechend und gestützt auf Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG bestätigte das Sekretariat Krompholz im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums, dass es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als nicht gegeben erachtet.

432. In Frage kommt daher für Krompholz somit einzig noch eine Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 Abs. 1 SVKG, wonach die Sanktion reduziert wird, wenn ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss eingestellt hat, und zwar

- um bis zu 50 %, abhängig von der Wichtigkeit des Beitrags zum Verfahrenserfolg (Art. 12 Abs. 2 SVKG) oder
- um bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt (Art. 12 Abs. 3 SVKG).

433. Die Grundvoraussetzungen für eine Sanktionsreduktion im Sinne von Art. 12 Abs. 2 SVKG liegen in Bezug auf Krompholz zweifelsfrei vor: Sowohl wirkte Krompholz unaufgefordert am Verfahren mit als hat sie auch im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss eingestellt. Mit den zahlreichen, detaillierten und vollständigen schriftlichen Dokumenten sowie der Unternehmenserklärung leistete Krompholz einen massgeblichen Beitrag, die hier in Rede stehenden Wettbewerbsabreden zu identifizieren. Damit konnte die Umsetzung und Tragweite der Abreden nachgewiesen werden. Die Selbstanzeige von Krompholz in Bezug auf Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex ging als (dritte und) letzte ein und damit zeitlich gesehen nach derjenigen von Musik Hug. Damit wäre auch Krompholz im besten Fall eine Sanktionsreduktion von höchstens 50 % zu gewähren.

434. Auch im Falle von Krompholz stellt sich die Frage von Bonus Plus, d.h. der Möglichkeit, die Sanktion um bis zu 80 % zu reduzieren, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorlegt. In ihrer Eingabe vom 21. Januar 2013 reichte Krompholz zahlreiche Dokumente ein und verwies dabei zum ersten Mal auf Korrespondenz zwischen ihr und Musik Hug in Bezug auf Produkte der Marke Grotrian-Steinweg hin. Darunter befanden sich Beweismittel, welche den Bestand der Wettbewerbsabreden betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg dokumentierten. Krompholz qualifizierte die eingereichten Unterlagen als solche im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG, die zu einer Sanktionsreduktion bis zu 80 % berechtigten. Mit Schreiben vom 27. März 2013 teilte das Sekretariat Krompholz mit, dass die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG erfüllt sind, zu diesem Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilt werden könne. Krompholz antwortete darauf mit Schreiben vom 2. April 2013, dass für sie ausser Frage stehe, dass die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 3 SVKG erfüllt seien, falls das Sekretariat den angezeigten Sachverhalt unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG subsumiere.

435. Das Sekretariat hat kurz danach und im Wesentlichen gestützt auf die von Krompholz eingereichten Dokumente die Untersuchung auf den Vertrieb von Instrumenten der Marke Grotrian-Steinweg ausgeweitet bzw. eröffnete gegen Grotrian-Steinweg die Untersuchung. Wie die Würdigung der im Recht liegenden Beweismittel zeigt, legte Krompholz Beweismittel vor und lieferte Informationen zu einem weiteren Wettbewerbsverstoss im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG. Dieser zweite Verstoss kam zwar in denselben Märkten zustande und lief fast gleich ab wie der Wettbewerbsverstoss betreffend die Produkte von S&S. Da er aber auf jeweils eigenen Austauschen zwischen Musik Hug und Krompholz bzw. Grotrian-Steinweg basierte, geht die WEKO von einem separaten Verstoss aus.

436. Der Nachweis dieses Wettbewerbsverstosses ist zu einem wesentlichen Teil auf die von Krompholz unaufgefordert eingereichten Dokumente und gelieferten Informationen zurückzuführen. Damit hat Krompholz einen weiteren Wettbewerbsverstoss angezeigt und unaufgefordert Dokumente eingereicht, die nicht nur die Eröffnung bzw. Ausweitung einer bzw. der Untersuchung ermöglichten, sondern den entsprechenden Wettbewerbsverstoss auch nachzuweisen vermochten. In diesem Lichte erscheint eine Sanktionsreduktion im Umfang von 80 % für Krompholz als angemessen, da sie unaufgefordert Informationen geliefert und Beweismittel über einen weiteren Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 KG geliefert bzw. vorgelegt hat.

B.11.3.6. Ergebnis

Musik Hug

437. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO für Musik Hug eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF […] als den Verstössen gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, mit welchen der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, angemessen.

Tabelle 17: Übersicht Sanktionsbemessung, Musik Hug.

Sanktionsbemessung für Musik Hug			
Relevanter Markt		**Klaviere**	**Flügel**
Umsatz auf dem relevanten Markt		[…]	[…]
Obergrenze des Basisbetrags	10 %	[…]	[…]
Konkreter Basisbetrag	7 %	[…]	[…]
Zuschlag für Dauer	+ 80 %	[…]	[…]
Zwischenergebnis		[…]	[…]
Erschwerende Umstände	+ 10 %	[…]	[…]
Mildernde Umstände	- 20 %	[…]	[…]
Zwischenergebnis		[…]	[…]
Reduktion aufgrund Bonusmeldung	- 50 %	[…]	[…]
Sanktionsbetrag je Markt		[…]	[…]
Sanktionsbetrag insgesamt		**[…]**	

Krompholz

438. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO für Krompholz eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF [...] als den Verstössen gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, mit welchen der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist, angemessen.

Tabelle 18: Übersicht Sanktionsbemessung, Krompholz.

Sanktionsbemessung für Krompholz			
Relevanter Markt		**Klaviere**	**Flügel**
Umsatz auf dem relevanten Markt		[…]	[…]
Obergrenze des Basisbetrags	10 %	[…]	[…]
Konkreter Basisbetrag	7 %	[…]	[…]
Zuschlag für Dauer	+ 80 %	[…]	[…]
Zwischenergebnis		[…]	[…]
Erschwerende Umstände	+/- 0 %	[…]	[…]
Mildernde Umstände	- 20 %	[…]	[…]
Zwischenergebnis		[…]	[…]
Reduktion aufgrund Bonusmeldung	- 80 %	[…]	[…]
Sanktionsbetrag je Markt		[…]	[…]
Sanktionsbetrag insgesamt		**[…]**	

La Bottega

439. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung des Umstandes, dass La Bottega als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht hat und sämtliche Voraussetzungen von Art. 8 SVKG erfüllt sind, erlässt die WEKO La Bottega die Sanktion vollständig.

Tabelle 19: Übersicht Sanktionsbemessung, La Bottega.

Sanktionsbemessung für La Bottega			
Relevanter Markt		**Klaviere**	**Flügel**
Umsatz auf dem relevanten Markt		[…]	[…]
Obergrenze des Basisbetrags	10 %	[…]	[…]
Konkreter Basisbetrag	7 %	[…]	[…]
Zuschlag für Dauer	+ 80 %	[…]	[…]
Zwischenergebnis		[…]	[…]
Erschwerende Umstände	+/- 0 %	[…]	[…]
Mildernde Umstände	+/- 0 %	[…]	[…]
Zwischenergebnis		[…]	[…]
Reduktion aufgrund Bonusmeldung	- 100 %	[…]	[…]
Sanktionsbetrag je Markt		[…]	[…]
Sanktionsbetrag insgesamt		**[…]**	

B.11.3.7. Verhältnismässigkeitsprüfung

440. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.[179]

Musik Hug

441. […].

Krompholz

442. […].

B.11.3.8. Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

443. Anlässlich der Hausdurchsuchung wurden bei Musik Hug diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

C. Kosten

444. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG[180] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

445. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde[181]. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Parteien zu bejahen.

446. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

447. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 2‘616,77 Stunden, wobei gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–. verrechnet wurde. Demnach beläuft sich die Gebühr auf total CHF 465‘265.–.

448. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV[182] hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Dieser Aufwand belief sich vorliegend auf CHF 5‘984.95.

[179] Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., El*ektroinstallationsbetriebe Bern*.
[180] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[181] BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), B*KW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.
[182] Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

449. Nach der bisherigen Praxis der WEKO, wonach die Verfahrenskosten den Verfügungsadressatinnen nach dem sog. Prinzip der Pro-Kopf-Verteilung auferlegt werden, hätten Musik Hug, Krompholz, La Bottega, S&S und Grotrian-Steinweg grundsätzlich anteilsmässig die gleichen Teile an den gesamten Verfahrenskosten zu tragen. In Fällen, in welchen diese Regel zu einem stossenden Ergebnis führt, ist allerdings eine Ausnahme möglich und von einer gleichmässigen Pro-Kopf-Verteilung abzusehen.[183] Besondere Umstände sollen im Einzelfall berücksichtigt werden.[184] In diesem Rahmen sei auf Art. 7 AllgGebV verwiesen, welcher explizit statuiert, dass eine Gebühr im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (Verhältnismässigkeit) festzulegen ist.[185]

450. Entsprechend der bisherigen Praxis der WEKO werden die gesamthaft entstandenen Verfahrenskosten nach dem Pro-Kopf-Prinzip auf die Parteien verteilt. Im vorliegenden Fall können drei Phasen unterschieden werden:

- Phase 1: Untersuchungseröffnung bis Ausdehnung der Untersuchung auf Grotrian-Steinweg. In dieser ersten Phase waren vier Unternehmen an der Untersuchung beteiligt.
- Phase 2: Ausdehnung der Untersuchung auf Grotrian-Steinweg bis zur Unterzeichnung der einvernehmlichen Regelung durch Grotrian-Steinweg (29. April 2014). In dieser zweiten Phase waren fünf Unternehmen an der Untersuchung beteiligt.
- Phase 3: Fortführung der Untersuchung mit den vier übrigen Parteien bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelungen mit diesen.

451. Im vorliegenden Fall belaufen sich die Verfahrenskosten auf insgesamt CHF 471'249.– und diejenigen der Phase 2 auf gesamthaft CHF 126‘325.–. Es ist daher angemessen, die Verfahrenskosten oder Teile davon anteilsmässig pro Kopf aufzuteilen, sofern einer solchen Aufteilung keine wichtigen Gründe entgegenstehen.

452. Grotrian-Steinweg ist lediglich von der Phase 2 betroffen, sodass es sich rechtfertigt, ihr einen Fünftel der Verfahrenskosten der Phase 2, d.h. CHF […], aufzuerlegen. Es liegen keine wichtigen Gründe vor, von der Pro-Kopf-Verteilung für die Phase 2 abzuweichen.

453. Die verbleibenden, unter den restlichen vier Parteien nach dem Pro-Kopf-Prinzip aufzuteilenden Verfahrenskosten belaufen sich auf insgesamt CHF […], d.h. pro Partei auf CHF […]. Es gilt auch diesbezüglich zu prüfen, ob wichtige Gründe vorliegen, die ein Abweichen vom Pro-Kopf-Prinzip nahelegen.

454. Die durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. oben, Rz 441 ff.) zeigte, […].

455. In ihrer Stellungnahme vom 9. Juli 2015 stellt Krompholz den Antrag, die auf sie entfallenden Verfahrenskosten seien angemessen und unter Berücksichtigung des Aufwandes früherer, vergleichbarer Fälle zu reduzieren. An der Anhörung vom 2. November 2015 stellte Krompholz wiederholt den Antrag, die Verfahrenskosten für Krompholz seien zu reduzieren und zwar auf die Höhe derjenigen von Grotrian-Steinweg, nämlich CHF […].

456. Zu diesem Antrag von Krompholz gilt es festzuhalten, dass sie – im Gegensatz zu Grotrian-Steinweg – an allen identifizierten Abreden beteiligt und damit vollumfänglich von der Untersuchung betroffen war. Der auf sie entfallende Verfahrenskostenanteil von CHF […] in einer Untersuchung, die Anlass zu Hausdurchsuchungen gegeben hat, die vier Abreden betrifft und die zum Abschluss von einvernehmlichen Regelungen geführt hat, bleibt damit verhältnismässig. In der Höhe entspricht der auf Krompholz entfallende Verfahrenskostenanteil auch dem entsprechenden Anteil in anderen Untersuchungen der WEKO, namentlich dem Entscheid in Sachen Tunnelreinigung.[186] Krompholz scheint auch den Umstand zu kritisieren, dass die Verfahrenskosten höher sind als die für sie beantragte Sanktion. Diesbezüglich gilt es festzuhalten, dass Krompholz von einer sehr grosszügigen Praxis der Bonus plus-Regelung profitiert hat, mit der Krompholz die Existenz eines Kartells betreffend die Marke Grotrian-Steinweg angezeigt hat und wofür Krompholz eine maximale Reduktion von 80 % der Sanktion erhalten hat. Aus all diesen Gründen weist die WEKO den Antrag von Krompholz ab, da die Berechnung der Kosten der Praxis der WEKO entspricht und in ihrem Fall keine besonderen Umstände vorliegen. Krompholz sind somit Verfahrenskosten in der Höhe von CHF […] aufzuerlegen.

457. S&S war zwar nicht an allen hier in Rede stehenden Abreden beteiligt, nichtsdestotrotz steht der Vertrieb von Produkten der Marken Steinway, Boston und Essex und insbesondere die Rolle von S&S im Zentrum des Verfahrens und zwar vom Anfang bis zum Ende der Untersuchung. Darüber hinaus stellte S&S auch keinen Antrag auf Reduktion der Verfahrenskosten. Folglich rechtfertigt es sich, S&S einen Verfahrenskostenanteil in der Höhe von CHF […] aufzuerlegen.

458. Demgegenüber befindet sich La Bottega in einer sehr speziellen Situation, die auf mehrere Umstände zurückzuführen ist. Auf der Grundlage von Art. 13 AllgGebV und gestützt auf Verhältnismässigkeitsüberlegungen rechtfertigt die Gesamtbetrachtung der genannten Umstände in concreto eine erhebliche Reduktion der auf La Bottega entfallenden Verfahrenskosten.

459. Das Sekretariat war mindestens seit dem Sommer 2014 der Ansicht, dass La Bottega keine unzulässige Verhaltensweise vorgeworfen werden könne. Dies bedeutet, dass La Bottega dem Sekretariat während einer wichtigen Teilphase des Verfahrens keinen Aufwand verursachte. Nicht nur hat La Bottega im Zusammenhang mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelungen keine Kosten verursacht, sondern war es La Bottega – im Gegensatz zu den vier anderen Parteien – auch nicht möglich, eine einvernehmliche Regelung

[183] RPW 2013/4, 646 Rz 1043, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[184] RPW 2013/4, 646 Rz 1047, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.
[185] Vgl. BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 131), Art. 53a KG N 25; JEAN-FRÉDÉRIC MARAIA, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 53a KG, N 20.
[186] Vgl. RPW 2015/2, 244 Rz 334 ff.,*Tunnelreinigung*.

abzuschliessen. Eine solche liegt jedoch oftmals im Interesse von Verfahrensparteien, insbesondere hinsichtlich ihrer externen Kommunikation.

460. La Bottega war im Gegensatz zu Musik Hug und Krompholz auch nicht an den Abreden betreffend Produkte der Marke Grotrian-Stweinweg beteiligt. Dies trifft zwar auch auf S&S zu, jedoch stellt der Vertrieb von Produkten der Marken Steinway, Boston und Essex den wesentlichen Kern des Verfahrens dar. Die Analyse des Verhaltens von La Bottega war deshalb deutlich weniger entscheidend.

461. La Bottega verfügt nur über beschränkte finanzielle Mittel und der Umstand, dass sie einen grossen Anteil der Verfahrenskosten tragen müsste, würde ihre Geschäftstätigkeit stark behindern. Dies umso mehr, als La Bottega nicht mehr Vertragshändler für die Marken Steinway, Boston und Essex ist, was für ihre Geschäftstätigkeit wichtig war.

462. Schliesslich spielte La Bottega eine entscheidende Rolle, die Existenz der identifizierten Wettbewerbsabreden zu Tage zu fördern, indem sie bei der Ausschreibung des Hochbauamtes eine Offerte einreichte (vgl. oben, Rz 1 ff.). Danach hat sie sich als erstes Unternehmen selbst angezeigt und in der Folge die Vertretung der Marken Steinway, Boston und Essex verloren. La Bottega einen grossen Anteil der in Rede stehenden Verfahrenskosten tragen zu lassen würde im Lichte von Billigkeit und einer Gesamtbetrachtung der vorliegenden Umstände zu einem stossenden Ergebnis führen.

463. Die Gesamtbetrachtung dieser verschiedenen Umstände – unter Berücksichtigung der sehr spezifischen Situation, in der sich La Bottega befindet, – rechtfertigen es, La Bottega lediglich einen reduzierten Anteil der Verfahrenskosten in der Höhe von CHF […] aufzuerlegen.

D. Ergebnis

464. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis. In casu konnten die folgenden unzulässigen bzw. (wohl) unzulässigen Wettbewerbsabreden festgestellt werden:

- Eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende, nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbare horizontale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marken Steinway, Boston und Essex.
- Eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende, nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbare horizontale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere der Marke Grotrian-Steinweg.
- Eine den Wettbewerb (wohl) erheblich beeinträchtigende, nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbare vertikale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zwischen S&S, Musik Hug und Krompholz betreffend die Unterstützung der horizontalen Preisabrede zwischen Musik Hug, Krompholz und La Bottega betreffend Produkte der Marken Steinway, Boston und Essex.
- Eine den Wettbewerb (wohl) erheblich beeinträchtigende, nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbare vertikale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zwischen Grotrian-Steinweg, Musik Hug und Krompholz betreffend die Initiierung der horizontalen Preisabrede zwischen Musik Hug und Krompholz betreffend Produkte der Marke Grotrian-Steinweg.

465. Die WEKO genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG die von Musik Hug, Krompholz, S&S und Grotrian-Steinweg mit dem Sekretariat vereinbarten einvernehmlichen Regelungen (vgl. oben, Rz 337 ff.).

466. Musik Hug, Krompholz und La Bottega sind an den erwähnten, nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. oben, Rz 349 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG): Musik Hug CHF […], Krompholz CHF […]. Auf eine Belastung von La Bottega, welche an einer der erwähnten, nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt war, wird gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG ganz verzichtet (vgl. oben, Rz 429 ff.).

467. In allen übrigen Punkten wird die Untersuchung eingestellt.

468. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben Krompholz, S&S sowie Grotrian-Steinweg die Verfahrenskosten anteilsmässig zu je CHF […] bzw. CHF […] zu tragen, wie vorstehend erläutert wurde (vgl. oben, Rz 444 ff.). Musik Hug und La Bottega werden gestützt auf die vorstehenden Erwägungen […].

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat der WEKO und Musik Hug mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen oben, Rz 340):

   1. Musik Hug verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere, Bestandteile davon oder Berechnungsfaktoren dafür wie bspw. Rabatte oder Wechselkurse mit ihren Mitbewerbern zu koordinieren oder gemeinsam zu kalkulieren. Musik Hug unterlässt dabei insbesondere jegliche Kontaktaufnahme mit ihren Mitbewerbern, die darauf abzielen, folgende Gegenstände auszutauschen oder abzustimmen:

- *Die Höhe von Verkaufspreisen (sei es in Form von Verkaufspreislisten sei es in jeder anderen Form);*
- *die zu realisierende Händlermarge;*
- *den auf die Einstandspreise anzuwendende Umrechnungskurs oder*
- *die auf (empfohlene) Verkaufspreise zu gewährenden Rabatte.*

2. *Musik Hug verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt darauf hinzuwirken, dass ein Lieferant Massnahmen ergreift, die zu einer Koordinierung der Verkaufspreise zwischen den Händlern führen sollen.*
3. *Musik Hug verpflichtet sich, Preisempfehlungen von Lieferanten stets als unverbindlich entgegenzunehmen und als solche zu behandeln.*
4. *Musik Hug geht in Bezug auf Passivverkäufe*[187] *folgende Verpflichtungen ein:*
   a) *Musik Hug ergreift weder direkt noch indirekt Massnahmen, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern;*
   b) *Musik Hug regt bei ihren Mitbewerbern und Lieferanten weder direkt noch indirekt an, Massnahmen zu ergreifen, noch beteiligt sie sich an solchen oder unterstützt solche, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern.*
5. *Musik Hug verpflichtet sich, im Falle von (öffentlichen) Beschaffungen (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), weder direkt noch indirekt ihr Angebot bzw. ihren Angebotsverzicht mit ihren Mitbewerbern abzustimmen, um einen Zuschlag zu erhalten oder ein Angebot eines Mitbewerbers mit einer Schutzofferte zu stützen oder die Erteilung des Zuschlags sonst wie zu steuern. Davon ausgenommen sind gemeinsame Offerten (Arbeitsgemeinschaften), die dem Beschaffenden als solche kundgetan werden.*

2. Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat der WEKO und Krompholz mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen oben, Rz 341):

   1. *Krompholz verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt die Verkaufspreise für Flügel und Klaviere, Bestandteile davon oder Berechnungsfaktoren dafür wie bspw. Rabatte oder Wechselkurse mit ihren Mitbewerbern zu koordinieren oder gemeinsam zu kalkulieren. Krompholz unterlässt dabei insbesondere jegliche Kontaktaufnahme mit ihren Mitbewerbern, die darauf abzielen, folgende Gegenstände auszutauschen oder abzustimmen:*
      - *Die Höhe von Verkaufspreisen (sei es in Form von Verkaufspreislisten sei es in jeder anderen Form);*
      - *die zu realisierende Händlermarge;*
      - *den auf die Einstandspreise anzuwendenden Umrechnungskurs oder*
      - *die auf (empfohlene) Verkaufspreise zu gewährenden Rabatte.*
   2. *Krompholz verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt darauf hinzuwirken, dass ein Lieferant Massnahmen ergreift, die zu einer Koordinierung der Verkaufspreise zwischen den Händlern führen sollen.*
   3. *Krompholz verpflichtet sich, Preisempfehlungen von Lieferanten stets als unverbindlich entgegenzunehmen und als solche zu behandeln.*
   4. *Krompholz geht in Bezug auf Passivverkäufe*[188] *folgende Verpflichtungen ein:*
      a) *Krompholz ergreift weder direkt noch indirekt Massnahmen, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern;*
      b) *Krompholz regt bei ihren Mitbewerbern und Lieferanten weder direkt noch indirekt an, Massnahmen zu ergreifen, noch beteiligt sie sich an solchen oder unterstützt solche, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern.*
   5. *Krompholz verpflichtet sich, im Falle von (öffentlichen) Beschaffungen (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), weder direkt noch indirekt ihr Angebot bzw. ihren Angebotsverzicht mit ihren Mitbewerbern abzustimmen, um einen Zuschlag zu erhalten oder ein Angebot eines Mitbewerbers mit einer Scheinofferte*

[187] *Unter einem Passivverkauf wird die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an Bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziffer 3 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden; VertBek).*

[188] *Unter einem Passivverkauf wird die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an Bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziffer 3 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden; VertBek).*

zu stützen oder die Erteilung des Zuschlags sonst wie zu steuern. Davon ausgenommen sind gemeinsame Offerten (Arbeitsgemeinschaften), sofern diese dem Beschaffenden als solche kundgetan werden.

3. Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat der WEKO und S&S mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen oben, Rz 345):

   1. S&S verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt die Endverkaufspreise für Flügel und Klaviere[189], Bestandteile davon oder Berechnungsfaktoren dafür wie bspw. Rabatte oder Wechselkurse mit ihren Händlern zu koordinieren, gemeinsam zu kalkulieren oder solche Massnahmen in irgendeiner Form zu unterstützen. S&S unterlässt dabei insbesondere jegliche unterstützende Massnahmen zu Gunsten ihrer Händler, die zu einer Vereinheitlichung der Verkaufspreise führen oder dies vereinfachen können, so insbesondere:

   - *Jede Form der Kommunikation mit ihren Händlern, die darauf abzielt die Endverkaufspreise untereinander abzustimmen;*
   - *das Entgegennehmen und Drucken von Endverkaufspreislisten, die das Ergebnis von Koordinationen zwischen den Händlern sind oder sein könnten, unbeschadet der Möglichkeit, unilateral und explizit als unverbindlich gekennzeichnete Endverkaufspreisempfehlungen an die Händler abzugeben;*
   - *- das Organisieren von Treffen mit Händlern, um die Preissetzung einzelner Händler zu thematisieren und eine Vereinheitlichung der Endverkaufspreise herbeizuführen.*

   2. S&S geht in Bezug auf Passivverkäufe[190] folgende Verpflichtungen ein:

   a) S&S ergreift weder direkt noch indirekt Massnahmen, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern;

   b) S&S regt bei ihren Händlern weder direkt noch indirekt an, Massnahmen zu ergreifen, noch beteiligt sie sich an solchen oder unterstützt solche, die darauf abzielen, Passivverkäufe innerhalb der Schweiz sowie grenzüberschreitend aus dem europäischen Ausland zu be- oder verhindern.

   3. *S&S verpflichtet sich, im Falle von (öffentlichen) Beschaffungen (insbesondere im Falle von offenen Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben), weder direkt noch indirekt Angebote ihrer Händler in irgendeiner Form zu beeinflussen, um einen Zuschlag an einen bestimmten Händler zu begünstigen oder zu verhindern. Sollte S&S von der Beschaffungsstelle um Auskunft und/oder Rat angegangen werden, ist S&S aber frei, Auskünfte zu erteilen und Empfehlungen abzugeben.*

4. Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat der WEKO und Grotrian-Steinweg mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen oben, Rz 346):

   1. Grotrian verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Verkaufspreise ihrer Schweizer Händler zu nehmen und dabei insbesondere Folgendes zu unterlassen:

   - *Aufforderungen (mündlich oder schriftlich) an ihre Schweizer Händler, untereinander die Verkaufspreise oder preisrelevante Faktoren (z.B. Wechselkurse oder Händlermarge) abzustimmen;*
   - *Aufforderungen (mündlich oder schriftlich) an ihre Schweizer Händler, Verkaufspreislisten oder Verkaufspreisempfehlungen zu erstellen;*
   - *Aufforderungen jeder Art (mündlich oder schriftlich) an ihre Schweizer Händler, unverbindliche Verkaufspreisempfehlungen als Grundlage für Angebote zu nutzen und*
   - *Einflussnahmen irgendwelcher Art, welche die Rabattpolitik ihrer Schweizer Händler zu beeinflussen vermögen.*

   Grotrian verpflichtet sich zudem, inskünftig unverbindliche Verkaufspreisempfehlungen klar und deutlich als solche zu bezeichnen und diesen auf keine Art und Weise (z.B. mittels Druck oder Anreizen) verbindlichen Charakter zu verleihen.

   2. Grotrian verpflichtet sich schliesslich, keinerlei Massnahmen zu ergreifen, zu unterstützen oder in irgendeiner Weise zu fördern, welche Produktimporte von Schweizer Abnehmern aus dem europäischen Ausland zu ver- oder behindern vermögen.

5. Wegen Beteiligung an unzulässigen Wettbewerbsabreden werden die folgenden Unternehmen gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG mit folgenden Beträgen belastet:

   - Musik Hug AG CHF […]

[189] *Damit ist der Preis gemeint, den ein Endabnehmer für den Erwerb von Flügeln und Klavieren zu entrichten hat.*

[190] *Unter einem Passivverkauf wird die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Anbieter sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an Bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden (Ziffer 3 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden; VertBek).*

- AKHZ Management AG und Loeb Holding AG unter solidarischer Haftung CHF […]
- La Bottega del Pianoforte SA CHF […]

6. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
7. Die gesamte Verfahrenskosten betragen CHF 471‘249.– und werden wie folgt auferlegt:
   - Musik Hug AG CHF […]
   - AKHZ Management AG und Loeb Holding AG insgesamt CHF […]
   - Steinway & Sons CHF […]
   - Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. Steinweg Nachf. GmbH & Co. KG CHF […]
   - La Bottega del Pianoforte SA CHF […]
8. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
9. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
   - **Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. Steinweg Nachf. GmbH & Co. KG**, in Braunschweig (Deutschland), vertreten durch […]
   - **La Bottega del Pianoforte SA**, in Lugano, vertreten durch […]
   - **Loeb Holding AG**, in Bern
   - **AKHZ Management AG**, in Bern

     beide vertreten durch […]
   - **Musik Hug AG**, in Zürich, vertreten durch […]
   - **Steinway&Sons**, in Hamburg (Deutschland), vertreten durch […]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2	**2. Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör**

Verfügung vom 29. Juni 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG gegen Musik Olar AG, in Zofingen, vertreten durch […].

A. Verfahren

A.1. Gegenstand der Untersuchung

1. Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung war die Meldung eines Händlers von Musikinstrumenten (nachfolgend: Anzeiger) vom 29. April 2013. Der Anzeiger schilderte und belegte insbesondere, dass die Musik Olar AG (nachfolgend: Musik Olar), Generalimporteurin und Grosshändlerin von Produkten der Musikbranche, ihm vorschreibe, Produkte der Marken […] mit maximal 15 % Rabatt auf den Preisen gemäss Endverkaufspreisliste von Musik Olar (nachfolgend: Preisliste von Musik Olar) zu verkaufen. Zudem äusserte der Anzeiger den Verdacht, dass Musik Olar die obigen Vorgaben unter Mitwirkung anderer Marktteilnehmer mache.

2. Musik Olar ist Generalimporteurin und Grosshändlerin von Produkten der Musikbranche, insbesondere von Gitarren und Schlagzeugen sowie Zubehör. Dazu gehören u.a. Gitarren und Zubehör der Marken […]. […] zählt zu den drei bedeutendsten Gitarrenmarken weltweit, während […] zum erweiterten Kreis der bedeutendsten Gitarrenmarken gehört.

3. Mit der vorliegenden Untersuchung soll geprüft werden, ob Musik Olar mit ihren Händlern die Preise der von ihr vertriebenen Produkte abgesprochen hat und dadurch die Preise im Vergleich zum freien Wettbewerb überhöht waren. Ferner soll geklärt werden, ob sich die Anhaltspunkte erhärten, dass Musik Olar an anderen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG[1] teilgenommen hat. Zusammenfassend wird in der Untersuchung analysiert, ob Musik Olar allenfalls an unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 KG beteiligt war.

A.2. Prozessgeschichte

4. Am 29. April 2013 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen Musik Olar ein. Darin schilderte der Anzeiger, dass Musik Olar ihm vorschreibe, maximal 15 % Rabatt auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar gewähren zu dürfen. In der Folge stellte das Sekretariat dem Anzeiger telefonisch Verständnis- und Ergänzungsfragen und der Anzeiger übermittelte dem Sekretariat weitere Dokumente.

5. Am 3. Juli 2013 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG betreffend das Vertriebssystem von Musik Olar für Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör wegen möglicherweise unzulässiger vertikaler Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG und allenfalls weiterer Verstösse gegen Art. 5 KG.

6. Mit Durchsuchungsbefehl vom 3. Juli 2013 führte das Sekretariat am 4. Juli 2013 eine Hausdurchsuchung am Sitz von Musik Olar durch. Im Rahmen der Hausdurchsuchung beschlagnahmte das Sekretariat elektronische Kopien (Scans) von physischen Dokumenten und Kopien von elektronischen Daten. Gleichentags hielt das Sekretariat eine Parteieinvernahme gemäss Art. 42 Abs. 1 KG mit dem Geschäftsführer von Musik Olar ab. Um 14.54 Uhr setzte Musik Olar einen Marker, dessen Eingang das Sekretariat umgehend bestätigte. In der Folge wurde die Parteieinvernahme abgebrochen und als mündliche Ergänzung zur Selbstanzeige (nachfolgend: mündliche Selbstanzeige) gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. der SVKG[2] fortgesetzt. Am 11. Juli 2013 wurde der Geschäftsführer von Musik Olar zwecks mündlicher Ergänzung der Selbstanzeige ein zweites Mal befragt (nachfolgend: Fortsetzung mündliche Selbstanzeige). Anlässlich dieser Befragung gab Musik Olar weitere Dokumente zu den Akten. Mit Schreiben vom 12. Juli 2013 forderte das Sekretariat Musik Olar auf, die Selbstanzeige schriftlich und dokumentiert zu ergänzen. Musik Olar kam dieser Aufforderung mit den Eingaben vom 22. Juli 2013 und 16. August 2013 (nachfolgend: schriftliche Selbstanzeige) nach.

7. Die Wettbewerbsbehörden informierten die Öffentlichkeit am 5. Juli 2013 mittels Medienmitteilung über die Untersuchungseröffnung.[3] Zudem gab das Sekretariat die Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 KG durch amtliche Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBl)[4] vom 20. August 2013 bekannt. Dritte, die sich an der Untersuchung beteiligen wollten, meldeten sich keine.

8. Am 11. Oktober 2013 reichte Musik Olar die vom Sekretariat verlangte Liste mit für die Sichtung der anlässlich der Hausdurchsuchung gespiegelten elektronischen Daten relevanten Stichworten sowie eine Beschreibung des Systems bei der Ablage der elektronischen Daten ein. Am 15. Oktober 2013 begann das Sekretariat im Beisein eines Rechtsvertreters von Musik Olar mit der Sichtung der elektronischen Daten. Die Sichtung wurde am 10. April 2014 mittels Versand des Reports mit den Bookmarks abgeschlossen.

[1] Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[2] Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[3] <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=49592> (31.10.2014).
[4] Vgl. BBl 2013 6600.

9. Am 6. Mai 2014 präsentierte das Sekretariat Musik Olar das Ergebnis der Sichtung der elektronischen Daten im Sinne eines vorläufigen Beweisergebnisses mündlich und gab Musik Olar Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen. Es wurde vereinbart, Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung aufzunehmen.

10. Mit Eingabe vom 22. Mai 2014 reichte Musik Olar zusätzliche Dokumente ein und machte u.a. geltend, dass […].

11. Am 19. Juni 2014 übermittelte das Sekretariat Musik Olar die Rahmenbedingungen der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG und einen Entwurf für eine einvernehmliche Regelung. Zudem bat das Sekretariat Musik Olar, weitere Erläuterungen und Belege zur finanziellen Situation einzureichen.

12. Am 21. Juli 2014 nahm Musik Olar dahingehend Stellung zum Entwurf der einvernehmlichen Regelung, dass sie weiterhin bereit sei, eine solche abzuschliessen. Sie retournierte den Entwurf der einvernehmlichen Regelung unterzeichnet. Ferner verzichtete Musik Olar einstweilen auf Akteneinsicht und reichte weitere Erläuterungen und Belege zur finanziellen Situation ein.

13. Am 8. August 2014 sandte das Sekretariat Musik Olar den unveränderten Entwurf der einvernehmlichen Regelung als definitive Fassung zur Unterschrift.

14. Mit Schreiben vom 25. August 2014 übermittelte Musik Olar zwei Exemplare der von ihr am 14. August 2014 unterzeichneten einvernehmlichen Regelung.

15. Am 4. September 2014 retournierte das Sekretariat ein am 28. August 2014 gegengezeichnetes Exemplar der einvernehmlichen Regelung an Musik Olar.

16. Mit Schreiben vom 4. November 2014 wurde der Antrag des Sekretariats Musik Olar zur Stellungnahme unterbreitet. Zusätzlich wurde Musik Olar ein Aktenverzeichnis übermittelt mit der Aufforderung, sich mit dem Sekretariat in Verbindung zu setzen, falls sie nun Akteneinsicht wünscht (siehe hierzu auch oben, Rz 12).

17. Am 7. November 2014 meldete sich Musik Olar telefonisch beim Sekretariat und ersuchte um Akteneinsicht. Diesem Begehren gab das Sekretariat am 10. November 2014 statt und übermittelte Musik Olar die Akten in elektronischer Form.

18. Am 17. November 2014 teilte der bisherige Rechtsvertreter von Musik Olar dem Sekretariat mit, dass er Musik Olar in der vorliegenden Untersuchung künftig nicht mehr vertreten werde.

19. Am 19. November 2014 zeigte der neue Rechtsvertreter von Musik Olar die Mandatsübernahme an und ersuchte um eine Fristerstreckung für die Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats. Das Sekretariat entsprach diesem Gesuch am 20. November 2014 und erstreckte die Frist bis zum 9. Januar 2015.

20. Mit Schreiben vom 7. Januar 2015 nahm Musik Olar zum Antrag des Sekretariats Stellung und stellte folgende Rechtsbegehren:

- Rechtsbegehren 1: Die von Musik Olar mit dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 14./28. August 2014 sei mit Ausnahme von Bst. d, f und g der „Vorbemerkungen“ dieser Vereinbarung zu genehmigen (vgl. hierzu unten, Rz 22 ff., 175 ff.).
- Rechtsbegehren 2: Da Musik Olar keine Verletzung des Kartellgesetzes vorgeworfen werden kann, ist von einer Sanktionierung bzw. der Auferlegung von Kosten abzusehen. Ausserdem wäre gemäss Art. 49a KG auf eine Belastung von Musik Olar zu verzichten (vgl. hierzu unten, Rz 228 f.).
- Rechtsbegehren 3: […]
- Rechtsbegehren 4: Musik Olar sei eine angemessene Entschädigung für die grossen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren zuzusprechen (vgl. hierzu unten, Rz 265 f.).

21. Sodann beantragte Musik Olar, einen ihrer Händler zu dessen Rabattpolitik zu befragen. Weiter regte Musik Olar an, ihren Geschäftsführer, weitere Händler sowie ihren Buchhalter als Zeugen zu befragen und eine Umfrage, z.B. mittels Fragebogen, bei den Händlern von Musik Olar zu deren Rabattpolitik zu machen. Dem kam die WEKO insofern nach, als sie den Geschäftsführer von Musik Olar am 29. Juni 2015 anhörte, ihren Buchhalter als Zeugen befragte (vgl. unten, Rz 28 ff.) und Musik Olar Gelegenheit erhielt, sich zur Analyse ihrer finanziellen Situation, welche durch das Sekretariat erstellt wurde, zu äussern (vgl. unten, Rz 26).

22. Mit Schreiben vom 2. Februar 2015 wies die WEKO Musik Olar mit Bezugnahme auf das in der Stellungnahme vom 7. Januar 2014 formulierte Rechtsbegehren 1 darauf hin, dass die WEKO zwischen Untersuchungsadressaten und dem Sekretariat abgeschlossene einvernehmliche Regelungen im Sinne von Art. 29 KG insgesamt genehmigen oder ablehnen könne, abändern könne sie einvernehmliche Regelungen hingegen nicht. Zwecks Vermeidung von Missverständnissen forderte die WEKO Musik Olar auf, bis am 12. Februar 2015 zur Frage Stellung zu nehmen, ob Musik Olar an der einvernehmlichen Regelung, wie sie zwischen Musik Olar und dem Sekretariat abgeschlossen wurde, festhält, oder ob Musik Olar die WEKO darum ersucht, die unterzeichnete einvernehmliche Regelung nicht zu genehmigen und den vorliegenden Fall zwecks weitergehenden Sachverhaltsermittlungen an das Sekretariat zurückzuweisen.

23. Mit Schreiben vom 2. Februar 2015 bat Musik Olar um eine Fristerstreckung bis zum 4. März 2015. Mit Schreiben vom 3. Februar 2015 gewährte das Sekretariat die gewünschte Fristerstreckung und bat Musik Olar, sich provisorisch den 23. März 2015 für eine Anhörung vor der WEKO zu reservieren.

24. Mit Schreiben vom 27. Februar 2015 teilte Musik Olar der WEKO mit, der Antrag vom 7. Januar 2015 werde dahingehend präzisiert, dass die zwischen Musik Olar und dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 14./28. August 2014 zu genehmigen sei, falls von einer finanziellen Belastung von Musik Olar (Sanktion und Kosten) abgesehen werde. Eventualiter, falls entgegen dem gestellten Antrag eine finanzielle Belastung von Musik Olar erfolgen soll, sei die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung zu verweigern und die Sache sei an das Sekretariat zurückzuweisen,

um die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende zu führen (vgl. hierzu unten, Rz 175 ff.).

25. Mit Schreiben vom 17. März 2015 informierte das Sekretariat Musik Olar darüber, dass die ursprünglich geplante Anhörung vor der WEKO vom 23. März 2015 nicht stattfinden werde. Musik Olar werde zu gegebener Zeit über die weiteren Verfahrensschritte informiert. […]

26. Am 29. April 2015 orientierte das Sekretariat Musik Olar mündlich über seine vorläufigen Ergebnisse der Analyse der finanziellen Situation von Musik Olar. Im Schreiben vom 4. Mai 2015 legte das Sekretariat diese Ergebnisse schriftlich dar und forderte Musik Olar auf, dazu bis zum 25. Mai 2015 Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 22. Mai 2015 ersuchte Musik Olar um eine Fristerstreckung bis zum 15. Juni 2015, welche das Sekretariat am selben Tag gewährte. In diesem Schreiben bat das Sekretariat Musik Olar zudem darum, sich provisorisch den 29. Juni 2015 für eine Anhörung vor der WEKO zu reservieren. Am 9. Juni 2015 reichte Musik Olar die Stellungnahme zur Finanzanalyse des Sekretariats innert erstreckter Frist ein.

27. Am 6. Mai 2015 stellte das Sekretariat Musik Olar Fragen zu deren Marktstellung, welche Musik Olar innert der angesetzten Frist am 18. Mai 2015 beantwortete.

28. Mit Schreiben vom 17. Juni 2015 informierte das Sekretariat Musik Olar darüber, dass am 29. Juni 2015 wie geplant eine Anhörung nach Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO stattfinde. Sodann wurde Musik Olar die Möglichkeit eingeräumt, von einem Vertreter der Buchhaltungsstelle von Musik Olar begleitet zu werden zur Beantwortung von allfälligen spezifischen Fragen zur finanziellen Situation von Musik Olar.

29. Mit Schreiben vom 18. Juni 2015 teilte Musik Olar dem Sekretariat mit, dass nebst dem Geschäftsführer und dem Rechtsvertreter von Musik Olar ein Vertreter der Buchhaltungsstelle von Musik Olar an der Anhörung teilnehmen werde.

30. Am 29. Juni 2015 fand eine Anhörung von Musik Olar gemäss Art. 30 Abs. 2 KG vor der WEKO statt. Gewisse Fragen der WEKO zur finanziellen Situation von Musik Olar wurden auf Wunsch des Geschäftsführers von Musik Olar von seinem (externen) Buchhalter beantwortet. Der Buchhalter beantwortete diese Fragen als Zeuge (Art. 42 Abs. 1 KG).

31. Am selben Tag genehmigte die WEKO die einvernehmliche Regelung und entschied über das vorliegende Verfahren.

32. Am 13. August 2015 eröffnete das Sekretariat die Verfügung gegenüber Musik Olar und stellte ihr das aktualisierte Aktenverzeichnis zu. Zudem übermittelte das Sekretariat Musik Olar die zugehörigen Akten in elektronischer Form.

A.3. Sachverhalt

A.3.1. Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen

A.3.1.1. Beweiswürdigung

33. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG[5] sowie sinngemäss Art. 40 BZP[6]).[7] Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.[8] Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.[9] Gradmesser ist die Überzeugung der Behörde und zwar mit Bezug auf den Aussagegehalt jedes einzelnen Beweismittels und auf das Beweisergebnis als Ganzes.[10]

34. Als Ausfluss der freien Beweiswürdigung sind die Wettbewerbsbehörden nicht an starre Beweisregeln gebunden, welche vorgeben würden, wie ein Beweis erbracht wird. Das bedeutet, dass ein Beweis auch mittels Indizien erbracht werden kann.[11] Im Unterschied zu direkten Beweisen leitet sich der Beweis beim Indizienbeweis (indirekt) aus einer Indizienkette ab. Die Beweiserbringung durch Indizien ist also nicht eine Beweisführung „minderen Grades“, sondern das erforderliche Beweismass wird indirekt ebenso gut erfüllt.[12]

35. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen „Verfälschungen“ (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher respektive beständiger einzustufen sind;[13] der Grundsatz der freien Beweiswürdigung,

[5] Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).
[6] Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).
[7] BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 62.
[8] Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 149, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015); bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, E. 2.1.
[9] Statt anderer BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 7), Art. 30 KG N 99; BSK KG-Bilger (Fn 7), Art. 39 KG N 62.
[10] THOMAS HOFER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2011, Art. 10 N 41.
[11] BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 7), Art. 30 KG N 99 unter Verweis auf MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una…“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.
[12] Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 149, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015).
[13] So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1062–1068, 1064 m.w.H.; MATTHIAS JAHN, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf> (31.10.2014), S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch Angela Weirich, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(…) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (…)“.

insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen.[14]

36. Wenn – wie im vorliegenden Fall – mitunter auch Zeugen- oder Parteiaussagen zu würdigen sind, ist nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussageperson an sich als vielmehr die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussage von Bedeutung.[15] Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,[16] und nicht ein verhaltensorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache, also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet werden.[17]

37. Gemäss der sogenannten „Undeutsch-Hypothese" ist davon auszugehen, dass sich Aussagen über selbst erlebte Ereignisse in ihrer Qualität von erfundenen Aussagen unterscheiden, denn wahre Schilderungen erfordern andere, namentlich „geringere" geistige Leistungen als falsche.[18] Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein respektive Fehlen von sogenannten „Realkennzeichen"[19] zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-)Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.[20] Dabei ist auch die Aussagestruktur zu beachten, namentlich ob die Qualität von Aussagen zum Kerngeschehen vergleichbar der Qualität von Aussagen zu Aspekten ausserhalb des Kerngeschehens ist oder nicht.[21]

A.3.1.2. Beweismass

38. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen[22] Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden: Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,[23] wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist.[24]

39. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts respektive hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.[25] Gemäss REKO/WEF erweist sich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich *„(…) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind"*[26]. So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.[27] Und auch das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) stellte treffend fest: *„[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus."*[28]

40. Lange Zeit war fraglich, ob das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisanforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.[29] Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,[30] verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis.[31] Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Fall führt das BGer bezüglich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung aus, *„[…] dass*

[14] Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351, 352 ff. E. 3.b).

[15] Statt anderer REVITAL LUDEWIG/DAPHNA TAVOR/SONJA BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011, 1415–1435, 1418 m.w.H.

[16] So BGE 129 I 49, 58 E. 5.

[17] LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 15), 1421 f.; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 153, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015).

[18] BGE 129 I 49, 58 E. 5; ferner LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 15), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, forumpoenale 2012, 368–374, 369; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 153, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015).

[19] Für eine Übersicht über die Realkennzeichen siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 15), 1425; Jahn (Fn 13), 11 f. der Onlinepublikation; Hussels (Fn 18), 370 ff.

[20] LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 15), 1427; JAHN (Fn 13), 13 der Onlinepublikation; ferner auch BGE 129 I 49, 58 E. 5; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 153, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015).

[21] LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 15), 1428; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 153, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015).

[22] Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

[23] Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

[24] Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 11), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

[25] Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER, in: Kommentar VwVG (Fn 24), Art. 12 VwVG N 216.

[26] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: SIWR V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

[27] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 11), 119.

[28] BVGE 2009/35, E. 7.4; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 768 ff. E. 5, *Gaba/WEKO*.

[29] Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 11), 119; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 7), Art. 30 KG N 101 f. m.w.H.

[30] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

[31] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen […] nicht übertrieben werden […]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen […]".[32]

41. Die WEKO hat sich dieser Ansicht des BGer und des BVGer mittlerweile angeschlossen. Nach rechtskräftiger Rechtsprechung der WEKO kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.[33] Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisanforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes damit letztlich ausgehebelt. In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(sdichte) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.[34]

A.3.1.3. Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung

42. Unbestritten ist, dass in Kartellverwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gilt (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), m.a.W. tragen die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 40 KG sowie Art. 13 VwVG) und ihr diesbezügliches Verhalten kann auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).[35]

43. Die objektive Beweislastverteilung regelt die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer m.a.W. die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Hinsichtlich des Vorliegens von Abreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast. Diese bilden die Vermutungsbasis für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, wobei hinsichtlich der Vermutungsfolge, namentlich der Wettbewerbsbeseitigung, die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast tragen. Ist die Vermutung widerlegt, tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ist eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.[36]

A.3.2. Verhältnis Musik Olar–Händler

A.3.2.1. Beweismittel

Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige

44. Anlässlich der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige vom 11. Juli 2013 äusserte der Geschäftsführer von Musik Olar, dass die Händler Musik Olar ihre Margen kommunizieren würden und sie sich mit ihren Händlern regelmässig über deren Preise und die Preise anderer Händler unterhalte.

45. Weiter sagte er Folgendes aus: *„Wir geben Richtpreise. Diese sollten alle in einem gewissen Verhältnis eingehalten werden. Es sollte nicht extrem variieren. Die Preise sollten sich grundsätzlich in einem gleichen Rahmen befinden."*. Weiter erklärte er, dass sie die Preise stichprobemässig überprüfen würden, vor allem dann, wenn Preisänderungen vollzogen wurden. An die Preisempfehlungen würde sich aber schätzungsweise nur 1 % der Wiederverkäufer halten.

46. Ihre Vorstellungen bezüglich Rabattpolitik melde Musik Olar bei den Wiederverkäufern an. Auf Aufforderung hin präzisierte der Geschäftsführer, dass es sich um langjährige Kunden von Musik Olar handle, weshalb Musik Olar nicht viel sagen müsse. Diese wüssten nämlich, welcher Aufwand (zusätzliche Kosten für Service etc.) dahinter stecke. Normalerweise bekomme man im Laden 5–15 % Rabatt.

47. Schliesslich führte der Geschäftsführer aus, dass Musik Olar oft, ja täglich, Hinweise von Händlern, Herstellern oder Endkunden erhalte, dass bestimmte Händler die Preisliste nicht einhalten würden.

Schriftliche Selbstanzeige

48. In der schriftlichen Selbstanzeige legte Musik Olar dar, dass die Händler sie nicht regelmässig und systematisch über ihre Margen informieren würden. Im Rahmen der üblichen Kundengespräche und Verhandlungen

[32] BGE 139 I 72, E. 8.3.2, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

[33] Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 154 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015). Die Verfügung verweist beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715 E. 3.2 m.w.H.).

[34] So BGE 139 I 72, E. 8.3.2, in gleichem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, Swiss*com (Schweiz) AG/WEKO*; Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 158, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015).

[35] Kritisch dazu MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2013, 87–116, 100. Wie weit die Mitwirkungspflicht der Parteien in Anbetracht des unter anderem aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Grundsatz des nemo tenetur se ipsem accusare geht, braucht in vorliegender Untersuchung mangels Relevanz nicht geklärt zu werden; siehe dazu aber BVGE 2011/32, 627 ff. E. 5.7.

[36] Verfügung der WEKO vom 22. April 2013, 52 Rz 164, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, abrufbar unter: <www.weko.admin.ch> (2.7.2015); Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E. 10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V./WEKO*, REKO WEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

würde Musik Olar aber schon ab und zu und je nach Gesprächsverlauf Informationen über Margen und Preise erfahren.

49. Bei ihrer Preisliste handle es sich um unverbindliche Preisempfehlungen. Die Händler seien folglich frei, ob sie sich bei der Preisgestaltung daran halten würden. Dies werde den Händlern auch so kommuniziert. Falls ein Händler von den Preisempfehlungen abweiche, was häufig vorkomme, habe dies keine Folgen. Die Endverkaufspreise der Händler würden lediglich sporadisch überprüft und die Preisempfehlungen würden schätzungsweise von nur 5 % der Händler eingehalten. An anderer Stelle wiederholte Musik Olar, dass die Preisempfehlungen nur als unverbindliche Richtgrösse dienten, von denen die meisten Händler – in unterschiedlichem Masse – abweichen würden. Weiter führte sie aus, dass Abweichungen sie nicht kümmern würden, solange es sich nicht um übermässige Preisabweichungen handle. Allerdings sei es ihr ein Anliegen, dass nicht einzelne Händler durch vorübergehende, exzessive Angebote ein Marktgewicht erlangen würden. Solche Angebote seien schliesslich nur unter Vernachlässigung der Kundenbetreuung möglich und stünden in keinem Verhältnis zu dem, was aufgrund der Nachfrage erzielt werden könnte und für die nachhaltige Existenz eines Fachhändlers erforderlich sei.

50. Weiter erläuterte Musik Olar, dass jeder Händler die Rabattpolitik auf der Grundlage seines Geschäftskonzepts für sich selbst festlege. Musik Olar nehme darauf keinen Einfluss und mache auch keine konkreten Vorgaben. Eine konkrete und gezielte Kommunikation zur Rabattpolitik habe Musik Olar in ihrer ganzen Firmengeschichte nie betrieben. Ab Herbst 2012 habe Musik Olar vereinzelte Versuche unternommen, exzessiven und nicht marktgerechten Preisgestaltungen einzelner Händler entgegenzutreten, da diese in jüngster Zeit eine sehr aggressive Preispolitik verfolgt und dadurch die bestehende Händlerstruktur und das Ansehen der Marken, welche Musik Olar vertreibe, in Gefahr gebracht hätten. Hierzu seien fünf Wiederverkäufer kontaktiert worden. Vereinzelt sei Musik Olar von anderen Händlern darum ersucht worden, die betreffenden Händler zu kontaktieren. Diese Versuche seien jedoch weitgehend erfolglos gewesen.

Beschlagnahmte elektronische Daten

51. Bei der Sichtung der im Rahmen der Hausdurchsuchung beschlagnahmten elektronischen Daten fanden sich u.a. die nachstehend zitierten E-Mails:

a. *„Ich habe seit mehreren Monaten fast alle […]-Modelle im ebay, teilweise im Ricardo. Wie abgemacht offeriere ich dort max. 15 % Rabatt. […]“* (E-Mail von einem Wiederverkäufer an Musik Olar vom 9.9.2009)

b. *„Ich schreibe Ihnen betreffend einem Artikel, welchen Sie auf Ihrer Homepage haben: […], VP CHF 599.00. Diese bieten Sie für CHF 495.00 = 17 %. Wir erlauben unseren Kunden einen Nettopreis mit maximal 15 % zu bewerben. Dementsprechend bitte ich Sie den Preis auf CHF 509.00 anzupassen.“* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 25.2.2010)

c. *„Ich habe gerade auf Eurer Webseite folgenden Artikel gefunden: [Website] Muss der unbedingt mit rund 27 % angeboten werden? Ich denke 15% sollten es eigentlich auch tun. Bitte um Feedback – danke!“* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 16.12.2011)

d. *„Ich schreibe Dir in Sachen […] Preise. Wie schon mal am Telefon angetönt, wäre ich froh, wenn Ihr Eure Nettopreise wie folgt gestalten würdet: -15.00 % vom VP CHF […]“* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 3.6.2013)

e. *„[…] Ich war gerade auf Eurer Seite und habe mir die […] Produkte angeschaut. Und festgestellt, dass da einiges schief ist…!?! Ich bitte Euch die VP's auf Listenpreise anzupassen – Euer Konkurrent [Firma] hat diese auch so drin. Da kann jeder mehr verdienen. […]“* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 19.4.2012)

f. *„[…] As everybody is aware in todays market pricing is very important. Our pricing on this product is really tight to be competitive and are able to provide the lowest prices on […] products in Europe! There is no need to discount […] products and we ask you to sell it for the listprice CHF.”* (E-Mail von Musik Olar an die […] Wiederverkäufer vom 3.12.2012)

g. *„Ich habe nun Rundumschlag und Drohungen und Nötigungen ausgesprochen in Sachen Preisen, etc. Namentlich sind das die folgenden vier relevanten Plattformen / Kunden: [Kundennummer und Firma] Der Plan ist, dass sämtliche Produkte von uns mit max. 15 % Rabatt beworben werden – Print, Web, etc. Falls sich an dieses „Gentlement Agreement“ nicht hält, purzelt die Margé. […]“* (internes E-Mail von Musik Olar vom 2.11.2012)

h. *„Leider muss ich feststellen, dass die Preise auf […] und […] immer noch nicht oder nur teilweise angepasst wurden… Ich gebe Euch hiermit noch eine Chance, um die Preise bis ende dieser Woche anzupassen. Wie bereits mitgeteilt könnt Ihr Lagerartikel mit 15 % anpreisen. Artikel, welche Ihr nicht am Lager habt nicht.“* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 20.10.2012)

i. *„Ich war gerade auf Eurer Seite und habe festgestellt, dass Ihr auf […] rund + 10.00 % offeriert. Muss das sein? Ich bin dafür, dass Ihr die Dinger zum VP CHF verkauft. Bitte um Rückmeldung – danke!“* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 19.1.2013)

j. *„Leider hat bei unserem Freund in [Ort] die Aktion mit den (maximal 15 % weitergeben) nicht gefruchtet – Seit deiner Bitte haben wir den Preis bei diesem Niveau (-15 %) gehalten. In [Ort] war dies offensichtlich nicht der Fall – Sein Rabatt liegt meistens zwischen 24 % und 25 % was DEUTLICH mehr ist. Einige Zufallstreffer… [Links] Ich habe gesehen, dass viele seiner Listenpreise nicht stimmen… wir werden das natür-*

lich berücksichtigen… Gerade bei der […] ist es aber ziemlich happig… Falls sich da gar nichts tut werden wir dementsprechend reagieren – ihn aber natürlich nicht unterbieten. Sobald er zur Vernunft kommt und den Preis wirklich anpassen will gehen wir gerne wieder nach oben…" (E-Mail von einem Wiederverkäufer an Musik Olar vom 12.6.2013)

k. *„Der Preis ist leider immer noch falsch. Und auf fast allen […] Produkten stimmt der Rabatt von max. 15.00 % leider wieder nicht mehr…warum? Und […] stimmt auch nicht mehr. Das wäre es dann gewesen! Unsere Rabatte stimmen auch nicht mehr…"* (E-Mail von Musik Olar an einen Wiederverkäufer vom 15.1.2013)

l. *„Und hier noch ein lustiges Update zu unserem einzigen Kunden in [Ort]. Er preist unsere Produkte mit rund 35 % off VP CHF an. Eine sogenannte Sommeraktion, welche befristet ist. Ich habe ihm dreimal mitgeteilt, dass dies nicht ok ist und er neue und aktuelle Produkte nicht so anpreisen soll und von uns aus nicht darf. Er hat es nicht eingesehen und gesagt, er werde sie sicher nicht ändern. Dementsprechend habe ich ihm mitgeteilt, dass wir ihn nicht mehr beliefern, solang er solche Preise macht. […]"* (internes E-Mail Musik Olar vom 19.7.2012)

m. *„[Kunde] wurden per heute, [Datum] sämtliche Sonderkonditionen gestrichen. Er hält sich nicht an die Regeln. […]"* (internes E-Mail Musik Olar vom 16.1.2013)

A.3.2.2. Beweiswürdigung

52. Einleitend ist festzuhalten, dass die WEKO die Aussagen, welche Musik Olar im Rahmen der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige machte, grundsätzlich für glaubhafter hält als die Ausführungen in der schriftlichen Selbstanzeige. Gründe hierfür sind einerseits, dass die Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige zeitlich näher bei der Untersuchungseröffnung vorgenommen wurde als die schriftliche Selbstanzeige. Andererseits erfolgte die Aussage im Rahmen der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige in weniger strategischer Weise als die Ausführungen in der schriftlichen Selbstanzeige. Zudem wurden gewisse Aussagen, welche anlässlich der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige gemacht wurden, in der schriftlichen Selbstanzeige zwar relativiert, aber nicht gänzlich bestritten. Hätte Musik Olar die Äusserungen, welche sie im Rahmen der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige gemacht hatte, widerrufen, wäre fraglich, ob überhaupt eine Selbstanzeige vorliegen würde. Der Rückzug der Selbstanzeige durch Musik Olar wurde nie thematisiert. Schliesslich stützen die objektiven Beweismittel die Aussage von Musik Olar, dass sie ihren Wiederverkäufern ihre Rabattvorstellungen kommunizierte.

53. Gemäss den E-Mails fanden die Interventionen von Musik Olar bei Wiederverkäufern – anders als von Musik Olar in der schriftlichen Selbstanzeige angegeben – bereits früher als ab Herbst 2012 statt. Die E-Mails zeigen zwar, dass es ab Herbst 2012 bis zur Untersuchungseröffnung zu einer Häufung von Interventionen von Musik Olar bei ihren Wiederverkäufern kam und in diesem Zeitraum gewissen Händlern auch angedroht wurde, dass ihre Einkaufskonditionen gekürzt werden, falls sie sich nicht an die Vorgaben halten. Wurden die Rabattvorstellungen von Musik Olar aber unterschritten, intervenierte Musik Olar jedoch bereits vor Herbst 2012, die früheste vorliegende E-Mail datiert vom 25. Februar 2010.

54. Ausserdem belegen die E-Mails, dass die Interventionen von Musik Olar bei den Wiederverkäufern erfolgreicher waren als von ihr ausgeführt. Verschiedene E-Mails aus der Zeit von Februar 2010 bis Juni 2013 zeigen, dass die Händler auf die Aufforderung von Musik Olar hin ihre Preise anpassten (act. […]). Ferner drohte Musik Olar einigen Wiederverkäufern Anfang November 2012 an, dass die Sonderkonditionen gestrichen würden, sofern sie sich nicht an die Rabattvorgaben halten würden. Gemäss den vorliegenden Beweismitteln wurden die Sonderkonditionen nur einem Wiederverkäufer tatsächlich gestrichen. Darüber hinaus wurde gegenüber einem Wiederverkäufer ein Lieferstopp verhängt, was aber bereits im Sommer 2012 geschah.

55. Die E-Mails stützen ausserdem die von Musik Olar im Rahmen der mündlichen Selbstanzeige gemachte Aussage, dass die Richtpreise in einem bestimmten Verhältnis eingehalten werden sollten. Im Rahmen der schriftlichen Selbstanzeige gab Musik Olar einerseits an, dass Abweichungen von der Preisliste sie solange nicht kümmerten, als sie nicht übermässig gewesen seien. Andererseits äusserte sie, dass es ihr schon ein Anliegen gewesen sei, dass nicht einzelne Händler die Preisliste in exzessiver Weise unterschritten hätten. Vor dem Hintergrund der E-Mails und der Aussage in der mündlichen Selbstanzeige erscheinen die Ausführungen von Musik Olar im Rahmen der schriftlichen Selbstanzeige, dass es sich bei der Preisliste um unverbindliche Preisempfehlungen handle und die Händler frei seien, ob sie sich bei ihrer Preisgestaltung daran halten würden, als unglaubhaft. Die Aussagen, dass ihre Preisliste lediglich von 1 % respektive 5 % der Händler eingehalten würde, müssen dem nicht widersprechen, da Musik Olar Abweichungen von der Preisliste in gewissem Masse duldete. Die E-Mails zeigen deutlich auf, dass Musik Olar einschritt, wenn die von ihr vorgegebene Rabattpolitik (max. -15 % auf der Preisliste von Musik Olar[37] und bei gewissen Produkten Einhaltung der Preisliste von Musik Olar) nicht eingehalten wurde und dass die Richtpreise somit in gewissem Masse einzuhalten waren.

A.3.2.3. Rechtserheblicher Sachverhalt

56. Aufgrund der freien Würdigung der vorstehend zitierten Beweismittel ist die WEKO davon überzeugt, dass sich folgender rechtserheblicher Sachverhalt zugetragen hat:

[37] Es liegt eine einzelne E-Mail vor, in der Musik Olar einen Rabatt von 20 % scheinbar akzeptierte. Vor dem Hintergrund, dass die übrigen Belege zeigen, dass der zu gewährende Rabatt maximal 15 % betrug, ändert dieser Einzelfall nichts an der Einschätzung, dass der zu gewährende Rabatt auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar grundsätzlich maximal 15 % betrug.

57. Musik Olar veröffentlichte bis zum Entscheiddatum eine Liste mit Endverkaufspreisen. Diese Liste ist einerseits im Internet abrufbar,[38] andererseits stellt Musik Olar sie jedem Händler einmal jährlich in gedruckter und elektronischer Form zu. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nachfolgend: AGB), welche der gedruckten Version der Preisliste beigefügt sind, ist festgehalten, dass *„[a]lle Preisangaben in diesem Katalog […] unverbindlich und frei bleibend sowie ohne vorherige Ankündigung veränderbar [sind].“*. Auf der Internetseite ist der Hinweis ebenso zu finden. Die Einstandspreise der Wiederverkäufer werden so kalkuliert, dass von den Endverkaufspreisen gemäss Preisliste von Musik Olar die Marge des Wiederverkäufers abgezogen wird.

58. Musik Olar war darüber informiert, welche Margen und Preise ihre Händler erzielen wollen (siehe oben, Rz 44 und 48 i.V.m. 52). Gleichzeitig kommunizierte Musik Olar ihren Händlern, bei denen es sich vielfach um langjährige Geschäftspartner handelt, welche Rabattpolitik sie angewendet haben wollte (siehe oben, Rz 45 und 49 i.V.m. 52). Der früheste vorhandene Beleg hierfür stammt vom Herbst 2009. Die Rabattvorstellungen von Musik Olar sahen so aus, dass auf neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) ein Rabatt von max. 15 % auf den Preisen gemäss ihrer Preisliste gewährt werden durfte. Produkte der Marke […] sollten gemäss Preisliste von Musik Olar ohne Rabattgewährung verkauft werden. Bei Sonderangeboten von Musik Olar wurde den Wiederverkäufern hingegen freigestellt oder teilweise sogar nahe gelegt, die Rabatte den Kunden weiterzugeben.

59. Musik Olar überprüfte die Endverkaufspreise ihrer Händler sporadisch und erhielt auch immer wieder Meldungen von Händlern, dass sich ein anderer Händler nicht an die Vorgabe halte und wurde teilweise aufgefordert zu intervenieren (siehe oben, Rz 47 und 49). Hielt sich ein Händler nicht an die Vorgaben, wurde er von Musik Olar kontaktiert und aufgefordert, die Preise anzupassen. Verschiedene E-Mails aus der Zeit von Februar 2010 bis Juni 2013 zeigen, dass die Händler auf die Aufforderung von Musik Olar hin ihre Preise anpassten. Die Richtpreise von Musik Olar waren somit in einem vorgegebenen Ausmass einzuhalten. Gegenüber einem Händler, der mehr als die vorgeschriebenen 15 % Rabatt gewährte, wurde ein Lieferstopp verhängt.

60. Anfang November 2012 informierte Musik Olar einige Kunden, die die Vorgaben unterschritten hatten, dass ihre Sondereinkaufskonditionen auf die Grundeinkaufskonditionen zurückgestuft würden, falls sie mehr als 15 % Rabatt auf den Endverkaufspreisen gemäss Preisliste von Musik Olar gewähren würden. Ein Händler kam der Aufforderung, die Preise anzupassen, nicht nach, worauf ihm die Sondereinkaufskonditionen gestrichen wurden.

A.3.3. Anhaltspunkte für weitere wettbewerbsrechtlich möglicherweise relevante Ereignisse

61. Neben dem soeben beschriebenen Sachverhalt betreffend das Verhältnis von Musik Olar mit ihren Händlern ergab die Untersuchung folgende Sachverhaltselemente, die auf mögliche weitere wettbewerbsrechtlich relevante Ereignisse zwischen Musik Olar und anderen Marktteilnehmern hindeuten:

- Ein europäischer Generalimporteur der [Herstellerin von Gitarren und Zubehör][39] informierte die anderen, als er [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] Preisunterschreitungen meldete. In Bezug auf Musik Olar liegt ein Beispiel vor, dass sie sich beim […] Generalimporteur meldete, als ein […] Händler 25 % unter dem Schweizer Listenpreis offerierte, und verlangte, dass der […] Generalimporteur diesem Verhalten ein Ende bereite. Die europäischen Generalimporteure von [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] besprachen gemeinsam, dass sowohl sie als auch ihre Abnehmer [Firma Musikhändler] nicht mehr beliefern sollten, der die Produkte zu tiefen Preisen anbot, und informierten sich, wenn dieser trotz des Lieferstopps wieder […]-Produkte an Lager hatte. Schliesslich äusserte ein europäischer Generalimporteur, dass man [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] deutlich machen müsse, dass [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] diesen Musikhändler konsequent nicht mehr beliefern dürfe.
- Ende des Jahres 2002 vereinbarten die […][40] und Musik Olar, dass gewisse Kunden nur noch durch Musik Olar beliefert werden, während andere nach wie vor durch […] bedient werden. Im Jahr 2009 war die Kundenzuteilung mit […] bei Musik Olar intern ein Thema. Die oben erwähnte Vereinbarung scheint lange Bestand gehabt zu haben, da […] Musik Olar im Jahr 2011 mitteilte, dass man am selben Tag einen Kunden, der bei […] direkt bestellen wollte, an Musik Olar weiterverwiesen habe.
- Musik Olar und [Firma], eine andere Grosshändlerin für Gitarren und Zubehör, tauschten sich bezüglich ihrer AGB und Kunden aus und äusserten ihre Absicht, weitere Informationen über den Markt, ihre Kunden etc. auszutauschen.
- [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] gab zumindest im Jahr 2004 eine Liste mit zu bewerbenden Mindestpreisen[41] heraus. Für weitere Jahre finden sich Preislisten mit Endverkaufspreisen,

[38] <http://www.musicolar.ch/index.cfm?tem=1&spr=0&zsn=8> (2.7.2015).
[39] […].
[40] […].
[41] MAP (Price List) = Minimum Advertised Price.

ohne dass diese als unverbindlich gekennzeichnet wären. Die europäischen Generalimporteure von [Herstellerin von Gitarren und Zubehör], darunter auch Musik Olar, meldeten [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] wiederholt, dass [Firma Musikhändler] und [Firma Musikhändler] […]-Produkte zu zu tiefen Preisen anbieten würden. Sie verwiesen dabei auch auf eine scheinbar zwischen [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] und ihnen bestehende Vereinbarung. Zudem meldete ein europäischer Generalimporteur [Herstellerin von Gitarren und Zubehör], als [Firma Musikhändler] wieder […]-Produkte auf Lager hatte, einer führte sogar zusammen mit [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] ein Gespräch mit einem seiner Kunden, um diesen von Lieferungen an diesen Musikhändler abzuhalten und einer forderte [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] auf, über die Seriennummer herauszufinden, wer den genannten Musikhändler beliefert hatte.

- Musik Olar sagte im Rahmen der mündlichen Selbstanzeige aus, dass gewisse oder gar sämtliche Hersteller in der Schweiz einen Mindestverkaufspreis im Handel sichergestellt haben wollten. Somit müsste Musik Olar prüfen, ob sich die Händler an ihre Preisliste halten.
- Der Vertriebsvertrag zwischen [Herstellerin von Gitarren und Zubehör][42] und Musik Olar vom 1. Januar 2005 betreffend […] Instrumente und Accessoires enthielt in Art. 2 Abs. 2 folgende Klausel:

  „The Distributor shall not sell or export and shall not cause to be sold or exported by any other party (other than a party who is granted by the Manufacturer a right to distribute such Product) any Product outside the territory, nor shall the Distributor solicit or obtain order from person in the Territory for any Products which is tended or which it (he) has reason to believe is intended for use outside the Territory."

  Im Vertrag, der am 1. Januar 2013 in Kraft trat, war die oben zitierte Klausel nicht mehr enthalten. Nur noch Aktivverkäufe in Gebiete, die exklusiv dem Hersteller vorbehalten oder einem anderen Generalimporteur zugewiesen sind, wurden untersagt.
- Musik Olar meldete [Herstellerin von Gitarren und Zubehör], dass [Firma Musikhändler] in seinem Online-Shop ein […]-Produkt zu einem Preis anbiete, der weit unter dem im Detailhandel zu bewerbenden Mindestpreis für Europa liege. [Herstellerin von Gitarren und Zubehör] antwortete, dass sie diese Angelegenheit über die […] Generalimporteurin werde abklären lassen und Musik Olar die Resultate beim Zusammentreffen von kommender Woche mitteilen werde.
- Der ausländische Vertriebsvertrag der [Herstellerin von Zubehör][43] sah vor, dass keine Verkäufe in Länder vorgenommen werden dürfen, in denen [Herstellerin von Zubehör] einen Generalimporteur eingesetzt hat. Gemäss Vertriebsvertrag wird ein Verstoss gegen diese Bestimmung mit der Beendigung der Zusammenarbeit geahndet. Musik Olar zeigte sich einverstanden mit dieser Regelung und veranlasste [Herstellerin von Zubehör], den ausländischen Generalimporteuren mitzuteilen, dass sie nun in der Schweiz als Generalimporteurin tätig sei und die ausländischen Generalimporteure ihre Lieferungen in die Schweiz demnach einstellen sollten.

62. Auf eine vertiefte Untersuchung dieser Anhaltspunkte wurde verzichtet, da Musik Olar sich bereit erklärte, diesbezügliche künftige Verhaltensweisen in der einvernehmlichen Regelung zu regeln. Ferner sprachen auch verfahrensökonomische Gründe und Opportunitätsüberlegungen für einen Verzicht auf eine vertiefte Untersuchung.

63. So haben beispielsweise viele der anderen Marktteilnehmer ihren Sitz im Ausland, ohne dass sie über eine Vertretung in der Schweiz verfügen würden. Gemäss dem Territorialitätsprinzip kann ein Staat Hoheitsakte nur auf seinem eigenen Hoheitsgebiet vornehmen. Dieses Prinzip steht der Anwendung des Kartellgesetzes aufgrund des Auswirkungsprinzips zwar grundsätzlich nicht entgegen, jedoch können sich bei Auslandssachverhalten Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Kartellgesetzes ergeben. Somit hätten vorliegend sowohl die Ermittlungsmassnahmen als auch die Durchsetzung von Massnahmen gegenüber ausländischen Abredepartnern verfahrensrechtliche Schwierigkeiten und damit verbunden zeitliche Verzögerungen zur Folge gehabt. Die Inkaufnahme derartiger verfahrensrechtlicher Schwierigkeiten und zeitlicher Verzögerungen hätte sich nicht gerechtfertigt.

B. Erwägungen

B.1. Geltungsbereich

B.1.1. Persönlicher Geltungsbereich

64. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

65. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1bis KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das heisst, dass Gebilde, die sich nicht autonom am Wirtschaftsprozess beteiligen, auch nicht autonom als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren sind. Ein Teilnehmer am Wirtschaftsprozess kann sich dann nicht autonom verhalten, wenn er durch einen Dritten kontrolliert wird und

[42] […]
[43] […]

daher keine eigenständige Geschäftsstrategie verfolgen kann, sondern vielmehr nach einer Geschäftsstrategie handelt, die ihm vom kontrollierenden Dritten (explizit oder implizit) vorgegeben wird.

66. Wie erwähnt, ist Musik Olar Generalimporteurin und Grosshändlerin von Produkten der Musikbranche, insbesondere von Gitarren und Schlagzeugen sowie Zubehör (vgl. oben, Rz 2) und vertreibt folglich die genannten Produkte. Sie tut dies in autonomer Weise. Damit ist erstellt, dass Musik Olar in wirtschaftlicher Selbstständigkeit Güter und Dienstleistungen anbietet, womit sie als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren ist.

B.1.2. Sachlicher Geltungsbereich

67. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

68. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.[44]

69. Ob Musik Olar solche Abreden getroffen hat und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen (vgl. unten, Rz 73 ff.) und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.2. Vorbehaltene Vorschriften

70. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

71. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3. Unzulässige Wettbewerbsabrede

72. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.1. Wettbewerbsabrede

73. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG, vgl. auch Ziff. 1 und 8 VertBek[45]).

74. Eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

B.3.1.1. Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

75. Für die Anwendung von Art. 4 Abs. 1 KG ist unerheblich, in welcher rechtlichen oder tatsächlichen Form sich das „bewusste und gewollte Zusammenwirken“ äussert und ob es rechtlich durchsetzbar ist. Entscheidend ist nur, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.[46]

76. Am einfachsten gelingt der Nachweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens“, wenn die Wettbewerbsabrede in Form einer (erzwingbaren oder nicht erzwingbaren) ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.[47] Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist jedoch nicht notwendig. Vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig.[48]

77. Eine Vereinbarung kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR[49]). Solche Willenserklärungen können entweder ausdrücklich oder auch nur durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Im Unterschied zum Vertragsrecht des OR muss die übereinstimmende Willenserklärung nach Art. 4 Abs. 1 KG nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolgs gerichtet sein. Selbst wenn die Parteien keinen Bindungswillen haben oder sie bewusst die Rechtsverbindlichkeit der Vereinbarung ausschliessen, ist eine Wettbewerbsabrede gegeben, sofern ein Konsens über einen Inhalt vorliegt, der geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken.[50]

---

[44] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

[45] Bekanntmachung der WEKO vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

[46] Zum Ganzen THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 81; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

[47] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 82.

[48] Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 82.

[49] Bundesgesetz vom 30.3.1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR, SR 220).

[50] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 83 und N 94 m.w.H.

78. Bindungswirkung entfalten können auch einseitige Massnahmen wie beispielsweise Weisungen oder Empfehlungen.[51] Trifft eine Partei eine einseitige Massnahme, so kann dies als Antrag zum Eingehen einer Vereinbarung qualifiziert werden. Kann der Antragsteller davon ausgehen, dass der Adressat den Antrag annehmen wird und falls der Adressat dies in der Folge ausdrücklich oder stillschweigend auch tut, wandelt sich die scheinbar einseitige Massnahme in ein zweiseitiges Rechtsverhältnis.[52]

79. Musik Olar gibt ihren Wiederverkäufern jährlich eine aktualisierte Preisliste ab und gab ihnen zudem ihre Vorstellungen betreffend zu gewährende Rabatte bekannt (siehe oben, Rz 57 f.). Musik Olar arbeitet mit vielen langjährigen Kunden zusammen (siehe oben, Rz 58). Mit diesen Kunden sprach sie immer wieder über Preise und Margen (siehe oben, Rz 58), womit sie im Bilde war, welche Preisvorstellungen die Händler hatten. Zumindest punktuell prüfte Musik Olar auch nach, ob sich die Wiederverkäufer an ihre Preisliste respektive Rabattpolitik hielten (siehe oben, Rz 59). Hierzu führte Musik Olar aus, dass es ihr dabei *„auch um die Informationsbeschaffung im Hinblick auf die jährliche Anpassung ihrer Preisempfehlungen“* ging. Somit beachtete Musik Olar bei der Erstellung ihrer Preisliste auch die Vorstellungen ihrer Händler. Aufgrund all dieser Elemente konnte Musik Olar davon ausgehen, dass die Händler sich an ihre Preisliste und Rabattpolitik hielten.

80. Musik Olar erhielt wiederholt Mitteilungen von Händlern, dass sich andere Händler nicht an die Preisliste respektive Rabattpolitik hielten und wurde teilweise sogar aufgefordert, zu veranlassen, dass sie beachtet werden (siehe oben, Rz 59). Dies zeigt, dass die Händler die Preisliste und die Rabattpolitik als bindend erachteten und wollten, dass sie eingehalten werden. Schliesslich intervenierte Musik Olar, sofern sich ein Händler nicht daran hielt (siehe oben, Rz 59). Das zeigt, dass Musik Olar für die Einhaltung der Preisliste und der Rabattvorgaben sorgte. Somit ist davon auszugehen, dass Musik Olar und viele ihrer Händler (ausdrücklich oder konkludent) übereinstimmende Willenserklärungen abgaben.

81. Selbst zwischen Musik Olar und jenen Händlern, die dem Antrag von Musik Olar nicht ausdrücklich oder stillschweigend zustimmten, war ein Mindestmass an Koordination vorhanden. Bewusst liessen diese Händler die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten,[53] so dass von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen ist.

82. Somit bestand ein Konsens und infolgedessen eine Vereinbarung oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Musik Olar und ihren Händlern, wonach auf neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) ein Rabatt von max. 15 % und auf Produkten der Marke […] kein Rabatt auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar gewährt werden durfte.

83. Musik Olar bestreitet dieses Fazit und macht in diesem Zusammenhang Folgendes geltend:

- Weder habe es jemals eine allgemeine Kommunikation von Musik Olar an ihre Kunden gegeben, dass (höchstens) dieser (Maximal-)Rabatt von den Kunden (Händlern) gegenüber den Endkunden angewandt werden dürfe, noch habe Musik Olar diesen Rabatt „erfunden“ oder die Anwendung desselben mit ihren Kunden vereinbart. Vielmehr sei es so, dass bei den genannten und weiteren Gitarrenmarken seit jeher und schon vor der Gründung von Musik Olar (und auch bezüglich den unverbindlichen Preisempfehlungen anderer Grosshändler) der Fachhandel den Endkunden auf die unverbindlichen Preislisten häufig einen Barzahlungsrabatt von 10–15 % gewährt habe und gewähre.
- Entgegen den Ausführungen in Rz 79 gebe Musik Olar ihren Wiederverkäufern die Vorstellungen über die zu gewährenden Rabatte nicht bekannt. Es werde lediglich jährlich eine unverbindliche Preisliste an die Händler abgegeben.
- Vorliegend werde behauptet, dass die Händler Musik Olar ihre Margen kommunizieren würden und Musik Olar und ihre Händler sich regelmässig über deren Preise und die Preise anderer Händler unterhalten würden (vgl. Rz 44). Dies entspreche nicht der Aussage des Geschäftsführers von Musik Olar. Musik Olar sei nicht über die Preise der Händler informiert. Musik Olar kenne lediglich die Bruttomarge der Händler, nicht aber die Nettomarge.
- Musik Olar beliefere als Grossist ca. […] Händler. Davon seien bloss deren fünf bis sieben marktrelevant und als Onlinehändler mit Preisangaben im Internet präsent. Einzig die Rabattpolitik dieser Händler kenne Musik Olar. Musik Olar sei nicht im Bilde gewesen, welche Preisvorstellungen die Händler gehabt hätten. Diese Vorstellungen seien ohnehin nicht einheitlich (gewesen). Auch beachte Musik Olar diese Vorstellungen bei der Erstellung der unverbindlichen Preisliste nicht. Musik Olar habe nie eine Rabattpolitik vorgeschrieben, auch wenn sie allzu hohe Rabatte freilich nicht gerne gesehen habe. Lediglich sehr vereinzelt habe Musik Olar erfolglos bei extrem hohen Rabatten interveniert.

84. Diese Vorbringen vermögen die Schlussfolgerung der WEKO, wonach eine Vereinbarung oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise zwischen Musik Olar und ihren Händlern hinsichtlich der Rabattpolitik bestand (vgl. oben, Rz 82), aus folgenden Gründen nicht zu ändern:

[51] JÜRG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl. 2011, Art. 4 KG N. 8; BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 98 f.
[52] BORER (Fn 51), Art. 4 KG N 8.
[53] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 101.

- Auch wenn es keine allgemeine Kommunikation von Musik Olar an ihre Kunden (z.B. in Form eines Rundschreibens) mit der tolerierten Rabattpolitik gegeben hat, ist doch aktenkundig, dass Musik Olar ihre Rabattvorstellungen den – in den Worten von Musik Olar – „marktrelevanten" Händlern mitteilte. Wenn die Händler – wie von Musik Olar geltend gemacht – von sich aus seit jeher eine Rabattpolitik betrieben hätten, welche den Vorstellungen von Musik Olar entsprochen hätte, wären keine Interventionen von Musik Olar nötig gewesen.
- Sodann wurde vom Geschäftsführer von Musik Olar in der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige zu Protokoll gegeben, dass Musik Olar den Händlern die Rabattvorstellungen mitteilen würde.
- Auch wenn Musik Olar lediglich die Bruttomargen der Händler kennt, diktiert sie ihnen durch die zusätzliche Bekanntgabe ihrer Rabattvorstellungen auch die Nettomarge.
- Eine Beeinflussung der Rabattpolitik der „marktrelevanten" Händler ist ausreichend, um die Preise am Markt im gewünschten Sinn zu verändern. Aus dem Protokoll der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige ergibt sich sodann, dass Musik Olar die (Brutto-)Margen der Händler bei der Erstellung der jährlichen unverbindlichen Preisliste berücksichtigte. Weiter führte Musik Olar in der schriftlichen Selbstanzeige aus, dass sie die Endverkaufspreise – und somit die Rabatte – ihrer Kunden im Hinblick auf die jährliche Anpassung ihrer Preisempfehlungen punktuell überprüfte.

85. Laut Musik Olar sollen alsdann die folgenden Ausführungen zu sämtlichen in Rz 51 und 54 angeführten Belege aufzeigen, dass keine Preisabsprache erfolgt sei und dass die jeweils beanstandete Intervention von Musik Olar auch zu keiner Änderung der Preis- und Rabattpolitik des jeweiligen Händlers geführt habe:

- Ad Rz 51 a: Obwohl der Inhaber dieses Händlers „wie abgemacht" schreibe, sei eine solche Abmachung nie erfolgt. In der E-Mail sei wohl lediglich der im Musik-Fachhandel allgemein übliche Barrabatt von 10–15 % gemeint. Selbst wenn mit diesem Händler eine Abmachung über einen Maximalrabatt bestanden hätte, was bestritten werde, belege dies nicht, dass Musik Olar mit all ihren Händlern eine entsprechende Abmachung getroffen habe.
- Ad Rz 51 b–e, denselben Händler betreffend: Es habe weder eine Preisabsprache noch ein Zusammenwirken mit diesem Händler gegeben. Musik Olar habe mit den zitierten E-Mails zwar versucht, Einfluss auf die Preis- bzw. Rabattpolitik dieses Händlers zu nehmen. Dieser habe sich durch die Interventionen von Musik Olar jedoch in keiner Weise beeinflussen lassen und habe weiterhin seine eigene Preis- und Rabattpolitik angewandt, wie Folgendes aufzeige: Aus (Preis-)Katalogen dieses Händlers aus dem Jahr 2013 sei ersichtlich, dass er im Jahr 2013 sehr unterschiedliche Rabatte gewährt habe; auf […]-Produkten Rabatte in Höhe von 9–10 %, auf […]-Produkten Rabatte in Höhe von 12–17 % und auf […]-Produkten Rabatte in Höhe von 5–6 %. Seit dem 25. November 2014 biete der Händler auf seiner Website Produkte von […] mit völlig unterschiedlichen, neuen Rabatten von 0–21 % an.
- Ad Rz 51 f: Bei […] sei die Kalkulation von Musik Olar besonders knapp, um im harten internationalen Vergleich noch konkurrenzfähig zu sein. Die Händler seien darauf hingewiesen worden, dass der unverbindliche Verkaufspreis von Musik Olar sehr konkurrenzfähig sei. Der intensive Intrabrand-Wettbewerb bewirke, dass das Produkt nicht mehr via Musik Olar bzw. ihre Händler gekauft würde, wenn der Preis nicht äusserst aggressiv gesetzt würde. Die Händler hätten sodann trotz des Hinweises in act. […] teilweise zusätzliche Rabatte gewährt. Musik Olar belegt dieses Vorbringen mit einem Preisvergleich bei verschiedenen Händlern von Musik Olar per 11. November 2014, welcher Rabatte bis zu 10 % aufzeigt.
- Ad Rz 51 h, k, m, denselben Händler betreffend: Auch mit diesem Händler habe Musik Olar nie eine Preisabsprache getroffen. Die beanstandeten Interventionen von Musik Olar hätten den Händler in keiner Weise beeindruckt. Vielmehr habe dieser seine Rabattpolitik trotz den Interventionen von Musik Olar unverändert fortgesetzt. Ein Beleg dafür sei in der E-Mail in Rz 51 j zu finden, in welcher sich ein anderer Händler im Juni 2013 über die Rabattpolitik des hier diskutierten Händlers beschwert habe. Dass sich der hier diskutierte Händler nicht an die Rabattvorstellungen von Musik Olar gehalten habe, zeige sich an den Rabatten dieses Händlers für […] Gitarren in Höhe von 24 % im September 2013. Im Dezember 2014 hätten die Rabatte des Händlers gemäss dessen Website für […] Gitarren zwischen 14–17 % betragen. Im Juli 2014 habe der Händler Musik Olar über eine Preiserhöhung informiert und diese mit gestiegenen Preisen in Deutschland begründet.
- Ad Rz 51 j: Obwohl sich der Händler über die Tiefpreispolitik eines anderen Händlers bei Musik Olar beschwert habe, habe er seinen Kunden selber entsprechende Rabatte auf der unverbindlichen Preisliste von Musik Olar angeboten. Musik Olar belegt dieses Vorbringen mit Preisen des Händlers im Zeitraum Januar 2012 bis Januar 2014. Auch dieser Händler habe seine eigene Rabattpolitik umgesetzt, eine Preisabsprache mit Musik Olar habe es zu keinem Zeitpunkt gegeben.
- Ad Rz 51 l: Auch dieser Händler habe sich durch die Interventionen von Musik Olar und auch durch deren Retorsionsmassnahme in Form eines Lieferstopps per 19. Juli 2012 nicht beeindrucken lassen. Vielmehr habe er weiterhin […]-Produkte mit 25 % und 30 % Rabatt auf der unverbindlichen Preisliste von Musik Olar angepriesen und verkauft. Der Lieferstopp habe an der Rabattpolitik dieses Händlers nichts geändert. Er habe alle Instrumente auch bei Dritten beschaffen können. Im Übrigen zeige auch die Umsatzentwicklung dieses

Händlers mit Produkten von Musik Olar, dass der Lieferstopp keine praktischen Auswirkungen gehabt habe, sei der Umsatz doch praktisch schon seit dem Jahr 2008 dauernd rückläufig gewesen (von rund CHF 40‘000 im Jahr 2008, auf CHF 19‘000 im Jahr 2009, CHF 11‘000 im Jahr 2010, CHF 6‘500 im Jahr 2011 und CHF 2‘500 im Jahr 2012). Ein Geschäftsabbruch auf einem derart vernachlässigbaren Umsatz in Höhe von rund CHF 2‘000 hätte diesen Händler wohl auch dann nicht in seiner Rabattpolitik beeinflussen können, wenn die unverbindliche Preisliste verbindlich gewesen wäre. Per Ende 2014 habe der Händler sein Geschäft infolge Liquidation geschlossen.

- Ad Rz 54: Die Händler von Musik Olar hätten ihre Rabattpolitik infolge der Aufforderung der Musik Olar nicht angepasst. Das Aktenstück […] würde den bereits in Rz 51 j diskutierten Händler betreffen. Dort sei gezeigt worden, dass dieser Händler seine Rabattpolitik in keiner Weise den Vorstellungen von Musik Olar angepasst habe. Der Verweis auf act. […] betreffe ebenfalls einen schon besprochenen Händler (ad Rz 51 h, k, m). Das verbleibende Aktenstück […], welches die bestrittene Aussage, wonach die Händler ihre Preise auf die Aufforderung von Musik Olar hin anpassten, belegen solle, betreffe eine Firma, die mittlerweile in Konkurs gegangen sei, weshalb der Sachverhalt nicht mehr im Detail habe abgeklärt werden können. Jedenfalls liege keine Preisabsprache vor.

86. Diese Vorbringen stossen aus folgenden Gründen ins Leere:

- Ad Rz 51 a: Wenn es unabhängig von den Rabattvorstellungen von Musik Olar einen branchenüblichen Barrabatt geben würde, müsste dieser mit den Händlern nicht vereinbart werden. Die WEKO schliesst sodann entgegen der Behauptung von Musik Olar nicht aus dieser einen E-Mail, dass eine Abrede zwischen Musik Olar und all ihren Händlern bestanden hat. Zu diesem Ergebnis gelangt die WEKO basierend auf einer Gesamtschau des gesamten beschlagnahmten E-Mail-Materials sowie den Aussagen in der mündlichen Selbstanzeige und der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige.

- Ad Rz 51 b–e, denselben Händler betreffend: Mit den genannten Vorbringen vermag Musik Olar nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Denn sie zeigen lediglich auf, dass sich die Katalogpreise des Händlers im Jahr 2013 an den maximalen Rabattvorstellungen von Musik Olar ausrichteten und dass die Rabatte nach Auflösung der Abrede höher als 15 % ausgefallen sind. Für das Jahr 2013 wird zudem lediglich ein einziges Produkt dargestellt, welches mit einem Rabatt von etwas mehr als 15 % (konkret: 16 %) beworben wurde. Dieses eine Beispiel mit marginaler Überschreitung des Maximalrabatts vermag die Schlussfolgerung, dass sich die Katalogpreise des Händlers im Jahr 2013 an den Rabattvorstellungen von Musik Olar ausrichteten, nicht in Frage zu stellen. Die wiederholten Interventionen von Musik Olar beim fraglichen Händler zeigen auf, dass Musik Olar die Abrede auch umsetzte; ein Abweichen von den Rabattvorstellungen wurde nicht geduldet.

- Ad Rz 51 f: Musik Olar bringt vor, dass der Preis bei […]-Produkten äusserst aggressiv angesetzt werden müsse, damit die Produkte über Musik Olar bzw. ihre Händler gekauft würden. Wie dieses Argument mit der Vorgabe von Musik Olar, dass auf der Marke […] keine Rabatte zu gewähren sind, in logische Übereinstimmung gebracht werden kann, ist nicht ersichtlich. Aus dem Preisvergleich aus dem Jahr 2014 – einem Zeitpunkt nach Auflösung der Abrede –, welcher Rabatte bis zu 10 % auf […]-Produkten zeigt, lässt sich sodann nichts zu Gunsten von Musik Olar ableiten. Im Gegenteil: Der Preisvergleich lässt darauf schliessen, dass die Rabatte ohne Interventionen von Musik Olar bereits früher höher ausgefallen wären.

- Ad Rz 51 h, k, m, denselben Händler betreffend: Die zitierten E-Mails zeigen auf, dass Musik Olar bei diesem Händler mehrmals intervenierte. Die Interventionen zeigten sich zwar nur (aber immerhin) teilweise erfolgreich. Für den Nachweis einer Preisabrede ist indes nicht erforderlich, dass die Rabattvorstellungen von Musik Olar bei jedem einzelnen Verkauf eingehalten wurden. Nachdem Musik Olar dem Händler die Sonderkonditionen im Januar 2013 gestrichen hatte, dürfte dieser sodann keinen Anreiz gehabt haben, den Rabattvorstellungen von Musik Olar zu entsprechen. Weiter vermögen die Rabattbeispiele aus der Zeitperiode nach Auflösung der Abrede (Anfang Juli 2013) die Position von Musik Olar nicht zu stützen. Sie lassen im Gegenteil darauf schliessen, dass die Rabatte ohne Interventionen von Musik Olar bereits früher höher ausgefallen wären.

- Ad Rz 51 j: Aus den Jahren 2012 und 2013 nennt Musik Olar nur je zwei Preise des Händlers betreffend Produkte der Marke […], die Rabatte von mehr als 15 % enthielten (konkret: 23 % und 32 % per 1. Januar 2012; 24 % und 23 % per 1. Januar 2013). Die über 400 Seiten lange Liste, welche diese Rabattberechnung belegen soll, ist unverständlich: Erstens ist nicht klar, welche Preise der Preisliste (darin enthalten sind die Positionen „Preis“, „Nettopreis“, „Pseudopreis“, „Basispreis“) miteinander verglichen werden. Zweitens fehlt in der Liste jegliches Datum. Mit anderen Worten sind die angeblichen Rabatte mit der eingereichten Preisliste nicht nachvollziehbar. Eine Stichprobe bestehend aus einem Vergleich der Positionen „Preis“ und „Nettopreis“ des jeweils ersten Produkts pro Seite der eingereichten Liste zeigte bei […]-Produkten einen konstanten Rabatt in Höhe von 7 %, d.h. Rabatte, die innerhalb der Rabattvorstellungen von Musik Olar liegen. Die angeblichen Rabatte sind somit nicht belegt. Weiter ist durchaus denkbar, dass die Händler sich nicht bei jedem einzelnen Verkauf an die Rabattvorgaben von Musik Olar gehalten haben. Dies ist für den Nachweis einer Preisabrede auch nicht nötig.

Schliesslich lässt sich von Rabatten über 15 % nach Auflösung der Abrede nichts zu Gunsten von Musik Olar ableiten, wie bereits oben erwähnt wurde.

- Ad Rz 51 l: Aus dem Vorbringen, dass der Händler nach dem Lieferstopp von Musik Olar per 19. Juli 2012 die Rabatte nicht entsprechend den Vorstellungen von Musik Olar setzte, kann Musik Olar nichts zu ihren Gunsten ableiten. Denn nach dem Lieferstopp hatte der Händler keine Retorsionsmassnahmen von Musik Olar mehr zu befürchten. Zum Umsatzrückgang von Musik Olar mit dem Händler ist festzuhalten, dass Musik Olar mit dem Händler im Jahr 2011 noch rund CHF 6'500 erzielte. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Umsätze von Musik Olar mit dem Händler im Jahr 2012 ohne Lieferstopp in einem vergleichbaren oder höheren Umfang ausgefallen wären. Der Lieferstopp zeigt auf, mit welchen Konsequenzen die Händler rechnen mussten, wenn sie sich nicht an die Rabattvorstellungen von Musik Olar hielten.
- Ad Rz 54: Die in Rz 54 zitierten Aktenstücke zeigen sehr wohl, dass die Händler auf die Aufforderung von Musik Olar hin ihre Preise anpassten. Auf die in Rz 51 b aufgeführte Aufforderung von Musik Olar an einen Wiederverkäufer antwortete letzterer: *„Keine Bange, […] wird noch komplett überarbeitet. Ist in der Pipeline und wird sollte ungefähr Mitte nächster Woche wieder aktuell sein".* Sodann steht in einer E-Mail von Musik Olar vom 19. April 2013 an einen Händler betreffend die Preispolitik eines weiteren Händlers Folgendes: *„Ich habe gestern noch mit [Händler] betreffend den […] Preisen gesprochen. Wie vermutet ist dies ein Fehler und wir[d] per heute behoben, sprich geändert auf VP CHF regulär. Ich habe kurz geschaut heute Morgen und es ist bereits angepasst!"* Ein weiteres E-Mail vom 25. Oktober 2012 zeigt sodann auf, dass sich derselbe Händler, wie in Rz 51 j aufgeführt, über die exzessive Rabattpolitik desselben Konkurrenten bei Musik Olar beschwerte. Musik Olar antwortet darauf am 2. November 2012 wie folgt: *„Die Problematik ist erkannt und es wurde gehandelt. Die Preise bei [Händler] werden ab Morgen mit max. 15 % off VP CHF gelistet sein. Ich bitte Dich dementsprechend Eure Preise ebenfalls mit max. 15 % Rabatt zu listen. Bitte ruf mich doch kurz an, um weitere Details zu klären."* Am Tag zuvor hatte der abgemahnte Händler Musik Olar mitgeteilt: *„Wir werden Deinem Diktat von 15 % entsprechen und die Preise bis morgen Abend anpassen. Das machen wir nicht aus eigenen Stücken, sondern weil wir von Dir dazu gezwungen werden. Hoffentlich sind es die Händler wert, die Du hier versuchst zu schützen. Es versteht sich von alleine, dass wir unsererseits auch erwarten, dass sich die liebe Konkurrenz auch daran hält"*. Somit steht ausser Frage, dass die Händler aufgrund der Interventionen von Musik Olar immer wieder ihre Rabatte angepasst haben, auch wenn Musik Olar bei gewissen Händlern mehrmals intervenieren musste und im Zweifel einen Lieferstopp verhängte.

B.3.1.2. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

87. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken".

88. Eine „Wettbewerbsbeschränkung" liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.[54] Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.[55]

89. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken" respektive „bewirken" – wie bereits das Wort „oder" im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.[56] Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken" zu bejahen ist.[57] Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass gemäss geltendem Recht, sprich Art. 5 KG, eine Wettbewerbsabrede nur unzulässig ist, wenn sie sich wettbewerbsbeseitigend oder erheblich -behindernd auswirkt, wodurch die in Art. 4 Abs. 1 KG vorgesehene Variante des blossen „Bezweckens" letztlich derzeit ohne praktische Bedeutung bleibt. Art. 5 KG wirkt jedoch nicht auf die Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG zurück; ändert mithin an der dort statuierten Definition von Wettbewerbsabreden und insbesondere der hierbei vorgesehenen Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale nichts.

90. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredebeteiligten *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben"*.[58] Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.[59]

[54] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.
[55] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.
[56] Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.
[57] So auch: Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.
[58] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.
[59] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 46), Art. 4 Abs. 1 KG N 71; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

91. In der schriftlichen Selbstanzeige führte Musik Olar Folgendes aus: *„Da in jüngster Zeit einzelne Händler eine sehr aggressive Preispolitik verfolgten und dadurch die bestehende Händlerstruktur und auch das Ansehen der Marken, welche die Musik Olar AG importiert, in Gefahr brachten, unternahm die Musik Olar AG vereinzelte Versuche, exzessiven und nicht marktgerechten Preisgestaltungen der Händler punktuell entgegenzutreten.“*. Aufgrund dieser Ausführungen wird klar, dass mit der Vorgabe, auf neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der […]) einen Rabatt von max. 15 % auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar und auf Produkten der Marke […] keinen Rabatt zu gewähren, und den Interventionen im Widerhandlungsfall das Preisniveau geschützt werden sollte. Derartige Vorgaben und Interventionen sind objektiv geeignet, den Wettbewerbsparameter Preis auszuschalten und eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen.

92. Ob die fraglichen Vereinbarungen auch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkten, wird im Folgenden noch genauer zu prüfen sein. Es wird auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen (siehe unten, Rz 103 ff.).

B.3.1.3. Zwischenergebnis

93. Zwischen Musik Olar und ihren Händlern lag ein Konsens und infolgedessen eine Vereinbarung oder zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vor, wonach diese Händler auf neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) einen maximalen Rabatt in Höhe von 15 % und auf Produkten der Marke […] keinen Rabatt auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar gewähren durften. Die Rabattvorgaben von Musik Olar und die Interventionen bei Nichteinhaltung der Rabattvorgaben sind objektiv geeignet, den Wettbewerbsparameter Preis auszuschalten und eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Somit lag zwischen Musik Olar und ihren Händlern eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor.

B.3.1.4. Abrededauer

94. Die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern, dass die Preisliste für die neuen und aktuellen Produkte unter Berücksichtigung der kommunizierten Rabattpolitik einzuhalten war, bestand während mindestens drei Jahren. Die frühesten Belege für die Abrede, die vorliegen, datieren von September 2009 respektive Februar 2010. Die Abrede dauerte sodann bis zur Untersuchungseröffnung Anfang Juli 2013.

B.3.1.5. Keine Untersuchungseröffnung gegenüber den Abredepartnern

95. Abredepartner waren vorliegend sowohl Musik Olar als auch ihre Händler (siehe oben, Rz 82). Obwohl die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern bestand, wurde die vorliegende Untersuchung nur gegenüber Musik Olar eröffnet.

96. Ausschlaggebend für den Verzicht auf eine Eröffnung respektive Ausdehnung der Untersuchung gegenüber den Händlern war, dass die Abrede hauptsächlich von Musik Olar durchgesetzt wurde (siehe oben, Rz 80). Der Umstand, dass gewisse Händler Musik Olar immer wieder kontaktierten, sofern sich ein anderer Händler nicht an die Preisliste und die Rabattpolitik hielt (siehe oben, Rz 80), zeigt, dass Musik Olar nach Auffassung der Händler in der Lage war, die Preise zu steuern.

97. Des Weiteren war die Abrede überwiegend im Interesse von Musik Olar. Die Beweismittel belegen, dass die Händler wiederholt äusserten, dass sie unter Einhaltung der Preisliste und Rabattvorgaben Kunden verlieren respektive weniger verkaufen würden als wenn sie die Preise frei gestalten könnten. Zudem waren die Händler nur bereit, sich an die Preisliste und die Rabattvorgaben zu halten, wenn es die Konkurrenten ebenfalls taten.

98. Schliesslich entspricht es der Praxis der WEKO[60] und der Europäischen Kommission[61] (nachfolgend: EU-Kommission), die Untersuchung im Fall von Vertikalabreden und Interessenasymmetrien nicht unbedingt gegen die Händler zu eröffnen. Vor diesem Hintergrund ist nur Musik Olar Adressatin der vorliegenden Untersuchung.

B.3.2. Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

99. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

100. Im Sinne einer Vorbemerkung zu den nachfolgenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG sei darauf verwiesen, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, im Bereich vertikaler Absprachen eine analoge Politik zu jener der EU-Kommission zu fahren.[62] Im Rahmen der parlamentarischen Beratung von Art. 5 Abs. 4 KG kam klar zum Ausdruck, dass mit vertikalen Preis- und Gebietsabreden in der Schweiz in Zukunft – nach dem Vorbild der EU – strenger verfahren werden sollte.[63] Dementsprechend lehnt sich die Vertikalbekanntmachung der WEKO[64] an die Vertikal-GVO der EU-Kommission[65] und die entsprechenden Vertikal-Leitlinien[66] an und hat die WEKO die europäischen Re-

[60] Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 345 ff., abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (31.10.2014); RPW 2012/3, 551 ff. Rz 107 ff., BMW; Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA (früher Roger Guenat SA), Rz 127, abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (31.10.2014) (alle Entscheide noch nicht rechtskräftig).

[61] KOMM, ABl. 2006 L 173/20, Rz 89 ff. und Rz 159 f., *SEP und andere/Automobiles Peugeot SA*; bestätigt durch Urteil des EuG vom 9.7.2009 T-450/05 *Automobiles Peugeot SA und Peugeot Nederland NV/Kommission*, Slg. 2009 II-02533; KOMM, ABl. 2001 L 59/1, Rz 174, *Opel*; KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 128 und 205, *VW*, bestätigt durch Urteil des EuGH vom 18.9.2003 C-338/00 P *Volkswagen AG/Kommission*, Slg. 2003 I-09189.

[62] RPW 2009/2, 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf DEISS, AB 2003 S 331.

[63] RPW 2009/2, 151 Rz 70, *Sécateurs et cisailles*, mit Hinweis auf BÜHRER, AB 2002 N 1293.

[64] Siehe oben Fn 45.

[65] Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1 (nachfolgend: Vertikal-GVO).

[66] Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010 S.1 (nachfolgend: Vertikal-Leitlinien).

geln als analog anwendbar erklärt (Erw.-Gr. VI. f. VertBek).

B.3.2.1. Vorliegen einer vertikalen Abrede über Mindest- oder Festpreise

101. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u.a. dann vermutet, wenn sie die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen zum Gegenstand haben (Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek).

102. Indem Musik Olar und ihre Händler übereinkamen, dass auf den Preisen gemäss der von Musik Olar veröffentlichten Preisliste bei neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) maximal 15 % Rabatt und bei Produkten der Marke […] kein Rabatt zu gewähren sind, wurde ein Mindestpreis im Sinne von Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a VertBek festgesetzt. Folglich greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG.

B.3.2.2. Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

103. Für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ist eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intrabrand- und des Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt (Ziff. 11 VertBek).

104. Im vorliegenden Fall kann die Vermutung widerlegt werden, wenn der Wettbewerb zwischen den Wiederverkäufern von Musik Olar beim Verkauf der von ihr importierten Gitarren sowie des Zubehörs funktionierte (Intrabrand-Wettbewerb, vgl. Ziff. B.3.2.2.2.). Eine zweite Möglichkeit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung besteht im Nachweis eines intensiven Wettbewerbs zwischen verschiedenen Marken von Gitarren sowie Zubehör (Interbrand-Wettbewerb, vgl. Ziff. B.3.2.2.2). Als dritte Möglichkeit zur Vermutungswiderlegung kommt schliesslich die Kombination des vorhandenen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs in Betracht.

105. Im vorliegenden Fall wurde zu einem relativ frühen Zeitpunkt eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen. Es hatten zwar diverse Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchung und Auswertung der hierbei beschlagnahmten elektronischen Kopien [Scans] von Dokumenten sowie Kopien von elektronischen Daten) bereits stattgefunden, doch waren weitere aufwändige Ermittlungsmassnahmen (beispielsweise Fragebogen an Händler, Hersteller und andere Generalimporteure von Gitarren und Zubehör) noch ausstehend. Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung wurde auf die Vornahme dieser noch ausstehenden Ermittlungsmassnahmen verzichtet.

106. Zur Prüfung der Marktverhältnisse werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.3.2.2.1. Relevante Märkte

Marktgegenseite

107. Bei der Marktabgrenzung ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher und örtlicher Hinsicht austauschbar sind.[67]

Sachlich relevante Märkte

108. 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 VKU[68], analog).

109. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.[69] Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.[70] Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.[71] Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.[72]

110. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern, dass auf neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) ein Rabatt von max. 15 % und auf Produkten der Marke […] kein Rabatt auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar gewährt werden durfte (siehe oben, Ziff. B.3.1.). Marktgegenseite von Musik Olar auf der Absatzseite sind die Händler, welche die Produkte ihrerseits an die Konsumenten verkaufen. Da die Nachfrage der Händler nach Gitarren sowie Zubehör vom Nachfrageverhalten der Konsumenten geleitet wird (abgeleitete Endnachfrage), sind die Präferenzen und das Verhalten der Konsumenten Ausgangspunkt der Marktdefinition.

111. Die Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht kann vorliegend mangels Einfluss auf das Ergebnis der Untersuchung (siehe unten, Rz 168) offen gelassen werden.

---

[67] BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[68] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).
[69] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[70] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), *Buchpreisbindung*.
[71] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.
[72] BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

112. Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass sich die WEKO bislang nicht zur sachlichen Marktabgrenzung bei Musikinstrumenten und insbesondere bei Gitarren und Zubehör äusserte. Die EU-Kommission legte in ihrer Entscheidung Yamaha dar, dass eine Unterteilung in einen sachlich relevanten Markt für akustische und einen für elektrische Gitarren naheliegend sei.[73] Die nachfolgende Wettbewerbsanalyse (siehe unten, Rz 117 ff.) wird der Einfachheit halber auf einem hypothetischen Gesamtmarkt, welcher (sowohl akustische als auch elektrische) Gitarren sowie Zubehör umfasst, durchgeführt.

Räumlich relevante Märkte

113. 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, analog).

114. Für eine nationale Marktabgrenzung spricht, dass die Händler Gitarren und Zubehör primär in der Schweiz nachfragen. Zudem ist der Vertrieb der Gitarren inkl. Zubehör in der Schweiz primär national organisiert (vgl. unten, Rz 125 f.). Weiter bestanden – zumindest im untersuchungsrelevanten Zeitraum – Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland.

115. Allerdings deuten folgende Elemente darauf hin, dass das ausländische Preisniveau Druck auf die Schweizer Preise ausübte und der Markt für Gitarren und Zubehör somit eine grössere als nationale Dimension aufweist: Die Händler machten immer wieder geltend, dass sie aufgrund der Preisunterschiede zum Ausland nicht konkurrenzfähig seien. Weiter schrieb Musik Olar in einer internen E-Mail, dass sie gedenkt, ihre Preise soweit wie möglich an die deutschen Preise anzulehnen bzw. anzupassen. Gewisse Preise befänden sich bereits auf deutschem Niveau, andere hingegen nicht. Eine Anpassung letzterer müsse nun mit der Preisliste 2013 erfolgen. Sodann hat ein Händler Musik Olar im Juli 2014 darüber informiert, dass er seine Preise infolge gestiegener Preise in Deutschland erhöht habe. Vor diesem Hintergrund weist der räumlich relevante Markt eine mindestens nationale Dimension auf.

116. Der Vollständigkeit halber sei hier festzuhalten, dass sich die WEKO bislang auch zur räumlichen Marktabgrenzung bei Musikinstrumenten und insbesondere bei Gitarren sowie Zubehör nicht äusserte. Die EU-Kommission ging im Fall Yamaha vor dem Hintergrund, dass der Vertrieb pro Land respektive Ländergruppe organisiert war, die internationalen Preisunterschiede für gewisse Produkte bis 50 % betrugen und die Unterschiede bezüglich Geschmack und Tradition erheblich waren, von nationalen Märkten aus.[74]

B.3.2.2.2. Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb

117. Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung erfolgt u.a., um das Verfahren zu vereinfachen und zu verkürzen. Zur Erreichung dieser Zielsetzung werden soweit wie möglich die Sachverhaltsermittlung und die rechtliche Würdigung reduziert. Entsprechend können auch die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden (siehe unten, Rz 173, Ziff. A a) und b) der einvernehmlichen Regelung).

Intrabrand-Wettbewerb

118. Der Intrabrand-Preiswettbewerb unter den Händlern von Musik Olar war während der Abrededauer gering, da auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar bei neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) vereinbarungsgemäss ein Rabatt von maximal 15 % und bei Produkten der Marke […] kein Rabatt gewährt werden durfte (siehe oben, Rz 73 ff.). Gewährte ein Händler höhere Rabatte, intervenierte Musik Olar teils aus eigenem Antrieb, teils auf Aufforderung anderer Händler hin beim betreffenden Händler (siehe oben, Rz 59). Auch die Tatsache, dass die Marken […] und […] in der Schweiz exklusiv durch Musik Olar vertrieben werden, ist für den Intrabrand-Wettbewerb nicht förderlich.

119. Allerdings bestand (und besteht) zwischen den Händlern von Musik Olar ein gewisser Beratungswettbewerb, womit zumindest in bestimmtem Umfang Intrabrand-Wettbewerb gegeben war. Gemäss Musik Olar sind Gitarren und Zubehör beratungsintensive Kaufgegenstände (siehe auch unten, Rz 156). Trotzdem lässt sich auch bei Gitarren und Zubehör und bei den Händlern von Musik Olar der allgemeine Trend hin zu Online-Handel,[75] der weniger Beratung bietet als der Fachhandel, beobachten.

120. Weiter haben in der Vergangenheit laut Angaben von Musik Olar das Musikhaus Thomann e.K. mit Sitz in Deutschland und die Firma Elderly Instruments mit Sitz in den USA Gitarren der Marke […] in die Schweiz geliefert. So sei Musik Olar vor allem seit der Entstehung und Verbreitung des Online-Handels vermehrt auch ausländischer Konkurrenz ausgesetzt. Dies dürfte den Intrabrand-Wettbewerb belebt haben. Zum Umfang und Zeitpunkt der Parallel- und Direktimporte liegen keine Angaben vor.

121. Sodann dürften Occasionen zumindest bei hochwertigeren Gitarren (inkl. Zubehör), welche eine längere Lebensdauer haben als Einsteigermodelle, einen gewissen Wettbewerbsdruck auf neue Produkte ausüben.

122. Insgesamt betrachtet ist der bestehende Intrabrand-Wettbewerb während der Abrededauer basierend auf die verfügbaren Informationen als bescheiden zu beurteilen. Er reicht für sich genommen nicht aus, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

[73] COMP/37.975, 16.07.2003, *PO/Yamaha*, Rz 25.
[74] COMP/37.975, 16.07.2003, *PO/Yamaha*, Rz 29.
[75] So betreiben einige Kunden von Musik Olar neben dem Fachgeschäft einen Online-Shop und auch Musik Olar spricht von der „Entstehung und Verbreitung des Online-Handels“.

Interbrand-Wettbewerb

123. Von der vorliegenden Abrede betroffen waren insbesondere […], eine von drei der bedeutendsten Gitarrenmarken weltweit, und […], die zum erweiterten Kreis der bedeutendsten Gitarrenmarken gehört (siehe oben, Rz 2). Die zwei anderen bedeutendsten Gitarrenmarken weltweit sind […]. Zum erweiterten Kreis der weltweit bedeutendsten Gitarrenmarken gehört zudem […].

124. Zu den umsatzmässig bedeutendsten Gitarrenmarken in der Schweiz gehören laut Einschätzung von Musik Olar Fender, Gibson/Epiphone, Taylor, Yamaha und Martin. An der Anhörung vom 29. Juni 2015 führte Musik Olar aus, Ibanez sei in der Schweiz zwar bekannt, habe jedoch nicht den gleichen Status wie die anderen genannten Marken. In der mündlichen Selbstanzeige wies Musik Olar indes darauf hin, dass in der Schweiz im bedeutendsten Marktsegment der E-Gitarren nebst dem Marktführer Fender Ibanez stark sei. Dies lässt darauf schliessen, dass Ibanez […] in der Schweiz gut positioniert ist. Daneben werden in der Schweiz viele weitere Marken für Gitarren und Zubehör angeboten, darunter auch Eigenmarken von Musikhändlern. So führt das Musikhaus Thomann e.K. mit Sitz in Deutschland, der laut Musik Olar grösste Händler von Gitarren und Zubehör in der Schweiz, die Gitarren-Eigenmarke Startone.[76]

125. In der Schweiz werden Fender durch die Fender Musical Instruments GmbH mit Sitz in Deutschland und Gibson sowie Epiphone durch die Zenker AG mit Sitz in Basel vertrieben. Taylor wird durch eine niederländische Tochtergesellschaft von Taylor in die Schweiz importiert und hier vermarktet. Yamaha Gitarren werden in der Schweiz über die Zweigniederlassung Yamaha Music Europe GmbH, Branch Switzerland mit Sitz in Zürich vertrieben.

126. Weitere Marken für Gitarren und Zubehör werden in der Schweiz durch folgende Unternehmungen vertrieben: Musik Heer AG mit Sitz in Schlieren, Musik Meyer AG mit Sitz in Schlieren, Musica Nova AG mit Sitz in Bülach, A. Marcandella AG mit Sitz in Schaffhausen, IMAD AG International Marketing & Distribution AG mit Sitz in Steinhausen[77], Go Wild AG mit Sitz in Steinhausen, GEWA-Schweiz AG mit Sitz in Kreuzlingen und Warwick GmbH & Co Music Equipment KG mit Sitz in Deutschland.

127. Demgemäss ist festzuhalten, dass die Marken […] einiger Konkurrenz ausgesetzt sind, womit funktionierender Interbrand-Wettbewerb zu bejahen ist.

Fazit

128. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann aufgrund der Kombination des vorhandenen Intra- und insbesondere Interbrand-Wettbewerbs widerlegt werden.

B.3.2.3. Zwischenergebnis

129. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann vorliegend widerlegt werden.

B.3.3. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

130. Weiter stellt sich die Frage, ob die Abrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG führte.

131. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.[78] Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt[79] – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter[80] zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht" die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).[81] Eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung kann trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 VertBek).

B.3.3.1. Qualitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

132. In ihrer Praxis zu Art. 5 Abs. 4 KG hielt die WEKO fest, dass Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie absolute Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vom Gesetzgeber als besonders schädlich erachtet werden und deshalb als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu qualifizieren sind.[82] Diese Praxis fand Niederschlag in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek, welche gewisse Abreden als qualitativ schwerwiegend einstuft.

133. Gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek werden Abreden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, die die Beschränkung der Möglichkeit des Abnehmers, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen, zum Gegenstand haben; dies gilt unbeschadet der Möglichkeit des Anbieters, Höchstverkaufspreise festzusetzen oder Preisempfehlungen auszusprechen, sofern sich diese nicht infolge

[76] Vgl. Musikhaus Thomann, <http://de.wikipedia.org/wiki/Musikhaus_Thomann> (19.5.2015).
[77] Bis 31.12.2013: Zweigniederlassung der Sound Service Musikanlagen-Vertriebsgesellschaft mbH, Berlin, in Steinhausen.
[78] RPW 2000/2, 177 Rz 50, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba (Entscheid noch nicht rechtskräftig) bezüglich vertikaler Abreden.
[79] PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 9), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.
[80] In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils*.
[81] BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 79), Art. 5 KG N 230.
[82] Vgl. RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 307, *Gaba* (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen durch eines der beteiligten Unternehmen tatsächlich wie Fest- oder Mindestverkaufspreise auswirken.

134. Die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern, dass die veröffentlichte Preisliste in Verbindung mit der bekannt gegebenen Rabattpolitik einzuhalten ist (vgl. oben, Rz 82), hatte zur Folge, dass die Händler in der Festsetzung ihrer Preise nicht mehr frei waren. Demnach ist sie als qualitativ schwerwiegend im Sinne von Ziff. 12 Abs. 2 Bst. a VertBek zu qualifizieren.

B.3.3.2. Quantitative Beeinträchtigung des Wettbewerbs

135. In den Entscheiden in Sachen Gaba[83] und Gebro[84] hat das BVGer festgehalten, dass bei Wettbewerbsabreden, die ihrem Gegenstand nach zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs führen, grundsätzlich deren Erheblichkeit zu bejahen ist, und zwar unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien, da das Kartellgesetz in Art. 5 Abs. 4 statuiert, dass solche Vereinbarungen den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigen.[85] Wie oben gezeigt wurde, handelt es sich bei der Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern um eine Abrede, die den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigt (siehe oben, Rz 99 ff.) und aufgrund ihres Gegenstandes als qualitativ schwerwiegend betrachtet wird (siehe oben, Rz 132 ff.). In Anwendung der Gaba-/Gebro-Rechtsprechung des BVGer sind solche Abreden grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen zu qualifizieren, ohne dass zusätzlich quantitative Kriterien zu prüfen wären.

136. Das BVGer hat im Fall „Baubeschläge“ in den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Sigenia und Koch zwar beiläufig erwähnt, im schweizerischen Kartellrecht bestehe keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt zu untersuchen seien.[86] Das BVGer begründet seine Auffassung jedoch nicht und geht insbesondere mit keinem Wort auf seine eigene Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro ein, in welcher es sich eingehend und wegweisend mit der Frage der Erheblichkeit auseinandersetzte.[87] Kommt hinzu, dass die Gaba-/Gebro-Urteile in Fünferbesetzung ergingen und sie daher als vorrangige Grundsatzentscheide zu werten sind. Die Ausführungen und Schlussfolgerungen in den Gaba-/Gebro-Urteilen zur Prüfung der Erheblichkeit bei qualitativ schwerwiegenden Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG dürften daher nach wie vor gültig sein.

137. Selbst wenn die vom BVGer in Sachen Gaba und Gebro angewandte Methode nicht gestützt werden sollte, zeigen im vorliegenden Fall die folgenden Gründe auf, dass die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern den Wettbewerb auch in quantitativer Hinsicht beeinträchtigte.

138. Die Prüfung der quantitativen Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfolgt üblicherweise anhand derselben Konzepte wie die Frage, ob die Unzulässigkeitsvermutung nach Art. 5 Abs. 4 KG widerlegt werden kann;[88] d.h. im Fall von Vertikalabreden anhand des vorhandenen Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Dabei gilt es zu beachten, dass bei qualitativ schwerwiegenden Abreden im Vergleich zu anderen vertikalen Abreden in quantitativer Hinsicht tiefere Anforderungen genügen, um sie als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren (Erw.-Gr. IX. VertBek).[89]

139. Musik Olar ist Generalimporteurin für Gitarren und Zubehör der Marken […] und […] (vgl. oben, Rz 2). Sowohl bei […] als auch bei […] handelt es sich in der Schweiz um wohlbekannte Marken, welche im Markt gut positioniert sind (vgl. oben, Rz 123 ff.). Zusätzlich importiert und vertreibt Musik Olar auch Gitarren und Zubehör mehrerer anderer Marken.

140. Musik Olar schätzt den eigenen Marktanteil auf dem Schweizer Markt für Gitarren (inkl. Zubehör) gestützt auf die nachfolgend dargelegten Überlegungen der WEKO (vgl. unten, Rz 141) auf rund 5 %. Diese Marktanteilsschätzung ist nach Ansicht der WEKO als absolutes Minimum zu lesen, wie nachfolgend erläutert wird. Aufgrund der Bedeutung und der Anzahl der Marken, die Musik Olar vertreibt, ist davon auszugehen, dass Musik Olar über bedeutendere Marktanteile verfügt.

141. Um eine Grössenordnung der Marktanteile zu erhalten, wurde die Aussenhandelsstatistik (betreffend Importe) der Eidgenössischen Zollverwaltung[90] (nachfolgend: Importstatistik) beigezogen. Dies rechtfertigt sich angesichts der Tatsache, dass im Inland keine nennenswerte Produktion von Gitarren und Zubehör erfolgt. Der Nachteil der Importstatistik besteht darin, dass die vorhandenen Kategorien weit mehr Instrumente und Zubehör umfassen als Gitarren und Zubehör. Diese Kategorien umfassen nämlich auch Harfen, andere Saiteninstrumente (ohne Klaviatur und Streichinstrumente), Akkordeons und Musikinstrumente ohne Klaviatur, bei denen der Ton elektrisch erzeugt wird oder verstärkt werden muss, mit entsprechendem Zubehör.[91] Es liegen

[83] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 750 ff., *Gaba/WEKO*.
[84] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 808 ff., *Gebro/WEKO*.
[85] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8 und 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 833 E. 11.1.4 und 834 E. 11.3.4, *Gebro/WEKO*.
[86] Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.1, *Sigenia-Aubi AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.1, *Paul Koch AG/WEKO*.
[87] Vgl. auch PETER HETTICH, Erhebliche Verwirrung bei der Erheblichkeit, www.regulierung.ch (31.10.2014); MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014 501 ff., insb. 510.
[88] Vgl. RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.
[89] Dieses Prinzip entspricht der Praxis der WEKO, welche im Entscheid Sécateurs et cisailles Folgendes festhielt: *„En revanche, l'élément quantitatif de notabilité n'est pas atteint lorsque les restrictions ne déploient que des effets s'avérant non significatifs sur le marché dans un cas donné, voire même pas d'effets du tout, et ne sont pas susceptibles non plus d'entraîner de tels effets“*, RPW 2009/2, 153 Rz 75, *Sécateurs et cisailles*.
[90] <http://www.ezv.admin.ch/themen/04096/05728/index.html?lang=de> (31.10.2014).
[91] Vgl. Fn 92.

keine Informationen vor, die es erlauben würden, ausgehend von der Importstatistik die Höhe der Importe von Gitarren und Zubehör isoliert zu schätzen. Dies bedeutet, dass Marktanteile von Anbietern von Gitarren und Zubehör, welche basierend auf die Importstatistik geschätzt werden, als absolute Minima zu lesen sind. Um einen Anhaltspunkt der unteren Grenze der Marktanteile zu erhalten, wurden die Marktanteile von Olar dennoch mit diesen Daten berechnet. Es resultierten minimale geschätzte Marktanteile von Musik Olar in den Jahren 2010–2013 von [0–10] %.[92]

142. Die Abrede zeitigte sodann Auswirkungen auf den Schweizer Markt, da die Preise dadurch auf einem überhöhten Niveau gehalten werden konnten. So zeigen verschiedene E-Mails, dass die Händler von Musik Olar (namentlich bei Produkten der Marken […] und […]) Rabatte von 17 % bis 35 % auf der Preisliste von Musik Olar gewähren wollten. Bei […]-Produkten sollten Rabatte bis 10 % gewährt werden. Solche Rabatte wurden durch die Abrede verhindert, da auf neuen und aktuellen Produkten (insbesondere der Marken […]) ein Rabatt von max. 15 % und auf Produkten der Marke […] kein Rabatt auf den Preisen gemäss Preisliste von Musik Olar gewährt werden durfte. Sodann lassen die von Musik Olar vorgebrachten Rabattbeispiele aus der Zeitperiode nach Auflösung der Abrede darauf schliessen, dass die Rabatte ohne Interventionen von Musik Olar bereits früher höher ausgefallen wären (vgl. oben, Rz 86, zweiter bis fünfter Punkt).

143. Schliesslich wurde oben aufgezeigt, dass die Schweizer Preise der von Musik Olar vertriebenen Produkte im untersuchungsrelevanten Zeitraum zumindest für einen Teil der Produkte höher waren als im Ausland, insbesondere in Deutschland (siehe oben, Rz 115). Es ist davon auszugehen, dass diese Preisunterschiede tiefer ausgefallen wären bzw. dass sich diese Preise in der Schweiz früher an das ausländische Preisniveau angepasst hätten, wenn Musik Olar ihren Händlern keine maximalen Rabattvorgaben gemacht hätte.

144. Musik Olar bestreitet die Aussage, dass die Abrede Auswirkungen auf den Schweizer Markt hatte, mit Verweis auf die in Rz 85 dargelegten Argumente. Die beanstandeten Interventionen von Musik Olar hätten eben gerade nicht eine Änderung der Rabattpolitik der verschiedenen Händler zur Folge gehabt. Diese hätten unisono völlig unabhängig von der Intervention von Musik Olar agiert und hätten ihren Kunden (Endkunden) weiterhin diejenigen Rabatte gewährt, die sie ihnen auch ohne die Intervention gewährt hätten. Dies gelte selbst für die beiden absolut singulären Fälle, in welchen Musik Olar mit einer Retorsionsmassnahme interveniert habe (vgl. hierzu oben, Rz 54). Auch diese habe die betroffenen beiden Händler offenbar in keiner Weise beeindruckt und habe zu keiner Änderung ihrer Rabattpolitik geführt.

145. Wie bereits oben dargelegt (vgl. Rz 86), stossen diese Vorbringen ins Leere und werden durch die beschlagnahmten E-Mails nicht gestützt. Dass die Preise für Gitarren und Zubehör der Marken […] in der Schweiz durch die vorliegenden Preisabreden auf einem überhöhten Niveau gehalten wurden, ist denn auch aus folgender E-Mail eines Händlers an Musik Olar vom 25. Oktober 2012 ersichtlich: *„Ich nehme an, dass ich nicht der Erste bin, der dich darauf aufmerksam macht – aber seine Preise liegen weit tiefer als sonst im Markt (oft weit über 20 % Rabatt). Bei [Name Online-Shop] müssen wir daher anpassen, falls er diese Preise so weiterfährt. Hast du da bereits mal mit [Name Händler mit tiefen Preisen] Kontakt aufgenommen? Das Problem kennst du sicher. Wenn wir jetzt unsere Preise auch dem Niveau anpassen, dann zieht bald [Name anderer Händler] etc. auch noch mit und das Produkt bleibt auf dem Preis und es wird sehr schwer den Preis wieder anzuheben.*“ Im Übrigen ist nicht überraschend, dass ein Lieferstopp bzw. die Streichung sämtlicher Sonderkonditionen infolge Nichteinhaltung der Rabattvorgaben die zukünftige Rabattpolitik der davon betroffenen Händler nicht beeinflusst, da sich die angedrohten Massnahmen bereits realisiert haben. Allerdings dürften die Retorsionsmassnahmen ein gewichtiges Signal an andere Händler von Musik Olar sein, sich an die Rabattvorgaben zu halten. Schliesslich geht aus der Stellungnahme von Musik Olar zum Antrag des Sekretariats hervor, dass die Rabatte nach Auflösung der Abreden bei verschiedenen Händlern höher ausfielen als während der Abredедauer und dass die Preisunterschiede im Vergleich zu Deutschland im Juli 2014 (zumindest vorübergehend) infolge gestiegener Preise in Deutschland kleiner wurden.

146. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von Musik Olar mit ihren Händlern getroffene Abrede quantitative Auswirkungen auf den Wettbewerb im relevanten Markt zeitigte.

B.3.3.3. Zwischenergebnis

147. Abreden über Mindest- oder Festpreise gelten als qualitativ schwerwiegende Abreden, womit die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern als qualitativ schwerwiegend zu qualifizieren ist (siehe oben, Rz 132 ff.). Zudem zeitigte die genannte Abrede quantitative

[92] Addiert man die Werte der Kategorien der Importstatistik, die u.a. Gitarren und Zubehör umfassen (Nummern 9202.90 [Gitarren, Harfen und andere Saiteninstrumente, ausgenommen solche mit Klaviatur sowie Streichinstrumente], 9207.90 [Akkordeons und Musikinstrumente ohne Klaviatur, bei denen der Ton elektrisch erzeugt wird oder elektrisch verstärkt werden muss], 9209.30 [Musiksaiten], 9209.92 [Teile und Zubehör für Saitenmusikinstrumente ohne Klaviatur] und 9209.94 [Teile und Zubehör für Musikinstrumente, bei denen der Ton elektrisch erzeugt wird oder elektrisch verstärkt werden muss]), resultiert, dass im Jahr 2010 Instrumente im Wert von CHF 29'162'636, im Jahr 2011 von CHF 26'845'213, im Jahr 2012 von CHF 26'363'515 und im Jahr 2013 von CHF 25'652'070 importiert wurden. Musik Olar bringt vor, dass sie in den vergangenen Jahren jeweils einen Umsatz von rund CHF […] im Bereich Gitarren und Zubehör in der Schweiz (zur Marktabgrenzung siehe oben, Rz 107 ff.) erwirtschaftet habe. Diese Angaben halten einer Plausibilisierungsprüfung mit Umsatzzahlen nach Marken, welche vorliegen, stand. Die Importstatistik erfasst die Instrumente ferner zum Einkaufswert der Generalimporteure, während der Umsatz von Musik Olar zusätzlich deren Marge enthält. Aus den Vertriebsverträgen zwischen […] und Musik Olar ergibt sich, dass […] für Musik Olar und seine Händler auf den Gitarren insgesamt eine Marge von […] % kalkuliert. Aus der Margenliste lässt sich herauslesen, dass die Grundmarge der Händler von Musik Olar auf […]-Gitarren […] % beträgt. Die Bruttomarge (exkl. Mengenrabatte etc.) von Musik Olar auf […]-Gitarren ist folglich rund […] %. Für die Berechnung der Marktanteile wurde diese Bruttomarge verallgemeinert und der Umsatz von Musik Olar um […] % gekürzt.

Auswirkungen auf den Wettbewerb (siehe oben, Rz 135 ff.). Demgemäss beeinträchtigte die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

148. Musik Olar bestreitet, dass die angebliche Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt habe, da die beanstandeten Interventionen von Musik Olar keine Änderung der Rabattpolitik der verschiedenen Händler zur Folge gehabt hätten (vgl. hierzu auch oben, Rz 144). Weshalb diese Vorbringen ins Leere stossen, wurde bereits in Rz 145 dargelegt.

B.3.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

149. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG).

150. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

B.3.4.1. Rechtfertigungsgründe

151. Qualitativ schwerwiegende Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, unterliegen einer Einzelfallprüfung der wirtschaftlichen Effizienz. Ein Rechtfertigungsgrund liegt vor, wenn eine Abrede die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG erhöht – beispielsweise durch eine effizientere Vertriebsgestaltung im Sinne einer Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder einer Senkung der Vertriebskosten – und die Wettbewerbsbeeinträchtigung dazu notwendig ist. (Ziff. 16 Abs. 3 VertBek). Mögliche Rechtfertigungsgründe sind in Ziff. 16 Abs. 4 VertBek aufgeführt.

152. Da die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern qualitativ schwerwiegend war (siehe oben, Rz 132 ff.), ist im vorliegenden Fall eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.

Trittbrettfahrerproblematik

153. In ihrer schriftlichen Selbstanzeige vom 16. August 2013 machte Musik Olar geltend, dass beim Verkauf von Musikinstrumenten Fachkunde und Beratung des Verkaufspersonals, die Nachbetreuung der Kunden und das Vorhandensein von Ersatzteilen für die verkauften Instrumente von grosser Bedeutung seien. Um diese Dienstleistungen zu erbringen, seien die Musikfachgeschäfte auf qualifiziertes Personal und Verkaufsflächen mit Ausstellungsinstrumenten angewiesen, was Aufwand verursache. Dieser könne nur gedeckt werden, falls eine genügende Marge erzielt werde. In letzter Zeit hätten einzelne von Musik Olar belieferte Online-Händler extrem tiefe Endverkaufspreise offeriert, womit sie die bestehenden Fachgeschäfte in wirtschaftliche Not bringen würden, da diese aufgrund ihrer höheren Kostenstruktur nicht die gleichen Preise anbieten könnten. Musik Olar macht damit implizit eine Trittbrettfahrerproblematik geltend.

154. Eine Trittbrettfahrerproblematik (Free Riding)[93] im Sinne von Ziff. 16 Abs. 4 Bst. d VertBek liegt vor, wenn ein Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen (z.B. Beratung, Ausstellung, Werbemassnahmen) eines anderen Händlers profitieren kann. Sie äussert sich beispielsweise darin, dass sich ein Kunde in einem Fachgeschäft beraten lässt, das Produkte anschliessend bei einem anderen Händler kauft, der einen vorteilhafteren Preis, jedoch keine Beratung anbietet. Der Fachhändler bietet somit Leistungen an, die zusätzliche Kosten verursachen. Will der Fachhändler mit den anderen Händlern konkurrenzfähig bleiben, muss er seine Zusatzleistungen einschränken, um seinen Aufwand und somit auch seine Kosten senken zu können, was sich negativ auf den Absatz der Produkte auswirken kann.

155. Trittbrettfahren unter Händlern ist lediglich bei der Kundenberatung vor dem Verkauf und bei verkaufsfördernden Massnahmen möglich, nicht jedoch beim Kundendienst nach dem Verkauf, den der Händler seinen Kunden separat in Rechnung stellen kann.[94] Vor dem Hintergrund des Gesagten ist eine Trittbrettfahrerproblematik in Bezug auf die Nachbetreuung der Kunden und das Vorhandensein von Ersatzteilen für die verkauften Instrumente nicht möglich. In Bezug auf diese Servicearbeiten liegt folglich kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG i.V.m. Ziff. 16 Abs. 4 VertBek vor.

156. Bezüglich der Beratung und der Verkaufsfläche mit Ausstellungsinstrumenten ist eine Trittbrettfahrerproblematik bei Produkten wie Gitarren und Zubehör nicht auszuschliessen. Gitarren sollten dem Spieler gut in der Hand liegen und seinem persönlichen Geschmack entsprechen. Um ein geeignetes Instrument zu finden, werden viele Spieler auf Beratung angewiesen sein. Zudem sollte die Möglichkeit bestehen, die Instrumente vor dem Kauf auszuprobieren. Zumindest gewisse Gitarren weisen ein Preisniveau auf, bei dem es sich für die Kunden lohnen kann, das Instrument in einem anderen Geschäft günstig zu erwerben, nachdem sie sich in einem Fachgeschäft beraten liessen und die Instrumente ausprobierten. Insofern ist das Vorliegen eines möglichen Rechtfertigungsgrunds folglich zu bejahen. Zu prüfen bleibt, ob er auch notwendig war, um das Effizienzziel zu erreichen, und Musik Olar in keinem Fall Möglichkeiten eröffnete, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

[93] Allgemein zur Trittbrettfahrerproblematik siehe MARIO MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, 2004, 313 ff.; LESTER G. TELSER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, *Journal of Law and Economics*, 1960, 86 ff.; LESTER G. TELSER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade II?, *Journal of Law and Economics*, 1990, 409 ff.

[94] Vertikal-Leitlinien, Rz 107 Bst. a.

Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte

157. Musik Olar brachte weiter vor, dass die Mindestpreise notwendig seien, um das Ansehen der Marken zu gewährleisten. Sie macht hiermit implizit den Rechtfertigungsgrund der Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte im Sinne von Ziff. 16 Abs. 4 Bst. b VertBek geltend.

158. Vertikale Beschränkungen können zur Schaffung eines Markenimages beitragen, indem den Händlern bestimmte Standards zur Sicherung der Produkteinheitlichkeit und -qualität auferlegt werden. Weiter kann damit die Attraktivität des Produkts für den Endverbraucher erhöht und sein Absatz gesteigert werden.[95]

159. Es ist denkbar, dass das Verhalten von Musik Olar den möglichen Rechtfertigungsgrund der Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte erfüllt. Abschliessend muss dies vorliegend aber nicht geklärt werden, da neben des Vorliegens eines möglichen Rechtfertigungsgrundes weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit eine Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt ist. Dies ist vorliegend – wie nachfolgend gezeigt wird (siehe Rz 161 ff.) – nicht gegeben.

Weitere Rechtfertigungsgründe

160. Das Vorliegen weiterer möglicher Rechtfertigungsgründe ist nicht ersichtlich.[96]

B.3.4.2. Notwendigkeit der Abrede

161. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muss zur Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG notwendig sein. Das Erfordernis der Notwendigkeit ist erfüllt, wenn folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Die Abrede muss zunächst geeignet sein, einen der genannten Effizienzgründe zu erreichen. Ferner darf kein zur Erreichung des Effizienzziels gleich geeignetes, aber milderes Mittel zur Verfügung stehen und schliesslich darf die Abrede den Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Effizienzziel nicht übermässig beeinträchtigen.[97]

162. Die Vereinbarung von Mindestpreisen kann geeignet sein, um den Qualitätswettbewerb zwischen den Händlern, beispielsweise in Form von unterschiedlichen Beratungsniveaus und Garantieleistungen, zu fördern.[98] Indem Mindestpreise festgesetzt werden, kann ein bestimmtes Markenimage geschaffen respektive aufrechterhalten werden. Somit sind Mindestpreise geeignet, um der Trittbrettfahrerproblematik Herr zu werden und die Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte zu sichern.

163. Im vorliegenden Fall bestanden hingegen mildere, ebenso geeignete Mittel, wie beispielsweise die Einführung eines selektiven Vertriebssystems mit angemessenen Kriterien bezüglich Personalbestands, Verkaufsfläche mit Ausstellungsmodellen etc., um die gewünschten Zielsetzungen zu erreichen. Somit waren Mindestpreise im vorliegenden Fall nicht erforderlich und waren folglich nicht notwendig, um die wirtschaftliche Effizienz zu erhöhen.

164. Musik Olar bestreitet, dass die Einführung eines selektiven Vertriebssystems ein milderes Mittel darstelle, um das Trittbrettfahrerproblem zu lösen, denn für Musik Olar sei es faktisch unmöglich, mit ihren Händlern einen selektiven Vertriebsvertrag abzuschliessen. Die Händler würden eine völlig unterschiedliche Struktur aufweisen. Zudem würden sie sich nicht durch einen selektiven Vertriebsvertrag binden und sich zu angemessenen Personalstandards, Verkaufsflächen etc. verpflichten lassen, wenn sie weiterhin im offenen Wettbewerb zu Onlinehändlern stehen würden. Weiter wäre es für Musik Olar faktisch unmöglich, den Aufwand für den Abschluss eines solchen Vertrags mit den […] Händlern finanziell und personell auf sich zu nehmen, selbst wenn (theoretisch) ein Konsens für einen solchen Vertrag gefunden werden könnte.

165. Diese Vorbringen sind aus folgenden Gründen nicht überzeugend: Ein Lieferant kann im Rahmen eines selektiven Vertriebssystems von seinen Händlern verlangen, dass diese ein stationäres Fachgeschäft betreiben und dass die Online-Präsentation der Produkte gewissen Anforderungen genügt.[99] Dadurch ist sichergestellt, dass nur zum selektiven Vertrieb zugelassene Händler – von denen angenommen wird, dass sie im Hinblick auf den Verkauf von Produkten einer Marke gewisse Leistungen erbringen – die Produkte auch online anbieten können. Wenn alle zugelassenen Händler ein stationäres Fachgeschäft betreiben müssen und demnach sämtliche Händler auch die Kosten einer physischen Ausstellung und Beratung zu tragen haben, kann nicht mehr von (unfairem) Trittbrettfahrerverhalten zwischen Online-Händlern und stationären Händlern gesprochen werden.[100] Weiter ist durchaus denkbar, dass Musik Olar nicht mit sämtlichen ihrer […] Händler einen Selektivvertrag abschliessen würde und das Vertriebssystem somit gestrafft würde. Dies ist indes kein Argument für eine angeblich faktische Unmöglichkeit der Einführung eines solchen Vertriebssystems. Marktrelevant sind nach Angaben von Musik Olar ohnehin nur fünf bis sieben Händler. Im Übrigen stellte Musik Olar in der schriftlichen Selbstanzeige in Aussicht, dass sie die Einführung eines selektiven Vertriebssystems prüfen werde. Somit stand die Einführung eines solchen Systems zumindest in der Vergangenheit für Musik Olar nicht völlig ausser Frage. Schliesslich wurde die Einführung eines Selektivvertriebs lediglich beispielhaft als milderes Mittel zur Lösung des Trittbrettfahrerproblems aufgeführt. Eine weitere Alternative zu Preisabreden

[95] Vertikal-Leitlinien, Rz 107 Bst. i.

[96] Zu Rechtfertigungsgründen bei Preisbindungen zweiter Hand im Allgemeinen siehe RPW 2005/2, 281 ff. Rz 67 ff., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz, mit weiteren Literaturhinweisen*.

[97] Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 468, 560.

[98] PATRICK L. KRAUSKOPF/ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung – Ein Leitfaden für Praktiker, sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 2008, 781–799, 791 f.

[99] RPW 2011/3, 393 Rz 162, *Behinderung des Online-Handels; Vertikal-Leitlinien* (Fn 66), Rz 54.

[100] RPW 2011/3, 393 Rz 163, *Behinderung des Online-Handels*.

könnte etwa darin bestehen, dass Aufwendungen, welche stationäre Fachhändler erbringen, mit einem fixen Betrag abgegolten werden.[101]

166. Da die Vereinbarung von Mindestpreisen zur Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz im vorliegenden Fall nicht notwendig war und somit das Tatbestandselement von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG nicht erfüllt war, muss nicht geprüft werden, ob sie den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eröffnet hätte und hiermit das Tatbestandselement von Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt wäre, welches kumulativ hinzutreten müsste.

B.3.4.3. Zwischenergebnis

167. Da die dargelegten Effizienzgründe nicht notwendig waren, um die wirtschaftliche Effizienz zu steigern, war die Wettbewerbsabrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt.

B.3.5. Ergebnis

168. Die WEKO kommt aufgrund der vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern, dass die von Musik Olar veröffentlichte Preisliste unter Beachtung der kommunizierten Rabattpolitik einzuhalten ist, stellte eine Wettbewerbsabrede über Mindestpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG dar.
- Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den vorhandenen Intra- und insbesondere Interbrand-Wettbewerb im Bereich Gitarren und Zubehör in der Schweiz widerlegt werden.
- Die genannte Abrede beeinträchtigte den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG im Bereich Gitarren und Zubehör in der Schweiz erheblich.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG lagen keine vor.

Es handelte sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG.

B.4. Massnahmen

169. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 170 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 179 ff.).

B.4.1. Einvernehmliche Regelung

170. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.[102]

171. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung zwischen den Beteiligten und dem Sekretariat gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.[103]

172. Im vorliegenden Fall schloss das Sekretariat am 14./28. August 2014 mit Musik Olar eine einvernehmliche Regelung ab (vgl. oben, Rz 14 f.).

173. Die mit Musik Olar geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

A Vorbemerkungen

a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0441 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.

[101] RPW 2011/3, 393 Rz 162, *Behinderung des Online-Handels; Vertikal-Leitlinien* (Fn 66), Rz 52 Bst. d.
[102] BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 7), Art. *30 KG N 58 f.*
[103] Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315*, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*, Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0441 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Musik Olar einvernehmlich und abschliessend geregelt.

d) Musik Olar hat eine Selbstanzeige im Sinne des Art. 49a Abs. 2 KG eingereicht. Aus diesem Grund beantragt das Sekretariat bei der WEKO, die Sanktion zu reduzieren. Der Wille und die Bereitschaft von Musik Olar zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Das Sekretariat beabsichtigt, bei der WEKO eine Sanktion zu beantragen, die den finanziellen Verhältnissen von Musik Olar Rechnung trägt. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.

e) Sollte die einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.

f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von Musik Olar keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält Musik Olar fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO sowie bei Beachtung von Bst. e) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten von Musik Olar.

B Vereinbarungen

1. Musik Olar verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Verkaufspreise ihrer Händler zu nehmen und dabei insbesondere die nachfolgend erwähnten Verhaltensweisen zu unterlassen.

   a) Musik Olar verpflichtet sich, ihren Händlern weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise vorzugeben. Dies schliesst nicht aus, dass Musik Olar ihren Händlern eine Verkaufspreisempfehlung abgibt. Diese muss aber klar als unverbindlich bezeichnet sein und dieser darf auf keine Art und Weise (z.B. mittels Druck oder Anreizen) verbindlichen Charakter verliehen werden. Die Händler müssen in der Gestaltung ihrer Verkaufspreise auf jeden Fall frei bleiben.

   b) Musik Olar verpflichtet sich, ihren Händlern keinerlei direkte oder indirekte Vorgaben betreffend zu gewährende Rabatte auf die Verkaufspreise zu machen. Musik Olar verpflichtet sich, keinerlei direkte oder indirekte Massnahmen, die im Zusammenhang mit der Rabattpolitik eines Händlers stehen, zu ergreifen. Zu unterlassen sind namentlich Massnahmen zur Durchsetzung solcher Vorgaben, wie beispielsweise die Androhung und Umsetzung von Konditionenverschlechterungen oder die Liefereinstellung resp. der Abbruch der Geschäftsbeziehung (sowohl vorübergehend wie auch endgültig) mit einem Händler, die Verweigerung von Garantiearbeiten oder sachlich nicht gerechtfertigte Lieferverzögerungen.

   c) Musik Olar verpflichtet sich, auf die Ergreifung von direkten oder indirekten Massnahmen zu verzichten, falls einzelne Händler betreffend die Verkaufspreise oder Rabatte anderer Händler mit ihr Kontakt aufnehmen. Namentlich zu unterlassen sind Interventionen bei Händlern im Sinne von Ziffer 1. a) und b).

2. Musik Olar verpflichtet sich, keinerlei direkte oder indirekte Massnahmen zu ergreifen, zu unterstützen oder in irgendeiner Weise zu fördern, welche Produktimporte in die Schweiz aus dem europäischen Ausland zu ver- oder behindern vermögen.

3. Musik Olar verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt mit anderen europäischen Vertriebsgesellschaften auf der Grosshandelsstufe sensible wettbewerbs- und preisrelevante Informationen auszutauschen.

4. Musik Olar verpflichtet sich, mit ihren Lieferanten (Herstellern) weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise in der Schweiz festzulegen, gemeinsam zu kalkulieren, nach Vorgabe umzusetzen oder auf irgendeine andere Weise einzuführen.

174. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche Musik Olar eingegangenen ist, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherigen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen werden gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen.

175. Mit Stellungnahme vom 7. Januar 2015 stellte Musik Olar bezüglich der genannten einvernehmlichen Regelung das Rechtsbegehren, dass die einvernehmliche Regelung von der WEKO mit Ausnahme von Bst. d, f und g der „Vorbemerkungen“ dieser Vereinbarung zu genehmigen sei (Rechtsbegehren 1, vgl. oben, Rz 20, erster Punkt). Auf schriftliche Nachfrage der WEKO präzisierte Musik Olar ihr Rechtsbegehren 1 mit Schreiben vom 27. Februar 2015 dahingehend, dass die zwischen Musik Olar und dem Sekretariat vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 14./28. August 2014 zu genehmigen sei, falls von einer finanziellen Belastung von Musik Olar (Sanktion und Kosten) abgesehen werde (vgl. oben, Rz 22, 24).

176. Hierzu ist Folgendes anzumerken: Zunächst wurde gegenüber Musik Olar in den Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung stets transparent gemacht, dass Musik Olar für die festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen eine Sanktion zu tragen hat. Sodann hält auch Bst. d der Vorbemerkungen zur einvernehmlichen

Regelung explizit fest, dass das Sekretariat beabsichtige, bei der WEKO eine Sanktion zu beantragen, die den finanziellen Verhältnissen von Musik Olar Rechnung trage. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liege jedoch im Ermessen der WEKO und erfolge in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringe. Die Akzeptanz einer unterzeichneten einvernehmlichen Regelung kann im Nachhinein nicht an eine Bedingung geknüpft werden, deren Nicht-Eintreten bereits zum Zeitpunkt des Abschusses der einvernehmlichen Regelung wahrscheinlich war.

177. Unabhängig von diesen Überlegungen hat die WEKO das Rechtsbegehren 1 dahingehend verstanden, dass Musik Olar an der einvernehmlichen Regelung festhalten will, sofern ihrer finanziellen Lage Rechnung getragen wird. Dem ist die WEKO durch die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Bemessung der Sanktion und der Verfahrenskosten nachgekommen (vgl. unten, Rz 233 ff.). Das dargelegte Verständnis des Rechtsbegehrens 1 wird gestützt durch die Antwort des Rechtsvertreters von Musik Olar auf eine diesbezügliche Frage der WEKO anlässlich der Anhörung vom 29. Juni 2015, welche lautete: *„Haben wir eine einvernehmliche Regelung oder nicht?“*. Der Rechtsvertreter von Musik Olar antwortete: *„Ja, haben wir.“*

178. Basierend auf diese Überlegungen genehmigt die WEKO die vorliegende einvernehmliche Regelung (vgl. oben, Rz 31). Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.[104]

B.4.2. Sanktionierung

B.4.2.1. Allgemeines

179. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.[105] Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.[106]

B.4.2.2. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

180. Die Belastung der Verfahrenspartei mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt hat.

B.4.2.2.1. Unternehmen

181. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.[107] Zur Qualifizierung von Musik Olar als Unternehmen sei auf die Ausführungen unter Rz 64 ff. verwiesen.

B.4.2.2.2. Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

182. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.[108]

183. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.[109] Die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer gehen denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.[110]

184. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen (zum Vorliegen einer Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG siehe oben, Rz 99 ff.; zur Unzulässigkeit dieser Abrede siehe oben, Rz 103 ff.) verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

---

[104] Siehe RPW 2013/2, 208 Rz 347, Fn 195, *Spedition*, m.w.H.

[105] Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes (nachfolgend: Botschaft 2003), BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

[106] Botschaft 2003 (Fn 105), BBl 2002 2022, 2034.

[107] Statt vieler: BORER (Fn 51), Art. 49a KG N 6.

[108] Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 34.

[109] Botschaft 2003 (Fn 105 BBl 2002 2022, 2037; statt vieler CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz (Fn 7), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

[110] Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 108 Rz 332, *Gaba*; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, *Gaba/WEKO*, Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, *Gebro/WEKO*.

B.4.2.3. Vorwerfbarkeit

185. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung[111], welcher das BVGer gefolgt ist[112], stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

186. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.[113] Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.[114]

187. Im vorliegenden Fall geht aus den Beweismitteln hervor, dass der Geschäftsführer von Musik Olar mit den Händlern kommunizierte, mit dem Vorsatz, d.h. mit dem Wissen und dem Willen, die Preise respektive die Marge hochzuhalten und damit zumindest in Kauf nahm, den Wettbewerb zu beschränken.

188. Sodann liegt in casu keiner der Ausnahmefälle vor, in denen ein Verschulden der Unternehmung zu verneinen ist. Der für Musik Olar handelnde Geschäftsführer ist zwar nicht im Handelsregister eingetragen. Er besorgt jedoch die eigentliche Geschäftsführung und wird auch als Geschäftsführer bezeichnet, womit er als materielles (faktisches) Organ zu qualifizieren ist.[115] In rechtlicher Hinsicht sind materielle (faktische) Organe den formell gewählten Organen gleichgestellt.[116] Damit sind seine Handlungen Musik Olar ohne Weiteres zuzurechnen und Musik Olar ist eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung respektive ein Organisationsverschulden anzulasten.

189. In ihrer Eingabe vom 21. Juli 2014 machte Musik Olar geltend, dass Kleinstunternehmen wie sie aus finanziellen Gründen nicht in der Lage seien, Rechts- bzw. Compliance-Abteilungen einzurichten, weshalb sie unvorhersehbar in ein Verfahren geraten könnten. Diese Argumentation ist nicht zu hören, da insbesondere die grundlegenden Normen des Kartellgesetzes den Unternehmen als dessen Adressaten allgemein als bekannt vorausgesetzt werden dürfen. Dies gilt auch für kleine und kleinste Unternehmen. Zu den grundlegenden Normen gehören die direkt sanktionierbaren Tatbestände im Sinne von Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, wozu auch die vertikale Preisabrede gehört.

190. Es bestehen auch Anhaltspunkte, dass das Kartellgesetz Musik Olar tatsächlich bekannt war. In ihrer schriftlichen Selbstanzeige äusserte Musik Olar Folgendes: *„Musik Olar ist sich jedoch bewusst, dass ihr selbst bei exzessiven Preisgestaltungen die Hände gebunden sind und sie weder rechtlich noch faktisch einen bestimmten Preis verlangen kann. Sie hoffte jeweils auf ein freiwilliges Einlenken des betreffenden Händlers."* Dieser Aussage lässt sich entnehmen, dass Musik Olar sich bewusst war, dass die Händler in ihrer Preisgestaltung frei sein müssen und Vereinbarungen wie die getroffene unzulässig sind. Mit Schreiben vom 23. Januar 2013 wurde Musik Olar von einem Händler – unter Beilegung eines Auszugs aus dem Kartellgesetz – darauf aufmerksam gemacht, dass ihr Verhalten gegen das Kartellgesetz verstosse.

B.4.2.4. Bemessung

191. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

192. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit[117] und der Gleichbehandlung begrenzt wird.[118] Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.[119]

---

[111] Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[112] Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

[113] RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

[114] Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

[115] BGE 107 II 349, 353 f. E. 5a.

[116] BGE 117 II 432, 441 ff. E. 2.

[117] Art. 2 Abs. 2 SVKG.

[118] Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

[119] RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

B.4.2.4.1. Maximalsanktion

193. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,[120] sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.[121] Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen.

194. Musik Olar erzielte in den Geschäftsjahren 2013, 2012 und 2011 in der Schweiz Umsätze von CHF […], CHF […] respektive CHF […]. Der Gesamtumsatz in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren in der Schweiz betrug somit CHF […]. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich demnach vorliegend auf CHF […].

B.4.2.4.2. Konkrete Sanktionsberechnung

195. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

(i) Basisbetrag

196. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.[122] Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

197. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

198. In den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung, d.h. in den Geschäftsjahren 2012, 2011 und 2010 erwirtschaftete Musik Olar einen Umsatz von CHF […], CHF […] respektive CHF […]. Der Gesamtumsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung betrug folglich CHF […].

199. Musik Olar bringt vor, dass sie in den vergangenen Jahren rund […] % ihres Umsatzes auf dem relevanten Markt (Gitarren und Zubehör in der Schweiz; zur Marktabgrenzung siehe oben, Rz 107 ff.) erwirtschaftet habe. Diese Angaben halten einer Plausibilisierungsprüfung mit Umsatzzahlen nach Marken, welche vorliegen, stand. Demnach belief sich der Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz auf CHF […]. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt im vorliegenden Fall somit CHF […].

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

200. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

201. Musik Olar verhielt sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive[123] Faktoren im Vordergrund.

202. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind vertikale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens einzuordnen. Tendenziell leichter zu

[120] Vgl. Botschaft 2003 (Fn 105), BBl 2002 2022, 2037.

[121] Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA (früher Roger Guenat SA), Rz 326 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (31.10.2014).

[122] In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA (früher Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176 (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index. html?lang=de> (31.10.2014).

[123] D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.[124]

203. Die Vereinbarung über Mindestpreise zwischen Musik Olar und ihren Händlern hat den wirksamen Wettbewerb auf den relevanten Märkten zwar nicht beseitigt, jedoch immerhin erheblich beeinträchtigt, ohne dass sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden könnte. Das Verhalten von Musik Olar ist zumindest als mittelschwerer Verstoss gegen das Kartellrecht zu werten. In einem ähnlich gelagerten Fall setzte die WEKO den Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG auf 5 % des Umsatzes fest.[125]

204. Unter Berücksichtigung der vorgenannten rechtlichen und wirtschaftlichen Umstände sowie der Begebenheiten des konkreten Falles rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG im vorliegenden Fall auf 5 % des Umsatzes festzusetzen, den Musik Olar in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Der Basisbetrag beträgt somit CHF […].

(ii) Dauer des Verstosses

205. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

206. Die Abrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern, dass die Preisliste unter Berücksichtigung der kommunizierten Rabattpolitik einzuhalten ist, bestand während mehr als drei Jahren. Die frühesten Belege für die Abrede, die vorliegen, datieren von September 2009 respektive Februar 2010. Die Abrede dauerte sodann bis zur Untersuchungseröffnung Anfang Juli 2013. In Anwendung von Art. 4 SVKG wird der Basisbetrag somit vorliegend um 30 % erhöht, was einem Betrag von CHF […] entspricht.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

207. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, ad Art. 5 und 6). Diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Selbstanzeige und damit über den Bonus berücksichtigt werden, können nicht zusätzlich als erschwerende respektive mildernde Umstände Berücksichtigung finden.

Mildernde Umstände – Einvernehmliche Regelung

208. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

209. Die bisherige Praxis der WEKO in Fällen, in denen gleichzeitig eine Selbstanzeige eingereicht und eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wurde, lässt sich folgendermassen zusammenfassen:

- Im Entscheid „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ hielt die WEKO fest, dass in Fällen, in denen bereits eine Sanktionsreduktion aufgrund einer Kooperation mit den Behörden im Rahmen der Selbstanzeige erfolgt, die zusätzliche Sanktionsreduktion für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung 10–20 % betragen sollte. Im konkreten Fall erachtete die WEKO eine Sanktionsreduktion von 20 % als gerechtfertigt.[126]
- Im Entscheid „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen“ erachtete die WEKO unter Bezugnahme auf die im Entscheid „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ begründete Praxis, dass bei Konstellationen, in denen gleichzeitig eine Selbstanzeige eingereicht und eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden, eine Sanktionsreduktion von 10–20 % zu gewähren ist, eine Sanktionsreduktion um 10 % als angemessen.[127] Zu bemerken ist hierzu, dass die einvernehmliche Regelung – zumindest mit einer Partei – erst nach Zustellung des Antragsentwurfs zur Stellungnahme an die Parteien abgeschlossen werden konnte.[128]
- Im Entscheid „Spedition“ wiederholte die WEKO, dass in Fällen, in denen gleichzeitig eine Selbstanzeige erstattet und eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen wird, die zusätzliche Reduktion für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung grundsätzlich 10–20 % beträgt. Im konkreten Fall stellte die WEKO u.a. fest, dass die einvernehmliche Regelung vor dem Versand des Antrags an die Parteien, zu einem Zeitpunkt, in welchem gewisse Ermittlungsmassnahmen bereits stattgefunden hatten, andere aber noch ausstehend waren und in der Folge eingespart werden konnten, abgeschlossen wurde. Die WEKO kam infolgedessen zum Schluss, dass in diesem Fall eine Sanktionsreduktion von 15–20 % angemessen ist.[129]

210. Im vorliegenden Fall wurde die einvernehmliche Regelung zu einem relativ frühen Zeitpunkt abgeschlossen. Es hatten zwar diverse Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchung und Auswertung der hierbei beschlagnahmten Scans von Dokumenten sowie gespiegelten elektronischen Daten) bereits stattgefunden, doch waren weitere aufwändige Ermittlungsmassnahmen

[124] Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.
[125] […]
[126] RPW 2009/3, 217 Rz 145 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[127] Entscheid der WEKO vom 10.5.2010 i.S. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, Rz 348, abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (31.10.2014).
[128] Entscheid der WEKO vom 10.5.2010 i.S. *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen* (Fn 127), Rz 9.
[129] RPW 2013/2, 203 Rz 316, *Spedition*.

(beispielsweise Fragebogen an Händler, Hersteller und andere Generalimporteure von Gitarren) noch ausstehend. Dank des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte auf die Vornahme dieser noch ausstehenden Ermittlungsmassnahmen verzichtet werden. Sowohl die Verfahrensdauer als auch der -aufwand konnten daher massgelblich reduziert werden. Ausserdem ermöglichte der Abschluss der einvernehmlichen Regelung, die Begründungstiefe und -dichte der Verfügung zu reduzieren. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall, für den Abschluss der einvernehmlichen Regelung eine Sanktionsreduktion von 20 % zu gewähren. Die Zusammenarbeit zwischen Musik Olar und dem Sekretariat wird im Rahmen der Selbstanzeige beurteilt (siehe unten, Rz 219 und 226), weshalb sie nicht zusätzlich als mildernder Umstand gewertet werden kann. Weitere mildernde Umstände sind im vorliegenden Fall keine ersichtlich.

Erschwerende Umstände – Vergeltungsmassnahmen

211. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG stellt es bei Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 4 KG einen erschwerenden Umstand dar, wenn das Unternehmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten Vergeltungsmassnahmen angeordnet oder durchgeführt hat.

212. Vergeltungsmassnahmen zementieren unerlaubte Abreden. So können marktmächtige Unternehmen durch die Androhung von Retorsionsmassnahmen andere Abredeteilnehmer zur Einhaltung der Abrede zwingen. Bei Vertriebssystemen gelingt dies beispielsweise, indem Händler durch Lieferboykotte veranlasst werden, Preisbindungen zweiter Hand zu respektieren (Art. 5 Abs. 4 KG).[130] Hinsichtlich der Art der Vergeltungsmassnahmen ist von einem weiten Verständnis auszugehen und in Frage kommen daher jegliche Massnahmen, die geeignet sind, die Beteiligten zur Einhaltung der Wettbewerbsbeschränkung zu zwingen.[131]

213. Anfang November 2012 informierte Musik Olar vier Händler, die mehr als 15 % Rabatt auf der Preisliste von Musik Olar gewährt hatten, dass ihre Sondereinkaufskonditionen auf die Grundeinkaufskonditionen zurückgestuft werden, falls sie die Vorgaben künftig missachten werden. Von den vier kontaktierten Händlern gehörten drei zu den zum damaligen Zeitpunkt zehn umsatzstärksten Wiederverkäufern von Musik Olar im Bereich Gitarren und Zubehör. Einer der Händler kam der Aufforderung, die Preise anzupassen, nicht nach, worauf ihm die Sondereinkaufskonditionen gestrichen wurden. Musik Olar hat folglich einerseits Vergeltungsmassnahmen angedroht und sie andererseits auch durchgeführt.

214. Die Praxis der EU-Kommission (und des Gerichts der Europäischen Union [nachfolgend: EuG]) zu Vergeltungsmassnahmen lässt sich folgendermassen zusammenfassen:

- Im Entscheid „VW“ erhöhte die EU-Kommission die Geldbusse um 20 %, da die Händler zwar in einem Rundschreiben an die Wettbewerbsregeln und ihre Händlerverträge erinnert wurden, tatsächlich jedoch nichts unternommen wurde, um die Wettbewerbsbeschränkungen aufzuheben, insbesondere indem die Händlerverträge angepasst worden wären. Ausserdem wurde verschiedenen Händlern angedroht, ihre Verträge zu kündigen, sofern sie weiterhin Verkäufe an ausländische Kunden vornehmen, wobei in einigen Fällen schliesslich eine Kündigung ausgesprochen wurde.[132]
- Im Entscheid „Fernwärmetechnik“ erhöhte die EU-Kommission die Sanktion für einen Kartellteilnehmer um 50 %, da er im Kartell die Rolle als Anführer und Anstifter einnahm, systematisch Vergeltungsmassnahmen orchestrierte und den Verstoss trotz Warnungen des Generaldirektors für Wettbewerb fortführte. Für einen anderen Kartellteilnehmer wurde die Sanktion um 30 % erhöht, da er den Verstoss auch fortgesetzt hatte und ebenfalls eine aktive Rolle bei den Vergeltungsmassnahmen innehatte, wenn auch nicht in dem Ausmass wie der andere Kartellteilnehmer.[133]
- Im Entscheid „JCB“ erhöhte die EU-Kommission die Sanktion um ca. 2 %, da JCB gegenüber einem Händler, der sich nicht an die Vereinbarung gehalten hatte, Strafen von ca. EUR 430‘000 verhängt hatte.[134]
- Im Entscheid „Volkswagen“ erhöhte die EU-Kommission den Grundbetrag um 20 %, weil Volkswagen den Händlern in Schreiben rechtliche Schritte oder gar die Vertragskündigung androhte, falls sich die Preisdisziplin nicht verbessert und sie aufforderte, Inserate ohne Preisdisziplin weiterzuleiten.[135]
- Im Entscheid „Groupe Danone“ erhöhte die EU-Kommission die Geldbusse um 50 %, da ein Kartellteilnehmer einerseits zum wiederholten Mal gegen das Kartellrecht verstossen und andererseits eine Ausweitung der Zusammenarbeit erzwungen hatte, indem er einem anderen Kartellteilnehmer drohte, im Fall der Nichtbeteiligung Massnahmen gegen ihn zu ergreifen.[136] Das EuG kam zum Schluss, dass die Kommission Danone zu Unrecht zur Last gelegt hatte, die Ausweitung der Zusammenarbeit durch Androhung von Vergeltungsmassnahmen im Verweigerungsfall erzwungen zu haben und reduzierte die Erhöhung der Geldbusse aufgrund erschwerender Umstände (Wiederholungsfall) auf 40 %.[137]

215. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der von Musik Olar angedrohten und durchgeführten Vergeltungsmassnahmen erachtet die WEKO eine Erhöhung der Sanktion um 10 % als angemessen. Die Einnahme einer

[130] Zum Ganzen Erläuterungen zur SVKG, ad Art. 5 Abs. 2 Bst. b.
[131] BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 109), Art. 49a KG N. 81.
[132] KOMM, ABl. 1998 L 124/60, Rz 218 ff., *VW*.
[133] KOMM, ABl. 1999 L 24/1, Rz 171 und 176, *Fernwärmetechnik*.
[134] KOMM, ABl. 2002 L 69/1, Rz 255 f., *JCB*.
[135] KOMM, ABl. 2001 L 262/14, Rz 121, *Volkswagen*.
[136] KOMM, ABl. 2003 L 200/1, Rz 310 ff., *Groupe Danone*.
[137] Urteil des EuG vom 25.10.2005 T-38/02 *Groupe Danone*, Slg. 2005 II 4407 Rz 281 ff.

anstiftenden oder führenden Rolle in einem Wettbewerbsverstoss wird im Rahmen der Beurteilung der Selbstanzeige gewürdigt (siehe unten, Rz 224 f.). Weitere erschwerende Umstände sind vorliegend nicht ersichtlich.

B.4.2.5. Selbstanzeige – teilweiser Erlass der Sanktion

216. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

B.4.2.5.1. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

217. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.[138]

218. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

219. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

220. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

B.4.2.5.2. Subsumtion und Ergebnis

Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG

221. Die vorliegende Untersuchung wurde infolge Anzeige eines Dritten ins Rollen gebracht. Ein 100-prozentiger Sanktionserlass infolge Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG ist demnach nicht mehr möglich. Musik Olar kann folglich nur noch zufolge Feststellungkooperation gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG in den Genuss einer Sanktionsbefreiung respektive -reduktion kommen.

222. Musik Olar reichte am 4. Juli 2014, dem Tag der Hausdurchsuchung, eine Selbstanzeige ein und erklärte, vollumfänglich mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren zu wollen. Noch am selben Tag legte Musik Olar dem Sekretariat ihre Korrespondenz mit einem Händler vor. In seinem Schreiben vom 23. Januar 2013 beschwerte sich der Händler u.a. darüber, dass er nur noch Standard-Einkaufskonditionen erhalte, sofern er sich nicht an die Regel „[m]aximal 15 % Rabatt auf Listenpreise“ halte und wies Musik Olar darauf hin, dass dieses Verhalten kartellrechtlich problematisch sei. Ausserdem lieferte Musik Olar dem Sekretariat in den beschlagnahmten elektronischen Daten nicht vorhandene Informationen zum Markt und zu ihren Umsatzzahlen. Schliesslich übermittelte Musik Olar dem Sekretariat auch Informationen zu ihren Lieferanten sowie Kunden, welche die Auswertung der beschlagnahmten elektronischen Daten erleichterten und beschleunigten.

223. Musik Olar leistete folglich einen Beitrag, der eine rasche und wirksame Feststellung des Wettbewerbsverstosses im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG ermöglichte. Die Tatsache, dass Musik Olar gewisse Aussagen, welche sie anlässlich der Fortsetzung der mündlichen Selbstanzeige gemacht hatte, in der schriftlichen Selbstanzeige wieder relativierte (siehe oben, Rz 52), ändert nichts daran, dass ihr Beitrag es erlaubte, einen Wettbewerbsverstoss nachzuweisen.

Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG

224. Eine anstiftende Rolle im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kommt einer Unternehmung zu, wenn sie den Entschluss eines oder mehrerer Unternehmen weckt, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Eine führende Rolle ist anzunehmen, wenn ein Unternehmen die Wettbewerbsabrede steuert, d.h., wenn es die eigentliche Initiative sowohl bei der Vorbereitung als auch der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung ergreift. Indizien hierfür können beispielsweise die Organisation von Zusammenkünften und Austauschen im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeschränkung sein, die Initiierung von Korrespondenz, eine Vorreiterrolle bei der Umsetzung oder die Interessenlage des Unternehmens.[139]

[138] So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[139] Zum Ganzen BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 109), Art. 49a KG N. 76 ff.

225. Wie oben bereits festgestellt wurde (Rz 96), wurde die Wettbewerbsabrede hauptsächlich durch Musik Olar durchgesetzt. So war Musik Olar nach Ansicht der Händler in der Lage, die Preise zu beeinflussen, was sie ausdrückten, indem sie jeweils Musik Olar kontaktierten mit der Bitte zu intervenieren, sofern sich ein anderer Händler nicht an die Abrede hielt. Somit ist Musik Olar im Zusammenhang mit der Wettbewerbsabrede zumindest eine führende Rolle zuzuschreiben. In Anwendung von Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG kann Musik Olar die Sanktion infolgedessen nicht vollständig erlassen werden.

226. In Bezug auf die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG ist festzuhalten, dass die Kooperation von Musik Olar mit den Wettbewerbsbehörden zu keinen Beanstandungen Anlass gibt.

227. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Musik Olar aufgrund ihrer zumindest führenden Rolle beim vorliegenden Wettbewerbsverstoss die Sanktion nicht vollständig erlassen werden kann. Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen erfüllt Musik Olar aber die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion im Sinne von Art. 12 Abs. 1 SVKG.

228. Musik Olar macht diesbezüglich geltend, dass die Voraussetzungen für eine Sanktionsbefreiung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG und Art. 8 SVKG in casu erfüllt seien und somit auf eine Sanktion zu verzichten sei, selbst wenn ein Verstoss gegen das Kartellgesetz vorläge, was bestritten werde. Nachdem nie eine Wettbewerbsabrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern bestanden habe, habe sie von Musik Olar auch nicht initiiert und durchgesetzt werden können. Der Rabatt von 10–15 % sei von Musik Olar nicht erfunden worden, sondern sei schon vor der Gründung dieser Gesellschaft im Musikmarkt für Barzahlungskäufe weit verbreitet gewesen. Schliesslich sei eindrücklich gezeigt worden, dass Musik Olar eine bestimmte Rabattpolitik der Händler zu keinem Zeitpunkt durchgesetzt habe bzw. habe durchsetzen können. In diesem Sinne beantragt Musik Olar, von einer Sanktionierung gemäss Art. 49a KG bzw. der Auferlegung von Kosten sei abzusehen, da Musik Olar keine Verletzung des Kartellgesetzes vorgeworfen werden könne (vgl. oben, Rz 20).

229. Dem ist Folgendes zu entgegnen: Aus dem alleinigen Bestreiten der Preisabrede zwischen Musik Olar und ihren Händlern kann Musik Olar nicht zu ihren Gunsten ableiten, dass die Voraussetzungen für eine Sanktionsbefreiung gemäss Art. 49a Abs. 2 KG und Art. 8 SVKG in casu erfüllt seien. In den obigen Erwägungen wurde gezeigt, dass zwischen Musik Olar und ihren Händlern eine unzulässige Wettbewerbsabrede über Mindestpreise nach Art. 5 Abs. 4 KG vorlag und dass Musik Olar aufgrund ihrer zumindest führenden Rolle die Sanktion nicht vollständig erlassen werden kann. Folglich wird das Rechtsbegehren 2 (vgl. oben, Rz 20) abgewiesen.

Mass der Sanktionsreduktion

230. Festzulegen bleibt noch das Mass der Reduktion. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG beträgt die Reduktion bis zu 50 % des nach den Art. 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg. Zudem nimmt das Mass einer Reduktion ab, je später die Kooperation einsetzt.[140]

231. Musik Olar hat vom Tag der Hausdurchsuchung an mit dem Sekretariat kooperiert und die Wettbewerbsbehörden stufen ihre Kooperation alles in allem als wertvoll ein (siehe oben, Rz 222 f.). Zudem war Musik Olar in casu die erste und einzige Selbstanzeigerin. Der vollständige Sanktionserlass wurde ihr ausschliesslich aufgrund ihrer zumindest führenden Rolle beim in Frage stehenden Wettbewerbsverstoss verweigert. Unter Würdigung aller Umstände erscheint somit eine Reduktion der gemäss den Ausführungen in Rz 195 ff. bemessenen Sanktion um 50 % als angemessen.

B.4.2.6. Zwischenergebnis Sanktionsbemessung

232. Die nachfolgende Tabelle fasst die Sanktionsberechnung für Musik Olar zusammen:

[140] RPW 2009/3, 220 Rz 164, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Sanktionsbemessung		CHF
Gesamtumsatz in der Schweiz		[…]
Maximalhöhe der Sanktion (Art. 49a KG)	10 %	[…]
Umsatz auf dem relevanten Markt		[…]
Obergrenze Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	10 %	[…]
Konkreter Basisbetrag (Art. 3 SVKG)	5 %	[…]
Zuschlag für Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 30 %	[…]
Total Basisbetrag		[…]
Erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	+ 10 %	[…]
Mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	- 20 %	[…]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung		[…]
Reduktion der Sanktion: Bonus (Art. 12 SVKG)	- 50 %	[…]
Total		**[…]**

B.4.2.7. Verhältnismässigkeitsprüfung

233. Eine Sanktion muss als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag sollte zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.[141]

234. […]

235. […]

236. […]

237. […]

238. […]

239. […]

240. […]

241. […]

242. […]

243. […]

244. […]

245. […]

246. […]

247. […]

248. […]

249. […]

250. […]

251. […]

B.4.2.8. Ergebnis

252. Aufgrund der genannten Erwägungen, unter Würdigung aller Umstände und basierend auf die Verhältnismässigkeitsprüfung erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von CHF 65‘000 als dem Verstoss von Musik Olar gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.

B.4.3. Weitere Anordnungen betreffend gescannte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

253. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei Musik Olar diverse Papierdokumente gescannt und elektronische Daten kopiert respektive gespiegelt (siehe oben, Rz 6). Die für die Untersuchung relevanten gescannten Dokumente und elektronischen Daten wurden in Form von elektronischen Berichten respektive Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die gescannten

[141] Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, Baubeschläge (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, Spedition.

Dokumente und die kopierten respektive gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft die gescannten Dokumente und die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

C. Kosten

254. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG[142] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

255. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen.[143] Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht von Musik Olar zu bejahen, kann ihr doch – wie die vorangehenden Ausführungen zeigen – ein Kartellrechtsverstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG nachgewiesen werden (siehe oben, Rz 168).

256. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

257. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130 bis 290. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 820,205 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 241 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 31‘330
- 573,205 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 114‘641
- 6 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 1‘740

258. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 147‘711.

259. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV[144] hat der Gebührenpflichtige die Auslagen gemäss Art. 6 AllgGebV sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten (Art. 5 GebV-KG). Demnach hat Musik Olar vorliegend die Kosten für die am 4. Juli 2013 bei ihr durchgeführten Hausdurchsuchung zu tragen. Nebst den Personalkosten, die im Zeitaufwand (siehe oben, Rz 257) enthalten sind, belief sich der Aufwand für die Hausdurchsuchung auf CHF 1‘250.

260. Somit betragen die Verfahrenskosten insgesamt CHF 148‘961.

261. Musik Olar macht geltend, dass sich die Gebühren des Verfahrens nach der Allgemeinen Gebührenverordnung richten würden, soweit die GebV-KG keine besondere Regelung enthalte. Gemäss Art. 7 AllgGebV lege die Verwaltungseinheit die Gebühr im Einzelfall fest (Abs. 1) und berücksichtige dabei die konkreten Umstände (Abs. 2). Bei überwiegenden öffentlichen Interessen könne die Behörde auf die Erhebung von Verfahrenskosten ganz verzichten (Art. 3 Abs. 2 Bst. a AllgGebV). Vorliegend seien die folgenden konkreten Umstände zu berücksichtigen:

- […]
- Die durchgeführte Hausdurchsuchung sei vorliegend insbesondere aufgrund des dafür betriebenen Aufwandes unverhältnismässig gewesen, weil der Sachverhalt auch mit Fragebogen und Auskunfts-/Editionsverfügungen hätte abgeklärt werden können.
- Kleinstunternehmen wie Musik Olar seien aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, Rechts- bzw. Compliance-Abteilungen einzurichten, weshalb sie unvorhersehbar in ein Verfahren geraten können.
- In der Regel seien auch andere Marktteilnehmer, welche sich an der vorgeworfenen Preisbindung beteiligen, in ein Untersuchungsverfahren involviert, wobei die Gebühren auf die Verfahrensbeteiligten verteilt würden.

262. […]

263. […]

264. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die […] genannten übrigen Argumente von Musik Olar aus nachfolgend dargelegten Gründen nicht gehört werden können:

- Fragebogen und Editions-/Auskunftsverfügungen sind nicht gleich geeignete und effiziente Mittel zur Erhebung des Sachverhalts wie eine Hausdurchsuchung. So ist beispielsweise nicht davon auszugehen, dass das belastende E-Mail-Material (siehe oben, Rz 51) im Rahmen von Fragebogen und Editions-/Auskunftsverfügungen vollständig herausgegeben worden wäre, wurde dies doch selbst mit der Selbstanzeige nicht gemacht. Die Hausdurchsuchung ist somit nicht als unverhältnismässig zu qualifizieren.
- Im Rahmen der Vorwerfbarkeit (siehe oben, Rz 185 f.) wurde begründet, dass insbesondere die grundlegenden Normen des Kartellgesetzes als allen Unternehmungen bekannt vorausgesetzt werden können und die Nichtkenntnis – sollte sie denn vorgelegen haben – auf einen objektiven Sorgfaltsmangel der Unternehmung schliessen lässt. Selbst kleine und mittlere Unternehmungen geraten folglich nicht unvorhersehbarer und unverschuldeter Weise in ein Kartellverfahren.
- Wie oben aufgezeigt (siehe Rz 95 ff.), entspricht es der Praxis der WEKO, im Fall von Vertikalabreden und Interessenasymmetrien die Untersuchung nicht unbedingt gegen die Händler, son-

[142] Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[143] BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.
[144] Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

dern nur gegen die Hersteller/Generalimporteure zu eröffnen. Ebenso entspricht es der aktuellen Praxis der WEKO, in diesen Fällen die gesamten Verfahrenskosten dem einzigen Untersuchungsadressaten aufzuerlegen.[145]

265. Schliesslich wird der Antrag von Musik Olar, ihr für die Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren eine angemessene Entschädigung zukommen zu lassen (vgl. oben, Rz 20), bereits deshalb abgelehnt, weil Musik Olar ein Kartellrechtsverstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG nachgewiesen werden kann.

266. Selbst wenn Musik Olar nicht unterliegen würde, fehlte es an einer gesetzlichen Grundlage, um dem Antrag auf Parteientschädigung stattzugeben: Auf das kartellrechtliche Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Weder das Kartellgesetz oder die dazugehörige Gebührenverordnung noch das Verwaltungsverfahrensgesetz oder die gestützt darauf erlassene Verordnung[146] sehen für das erstinstanzliche nichtstreitige Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Dementsprechend verneint die WEKO einen Anspruch auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen nichtstreitigen Kartellverwaltungsverfahren.[147] Dies wurde von der oberen Instanz bestätigt.[148] Gemäss Rechtsprechung liegt bezüglich des Anspruchs auf Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verfahren keine echte Lücke vor,[149] womit kein Raum für die analoge Heranziehung von Rechtsnormen besteht. Im Weiteren lässt sich auch direkt aus der Bundesverfassung[150] kein Anspruch auf eine Parteientschädigung ableiten.[151]

D. Ergebnis

267. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

268. Aus nachfolgend aufgeführten Gründen lag eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG i.V.m. Abs. 1 KG vor, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren ist:

- Indem Musik Olar und ihre Händler übereinkamen, dass die von Musik Olar veröffentlichte Preisliste unter Beachtung der kommunizierten Rabattpolitik einzuhalten ist, haben sie im Zeitraum von Ende 2009/Anfang 2010 bis Mitte 2013 eine Abrede über Mindestpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG getroffen (siehe oben, Rz 102).
- Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch Intra- und insbesondere Interbrand-Wettbewerb im Bereich Gitarren und Zubehör in der Schweiz widerlegt werden (siehe oben, Rz 128).
- Die Abrede beeinträchtigte den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich (siehe oben, Rz 147).
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, die die Abrede rechtfertigen würden, lagen keine vor (siehe oben, Rz 167).

269. Das Sekretariat schloss mit Musik Olar eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG ab, welche deren zukünftiges Verhalten regelt (siehe oben, Rz 172 ff.). Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung (vgl. oben, Rz 31, 175 ff.). Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte in der vorliegenden Verfügung die Begründungsdichte und -tiefe hinsichtlich der in Rz 268 beschriebenen unzulässigen Wettbewerbsabrede stellenweise reduziert werden. Infolge des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung sowie ferner aufgrund von verfahrensökonomischen und Opportunitätsüberlegungen wurde auf eine vertiefte Untersuchung der Anhaltspunkte für weitere Wettbewerbsbeschränkungen verzichtet (siehe oben, Rz 61 f.).

270. Aufgrund ihrer Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede wird Musik Olar gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert. Unter Würdigung aller Umstände und basierend auf die durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung ist eine Belastung mit CHF 65‘000 angemessen (Art. 49a Abs. 1 und 2 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 252).

271. […]

E. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von Musik Olar mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 14./28. August 2014 mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inkl. Vorbemerkungen Rz 173):

   a) Musik Olar verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt Einfluss auf die Verkaufspreise ihrer Händler zu nehmen und dabei insbesondere die nachfolgend erwähnten Verhaltensweisen zu unterlassen.

---

[145] Verfügung der WEKO vom 28.11.2011 i.S. Nikon, Rz 578 ff., abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (31.10.2014); RPW 2012/3, 590 f. Rz 388, BMW (beide Entscheide noch nicht rechtskräftig). Die anderslautende Entscheidung in der Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. Altimum SA (früher Roger Guenat SA), Rz 348 ff. (Entscheid noch nicht rechtskräftig), abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (31.10.2014) begründet sich mit den speziellen Umständen dieses Einzelfalls.

[146] Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (SR 172.041.0).

[147] RPW 2012/2, 423 Rz 1209 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; RPW 1999/3, 402 Rz 39, *Erdöl-Vereinigung vs. Telekurs-Gruppe*.

[148] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. Rz 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

[149] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. E. 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdöl-vereinigung*; BGE 132 II 47, 62 f. E. 5.2.

[150] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

[151] RPW 2005/2, 258 Rz 35, Swico/Sens; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 714 f. E. 3.4 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

i. Musik Olar verpflichtet sich, ihren Händlern weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise vorzugeben. Dies schliesst nicht aus, dass Musik Olar ihren Händlern eine Verkaufspreisempfehlung abgibt. Diese muss aber klar als unverbindlich bezeichnet sein und dieser darf auf keine Art und Weise (z.B. mittels Druck oder Anreizen) verbindlichen Charakter verliehen werden. Die Händler müssen in der Gestaltung ihrer Verkaufspreise auf jeden Fall frei bleiben.

ii. Musik Olar verpflichtet sich, ihren Händlern keinerlei direkte oder indirekte Vorgaben betreffend zu gewährende Rabatte auf die Verkaufspreise zu machen. Musik Olar verpflichtet sich, keinerlei direkte oder indirekte Massnahmen, die im Zusammenhang mit der Rabattpolitik eines Händlers stehen, zu ergreifen. Zu unterlassen sind namentlich Massnahmen zur Durchsetzung solcher Vorgaben, wie beispielsweise die Androhung und Umsetzung von Konditionenverschlechterungen oder die Liefereinstellung resp. der Abbruch der Geschäftsbeziehung (sowohl vorübergehend wie auch endgültig) mit einem Händler, die Verweigerung von Garantiearbeiten oder sachlich nicht gerechtfertigte Lieferverzögerungen.

iii. Musik Olar verpflichtet sich, auf die Ergreifung von direkten oder indirekten Massnahmen zu verzichten, falls einzelne Händler betreffend die Verkaufspreise oder Rabatte anderer Händler mit ihr Kontakt aufnehmen. Namentlich zu unterlassen sind Interventionen bei Händlern im Sinne von Ziffer 1. a) und b).

b) Musik Olar verpflichtet sich, keinerlei direkte oder indirekte Massnahmen zu ergreifen, zu unterstützen oder in irgendeiner Weise zu fördern, welche Produktimporte in die Schweiz aus dem europäischen Ausland zu ver- oder behindern vermögen.

c) Musik Olar verpflichtet sich, weder direkt noch indirekt mit anderen europäischen Vertriebsgesellschaften auf der Grosshandelsstufe sensible Wettbewerbs- und preisrelevante Informationen auszutauschen.

d) Musik Olar verpflichtet sich, mit ihren Lieferanten (Herstellern) weder direkt noch indirekt Mindest- oder Festverkaufspreise in der Schweiz festzulegen, gemeinsam zu kalkulieren, nach Vorgabe umzusetzen oder auf irgendeine andere Weise einzuführen.

2. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.

3. Musik Olar wird wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Abrede über Mindestpreise mit einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 65‘000 belastet.

4. [Verfahrenskosten]

5. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

6. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber Musik Olar werden die beim Sekretariat vorhandenen gescannten Papierdokumente und die kopierten respektive gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

7. Die Verfügung ist zu eröffnen:

   - Musik Olar AG, in Zofingen, vertreten durch […]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. 7Days Group/Güll-Gesellschaften**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Juli 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 13. Juli 2016

A Sachverhalt

1. Am 24. Juni 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die von Thomas Kirschner (nachfolgend: TK) kontrollierte TK-Gruppe sowie die von A und B XY […] 7Days Group GmbH & Co. KG (nachfolgend: 7Days Group) die Kontrolle über die beiden Schwestergesellschaften Güll GmbH mit Sitz in Lindau und Presse-Service Güll GmbH mit Sitz in St. Gallen (nachfolgend gemeinsam: Güll-Gesellschaften bzw. Güll) zu erlangen. Bisher werden die Güll-Gesellschaften gemeinsam von der Deutsche Post AG und der Neue Verlagsgesellschaft mbH kontrolliert.

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 TK-Gruppe

2. TK hält […] eine indirekte Beteiligung von 50 % an der 7Days Group. TK übt seine Geschäftstätigkeit über die von ihm und der […] gemeinsam gehaltene […] aus. Die Geschäftstätigkeit von […] erfolgt einerseits über die […] und andererseits über die 7Days Group.

3. […] ist als Presse-Grossistin in Deutschland tätig. […] hält weitere Beteiligungen an deutschen Gesellschaften, die jedoch gemäss Meldung in der Schweiz – mit wenigen Ausnahmen – nicht aktiv sind und keine konzernexternen Umsätze erzielen.

4. Die 7Days Group ist gegenwärtig über ihre Tochtergesellschaften in den beiden Bereichen Pressegrosshandel und Drittkundenlogistik tätig.

5. […] ist gemäss Meldung in der Schweiz nahezu ausschliesslich über die Zweigniederlassung der 7Days Media Services GmbH in Egerkingen sowie über die 7Days Food Services AG tätig. Dieses Geschäft hat […] im Rahmen von zwei der WEKO bekannten und als unbedenklich qualifizierten Transaktionen von der Valora erworben.[1]

6. Darüber hinaus erzielt […] in der Schweiz auch über andere Gruppengesellschaften konzernexterne Umsätze:

a) […] hat für Schweizer Reiseveranstalter 2015 in geringem Umfang logistische Dienstleistungen erbracht.

b) […] erzielte im Rahmen seiner Tätigkeit der deutschlandweiten Verwaltung und Zustellung von Presseabonnements für Grosskunden marginale Umsätze mit Bezug zur Schweiz. Diese Umsätze stammen aus der Belieferung einiger weniger Kunden in der Schweiz.

c) Die deutsche *7Days Foodservice GmbH*, die zur 7Days Group gehört, erzielte 2015 in der Schweiz einen Umsatz mit Logistikdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Export von Gütern.

d) Die […], die hauptsächlich im Bereich Druck- und IT-Dienstleistungen tätig ist, erzielte 2015 marginale Umsätze in der Schweiz.

7. Die Beteiligungsstruktur TK-Gruppe einschliesslich […] sieht wie folgt aus:

[…]

A.1.2 […]

8. Die […] hält über […] eine indirekte Beteiligung von 50 % an der 7Days Group, über die die Güll-Gesellschaften erworben werden.

9. […]

10. […]

11. […]

12. […]

13. Gemäss Meldung erzielten ausser über die […] und deren Geschäftsaktivitäten in der Schweiz, weder die […] noch die […] relevante Umsätze in der Schweiz. […]

A.1.3 Güll-Gesellschaften

14. Güll ist eine nach deutschem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Lindau. Sie ist im Handelsregister des Amtsgerichts Kempten (Allgäu) eingetragen.

15. Die Presse-Service Güll ist das Schweizerische Schwesterunternehmen der deutschen Güll und eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in St.Gallen.

[1] RPW 2014/2, 430 ff., *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*; RPW 2015/3, 462 ff., *Kirschner/Valora Warenlogistik AG*.

16. Die Güll-Gesellschaften sind Logistikdienstleister und bieten Drittunternehmen Lösungen für den grenzüberschreitenden Versand ihrer Produkte aus Deutschland in die Schweiz und nach Österreich an. In kleinerem Umfang werden auch umgekehrte Warenströme nach Deutschland betreut. Diese Logistikdienstleistungen erbringt Güll sowohl für Presseerzeugnisse als auch für andere Produkte. Daneben erbringt Güll in geringerem Masse auch Nebenleistungen zur Logistikdienstleistung. Diese umfassen den Betrieb eines Call-Centers im Auftrag von einzelnen Verlagen zur Abonnementsbetreuung und den Zeitschrifteneinkauf für wenige Drittkunden bei deutschen Verlagen. All diese Dienstleistungen erbringt Güll auch in der Schweiz.

A.2 Verfahren

17. Am 14. Juni 2016 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht.

18. Mit Schreiben vom 15. Juni 2016 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfs und versendete am 22. Juni 2016 die Beurteilung des Meldungsentwurfes.

19. Am 24. Juni 2016 ging die Meldung beim Sekretariat ein.

20. Mit Schreiben vom 27. Juni 2016 informierte das Sekretariat die Parteien, dass die Meldung vollständig sei.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

21. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

22. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG).

23. Gemäss Praxis der WEKO kann auch natürlichen Personen, zumindest bezüglich der Zusammenschlusskontrolle, Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zukommen.[2] In Anlehnung an die Praxis der EU werden natürliche Personen namentlich dann als Unternehmen erfasst, wenn sie einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen. D.h. ein Kontrollerwerb durch natürliche Personen wird dann als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG angesehen, wenn diese Personen einer weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.[3]

24. TK sowie A und B XY sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

25. Betreffend TK bzw. A und B XY ist Folgendes anzumerken: Auch wenn sie als natürliche Personen den obligationsrechtlichen Konzernbegriff nicht erfüllen,[4] sind die bei TK bzw. A und B XY vorliegenden Beteiligungsstrukturen in analoger Weise insofern als wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren, als den von ihnen kontrollierten Gesellschaften die wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt. Diese stellt eine konstitutive Voraussetzung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs dar.[5] Nachfolgend wird daher grundsätzlich unter TK jeweils die TK-Gruppe verstanden und unter A und B XY die […].

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

26. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss.

27. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

28. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand.[6]

B.1.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

29. Die Deutsche Post AG und die Neue Verlagsgesellschaft mbH suchten einen Käufer für die Güll-Gesellschaften. Die 7Days Group sieht im Kauf der Güll-Gesellschaften eine gute Möglichkeit, ihr Geschäftsportfolio in Deutschland und der Schweiz zu diversifizieren und ihr Knowhow in den Bereichen Logistik und Vertrieb in diesem zusätzlichen Geschäftsfeld einzubringen. Sie erhofft sich zusätzliche Potentiale für die langfristige Partnerschaft mit ihren Lieferanten.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

30. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

---

[2] Vgl. RPW 2013/3, 390 Rz 16, *Publigroupe/S1TV*; RPW 2014/2, 423 Rz 16, *Aurelius/Publicitas*; RPW 2014/2, 432 Rz 20, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

[3] Vgl. die konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.2.2009, S. 15 Rz 12.

[4] Vgl. Art. 963 des Bundesgesetzes vom 30. März 1991 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

[5] Vgl. RPW 2012/3, 681 Rz 23, *Tamedia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; vgl. auch RPW 2014/4, 747 Rz 21, Thom*as Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*; RPW 2014/2, 432 Rz 22, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

[6] Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

B.3 Meldepflicht

31. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

32. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Dies sind im vorliegenden Fall TK, A und B XY sowie die Güll-Gesellschaften.

33. Gemäss Meldung erzielte einzig […] 2015 in der Schweiz (hauptsächlich über die 7Days Group) einen Jahresumsatz der über dem Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG liegt, nämlich rund […]. Die […] erzielt keinen Umsatz in der Schweiz und der Umsatz der Güll-Gesellschaften liegt deutlich unter der fraglichen Schwelle. Der gesamte Umsatz der Güll-Gesellschaften, also nicht nur die Schweizer Umsätze, betrug 2015 […]. Die Schwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind somit nicht erfüllt.

34. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG untersteht ein Zusammenschlussvorhaben jedoch ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

35. Mit Verfügung vom 5. Juli 1999 hat die WEKO in einem Verfahren nach KG festgestellt, dass die Kiosk AG (deren Geschäft die 7Days Group weiterführt) im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.[7]

36. Es ist daher zu prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der dem Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Die WEKO hat im Zusammenschlussverfahren *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG* den bis anhin abgegrenzten Markt für Logistikdienstleistungen weiter in einen Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen und in einen Markt für Pressegrosshandel segmentiert.[8]

37. Die Güll-Gesellschaften bieten in erster Linie Versandlösungen für die grenzüberschreitende Distribution von Produkten aus Deutschland in die Schweiz und Österreich und umgekehrt an. Diese können ohne weiteres als dem Vertrieb von Presseerzeugnissen[9] vorgelagert oder zumindest benachbart qualifiziert werden.

38. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

39. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

40. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante/r Markt/Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante/r Markt/Märkte

41. 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 VKU).

42. Die Güll-Gesellschaften und die von TK und A und B XY […] sind im Bereich der Drittkundenlogistik tätig. […] ist ausserdem über die 7Days Group auf dem Markt für Pressegrosshandel aktiv.

43. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte beschrieben, welche für das Zusammenschlussvorhaben relevant sind.

B.4.1.1.1. Markt für Kontraktdienstleistungen

44. Im Bereich Drittkundenlogistik ist zwischen Märkten für Logistikdienstleistungen gegenüber Endkonsumenten (B2C) und Logistikdienstleistungen für Unternehmen (B2B) zu unterscheiden. Die WEKO segmentiert den B2B-Bereich sodann in einen Markt für Speditionsdienstleistungen und in einen Markt für Kontraktdienstleistungen.[10]

45. Der Markt für Kontraktdienstleistungen umfasst Leistungen, die nicht nur Transport und Zustellung umfassen, sondern auch Distributionsleistungen wie Bestellmanagement, Versandvorbereitung, Versand und Transport, Finanzmanagement sowie weitere „Value-Added-Services".[11]

46. Gemäss Meldung sind sowohl Güll wie auch […] über 7Days Group ausschliesslich im Bereich B2B und innerhalb dieses Bereichs auf dem Markt für Kontraktdienstleistungen tätig.

---

[7] Vgl. RPW 1999/3, 414 Rz 83, *Bahnhofkioske*; RPW 2014/4, 748 Rz 32, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.
[8] Vgl. RPW 2014/2, 434 Rz 37 ff., *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.
[9] Vgl. RPW 1999/3, 410 ff. Rz 37 ff., *Bahnhofkioske*.
[10] RPW 2015/3, 468 Rz 45, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[11] RPW 2015/3, 468 Rz 46, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

B.4.1.1.2. Markt für Pressegrosshandel

47. Die WEKO hat in ihrer Praxis festgestellt, dass der Vertrieb von Presseerzeugnissen spezielle ökonomische Eigenschaften aufweist. Die Versorgung der unterschiedlichen Verkaufsstellen im gesamten räumlich relevanten Markt mit Presseerzeugnissen werde kostenmässig dadurch optimiert, dass die Belieferung durch ein einziges Unternehmen vorgenommen werde (Bündelungsvorteile). Belieferungssysteme pro Zeitung resp. Zeitschrift oder pro Verlag würden in aller Regel höhere Kosten verursachen. Wie die physische Belieferung weise auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierungen, Rücknahme von nicht verkauften Exemplaren) Eigenschaften auf, welche die Annahme zulassen würden, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt würden. Die Leistungen im relevanten Markt würden somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweisen.[12]

48. Praxisgemäss wird der Markt für Pressegrosshandel in einen Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen sowie einen Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf unterteilt.[13]

B.4.1.2 Räumlich relevante/r Markt/Märkte

49. 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).

B.4.1.2.1. Markt für Kontraktdienstleistungen

50. Kontraktdienstleistungen werden in der Regel von den im Markt bestehenden Unternehmen mindestens schweizweit erbracht. Es ist von daher von einem schweizweiten Markt für Kontraktdienstleistungen auszugehen.[14]

B.4.1.2.2. Markt für Pressegrosshandel

51. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO[15] den Markt für Pressegrosshandel in separate räumlich relevante Märkte je Sprachregion (deutschsprachige Schweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz) abgegrenzt.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

52. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

B.4.2.1 Markt für Kontraktdienstleistungen

53. Gemäss Meldung betrug das Gesamtvolumen des schweizerischen Logistikmarkts 2014 rund CHF 40 Milliarden. Dies erscheint als plausibel, zumal die WEKO für das Jahr 2011 von einem Gesamtvolumen des Schweizer Markts für Kontraktlogistikdienstleistungen von rund CHF 37 Milliarden ausging.[16]

54. Die Umsätze der 7Days Group in der Schweiz im Bereich Drittkundenlogistik beliefen sich gemäss Meldung 2015 auf rund […]. Die Gesamtumsätze der Güll-Gesellschaften in der Schweiz beliefen sich 2015 auf rund […]. Zusammen ergibt sich damit ein Umsatz von rund […]. Der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz der beteiligten Unternehmen beträgt damit weniger als […]. Damit liegt offensichtlich kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.2 Markt für Pressegrosshandel

55. Im Rahmen des Zusammenschlussverfahrens *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik* hat die WEKO festgehalten, dass die 7Days Group in den von ihr bearbeiteten Märkten über einen Marktanteil von gegen 100 % aufweise. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass 7Days Group über eine marktbeherrschende Stellung verfüge.[17] In der Meldung wird nicht geltend gemacht, dass sich an dieser Situation in der Zwischenzeit etwas verändert hätte. Entsprechend liegen hier unbestrittenermassen betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

56. In der Meldung wird ausgeführt, dass sich die Tätigkeit der Güll-Gesellschaften im Bereich Presse auf eine reine Logistikdienstleistung (Übernahme in Deutschland, Konfektionierung, Import in die Schweiz und Übergabe an die schweizerische Post zur Zustellung) beschränke. Sie unterscheide sich wesentlich von der Tätigkeit der 7Days Group im Bereich Pressegrosshandel. Güll sei nicht in der Lage, eine Tätigkeit im Bereich Pressegrosshandel innert nützlicher Frist aufzunehmen, und plane auch keine solche Tätigkeit. Güll sei deshalb kein potentieller Konkurrent der 7Days Group im Bereich Pressegrosshandel.

57. Aufgrund der Tätigkeit der Güll-Gesellschaften als Logistikdienstleisterinnen kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass sich durch das Zusammenschlussvorhaben Synergieeffekte insbesondere im Transport realisieren lassen. In Anbetracht der verschwindend kleinen Marktanteile im Bereich der Kontraktlogistik ist vorliegend allerdings davon auszugehen, dass allfällige, aus dem Zusammenschlussvorhaben resultierende, Verbundeffekte nicht zu einer Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung der 7Days Group (bzw. der diese kontrollierenden TK-Gruppe […]) auf dem Markt für Pressegrosshandel oder zu einer Begründung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt für Kontraktlogistik führen.[18]

---

[12] RPW 2015/3, 468 Rz 48, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[13] RPW 2014/2, 434 f. Rz 42, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.
[14] RPW 2015/3, 468 Rz 51, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[15] Vgl. RPW 2015/3, 468 Rz 45 ff., Tho*mas Kirschner/Valora Warenlogistik* mit Hinweisen auf RPW 1999/3, 471 Rz 22, *Valora Holding AG – Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*; vgl. auch RPW 2014/2, 435 Rz 47, *Thomas Krischner/Valora Mediaservices AG*.
[16] RPW 2015/3, 468 Rz 54, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[17] RPW 2015/3, 469 Rz 57, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[18] Vgl. ebenso RPW 2015/3, 469 Rz 59, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

B.4.3 Nebenabreden

58. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

59. Wettbewerbsabreden können nur dann als «mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden» angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.[19]

60. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.[20]

61. Gemäss Meldung verpflichten sich die Verkäuferinnen gegenüber den Käuferinnen, während […] nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens, diese in […].

62. Ausserdem haben sich gemäss Meldung die Verkäuferinnen gegenüber den Käuferinnen auch verpflichtet, innerhalb eines Zeitraums von […] ab Vollzug des Zusammenschlussvorhabens […]

63. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission[21] orientiert.[22]

64. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.[23]

65. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.[24]

66. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.[25]

67. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.[26]

68. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.[27]

69. Die in der Meldung genannten Konkurrenz- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

---

[19] RPW 2016/1, 283 Rz 159, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[20] RPW 2016/1, 283 Rz 160, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[21] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[22] Vgl. RPW 2010/3 504 Rz 63 ff., Franc*e Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2006/4 689 Rz 35 ff., *ISS/Edelweissfm*; RPW 2012/1, 150 Rz 63, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
[23] Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[24] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.
[25] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.
[26] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.
[27] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

B.4.4 Ergebnis

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

B 2.3	**2. Denali Holding Inc./EMC Corporation**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. März 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 10. März 2016

A Sachverhalt

1. Am 9. Februar 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Denali Holding Inc. (nachfolgend: Denali), Muttergesellschaft der Dell Inc. (nachfolgend: Dell), die alleinige Kontrolle über die EMC Corporation (nachfolgend: EMC) zu erwerben.

2. Dell stellt zurzeit die einzige Geschäftstätigkeit bzw. den einzigen Vermögenswert von Denali mit Sitz in Round Rock, Texas, USA, dar. Dell mit Sitz in Round Rock, Texas, USA, ist ein multinationales Computer-Technologie-Unternehmen. Sie bietet ein breites Portfolio von Produkten und Dienstleistungen an und ist in vier Hauptgeschäftsfelder gegliedert, nämlich *Client Solutions* (Verkauf von Desktops, Notebooks, Tablets, Thin Clients und zugehörige Dienstleistungen), *Enterprise Solutions Group* (Verkauf von Servern, Netzwerk-Produkten, Speichersystemen und zugehörigen Dienstleistungen), *Dell Software Group* (Verkauf von Software, einschliesslich Systemmanagement-, Sicherheits- und Informationsmanagementsoftware) und *Dell Services* (IT- und Business-Dienstleistungen). Darüber hinaus bietet *Dell Financial Services* optionale Finanzierungen für Kunden von Dell an.

3. EMC ist eine börsenkotierte Gesellschaft[1] mit Sitz in Hopkinton, Massachusetts, USA, und bietet Datenspeicherung, Informationssicherheit, Virtualisierung, Analytik, Cloud-Computing sowie andere Produkte und Dienstleistungen an, die es Unternehmen ermöglichen, Daten zu speichern, zu verwalten, zu schützen und zu analysieren. Das Kerngeschäft von EMC, *EMC Information Infrastructure*, gliedert sich in drei Segmente, nämlich Information Storage (externe Unternehmensspeichersysteme), *Enterprise Content Division* (Unternehmenssoftware und Cloud-Lösungen) und *RSA Information Security* (Identitäts- und Datenschutz, Sicherheitsmanagement und Compliance-Dienstleistungen).

4. EMC hält eine Beteiligung von etwa 81 % an VMware, Inc. (nachfolgend: VMware), einer börsenkotierten Anbieterin von Virtualisierungssoftware, sowie eine Mehrheitsbeteiligung an Pivotal Software, Inc., einer Anbieterin von Anwendungs- und Dateninfrastruktursoftware, Softwareentwicklung und Consulting im Bereich Data Science Consulting Services. Zudem ist EMC mit 87 % an der VCE Company LLC (nachfolgend: VCE), einem Gemeinschaftsunternehmen mit Cisco Systems, Inc. (nachfolgend: Cisco)[2], beteiligt. VCE verkauft konvergente Infrastrukturanwendungen, insbesondere konvergente Datenzentrum-Einheiten, sog. vBlocks, die Cisco-Server und Netzwerkhardware, EMC-Speichersysteme und VMware-Software enthalten.

5. Das Zusammenschlussvorhaben zielt laut Dell und EMC (nachfolgend gemeinsam auch: Parteien) darauf ab, die komplementären Stärken von Dell (bei PCs und Servern) und EMC (bei Speicherung und Software) zu vereinigen, indem ein Unternehmen gegründet wird, das in der Lage ist, sowohl grossen als auch kleineren Kunden ein umfassendes Angebot von Lösungen für ihre schnell wachsenden und sich laufend verändernden IT-Bedürfnisse anzubieten. Gemäss den Zusammenschlussparteien wird das Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich zu erheblichen Kosteneinsparungen führen.

6. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben wurde am 25. Januar 2016 auch bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) gemeldet.[3] Am 29. Februar 2016 hat die EU-Kommission das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen genehmigt.[4]

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. Gemäss den Ausführungen der Parteien handelt es sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

B.2 Meldepflicht

8. Dell stellt die einzige Geschäftstätigkeit bzw. einzigen Vermögenswert von Denali dar. Die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG sind gestützt auf Umsatzzahlen von Dell und EMC im Geschäftsjahr 2014 erreicht.[5] Somit ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

[1] Zum 27.2.2015 besass kein Aktionär mehr als […] % des Aktienkapitals, mit Ausnahme von BlackRock, Inc. ([…] %) und The Vanguard Group ([…] %).
[2] Cisco hält […] % der Aktien an der VCE und VMware die übrigen […] %.
[3] Case No COMP/M.7861 (2016), *Dell/EMC*.
[4] EU-Kommission, Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von EMC durch Dell, Pressemitteilung vom 29. Februar 2016, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-444_de.htm> (8.3.2016).
[5] Das Geschäftsjahr 2014 von Dell wie auch von Denali endete am 30.1.2015.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

Externe Unternehmensspeichersysteme (externe ESS)

9. Ein Speichersystem bietet eine gemeinsame Schnittstelle für mehrere Hard-Disk-Drives (Festplatten-Drives) oder Solid-State (Flash) Drives. Es gibt sowohl interne als auch externe Speicher. Ein interner Speicher ist im Server enthalten, weshalb die interne Speicherkapazität auf die physische Serverumgebung begrenzt ist. Dabei können ungenutzte interne Speicherkapazitäten im Allgemeinen nicht anderen Speichersystemen zugewiesen werden oder kann nicht von letzteren auf erstere zugegriffen werden, was bedeutet, dass die Nutzung des internen Speichers in einem Rechenzentrum nicht effizient ist. Im Gegensatz dazu ist ein externer Speicher entweder direkt an einen Server angeschlossen oder mit diesem über ein Computernetzwerk verbunden, wodurch ein gemeinsamer Speicher-Pool geschaffen wird, der gleichzeitig für mehrere Server zugänglich ist.

10. Nebst der Unterteilung in interne und externe Speicher können Speicher auch in Enterprise-Storage und Consumer-Storage unterteilt werden. Während die Abnehmer von Enterprise-Storage-Systemen (Unternehmensspeichersystemen) in der Regel Unternehmen sind, werden Consumer-Storage-Systeme (Verbraucherspeichersysteme)[6] oft von Endkonsumenten (Einzelpersonen) nachgefragt. Dabei hat Enterprise-Storage im Vergleich zu Consumer-Storage eine höhere Skalierbarkeit, eine höhere Zuverlässigkeit, eine bessere Fehlertoleranz und einen viel höheren ursprünglichen Preis.[7]

11. Ein externes Unternehmensspeichersystem (nachfolgend auch: externes ESS) ist ein Bestandteil eines klassischen Rechenzentrums, welches zusammen mit anderen IT-Komponenten für ein Unternehmen Daten speichert, verwaltet und verbreitet. Neben dem Speichersystem sind Server, Netzwerk-Hardware, Sicherheits-Hardware (wie Firewalls) und redundante Stromversorgungs- und Kühlsysteme weitere Komponenten eines Rechenzentrums. Obwohl Server eigene, interne Speicher enthalten können, sind aufgrund der grossen Datenmengen und der benötigten Rechenleistung bei heutigen Unternehmenstätigkeiten externe ESS dennoch in der Regel erforderlich.

12. In ihrem Entscheid *Hewlett-Packard/Compaq* aus dem Jahre 2002 grenzte die WEKO den Storagemarkt in die drei sachlich relevanten Märkte Disk-Storage (Magnetdisks), Tape-Storage (Magnetbänder) und Optical-Storage (optische Datenträger) ab und erwog, den Markt für Disk-Storage-Systeme weiter in einen solchen für Server-Storage und einen solchen für Enterprise-Storage abzugrenzen, ohne eine abschliessende diesbezügliche Abgrenzung vorzunehmen.[8]

13. In ihrer bisherigen Praxis zur Marktabgrenzung im Bereich Speichersysteme identifizierte die EU-Kommission mögliche separate Produktmärkte je nach verwendetem Speichermedium (Disk, Tape und Optical), liess die genaue sachliche Marktabgrenzung jedoch offen.[9] In ihrem Entscheid *HP/Compaq* wies die EU-Kommission darauf hin, dass festplattenbasierte Speicherlösungen verschiedene Formen annehmen können. So kann das Speichersystem direkt an den Server angeschlossen sein (Directly-Attached-Storage, DAS) oder durch fortschrittliche, netzwerkbasierte Speicherlösungen wie Network-Attached-Storage (NAS) und Storage-Area-Networks (SAN) bedient werden. Im selben Entscheid erwog die EU-Kommission einen Markt für DAS als engst mögliche sachliche Marktabgrenzung.[10] Dem Entscheid *Sun/Storagetek* ist zu entnehmen, dass gemäss der Klassifizierung der International Data Corporation (nachfolgend: IDC) Magnetband-Speicherlösungen (Tape-Storage) in Magnetband-Laufwerke (Tape-Drives) und Tape-Automation-Systems[11] unterteilt werden können, und dass diese beiden Kategorien jeweils weiter in Entry-Level (Einstiegsklasse), Mid-Range (Mittelklasse) und Enterprise-Tape-Products (Magnetbandprodukte für Unternehmen) segmentiert werden können.[12]

14. Gemäss den Parteien hat sich der Markt für Speicherlösungen in den letzten Jahren erheblich entwickelt. Sie machen geltend, dass interne Speicher und Verbraucherspeichersysteme nicht zum selben sachlich relevanten Markt wie externe ESS gehören. Weiter sind sie der Meinung, dass aufgrund von technischen Fortschritten die Aufteilung der Märkte nach der Art des Speichermediums heute weit weniger relevant ist als in den von ihnen in ihrer Meldung genannten Fällen der WEKO und der EU-Kommission. Auch frühere Unterscheidungen zwischen DAS, NAS und SAN halten die Parteien mit Verweis auf Entwicklungen im Einsatz und in der Technologie des Speicherns für nicht mehr relevant. Auch glauben die Parteien nicht, dass die von der IDC veröffentlichten drei weitgefassten Preisklassen für externe ESS, nämlich Entry-Level, Mid-Range und High-End, eigenständige sachlich relevante Märkte im Sinne des Kartellrechts sind. So erachten die Parteien den sachlich relevanten Markt als nicht enger als den Markt für das Angebot von externen ESS.

---

[6] Gemäss den Parteien sind Verbraucherspeichersysteme beispielsweise externe Festplatten und USB-Sticks.

[7] Vgl. <https://en.wikipedia.org/wiki/Enterprise_storage> (4.3.2016) mit Verweis auf "What is Storage", <http://content.dell.com/us/en/ enterprise/storage-solutions-what-is-it.aspx> (27.3.2012).

[8] Vgl. RPW 2002/2, 302 f. Rz 33 f., *Hewlett-Packard/Compaq*. Diese Praxis bestätigte die WEKO in ihrem Entscheid H*ewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation* (RPW 2009/2, 162 Rz 38 ff.). Als Server-Storage bezeichnete die WEKO Speichersysteme, welche einen komplementären Zusatz zu einem Server darstellen, als Enterprise-Storage Speichersysteme für Kunden, die einen von einem Serververkauf unabhängigen Bedarf an Speicherkapazität haben (RPW 2002/2, 303 Fn 11 und 12, *Hewlett-Packard/Compaq*).

[9] Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 943, *Oracle/Sun Microsystems*; Case No COMP/M.3866 (2005), Rz 7 ff., *Sun/Storagetek*; Case No COMP/M.2609 (2002), Rz 24, *HP/Compaq*.

[10] Case No COMP/M.2609 (2002), Rz 25, *HP/Compaq*.

[11] Gemäss The Free Dictionary by Farlex ist „tape automation system" ein anderer Ausdruck für „tape library", vgl. <http://encyclopedia2.thefreedictionary.com/Tape+automation> (29.2.2016).

[12] Case No COMP/M.3866 (2005), Rz 8, *Sun/Storagetek*.

15. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird nachfolgend von einem sachlich relevanten Markt für externe ESS ausgegangen. Zudem wird dieser Markt alternativ nach Preissegmenten weiter in die drei sachlich relevanten Märkte Entry-Level externe ESS, Mid-Range externe ESS und High-End externe ESS abgegrenzt, wobei gestützt auf von der IDC erhältliche Daten für Entry-Level externe ESS ein durchschnittlicher Verkaufswert unter USD 25‘000, für Mid-Range externe ESS ein solcher von USD 25‘000 bis USD 249‘999 und für High-End externe ESS ein solcher von mindestens USD 250‘000 angenommen wird. Die genaue sachliche Marktabgrenzung im Bereich Speichersysteme kann vorliegend jedoch mangels Einfluss auf das Ergebnis dieser Vorprüfung offen gelassen werden.

Backup-Software

16. Gemäss den Parteien ist Backup-Software eine Art Speicher-Software (Storage-Software), die dazu dient, zusätzliche Datenkopien auf getrennten Speichergeräten herzustellen, um die Datensicherheit und Datenintegrität zu sichern.

17. In ihrem Entscheid *Symantec/Veritas* grenzte die EU-Kommission einen sachlich relevanten Markt für Backup- und Archiv-Software ab.[13] Ein solcher Markt wurde damals auch von der IDC ausgewiesen. Zudem stellte die EU-Kommission fest, dass es nicht notwendig ist, diesen Markt weiter nach dem Betriebssystem, auf welchem die Software laufen kann, zu unterteilen. In der Vorabklärung *Wartung von FalconStor Software* befasste sich das Sekretariat der WEKO mit Wartungs- und Supportleistungen im Bereich der Speicher-Virtualisierung und Datensicherung.[14] Die WEKO hat bis anhin keine Marktabgrenzung bezüglich Backup-Software vorgenommen.

18. Gemäss den Parteien ist der sachlich relevante Markt nicht enger als der Markt für Backup-Software. Sie weisen darauf hin, dass die IDC aktuell Backup-Software als Data Protection and Recovery-Software klassifiziert, Archiv-Software dagegen der Archiving-Software zuordnet.

19. Für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben wird von einem sachlich relevanten Markt für Backup-Software ausgegangen. Schliesslich kann die genaue Marktabgrenzung aber offen gelassen werden, da das Ergebnis der Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung bezüglich Backup-Software und Archiv-Software dasselbe bleibt.

Identitäts- und Zugriffsmanagement-Software (IAM-Software)

20. Die Identitäts- und Zugriffsmanagement-Software (IAM-Software) beinhaltet gemäss dem Entscheid *Dell/Quest* der irischen Wettbewerbsbehörde ein umfassendes Angebot an Lösungen, um Benutzer eines Systems zu identifizieren und deren Zugang zu Ressourcen innerhalb dieses Systems zu kontrollieren, indem Benutzerrechte und -beschränkungen mit der erstellten Identität verknüpft werden.[15]

21. In ihrem Entscheid *Intel/McAfee* zog die EU-Kommission einen eigenen sachlich relevanten Markt für Endpoint-Security in Betracht, welcher weiter nach Art der Endkonsumenten unterteilt werden könnte, und zwar in einen Markt für Endpoint-Security für Konsumenten und einen Markt für Endpoint-Security für Unternehmen.[16] Die exakte Marktabgrenzung bezüglich Endpoint-Security liess die EU-Kommission schliesslich aber offen. In ihrem Entscheid *Dell/Quest* betrachtete die irische Wettbewerbsbehörde u.a. die Marktanteile der Zusammenschlussparteien in der Software-Kategorie IAM, legte schliesslich aber keine endgültigen Marktabgrenzungen fest.[17]

22. Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für IAM-Software ausgegangen. Die genaue sachliche Marktabgrenzung bezüglich IAM-Software kann aber offen gelassen werden, weil das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren diesbezüglichen sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Virtualisierungssoftware

23. In der Informatik bezieht sich Virtualisierung auf die Aufteilung von Computerressourcen, wie Hardware, Betriebssystemen, Speichergeräten oder Netzwerkressourcen in virtuelle Einheiten. Diese Einheiten sind, obwohl an die referenzierte Hardware gekoppelt, eigenständige und in sich geschlossene Ressourceeinheiten. Virtualisierung ist somit eine Abstraktionsschicht zwischen der Hardware und den Software-Komponenten wie Betriebssystem und Anwendungen.

24. In seiner Vorabklärung *Wartung von FalconStor Software* befasste sich das Sekretariat der WEKO mit dem Markt der Virtual-Tape-Library-Lösungen (vgl. Rz 17). Virtual-Type-Libraries gehören zur Speicher-Virtualisierungssoftware.[18] Die WEKO hat bis anhin keine Marktabgrenzung im Bereich Virtualisierungssoftware vorgenommen.

25. In mehreren Entscheiden befasste sich die EU-Kommission mit Middleware.[19] Middleware bezeichnet eine breite Kategorie von Software-Produkten, welche Infrastruktur für Anwendungen liefert, damit diese auf einem Server laufen können, damit auf diese von einer

[13] Vgl. Case No COMP/M.3697 (2005), Rz 16, *Symantec/Veritas*.
[14] Vgl. RPW 2015/1, 76 ff., *Wartung von FalconStor Software*.
[15] Vgl. Entscheid der irischen Wettbewerbsbehörde M|12|013 vom 17.8.2012, Annex I, *Dell/Quest*.
[16] Vgl. Case No COMP/M.5984 (2011), Rz 50 f., *Intel/McAfee*. Gemäss jenem Entscheid (vgl. dortige Fn 9) bezieht sich Endpoint auf ein breites Spektrum an Geräten, insbesondere Desktops, Notebooks und Handheld-Geräte. Endpoint-Security umfasst Produkte, welche dazu bestimmt sind, Endpoints vor Angriffen zu schützen oder welche direkt Informationen auf Endpoints schützen (vgl. dortige Rz 40). Gemäss der Einteilung bei der IDC ist Endpoint-Security zu unterscheiden von Network-Security, Messaging-Security und Web-Security (vgl. dortige Rz 39).
[17] Entscheid der irischen Wettbewerbsbehörde M|12|013 vom 17.8.2012, Rz 7,14 und 25, Table 1, Annex I, *Dell/Quest*.
[18] Vgl. <https://en.wikipedia.org/wiki/Virtual_tape_library> (3.3.2016).
[19] Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 760 ff., *Oracle/Sun Microsystems*; Case No COMP/M.5080 (2008), Rz 7 ff. *Oracle/BEA*.

Vielzahl an Kunden über ein Netzwerk zugegriffen werden kann und damit diese eine Vielzahl von Informationsquellen verbinden können.[20] Eine Unterkategorie von Middleware ist gemäss der EU-Kommission die Virtualisierungssoftware.[21] Die genaue Marktabgrenzung bezüglich Middleware liess die EU-Kommission schliesslich aber offen.[22]

26. Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für Virtualisierungssoftware ausgegangen. Es ist aber denkbar, den sachlichen Markt bezüglich Virtualisierungssoftware sowohl weiter als auch enger abzugrenzen, z.B. auch zwischen Server- und Speicher-Virtualisierungssoftware zu unterscheiden. Schliesslich kann die diesbezügliche sachliche Marktabgrenzung aber offen bleiben, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Server

27. Ein Server ist ein System, welches über ein Rechnernetz auf Anfragen reagiert, um netzwerkbasierte Anwendungen oder Data-Services zur Verfügung zu stellen oder zu helfen, zur Verfügung zu stellen.

28. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO im Bereich Server separate Märkte nach Preisklassen abgegrenzt, nämlich Entry-Level-Server (mit Verkaufspreis unter USD 100‘000), Mid-Range-Server (mit Verkaufspreis von USD 100‘000 bis USD 1 Mio.) und High-End-Server (mit Verkaufspreis über USD 1 Mio.). Im Entscheid *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation* hat sie die definitive Marktabgrenzung offen gelassen. Im früheren Entscheid *Hewlett-Packard/Compaq* erwog die WEKO auch eine sachliche Abgrenzung nach Architektur des Servers, kam jedoch zum Schluss, dass die Aufteilung des Servermarktes aufgrund der Architektur weitgehend mit einer Aufteilung nach Preisklassen übereinstimmt.[23]

29. Die EU-Kommission kam in ihren früheren Entscheiden ebenfalls zum Schluss, dass der Markt für Server nach Preisklassen weiter segmentiert werden könne, nämlich in Entry-Level-, Mid-Range- und High-End-Server. Sie liess die genaue sachliche Marktabgrenzung jedoch jeweils offen.[24] Die EU-Kommission hielt im Entscheid *HP/Compaq* fest, dass die Preise die verschiedenen Funktionalitäten der Server widerspiegeln würden und alternative Marktsegmentierungen nach Betriebssystemen oder den unterstützten Anwendungen nicht relevant seien. Auch in diesem Entscheid liess sie die definitive Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aber offen.[25]

30. Die wettbewerbsrechtliche Analyse wird vorliegend auf x86-basierte Server beschränkt, weil (i) Dell nur x86-basierte Server mit offener Architektur verkauft und (ii) die Virtualisierungssoftware von VMware aber auch von Red Hat, Microsoft und deren Konkurrenten nur auf x86-basierten Servern läuft. x86-basierte Server machen gemäss Parteien gemessen am Umsatz mehr als 80 % und gemessen an Einheiten mehr als 90 % aller Server aus.

31. Zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses werden nachfolgend der Markt für x86-basierte Server sowie die Segmente Entry-Level, Mid-Range und High-End x86-basierte Server einer Analyse unterzogen. Schliesslich kann die definitive sachliche Marktabgrenzung bezüglich Server jedoch offen gelassen werden, da das Ergebnis dieser Vorprüfung bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung unverändert bleibt. In anderen Fällen können je nach Tätigkeit der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen und dem Zusammenschlussvorhaben selbst andere Abgrenzungen angebracht sein.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

Externe Unternehmensspeichersysteme (externe ESS)

32. In räumlicher Hinsicht ging die WEKO in ihren Entscheiden *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation* und *Hewlett-Packard/Compaq* von mindestens europäischen, wenn nicht sogar weltweiten Märkten im Bereich Speichersysteme aus.[26]

33. Auch die EU-Kommission war in ihren Entscheiden der Ansicht, dass die Märkte im Bereich Speichersysteme zumindest als den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) umfassend abzugrenzen sind, liess jedoch die definitive räumliche Marktabgrenzung jeweils offen.[27]

34. Die Parteien sind der Ansicht, dass der geographisch relevante Markt für externe ESS weltweit abzugrenzen ist, weil (i) die Hersteller unabhängig von ihrem Standort allen ihren Kunden die gleichen Produkte derselben Marke anbieten, (ii) fast alle Lieferanten von Speichern eine weltweite Präsenz (in eigenem Namen oder durch Händler) haben, (iii) die Transportkosten niedrig sind, (iv) die technischen Voraussetzungen und die sprachlichen Unterschiede keinen Einfluss auf den grenzüberschreitenden Handel haben und (v) die Preise über die geographischen Regionen hinaus weitgehend ähnlich sind.

35. Vorliegend kann die genaue räumliche Abgrenzung der Märkte im Bereich Speichersysteme offen gelassen werden, da das Ergebnis dieser Vorprüfung bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Backup-Software

36. In ihrem Entscheid *Symantec/Veritas* liess die EU-Kommission die räumliche Abgrenzung des Marktes für Backup- und Archiv-Software offen (vgl. Rz 21).[28] Im

[20] Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 760, *Oracle/Sun Microsystems*, mit Verweis auf Case No M.5080 (2008), *Oracle/BEA*.
[21] Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 761, *Oracle/Sun Microsystems*.
[22] Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 765, *Oracle/Sun Microsystems*; Case No COMP/M.5080 (2008), Rz 12, *Oracle/BEA*.
[23] RPW 2009/2, 161 Rz 32 ff., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*; RPW 2002/2, 300 ff. Rz 22 ff., *Hewlett-Packard/Compaq*; vgl. auch RPW 1998/2, 275, *Compaq/DEC*.
[24] COMP/M.7458 (2014), Rz 37, *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*; Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 941, *Oracle/Sun Microsystems*; Case No COMP/M.2609 (2002), Rz 19 ff., *HP/Compaq*; IV/M.1120 (1998), Rz 7 ff., *Compaq/Digital*.
[25] Case No COMP/M.2609 (2002), Rz 20 ff., *HP/Compaq*.
[26] RPW 2009/2, 162 Rz 46, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*; RPW 2002/2, 304 Rz 42, *Hewlett-Packard/Compaq*.
[27] Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 950, *Oracle/Sun Microsystems*; Case No COMP/M.3866 (2005), Rz 12 f., *Sun/Storagetek*; Case No COMP/M.2609 (2002), Rz 25, *HP/Compaq*.
[28] Vgl. Case No COMP/M.3697 (2005), Rz 21, *Symantec/Veritas*.

selben Entscheid verwies sie darauf, dass sie die räumliche Abgrenzung von Software-Märkten auch in früheren Entscheiden offen gelassen hatte.[29] Weiter beschrieb die EU-Kommission, dass man im Kontext dieser Untersuchungen herausgefunden hatte, dass Verkäufer ihre Software-Produkte typischerweise global in einer Standardfunktionsversion anbieten, ausgenommen bezüglich der Sprache. Sie schrieb auch, dass gewisse Software-Anwendungen den Kunden immer noch auf einer nationalen Basis angeboten werden.[30]

37. Gemäss den Parteien ist der Markt für Backup-Software räumlich weltweit abzugrenzen. Dabei verweisen sie auf den Entscheid *Intel/McAfee* aus dem Jahr 2011, in welchem die EU-Kommission erwog, die Endpoint-Security-Märkte räumlich weltweit oder zumindest EWR-weit abzugrenzen.[31] Gemäss Ansicht der Parteien weist Backup-Software keinerlei Besonderheiten auf, die für eine andere räumliche Abgrenzung des Produktemarktes sprechen würden.

38. Nachfolgend wird die räumliche Marktabgrenzung bezüglich Backup-Software offen gelassen, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Identitäts- und Zugriffsmanagement-Software (IAM-Software)

39. In ihrem Entscheid *Intel/McAfee* erwog die EU-Kommission, dass Endpoint-Security-Märkte (vgl. Rz 21) weltweit oder zumindest EWR-weit abzugrenzen sind (vgl. Rz 37).

40. Gemäss den Parteien ist für IAM-Lösungen von einem weltweiten Markt auszugehen. Als Gründe nennen sie das gleiche Produktangebot der Anbieter gegenüber all ihren Kunden, dass fast alle Hauptanbieter von IAM in sämtlichen Teilen der Welt vertreten sind, geringe oder inexistente Transportkosten, dass technische Anforderungen und Sprachunterschiede keinerlei Auswirkung auf den grenzüberschreitenden Handel haben und die über die geographischen Regionen hinweg weitgehend ähnlichen Preise. Dennoch sind sie auch der Meinung, dass die Frage der geographischen Marktabgrenzung offen gelassen werden kann, da die geplante Transaktion weder auf globaler, EWR- noch schweizweiter Ebene zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gibt.

41. Für vorliegendes Zusammenschlussvorhaben kann die genaue räumliche Marktabgrenzung bezüglich IAM-Software offen gelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Virtualisierungssoftware

42. Sowohl für die Beurteilung des Zusammenschlusses *Oracle/Sun Microsystems* als auch weiterer Zusammenschlüsse ging die EU-Kommission für Middleware und Sub-Segmente von Middleware – und somit auch für die Virtualisierungssoftware (vgl. Rz 25) – von einer weltweiten Marktabgrenzung aus.[32] Gemäss den Parteien ist in Bezug auf VMwares Virtualisierungssoftware von einem weltweiten Markt auszugehen.

43. Vorliegend kann die genaue räumliche Abgrenzung bezüglich Virtualisierungssoftware offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

Server

44. In räumlicher Hinsicht ging die WEKO in ihren Entscheidungen *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation* und *Hewlett-Packard/Compaq* von mindestens europäischen, wenn nicht sogar weltweiten Märkten im Bereich Server aus.[33]

45. Auch die EU-Kommission hielt in ihren bisherigen Entscheiden im Bereich Server fest, dass die Server-Märkte mindestens EWR-weit oder weltweit abzugrenzen sind, liess die exakte räumliche Marktabgrenzung aber jeweils offen.[34]

46. Nach Ansicht der Parteien ist von einem weltweiten Markt für Server auszugehen, insbesondere aufgrund von niedrigen Transportkosten sowie der Ähnlichkeit von Kundenwünschen, Produktspezifikationen und Absatzformen der wichtigsten Hersteller.

47. Vorliegend kann die genaue räumliche Abgrenzung der Märkte im Bereich Server offen gelassen werden, da sich das Ergebnis dieser Vorprüfung auch bei der engst möglichen räumlichen Marktabgrenzung nicht ändert.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

48. Es zeigt sich, dass der Markt für externe ESS sowohl bei einer europaweiten als auch bei einer weltweiten räumlichen Marktabgrenzung ein im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffener Markt ist mit kumulierten, umsatzbasierten Marktanteilen der Zusammenschlussparteien für 2014 von [30–40] % (europaweit[35]) resp. [30–40] % (weltweit). Auch bei einer allfälligen weiteren Segmentierung des sachlich relevanten Marktes für externe ESS in Entry-Level, Mid-Range und High-End externe ESS sind alle drei Märkte sowohl europaweit als

[29] Vgl. Case No COMP/M.3697 (2005), Rz 18 und Fn 4, *Symantec/Veritas*, mit Verweisen auf Case No IV/M.336 (1993), *IBM France/CGI*; Case No IV/M.1580 (1999), *CAI/Platinum*.

[30] Vgl. Case No COMP/M.3697 (2005), Rz 18 und Fn 5, *Symantec/Veritas* mit Verweisen auf Case No IV/M.1580 (1999), *CAI/Platinum*, Rz 14; IV/M.668 (1995), *Philips/Origin*, und Case No IV/M.798 (1996), *General Electric/CompuNet*.

[31] Vgl. Case No COMP/M.5984 (2011), Rz 55, *Intel/McAfee.*

[32] Vgl. Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 769 *Oracle/Sun Microsystems*. Auch bei SAP/Sybase und Oracle/BEA beurteilte die EU-Kommission die Zusammenschlüsse unter der Annahme weltweiter Märkte bezüglich Middleware (vgl. Case No COMP/M.5904 (2010), Rz 43, *SAP/Sybase*; Case No COMP/M.5080 (2008), Rz 15, *Oracle/BEA*).

[33] RPW 2009/2, 162 Rz 46, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*; RPW 2002/2, 304 Rz 42, *Hewlett-Packard/Compaq*.

[34] Case No COMP/M.7458 (2014), Rz 41, *IBM/INF Business of Deutsche Lufthansa*; Case No COMP/M.5529 (2010), Rz 950, *Oracle/Sun Microsystems*; Case No COMP/M.2609 (2002), Rz 23, *HP/Compaq*; Case No IV/M.1120 (1998), Rz 11 f., *Compaq/Digital*.

[35] Gemäss den Parteien umfassen die Marktdaten 26 europäische Länder: alle EWR-Staaten einschliesslich der Schweiz und zusätzlich gewisse zentral- und osteuropäische Staaten.

auch weltweit im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU betroffen, wobei es in letzterem Markt europa- und weltweit zu keiner oder nur einer minimalen Marktanteilsaddition kommt.[36]

49. Ein weiterer betroffener Markt ist derjenige für Virtualisierungssoftware – und zwar sowohl bei einer westeuropaweiten als auch bei einer weltweiten Betrachtung, allerdings ohne dass es zu Marktanteilsadditionen kommt. So betrug der umsatzbasierte Marktanteil von EMC[37] 2014 in Westeuropa (inkl. Schweiz) [40–50] % und weltweit [40–50] %. Virtualisierungssoftware kann in Verbindung mit Servern und Speichern verwendet werden, auch mit x86-basierten Servern.[38] Von letzteren Servern ist Dell ein wichtiger Anbieter. So verfügte Dell 2014 in diesem Markt europaweit über einen Markanteil von [10–20] % und weltweit über einen solchen von [20–30] %. Zudem kann die von VMware angebotene Virtualisierungssoftware mit Speichern verwendet werden, wie sie von EMC und Dell angeboten werden.

50. Knapp nicht betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU ist der weltweite Markt für Backup-Software, in welchem beide Zusammenschlussparteien tätig sind. Hier erreichen die Zusammenschlussparteien für 2014 weltweit einen kumulierten Marktanteil von [10–20] % und im Gebiet EWR plus Schweiz einen solchen von < [10–20] %. Ebenfalls in diesem Sinne nicht betroffen ist der Markt für IAM-Software. Auf diesem sachlichen Markt sind beide Zusammenschlussparteien tätig mit einem kumulierten, weltweiten Marktanteil für das Jahr 2014 von [10–20] %.

B.3.2.1 Horizontale Effekte – Externe Unternehmensspeichersysteme (externe ESS)

51. EMC ist mit einem umsatzbasierten Marktanteil von [30–40] % 2014 weltweit der führende Marktteilnehmer im Markt für externe ESS, während Dell einen solchen von [0–10] % aufweist und damit der […] Marktteilnehmer ist. Auch europaweit ist EMC Marktführer im Bereich externer ESS mit einem Marktanteil im Jahr 2014 von [20–30] %, während Dell 2014 […] Wettbewerber war (Marktanteil: [0–10] %).

52. Konkurrenten der Parteien im weltweiten Markt für externe ESS sind einerseits etablierte Marktteilnehmer wie [IBM und NetApp mit einem umsatzbasierten Marktanteil für 2014 von jeweils 10–20 %, Hitachi und HP mit einem solchen von jeweils 0–10 %] sowie Oracle, Fujitsu, Huawei und DataDirect Networks. Andererseits sind Nischenplayer oder Startup-Unternehmen Konkurrenten der Parteien. Des Weiteren sind sog. Original-Design-Manufacturers (ODMs), welche ihren Fokus stark auf das Angebot im Entry-Level-Segment legen, Konkurrenten von Dell und EMC. Zudem nennen die Parteien Anbieter von Cloud-Speichern als Konkurrenten. Gemäss Parteien erzeugen diese Anbieter von cloud-basierten Speicherlösungen Wettbewerbsdruck auf die traditionellen Anbieter von externen ESS. Europaweit sind dieselben vier Unternehmen wie weltweit die umsatzstärksten Konkurrenten der Zusammenschlussparteien im Markt für externe ESS, wenngleich in etwas veränderter Reihenfolge.

53. Werden die Marktanteile anhand der verkauften Einheiten anstatt anhand der erzielten Umsätze errechnet, so beträgt der weltweite Marktanteil von Dell 2014 bei den externen ESS [10–20] % und derjenige von EMC [10–20] %, kumuliert somit [20–30] %. Somit ist dieser Markt auch gestützt auf die Anzahl abgesetzter Einheiten ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Dells Marktanteil im weltweiten Markt für ESS ist 2014 gemessen an der Anzahl abgesetzter Einheiten somit […] so gross wie gemessen am Umsatz (Marktanteil von [10–20] % verglichen mit [0–10] %). Dagegen ist EMCs Marktanteil in diesem Markt gemessen an der Anzahl abgesetzter Einheiten nur […] so gross wie gemessen am Umsatz (Marktanteil von [10–20] % verglichen mit [30–40] %). Dies widerspiegelt die Tatsache, dass Dell überdurchschnittlich viele Entry-Level externe ESS absetzt,[39] aber keine/kaum High-End externe ESS (vgl. Rz 48). Dagegen setzt EMC überdurchschnittlich viele High-End externe ESS ab und kommt in diesem Markt 2014 umsatzbasiert weltweit auf einen Marktanteil von [40–50] % und europaweit auf einen solchen von [30–40] %. Im Markt für Mid-Range externe ESS beträgt der Marktanteil für 2014 für EMC weltweit [30–40] % und für Dell [0–10] % und europaweit für EMC [20–30] % und für Dell [0–10] %.

54. Betrachtet man die europa- und weltweiten Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten der Zusammenschlussparteien in den drei Preissegmenten externer ESS für 2014, so fällt auf, dass HP in allen drei Segmenten zu den stärksten Wettbewerbern gehört, seine Marktanteile aber bei Entry-Level und Mid-Range grösser sind als bei High-End externen ESS. NetApp ist der umsatzstärkste Wettbewerber der Zusammenschlussparteien bei Mid-Range externen ESS. Auch bei den Entry-Level externen ESS-Märkten gehört er zu den wichtigsten Wettbewerbern, während er bei High-End externen ESS-Märkten nicht zu den vier grössten Wettbewerbern zählt. IBM gehört bei allen drei Preisklassen externer ESS europa- und weltweit 2014 zu den […] grössten Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien, die höchsten Marktanteile hat sie dabei bei den High-End externen ESS.

55. Nach der Übernahme von EMC ist Denali resp. Dell die Nummer eins sowohl im Markt für externe ESS insgesamt als auch in der Preisklasse Entry-Level und Mid-Range und zwar europa- als auch weltweit. Allerdings hat Dell nach wie vor Konkurrenz von mehreren mittelgrossen und einer grösseren Anzahl kleinerer Wettbewerber (vgl. insbesondere Rz 52).[40] Dies berücksichtigend bestehen im Bereich externe ESS keine Anhaltspunkte, dass der vorliegende Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

[36] Gemäss den Parteien ist Dell im High-End-Segment nicht aktiv. Der Vollständigkeit halber weisen sie darauf hin, dass Dell ein autorisierter Vertriebspartner von High-End externen ESS von EMC ist. Dell habe jedoch seit 2011 nicht aktiv versucht, diese zu vertreiben. Nur in Ausnahmefälle hat IDC einen Verkauf durch Dell im High-End-Segment registriert.

[37] In diesem Markt ist EMC über VMware tätig (vgl. oben, Rz 4). Die Marktanteile sind basierend auf Virtualisierungshosts ausgewiesen.

[38] Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission (Fn 4).

[39] Der umsatzbasierte Marktanteil von Dell beträgt in diesem Markt 2014 weltweit [10–20] % und europaweit [20–30] %.

[40] Zur Wettbewerbssituation auf dem Markt für externe ESS, vgl. auch EU-Pressemitteilung (Fn 4).

B.3.2.2 Nichthorizontale Effekte: Virtualisierungssoftware und allfällige Auswirkungen auf Server und Speicher

56. Die Virtualisierungssoftware von VMware kann zusammen mit Servern, wie sie Dell verkauft, benutzt werden. So kann Virtualisierungssoftware auch mit x86-basierten Servern verwendet werden. Ausserdem gibt es eine indirekte Verbindung sowohl kommerzieller als auch technischer Art zwischen dem Verkauf von Speichersystemen durch Dell bzw. EMC und der Virtualisierungssoftware von VMware.

57. Nachfolgend soll analysiert werden, ob vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu Marktabschottungen führen kann, die den Wettbewerb negativ beeinflussen können. In den Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse[41] wird ausführlich dargelegt, wie die EU-Kommission nichthorizontale Zusammenschlüsse bewertet.

58. Gemäss den EU-Leitlinien bedrohen nichthorizontale Fusionen einen wirksamen Wettbewerb nur, wenn das fusionierte Unternehmen über ein deutliches Mass an Marktmacht (die nicht unbedingt gleichbedeutend mit Beherrschung sein muss) in wenigstens einem der betroffenen Märkte verfügt. Wie bereits in Rz 49 beschrieben, handelt es sich beim Markt für Virtualisierungssoftware um einen betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition. Von den Parteien ist nur EMC mit VMware im Markt für Virtualisierungssoftware tätig mit einem weltweiten Marktanteil im Jahr 2014 von [40–50] % und einem westeuropaweiten von [40–50] %. Damit ist VMware klarer Marktführer.

59. […] Wettbewerber von VMware weltweit sind Microsoft mit einem Marktanteil im Jahr 2014 von [30–40] % und Citrix mit einem solchen von [0–10] %. Es sind dies […] Wettbewerber im westeuropäischen Markt. Weitere Wettbewerber auf dem weltweiten Markt für Virtualisierungssoftware 2014 sind Red Hat und Parallels. Der Marktanteil von VMware bei der Virtualisierungssoftware hat seit 2008 sowohl weltweit (2008: [60–70] %; 2014: [40–50] %) als auch westeuropaweit (2008: [60–70] %; 2014: [40–50] %) deutlich abgenommen. Marktanteile in diesem Zeitraum zugelegt hat dagegen insbesondere Microsoft.

60. Die Virtualisierungssoftware hat sowohl eine Verbindung zu Servern als auch zu Speichern. Bezüglich x86-basierte Server wird nachfolgend die Wettbewerbssituation aufgezeigt, bezüglich externe ESS wird auf die Ausführungen in Rz 51 ff. verwiesen.

61. Von den Parteien ist einzig Dell im Bereich Server tätig (vgl. oben, Rz 2). Dell verkauft nur Server, die auf einer x86-Architektur basieren. Es entsteht in diesem Bereich durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsaddition. Dell weist im Jahr 2014 weltweit im Markt für x86-basierte Server einen Marktanteil von [20–30] % und europaweit[42] einen Marktanteil von [10–20] % auf. Im Markt für x86-basierte Server verfügt HP 2014 weltweit und europaweit mit Abstand über den grössten Marktanteil ([20–30] % bzw. [40–50] %), gefolgt von IBM/Lenovo (weltweit: [10–20] %, europaweit: [10–20] %). Weitere Konkurrenten sind Cisco und Fujitsu. Ein nicht unbedeutender Anteil des Marktes, zumindest weltweit, entfällt auf ODMs ([10–20] % bzw. [0–10] %).

62. Der weltweite, umsatzbasierte Marktanteil von Dell im Segment Entry-Level x86-basierte Server betrug 2014 [20–30] %. In Europa verfügt Dell in diesem Segment über einen Marktanteil von [20–30] %. In den Segmenten Mid-Range und High-End x86-basierte Server ist Dell nicht resp. kaum aktiv. Wie bei x86-basierten Servern insgesamt, ist auch bei Servern der Preisklasse Entry-Level HP klarer Marktführer mit einem Marktanteil 2014 weltweit von [30–40] % und europaweit von [40–50] %.

63. Etwa […] % der Server werden von anderen Anbietern als Dell verkauft. EMC bzw. VMware hat somit gemäss den Parteien sowohl vor als auch nach dem Zusammenschluss einen starken Anreiz, sicherzustellen, dass ihre Software mit den Servern aller Anbieter funktioniert. Gemäss den Parteien besteht somit kein Grund zur Annahme, dass das Unternehmen nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens die Möglichkeit oder den Anreiz hätte, die Virtualisierungssoftware von VMware von Konkurrenten von Dell abzuschotten.

64. Wie bereits in Rz 7 erwähnt, hat die EU-Kommission vorliegendes Zusammenschlussvorhaben am 29. Februar 2016 ohne Auflagen genehmigt. Zu ihrem Entscheid hat sie auch eine Pressemitteilung gemacht (vgl. Fn 4). Gemäss dieser untersuchte die EU-Kommission u.a., ob Dell nach der Übernahme von EMC versuchen könnte, den Zugang zur Software von VMware für konkurrierende Hardware-Anbieter zu beschränken oder zu erschweren. Die EU-Kommission stellt fest, dass VMWare eine starke Position auf dem Markt für Server-Virtualisierungssoftware hat. Dennoch war sie der Meinung, „dass das durch den Zusammenschluss gebildete Unternehmen weder die Möglichkeit noch den Anreiz hätte, Wettbewerber auszuschließen, da die Produkte von VMware zunehmend im Wettbewerb mit den Produkten anderer Anbieter von Server-Virtualisierungssoftware wie Citrix, Microsoft und Red Hat und in geringerem Maße auch mit neuen Technologien stehen; die Kunden Server-Virtualisierungssoftware in der Regel von mehreren Anbietern beziehen; VMware eine hardware- und software-neutrale Geschäftsstrategie verfolgt und mit einer großen Zahl von Anbietern zusammenarbeitet und Dell auf dem Servermarkt starke Wettbewerber hat, die weiterhin ihre Produkte anbieten werden, entweder in Partnerschaft mit VMware oder mit Drittanbietern von Virtualisierungssoftware.“[43]

[41] Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse gemäss der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. C 265/07 vom 18.10.2008 S. 6 ff.

[42] Das mit „europaweit“ bezeichnete geographische Gebiet umfasst Westeuropa (einschliesslich Schweiz), Zentral- und Osteuropa (ohne Russland).

[43] EU-Pressemitteilung (Fn 4).

65. Die EU-Kommission prüfte auch, „ob das neue Unternehmen Wettbewerber vom Zugang zu Virtualisierungssoftware ausschließen könnte, die für konvergente und hyperkonvergente Infrastruktursysteme (CI- und HCI-Systeme) verwendet wird“ und kam zum Schluss, dass die Übernahme in diesem Punkt unbedenklich sei, „da Wettbewerber des neu aufgestellten Unternehmens in der Lage wären, diese Systeme in Partnerschaft mit anderen Anbietern von Virtualisierungssoftware als VMware anzubieten.“[44]

66. Auf Grundlage eigener Analysen als auch gestützt auf die von der EU-Kommission gemachten Überlegungen ist davon auszugehen, dass vorliegendes Zusammenschlussvorhaben bezüglich nichthorizontaler Effekte zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

B.3.3 Ergebnis

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

[44] Vgl. EU-Pressemitteilung (Fn 4).

B 2.3	**3. BKW/AEK**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 27. Juni 2016

A Sachverhalt

1. Am 2. Juni 2016 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die BKW Energie AG mit Käufen von der Alpiq AG (nachfolgend: Alpiq), der Toff AG, der EBM Trirhena AG, der EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) und der EBL (Genossenschaft Elektro Baselland) insgesamt 53,22% des Aktienkapitals der AEK Energie AG zu erwerben. Zudem beabsichtigt sie, von der Privatbank Julius Bär & Co AG, welche im Namen und im Auftrag einiger Privatkunden handelt, zusätzlich 0,47% des Aktienkapitals der AEK zu kaufen. Zusammen mit den 39,5% des Aktienkapitals der AEK Energie AG, welche die BKW Energie AG bereits besitzt, würde sie nach dem Vollzug der Transaktion über 93,19% des Aktienkapitals der AEK Energie AG verfügen.[1] Die übrigen 6,81% der Anteile befinden sich im Streubesitz.[2]

A.1 Die Unternehmen

A.1.1 BKW-Gruppe (nachfolgend: BKW)

2. Unter der Firma BKW AG besteht eine im Handelsregister des Kantons Bern eingetragene und an der SIX Swiss Exchange und an der BX Berne eXchange kotierte Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Bern. Es handelt sich dabei um die Konzernmuttergesellschaft der BKW-Gruppe.[3]

3. Bei der Erwerberin der Aktien der AEK Energie AG handelt es sich um die BKW Energie AG, Tochtergesellschaft der BKW AG und im Handelsregister des Kantons Bern eingetragene Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht.[4]

4. Die BKW baut, betreibt und unterhält eigene Kraftwerke im In- und Ausland und beteiligt sich auch finanziell an solchen. Weiter erbringt sie Energiedienstleistungen in den Bereichen Gebäudetechnik, Netzinfrastruktur, Energieeffizienz sowie im Ingenieurbereich. Ausserdem baut, betreibt und unterhält sie das eigene Verteilnetz und führt Energietransporte für Endverbraucher und Wiederverkäufer ausserhalb des BKW-Versorgungsgebiets in der Schweiz und in Italien durch.[5]

A.1.2 AEK-Gruppe (nachfolgend: AEK)

5. Die AEK Energie AG als das zu übernehmende Unternehmen ist eine im Handelsregister des Kantons Solothurn eingetragene Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in Solothurn. Es handelt sich dabei um die Konzernmuttergesellschaft der AEK-Gruppe.[6]

6. Die AEK ist ein schwerpunktmässig in der Region Solothurn aktives Energieunternehmen, welches neben der Energieversorgung in den Bereichen Energieberatung, Contracting und Elektroinstallationen tätig ist. Ferner produziert und verkauft sie Pellets.[7]

A.2 Das Zusammenschlussvorhaben

7. Gemäss Meldung beabsichtigt die BKW mit Käufen von der Alpiq, der Toff AG, der EBM Trirhena AG, der EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) und der EBL (Genossenschaft Elektro Baselland) insgesamt 53,22 % des Aktienkapitals der AEK Energie AG zu erwerben. Zudem beabsichtigt sie, von der Privatbank Julius Bär & Co AG, welche im Namen und im Auftrag einiger Privatkunden handelt, zusätzlich 0,47 % des Aktienkapitals der AEK zu kaufen. Zusammen mit den 39,5 % des Aktienkapitals der AEK Energie AG, welche die BKW Energie AG bereits besitzt, würde sie nach dem Vollzug der Transaktion über 93,19 % des Aktienkapitals der AEK verfügen.[8]

8. Ziel des Zusammenschlussvorhabens sei, dass die BKW vom Knowhow der AEK bei Planung, Finanzierung, Bau und Unterhalt von Fernwärmenetzen profitieren und im Netzbereich weiter wachsen könne. Übergeordnetes Ziel sei die Diversifizierung in Hinblick auf die Strommarktöffnung für alle Endkunden und die strukturellen Veränderungen im Zuge der Energiewende. Seitens der AEK ist das Ziel, neben den eigenen Dienstleistungen neu zusätzlich auch die der BKW anbieten zu können.[9]

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

[1] Meldung der Kontrollübernahme von AEK Energie AG durch BKW AG (nachfolgend: Meldung), Rz 1.
[2] Meldung, Rz 1 und 45.
[3] Meldung, Rz 9 f.; Beilage B 3.
[4] Meldung, Rz 10; Beilage B 4.
[5] Meldung, Rz 11.
[6] Meldung, Rz 15 f.; Beilage B 7.
[7] Meldung, Rz 16.
[8] Siehe oben Rz 1.
[9] Meldung, Rz 49.

B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz folgt damit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Entsprechend stellt die wirtschaftliche Selbständigkeit in Anwendung von Art. 2 Abs. 1bis KG eine konstitutive Voraussetzung des Unternehmensbegriffs dar. Das Kartellgesetz geht bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs insofern von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen gemäss Praxis der WEKO die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[10]

11. Folglich sind sowohl die BKW-Gruppe, als auch die AEK-Gruppe jeweils als Ganzes als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Neben der Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen gilt als Unternehmenszusammenschluss auch jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, 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 Bst. b KG).

13. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Als Mittel der Kontrolle kommen insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des zu kontrollierenden Unternehmens, sowie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des zu kontrollierenden Unternehmens gewähren, infrage (Art. 1 Bst. a und b VKU).

14. Die BKW plant mittels Aktienkaufvertrag von der Alpiq, der Toff AG, der EBM Trirhena AG, der EBM (Genossenschaft Elektra Birseck) und der EBL (Genossenschaft Elektro Baselland) insgesamt 53,22 % des Aktienkapitals der AEK Energie AG zu erwerben. Zudem beabsichtigt sie, von der Privatbank Julius Bär & Co AG, welche im Namen und im Auftrag einiger Privatkunden handelt, zusätzlich 0,47 % des Aktienkapitals der AEK zu kaufen. Zusammen mit den 39,5 % des Aktienkapitals der AEK, welche die BKW bereits besitzt, wird sie nach dem Vollzug der Transaktion über 93,19 % des Aktienkapitals der AEK verfügen.[11] Die übrigen 6,81 % der Anteile befinden sich im Streubesitz.[12]

15. Gemäss Angabe der Zusammenschlussparteien kommt der BKW unter den heutigen Verhältnissen nicht bereits eine alleinige Kontrolle über die AEK zu: Die Alpiq verfügt mit 38,67 % der Aktien der AEK über einen ähnlich grossen Anteil wie die BKW. Der Verwaltungsrat setzt sich aus […] Mitgliedern zusammen, wobei neben […] unabhängigen Mitgliedern die BKW und die Alpiq jeweils mit […] Mitgliedern vertreten sind. Gemäss Art. 17 der Statuten der AEK werden die Beschlüsse des Verwaltungsrates mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst.[13] […] Es ist in der Folge von einer gemeinsamen Kontrolle der AEK durch BKW und Alpiq auszugehen.[14]

16. Nach Vollzug des Zusammenschlusses wird die BKW über 93,19 % der Aktien der AEK verfügen. Die übrigen Anteile in der Höhe von 6,81 % befänden sich weiterhin im Streubesitz, womit auch nicht von einer möglichen Sperrminorität ausgegangen werden müsse. Gemäss Art. 12 der Statuten der AEK besteht der Verwaltungsrat aus mindestens […] Mitgliedern, wobei die BKW nach Vollzug des Zusammenschlusses dessen Zusammensetzung frei festlegen könnte. […]

17. Es kann festgehalten werden, dass der BKW nach erfolgter Transaktion die alleinige Kontrolle über die AEK zukommen wird. Im Ergebnis liegt damit eine Kontrollübernahme der AEK durch die BKW im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU vor.

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

18. Vom Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1bis KG ist die engere Qualifikation als beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU abzugrenzen. Als beteiligte Unternehmen gelten danach die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen.

19. Vorgängig wurde festgehalten, dass nach Vollzug der geplanten Transaktion der BKW die alleinige Kontrolle über die AEK zukommen würde. Als am Zusammenschlussvorhaben beteiligte Unternehmen gelten somit vorliegend die BKW als kontrollierendes Unternehmen, sowie die AEK als kontrolliertes Unternehmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

20. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

[10] Vgl. unter vielen: RPW 2015/3, 462 Rz 22, *Kirschner/Valora Warenlogistik AG*.
[11] Meldung der Kontrollübernahme von AEK Energie AG durch BKW AG (nachfolgend: Meldung), Rz 1.
[12] Meldung, Rz 1 und 45.
[13] Meldung, Rz 44 f.; Beilage B 39.
[14] Schreiben vom 8. Juni 2016.

B.3 Meldepflicht

21. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

22. Der Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 präsentiert sich wie folgt[15]:

	Schweiz	Weltweit
BKW	1‘393‘200‘000	2‘533‘500‘000
AEK	142‘912‘000	142‘912‘000

Tabelle 1: Umsätze der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2015 (in CHF).

23. Damit sind im Ergebnis die Aufgreifkriterien nach Art. 9 Abs. 1 KG erfüllt und das Zusammenschlussvorhaben ist somit als meldepflichtig zu qualifizieren.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

24. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

25. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

26. 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 VKU).

B.4.1.1.1. Elektrizitätsbereich

27. Die WEKO unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxisgemäss folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung (/-produktion), Stromübertragung, Stromverteilung, Stromversorgung und Stromhandel.[16]

28. Der Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes kommt von Gesetzes wegen der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid zu, welche auch Eigentümerin des Netzes und der Nebenanlagen ist (Art. 18 Abs. 1 bzw. Art. 20 Abs. 2 Bst. a StromVG). Im Markt für Stromübertragung sind die Zusammenschlussparteien daher nicht länger tätig und es erübrigen sich weitere Ausführungen zu diesem Markt.[17]

29. Der **Markt für Stromerzeugung** umfasst die Erzeugung von Strom in Kraftwerken. Anbieter auf dem Stromproduktionsmarkt sind die Inhaber von Produktionskapazitäten, in welchen Primärenergieträger (z.B. Wasser, Kohle, Erdgas, nukleare Brennstoffe) in den sekundären Energieträger Elektrizität umgewandelt werden.

30. Der **Markt für Stromverteilung** umfasst die Fortleitung von Elektrizität über die regionalen und überregionalen Leitungen mittlerer und/oder niedriger Spannung. Auf dem Markt für Stromverteilung stehen die Verteilnetzbetreiber (nachfolgend: VNB) als Anbieter den Wiederverkäufern (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) und den Endverbrauchern als Nachfrager gegenüber. Die WEKO hat bisher darauf verzichtet, den Markt für Stromverteilung weiter nach Spannungsstärken zu segmentieren.[18]

31. Der **Markt für Stromversorgung** umfasst die Belieferung von Stromverbrauchern (Haushalte und Grossunternehmen) und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) durch Stromversorger. Es stehen sich angebotsseitig die Stromversorger und nachfrageseitig die Endverbraucher und/oder Wiederverkäufer (bspw. kommunale Elektrizitätswerke) gegenüber.

32. Der Markt für Stromversorgung ist in dem Sinne weiter zu segmentieren, als dass mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) am 1. Januar 2008 nachfrageseitig die Unterscheidung zwischen sog. festen Endverbrauchern (Haushalte und andere Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte, Art. 6 Abs. 2 StromVG) und Kunden mit Netzzugang gemäss Art. 13 Abs. 1 StromVG eingeführt wurde, welche frei wählen können, von welchem Stromversorger sie ihren Strom beziehen wollen. Diese Teilliberalisierung stellt die erste Etappe in der Liberalisierung des Marktes für Stromversorgung

[15] Geschäftsbericht 2015 der BKW, S. 14, S. 40; Geschäftsbericht 2015 der AEK-Gruppe, S. 44, S. 50.
[16] Zum ganzen Abschnitt vgl. RPW 2006/3, 476 Rz 63 ff., *Atel – EOSH-Aktiven*; RPW 2013/3, 334 Rz 32 ff., *AET/SES*; RPW 2015/4, 773 Rz 74 ff., *Groupe E Celsius SA*.
[17] <https://www.swissgrid.ch/dam/swissgrid/current/media/media_releases/2013/MM_Vollzug_de.pdf> (besucht am 15.6.2016).
[18] RPW 2013/3, 334 Rz 35, *AET/SES*.

dar. In einer zweiten Etappe sollen auch Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 MWh pro Verbrauchsstätte ihren Stromversorger frei wählen können.[19]

33. Bei den festen Endverbrauchern fallen Stromversorger und VNB grundsätzlich zusammen. Für sie stellt der Strom eines anderen Stromversorgers kein Substitut für den ihres Stromversorgers/VNB dar. Feste Endverbraucher können ihren Stromversorger nicht frei wählen. Im Gegensatz dazu können andere Verbraucher (Kunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mehr als 100 MWh) ihren Stromlieferanten frei wählen (sogenannte Kunden mit Netzzugang). In der Folge muss darum zurzeit und vor einer weiteren Liberalisierung von einem Markt für **Stromversorgung von festen Endverbrauchen**, sowie von einem **Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang** ausgegangen werden.[20]

34. Es wurde jeweils offen gelassen, ob der Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang nachfrageseitig weiter nach Grossverbrauchern (Endverbrauchern) und Wiederverkäufern zu unterteilen ist. Selbst wenn man eine solche hypothetische Marktabgrenzung durchführt, wäre aufgrund der Marktanteile (siehe unten Rz 73) dennoch kein betroffener Markt auszumachen.[21]

35. Schliesslich umfasst der **Markt für Stromhandel** den Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betroffenen Geschäfte nicht notwendigerweise an Endverbraucher gerichtet sind. Der Begriff Stromhandel beinhaltet physischen Stromhandel sowie Handel mit nicht physischen Stromderivaten. Beim physischen Stromhandel folgt gestützt auf das Rechtsgeschäft ein physischer Stromtransfer. Dieser physische Stromtransfer unterliegt immer dem Angebot der Stromproduktion und der Nachfrage nach Strombezug und kann alleine durch den Handel nicht beeinflusst werden. Im Gegensatz dazu handelt es sich beim nicht physischen Stromhandel um Geschäfte spekulativer Natur, die nicht zu einem physischen Stromtransfer führen. Betreffend den physischen Stromhandel ist zu präzisieren, dass Strom auf jeder Netzebene gehandelt werden kann. So sind, abgesehen von Überlandwerken, Handelsunternehmen etc., beispielsweise auch Stromversorgungsunternehmen typische Stromhändler.

B.4.1.1.2. Weitere Bereiche, in denen die Zusammenschlussparteien tätig sind

I. Fernwärme

36. Im Bereich der Fernwärmelieferung und des Fernwärmenetzbetriebs hat die WEKO bisher auf die Praxis der Europäischen Kommission abgestellt, wonach ein **Markt für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze** existiert, wobei es sich um Netze handelt, welche regelmässig im Eigentum des Lieferanten stehen. Es gibt vorliegend keine Gründe von dieser Praxis abzuweichen.[22]

37. Ferner hat die Europäische Kommission in einem spezifischen Fall einen separaten Markt für den Betrieb von Fernwärmenetzen im Eigentum Dritter als konzessionierte Tätigkeit abgegrenzt. In der Meldung wird jedoch darauf hingewiesen, dass weder die BKW noch die AEK in diesem Bereich aktiv seien und soweit erkennbar in der Schweiz auch kein solcher Markt existiere.[23]

38. Über Fernwärmenetze wird durch ein mittels der Abwärme von Produktionsanlagen (z.B. Holz-, Gas- oder Biogaskraftwerken, Heizungen oder Kehrichtverbrennungsanlagen) erhitztes Medium (Wasser oder Dampf) Wärme an einzelne Endverbraucher zur Beheizung von deren Liegenschaften oder zur Warmwasseraufbereitung geliefert.[24]

II. Ingenieurdienstleistungen

39. Grundsätzlich kann zwischen den Bereichen Ingenieurdienstleistungen und Installationsdienstleistungen (siehe unten Rz 44 ff.) unterschieden werden. Zu Recht wird in der Meldung darauf hingewiesen, dass die WEKO bisher keine Marktabgrenzung im Bereich der Ingenieurdienstleistungen vorgenommen hat.[25] Im Bereich der Ingenieurdienstleistungen gehen die Zusammenschlussparteien von einem Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik und einem solchen für Energieinfrastrukturanlagen aus.

40. Der Markt für **Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik** umfasse dabei gemäss den Zusammenschlussparteien Beratungs- und Planungsdienstleistungen vorwiegend in den Bereichen Heizung, Lüftung, Klimatechnik und Sanitär (nachfolgend: HLKS), sowie im Elektrobereich und der Gebäudeautomation. Marktgegenseite sind dabei private Bauherren, Industrie- und Gewerbebetriebe, Dienstleister mit grossen Infrastrukturbauten oder die öffentliche Hand.[26]

41. Der Markt für **Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen** umfasse gemäss den Zusammenschlussparteien die Planung, Beratung, Bauüberwachung und Projektsteuerung für komplexe Grossprojekte auf dem Gebiet der Energieinfrastruktur, namentlich im Bereich von Förderung, Speicherung und Transport von leitungsgebundenen Energien (bspw. Strom-, Gas- und Fernwärmenetze).[27]

42. Alternativ zur obigen Marktabgrenzung ist auf die Praxis der Europäischen Kommission hinzuweisen, welche dazu tendiert, innerhalb der Ingenieurdienstleistungen zwischen solchen für Elektroinstallationen, Wasserinstallationen (inkl. Sanitär- und Heizungsinstallationen) sowie Lüftungsinstallationen zu differenzieren, die Marktabgrenzung im Ergebnis aber offen gelassen hat.[28]

43. Die genaue Marktabgrenzung kann auch im vorliegenden Fall aufgrund der marginalen Aktivitäten der Zusammenschlussparteien in diesen Bereichen offen gelassen werden (siehe unten Rz 75).

[19] RPW 2013/3, 334 Rz 38, *AET/SES*.
[20] RPW 2013/3, 334 Rz 39, *AET/SES*.
[21] RPW 2013/3, 334 Rz 40, *AET/SES*.
[22] RPW 2013/3, 334 Rz 52 ff., *AET/SES*; RPW 2015/4, 773 Rz 66 ff., *Groupe E Celsius SA*.
[23] RPW 2015/4, 773 Rz 69, *Groupe E Celsius SA*; Meldung, Rz 128 ff.
[24] RPW 2013/3, 334 Rz 52 ff., *AET/SES*.
[25] Meldung, Rz 155.
[26] Meldung, Rz 156.
[27] Meldung, Rz 47.
[28] COMP/M.6623, *VINCI/ EVT BUSINESS*; COMP/M.3004, *BRAVIDA/SEMCO/PRENAD/TOTALINSTALLATÖREN/BACKLUNDS*; Meldung, Rz 161.

III. Installationsdienstleistungen

44. Innerhalb der Installationsdienstleistungen schlagen die Zusammenschlussparteien vor, die folgenden Märkte abzugrenzen:

45. Der **Markt für Elektroinstallationen** umfasst praxisgemäss das Erstellen und die Reparatur von Anlagen und Einrichtungen, welche der energetischen Versorgung dienen. Dazu gehören die Verlegung von Leitungen, die Montage von Schaltkästen und Anschlüssen für Strom, Telefonanlagen, Internet, Alarmanlagen, Telematik, Radio und Fernsehen sowie die Reparatur der genannten Anlagen und die Durchführung von Sicherheitsüberprüfungen.[29]

46. In der Meldung wird weiter innerhalb des Bereichs der Installationsdienstleistungen ein Markt für **HLKS-Installationen** abgegrenzt. Dieser würde die Planung und Installation von Gebäudetechnikanlagen wie Heizungen, luft- und klimatechnische Anlagen sowie Sanitäranlagen umfassen.[30]

47. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass es denkbar wäre, jeweils separate Märkte für (a) Heizungsinstallationen, (b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und (c) Sanitäranlagen abzugrenzen. Die Frage nach dieser weitergehenden Marktabgrenzung kann vorliegend offen gelassen werden, da es aufgrund der geringen Marktanteile keinen Unterschied macht, ob der Markt weiter segmentiert wird (siehe unten Rz 75).[31]

48. Alternativ zur obigen Marktabgrenzung ist auf die Praxis der Europäischen Kommission hinzuweisen, welche dazu tendiert, innerhalb der Installationsdienstleistungen zwischen elektrischen Installationen, Wasser- und Sanitärinstallationen, sowie Lüftungsinstallationen zu unterscheiden. Die definitive Marktabgrenzung wird jedoch im Ergebnis ebenfalls offen gelassen.[32]

IV. Energiedienstleistungen

49. Für die **Märkte für Energiedienstleistungen** gibt es keine gefestigte Praxis der WEKO, jedoch umfassen diese zumindest die Dienstleistungen **Energieberatung** sowie das **(Anlagen-)Contracting**.[33]

50. Unter Energieberatung versteht man, beruhend auf den Angaben der Meldung, das Aufzeigen von Möglichkeiten zur Senkung des Energieverbrauchs und zur rationellen Energieverwendung, Empfehlungen für die generelle elektrische Optimierung von Räumlichkeiten, den Vergleich verschiedener Heizungssysteme, die Anfertigung von Wärmebild-Infrarot-Aufnahmen zur Identifikation von Wärmeverlusten, Beratungen betreffend Gebäudehüllensanierungen, Gebäudeautomationen, CO2-Reduktionsmassnahmen und alle Arten von Haustechnikinstallationen und die Begleitung von Bauherren bei der Umsetzung dieser Massnahmen.[34]

51. Sowohl die BKW als auch die AEK sind im sog. Anlagen-Contracting tätig. Darunter versteht man gemäss Meldung die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb von Anlagen (bspw. Wärmepumpenheizungen, Pellet- und Holzschnitzelheizungen, fossil befeuerte Heizungen und Kälteanlagen oder Photovoltaikanlagen) aus einer Hand durch einen sog. Contractor. Aufgrund der speziellen Eigenschaft des Anlagen-Contractings, dass diverse Tätigkeiten aus einer Hand erfolgen und im Paket verkauft werden, wird für den vorliegenden Fall ein spezieller Markt für das Anlagen-Contracting abgegrenzt. Alternativ könnte man in Erwägung ziehen, die einzelnen der genannten Tätigkeiten als Teile der Märkte für Stromerzeugung, für Ingenieurdienstleistungen und für Installationsdienstleistungen zu betrachten.[35]

V. Weitere Bereiche

52. Die Parteien gehen in der Meldung von einem **Markt für Gebäudeautomation** aus. Dieser umfasse die Konzeption, die Integration und den Betrieb von Gebäudeautomationssystemen, welche die Vernetzung und Fernsteuerung von Beleuchtungs-, Audio-, Video- und Alarmanlagen, sowie von Beleuchtung, Storen und Raumtemperatur ermöglichen. Alternativ könnte man in Erwägung ziehen, die genannten Tätigkeiten den Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik resp. den Elektroinstallationen zuzuordnen. Aufgrund der speziellen und integralen Charakteristik von Gebäudeautomationssystemen scheint es jedoch angebracht, für den vorliegenden Fall von einem separaten Markt für Gebäudeautomation auszugehen.[36]

53. Gemäss Meldung verkaufen, installieren und warten die beteiligten Unternehmen sog. E-Ladestationen für das Aufladen der Batterien von Elektrofahrzeugen. Dementsprechend wird für den vorliegenden Fall ein **Markt für Elektromobilität** vorgeschlagen. Alternativ könnte man hier in Erwägung ziehen, diese Dienstleistungen auch als Elektroinstallationsdienstleistungen zu bewerten. Aufgrund der spezifischen Ausrichtung dieser Dienstleistungen auf den Bereich der Elektromobilität kann im vorliegenden Fall jedoch von einem separaten Markt für diese Tätigkeiten ausgegangen werden.[37]

54. Schliesslich kann ein sachlicher **Markt für die Produktion und den Vertrieb von Pellets** abgegrenzt werden, welcher die Produktion und den Vertrieb von kleinen, stäbchenförmigen Holzkörpern, welche zum Heizen verwendet werden, umfasst.[38]

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

55. 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).

[29] RPW 2009/3, 196 Fn 5, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Meldung, Rz 171.
[30] Meldung, Rz 183 ff.
[31] Meldung, Rz 184.
[32] COMP/M.3004, *BRAVIDA/SEMCO/PRENAD/TOTALINSTALLATÖREN/BACKLUNDS*.
[33] RPW 2014/1, 79 Rz 46, *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*.
[34] Meldung, Rz 205.
[35] Meldung, Rz 212 ff.
[36] Meldung, Rz 219 ff.
[37] Meldung, Rz 226.
[38] Meldung, Rz 231.

B.4.1.2.1. Elektrizitätsbereich

56. Der räumliche **Markt für Stromerzeugung** wird von der WEKO praxisgemäss national abgegrenzt, wobei eine möglicherweise weitere räumliche Marktabgrenzung jeweils nicht ausgeschlossen wurde. In der Meldung wird darauf hingewiesen, dass es aus Gründen der Netzstabilität und der Landesversorgung unerlässlich sei, beim grenzüberschreitenden Zur-Verfügung-Stellen von Kraftwerkskapazitäten zu partizipieren. Dies hätte zur Folge, dass Kraftwerkskapazitäten im Ausland von Schweizer Stromproduzenten in die Marktabgrenzung einbezogen werden müssten, was zu einem grenzüberschreitenden räumlichen Markt für Stromerzeugung führen würde. Die Frage kann im Ergebnis offen gelassen werden, da es sich vorliegend, selbst bei einer möglicherweise (zu) engen nationalen räumlichen Marktabgrenzung, nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt (siehe unten Rz 73).[39]

57. Der räumliche **Markt für Stromverteilung** entspricht gemäss Praxis der WEKO der geografischen Ausdehnung der jeweiligen Verteilnetze. Als Folge bildet jedes Verteilnetz einen separaten Markt, womit dem VNB in seinem Versorgungsgebiet jeweils ein Marktanteil von 100 % zukommt.[40]

58. Der **Markt für Stromversorgung von festen Endverbrauchen** ist räumlich identisch wie der Markt für Stromverteilung abzugrenzen, da die festen Endverbraucher als Folge des fehlenden Netzzugangs ihren Strom ausschliesslich vom lokalen Stromversorger, an dessen Netz sie angeschlossen sind, beziehen können. Der räumliche Markt entspricht daher der geografischen Ausdehnung des jeweiligen Verteilnetzes, womit dem zuständigen Stromversorger ein Marktanteil von 100 % zukommt.[41]

59. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der **Markt für Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang** über die Landesgrenzen hinaus abzugrenzen wäre, da diese Verbraucher ihren Strom bei einem beliebigen Stromversorger, unabhängig von dessen Standort, beziehen können.[42] Dies gilt sowohl für Grossverbraucher, wie auch für Wiederverkäufer. Da es sich aber i.c. selbst bei einer möglicherweise zu engen räumlichen Marktabgrenzung nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt, kann die Frage im Ergebnis offen gelassen werden (siehe unten Rz 73).

60. Schliesslich hat die WEKO verschiedentlich festgehalten, dass sich der räumliche **Markt für Stromhandel** über die Landesgrenzen hinaus ausdehnt, jedoch bisher auf eine exakte räumliche Marktabgrenzung verzichtet.[43] Als Folge der grenzüberschreitenden Kopplung der einzelnen, bis anhin regionalen, Strommärkte in der EU (sog. Market Coupling) kann man heute von einem praktisch durchgehenden europäischen Strombinnenmarkt sprechen. In der Meldung wird denn auch vorgeschlagen, den räumlichen Markt für Stromhandel entsprechend der Ausdehnung des europäischen Market Couplings abzugrenzen. Da es sich aber i.c. selbst bei einer möglicherweise zu engen räumlichen Marktabgrenzung nicht um einen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt, kann die Frage im Ergebnis offen gelassen werden (siehe unten Rz 73).[44]

B.4.1.2.2. Weitere Bereiche, in denen die Zusammenschlussparteien tätig sind

I. Fernwärme

61. Fernwärme wird über eine von den übrigen Versorgungsnetzen getrennte Leitungsnetzinfrastruktur geliefert. Verschiedene Fernwärmenetze dienen dabei der Versorgung unterschiedlicher Gebiete. Die einzelnen Fernwärmenetze sind dabei grundsätzlich und aus technischen Gründen nicht miteinander verbunden. Als Folge sind sie nicht untereinander substituierbar und ist jedes Netz als eigener Markt zu qualifizieren. Unter Umständen wäre es möglich, benachbarte Netze zu verbinden, dies wäre aber mit hohen Investitionskosten, Wärmeverlusten aufgrund längerer Transportwege und hohen regulatorischen Anforderungen verbunden.[45]

62. Der räumliche **Markt für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze** ist daher gemäss Praxis der WEKO auf die räumliche Dimension des betreffenden Verteilnetzes beschränkt und damit lokal abzugrenzen.[46]

II. Ingenieurdienstleistungen

63. Gemäss Meldung werden **Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik** und für **Energieinfrastrukturanlagen** mindestens schweizweit nachgefragt, wobei bei letzteren sogar ein europaweiter Markt in Betracht gezogen werden könne, weil die entsprechenden Dienstleistungen hochqualifiziertes und hochspezialisiertes Personal erfordern würden.[47] Für den vorliegenden Zusammenschluss wird auf eine nationale Abgrenzung dieser möglichen Märkte abgestellt, wobei eine allenfalls weiter gefasste räumliche Marktabgrenzung mangels Betroffenheit der nationalen Märkte offengelassen werden kann.

64. Für die alternative Marktabgrenzung, welche von der Europäischen Kommission in Betracht gezogen wurde (siehe oben Rz 42), müsste wohl ein nationaler Markt abgegrenzt werden, wobei die Frage offen gelassen wurde.[48]

III. Installationsdienstleistungen

65. Der räumliche **Markt für Elektroinstallationen** ist im Einzugsgebiet für die konkrete Elektroinstallation und damit regional zu orten. Wie in der Baubranche allgemein, so ist auch im Elektroinstallationsbereich ein gewisser Distanzschutz zufolge hoher Transportkosten zu verzeichnen: Die zunehmende Distanz einer Unternehmung vom Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu

[39] RPW 2013/3, 334 Rz 57, *AET/SES*; RPW 2015/4, 773 Rz 90, *Groupe E Celsius SA;* Meldung, Rz 73 ff.
[40] RPW 2015/4, 773 Rz 92, *Groupe E Celsius SA*; Meldung, Rz 92.
[41] RPW 2015/4, 773 Rz 94, *Groupe E Celsius SA*.
[42] RPW 2015/4, 773 Rz 95, *Groupe E Celsius SA*.
[43] RPW 2013/3, 334 Rz 60, *AET/SES*.
[44] RPW 2015/4, 773 Rz 93, *Groupe E Celsius SA*; Meldung, Rz 75, 120.
[45] RPW 2015/4, 773 Rz 81, *Groupe E Celsius SA*; Meldung, Rz 132.
[46] RPW 2015/4, 773 Rz 82, *Groupe E Celsius SA*.
[47] Meldung, Rz 158 und Rz 167.
[48] COMP/M.6623, *VINCI/ EVT BUSINESS*.

kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel städtisch oder zumindest regional tätige Unternehmen zu favorisieren.[49]

66. Entsprechend dem oben Gesagten wäre ein möglicher Markt für **HLKS-Installationen** grundsätzlich regional abzugrenzen.[50] Gleiches würde sinngemäss für den Fall gelten, in dem man den (regionalen) Markt weiter nach (a) Heizungsinstallationen, (b) Luft- und Klimatechnikinstallationen und (c) Sanitäranlagen segmentiert. In beiden Fällen würde es sich aufgrund der geringen Marktanteile um keinen betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handeln (siehe unten Rz 75).

67. Die Europäische Kommission scheint für Installationsdienstleistungen dahin zu tendieren, regionale Märkte abzugrenzen, wobei je nach Projektgrösse auch ein nationaler Markt vorliegen kann. Eine definitive räumliche Abgrenzung dieser Märkte wurde jedoch nicht getroffen (siehe oben Rz 48).[51]

IV. Energiedienstleistungen

68. Die **Märkte für Energiedienstleistungen (Energieberatung und Anlagen-Contracting)** werden der Meldung folgend national abgegrenzt, da gemäss Praxis der Wettbewerbskommission bei Energiedienstleistungen von einem nationalen Markt ausgegangen werden könne. Allerdings ist fraglich, ob die im vorliegenden Fall interessierenden Energiedienstleistungen mit denjenigen vergleichbar sind, die im diesbezüglich zitierten Entscheid genannt werden.[52] Es handelt sich bei diesen um Installationen von multitechnischen Systemen, Betrieb/Unterhalt von multitechnischen Systemen, sowie Fernwärme- und Kältetechnik. Für das **Anlagen-Contracting** kann jedoch festgehalten werden, dass die beteiligten Unternehmen auf den relevanten regionalen Märkten einen derart geringen Marktanteil haben, dass diese nicht betroffen wären. Dasselbe gilt dementsprechend auf dem nationalen Markt. Hinsichtlich der **Energieberatung** kann festgestellt werden, dass sowohl die BKW als auch die AEK national tätig sind und daher für den vorliegenden Fall von einem nationalen Markt ausgegangen wird.

V. Weitere Bereiche

69. Ein möglicher **Markt für Gebäudeautomation** könnte der Meldung folgend räumlich national abgegrenzt werden, da die entsprechenden Dienstleistungen überregional angeboten und nachgefragt werden.[53] In Anlehnung an den Markt für Elektroinstallationen ist auch eine regionale Abgrenzung denkbar. Bei beiden Varianten würde aufgrund der geringen Marktanteile kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen (siehe unten Rz 75).[54]

70. Ein möglicher **Markt für die Nutzung von Elektrofahrzeugen** wird, ebenfalls der Meldung folgend und für den vorliegenden Fall, national abgegrenzt, da gemäss Meldung die Angebote von der Marktgegenseite schweizweit verglichen werden.[55]

71. Räumlich erstrecke sich ein möglicher **Markt für die Produktion und den Vertrieb von Pellets** gemäss Meldung mindestens auf die Schweiz, wenn nicht sogar auf Europa. Eine allenfalls weitergehende europaweite räumliche Abgrenzung kann jedoch offengelassen werden, da schon auf nationaler Ebene kein betroffener Markt festgestellt werden kann.[56]

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

72. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

73. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf den im Elektrizitätsbereich relevanten Märkten sind in unten stehender Tabelle aufgeführt:

[49] RPW 2009/3, 196 Rz 70, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.
[50] Meldung, Rz 187.
[51] COMP/M.3004, *BRAVIDA/SEMCO/PRENAD/TOTALINSTALLATÖREN/BACKLUNDS*.
[52] RPW 2006/4, 669 Rz 51, *Gaz de France – Suez*; Meldung, Rz 204.
[53] Meldung, Rz 220.
[54] Siehe Rz 65 und 75.
[55] Meldung, Rz 227.
[56] Meldung, Rz 232.

		BKW		AEK		Marktanteile kumuliert
		Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	
Stromerzeugung[57]		[…] GWh	[10-20] %	[…] GWh	[0-10] %	[10-20] %
Stromverteilung		-	**100 %**	-	**100 %**	**100 %**
Stromversorgung von festen Endverbrauchen		[…] GWh	**100 %**	[…] GWh	**100 %**	**100 %**
Stromversorgung von Kunden mit Netzzugang	Grossverbraucher[58]	[…] GWh	[0-10] %	[…] GWh	[0-10] %	[0-10] %
	Wiederverkäufer[59]	[…] GWh	[0-10] %	[…] GWh	[0-10] %	[0-10] %
Stromhandel		[…] GWh	[0-10] % [0-10] %[60]	[…] GWh	[0-10] %	[0-10] % [0-10] %

Tabelle 2: Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Elektrizitätsbereich.

74. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass im Elektrizitätsbereich der **Markt für Stromverteilung** und der **Markt für Stromversorgung von festen Endverbrauchern** vom Zusammenschluss betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU darstellen. Diese Märkte sind in der Folge einer näheren Prüfung zu unterziehen (siehe unten Rz 77 ff.).

75. Falls die Märkte im Bereich der weiteren Tätigkeitsgebiete der Zusammenschlussparteien wie oben ausgeführt abgegrenzt würden, würden sich nachfolgende Marktanteile ergeben. Da die Marktabgrenzungen weitgehend offen gelassen wurden, sind dabei jeweils Alternativen aufgeführt:

	BKW		AEK		Marktanteile kumuliert
	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	
Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze	[…] GWh	**100 %**	[…] GWh	**100 %**	**100 %**
Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik[61]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %

[57] Für das Jahr 2014 belief sich die Nettoerzeugung in der Schweiz auf 67'278 GWh (Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2014, Bundesamt für Energie, S. 50).

[58] Gemäss der „ElCom-Kostenrechnung für die Tarife 2016 basierend auf 2014" beträgt das schweizerische Marktvolumen der Endverbraucher mit Marktzugang 26'448'645 MWh. Präzisierend ist darauf hinzuweisen, dass dieses Volumen nicht dem Stromverbrauch der Grosskunden entspricht, die effektiv in den Markt getreten sind, sondern dem Stromverbrauch aller Endverbraucher, die von Gesetzeswegen die Möglichkeit des Marktzugangs haben (Art. 6 Abs. 6 *a contrario* StromVG).

[59] Gemäss der „ElCom-Kostenrechnung für die Tarife 2016 basierend auf 2014" beträgt das schweizerische Marktvolumen des an Nachlieger bzw. Wiederverkäufer gelieferten Stroms 30'824'251 MWh.

[60] Die obere Zahl ist stellt das Ergebnis der klassischen Marktanteilsberechnung gemäss Praxis der WEKO dar: Das Handelsvolumen der jeweiligen Gesellschaft wird ins Verhältnis zum Schweizerischen Landesverbrauch gesetzt. Die untere Zahl ergibt sich durch eine alternative Berechnungsmethode, bei der das Handelsvolumen der jeweiligen Gesellschaft ins Verhältnis zur Nettoinlandproduktion zuzüglich der Menge importierten Stromes gesetzt wird (Meldung, Rz 122 f.; Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2014, Bundesamt für Energie, S. 11, 36, 50).

[61] Die Marktanteilsberechnung basiert auf dem Gesamtumsatz in der Schweiz in diesem Bereich von […] CHF (Meldung, Rz 159).

	BKW		AEK		Marktanteile kumuliert
	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	
Ingenieurdienstleistungen für Energieinfrastrukturanlagen[62]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Elektroinstallationen (Region Solothurn)[63]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[10-20] %	[10-20] %
Elektroinstallationen (Region Bern und Jura)[64]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
HLKS-Installationen (Kanton Bern)[65]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
HLKS-Installationen (Kanton Solothurn)	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
HLKS-Installationen (Kanton Zürich)[66]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
HLKS-Installationen (Kanton Aargau)[67]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
HLKS-Installationen (Kanton Schaffhausen)[68]	[…] CHF	[10-20] %	[…] CHF	[0-10] %	[10-20] %
HLKS-Installationen (Kanton Luzern)[69]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
HLKS-Installationen (Kanton St. Gallen)[70]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Heizungsinstallationen (Kanton Bern)[71]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Heizungsinstallationen (Kanton Zürich)[72]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Heizungsinstallationen (Kanton Aargau)[73]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Heizungsinstallationen (Kanton Schaffhausen)[74]	[…] CHF	[10-20] %	[…] CHF	[0-10] %	[10-20] %

[62] Die Zusammenschlussparteien schätzen das schweizweite Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 169). Die Marktanteile beziehen sich auf den Schweizer Markt und wären bei einer europaweiten räumlichen Marktabgrenzung noch kleiner.
[63] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 177).
[64] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 177).
[65] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[66] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[67] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[68] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[69] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[70] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[71] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 190).
[72] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 191).
[73] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 192).
[74] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 193).

	BKW		AEK		Marktanteile kumuliert
	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	
Heizungsinstallationen (Kanton Luzern)[75]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Heizungsinstallationen (Kanton St. Gallen)[76]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Luft- und Klimatechnikinstallationen (Kantone Zürich und Schaffhausen)[77]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Installation von Sanitäranlagen (Kanton Bern)[78]	[…] CHF	[10-20] %	[…] CHF	[0-10] %	[10-20] %
Installation von Sanitäranlagen (Kanton Zürich)[79]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Installation von Sanitäranlagen (Kanton Aargau)[80]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Installation von Sanitäranlagen (Kanton Schaffhausen)[81]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Installation von Sanitäranlagen (Kanton Luzern)[82]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Installation von Sanitäranlagen (Kanton St. Gallen)[83]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Energiedienstleistungen (Energieberatung)[84]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Energiedienstleistungen (Anlagen-Contracting)[85]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Gebäudeautomation (Schweiz)[86]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %
Gebäudeautomation (Kanton Solothurn)[87]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[10-20] %	[10-20] %
Gebäudeautomation (Kanton Bern)[88]	[…] CHF	[0-10] %	[…] CHF	[0-10] %	[0-10] %

[75] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 194).
[76] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 195).
[77] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 196).
[78] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 197).
[79] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 198).
[80] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 199).
[81] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 200).
[82] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 201).
[83] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 202).
[84] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 209).
[85] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 218).
[86] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Meldung, Rz 222).
[87] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).
[88] Die Zusammenschlussparteien schätzen das Marktvolumen auf […] CHF (Schreiben vom 8. Juni 2016).

	BKW		AEK		Marktanteile kumuliert
	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	
Nutzung von Elektrofahrzeugen[89]	[…] Ladestationen	[0-10] %	[…] Ladestationen	[0-10] %	[0-10] %
Produktion und Vertrieb von Pellets (Schweiz)[90]	[…] t	[0-10] %	[…] t	[10-20] %	[10-20] %

Tabelle 3: Marktanteile der beteiligten Unternehmen in den weiteren Tätigkeitsbereichen.

76. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass innerhalb der weiteren Tätigkeitsbereiche der Zusammenschlussparteien einzig der **Markt für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze** als vom Zusammenschluss betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU zu qualifizieren ist. Dieser Markt ist in der Folge ebenfalls einer näheren Prüfung zu unterziehen (siehe unten Rz 81 f.).

B.4.2.1 Markt für Stromverteilung

77. Gemäss Praxis der WEKO verfügt jeder VNB über ein faktisches Monopol bezüglich seines Verteilnetzes. Die verschiedenen VNB stehen somit weder vor noch nach dem Zusammenschluss miteinander im Wettbewerb. Beide beteiligten Unternehmen verfügen vor und nach dem geplanten Zusammenschluss in ihrem Versorgungsgebiet über Marktanteile von 100 %.

78. Im Ergebnis kommt es zu keiner Marktanteilsaddition und es wird auf den Märkten für Stromverteilung auch nicht anderweitig eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.[91]

B.4.2.2 Markt für Stromversorgung von festen Endverbrauchen

79. Die festen Endverbraucher verfügen wie erwähnt über keinen freien Netzzugang. Für sie fallen Stromversorger und VNB zusammen und ihnen kommt keine freie Wahl zu.[92] M.a.W. verfügt der jeweilige VNB über ein faktisches Monopol bezüglich der Stromversorgung von festen Endverbrauchen in seinem Versorgungsgebiet. Die beteiligten Unternehmen stehen somit weder vor noch nach dem Zusammenschluss miteinander im Wettbewerb. Beide verfügen sowohl vor, als auch nach dem Zusammenschluss in ihrem Versorgungsgebiet über Marktanteile von 100 %.

80. Im Ergebnis kommt es zu keiner Marktanteilsaddition und es wird auf den Märkten für Stromversorgung von festen Endverbrauchern auch nicht anderweitig eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.[93]

B.4.2.3 Markt für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze

81. Wie erwähnt ist gemäss Praxis der WEKO der Markt für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze auf die räumliche Dimension des betreffenden Verteilnetzes beschränkt und damit lokal abzugrenzen.[94]

82. In diesem Sinne stellt jedes Fernwärmenetz einen separaten Markt dar, in welchem dem jeweiligen Betreiber ein Marktanteil von 100 % zukommt. Entsprechend der Praxis in den Märkten für Stromverteilung und für Stromversorgung von festen Endverbrauchen kommt es zu keiner Marktanteilsaddition. Die beteiligten Unternehmen stehen weder vor noch nach dem Zusammenschluss miteinander im Wettbewerb und es wird auf den Märkten für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze auch nicht anderweitig eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.[95]

B.4.3 Ergebnis

83. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten für Stromverteilung, Stromversorgung von festen Endverbrauchen, sowie für die Lieferung von Fernwärme über lokale und städtische Netze begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

[89] Die Marktanteilsberechnung basiert auf der Gesamtzahl der Ladestationen für Elektrofahrzeuge in der Schweiz (ca. […], siehe Schreiben vom 8. Juni 2016).
[90] Die Marktanteilsberechnung basiert auf der Annahme, dass in der Schweiz ca. […] t Pellets pro Jahr vertrieben werden (Meldung, Rz 235).
[91] RPW 2013/3, 334 Rz 95 ff., *AET/SES*; RPW 2015/4, 773 Rz 113, *Groupe E Celsius SA*.
[92] Siehe oben, Rz 32 f.
[93] RPW 2013/3, 334 Rz 98 ff., *AET/SES*; RPW 2015/4, 773 Rz 114, *Groupe E Celsius SA*.
[94] Siehe oben Rz 61.
[95] RPW 2013/3, 334 Rz 105 ff., *AET/SES*; RPW 2015/4, 773 Rz 105 ff., *Groupe E Celsius SA*.

B 2.3	**4. 7Days Media Services/Naville, Dynapresse, Presse-Import**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. August 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. August 2016

A Sachverhalt

1. Am 4. August 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Thomas Kirschner (nachfolgend: TK) bzw. die TK-Gruppe und die [A und B XY] bzw. [XY] via die 7Days Media Services GmbH (nachfolgend: 7Days Media Services) die Kontrolle über die drei Schwestergesellschaften Naville Distribution SA (nachfolgend: Naville), Dynapresse Marketing SA (nachfolgend: Dynapresse) und PRESSE-IMPORT SA (nachfolgend: Presse-Import) [nachfolgend gemeinsam: die Zielgesellschaften] zu erlangen. Bisher werden die Zielgesellschaften von der Valora Holding AG (nachfolgend: Valora) kontrolliert.

2. Gemäss Share Purchase Agreement vom 23. Juni 2016 zwischen der Valora International AG und der Valora Schweiz AG als Verkäuferinnen und der 7 Days Media Services als Käuferin erwirbt die 7Days Media Services über ihre Zweigniederlassung in Egerkingen sämtliche Anteile der Zielgesellschaften. […]

A.1 Beteiligte Unternehmen

A.1.1 TK-Gruppe

3. TK hält […] eine indirekte Beteiligung von 50 % an der 7Days Group GmbH & Co. KG (nachfolgend: 7Days Group). 7Days Media Services ist eine Tochtergesellschaft der 7Days Group. Diese wird […] von TK bzw. der TK-Gruppe und [A und B XY] bzw. [XY] kontrolliert. TK übt seine Geschäftstätigkeit über die […] aus. Die Geschäftstätigkeit von […] erfolgt einerseits über die […] und andererseits über die 7Days Group.

4. […] ist als Presse-Grossistin in Deutschland tätig. […] hält weitere Beteiligungen an deutschen Gesellschaften, die jedoch gemäss Meldung in der Schweiz – mit wenigen Ausnahmen – nicht aktiv sind und keine konzernexternen Umsätze erzielen.

5. Die 7Days Group ist gegenwärtig über ihre Tochtergesellschaften in den beiden Bereichen Pressegrosshandel und Drittkundenlogistik tätig.

6. […] ist gemäss Meldung in der Schweiz nahezu ausschliesslich über die Zweigniederlassung der 7Days Media Services GmbH in Egerkingen sowie über die 7Days Food Services AG tätig. Dieses Geschäft hat […] im Rahmen von zwei der WEKO bekannten und als unbedenklich qualifizierten Transaktionen von der Valora erworben.[1] Die beiden Gesellschaften sind einerseits im Bereich Pressegrosshandel in der Deutschschweiz und im Tessin und andererseits im Bereich Drittkundenlogistik tätig.

7. Sodann ist die 7Days Group seit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens 41-0801 *7Days Group/Güll-Gesellschaften* am 22. Juli 2016 mit den Güll-Gesellschaften im Bereich Drittkundenlogistik und mit Nebenleistungen zur Logistikdienstleistung tätig. Dazu gehören der Betrieb eines Call-Centers im Auftrag von einzelnen Verlagen zur Abonnementsbetreuung und der Zeitschrifteneinkauf für wenige Drittkunden bei deutschen Verlagen.

8. Darüber hinaus erzielt […] in der Schweiz auch über andere Gruppengesellschaften konzernexterne Umsätze:

a) […] hat für Schweizer Reiseveranstalter 2015 in geringem Umfang logistische Dienstleistungen erbracht.

b) […] erzielte im Rahmen seiner Tätigkeit der deutschlandweiten Verwaltung und Zustellung von Presseabonnements für Grosskunden marginale Umsätze mit Bezug zur Schweiz. Diese Umsätze stammen aus der Belieferung einiger weniger Kunden in der Schweiz.

c) Die deutsche *7Days Foodservice GmbH*, die zur 7Days Group gehört, erzielte 2015 in der Schweiz einen Umsatz mit Logistikdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Export von Gütern.

d) Die […], die hauptsächlich im Bereich Druck- und IT-Dienstleistungen tätig ist, erzielte 2015 marginale Umsätze in der Schweiz.

9. Die Beteiligungsstruktur der TK-Gruppe sieht gemäss Meldung wie folgt aus:

[…]

A.1.2 [XY]

10. Die [XY] hält über […] eine indirekte Beteiligung von 50 % an der 7Days Media Services GmbH, über die Ziel-Gesellschaften erworben werden.

11. […]

12. […]

13. […]

14. […]

15. Gemäss Meldung erzielten ausser über die […] und deren Geschäftsaktivitäten in der Schweiz, weder die […] noch die [XY] relevante Umsätze in der Schweiz. […].

[1] RPW 2014/2, 430 ff., *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*; RPW 2015/3, 462 ff., *Kirschner/Valora Warenlogistik AG*.

A.1.3 Zielgesellschaften

16. Bei Naville, Dynapresse und Presse-Import handelt es sich gemäss Meldung um Schwestergesellschaften innerhalb von Valora. Die Aktien der Zielgesellschaften gehören gegenwärtig der Valora International AG (im Fall von Naville) bzw. der Valora Schweiz AG (im Fall von Dynapresse und Presse-Import).

17. Naville ist über ihre Divisionen Naville Presse, Naville Service und Naville Logistics im Pressegrosshandel, Warengrosshandel und mit Logistikdienstleistungen tätig. Mit Naville Presse ist sie in der Romandie als Pressegrossistin tätig. Mit Naville Service beliefert sie in der Romandie als Grosshändlerin Convenience-Shops mit einer breiten Palette von Produkten im Bereich Esswaren, Tabak und anderen Gütern des täglichen Bedarfs. Mit Naville Logistic bietet sie unternehmensinterne und externe Logistikdienstleistungen an.

18. Dynapresse bietet in der ganzen Schweiz Produkte und Dienstleistungen im Bereich von Presseabonnements an.

19. Presse-Import ist im Bereich des Imports französischer Produkte für den Schweizer Pressegrosshandel tätig.

A.2 Verfahren

20. Mit Schreiben vom 13. Juli 2016 wurde beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben eingereicht.

21. Mit Schreiben vom 18. Juli 2016 bestätigte das Sekretariat den Eingang des Meldungsentwurfs und versendete am 20. Juli 2016 die Beurteilung des Meldungsentwurfes.

22. Am 4. August 2016 ging die Meldung beim Sekretariat ein.

23. Mit Schreiben vom 8. August 2016 informierte das Sekretariat die Parteien, dass die Meldung vollständig sei.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

24. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

25. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Das KG geht von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG sind. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.[2]

26. Gemäss Praxis der WEKO kann auch natürlichen Personen, zumindest bezüglich der Zusammenschlusskontrolle, Unternehmensqualität im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zukommen.[3] In Anlehnung an die Praxis der EU werden natürliche Personen namentlich dann als Unternehmen erfasst, wenn sie einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nachgehen. D.h. ein Kontrollerwerb durch natürliche Personen wird dann als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG angesehen, wenn diese Personen einer weiteren wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.[4]

27. TK, [A und B XY] sowie die Zielgesellschaften sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

28. Betreffend TK bzw. [A und B XY] ist Folgendes anzumerken: Auch wenn sie als natürliche Personen den obligationsrechtlichen Konzernbegriff nicht erfüllen,[5] sind die bei TK bzw. [A und B XY] vorliegenden Beteiligungsstrukturen in analoger Weise insofern als wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren, als den von ihnen kontrollierten Gesellschaften die wirtschaftliche Selbstständigkeit fehlt. Diese stellt eine konstitutive Voraussetzung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs dar.[6] Nachfolgend wird daher grundsätzlich unter TK jeweils die TK-Gruppe verstanden und unter [A und B XY] die [XY].

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

29. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen, als Unternehmenszusammenschluss.

30. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

---

[2] Vgl. JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; vgl. auch Urteil des BGer 2C.484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), RPW 2013/1, 118 f. E.3, *Publigroupe SA et. al./WEKO*, und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E.4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[3] Vgl. RPW 2013/3, 390 Rz 16, *Publigroupe/S1TV*; RPW 2014/2, 423 Rz 16, *Aurelius/Publicitas*; RPW 2014/2, 432 Rz 20, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

[4] Vgl. die konsolidierte Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Berichtigung, ABl. C 43 vom 21.2.2009, S. 15 Rz 12.

[5] Vgl. Art. 963 des Bundesgesetzes vom 30. März 1991 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

[6] Vgl. RPW 2012/3, 681 Rz 23, Tam*edia/Giacomo Salvioni/20 minuti/TIO*; vgl. auch RPW 2014/4, 747 Rz 21, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*; RPW 2014/2, 432 Rz 22, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.

31. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung von Kontrollverhältnissen an einem oder mehreren Unternehmen (Zielunternehmen) zum Gegenstand.[7]

B.1.3 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

32. Laut Meldung fokussiert sich Valora gemäss ihrer Geschäftsstrategie auf den Einzelhandel an Hochfrequenzlagen. Entsprechend dieser Strategie erwarb Valora die LS Distrubution Suisse SA (nachfolgend: LSDA) und integrierte deren Einzelhandelsaktivitäten in den Konzern[8]. Für die übrigen Geschäftsbereiche der LSDA, die nicht zur Geschäftsstrategie der Valora passen, suchte sie einen Käufer. Diesen fand Valora in der 7Days Group, die bereits andere Aktivitäten der Valora übernommen hat.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

33. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

34. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

35. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Dies sind im vorliegenden Fall TK, [A und B XY] sowie die Zielgesellschaften.

36. Gemäss Meldung erzielte einzig […] 2015 in der Schweiz (hauptsächlich über die 7Days Group) einen Jahresumsatz der über dem Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG liegt, nämlich rund […] für […] sowie rund […] der Güll-Gesellschaften. Die [XY] erzielt keinen Umsatz in der Schweiz. Der Umsatz des Zielgesellschaften in der Schweiz beträgt gesamthaft […].Die Schwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind somit nicht erfüllt.

37. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG untersteht ein Zusammenschlussvorhaben jedoch ungeachtet des Erreichens der Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG einer Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

38. Mit Verfügung vom 5. Juli 1999 hat die WEKO in einem Verfahren nach KG festgestellt, dass die damalige Kiosk AG, deren Geschäft die 7Days Group weiterführt, im Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen (in der Deutschschweiz) eine beherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG innehat.[9]

39. Die Zielgesellschaften sind gemäss Meldung in der Schweiz in den Bereichen Pressegrosshandel (in der Romandie), Drittkundenlogistik, Abonnementsdienstleistungen und Warengrosshandel tätig.[10] Die entsprechenden Tätigkeiten (vgl. oben, Rz 16 ff.) können ohne weiteres als dem Vertrieb von Presseerzeugnissen (in der Deutschschweiz) benachbart bzw. vorgelagert qualifiziert werden.

40. Die Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG sind somit erfüllt. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben ist gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

41. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

42. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

43. 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 VKU).

44. Die Zielgesellschaften und die von TK und […] sind gemäss Meldung in der Schweiz in den Bereichen Pressegrosshandel, Drittkundenlogistik sowie Abonnementsdienstleistungen tätig. Die Zielgesellschaften sind ausserdem im Bereich Warengrosshandel aktiv.

45. Vorliegend werden nur diejenigen Märkte beschrieben, welche für das Zusammenschlussvorhaben relevant sind.

B.4.1.1.1. Markt für Pressegrosshandel

46. Die 7Days Group ist gemäss Meldung im Pressegrosshandel in der Deutschschweiz und im Tessin tätig. Die Zielgesellschaften sind über die Division Naville Presse im Pressegrosshandel in der Romandie aktiv. Im Rahmen des Pressgrosshandels bilden sie das Scharnier zwischen den Verlagen und den Presseeinzelhändlern.

---

[7] Vgl. RPW 2011/4, 670 Rz 34, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.
[8] Vgl. RPW 2015/1, 105, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[9] Vgl. RPW 1999/3, 414 Rz 83, *Bahnhofkioske*; RPW 2014/4, 748 Rz 32, *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.
[10] Vgl. Meldung, Rz 67 und 81 ff.

47. Praxisgemäss ist der Markt für Pressegrosshandel in einen Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen (aus Sicht der Verlage) sowie einen Markt für die zeitgerechte Belieferung mit einem Pressesortiment für den Einzelverkauf (aus Sicht der Presseverkaufsstellen) zu unterteilen.[11]

B.4.1.1.2. Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen

48. Im Bereich Drittkundenlogistik ist zwischen Märkten für Logistikdienstleistungen gegenüber Endkonsumenten (B2C) und Logistikdienstleistungen für Unternehmen (B2B) zu unterscheiden. Die WEKO segmentiert den B2B-Bereich sodann in einen Markt für Speditionsdienstleistungen und in einen Markt für Kontraktdienstleistungen.[12]

49. Der Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen umfasst Leistungen, die nicht nur Transport und Zustellung umfassen, sondern auch Distributionsleistungen wie Bestellmanagement, Versandvorbereitung, Versand und Transport, Finanzmanagement sowie weitere „Value-Added-Services".[13]

50. Gemäss Meldung sind sowohl die 7 Days Group als auch die Zielgesellschaften (über die Division Naville Logistics) ausschliesslich im Bereich B2B und innerhalb dieses Bereichs auf dem Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen tätig.

B.4.1.1.3. Markt für Presseabonnementsgeschäfte

51. Gemäss Meldung sind die Zielgesellschaften (über Dynapresse) im Abonnementsgeschäft tätig. Dynapress bietet einerseits Endkunden eigene Presseabonnemente in der ganzen Schweiz an. Andererseits bietet Dynapresse Verlagen Dienstleistungen rund um deren eigenes Abogeschäft an. Dazu gehört – je nach Wahl des Verlags – die Verkaufsförderung, die Verwaltung von Abonnementsverträgen oder der Betrieb eines Call-Centers für Kundenanfragen. Die 7Days Group bietet über Güll in geringem Umfang die Betreuung von Abonnements durch ein Call-Center an. In dieser Tätigkeit nimmt Güll Anrufe von Kunden – insbesondere im Zusammenhang mit der Kündigung von Abonnementen – entgegen.

52. Die WEKO hat im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung im Bereich des Pressegrosshandels bzw. dem Markt für den zeitgerechten Vertrieb von Presseerzeugnissen über Presseverkaufsstellen (vgl. oben, Rz 47) festgehalten, dass das Abonnementsgeschäft vom Einzelverkaufsgeschäft zu trennen und nicht demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sei.[14]

53. In der Meldung wird geltend gemacht, dass innerhalb des Presseabonnementgeschäfts entsprechend der Tätigkeit von Dynapresse das eigene Abokundengeschäft von den Abonnementsdienstleistungen für Verlage zu unterscheiden sei.

54. Im Bereich des *eigenen Abokundengeschäfts* würden Abonnements durch einen Verlag oder durch unabhängige Anbieter von Abonnements (wie z. B. Dynapresse) an Endkunden vertrieben. Der Vertrag bestehe zwischen dem Abokunden und dem Anbieter des Abonnements. In diesem Bereich seien lediglich die Zielgesellschaften (über Dynapresse) tätig.

55. Im Bereich der *Abonnementsdienstleistungen für Verlage* würden Dienstleister im Zusammenhang mit dem eigenen Abokundengeschäft von Verlagen tätig. Sie würden Dienstleistungen unterschiedlicher Natur erbringen, um das Abokundengeschäft der Verlage zu unterstützen. Die Aboverträge mit den Endkunden würden aber zwischen den Verlagen und dem Endkunden bestehen. In diesem Bereich seien sowohl die Zielgesellschaften (über Dynapresse) als auch – im marginalen Umfang – die 7Days Group (über Güll) tätig.

56. Die Unterteilung der beiden Segmente entspreche den unterschiedlichen Marktgegenseiten. Das eigene Abokundengeschäft bestehe darin, direkte, eigene Kunden (z. B. Firmenkunden) zu betreuen. Marktgegenseite seien die Endkunden. Im Bereich Abonnementsdienstleistungen für Verlage seien demgegenüber die Verlage Marktgegenseite. Diese würden Anbieter von Abonnementsdienstleistungen beauftragen, sie bei der Akquise und Betreuung von Abonnementskunden zu unterstützen. Der Abonnementsvertrag selber bestehe zwischen dem Verlag und dem Endkunden.

57. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die Marktabgrenzung im Bereich Presseabonnementsgeschäfte und damit die Frage, ob der Markt weiter in einen Markt für eigene Abonnementsgeschäfte und einen Markt für Abonnementsdienstleistungen für Verlage zu unterteilen ist, offen gelassen werden. Die Parteien haben in der Meldung plausibel dargelegt, dass das Zusammenschlussvorhaben unabhängig der genauen Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gibt (vgl. unten, Rz 75 ff.).

B.4.1.1.4. Markt für Grosshandel von Konsumgütern

58. Gemäss Meldung sind die Zielgesellschaften über die Division Naville Service im Warengrosshandel in der Romandie tätig. Naville Service beliefert Convenience-Shops mit Produkten aus dem Bereich Esswaren, Tabak und anderen Gütern des täglichen Bedarfs sowie dematerialisierten Produkten (z.B. Prepaid-Telefonkarten und Geschenkkarten für iTunes oder Google Store). Die 7Days Group ist nicht im Bereich des Grosshandels mit Konsumgütern aktiv.

Absatzmarkt

59. Absatzseitig umfasst der Markt für Grosshandel von Konsumgütern gemäss Praxis der WEKO die regelmässige Versorgung der Gastronomie und des Detailhandels mit Gütern des täglichen Bedarfs bestehend aus Nahrungsmitteln, Near-Food- und Non-Food-Produkten.

---

[11] RPW 2014/2, 434 f. Rz 42, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*; RPW 1999/3, 470 Rz 13 ff., Val*ora Holding AG – Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

[12] Vgl. RPW 2015/3, 468 Rz 45, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

[13] Vgl. RPW 2015/3, 468 Rz 46, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.

[14] Vgl. RPW 2014/2, 435 Rz 43, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*; RPW 1999/3, 471 Rz 18, *Valora Holding AG – Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*.

Dieser Grossverbrauchermarkt besteht praxisgemäss aus Abholmärkten, Zustellgrosshändlern und Direktlieferungen (durch Hersteller/Verarbeiter, spezialisierte Lieferanten, Fachhändler etc.), unabhängig davon, ob es sich um Vollsortiments- oder Teilsortimentsanbieter handelt. Offen gelassen wurde die Frage, ob der Markt weiter nach Produktgruppen zu unterteilen ist.[15] Auf eine weitere Unterteilung kann auch im vorliegenden Fall verzichtet werden.

Beschaffungsmarkt

60. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten des Grosshandels von Konsumgütern die Marktgegenseite. Diese Lieferanten verfügen über verschiedene Absatzkanäle. Nebst dem Absatzkanal über den Grosshandel stehen den Lieferanten gemäss Praxis der WEKO weitere Absatzkanäle wie beispielsweise der Detailhandel, der E-Commerce sowie der Export zur Verfügung. Zudem haben die Lieferanten die Möglichkeit, die Grossverbraucher direkt zu beliefern. Auf eine präzise Marktabgrenzung, sei es hinsichtlich allfällig verschiedener Absatzkanäle oder hinsichtlich einer allfälligen Abgrenzung nach Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Lebensmitteldetailhandel, wurde in der bisherigen Praxis der WEKO verzichtet.[16] Dies gilt auch für den vorliegenden Fall.

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

61. 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).

B.4.1.2.1. Markt für Pressegrosshandel

62. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO den Markt für Pressegrosshandel in separate räumlich relevante Märkte je Sprachregion (deutschsprachige Schweiz, französischsprachige Schweiz und italienischsprachige Schweiz) abgegrenzt.[17]

B.4.1.2.2. Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen

63. Kontraktlogistikdienstleistungen werden in der Regel von den im Markt bestehenden Unternehmen mindestens schweizweit erbracht. Es ist daher von einem schweizweiten Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen auszugehen.[18]

B.4.1.2.3. Markt für Presseabonnementsgeschäfte

64. In der Meldung wird geltend gemacht, dass betreffend den Markt für Presseabonnementsgeschäfte mindestens von einem nationalen Markt auszugehen sei. Zur Begründung wird u. a. auf die schweizweiten Aktivitäten der Zusammenschlussparteien in diesem Bereich, die im Vergleich zum Einzelverkaufsgeschäft unterschiedlichen Betriebsstrukturen betreffend die Verteilung sowie auf den Umstand, dass Kunden unabhängig ihres geographischen Standortes in der Schweiz Produkte in sämtlichen Landessprachen und weiteren Sprachen abonnieren, verwiesen.

65. Es ist fraglich, ob dieser Markt tatsächlich schweizweit abzugrenzen ist, wie in der Meldung beantragt, oder ob nicht analog zum Einzelverkaufsgeschäft eine sprachregionale Marktabgrenzung vorzunehmen ist. So vertreibt etwa die Wettbewerberin Asendia Press E-digroup S.A. gemäss Homepage[19] nur französischsprachige Zeitschriften und die intan group[20] nur deutschsprachige. Dass die vorliegend beteiligten Unternehmen in der ganzen Schweiz tätig sind, ist dabei nicht entscheidend.

66. Für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann die räumliche Marktabgrenzung (Sprachregionen analog zum Markt für Pressegrosshandel oder national) aber offen gelassen werden, da – wie bereits in Zusammenhang mit der sachlichen Marktabgrenzung erwähnt – das Zusammenschlussvorhaben in diesem Bereich zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gibt (vgl. unten, Rz 75 ff.).

B.4.1.2.4. Markt für Grosshandel von Konsumgütern

Absatzmarkt

67. Absatzseitig wird der Markt für den Grosshandel von Konsumgütern gemäss der bisherigen Praxis der WEKO national abgegrenzt.[21]

Beschaffungsmarkt

68. Die WEKO ist in ihrer bisherigen Praxis davon ausgegangen, dass der Markt für den Grosshandel von Konsumgütern beschaffungsseitig mindestens eine nationale Dimension hat, ohne den Markt abschliessend zu definieren.[22]

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

69. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

[15] Vgl. RPW 2015/1, 110 f. Rz 37 ff., *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[16] Vgl. RPW 2015/1, 112 Rz 50, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[17] Vgl. RPW 2015/3, 468 Rz 45 ff., Thom*as Kirschner/Valora Warenlogistik* mit Hinweisen auf RPW 1999/3, 495 Rz 22, *Valora Holding AG – Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)*; vgl. auch RPW 2014/2, 435 Rz 47, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG* und RPW 2014/4, 749 Rz 49 f., *Thomas Kirschner/A und B XY/Valora Mediaservices AG*.
[18] RPW 2015/3, 468 Rz 51, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[19] Vgl. <www.edigroup.ch> (besucht am 17.08.2016); Meldung, Rz 135.
[20] Vgl. <www.abo-direkt.ch> (besucht am 17.08.2016); Meldung, Rz 135.
[21] Vgl. RPW 2015/1, 113 Rz 58, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.
[22] Vgl. RPW 2015/1, 113 Rz 62, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*.

B.4.2.1 Markt für Pressegrosshandel

70. Gemäss Meldung sind die beteiligten Unternehmen jeweils die einzigen Pressegrossistinnen in der französischsprachigen, der deutschsprachigen und der italienischsprachigen Schweiz. Der Marktanteil beträgt damit je 100 % in allen drei räumlich relevanten Märkten.

71. Damit sind die beteiligten Unternehmen schon vor dem Zusammenschluss als jeweils marktbeherrschend zu bezeichnen, mithin das Vorhaben keine marktbeherrschende Stellung zu begründen vermag. Zu prüfen ist in dieser Konstellation aber, ob Anhaltspunkte bestehen, dass das Zusammenschlussvorhaben, insbesondere durch Wegfall potentieller Konkurrenz, diese marktbeherrschenden Stellungen verstärkt.

72. Die WEKO hat in ihrer Praxis festgestellt, dass der Vertrieb von Presseerzeugnissen spezielle ökonomische Eigenschaften aufweist. Die Versorgung der unterschiedlichen Verkaufsstellen im gesamten räumlich relevanten Markt mit Presseerzeugnissen werde kostenmässig dadurch optimiert, dass die Belieferung durch ein einziges Unternehmen vorgenommen werde (Bündelungsvorteile). Belieferungssysteme pro Zeitung resp. Zeitschrift oder pro Verlag würden in aller Regel höhere Kosten verursachen. Wie die physische Belieferung weise auch die gesamte Logistik (Bestellwesen, Sortierungen, Rücknahme von nicht verkauften Exemplaren) Eigenschaften auf, welche die Annahme zulassen würden, dass diese Leistungen am kostengünstigsten durch ein einziges Unternehmen ausgeführt würden. Die Leistungen im relevanten Markt würden somit Eigenschaften eines natürlichen Monopols aufweisen.[23]

73. Die WEKO hat wiederholt festgehalten, dass eine potentielle Konkurrentin auf dem Markt für Pressegrosshandel nicht als eigentliche Wettbewerberin sondern nur anstelle der bisherigen Marktbeherrscherin in den Markt eintreten könne.[24] Zudem hat die WEKO festgestellt, dass es aufgrund hoher Marktzutrittsschranken (langfristige Vertragsbeziehungen, Aufbau einer eigenen logistischen Infrastruktur in den jeweiligen Sprachregionen) kaum möglich ist, innert der für eine effektive potenzielle Konkurrenz erforderlichen kurzen Frist in den Markt einzutreten.[25] Es bestehen vorliegend keine Hinweise darauf, dass sich die Situation inzwischen verändert haben könnte. Die Division Naville Presse kann damit nicht als potentielle Konkurrentin der 7Days Group bezeichnet werden, mithin die marktbeherrschenden Stellungen der beteiligten Unternehmen durch das Zusammenschlussvorhaben auch nicht durch Wegfall potentieller Konkurrentinnen verstärkt werden.

B.4.2.2 Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen

74. Gemäss Meldung betrug das Gesamtvolumen des schweizerischen Logistikmarktes 2014 rund CHF 40 Mia. Die Umsätze der 7Days Group in der Schweiz im Bereich Drittkundenlogistik (inklusive Güll-Gesellschaften) beliefen sich 2015 auf wenig mehr als […]. Die Gesamtumsätze der Zielgesellschaften (über Naville Logistics) im Bereich Kontraktlogistikdienstleistungen beliefen sich 2015 auf rund […].Zusammen ergibt dies einen Umsatz von rund [...]. Der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz der beteiligten Unternehmen beträgt damit weniger als […]. Damit liegt offensichtlich kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.3 Markt für Presseabonnementsgeschäfte

75. Gemäss Meldung überlappen sich die Tätigkeiten der Zusammenschlussparteien nur im Segment Abonnementsdienstleistungen für Verlage, nicht aber im Bereich des eigenen Abokundengeschäfts (vgl. auch oben, Rz 51 ff.).

76. Die Tätigkeit der 7Days Group (über Güll) im Bereich Abonnementsdienstleistungen beschränkt sich auf den Betrieb eines Call-Centers, welches im Auftrag von Verlagen Anrufe von Kunden, insbesondere im Zusammenhang mit der Kündigung von Abonnementen, entgegen nimmt. Die 7Days Group ist nicht in der Akquise von Neukunden tätig und führt keine aktiven Anrufe durch. Der mit dieser Tätigkeit erzielte Umsatz ist marginal und betrug 2015 insgesamt […]. In der Meldung wird der Marktanteil von Güll im Segment Abonnementsdienstleistungen in der Schweiz auf unter […] geschätzt.

77. Dynapresse erwirtschaftete im Markt für Presseabonnementgeschäfte im Jahr 2015 einen Umsatz von […], wovon […] auf das Segment eigenes Abokundengeschäft und […] auf das Segment Abonnementsdienstleistungen für Verlage entfielen. Gemäss WEMF Auflagenbulletin 2015 bestehen in der Schweiz total über fünf Millionen Presseabonnemente. Dynapresse betreut insgesamt […] Abonnemente (was im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Abonnemente in der Schweiz einem Marktanteil von rund […] entspricht), darunter […] Abonnemente mit eigenen Abokunden und rund […] Abonnemente für Verlage. Im Bereich Abonnementsdienstleistungen für Verlage steht das Unternehmen im Wettbewerb mit Anbietern wie der Asendia Press Edigroup S.A. (ein Gemeinschaftsunternehmen der Schweizerischen Post und der französischen La Poste), der intan group und der Gerhard Sondermann Dialog e.K.

78. Gestützt auf diese Angaben in der Meldung kann davon ausgegangen werden, dass im Bereich Abonnementsgeschäfte unabhängig der genauen Marktabgrenzung kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt und das Zusammenschlussvorhaben diesbezüglich zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gibt.

B.4.2.4 Markt für Grosshandel von Konsumgütern

79. Gemäss Meldung liegt der Marktanteil von Naville Service auf den nationalen Beschaffungs- und Absatzmärkten für den Grosshandel von Konsumgütern und von dematerialisierten Produkten in jedem Fall unter 20 %. Die Berechnung für die Segmente Esswaren, Tabak und andere Güter des täglichen Bedarfs stützt

[23] Vgl. RPW 2015/3, 468 Rz 48, *Thomas Kirschner/Valora Warenlogistik*.
[24] Vgl. RPW 2015/1, 122 Rz 112, Val*ora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 437 Rz 57, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*.
[25] Vgl. RPW 2015/1, 122 Rz 112, *Valora Holding AG/LS Distribution Suisse SA*; RPW 2014/2, 437 Rz 57, *Thomas Kirschner/Valora Mediaservices AG*; RPW 1999/3, 498 f. Rz 37 f., *Valora Holding AG – Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa).*

sich auf die Studie Detailhandel Schweiz 2015 der Gesellschaft für Konsumforschung (GfK). Basierend auf einem Gesamtmarktvolumen im Convenience Retailmarkt laut GfK von CHF 5.4 Milliarden resultiert ein Marktanteil von höchstens […]. Für das Segment für dematerialisierte Produkte (Telefonkarten) verfügen die Parteien über keine Gesamtmarktschätzung. Die Schätzung ihres Marktanteils beruht auf informellen Angaben der Lieferanten von Telefonkarten.

80. Es bestehen keine Gründe, die in der Meldung vorgenommenen Marktanteilsschätzungen in Zweifel zu ziehen. Es wird glaubwürdig dargelegt, dass der Marktanteil von Naville Service in den relevanten Beschaffungs- und Absatzmärkten für den Grosshandel von Konsumgütern unter 20 % liegt. Es liegt damit kein betroffener Markt von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Im Übrigen führt das Vorhaben auch zu keinen Marktanteilsadditionen oder sonstigen Wettbewerbswirkungen, insbesondere da die kontrollerlangenden Unternehmen auf diesen Märkten bislang nicht tätig sind.

B.4.3 Nebenabreden

81. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

82. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.[26]

83. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.[27]

84. Gemäss Meldung verpflichten sich die Verkäuferinnen gegenüber der Käuferin während […] nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens, diese im Hinblick auf die Geschäftstätigkeiten sämtlicher Zielgesellschaften in den von diesen betreuten geografischen Gebieten und in denjenigen Gebieten, deren Erschliessung im Business Plan der Zielgesellschaften explizit angestrebt werden, nicht zu konkurrenzieren (Konkurrenzverbot). […]

85. Ausserdem haben sich gemäss Meldung die Verkäuferinnen gegenüber den Käuferinnen auch verpflichtet, innerhalb eines Zeitraumes von […] ab Vollzug des Zusammenschlussvorhabens […] abzuwerben (Abwerbeverbot).

86. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich an der entsprechenden Bekanntmachung der EU-Kommission[28] orientiert.[29]

87. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch Know-how übertragen wird, bzw. zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert Gegenstand der Transaktion ist.[30]

88. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem der Veräusserer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.[31]

89. In gleicher Weise müssen sich Wettbewerbsverbote auf die Waren — einschliesslich verbesserter oder aktualisierter Versionen sowie Nachfolgemodelle — und Dienstleistungen beschränken, die den Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens bilden. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig

[26] RPW 2016/1, 283 Rz 159, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[27] RPW 2016/1, 283 Rz 160, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*.
[28] Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 05.03.2005 S. 24 ff. (nachfolgend: EU-Bekanntmachung).
[29] Vgl. RPW 2010/3 504 Rz 63 ff., Fra*nce Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2006/4 689 Rz 35 ff., *ISS/Edelweissfm*; RPW 2012/1, 150 Rz 63, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
[30] Vgl. RPW 2012/1 139 f. Rz 18 ff. *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*; RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[31] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 22.
[32] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 23.

entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.[32]

90. Klauseln, die das Recht des Veräusserers einschränken, Anteile an einem Unternehmen zu erwerben oder zu halten, das mit dem übertragenen Unternehmen im Wettbewerb steht, gelten unter denselben Bedingungen wie bei den zuvor genannten Wettbewerbsverboten als mit der Durchführung des Zusammenschlusses verbunden und für diese notwendig, es sei denn, sie hindern den Veräusserer daran, Anteile allein zu Investitionszwecken zu erwerben oder zu halten, ohne dass damit direkt oder indirekt Leitungsfunktionen oder ein materieller Einfluss im Konkurrenzunternehmen verbunden sind.[33]

91. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote.[34]

92. Die in der Meldung genannten Konkurrenz- und Abwerbeverbote entsprechen in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht den Vorgaben der Praxis der WEKO bzw. der EU-Kommission und können daher als zulässige Nebenabreden qualifiziert werden.

B.4.4 Ergebnis

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

[33] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 25.
[34] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 41.

B 2.3	**5. Goldman Sachs/Altor/Navico/C-MAP**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. August 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 1. September 2016

1. Am 3. August 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Diese Meldung betrifft den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die Unternehmen Navico Holding AS (nachfolgend: Navico) und Digital Marine Solutions Holding AS (nachfolgend: C-MAP[1]). Diese stehen zur Zeit unter alleiniger Kontrolle des Altor 2003 Fund, welcher zur selben wirtschaftlichen Einheit wie der Altor Fund IV gehört (gesamte wirtschaftliche Einheit nachfolgend: Altor). Altor wird (über den Altor Fund IV) zusammen mit The Goldman Sachs Group, Inc. (nachfolgend: Goldman Sachs) indirekt durch verbundene Tochtergesellschaften die gemeinsame Kontrolle über Navico und C-MAP erwerben.

2. **Goldman Sachs** ist im Investmentbanking, Wertpapier- und Investmentmanagement tätig und erbringt weltweit eine Vielzahl von Bank-, Wertpapier- und Investitionsdienstleistungen gegenüber einem umfangreichen und diversifizierten Kundenstamm, der Unternehmen, Finanzinstitute, Regierungen und vermögende Privatpersonen umfasst. Die globale Geschäftstätigkeit von Goldman Sachs kann allgemein in vier Segmente unterteilt werden: (i) Investmentbanking, (ii) Betreuung von institutionellen Kunden, (iii) Investitionen und Kredite und (iv) Investmentmanagement.

3. **Altor** besteht aus verschiedenen Private Equity Fonds, die sich auf Investitionen im „mid-market" Segment (mittelgrosse Unternehmen) in der nordischen Region konzentrieren.

4. **Navico** liefert Marineelektronik für Yachten und kommerzielle Anwendungen unter den Markennamen B&G, Lowrance, Simrad und GoFree. Die Produktpalette umfasst Autopiloten, Multifunktions-Kartenplotter, Navigationsdaten, Fischfinder, Radare, Echolote, Kreiselkompasse, GPS-Empfänger, UKW-Funkgeräte, Kommunikation, Software und Kartographie-Angebote. Durch die Tochtergesellschaft Maritime Information Systems AS bietet Navico Datenlösungen für den kommerziellen maritimen Sektor an. Die Produkte von Navico werden primär an Käufer aus dem Freizeitsektor verkauft.

5. **C-MAP** ist ein weltweiter Anbieter von Kartographie-Produkten und Mehrwertdiensten für Freizeitzwecke und kommerzielle Anwendungen im Marinebereich. Sie ist aktiv in der elektronischen nautischen Navigation und hat folgendes Angebot: maritime Daten, Software, Hardware sowie Dienstleistungen für marine Navigation, Seeschiff-Leitung und Seeflotten-Management. C-MAP bietet ihre Produkte und Dienstleistungen weltweit einer Reihe von Kunden aus dem Freizeitsektor sowie dem kommerziellen und dem öffentlichen Sektor an.

6. Navico und C-MAP sind vorbestehende Gesellschaften mit eigener Marktpräsenz und Marktaktivitäten. Die Transaktion stellt für Goldman Sachs und Altor eine reine Finanzinvestition dar. Aus der Transaktion werden keine industriellen Synergien erwartet.

7. Navico und C-MAP werden vollfunktionsfähig bleiben und dauerhaft alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU erbringen. Die beiden Vorgänge zur Erlangung der Kontrolle über Navico und C-MAP sind vorliegend als ein einziger Zusammenschluss anzusehen. Nach Abschluss der Transaktion werden Goldman Sachs und Altor über eine (indirekte) gemeinsame Kontrolle über Navico und C-MAP verfügen. Es liegt daher ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

8. 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 VKU).

9. **Navico**, welche sich gemäss Meldung in Design, Herstellung und Lieferung von Marineelektronikprodukten betätigt (vgl. oben, Rz 4), ist primär im Freizeitsegment tätig. **C-MAP**, welche Produkte der marineelektronischen Navigation gestaltet und liefert, ist etwa zu gleichen Teilen im kommerziellen und im Freizeitsegment aktiv. Folglich sind sowohl C-MAP als auch Navico aktiv im Bereich der Produkte der marineelektronischen Navigation, aber jeweils mit einem besonderen Fokus auf unterschiedliche Segmente.

10. Im Bereich der Marineelektronik oder der Navigation[2] (insbesondere im Bereich der Navigation auf Gewässern) hat die WEKO bisher keine Märkte abgegrenzt. Die EU-Kommission hat in ähnlichen Fällen Märkte für elektronische Seekarten, für PC Navigationssysteme, für Hardware im Bereich Seefahrt und für Kommunikationsausrüstung im Bereich Seefahrt abgegrenzt, zum Teil

[1] Vormals Jeppesen.

[2] Im Zusammenschluss Cargill/Copersucar ging es unter anderem um den Meerestransport und die Meereslogistik (RPW 2014/4, 729 Rz 2, *Cargill/Copersucar*). Im Zusammenschluss Droege/Weltbild wurden Navigationsgeräte im Zusammenhang mit der Unterhaltungselektronik erwähnt (RPW 2014/3, 545 Rz 3 Fn 1, *Droege/Weltbild*). Erwähnungen von Navigationssystemen (allerdings ohne Vornahme von Marktabgrenzungen) finden sich darüber hinaus in folgenden Verfahren: RPW 2009/4, 459 Rz 2, *Nokia/SAP*; RPW 2004/1, 174, *General Electric/Honeywell c./ WEKO*; RPW 2001/1, 136, *Siemens/Atecs Mannesmann/Dematic/Demag Krauss-Maffei/Sachs/VDO*.

mit möglichen Unterteilungen in Produktion, Verkauf/Vertrieb und Dienstleistungen sowie in verschiedene Segmente (kommerzielles Segment und Freizeitsegment) und/oder unterschiedliche Produkte/Produktegruppen.[3]

11. Die Zusammenschlussparteien schlagen die Abgrenzung eines sachlichen Marktes für Marineelektronikprodukte vor. Wie sich aus den obigen Ausführungen zu Entscheiden der EU-Kommission ergibt, kommen aber auch engere sachliche Marktabgrenzungen in Frage. Da allerdings in keinem dieser möglichen Märkte wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen, insb. da es zu keinen horizontalen oder vertikalen Überschneidungen kommt, kann vorliegend offen bleiben, ob der Markt enger als ein möglicher Markt für Marineelektronikprodukte abzugrenzen ist.

12. 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).

13. Die Zusammenschlussparteien bringen vor, dass die Segmente, in welchen Navico und C-MAP tätig sind, globaler Natur sind. Sowohl die Lieferanten als auch die Kunden befänden sich an verschiedensten Standorten und es bestünden weder signifikante Transport- oder Vertriebskosten noch andere Barrieren. Auch die Hauptkonkurrenten würden auf weltweiter Basis operieren.

14. Gestützt darauf schlagen sie vor, den Markt für Marineelektronikprodukte weltweit oder zumindest EWR-weit (inkl. Schweiz) abzugrenzen. Eine schweizweite Marktabgrenzung erscheint als sehr eng, wird aber nachfolgend auch kurz beleuchtet. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann allerdings offen bleiben, da unabhängig von der Marktabgrenzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen, insb. da es zu keinen horizontalen oder vertikalen Überschneidungen kommt.

15. Aus der nachfolgenden Tabelle ergibt sich, dass diejenigen Märkte, zu welchen die meldenden Unternehmen Marktdaten vorlegen können, keine betroffenen Märkte darstellen (Marktanteile eines beteiligten Unternehmens unter 30 %).

Geschätzte Marktanteile – weltweit			
	Navico/C-MAP	Altor	Goldman Sachs
Marineelektronikprodukte	[0-10] %	0 %	0 %
- kommerzielles Segment	[0-10] %	0 %	0 %
- Freizeitsegment	[20-30] %	0 %	0 %
Geschätzte Marktanteile – Schweiz[4]			
Marineelektronikprodukte	[20-30] %	0 %	0 %
- kommerzielles Segment	[10-20] %	0 %	0 %
- Freizeitsegment	[20-30] %	0 %	0 %

Quelle: Angaben der meldenden Unternehmen.

16. Zu den übrigen möglichen engeren Märkten liegen keine Marktanteilszahlen vor. Durch den vorliegenden Zusammenschluss entstehen aber in keinem dieser möglichen engeren Märkte Marktanteilsadditionen. Aufgrund der fehlenden horizontalen und vertikalen Überschneidungen und den Zusagen der meldenden Unternehmen kann auf detaillierten Angaben von weiteren Märkten verzichtet werden (Ziff. IV der "Mitteilung des Sekretariats der Wettbewerbskommission Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen"). Es kann vorliegend offen bleiben, ob einer der möglichen engeren Märkte (als jener für Marineelektronikprodukte) einen betroffenen Markt aufgrund von Marktanteilen eines beteiligten Unternehmens von 30 % oder mehr darstellt.[5]

17. Es liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor bzw. es kommt zu keinen Marktanteilsadditionen. Das Zusammenschlussvorhaben führt zu keinen relevanten Wettbewerbsveränderungen.

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

[3] Vgl. Fall COMP/M.4465 Thrane & Thrane / NERA vom 21.3.2007, Fall COMP/M.4395- Boeing / C-Map vom 16.1.2007 und Fall IV/M. 1559 – Stn Atlas Marine Elektronics / Sait Radio Holland vom 8.9.1999.

[4] Die Marktaktivitäten von Navico und C-MAP in der Schweiz sind minimal. Ihre Umsätze mit Verkäufen in die Schweiz betragen in beiden Fällen < CHF […].

[5] Vgl. RPW 2015/1, 103 Rz 37, *Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding*.

B 2.3	**6. EQT Services (UK) Limited/Bilfinger Real Estate Solutions GmbH und Bilfinger Efficiency GmbH**

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. Juli 2016

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Juli 2016

A Sachverhalt

1. Am 28. Juni 2016 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der von der EQT Services (UK) Limited kontrollierte Investment Fund EQT VII (nachfolgend EQT VII) die alleinige Kontrolle über die Bilfinger Real Estate Solutions GmbH und Bilfinger Efficiency GmbH (und deren Tochtergesellschaften) zu übernehmen. Zu diesem Zweck wird EQT VII […] sämtliche Anteile an Bilfinger Real Estate Solutions GmbH und Bilfinger Efficiency GmbH (beide zusammen das Zielunternehmen) von der Verkäuferin, der Bilfinger SE, erwerben.

2. Das Entgelt an die Bilfinger SE besteht […].[1]

3. Die **EQT Services (UK) Limited** (nachfolgend EQT) mit Sitz in London […].

4. **Bilfinger SE** (nachfolgend Bilfinger) mit Sitz in Mannheim ist eine an der Xetra, einer von der Frankfurter Wertpapierbörse betriebenen Handelsplattform, kotierte Gesellschaft. Bilfinger ist ein Engineering- und Servicekonzern und beschäftigt knapp 60‘000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.[2]

5. Die **Bilfinger Real Estate Solutions GmbH**, mit Sitz in Mannheim, ist im Bereich Erwerb, Verwaltung und Veräusserung von Beteiligungen an Unternehmen aller Art tätig.[3]

6. Die Bilfinger Efficiency GmbH, mit Sitz in Mannheim, ist eine Energie-Dienstleisterin, welche energieeffiziente Lösungen für Immobilien sowie gewerbliche und industrielle Anlagen anbietet.[4]

7. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 5. Juli 2016 ebenfalls den Wettbewerbsbehörden der Europäischen Kommission gemeldet und am 1. August 2016 genehmigt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

9. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, 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 Bst. b KG).

11. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Rechte oder Verträge sein, die einen bestimmten Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratung oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren (Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).

12. Die EQT Services (UK) Limited wird alleinige Kontrolle über die Bilfinger Real Estate Solutions GmbH und die Bilfinger Efficiency GmbH im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG übernehmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

[1] Beim beschriebenen Sachverhalt handelt es sich um eine vereinfachte Transaktionsdarstellung.

[2] <http://www.bilfinger.com/unternehmen/> (zuletzt besucht am 28.06.2016).

[3] <https://www.handelsregister.de/rp_web/result.do>, <https://www.moneyhouse.de/Bilfinger-Real-Estate-Solutions-GmbH-Neu-Isenburg> (beide zuletzt besucht am 04.07.2016).

[4] <http://www.efficiency.bilfinger.com/unternehmen/wir-ueber-uns/> (zuletzt besucht am 04.07.2016).

B.3 Meldepflicht

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

15. Das Zielunternehmen und die von den EQT Funds kontrollierten Portfoliogesellschaften erzielten 2015 die folgenden Umsätze:

2015	EQT	Zielunternehmen	Zusammen
Schweiz	CHF […]	CHF […]	CHF […]
Weltweit	CHF […]	CHF […]	CHF […]

Quelle: Angabe der Parteien

16. Die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind erfüllt, weshalb das geplante Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

17. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

18. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

19. Gemäss Meldung sind lediglich die Bereiche Immobilienhandel und Immobilienbewirtschaftung sowie Facility Management vom Zusammenschluss betroffen. Nachfolgend werden lediglich diese Tätigkeitsbereiche geprüft. Auf die übrigen Tätigkeitsgebiete der Unternehmen wird nicht eingegangen.

B.4.1 Immobilienhandel und Immobilienbewirtschaftung

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

20. 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 VKU).

21. Gemäss Praxis der WEKO sind Immobilienhandel und Immobilienbewirtschaftung demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen. Der Immobilienhandel umfasst die Unterstützung beim Verkauf und die Vermittlung von Immobilien, die Objektaufnahme, die Gutachtertätigkeit (z.B. Verkehrswertschätzung) sowie das Führen von Verkaufsverhandlungen, Kaufabschlüsse und die eigentliche Vertragsabwicklung. Zur Immobilienbewirtschaftung gehören im Wesentlichen Erst- und Spezialvermietungen, der Abschluss und die Auflösung von Hauswartverträgen, das Inkasso der Mietzinse und Nebenkosten, die periodische Überprüfung der Mietzinssätze, das Portfoliomanagement sowie die Erteilung von Wartungsaufträgen.[5] Es gibt keine Gründe von dieser Praxis abzuweichen, weshalb nachfolgend von einem sachlich relevanten Markt für Immobilienhandel und -bewirtschaftung ausgegangen wird. Jedoch kann vorliegend von einer definitiven Marktabgrenzung abgesehen werden, da lediglich das Zielunternehmen in diesem Bereich tätig ist und es folglich zu keinen Marktanteilsadditionen kommt.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

23. Die WEKO hat den räumlich relevanten Markt im Bereich Immobilienhandel und -bewirtschaftung als national angedacht, wobei sie die Frage letztlich offen gelassen hat.[6]

24. Auch in casu kann die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da durch den Zusammenschluss keine Marktanteilsadditionen zu Stande kommen.

B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung im Markt

25. Von den Parteien ist lediglich Bilfinger im Bereich Immobilienhandel und -bewirtschaftung tätig. Folglich kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Ausserdem ist die EQT weder auf vor- noch nachgelagerten noch benachbarten Märkten tätig, weshalb auch keine vertikalen oder konglomeralen Effekte zu erwarten sind.

26. Die Bilfinger Real Estate AG ist in der Schweiz im Immobilienhandel und -bewirtschaftung tätig. Gemäss Meldung gibt es keine öffentlich zugänglichen Daten zum Gesamtvolumen des Segments Immobilienhandel und -bewirtschaftung. Bilfinger schätzt den Marktanteil auf ca. [0−10] %.

[5] RPW 2013/3 330, Rz 30, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2007/1, 105 Rz 53, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.
[6] RPW 2013/3 330, Rz 34, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2007/1, 106 Tabelle 2, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*.

27. Gemäss Meldung seien der Immobilienhandel und die Imobilienbewirtschaftung atomistisch aufgebaut und es habe eine Vielzahl von Wettbewerbern, so z.B. Livit, Privera, Group Bernard Nicod, Intercity, Wincasa, Société Privée de Gérance (SPG), Foncia, Schaeppi Immobilien, Verit, Steiner, Immoveris, Gribi Theurillat AG (Nordwestschweiz), Regimo Immobiliendienstleistungen, Colliers CSL AG, von Graffenried AG, Naef S.A., Hammer Retex AG.

28. Die Angaben der Parteien bezüglich der atomistischen Marktstruktur mit vielen Anbietern und der geschätzten Marktanteile decken sich mit den Informationen aus früheren Zusammenschlüssen. Die diesbezüglichen Angaben in der Meldung scheinen daher plausibel.[7]

B.4.2 Facility Management

B.4.2.1 Sachlich relevanter Markt

29. Praxisgemäss beinhaltet das Facility Management, welches eng mit der Immobilienbewirtschaftung verbunden ist, alle Dienstleistungen, die zum Betreiben und Unterhalten eines Gebäudes oder einer Immobilie erforderlich sind.[8] Im Fall ISS/Edelweiss hat die WEKO überdies verschiedene Untersegmente des Facility Management untersucht, die Frage jedoch wiederum offen gelassen, ob es sich dabei um einzelne sachlich relevante Märkte handelt.[9]

30. Die Parteien haben sich dahingehend geäussert, dass sich der Immobilienhandel und die Immobilienbewirtschaftung und ein mögliches Subsegment des Facility Managements, nämlich das Subsegment Verwaltung (kaufmännische Sicht: dieses Subsegmente umfasst Miete, Vermietung, Mieterbetreuung, Mietzinsanpassung, Mieter-Marketing, Kündigung, Heiz- und Nebenkostenabrechnung, Objektbuchhaltung, Flächenmanagement, Schlüsselverwaltung, Parkplatzmanagement und Mietzinsinkasso[10]), überschneiden.

31. Die Fragen, ob und in welche weiteren Teilmärkte das Facility Management zu gliedern ist und ob es sich mit dem Segment Immobilienhandel und -bewirtschaftung überschneidet, kann offen gelassen werden, da es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt.

B.4.2.2 Räumlich relevanter Markt

32. Die WEKO hat den räumlich relevanten Markt national angedacht. Zusätzlich hat sich die WEKO im Bereich des Facility Managements auch überlegt, ob für gewisse Dienstleistungen eher ein regionaler oder eventuell auch ein grenzüberschreitender Markt abzugrenzen wäre. Die Frage wurde jedoch offen gelassen.[11]

33. Auch im vorliegenden Fall kann im Bereich Facility Management und allfälliger weiterer Teilmärkte aufgrund fehlender Marktanteilsadditionen auf eine definitive Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes verzichtet werden.

B.4.2.3 Voraussichtliche Stellung im Markt

34. Von den Parteien ist lediglich Bilfinger im Bereich des Facility Managements in der Schweiz tätig, weshalb es zu keinen Marktanteilsadditionen kommt. Ausserdem ist die EQT weder auf vor- noch nachgelagerten noch benachbarten Märkten tätig, weshalb keine vertikalen oder konglomeralen Effekte zu erwarten sind.

35. Gemäss Meldung existieren keine verlässlichen öffentlich erhältlichen Zahlen zum Gesamtvolumen des Marktes in der Schweiz. Das Institut für Facility Management der Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften schätzt das Gesamtvolumen des Marktes auf CHF 21-60 Mia.[12] Gestützt auf diese Bandbreite des Gesamtmarktes schätzt Bilfinger ihren Marktanteil im Bereich Facility Management auf unter [0−10] %, unabhängig davon, ob die räumliche Marktabgrenzung nun regional oder national erfolgt.

36. Gemäss Meldung sei die Anbieterstruktur im Segment des Facility Management atomistisch und es gäbe viele Wettbewerber. Darunter sind z.B. Avireal, Cofely, ISS, JohnsonControls IFM, MIBAG, hfm Hälg Facility Management AG, Axima, InfraPost, Sodexo und Treos.

37. Auch hier wiederum decken sich die Angaben der Meldung über die Marktstruktur und eine Vielzahl von Marktteilnehmern mit den Informationen, die aus älteren Zusammenschlüssen vorliegen.[13]

B.4.3 Ergebnis

38. Sowohl im Bereich des Immobilienhandels und der Immobilienbewirtschaftung als auch im Bereich des Facility Managements kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. EQT Services (UK) Limited ist weder in vor- oder nachgelagerten noch in benachbarten Märkten tätig, weshalb auch keine vertikalen oder konglomeralen Effekte zu erwarten sind. Des Weiteren scheinen die Marktanteilsschätzungen in der Meldung und die Angaben über die Struktur des Marktes verglichen mit früheren Entscheiden als plausibel.

39. Aufgrund der oben gemachten Ausführungen handelt es sich beim Markt für Immobilienhandel und -bewirtschaftung und beim Markt für Facility Management nicht um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

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

---

[7] Vgl. u.a. RPW 2013/3, 330 Rz 37, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2007/1, 107 Tabelle 3, *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*; RPW 2006/4, 683 ff. Rz 27, *ISS/Edelweiss*.

[8] RPW 2013/3, 330 Rz 31, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPQ 2010/2, 238 Rz 28, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*.

[9] RPW 2013/3, 330 Rz 31, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2006/4, 684 Rz 20, *ISS/Edelweiss*.

[10] RPW 2006/4, 684 Rz 20, *ISS/Edelweiss*.

[11] RPW 2013/3, 330 Rz 34, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2006/4, 686 Rz 23 ff., *ISS/Edelweiss*.

[12] <https://www.zhaw.ch/storage/lsfm/forschung/ifm/06-working-paper-fm-markt-ch.pdf> (zuletzt besucht am 06.07.2016).

[13] RPW 2013/3, 330 f Rz 36 und Rz 37, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2006/4, 687 Rz 27, *ISS/Edelweiss*.

B 2	**8. BGBM** LMI LMI
B 2.8	**1. Empfehlung vom 26. September 2016 betreffend Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern**

Empfehlung

vom 26. September 2016

in Sachen Binnenmarktrechtliche Untersuchung gemäss Art. 8 Abs. 3 BGBM

betreffend **Verwaltungspraxis des Kantons Bern bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen**

zuhanden Regierungsrat des Kantons Bern

1 Übersicht

1. Das Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) gewährleistet, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM). Die Wettbewerbskommission (WEKO) überwacht die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes durch Bund, Kantone und Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM). Sie kann Untersuchungen durchführen und den betreffenden Behörden Empfehlungen abgeben (Art. 8 Abs. 3 BGBM). Damit die WEKO diesen Vollzugsauftrag wahrnehmen kann, stellen die Behörden und Gerichte der WEKO die Verfügungen und Urteile, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergehen, unaufgefordert und in vollständiger Abschrift zu (Art. 10a Abs. 2 BGBM).

2. Die WEKO hat die Kantone mit Schreiben vom 30. November 2012 auf die Mitteilungspflicht aufmerksam gemacht und darum ersucht, zumindest diejenigen Verfügungen mitzuteilen, mit denen der Marktzugang einer ortsfremden Anbieterin mittels Auflagen oder Kosten beschränkt wird. Aus mehreren Kantonen hat die WEKO in den letzten vier Jahren keine Verfügung erhalten, weshalb davon auszugehen ist, dass der Marktzugang für ausserkantonale Anbieterinnen grundsätzlich ohne Beschränkungen gewährt wird. Um dies zu überprüfen, hat die WEKO gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BGBM beschlossen, in den Kantonen Bern, Waadt und Tessin eine binnenmarktrechtliche Untersuchung durchzuführen. Im Rahmen der drei Untersuchungen wird geprüft, ob die kantonale Verwaltungspraxis bei der Marktzulassung von ausserkantonalen Anbieterinnen den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes entspricht.

3. Im Kanton Bern wurde die binnenmarktrechtliche Verwaltungspraxis im Bereich der folgenden Erwerbstätigkeiten geprüft:

- kantonal geregelte Gesundheitsberufe
- bundesrechtlich geregelte Gesundheitsberufe (universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe)
- Veterinärwesen
- Gastgewerbe
- Kinderbetreuung

4. Die WEKO hat die eingegangenen Antworten und Verfügungen im Lichte des Binnenmarktgesetzes geprüft und festgestellt, dass die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes weitgehend eingehalten werden. Insbesondere im Bereich der Gesundheitsberufe beurteilen die zuständigen Behörden des Kantons Bern die Zulassungsgesuche von Personen, die bereits in einem anderen Kanton rechtmässig tätig sind, in Anwendung des Binnenmarktgesetzes. Einzig mit Bezug auf die einverlangten Gesuchsunterlagen besteht in binnenmarktrechtlicher Hinsicht noch Verbesserungspotential. Hingegen wurde das Binnenmarktgesetz im Bereich des Gastgewerbes und der Kinderbetreuung bis anhin offenbar nicht berücksichtig. Insoweit einzelne kantonale Vorschriften, Praxen oder Verfügungen nach Auffassung der WEKO nicht im Einklang mit dem Binnenmarktgesetz stehen, wird dies dem Regierungsrat des Kantons Bern im Rahmen dieser Empfehlung nach Art. 8 Abs. 3 BGBM bekanntgeben.

5. Die vorliegende Analyse unterscheidet in Anlehnung an die Systematik des BGBM zwischen kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Kap. 2) und bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten mit kantonalem Vollzug (Kap. 3). Die Ergebnisse und Empfehlungen sind unter Kap. 4 zusammengefasst.

2 Kantonal geregelte Erwerbstätigkeiten

6. Kap. 2 untersucht die Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kap. 2.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge unter Kap. 2.2 auf die Zulassungspraxis des Kantons Bern im Bereich der kantonalen Gesundheitsberufen (2.2.1), des Gastgewerbes (2.2.2) und der Kinderbetreuung (2.2.3) angewendet.

2.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

2.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

7. Die Bestimmung in Art. 2 Abs. 1 BGBM verleiht den Personen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes einen individual-rechtlichen Anspruch auf freien Marktzugang.[1] In Konkretisierung des Anspruchs auf freien Marktzugang im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BGBM statuieren Abs. 3 und 4 das Herkunftsprinzip. Das **Herkunftsprinzip** gilt sowohl für die vorübergehende Wirtschaftstätigkeit über Binnengrenzen hinaus als auch für die Begründung einer gewerblichen (Zweit-)Niederlassung:[2]

- *Dienstleistungsfreiheit*: Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGBM hat jede Person das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist. Massgebend sind dabei die Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung des Anbieters.
- *Gewerbliche Niederlassungsfreiheit*: Nach Art. 2 Abs. 4 BGBM hat jede Person, die eine Tätigkeit rechtmässig ausübt, das Recht, sich zwecks Ausübung dieser Tätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz niederzulassen und diese Tätigkeit nach den Vorschriften des Orts der Erstniederlassung auszuüben. Dies gilt auch dann, wenn die Tätigkeit am Ort der Erstniederlassung aufgegeben wird.

8. Das Herkunftsprinzip basiert auf der gesetzlichen Vermutung, wonach die verschiedenen kantonalen und kommunalen Marktzugangsregelungen gleichwertig sind (Art. 2 Abs. 5 BGBM).

9. Das Recht auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften gilt nicht absolut. Die Behörde des Kantons Bern (Bestimmungsort)[3] kann den Marktzugang für ortsfremde Anbieter mittels Auflagen oder Bedingungen einschränken. Dafür muss die zuständige Behörde in einem ersten Schritt prüfen, ob die generell-abstrakten Marktzugangsregeln und die darauf beruhende Praxis des Herkunftsorts eines ortsfremden Anbieters einen gleichwertigen Schutz der öffentlichen Interessen vorsehen, wie die Vorschriften des Kantons Bern (Widerlegung der **Gleichwertigkeitsvermutung** gemäss Art. 2 Abs. 5 BGBM). Bei gleichwertigen Vorschriften ist der Marktzugang ohne weiteres und ohne Auflagen zu gewähren.[4] Im Falle von ungleichwertigen Marktzugangsregeln muss die Behörde des Kantons Bern darlegen, inwiefern die Marktzugangsbeschränkung die **Voraussetzungen von Art. 3 BGBM** erfüllt, d.h. zum Schutz eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig sowie nicht-diskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM).[5] Klarerweise unverhältnismässig und damit unzulässig sind Beschränkungen gemäss Art. 3 Abs. 2 BGBM, wenn (nicht abschliessend):

- der Schutz des öffentlichen Interesses bereits durch die Vorschriften des Herkunftsorts erreicht wird;
- die Nachweise und Sicherheiten, die der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat, genügen;
- ein Sitz oder eine Niederlassung am Bestimmungsort verlangt wird;
- der hinreichende Schutz durch die Berufserfahrung des ortsfremden Anbieters gewährleistet ist.

10. Neben dem Herkunftsprinzip ist auch das Anerkennungsprinzip nach Art. 4 BGBM zu beachten. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Art. 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitsausweisen soll gewährleisten, dass bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten der Binnenmarkt Schweiz nicht durch unterschiedliche kantonale oder kommunale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird.[6]

2.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

11. Ein formelles Zulassungsverfahren stellt für ortsfremde Anbieterinnen ein administratives Marktzugangshindernis dar, das je nach Modalitäten und Branche prohibitiv wirken kann. Bereits die Vorbereitung der Gesuchsunterlagen mitsamt Beilagen wie aktuelle Straf- und Betreibungsregisterauszüge ist mit Aufwand und Kosten verbunden, die den interkantonalen Marktzugang behindern können.[7]

---

[1] NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, N 1212 ff.; Ders., Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, S. 209 ff., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, BGBM 2 N 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2. Aufl., Basel 2007, S. 399 ff., N 34-43.

[2] Zum Herkunftsprinzip BGer Urteil 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 (Marktzugang für Sanitätsinstallateure); Urteil 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009 (Marktzugang für komplementärmedizinische Therapeuten); BGE 135 II 12 (Marktzugang für Psychotherapeuten); aus der Literatur z.B. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, S. 129 ff., 142 ff.; WEKO-Empfehlung vom 27. Februar 2012 betreffend Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur, RPW 2012/2, 438 ff., Rz 14 ff.

[3] Als „Bestimmungsort" wird im Binnenmarktrecht der Ort bezeichnet, wo ortsfremde Anbieterinnen ihre Leistung erbringen.

[4] BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C_57/2011 vom 3. Mai 2011 E. 3.4 (Sanitärinstallateur Thurgau); WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 17 f.

[5] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 189 ff.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, S. 377 ff., 378.

[6] Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213 ff., 1266 f.

[7] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 203 ff.

12. Gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM ist über allfällige Beschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts erfasst die Verpflichtung zur Durchführung eines einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens das Prüfungsverfahren als solches und beschränkt sich nicht auf Fälle, in denen Marktzugangsbeschränkungen in Erwägung gezogen oder gar auferlegt werden.[8] Der Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren gilt somit über den Wortlaut hinaus für das gesamte Marktzugangsverfahren. Eine Abweichung vom Grundsatz der Kostenlosigkeit gemäss Art. 3 Abs. 4 BGBM kann in gewissen Ausnahmefälle berechtigt sein. Dies ist etwa der Fall, wenn der Gesuchsteller rechtsmissbräuchlich handelt oder wegen mangelhafter Mitwirkung unnötig Kosten verursacht.[9]

13. Neben den Anforderungen von Art. 3 Abs. 4 BGBM ist zu berücksichtigen, dass ortsfremde Anbieterinnen ihre Tätigkeit gestützt auf das Herkunftsprinzip nach Massgabe der Vorschriften ihres Herkunftsorts und frei von jeglichen Beschränkungen ausüben dürfen. Das Bundesgericht hielt in seiner frühen Praxis zum Binnenmarktgesetz in der Fassung von 1995 fest, dass Art. 2 und 4 BGBM 95 die Kantone in der formellen Ausgestaltung des Marktzugangsverfahrens nicht einschränkt.[10] Diese Praxis ist spätestens seit in Kraft treten des revidierten Binnenmarktgesetzes von 2005 zu relativieren.[11] Das mit der Revision von 2005 gestärkte Herkunftsprinzip bedeutet in formeller Hinsicht, dass der interkantonale Marktzugang ohne jegliche Formalitäten möglich sein müsste. Die Botschaft führt in diesem Zusammenhang aus, „dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort eine Bewilligung für die Ausübung ihrer Tätigkeit einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können."[12] Damit aber die Behörden des Kantons Bern überhaupt in der Lage sind zu prüfen, ob gleichwertige Marktzugangsordnungen vorliegen und ob der Marktzugang gegebenenfalls in Form von Auflagen oder Bedingungen zu beschränken ist, müssen sie über die Tätigkeit der ortsfremden Anbieterin in Kenntnis gesetzt werden. Hinzu kommt, dass die Behörden des Kantons Bern die Aufsicht über ortsfremde Anbieterinnen ausüben, die sich auf ihrem Gebiet niedergelassen haben (Art. 2 Abs. 4 BGBM). Entsprechend muss die Möglichkeit bestehen, ortsfremde Anbieterinnen einer „Eingangskontrolle" zu unterziehen und ein Melde- oder Bewilligungsverfahren durchzuführen. Dies räumt auch der Bundesrat in der Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes ein, indem er festhält, es sei den Kantonen überlassen, „die nötigen Vorkehrungen zu treffen", um ihre Aufsichtspflicht sowie die Möglichkeit zur Auferlegung von Auflagen wahrnehmen zu können.[13] Die Botschaft lässt aber offen, welche Vorkehrungen möglich und überhaupt zulässig sind.

14. Jedes formelle Marktzugangsverfahren ist somit als Marktzugangsbeschränkung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM zu qualifizieren, das insgesamt zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich und verhältnismässig sein muss.[14] Dabei stellen die Durchsetzung allfälliger Beschränkungen des Marktzugangs und die Wahrnehmung der Aufsichtspflicht (Art. 2 Abs. 4 BGBM) öffentliche Interessen dar, die eine Abweichung zum formlosen Marktzugang rechtfertigen können. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, ob die ortsfremde Anbieterin im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend am Bestimmungsort tätig ist (Art. 2 Abs. 3 BGBM), oder ob sie sich dort langfristig niederlässt (Art. 2 Abs. 4 BGBM).[15] In Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fordert Art. 3 Abs. 4 BGBM in jedem Fall ein einfaches, rasches und kostenloses Verfahren (vorne, Rz 12).

2.1.3 Zusammenfassung

15. Aus den vorstehenden Erläuterungen erschliesst sich, dass die Marktzulassung ortsfremder Anbieterinnen nach den folgenden binnenmarktrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen hat:

- Die zuständige Behörde des Kantons Bern ist gestützt auf Art. 2 Abs. 3 und 4 BGBM verpflichtet, die Zulassung ortsfremder Anbieterinnen in Anwendung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften zu beurteilen.
- Die Zulassungsbehörde des Kantons Bern kann die im Kanton Bern geltenden Vorschriften nur anwenden, wenn die am Herkunftsort geltenden Vorschriften nicht gleichwertig (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und die Voraussetzungen für eine Beschränkung durch Auflagen oder Bedingungen nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Unter diesen Voraussetzungen können die Berner Vorschriften in Form von Auflagen oder Bedingungen als anwendbar erklärt werden.

---

[8] BGE 123 I 313 E. 5; 125 II 56 E. 5b; 136 II 470 E. 5.3 („Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché"); zur sog. „Inländerdiskriminierung" vgl. BGer Urteil 2C_204/2010 vom 24. November 2011 E. 8.3 i.V.M. E. 7.1; ZWALD (Fn 1), N 76 f.

[9] BGE 123 I 313 E. 5.

[10] So zum BGBM 95, BGE 125 II 56 E. 5a (RA Thalmann): „Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert."; BGE 125 II 406 E. 3 (Anwalt Appenzell I.Rh.); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, S. 110 f.

[11] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1357.

[12] Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBl 2005 465 ff., 484; so auch das OGer AR, Urteil vom 22. Mai 2007 E. 2.2, in: AR GVP 2007 114: „Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben".

[13] Botschaft revBGBM (Fn. 12), 485.

[14] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359; WEKO-Empfehlung, Taxi (Fn 2), Rz 23 f.; a.M. HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., 2016, N 735.

[15] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1359.

- Allein die Tatsache, dass im Kanton Bern andere oder allenfalls strengere Bewilligungsvoraussetzungen gelten, führt nicht automatisch zur Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung.[16] Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall nicht widerlegt, ist dem ortsfremden Anbieter ohne Weiteres Marktzugang zu gewähren.[17]
- Ist die Gleichwertigkeitsvermutung in einem konkreten Fall widerlegt, so obliegt es den Behörden des Kantons Bern mit Bezug auf jede Auflage oder Bedingung zu begründen, inwiefern die Voraussetzungen des öffentlichen Interesses, der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind.
- Den Behörden des Kantons Bern ist es nicht ohne weiteres gestattet, standardmässig die Einreichung von Nachweisen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften zu verlangen, wie etwa Leumundszeugnis, Straf- oder Betreibungsregisterauszug usw.[18] Die Bewilligungsvoraussetzungen des Kantons Bern finden vorbehältlich von Art. 3 Abs. 1 BGBM keine Anwendung, so dass auch keine Unterlagen zum Nachweis dieser Voraussetzungen eingefordert werden können. Die standardmässige Rücküberprüfung der am Herkunftsort geltenden Vorschriften lässt sich nicht mit den Geboten der Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM) sowie der Einfachheit und Raschheit (Art. 3 Abs. 4 BGBM) vereinbaren und unterläuft gemäss Bundesgericht die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM.[19] Dies gilt sowohl hinsichtlich der fachlichen als auch der persönlichen Befähigung. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.[20]

2.2 Auswertung und Empfehlung zu den untersuchten Sektoren

2.2.1 Kantonal geregelte Gesundheitsberufe

16. Für die Durchführung der Zulassungsverfahren im Bereich der kantonal geregelten Gesundheitsberufe sind im Kanton drei verschiedene Behörden zuständig, namentlich das Alters- und Behindertenamt (ALBA), das Kantonsapothekeramt (KAPA) sowie das Kantonsarztamt (KAZA). Aus den Antworten auf den Fragebogen ergibt sich, dass die drei Behörden Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen nach weitgehend identischen Marktzugangsverfahren beurteilen. In jedem Fall verlangen die Behörden eine Kopie der am Herkunftsort ausgestellten Berufsausübungsbewilligung, eine Kopie des Fähigkeitsausweises sowie eine Unbedenklichkeitserklärung des Kantons, welcher die Erstbewilligung ausgestellt hat. Das ALBA und das KAZA verlangen zusätzlich einen Originalauszug aus dem Zentralstrafregister sowie den Nachweis für eine Berufshaftpflichtversicherung.

17. Das KAZA richtet sich bei ausserkantonalen Gesuchstellerinnen ausdrücklich nach den am Herkunftsort geltenden Bewilligungsvoraussetzungen und wendet die Vorschriften des Kantons Bern nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM an. Für ausserkantonale Gesuchstellerinnen besteht ein eigenes Gesuchsformular,[21] welches den Besonderheiten des BGBM-Zulassungsverfahrens Rechnung trägt.

18. Alle drei Behörden bearbeiten die Gesuche von ausserkantonalen Anbieterinnen ohne Erhebung von Gebühren oder Kosten.

19. In Anwendung der einleitend ausgeführten binnenmarktrechtlichen Grundsätze ist das Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen wie folgt zu beurteilen:

20. Ausserkantonale Anbieterinnen verfügen nur dann gestützt auf das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) über einen Anspruch auf Marktzugang, wenn sie ihre Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausüben. Um die Rechtmässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit zu überprüfen, ist es grundsätzlich angezeigt, dass die Behörden des Kantons Bern eine Kopie der am Herkunftsort ausgestellten **Berufsausübungsbewilligung** verlangen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort ebenfalls einer Bewilligungspflicht untersteht. Der Anspruch auf freien Marktzugang nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM besteht aber selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei zulässig ist.[22] In diesem Fall ergibt sich die Rechtmässigkeit der Tätigkeit bereits aus der am Herkunftsort geltenden Rechtslage und es kann natürlich keine Bewilligungskopie einverlangt werden. Steht aber die im Kanton Bern geltende Bewilligungspflicht einer Regelung gegenüber, die keine Bewilligung vorsieht, ist grundsätzlich von ungleichwertigen Marktzugangsvorschriften auszugehen (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Der Kanton Bern kann in diesem Fall den Marktzugang unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM mit Auflagen beschränken (siehe hinten, Rz 25).

21. Sodann stellt sich die Frage, ob vor dem Hintergrund des Gebots des einfachen, raschen und kostenlosen Verfahrens (Art. 3 Abs. 4 BGBM) eine **Unbedenklichkeitserklärung** einverlangt werden kann. Aufgrund des Herkunftsprinzips kann die Unbedenklichkeitserklärung nicht dazu dienen, die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen des Berner Rechts zu überprüfen. Mit der

[16] Zur Gerichtspraxis betreffend die Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung siehe DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1311 ff.
[17] BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II).
[18] BGE 123 I 313 E. 4b (RA Häberli): "Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist"; so auch BGer, 2P.316/1999 vom 23. Mai 2000 E. 2d (Anwalt Waadt).
[19] BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); BGer, 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).
[20] BGer, 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).
[21] Erhältlich auf http://www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheit/gesundheitsberufe.html.
[22] ZWALD (Fn 1), N 48; DIEBOLD (Fn 1), N 1231; WEKO-Jahresbericht 2008, RPW 2009/1 14, 15; BGer, 2C_844/2008 vom 15. Mai 2009 E. 4.2.1.

Unbedenklichkeitserklärung kann aber geprüft werden, ob die Gesuchstellerin die am Herkunftsort geltenden Voraussetzungen zum heutigen Zeitpunkt erfüllt, ob die Bewilligung noch gültig ist und ggf. mit Auflagen oder Bedingungen verbunden ist und ob Aufsichtsverfahren hängig sind. In binnenmarktrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die ausserkantonale Gesuchstellerin grundsätzlich Anspruch auf ein kostenloses Marktzugangsverfahren hat. Nun ist es aber so, dass die Behörden des Herkunftskantons für die Ausstellung von Unbedenklichkeitserklärungen eine Gebühr verlangen und so das kostenlose Verfahren unterlaufen wird. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob das Einverlangen einer Unbedenklichkeitserklärung gerechtfertigt ist.

22. In diesem Zusammenhang gilt zu beachten, dass der Kanton Bern die Bewilligung gestützt auf das BGBM selbst dann ausstellen muss, wenn im Herkunftskanton ein Aufsichtsverfahren gegen die Gesuchstellerin hängig ist. Der Anspruch auf Marktzugang besteht unter der Voraussetzung, dass die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig ausgeübt wird. Ein hängiges Aufsichtsverfahren hat noch keinen Einfluss auf die Rechtmässigkeit der am Herkunftsort ausgeübten Tätigkeit. Auch disziplinarische Massnahmen, die nicht zum Entzug der Erstbewilligung führen, stellen keinen Grund zur Verweigerung einer Bewilligung im Kanton Bern dar. Erst wenn die am Herkunftsort ausgestellte Bewilligung rechtskräftig entzogen ist und damit die rechtmässige Ausübung der Tätigkeit am Herkunftsort dahinfällt, muss auch der Kanton Bern die gestützt auf das BGBM ausgestellte Bewilligung entziehen.

23. Es stellt sich somit die Frage, ob eine Unbedenklichkeitserklärung zur Prüfung der Gültigkeit der Erstbewilligung erforderlich ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine unbefristete Bewilligung auch gültig ist und dass sich allfällige Auflagen oder Bedingungen direkt aus der Verfügung ergeben. Es wäre allenfalls die wohl seltene Konstellation denkbar, dass eine ausserkantonale Gesuchstellerin die Kopie einer widerrufenen Bewilligung vorlegt um auf diese Weise böswillig eine Zulassung im Kanton Bern zu erwirken. Um solche Risiken auszuschliessen, besteht seitens der Behörde des Kantons Bern ein Interesse, eine Bestätigung der Behörde des Herkunftskantons zu erhalten, aus der hervorgeht, dass die unbefristete Erstbewilligung noch gültig ist. Bei befristeten Erstbewilligungen besteht dieses Risiko nicht, da die Inhaberin nach Ablauf der Bewilligungsdauer regelmässig neu überprüft wird und die neue Bewilligung auch im Kanton Bern vorweisen muss.

24. Nachdem das BGBM ein einfaches und kostenloses Verfahren verlangt, ist es vorzuziehen, wenn die Behörde des Kantons Bern direkt Rücksprache mit der am Herkunftsort zuständigen Behörde nimmt und die Gültigkeit der Erstbewilligung selber überprüft. Der Gesuchstellerin sollte zumindest die Wahl überlassen werden, ob sie entweder eine Unbedenklichkeitserklärung einreicht oder die Behörde des Kantons Bern ermächtigt, bei den Behörden des Herkunftskantons Abklärungen zu treffen. Im zweiten Fall obliegt es der Behörde des Kantons Bern, bei der ausserkantonalen Schwesterbehörde eine entsprechende Unbedenklichkeitserklärung einzuholen, wobei allfällige Gebühren der Gesuchstellerin nicht weiterverrechnet werden dürfen.

25. Sodann verlangen alle drei Behörden jeweils eine Kopie des **Fähigkeitsausweises**, wie beispielsweise das SRK-registrierte Diplom für Dipl. Pflegefachfrau/Pflegefachmann, einen anerkannten Fähigkeitsausweis HF für Drogist/Drogistin oder ein Abschlussdiplom für Psychotherapeut/Psychotherapeutin. In diesem Zusammenhang gilt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Zulassungsvoraussetzungen nicht Rücküberprüft werden dürfen (vorne, Rz 15). Wurde die fachliche Befähigung bereits durch die Behörde des Herkunftsorts überprüft, darf die Behörde des Kantons Bern dies nicht erneut prüfen; es gilt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM. Ist die fragliche Tätigkeit im Herkunftskanton ohne fachliche Voraussetzungen zulässig,[23] so kann der Kanton Bern nach Widerlegung der Gleichwertigkeitsvermutung und unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM die fachliche Befähigung überprüfen; dabei ist insb. die Berufserfahrung nach Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM zu berücksichtigen. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Einverlangen von Fähigkeitsausweisen nur in Einzelfällen gerechtfertigt ist bzw. dass das Gesuch auch dann geprüft werden muss, wenn die Gesuchstellerin nur die gültige Erstbewilligung und keinen Fähigkeitsausweis einreicht. Indem gemäss Gesuchsformular explizit die Kopie eines Fähigkeitsausweises verlangt wird, kann dies ausserkantonale Anbieterinnen ohne Fähigkeitsausweis davon abschrecken, überhaupt ein Gesuch einzureichen.

26. Die gleichen Überlegungen gelten auch für den **Strafregisterauszug**, welcher von den drei Behörden standardmässig im Original eingefordert wird. Die Gleichwertigkeitsvermutung und das Verbot der Rücküberprüfung gelten gemäss Bundesgericht nicht nur für die fachlichen, sondern auch für die persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen.[24] Wurde die persönliche bzw. charakterliche Eignung und insb. der Strafregisterauszug bereits durch die Behörden des Herkunftskantons geprüft, so darf die Behörde des Kantons Bern diese Voraussetzung nicht rücküberprüfen und folglich auch nicht das Einreichen eines Strafregisterauszugs verlangen.

27. Der Nachweis einer **Berufshaftpflichtversicherung** ist grundsätzlich zulässig,[25] wobei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b BGBM die am Herkunftsort erbrachten Nachweise und Sicherheiten zu berücksichtigen sind. Diese Voraussetzung erfüllt das Marktzugangsverfahren des KA-ZA, indem auch der Nachweis einer gleichwertigen Sicherheit für die Deckung des Umfangs der Risiken, die sich aus der Tätigkeit ergeben, akzeptiert wird.

[23] Das Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 1-4 BGBM gilt selbst dann, wenn die Tätigkeit am Herkunftsort bewilligungsfrei oder ohne Anforderungen an die fachliche Befähigung zulässig ist (Fn 22).
[24] Siehe vorne Fn 19.
[25] BGer 2P.180/2000 vom 22. Februar 2001 E. 3c.

28. Sehr positiv zu bewerten ist sodann, dass für ausserkantonale Gesuchstellerinnen ein **separates Gesuchsformular** besteht und dass der Grundsatz der **Kostenlosigkeit** nach Art. 3 Abs. 4 BGBM eingehalten wird.

29. Die eingereichten **Zulassungsverfügungen** für ausserkantonale Gesuchstellerinnen sind nicht zu beanstanden. Es ist einzig anzuregen, dass die Verfügungen neben Art. 3 Abs. 4 der kantonalen Gesundheitsverordnung (BSG 811.111) und der Erstbewilligung zusätzlich auch auf Art. 2 Abs. 3 BGBM (Dienstleistungsverkehr) bzw. Art. 2 Abs. 4 BGBM (Niederlassung) abstützen.

2.2.2 Gastgewerbe

30. Die Regierungsstatthalterämter sind zuständig für die Zulassung von Gastwirtinnen und Gastwirten. Das Zulassungsverfahren richtet sich nach dem Gastgewerbegesetz vom 11. November 1983 (BSG 935.11). Aus den Antworten auf den Fragebogen ergibt sich, dass auch ausserkantonale Gesuchstellerinnen, die bereits in einem anderen Kanton über eine Bewilligung verfügen, nur nach den Voraussetzungen des bernischen Gastgewerbegesetzes zugelassen werden. Als Zulassungsvoraussetzung wird unter anderem ein Fähigkeitsausweis verlangt, wobei die Fähigkeitsausweise aller Kantone der Schweiz, das GastroSuisse-Zertifikat sowie weitere Ausbildungsabschlüsse anerkannt werden. Neben der Kopie des Fähigkeitsausweises ist ein Strafregisterauszug, eine Kopie der Getränkekarte sowie die Betriebsbewilligung des zu übernehmenden Betriebs einzureichen. Das Bewilligungsverfahren ist auch für ausserkantonale Gesuchstellerinnen gebührenpflichtig.

31. Mit der Revision des BGBM im Jahr 2005 wurde unter anderem das Ziel verfolgt, die Niederlassungsfreiheit für Erwerbstätigkeiten, die auf eine ortsgebundene Infrastruktur angewiesen sind, einzuführen. Der Bundesrat erwähnte dabei namentlich Gastwirtinnen und Gastwirte,[26] die aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum BGBM in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 nicht von der Freizügigkeit profitieren konnten.[27] Seit dem 1. Juli 2006 gilt aber auch für Gastwirtinnen und Gastwirte das Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 4 BGBM), d.h. sie können sich gestützt auf ihre Erstbewilligung des Herkunftskantons auch in einem anderen Kanton niederlassen,[28] und zwar nach den Vorschriften des Herkunftskantons.

32. Folglich können die Regierungsstatthalterämter des Kantons Bern die Voraussetzungen des Gastgewerbegesetzes nur dann auf ausserkantonale Gesuchstellerinnen anwenden, wenn dieselben Voraussetzungen nicht bereits durch die Behörde des Herkunftskantons geprüft wurde (Art. 2 Abs. 5 BGBM; vorne Rz 15) und wenn die Voraussetzungen des Gastgewerbegesetzes nach den Anforderungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt sind (vorne, Rz 9).

33. Vor diesem Hintergrund muss das zuständige Regierungsstatthalteramt des Kantons Bern von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen in erster Linie die am Herkunftsort ausgestellte Gastgewerbebewilligung bzw. Wirtschaftsbewilligung einverlangen. Verfügt die ausserkantonale Gesuchstellerin über eine gültige Erstbewilligung oder übt sie die Tätigkeit am Herkunftsort rechtmässig bewilligungsfrei aus, so hat sie gestützt auf Art. 2 Abs. 4 BGBM einen Anspruch auf Zulassung im Kanton Bern.

34. Mit Bezug auf das Bewilligungsverfahren des Kantons Bern bedeutet dies, dass von ausserkantonalen Anbieterinnen nur dann ein **Strafregisterauszug** verlangt werden kann, wenn der Leumund nicht bereits durch die Behörde des Herkunftskantons geprüft wurde. Sollte einer ausserkantonalen Gesuchstellerin die Bewilligung im Kanton Bern aufgrund eines Strafregistereintrags verweigert werden, so ist in der Verfügung insb. zu begründen, dass die Verweigerung zum Schutz eines öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Konkret muss aufgrund der verübten Straftat ein mit der Führung einer Gastwirtschaft zusammenhängendes öffentliches Interesse gefährdet sein, andernfalls die Bewilligung nicht verweigert werden darf.

35. Mit Bezug auf das Erfordernis eines **Fähigkeitsausweises** ist zu vermerken, dass der Kanton Bern sämtliche kantonalen Fähigkeitsausweise anerkennt und somit die Anforderungen von Art. 4 Abs. 1 BGBM erfüllt. Das Herkunftsprinzip nach Art. 2 Abs. 4 BGBM gewährleistet den Marktzugang aber selbst dann, wenn die Tätigkeit im Herkunftskanton rechtmässig ohne Fähigkeit ausgeübt wird.[29] Mit anderen Worten haben auch ausserkantonale Gastwirtinnen und Gastwirte Anspruch auf Marktzugang im Kanton Bern, wenn ihr Herkunftskanton kein Fähigkeitsausweis verlangt. Selbst wenn in diesem Fall die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegbar ist (Art. 2 Abs. 5 BGBM), kann das zuständige Regierungsstatthalteramt des Kantons Bern in solchen Fällen die Bewilligung wiederum nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM mit Auflagen oder Bedingungen versehen. Konkret ist zu begründen, dass der verlangte Fähigkeitsausweis zum Schutz eines öffentlichen Interesses unerlässlich und verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Dabei ist insbesondere die bereits erlangte Berufserfahrung der ausserkantonalen Gesuchstellerin zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

36. Das Einverlangen einer Kopie der **Getränkekarte** zur Überprüfung der Einhaltung der kantonalen Vorschriften über den Ausschank von Alkohol ist unproblematisch. Gleiches gilt für die **Bewilligung des zu übernehmenden Betriebs**, der den Anforderungen des Kantons Bern entsprechen muss.

37. Schliesslich ist festzustellen, dass die aktuelle Bewilligungspraxis des Kantons Bern nicht den Anforderungen von Art. 3 Abs. 4 BGBM genügt, indem von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen eine **Gebühr** verlangt

[26] Botschaft revBGBM (Fn. 12), 484.
[27] So noch BGer 2P.362/1998 zu Art. 2 BGBM in der Fassung von 1995; vgl. DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1118-1125.
[28] Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Gastwirtschaftsbewilligung, RPW 2015/2 160.
[29] Vorne, Fn 23.

wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das Verfahren für ausserkantonale Anbieterinnen kostenlos erfolgen (vorne, Rz 12).

2.2.3 Kinderbetreuung

38. Das Kantonale Jugendamt (KJA) bewilligt und beaufsichtigt private Kindertagesstätten gemäss Pflegekinderverordnung (PVO, BSG 213.223 und gemäss PAVO; SR 211.222.338). Die Anforderungen wurden in den Richtlinien für die Bewilligung privater Kindertagesstätten konkretisiert. Es müssen ein Gesuch um Erteilung einer Erstbewilligung und die Dokumente gemäss „Checkliste erforderliche Beilagen“ eingereicht werden. Dies gilt für alle Gesuchsteller unabhängig von deren Herkunftsort.

39. Personen, die als Leiterin oder Leiter einer Kindertagesstätte tätig sind, müssen ein Gesuch mit folgenden Beilagen einreichen:

- Lebenslauf
- Kopien der Ausbildungsdiplome
- Nachweis Weiterbildung Leitung
- Kopien Arbeitszeugnisse
- Referenzen (in der Regel zwei)
- Arztzeugnisse gemäss Merkblatt „Gesundheitliche Eignung von Leitungspersonen und Mitarbeitenden von Kindertagesstätten“
- Aktuelle Strafregisterauszüge: Privatauszug und Sonderprivatauszug (Originale)
- Aktueller Betreibungsregisterauszug (Original)
- Kopie Arbeitsvertrag
- Stellenbeschrieb
- Pflichtenheft

40. Personen, die als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer Kindertagesstätte tätig sind, müssen ein Gesuch mit folgenden Beilagen einreichen:

- Nachweis für Unfallversicherung nach UVG (Erwerbsausfall- und Krankentaggeldversicherung wird empfohlen)
- Nachweis über die Anmeldung bezüglich AHV/IV/EO bei der Ausgleichskasse (sobald vorliegend)
- Stellenbeschriebe
- Pflichtenhefte
- Kopie Arbeitsverträge (falls bereits vorhanden, sonst nachreichen sobald diese vorliegen)
- MitarbeiterInnenliste unter Angabe von Ausbildung du Beschäftigungsgrad (sobald bekannt)
- Stellenplan
- Schriftliche Bestätigung der Leitung, dass alle Mitarbeitende Strafregisterauszüge eingereicht haben.

41. Aus den Antworten zum Fragebogen lässt sich schliessen, dass das Binnenmarktrecht bis anhin nicht berücksichtigt worden ist. Das KJA prüft auch bei ausserkantonalen Gesuchstellerinnen, ob die Voraussetzungen gemäss Pflegekinderverordnung (BSG 213.223) erfüllt sind. Sowohl bei innerkantonalen wie bei ausserkantonalen Anbieterinnen werden die gleichen Gebühren erhoben. Eine Erstbewilligung kostet Fr. 500 und für eine Abänderungen (z.B. Standorterweiterung, neue Standortleitung etc.) werden Fr. 300 erhoben.

42. Das Betreiben einer Kindertagesstätte ist eine privatwirtschaftliche Tätigkeit, die dem Binnenmarktgesetz untersteht (Art. 1 Abs. 3 BGBM). Folglich verfügen Personen, die in einem Kanton als Leiterin oder Leiter bzw. als Mitarbeiterin oder Mitarbeiter einer Kindertagesstätte zugelassen sind, über den Anspruch, nach den Herkunftsvorschriften auch im Kanton Bern zur Ausübung der entsprechenden Funktion zugelassen zu werden. Es gelten daher die vorne in Rz 15 zusammengefassten Grundsätze.

43. Verfügt eine Person bereits in einem anderen Kanton über eine gültige Bewilligung und gelten im Herkunftskanton gleichwertige persönliche und fachliche Zulassungsvoraussetzungen (Art. 2 Abs. 5 BGBM), so muss der Marktzugang im Kanton Bern ohne weiteres gewährt werden. Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in diesem Fall grundsätzlich unzulässig (vorne, Rz 15).

44. Gelten am Herkunftsort hingegen weniger strenge fachliche und/oder persönliche Bewilligungsvoraussetzungen und ist die Gleichwertigkeitsvermutung widerlegbar (Art. 2 Abs. 5 BGBM), so kann der Kanton Bern unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM sein eigenes Recht anwenden. Führt die Anwendung des Berner Rechts zu einer Auflage oder Bedingung, so ist im Einzelnen zu begründen, inwiefern die Auflage oder Bedingung zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich, verhältnismässig sowie nichtdiskriminierend ist (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Dabei ist insbesondere auch die bereits erlangte Berufserfahrung der ausserkantonalen Gesuchstellerin zu berücksichtigen (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM).

45. Neben den natürlichen Personen verfügt auch das Unternehmen als Institution über einen Freizügigkeitsanspruch.[30] Das KJA muss im Rahmen des Bewilligungsverfahrens berücksichtigen, ob beispielsweise das pädagogische Konzept, das Betriebs- und Organisationskonzept, das Hygienekonzept u.a. sowie Versicherungen, Statuten, Werbung, Prospekte usw. bereits durch eine Behörde in einem anderen Kanton geprüft und als zulässig beurteilt worden sind. Trifft dies zu, so kann das KJA wiederum nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zusätzliche Auflagen oder Bedingungen verfügen.

46. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass das Marktzugangsverfahren für ausserkantonale Anbieterinnen in einem kostenlosen Verfahren erfolgen muss (Art. 3 Abs. 4 BGBM; dazu vorne, Rz 12).

[30] NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztklinik, RPW 2012 526.

3 Bundesrechtlich geregelte Erwerbstätigkeiten (Vollzugsföderalismus)

47. Kap. 3 untersucht die Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu bundesrechtlich geregelten Erwerbstätigkeiten. Zu diesem Zweck werden unter Kap. 3.1 die binnenmarktrechtlichen Grundsätze erläutert und in der Folge unter Kap. 3.2 auf die Zulassungspraxis des Kantons Bern im Bereich der universitären Medizinalberufe und der Psychologieberufe angewendet.

3.1 Binnenmarktrechtliche Rahmenbedingungen

3.1.1 Grundsatz des freien Marktzugangs

48. In verschiedenen Bereichen ist der Marktzugang materiell durch Bundesrecht harmonisiert (harmonisierter Bereich) und wird von den Kantonen vollzogen (sog. Vollzugsföderalismus). In der alltäglichen Verwaltungspraxis der Kantone lassen sich gewisse kantonale Unterschiede im Vollzug nicht vermeiden, was aus binnenmarktrechtlicher Perspektive dann problematisch sein kann, wenn sich diese kantonalen Divergenzen als Marktzugangsschranken auswirken. Dieses „atypische" Binnenmarktproblem[31] bildet die ratio legis der anlässlich der Revision des BGBM von 2005 auf Vorschlag des Parlaments hin eingeführten Bestimmung in Art. 2 Abs. 6 BGBM. Diese Regelung soll sicherstellen, dass bundesgesetzkonforme Waren, Dienst- und Arbeitsleistungen frei zirkulieren können.[32] Indem ein kantonaler Entscheid über die Zulassung schweizweit gilt, ist gewährleistet, dass im harmonisierten Bereich nicht durch kantonal unterschiedliche Auslegung und Anwendung von Bundesrecht neue Binnenmarktschranken aufgebaut werden.

49. Im Vergleich richtet sich der interkantonale Marktzugang im **nicht harmonisierten Bereich** wie gezeigt (vorne, Rz 9-12) nach dem Herkunftsprinzip (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) und der Gleichwertigkeitsvermutung (Art. 2 Abs. 5 BGBM). Die Gleichwertigkeitsvermutung besagt, dass die im Kompetenzbereich der Kantone erlassenen Marktzugangsordnungen als gleichwertig gelten. Diese Vermutung beruht auf der Überzeugung, dass sich das Schutzbedürfnis der Bevölkerung von Kanton zu Kanton nicht unterscheidet.[33] Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts hat die Gleichwertigkeitsvermutung zur Folge, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf (vorne, Rz 9, 15). Nun wäre es in sich widersprüchlich und mit Art. 95 Abs. 2 BV nicht vereinbar, wenn die Kantone beim Vollzug der bundesrechtlich **harmonisierten** Vorschriften durch unterschiedliche Auslegung oder Anwendung unterschiedlicher Massstäbe neue Binnenmarktschranken aufbauen könnten.

50. Aus diesem Grund sieht das Binnenmarktgesetz in Ergänzung zum Herkunftsprinzip vor, dass ein kantonaler Entscheid, wonach eine Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung die bundesrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt. Wenn die Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts gar im nicht harmonisierten Bereich die Rechtsanwendung durch die Behörde des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf, dann muss dies umso mehr auch für den harmonisierten Bereich gelten. Der damalige Nationalrat DIDIER BURKHALTER führte in der parlamentarischen Diskussion dazu aus:

> „Mais ce principe du 'Cassis de Dijon' […] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantonales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.
>
> Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.
>
> 1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.
>
> 2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.
>
> On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantonales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.
>
> Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du 'Cassis de Dijon' à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter - pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale - que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.
>
> Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.
>
> […]

[31] ZWALD (Fn 1), N 51.
[32] DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, S. 220; Yvonne Schleiss, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, S. 319; Sekretariat WEKO, Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick, RPW 2006/2 221 f.
[33] Botschaft revBGBM (Fn 12), 474.

J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération 'veille à créer un espace économique suisse unique'."[34]

51. Die Regelung von Art. 2 Abs. 6 BGBM ist im Parlament insbesondere im Zusammenhang mit der Zulassungspraxis im Lebensmittelbereich diskutiert worden, sollte aber klarerweise nicht auf einen bestimmten Marktbereich beschränkt bleiben, sondern allgemein, d.h. auch im Bereich der Dienstleistungen, Anwendung finden.

52. In der Praxis entfaltet Art. 2 Abs. 6 BGBM seine Wirkung beispielsweise für die Zulassung zur Entsorgung von Sonderabfällen, welche durch die Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2005 (SR 814.610) bundesrechtlich geregelt ist. Die kantonale Behörde erteilt die Bewilligung für die Entgegennahme von Sonderabfällen, wenn aus dem Gesuch hervorgeht, dass das Entsorgungsunternehmen in der Lage ist, die Abfälle umweltverträglich zu entsorgen (Art. 10 Abs. 1 VeVA). Art. 8 VeVA statuiert, dass solche Unternehmen für jede Betriebsstätte eine Bewilligung der kantonalen Behörde benötigen. Gemäss dem Kantonsgericht Basel-Landschaft stützt sich die im Kanton Aargau ausgestellte Bewilligung zum Betrieb einer mobilen Aufbereitungsanlage ausschliesslich auf Bundesrecht, so dass sie gemäss Art. 2 Abs. 6 BGBM für die ganze Schweiz gilt. Erfolgt die Annahme der Sonderabfälle in einem anderen Kanton, so muss keine zusätzliche Entsorgungsbewilligung eingeholt werden.[35]

3.1.2 Anforderungen an das Marktzugangsverfahren

53. In diesem Zusammenhang stellt sich vorab die Frage, ob die Nichtanerkennung eines kantonalen Entscheids im Sinne von Art. 2 Abs. 6 BGBM überhaupt nach Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden kann.

54. Nach ständiger Praxis und einhelliger Lehre können Beschränkungen des Herkunftsprinzips (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM) im nicht harmonisierten Bereich unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM gerechtfertigt werden. Wie bereits vorne in Rz 49 ausgeführt, besagt die Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM, dass die kantonale Zulassungsbehörde des Bestimmungsorts die fachlichen und persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des Herkunftsorts nicht rücküberprüfen darf. Eine Rücküberprüfung ist gemäss Bundesgericht nur zulässig, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ortsfremde Anbieterin die Voraussetzungen des Herkunftsorts entweder bereits zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung nicht erfüllt hatte oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.[36]

55. Aus den Protokollen zur parlamentarischen Beratung über die Revision des BGBM von 2005 geht hervor, dass die Idee des heutigen Art. 2 Abs. 6 BGBM auf der Grundlage der Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM entstanden ist. Auf Antrag des damaligen Nationalrats BURKHALTER hat der Nationalrat die Gleichwertigkeitsvermutung von Art. 2 Abs. 5 BGBM auf den kantonalen Vollzug von Bundesrecht ausgedehnt (Vollzugsföderalismus) und folgende Formulierung vorgeschlagen:

„L'application des principes indiqués ci-dessus présuppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons**"[37]

56. Der Ständerat hat diesen Vorschlag des Nationalrats aufgenommen und entsprechend der heutigen Fassung von Art. 2 Abs. 6 BGBM neu formuliert. Der Ständerat EUGEN DAVID führte dazu aus:

„Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt."[38]

57. Der Nationalrat hat in der Folge der Formulierung des Ständerats zugestimmt.[39]

58. Ein kantonaler Entscheid über die Bundesrechtskonformität einer Ware, Dienstleistung oder Arbeitsleistung soll somit für die ganze Schweiz gelten. In aller Regel besteht für die Kantone deshalb kein Spielraum, die Anwendung von Bundesrecht durch die Behörde eines anderen Kantons zu hinterfragen und den Marktzugang zu beschränken. Genau das soll mit Art. 2 Abs. 6 BGBM ja verhindert werden. Gleiches gilt mit Bezug auf Produkte und Dienstleistungen, die ohne vorgängige behördliche Kontrolle auf den Markt gebracht werden dürfen, aber einer nachträglichen Marktaufsicht unterstehen. Stellt eine kantonale Behörde anlässlich einer Stichprobenkontrolle fest, dass das Produkt nicht im Einklang mit den bundesrechtlichen Vorgaben steht, so gilt auch dieser kantonale Negativentscheid nach Art. 2 Abs. 6 BGBM für die ganze Schweiz. Der Ständerat EUGEN DAVID führte dazu aus:

„Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide."[40]

[34] AB 2005 N 883.
[35] KGer BL, 810 12 244/198 vom 31. Oktober 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.
[36] BGer, 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1 (Heilpraktiker Zürich II); so auch BGE 135 II 12 E. 2.4 (Psychotherapeut Zürich II); BGer, 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3 (Zahnarzt Schwyz).
[37] AB 2005 N 883.
[38] AB 2005 S 762.
[39] AB 2005 N 1620.
[40] AB 2005 S 763 f.

59. Grundsätzlich gilt somit ein kantonaler Entscheid nach Art. 2 Abs. 6 BGBM für alle übrigen Kantone verbindlich. Eine Rücküberprüfung der Bundesrechtskonformität wäre in Analogie zur Praxis betreffend Art. 2 Abs. 5 BGBM höchstens dann angebracht, wenn eine Anbieterin die bundesrechtlichen Voraussetzungen aufgrund von neuen, nach dem ersten kantonalen Entscheid eingetretenen Ereignisse nicht mehr erfüllt, oder wenn die Behörde am Ort der Erstzulassung das Bundesrecht offensichtlich und krass falsch angewendet hat. Insofern die bundesrechtliche Vorschrift aber ein einheitliches Schutzniveau vorschreibt, bleibt für Marktzugangsbeschränkungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BGBM kein Raum.

3.2 Universitäre Medizinalberufe und Psychologieberufe

60. Das Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (MedBG; SR 811.11) und das Bundesgesetz über die Psychologieberufe (PsyG; SR 935.81) regeln bundesrechtlich die Zulassungsvoraussetzung für die diesen beiden Gesetzen unterstehenden Berufe. Es gilt zwischen den kantonalen Bewilligungsverfahren (Kap. 3.2.1) und den Meldeverfahren für den interkantonalen Dienstleistungsverkehr bis zu 90 Tagen pro Jahr (Kap. 3.2.2) zu unterscheiden. Dabei ist zu beachten, dass die binnenmarktrechtlichen Grundsätze subsidiär Anwendung finden.[41] Insbesondere hat eine Person, die bereits über eine kantonale Bewilligung verfügt und in einem anderen Kanton tätig werden will, nach dem Binnenmarktgesetz Anspruch auf ein einfaches, rasches und kostenloses Bewilligungsverfahren (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

3.2.1 Berufsausübungsbewilligung

61. Im Bereich der universitären Medizinalberufe sind die Zulassungsvoraussetzungen zur selbstständigen Berufsausübung in Art. 36 MedBG bundesrechtlich geregelt. Unter anderem ist vorausgesetzt, dass der Gesuchsteller vertrauenswürdig ist sowie physisch und psychisch Gewähr für eine einwandfreie Berufsausübung bietet (Art. 36 Abs. 1 Bst. b MedBG). Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde erteilt und ist nur im Ausstellungskanton gültig (Art. 34 MedBG).

62. Das Psychologieberufegesetz folgt derselben Struktur wie das MedBG. Die fachlichen und persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen sind in Art. 24 PsyG geregelt. Die Bewilligung wird durch die kantonale Behörde ausgestellt und ist nur im jeweiligen Kantonsgebiet gültig (Art. 22 Abs. 1 PsyG). Im Unterschied zum MedBG enthält das PsyG in Art. 24 Abs. 2 den Grundsatz, dass eine Person, die über eine Bewilligung nach dem PsyG verfügt, grundsätzlich die Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung in den übrigen Kantonen erfüllt. Diese Bestimmung konkretisiert den generellen binnenmarktrechtlichen Grundsatz von Art. 2 Abs. 6 BGBM, wonach ein kantonaler Entscheid, dass eine Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt, für die ganze Schweiz gilt.

63. Die Bewilligungsverfahren für Berufe im Geltungsbereich des MedBG und des PsyG werden durch das Kantonsarztamt (KAZA), das Kantonsapothekeramt (KAPA) und den Veterinärdienst durchgeführt. Alle drei Ämter verlangen von ausserkantonal bereits zugelassenen Personen eine Kopie der gültigen Bewilligung des anderen Kantons, eine Unbedenklichkeitserklärung und eine Kopie des Ausbildungsabschlusses (Diplom). Das KAZA und der Veterinärdienst verlangen zusätzlich einen Strafregisterauszug sowie den Nachweis über eine Berufshaftpflichtversicherung.

64. Das KAZA überprüft die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen anhand der Unbedenklichkeitserklärung und der im Medizinalberuferegister (MedReg) erhältlichen Daten. Der Veterinärdienst überprüft ebenfalls die Daten im MedReg und das KAPA überprüft die Bewilligungsvoraussetzungen nicht erneut.

65. Der Vollzugsföderalismus birgt das Risiko, dass auslegungsbedürftige Voraussetzungen wie etwa der Begriff der Vertrauenswürdigkeit in verschiedenen Kantonen unterschiedlich streng angewendet werden. Dieser Auslegungsspielraum darf nicht zum Aufbau von neuen Freizügigkeitshindernissen führen, zumal die Freizügigkeit im Bereich der nicht bundesrechtlich harmonisierten Gesundheitsberufe gestützt auf das binnenmarktrechtliche Herkunftsprinzip in Art. 2 Abs. 1-5 BGBM gewährleistet ist (dazu vorne, Rz 7 ff.). Es wäre in sich widersprüchlich und mit Art. 95 Abs. 2 BV nicht vereinbar, wenn die Freizügigkeit im nicht harmonisierten, kantonal geregelten Bereich besser funktionieren würde als im harmonisierten Bereich. Aus diesem Grund sieht Art. 2 Abs. 6 BGBM vor, dass der Entscheid einer kantonalen Behörde, wonach ein Gesuchsteller die Voraussetzungen von Art. 36 MedBG erfüllt, auch für die anderen Kantone verbindlich wirkt. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass Art. 2 Abs. 6 BGBM neben den kantonalen Entscheiden über die Bundesrechtskonformität der fachlichen Eignung auch den Entscheid über die Bundesrechtskonformität der persönlichen Eignung umfasst.

66. Daraus lässt sich ableiten, dass das aus der Gleichwertigkeitsvermutung nach Art. 2 Abs. 5 BGBM entwickelte Rücküberprüfungsverbot des Bundesgerichts umso mehr auch für Art. 2 Abs. 6 BGBM gelten muss (vorne, Rz 49). Eine Rücküberprüfung der Bewilligungsvoraussetzungen durch den Kanton Bern ist nur möglich, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Erteilung der Erstbewilligung gar nicht erfüllt hat oder diese zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt.[42] Beispielsweise könnte aufgrund einer zwischenzeitlichen schweren Erkrankung der antragstellenden Person die Voraussetzungen für eine einwandfreie Berufsausübung nicht mehr gegeben sein. Sind die bundesrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, muss die Bewilligungserteilung im Kanton Bern verweigert und gleichzeitig auch die Erstbewilligung entzogen werden (Art. 38 MedBG; Art. 26 PsyG). Zu diesem Zweck gewähren die zuständigen kantonalen Behörden Amtshilfe und orientieren sich gegenseitig über Disziplinarfälle (Art. 42 und 44 MedBG; Art. 29 und 31 PsyG).

[41] Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, 6939; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1082-1092.

[42] BGer, 2C_57/2010 vom 4. Dezember 2010 E. 4.1; BGE 135 II 12 E. 2.4; BGer, 2C_68/2009 vom 14. Juli 2009 E. 6.3.

67. Nachdem der Entscheid der Bundesrechtskonformität einer kantonalen Behörde für alle übrigen Kantone verbindlich und eine Rücküberprüfung der bundesrechtlichen Voraussetzungen grundsätzlich unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob der Kanton Bern überhaupt die Dokumente wie Unbedenklichkeitserklärung (zur Problematik von Unbedenklichkeitserklärungen vorne, Rz 21-24), Strafregisterauszug u.a. einverlangen kann. Hinzu kommt, dass in Art. 42 und 44 MedBG und Art. 29 und 31 PsyG je eine Amtshilfebestimmung enthalten ist und die kantonalen Behörden gegenseitig Informationen über die Gültigkeit der Bewilligung sowie allfällige Berufspflichtverletzungen austauschen können. Sodann haben die kantonalen Behörden im MedReg Zugang zu den folgenden Informationen:

- Medizinalpersonen mit einem eidgenössischen oder einem anerkannten ausländischen Diplom
- Informationen zu Weiterbildung/Spezialisierung
- Berufsausübungsbewilligungen (nur für selbständige Berufstätigkeit benötigt)
- Praxisadressen
- Ausländische Medizinalpersonen, die während max. 90 Tagen pro Kalenderjahr in der Schweiz ihren Beruf selbstständig ausüben dürfen
- Global Location Number (GLN): Identifikationsnummer der registrierten Medizinalpersonen

68. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass ein ausgefülltes Gesuchsformular sowie eine Kopie der im Herkunftskanton ausgestellten Erstbewilligung für die Zulassung nach Art. 2 Abs. 6 BGBM grundsätzlich ausreichen muss. Die über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zugänglichen Informationen reichen aus, um die Richtigkeit der Angaben der Gesuchstellerin zu überprüfen. Ist in einem anderen Kanton ein Disziplinarverfahren pendent, so kann der Kanton Bern grundsätzlich in analoger Anwendung von Art. 43 Abs. 4 MedBG und Art. 30 Abs. 4 PsyG die Bewilligungserteilung bis zum Abschluss des Verfahrens aufschieben. Falls sich aufgrund der Angaben auf dem Gesuchsformular Anhaltspunkte ergeben, dass eine Bewilligungsvoraussetzung zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt sein könnte, kann der Kanton Bern zur Klärung dieses Punktes von der Gesuchstellerin weitere Informationen und Dokumente einverlangen.

69. Sobald das Psychologieberuferegister (PsyReg) eingeführt ist, gelten diese Grundsätze ohne weiteres auch für Personen, die in einem anderen Kanton über eine Bewilligung nach PsyG verfügen.

70. Ferner könnte der Kanton Bern eine Bewilligung zur Sicherung einer Versorgung von hoher Qualität in fachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht einschränken (Art. 37 MedBG; Art. 25 PsyG). Insofern eine Gesuchstellerin bereits über eine MedBG oder PsyG-Bewilligung in einem anderen Kanton verfügt, unterstehen solche Auflagen den Marktzugangsgrundsätzen des BGBM. Wird einer ausserkantonalen Gesuchstellerin eine Bewilligung im Kanton Bern nur eingeschränkt oder mit Auflage erteilt, so ist dies gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM mit einem überwiegenden öffentlichen Interesse zu begründen. Als solches kommt gemäss Art. 37 MedBG und Art. 25 PsyG einzig die Sicherung einer zuverlässigen Gesundheitsversorgung von hoher Qualität in Frage. Ausserdem muss eine kantonale Einschränkung oder Auflage gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM gleichermassen für ortsansässige Personen gelten (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM) und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 3 Abs. 1 Bst. c BGBM).[43]

71. Schliesslich ist zu vermerken, dass das KAZA, das KAPA und der Veterinärdienst die Bewilligungsverfahren für bereits ausserkantonal zugelassene Personen im Geltungsbereich des MedBG und des PsyG gebührenfrei durchführen und damit das Gebot der Kostenlosigkeit nach Art. 3 Abs. 4 BGBM eingehalten ist.

3.2.2 90-Tage Meldung

72. Sowohl das MedBG als auch das PsyG sehen vor, dass die in einem anderen Kanton zugelassenen Personen während 90 Tagen pro Jahr ohne eine bernische Bewilligung im Kanton Bern tätig sein dürfen. Es besteht für diese Fälle einzig eine jährliche Meldepflicht (Art. 35 Abs. 2 MedBG; 23 Abs. 1 PsyG). Mit dieser Regelung soll eine Inländerdiskriminierung gegenüber Personen aus den Mitgliedstaaten der EU und der EFTA verhindert werden, da diese gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen und das EFTA-Abkommen ebenfalls das Recht haben, während 90 Tagen pro Jahr in der Schweiz tätig zu sein.

73. Bei der Einführung dieser Regelung für das interkantonale Verhältnis wurde allerdings übersehen, dass die Inhaberinnen und Inhaber einer MedBG oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons ohnehin gestützt auf Art. 2 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 4 BGBM den Anspruch haben, in jedem anderen Kanton in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren eine unbefristete MedBG oder PsyG-Bewilligung zu erlangen. Dieses BGBM-konforme Bewilligungsverfahren ist weniger aufwändig als die jährlich zu wiederholende Meldeverfahren für die 90-Tage Tätigkeit, so dass letzteres hinfällig wird.[44] Das KAZA, das KAPA und der Veterinärdienst sollten ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage Tätigkeit nach Art. 35 Abs. 2 MedBG oder 23 Abs. 1 PsyG im Kanton Bern melden, darauf hinweisen, dass sie ohne weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

74. Im Übrigen lassen sich die binnenmarktrechtlichen Grundsätze zum Bewilligungsverfahren (vorne, Rz 61-71) ohne weiteres auch auf das Meldeverfahren übertragen. Folglich können neben dem Meldeformular und der gültigen MedBG oder PsyG-Bewilligung eines anderen Kantons keine weiteren Unterlagen oder Dokumente einverlangt werden. Die Richtigkeit der Angaben ist über die Amtshilfebestimmung und das MedReg zu überprüfen. Das Meldeverfahren muss zudem kostenlos sein.

[43] Botschaft zum Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 173, 228; Botschaft zum Psychologieberufegesetz vom 30. September 2009, BBl 2009 6897, 6939; DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1091.

[44] DIEBOLD, Freizügigkeit (Fn 1), N 1362.

4 Empfehlungen

75. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

A. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von ausserkantonalen Personen zu kantonal geregelten Erwerbstätigkeiten (Gesundheitsberufe, Gastgewerbe und Kinderbetreuung):

A-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten Bewilligung sowie den **am Herkunftsort geltenden Vorschriften** zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1-4 BGBM). Die Anwendung des bernischen Rechts setzt voraus, dass am Herkunftsort keine gleichwertigen Vorschriften bestehen (Art. 2 Abs. 5 BGBM) und dass die Vorschriften des bernischen Rechts explizit als Auflage verfügt und nach den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM begründet werden.

A-2. Der Gesuchstellerin sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, anstelle einer Unbedenklichkeitserklärung einzureichen die Behörden des Kantons Bern zu **ermächtigen**, bei den zuständigen Behörden des Herkunftskantons Abklärungen zu treffen.

A-3. Ein Gesuch muss auch dann nach dem Herkunftsprinzip geprüft werden, wenn eine Gesuchstellerin die fragliche Tätigkeit rechtmässig im Herkunftskanton **bewilligungsfrei bzw. ohne Fähigkeitsausweis** ausübt. Das Gesuchsformular sollte entsprechend angepasst werden. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder fachlicher Eignung (z.B. gar kein oder kein gleichwertiger Fähigkeitsausweis) muss unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

A-4. Die **persönlichen Bewilligungsvoraussetzungen** (insb. Strafregisterauszug) dürfen nur dann überprüft werden, wenn diese nicht bereits durch die Behörde des Herkunftskantons geprüft worden sind. Die Verweigerung der Bewilligung wegen mangelnder persönlicher Eignung (z.B. rechtskräftige Verurteilung) muss unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 und 2 BGBM begründet und der WEKO mitgeteilt werden.

A-5. Für das Verfahren zur Bewilligung von ausserkantonalen Gesuchstellerinnen sind **keinerlei Gebühren** zu erheben (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

A-6. Die Verfügungen sollten explizit auf Art. 2 Abs. 3 BGBM (Dienstleistungsverkehr) bzw. Art. 2 Abs. 4 BGBM (Niederlassung) **abgestützt** werden.

B. Empfehlungen zur Praxis des Kantons Bern bei der Zulassung von Personen mit einer MedBG oder PsyG-Bewilligung, die von der zuständigen Behörden eines anderen Kantons ausgestellt worden sind:

B-1. Der Marktzugang ist in erster Linie nach der von der Behörde des Herkunftskantons ausgestellten MedBG oder PsyG-Bewilligung zu beurteilen.

B-2. Die Richtigkeit der Angaben im Gesuchsformular sollte anhand der Informationen im MedReg und PsyReg sowie amtshilfeweise bei den Behörden des Herkunftsorts überprüft werden; auf das Einverlangen von Unbedenklichkeitserklärungen ist zu verzichten.

B-3. Auf das Einreichen von Strafregisterauszügen und Versicherungsnachweisen ist zu verzichten, da diese Nachweise bereits gegenüber den Behörden des Herkunftskantons erbracht worden sind.

B-4. Ausserkantonale Personen, die eine 90-Tage Tätigkeit nach Art. 35 Abs. 2 MedBG oder 23 Abs. 1 PsyG im Kanton Bern melden, sollten darauf hingewiesen werden, dass sie ohne weiteres auch eine unbefristete Berufsausübungsbewilligung beantragen können.

B 2.8	**2. Recommandation du 26 septembre 2016 concernant la pratique administrative du canton de Berne en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux à l'attention du Conseil-exécutif du canton de Berne**

Recommandation

du 26 septembre 2016

dans le cadre de l' Enquête au sens de l'art. 8 al. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur

concernant **la pratique administrative du canton de Berne en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux**

à l'attention du Conseil-exécutif du canton de Berne

1 Procédure

1. La Loi fédérale du 6 octobre 1996 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) garantit à toute personne – physique ou morale – ayant son siège ou son établissement en Suisse l'accès libre et non discriminatoire au marché afin qu'elle puisse exercer une activité lucrative sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1 LMI). La Commission de la concurrence (COMCO) et son Secrétariat sont chargés de veiller au respect de la LMI par la Confédération, les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques (art. 8 al. 1 LMI). Elle peut effectuer des enquêtes et adresser des recommandations aux autorités concernées (art. 8 al. 3 LMI). Les autorités et les tribunaux transmettent spontanément à la COMCO une version complète des décisions et jugements rendus en application de la LMI afin que celle-ci puisse accomplir son mandat de surveillance (art. 10a al. 2 LMI).

2. Par courrier du 30 novembre 2012, la COMCO a attiré l'attention des cantons sur leur devoir de communication des décisions rendues en application de la LMI et les a priés de lui transmettre à tout le moins les décisions qui restreignent l'accès au marché. Depuis lors, plusieurs cantons n'ont transmis aucune décision à la COMCO, raison pour laquelle il y a tout lieu de croire que l'accès au marché des offreurs extracantonaux est en principe octroyé sans restriction. Afin de vérifier cela, la COMCO a décidé d'ouvrir une enquête au sens de l'article 8 al. 3 LMI dans les cantons de Berne, du Tessin et de Vaud.

3. Dans le cadre de ces trois enquêtes, la COMCO a examiné les pratiques administratives cantonales en matière d'octroi de l'accès au marché aux offreurs extracantonaux sous l'angle du respect des exigences de la LMI. L'étude a porté notamment sur l'accès aux professions médicales réglées par le droit cantonal et par le droit fédéral (professions médicales universitaires et professions de la psychologie) ainsi qu'aux domaines vétérinaire, de l'hôtellerie-restauration et de la garde d'enfants.

4. La COMCO a examiné les réponses et les décisions reçues à la lumière de la LMI et constaté que le canton de Berne respecte en grande partie les exigences de cette loi. Dans le domaine des professions médicales, les autorités bernoises octroient l'accès au marché aux requérants titulaires d'une autorisation exerçant licitement d'un autre canton en application de la LMI. Sous l'angle des documents demandés toutefois, il y a un potentiel d'amélioration du point de vue du droit du marché intérieur. Dans les domaines de l'hôtellerie-restauration et de l'accueil d'enfant en revanche, les autorités bernoises n'ont jusqu'à présent pas appliqué la LMI. Si, de l'avis de la COMCO, des prescriptions, des pratiques ou des décisions cantonales ne sont pas conformes à la LMI, la COMCO le fera savoir au Conseil-exécutif du canton de Berne par une recommandation au sens de l'art. 8 al. 3 LMI.

5. En conformité avec la systématique de la LMI, la présente analyse distingue les activités lucratives réglées par le droit cantonal (pt 2) de celles régies par le droit fédéral mais exécutées par les cantons (pt 3). Les résultats et recommandations sont résumés au point 4.

2 Professions réglées par le droit cantonal

6. Le point 2 examine la pratique du canton de Berne en matière d'autorisation des personnes extracantonales à exercer une activité lucrative réglementée par le canton. Les principes du droit régissant le marché intérieur sont énumérés au point 2.1, et le point 2.2 se penche sur la pratique appliquée par le canton de Berne dans les professions médicales régies par le droit cantonal (2.2.1), la restauration (2.2.2) et la garde d'enfants (2.2.3).

2.1 Conditions-cadre du droit du marché intérieur

2.1.1 Les principes du libre accès au marché

7. L'art. 2 al. 1 LMI accorde aux personnes entrant dans le champ d'application de cette loi un droit individuel de libre accès au marché.[1] Le **principe du lieu de provenance** institué par les alinéas 3 et 4 de l'article 2 LMI

[1] NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, n° 1212 ss.; Le Même, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, p. 209 ss., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, Kommmentar zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (éds), Kommentar Wettbewerbsrecht, Band II, Zurich 2011, n° 1 ad art. 2; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (éds), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2e éd., Bâle 2007, p. 399 ss., nos 34 à 43.

concrétise ainsi le droit au libre accès au marché de l'alinéa 1. Ce principe s'applique tant aux activités économiques au-delà des frontières cantonales qu'à la constitution d'un (deuxième) établissement.[2]

- *Liberté de service*: aux termes de l'art. 2 al. 1 en lien avec l'al. 3 LMI, toute personne a le droit d'offrir des marchandises, des services et des prestations de travail sur tout le territoire suisse pour autant que l'exercice de l'activité lucrative en question soit licite dans le canton ou la commune où elle a son siège ou son établissement. Ce sont les prescriptions du canton ou de la commune d'établissement de l'offreur qui font foi.
- *Liberté d'établissement*: selon l'art. 2 al. 4 LMI, toute personne exerçant une activité conformément au droit est autorisée à s'établir n'importe où en Suisse afin d'exercer cette activité, conformément aux prescriptions du lieu du premier établissement. Le principe s'applique également en cas d'abandon de l'activité au lieu de premier établissement.

8. Le principe du lieu de provenance se fonde sur la présomption légale d'équivalence des différentes réglementations cantonales et communales régissant l'accès au marché (art. 2 al. 5 LMI).

9. Le droit au libre accès au marché selon les dispositions du lieu de provenance n'est pas absolu. L'autorité du canton de Berne (lieu de destination)[3] peut restreindre l'accès au marché pour les offreurs externes en imposant des charges ou des conditions. Pour ce faire, l'autorité compétente doit tout d'abord examiner si les règles générales et abstraites régissant l'accès au marché et la pratique du lieu de provenance d'un offreur externe garantissent une protection équivalente des intérêts publics à celles des dispositions du canton de Berne (réfutation de la présomption d'équivalence conformément à l'art. 2 al. 5 LMI). Si les réglementations sont équivalentes, donc si la **présomption d'équivalence** n'est pas réfutée dans le cas d'espèce, il convient d'accorder automatiquement et sans charges l'accès au marché à l'offreur externe.[4] Dans le cas de prescriptions d'accès au marché non équivalentes, l'autorité du canton de Berne doit expliquer dans quelle mesure la restriction d'accès au marché respecte les **conditions de l'article 3 LMI**, à savoir qu'elle est indispensable à la protection d'intérêts publics prépondérants et respecte les principes de la non-discrimination et de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI).[5] Au sens de l'art. 3 al. 2 LMI, des restrictions ne respectent pas le principe de la proportionnalité, et sont donc inadmissibles, lorsque notamment (liste non exhaustive):

- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
- les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
- le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé;
- une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

10. Le principe de la reconnaissance des certificats de capacité conformément à l'article 4 LMI complète le principe du lieu de provenance. En vertu de l'article 4 al. 1 LMI, les certificats de capacité cantonaux ou reconnus au niveau cantonal et permettant d'exercer une activité lucrative sont valables sur tout le territoire suisse pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet de restrictions au sens de l'article 3 LMI. Cette disposition complète le droit au libre accès au marché conformément aux prescriptions du lieu de provenance. La reconnaissance mutuelle des certificats de capacité doit garantir que le marché suisse ne soit pas entravé par les différentes conditions d'autorisation cantonales ou communales qui régissent certaines activités lucratives.[6]

2.1.2 Les exigences relatives à la procédure d'accès au marché

11. Une procédure formelle d'accès au marché constitue une entrave administrative à l'accès au marché pour l'offreur externe, qui, selon les modalités et le domaine d'activité, peut avoir un effet prohibitif. Même la préparation de la requête accompagnée de ses pièces jointes telles que des extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites et faillites implique du temps et des coûts qui sont à même de limiter l'accès intercantonal au marché.[7]

12. Aux termes de l'art. 3 al. 4 LMI, toute restriction au sens de l'art. 3 al. 1 LMI doit faire l'objet d'une procédure simple, rapide et gratuite. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'obligation de procéder simplement, rapidement et gratuitement s'applique à la procédure d'examen en général et pas uniquement lorsque

[2] Au sujet du principe du lieu de provenance, arrêt du Tribunal fédéral (TF) 2C_57/2011 du 3 mai 2011 (accès au marché pour les installateurs sanitaires); arrêt du TF 2C_844/2008 du 15 mai 2009 (accès au marché pour les thérapeutes de médecine complémentaire); ATF 135 II 12 (accès au marché pour les psychothérapeutes); dans la littérature p. ex. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, p. 129 ss., 142 ss.; Recommandation de la COMCO du 27 février 2012 concernant l'accès au marché des services de taxi externes à l'exemple des réglementations d'accès au marché des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne de même que des villes de Zurich et Winterthour (en allemand uniquement), DPC 2012/2, p. 438 ss., ch. 14 ss.

[3] Dans le droit du marché intérieur, le « lieu de destination » désigne le lieu où l'offreur externe fournit sa prestation.

[4] ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_57/2011 du 3 mai 2011, consid. 3.4 (installateur sanitaire Thurgovie); recommandation de la COMCO sur les taxis (note 2), ch. 17 s.

[5] DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 189 ss; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, p. 377 ss., 378.

[6] Message du 23 novembre 1994 concernant la loi sur le marché intérieur (LMI), FF 1995 I 1193 ss, 1246 s.

[7] DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 203 ss.

des restrictions à l'accès au marché sont envisagées ou prononcées.[8] Le droit à une procédure simple, rapide et gratuite vaut plus largement que la lettre de l'art. 3 al. 4 LMI, c'est-à-dire pour toute procédure d'accès au marché. Il est admissible de s'écarter du principe de la gratuité de cette disposition dans certains cas exceptionnels. C'est par exemple le cas lorsque le requérant abuse de son droit ou engendre des coûts inutiles du fait de son manque de collaboration.[9]

13. Outre les exigences de l'art. 3 al. 4 LMI, le principe du lieu de provenance permet aux offreurs externes d'exercer leur activité conformément aux dispositions applicables au lieu de provenance et ce libres de toute restriction. Dans sa jurisprudence initiale relative à la LMI dans sa version de 1995, le Tribunal fédéral avait jugé que les articles 2 et 4 LMI 1995 ne limitaient pas la liberté des cantons dans la conception de la procédure d'accès au marché.[10] Mais cette jurisprudence doit être relativisée à tout le moins depuis l'entrée en vigueur de la novelle de la LMI.[11] Le principe du lieu de provenance, renforcé suite à la révision de 2005, signifie désormais d'un point de vue formel que l'accès intercantonal au marché doit se faire sans aucune formalité. Le message du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur (message revLMI)[12] est explicite à cet égard: « les personnes concernées ne seront pas tenues de demander une autorisation au lieu de destination pour exercer leur activité, puisqu'elles pourront exercer celle-ci sur la base de l'autorisation délivrée au lieu du premier établissement. » Toutefois, afin que les autorités du canton de Berne soient à même d'examiner si l'équivalence des prescriptions d'accès au marché est acquise et si l'accès au marché lui-même doit être restreint par des charges ou des conditions, il est logique que celles-ci doivent être informées des activités des offreurs externes. À cela s'ajoute que les autorités du canton de Berne exercent la surveillance des offreurs externes établis sur le territoire cantonal (art. 2 al. 4 LMI). En conséquence, la possibilité de contraindre les offreurs externes à un « contrôle d'entrée » et ainsi de prévoir une procédure d'annonce ou d'autorisation existe. Le Conseil fédéral avait prévu ce cas de figure dans le message revLMI dans la mesure où il avait expliqué laisser aux cantons le soin de « prendre les dispositions nécessaires » pour pouvoir exercer leur prérogative de surveillance et « imposer des charges conformément à l'art. 3 [LMI] ».[13] Le message ne précise en revanche pas quelles « dispositions » sont possibles et même admissibles.

14. Chaque procédure formelle d'accès au marché constitue en soi une restriction à l'accès au marché au sens de l'art. 3 al. 1 LMI qui doit ainsi être indispensable à la préservation d'intérêts publics prépondérants et respecter le principe de la proportionnalité.[14] La mise en œuvre d'une restriction à l'accès au marché et de l'obligation de surveillance (art. 2 al. 4 LMI) peuvent être considérées comme des intérêts publics pouvant justifier de s'écarter du principe d'un accès au marché dénué de formalités. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, il convient de distinguer le cas de l'offreur externe qui, usant de sa liberté de service active, fournit sa prestation au lieu de destination en s'y établissant (art. 2 al. 4 LMI) ou temporairement, uniquement de manière transfrontalière (art. 2 al. 3 LMI).[15] Concrétisant le principe de la proportionnalité, l'art. 3 al. 4 LMI impose en tout état de cause une procédure simple, rapide et gratuite (cf. ci-dessus, ch. 12).

2.1.3 En résumé

15. Vu les considérations précédentes, l'accès des offreurs externes doit obéir aux principes suivants du droit du marché intérieur:

- En application de l'art. 2 al. 3 et 4 LMI, les autorités bernoises compétentes ont l'obligation d'appliquer le droit du lieu de provenance pour accorder l'accès au marché d'un offreur externe.
- Ce n'est que dans la mesure où les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et que les conditions d'une restriction de l'accès au marché par des charges ou des conditions au sens de l'art. 3 al. 1 LMI sont réunies que les autorités du canton de Berne peuvent appliquer le droit bernois. C'est uniquement dans ce cadre strict et en tant que charges ou conditions que les dispositions bernoises trouveront application.
- Le seul fait que des normes d'autorisation différentes ou plus strictes soient requises dans le canton de Berne n'implique pas automatiquement la réfutation de la présomption d'équivalence.[16] Si, dans un cas concret, la présomption d'équivalence n'est pas réfutée, alors l'accès au marché doit automatiquement être accordé à un offreur externe.[17]

---

[8] ATF 123 I 313, consid. 5; ATF 125 II 56, consid. 5b; ATF 136 II 470, consid. 5.3 (« Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cf. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché »); au sujet de la « discrimination à rebours » cf. arrêt du TF 2C_204/2010 du 24 novembre 2011, consid. 8.3 en lien avec le consid. 7.1; ZWALD (note 1), nº 76 s.

[9] ATF 123 I 313, consid. 5.

[10] Au sujet de la LMI dans sa version de 1995, ATF 125 II 56, consid. 5a (avocat Thalmann): *« Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert. »*; ATF 125 II 406, consid. 3 (avocat d'Appenzell-Rhodes Intérieures); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie du droit européen, Bâle 2003, p. 110 s.

[11] DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 1357.

[12] FF 2005 I 421 ss., 440; de même que Obergericht AR, jugement du 22 mai 2007, consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: « *Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort [canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures] eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung [canton de Saint-Gall] ohne Weiteres ausüben* ».

[13] Message revLMI (note 12), p. 440.

[14] DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), no 1359; Recommandation de la COMCO, Taxi (note 2), ch. 23 s.; d'un autre avis HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9e éd., Zurich 2012, no 735.

[15] DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 1359.

[16] Au sujet de la jurisprudence concernant la réfutation de la présomption d'innocence, cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 1311 ss.

[17] ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II).

- Lorsque la présomption d'équivalence peut être réfutée dans un cas concret, il incombe à l'autorité compétente du canton de Berne de motiver chacune des charges ou conditions qu'elle prononce conformément aux exigences de l'art. 3 al. 1 LMI, à savoir établir que chacune d'elles est indispensable à la protection d'un intérêt public prépondérant, répond au principe de la proportionnalité et est non discriminatoire.
- Les autorités du canton de Berne ne peuvent pas exiger systématiquement la production d'une documentation standard concernant des critères personnels, par exemple un certificat de bonnes mœurs, un extrait du registre des poursuites et faillites ou du casier judiciaire ou autres, à l'appui d'une requête d'accès au marché.[18] En effet, les conditions d'autorisation du canton de Berne ne sont pas applicables en vertu de l'art. 3 al. 1 LMI, de sorte qu'il ne saurait être question de produire des pièces justificatives pour prouver que ces conditions bernoises sont remplies. Le contrôle systématique des prescriptions d'accès au marché du lieu de provenance par les autorités bernoises n'est compatible ni avec le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI), ni avec les exigences de rapidité et de simplicité (art. 3 al. 4 LMI); c'est aussi, aux yeux du Tribunal fédéral, faire fi de la présomption d'équivalence énoncée à l'art. 2 al. 5 LMI.[19] Cela vaut tant pour les conditions professionnelles que personnelles. Selon le Tribunal fédéral, un contrôle par l'autorité du lieu de destination n'est admissible que lorsqu'un indice concret indique que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.[20]

2.2 Évaluation et recommandation concernant les secteurs examinés

2.2.1 Professions médicales régies par le droit cantonal

16. La mise en œuvre des procédures d'autorisation dans les professions médicales régies par le droit cantonal est confiée à trois autorités différentes, à savoir l'Office des personnes âgées et handicapées (OPAH), l'Office du pharmacien cantonal (OPHC) et l'Office du médecin cantonal (OMC). Il ressort des réponses fournies dans le cadre de l'enquête que ces trois autorités évaluent les demandes des offreurs extracantonaux selon des procédures d'accès au marché quasi identiques. Elles exigent en tout cas une copie de l'autorisation d'exercer établie au lieu de provenance, une copie du certificat de capacité et un certificat de bonne conduite du canton qui a établi la première autorisation. L'OPAH et l'OMC requièrent en plus un extrait original du casier judiciaire central et une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle.

17. S'agissant des requérants hors canton, l'OMC se fonde expressément sur les conditions d'autorisation applicables au lieu de provenance et n'applique les prescriptions du canton de Berne que dans les conditions prévues à l'article 3 LMI. Il dispose d'un formulaire ad hoc[21], qui tient compte des particularités de la procédure d'autorisation répondant aux exigences de la LMI.

18. Ces trois offices ne prélèvent ni émoluments ni frais pour le traitement des demandes d'offreurs extracantonaux.

19. En application des principes relatifs au marché intérieur énumérés en préambule, la procédure d'accès au marché pour les offreurs extracantonaux est évaluée comme suit:

20. Les offreurs extracantonaux ne disposent d'un droit d'accès au marché fondé sur le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) que dans la mesure où ils exercent leur activité conformément au droit de ce lieu. Par conséquent, dans le but de s'assurer de la licéité de l'activité exercée au lieu de provenance, il est en principe légitime que les autorités du canton de Berne exigent la production d'une copie de l'**autorisation d'exercer** établie au lieu de provenance. Ceci ne vaut toutefois que lorsque l'activité en cause est également soumise à autorisation au lieu de provenance. Toutefois, le droit à l'accès au marché au sens de l'art. 2 al. 1 à 4 LMI existe même si l'activité n'est pas soumise à autorisation au lieu de provenance.[22] Dans ce cas, la licéité de l'activité découle directement du droit applicable au lieu de provenance de sorte qu'aucune copie de l'autorisation ne peut être requise. L'obligation d'autorisation prévue par le canton de Berne permet toutefois de considérer que les prescriptions d'accès au marché ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI). Le canton de Berne peut dans ce cas restreindre l'accès au marché par le prononcé de charges ou de conditions, conformément à l'article 3 LMI (cf. ci-dessous ch. 25).

21. On peut encore se demander si, eu égard à l'exigence de mettre en place une procédure simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI), il est admissible de requérir un **certificat de bonne conduite**. Compte tenu du principe du lieu de provenance, un certificat de bonne conduite ne peut servir à vérifier les conditions personnelles d'autorisation du droit bernois. Un tel document peut toutefois permettre de vérifier que le requérant remplit les conditions applicables au lieu de provenance au moment de la demande d'accès au marché, si

[18] ATF 123 I 313, consid. 4b (avocat Häberli) « Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist »; v. également arrêt du TF 2P.316/1999 du 23 mai 2000, consid. 2d (avocat Vaud).

[19] ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); arrêt du TF 2C_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

[20] Arrêt du TF 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); v. également ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychotherapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).

[21] www.gef.be.ch/gef/fr/index/gesundheit/gesundheit/gesundheits berufe.html

[22] ZWALD (note 1), nº 48; DIEBOLD (note 1), nº 1231; COMMISSION DE LA CONCURRENCE (COMCO), Rapport annuel 2008 in: DPC 2009/1 29, p. 30; arrêt du TF 2C_844/2008 du 15 mai 2009, consid. 4.2.1.

l'autorisation est encore valide et, le cas échéant, si elle est assortie de charges ou de conditions et, enfin, si des procédures disciplinaires sont en cours. Sous l'angle du droit du marché intérieur, il s'agit de veiller à ce que le requérant extracantonal ait en principe droit à une procédure d'accès au marché gratuite (art. 3 al. 4 LMI). Or les autorités du lieu de provenance prélèvent des émoluments pour l'établissement d'un certificat de bonne conduite, ce qui permet de contourner le principe de gratuité de la procédure. Dans ce contexte, il y a lieu d'examiner si exiger un certificat de bonne conduite se justifie.

22. Relevons que le canton de Berne doit établir une autorisation fondée sur la LMI même si le requérant fait l'objet d'une procédure disciplinaire dans le canton de provenance. Le droit à l'accès au marché est lié à la condition que l'activité soit exercée légalement dans le canton de provenance. Une procédure disciplinaire en cours n'a pas encore d'effet sur la légalité de l'activité exercée au lieu de provenance. Si des mesures disciplinaires n'entraînent pas le retrait de la première autorisation, elles ne constituent pas un motif suffisant pour refuser de délivrer une autorisation d'accès au marché bernois. C'est seulement lorsque le retrait de l'autorisation établie au lieu de provenance entre en force et que l'exercice de l'activité n'y est plus conforme au droit que le canton de Berne doit lui aussi retirer l'autorisation établie selon les exigences de la LMI.

23. On peut donc se demander si un certificat de bonne conduite destiné à vérifier la validité de la première autorisation est indispensable. En principe, une autorisation de durée indéterminée est valable et indique, le cas échéant, toutes les charges ou conditions prononcées. On pourrait bien sûr imaginer qu'un requérant extracantonal présente la copie d'une autorisation révoquée pour soutirer une autorisation dans le canton de Berne. Afin d'exclure ce genre de risque, il est dans l'intérêt du canton de Berne d'obtenir une confirmation de l'autorité compétente du canton de provenance attestant que la première autorisation de durée indéterminée est encore valide. Si la première autorisation est un document de durée limitée, ce risque n'existe pas puisque le titulaire sera amené à demander une nouvelle autorisation à l'échéance de la précédente et à la présenter au canton de Berne.

24. Dans la mesure où la LMI préconise une procédure simple et gratuite, il vaut mieux que les autorités bernoises prennent directement langue avec l'autorité compétente du lieu de provenance et vérifient elles-mêmes la validité de la première autorisation. Le requérant extracantonal devrait avoir tout au moins le choix entre déposer un certificat de bonne conduite ou autoriser l'autorité bernoise à prendre des renseignements auprès de l'autorité du canton de provenance. Dans ce dernier cas, il appartient à l'autorité bernoise de solliciter un certificat de bonne conduite auprès de son homologue, sans refacturer les émoluments éventuels au requérant.

25. Les trois autorités bernoises exigent également toutes une copie du **certificat de capacité**, par exemple le diplôme d'infirmier CRS, un certificat de capacité reconnu de droguiste ou un titre postgrade en psychothérapie. La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoyant que les conditions d'autorisation ne peuvent pas être réexaminées s'applique dans ce contexte (cf. ci-dessus, ch. 15). Si les qualifications professionnelles ont déjà été contrôlées par l'autorité du lieu de provenance, l'autorité bernoise n'a pas le droit de les recontrôler, compte tenu de la présomption d'équivalence visée à l'art. 2 al. 5 LMI. Si l'activité en question est admissible dans le canton de provenance sans conditions spécifiques[23], le canton de Berne peut vérifier les qualifications professionnelles après renversement de la présomption d'équivalence et dans les conditions visées à l'article 3 LMI; il devra toutefois tenir compte notamment de l'expérience professionnelle tel que le prévoit l'art. 3 al. 2 let. d LMI. En résumé, exiger un certificat de capacité ne se justifie que dans de rares cas, c'est-à-dire que la demande doit être examinée même si le requérant dépose uniquement la première autorisation, valide, mais pas de certificat de capacité. Exiger explicitement la copie d'un certificat de capacité dans le formulaire est propre à dissuader les offreurs externes non titulaires d'un tel certificat de déposer une demande.

26. Les mêmes considérations s'appliquent à l'**extrait du casier judiciaire**, exigé systématiquement par les trois autorités en version originale. La présomption d'équivalence et l'interdiction de contrôle s'appliquent, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, aux conditions d'autorisation tant professionnelles que personnelles.[24] Si les critères personnels ou spécifiques, en particulier l'extrait du casier judiciaire, ont déjà fait l'objet d'un contrôle par les autorités du lieu de provenance, l'autorité bernoise n'est pas autorisée à recontrôler ces conditions ni, par conséquent, à exiger un extrait du casier judiciaire.

27. La preuve d'une couverture d'**assurance responsabilité civile professionnelle** est en principe admissible[25]; aux termes de l'art. 3 al. 2 let. b LMI, les attestations de sécurité et certificats fournis au lieu de provenance doivent être pris en considération. Cette condition est remplie par la procédure d'accès au marché de l'OMC, lequel accepte la preuve d'une assurance équivalente couvrant les risques découlant de l'activité professionnelle.

28. Point très positif à relever: un **formulaire séparé** est prévu pour les requérants hors canton, et le principe de la **gratuité** de l'art. 3 al. 4 LMI est respecté.

29. Il n'y a pas lieu de critiquer les **décisions rendues** pour les requérants extracantonaux. Une seule suggestion est émise: les décisions doivent s'appuyer non seulement sur l'art. 3 al. 4 de l'ordonnance cantonale sur la santé publique (RSB 811.111) et la première autorisation, mais aussi sur l'art. 2 al. 3 LMI (commerce des services) ou l'art. 2 al. 4 LMI (établissement).

[23] Le principe du lieu de provenance prévu à l'article 2 alinéas 1 à 4 LMI s'applique même si l'activité au lieu de provenance est admissible sans autorisation ou sans exigences en termes de qualifications professionnelles (cf. note 22).
[24] Cf. note 19.
[25] Arrêt du TF 2P.180/2000 du 22 février 2001, consid. 3c.

2.2.2 Hôtellerie-Restauration

30. Les préfectures sont chargées d'accorder les autorisations pour l'hôtellerie et la restauration. La procédure d'autorisation se fonde sur la loi sur l'hôtellerie et la restauration (RSB 935.11). Il ressort des réponses fournies dans le cadre de l'enquête que les requérants extracantonaux qui sont déjà titulaires d'une autorisation établie dans un autre canton en obtiennent une s'ils satisfont aux conditions de la loi bernoise sur l'hôtellerie et la restauration, dont celle de posséder un certificat de capacité; les certificats de capacité des autres cantons suisses, le certificat de GastroSuisse et d'autres diplômes sont reconnus. Outre la copie du certificat de capacité, la demande d'autorisation doit être accompagnée d'un extrait du casier judiciaire, d'une une copie de la carte des boissons ainsi que de l'autorisation d'exploiter l'établissement à reprendre. La procédure d'autorisation pour les requérants extracantonaux est également soumise à une redevance.

31. La révision de la LMI de 2005 visait notamment à introduire la liberté d'établissement pour les offreurs qui sont liés à une infrastructure pour exercer leur activité lucrative. Le Conseil fédéral avait évoqué en particulier le cas des restaurateurs[26], qui ne pouvaient pas alors tirer parti de la libre circulation des personnes du fait de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la LMI dans sa version de 1995.[27] Depuis le 1er juillet 2006, le principe du lieu de provenance s'applique également aux professionnels de l'hôtellerie-restauration (art. 2 al. 4 LMI), c'est-à-dire que ceux-ci peuvent s'installer dans un autre canton en produisant la première autorisation de leur canton de provenance[28] et en appliquant les prescriptions du canton de provenance.

32. En conséquence, les préfectures du canton de Berne ne peuvent appliquer les conditions de la loi sur l'hôtellerie et la restauration aux requérants extracantonaux que si ces conditions n'ont pas encore été examinées par l'autorité du canton de provenance (art. 2 al. 5 LMI; ci-dessus, ch. 15) et si les conditions prévues par cette loi sont justifiées en vertu des exigences de l'art. 3 LMI (cf. ci-dessus, ch. 9).

33. Au vu de ce qui précède, la préfecture bernoise compétente doit exiger principalement du requérant extracantonal l'autorisation d'exploiter établie au lieu de provenance. Si la personne requérante hors canton possède une première autorisation valable ou si elle exerce son activité licitement sans avoir besoin d'une autorisation à son lieu de provenance, l'art. 2 al. 4 LMI lui donne le droit d'obtenir une autorisation dans le canton de Berne.

34. S'agissant de la procédure d'autorisation bernoise, cela signifie qu'il n'est admis d'exiger un **extrait du casier judiciaire** des offreurs externes uniquement si leur réputation n'a pas encore fait l'objet d'un contrôle par l'autorité du canton de provenance. Si l'autorisation du canton de Berne est refusée à un requérant extracantonal en raison d'une inscription au casier judiciaire, la décision doit justifier le fait que le refus est indispensable à la protection d'un intérêt public et qu'il respecte le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). En d'autres termes, il faut qu'il y ait un intérêt public menacé par la commission d'une infraction et lié à la conduite d'un hôtel ou d'un restaurant, sans quoi l'autorisation ne peut être refusée.

35. S'agissant de l'exigence d'un **certificat de capacité**, il y a lieu de remarquer que le canton de Berne reconnaît tous les certificats de capacité cantonaux, si bien que l'exigence de l'art. 4 al. 1 LMI est satisfaite. Toutefois, le principe du lieu de provenance visé à l'art. 2 al. 4 LMI garantit l'accès au marché même si l'activité est exercée légalement dans le canton de provenance sans certificat.[29] En d'autres termes, les restaurateurs extracantonaux ont librement accès au marché bernois même si leur canton de provenance n'exige pas de certificat de capacité. Même si, en pareil cas, la présomption d'équivalence est réfutable (art. 2 al. 5 LMI), la préfecture bernoise compétente peut assortir l'autorisation de charges ou conditions uniquement dans les conditions énumérées à l'article 3 LMI. Concrètement, il s'agit de justifier le fait que le certificat de capacité exigé est indispensable à la protection d'un intérêt public et qu'il respecte le principe de proportionnalité (art. 3 al. 1 LMI). L'expérience professionnelle acquise par le requérant extracantonal est ici un élément important à prendre considération (art. 3 al. 2 let. d LMI).

36. Exiger une copie de la **carte des boissons** pour vérifier si les prescriptions cantonales relatives à la vente d'alcool sont respectées ne pose pas de problème. Il en est de même de l'**autorisation de l'établissement à reprendre** qui doit répondre aux exigences du canton de Berne.

37. Enfin, il y a lieu de constater que la pratique actuelle du canton de Berne en matière d'autorisation ne remplit pas les exigences de l'art. 3 al. 4 LMI, dans le sens où une **redevance** est demandée aux requérants extracantonaux. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la procédure doit être gratuite pour les offreurs extracantonaux (cf. ci-dessus, ch. 12).

2.2.3 Garde d'enfants

38. L'Office des mineurs (OM) octroie des autorisations aux structures d'accueil collectif de jour privées et fonctionne à titre d'autorité de surveillance conformément à l'ordonnance réglant le placement d'enfants (OPE, RSB 213.223; OPE, RS 211.222.338). Les exigences ont été concrétisées dans les directives relatives à l'octroi d'une autorisation pour les structures d'accueil collectif de jour privées. Une demande doit être déposée pour obtenir une première autorisation, accompagnée des documents figurant sur la « Liste de contrôle: pièces à joindre à la demande ». Cette règle s'applique à tous les requérants, indépendamment de leur lieu de provenance.

[26] Message revLMI (note 12), 440.
[27] V. également arrêt du TF 2P.362/1998 relatif à l'article 2 LMI, dans la version de 1995; cf. DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nos 1218 à 1225.
[28] Décision du 24 mars 2015 du Département de justice et police du canton de Lucerne relative à l'autorisation d'exploiter, DPC 2015/2, p. 160.
[29] Cf. ci-dessus, note 22.

39. Les personnes à la tête d'une structure d'accueil collectif de jour doivent déposer une demande assortie des pièces suivantes:

- curriculum vitae,
- copie des diplômes de fin de formation,
- preuve d'une formation adéquate en matière de conduite,
- copie des certificats de travail,
- références (deux en général),
- certificats médicaux conformément au mémento « État de santé requis des personnes assumant la direction de structures d'accueil collectif de jour et de leurs collaborateurs »,
- extrait actuel du casier judiciaire: extrait et extrait spécial destinés à des particuliers (originaux),
- extrait actuel du registre des poursuites (original),
- copie du contrat de travail,
- description du poste,
- cahier des charges.

40. Les personnes qui travaillent dans une structure d'accueil collectif de jour doivent déposer une demande assortie des pièces suivantes:

- preuve de l'affiliation à une assurance-accidents selon la LAA (une assurance contre la perte de gain et pour indemnités journalières en cas de maladie est conseillée),
- preuve de l'inscription à la caisse de compensation pour l'AVS/AI/APG (dès qu'elle est disponible),
- descriptifs des postes,
- cahiers des charges,
- copie des contrats de travail (s'ils ont déjà été établis; sinon, les transmettre dès qu'ils sont disponibles),
- liste des collaborateurs et mention de leur formation et de leur taux d'occupation (dès que ces informations sont disponibles),
- état des postes,
- confirmation formelle de la direction attestant que tous les collaborateurs ont transmis les extraits de leur casier judiciaire.

41. Les réponses fournies dans le cadre de l'enquête donnent à penser que la législation sur le marché intérieur n'a pas été prise en considération jusqu'ici. L'OM examine également, s'agissant de requérants extracantonaux, si les conditions prévues par l'ordonnance cantonale réglant le placement d'enfants sont remplies. Les émoluments prélevés chez les offreurs provenant de l'intérieur et de l'extérieur du canton sont les mêmes. Les émoluments pour la première autorisation s'élèvent à 500 francs, contre 300 francs pour ceux prélevés en cas de modifications des conditions (extension des locaux, nouvelle direction, etc.)

42. L'exploitation d'une structure d'accueil collectif de jour est une activité lucrative privée qui entre dans le champ d'application de la LMI (art. 1 al. 3 LMI). En conséquence, les personnes habilitées à fonctionner en tant que directeur ou collaborateur d'une structure d'accueil collectif dans un canton sont également autorisées à exercer leur fonction dans le canton de Berne, selon les prescriptions en matière de provenance. Les principes résumés ci-dessus au ch. 15 sont donc applicables.

43. Si une personne est déjà titulaire d'une autorisation valable dans un autre canton et que des conditions professionnelles et personnelles équivalentes s'appliquent dans le canton de provenance (art. 2 al. 5 LMI), l'accès au marché bernois doit être accordé automatiquement. Un recontrôle des conditions d'autorisation n'est en principe pas admissible dans ce cas, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ci-dessus, ch. 15).

44. En revanche, si des conditions d'autorisation personnelles et professionnelles moins strictes s'appliquent au lieu de provenance et que la présomption d'équivalence est réfutable (art. 2 al. 5 LMI), le canton de Berne peut appliquer son propre droit aux conditions prévues à l'article 3 LMI. Si l'application du droit bernois donne lieu à des charges ou à des conditions, il convient de justifier en particulier dans quelle mesure ces charges ou conditions sont indispensables à la protection d'intérêts publics prépondérants et si les principes de proportionnalité et de non-discrimination sont respectés (art. 3 al. 1 LMI). L'expérience professionnelle acquise par le requérant extracantonal, notamment, doit aussi être prise en considération (art. 3 al. 2 let. d LMI).

45. Outre les personnes physiques, l'entreprise dispose également, en tant qu'institution, d'un droit de libre circulation.[30] L'OM doit faire cas, dans le cadre de la procédure d'autorisation, de l'existence, par exemple, d'un concept pédagogique, d'un plan d'exploitation et d'organisation ou d'un programme d'hygiène et tenir compte notamment des assurances, des statuts, de la publicité, des prospectus qui ont déjà été contrôlés et jugés admissibles par l'autorité d'un autre canton. Si c'est le cas, l'OM ne peut fixer d'autres charges ou conditions que dans les conditions prévues à l'article 3 LMI.

46. Enfin, il convient de souligner que la procédure d'accès au marché doit être gratuite pour les offreurs extracantonaux (art. 3 al. 4 LMI; ci-dessus, ch. 12).

3 Professions régies par le droit fédéral (fédéralisme d'exécution)

47. Le point 3 examine l'admission par le canton de Berne des personnes en provenance d'autres cantons pratiquant une activité régie par le droit fédéral. Dans cette optique, le point 3.1 explique les principes du droit du marché intérieur et le point 3.2, la pratique bernoise dans le domaine des professions médicales universitaires et de la psychologie.

[30] NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, La liberté d'établissement pour les personnes morales à l'exemple d'une clinique de soins médicaux dentaires, in: DPC 2012/3, p. 526.

3.1 Conditions-cadre du droit du marché intérieur

3.1.1 Le principe du libre accès au marché

48. Dans certains domaines, l'accès au marché est matériellement harmonisé par le droit fédéral (**domaines harmonisés**) et mis en application par les cantons (fédéralisme d'exécution). Dans la pratique quotidienne des administrations cantonales, des différences entre cantons sont inévitables, ce qui pose problème du point de vue du droit du marché intérieur, en particulier lorsque ces variations ont pour effet de restreindre l'accès au marché. Cette problématique « atypique » du marché intérieur[31] constitue la *ratio legis* de l'art. 2 al. 6 LMI introduit lors la révision de la LMI de 2005, sur proposition du Parlement. Cette disposition devait assurer que les marchandises, les services et les prestations de travail conformes au droit fédéral puissent circuler librement.[32] Dans la mesure où une décision cantonale sur l'accès au marché est valable dans toute la Suisse, cela garantit, pour les domaines harmonisés, qu'aucune barrière ne sera créée par les différences d'interprétation et d'application du droit fédéral par les cantons.

49. À titre de comparaison, l'accès intercantonal au marché dans les **domaines non harmonisés** repose sur le principe du lieu de provenance (art. 2 al. 2 à 4 LMI, cf. ci-dessus ch. 9 à 12) et sur la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI). Cette dernière signifie que les prescriptions d'accès au marché édictées par les cantons et entrant dans leur domaine de compétence sont équivalentes. Cette présomption se base sur la conviction que les besoins de protection de la population ne varient pas d'un canton à l'autre.[33] Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la présomption d'équivalence a pour effet d'interdire aux autorités du canton de destination de recontrôler les conditions professionnelles et personnelles d'autorisation applicable au lieu de provenance (cf. ci-dessus, ch. 9 et 15). En conséquence, il serait en soi contradictoire et non conforme à l'art. 95 al. 2 Cst. que les cantons puissent créer de nouvelles barrières au sein du marché intérieur du fait d'interprétations ou d'applications de critères divergents dans le cadre de l'exécution du droit fédéral **harmonisé**.

50. C'est pour cette raison que la LMI, en complément au principe du lieu de provenance, prévoit que les décisions cantonales qui constatent qu'une marchandise, un service ou une prestation de travail est conforme au droit fédéral ou autorisent l'accès au marché sur la base de ce droit, sont applicables dans toute la Suisse. Si, dans les domaines non harmonisés, l'autorité du lieu de destination ne peut pas revoir l'application du droit par l'autorité du lieu de provenance, alors cela vaut d'autant plus pour les domaines harmonisés. Lors des débats parlementaires, l'ancien conseiller national DIDIER BURKHALTER s'était exprimé en ces termes:

> « Mais ce principe du ‹Cassis de Dijon› […] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantonales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.
>
> Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.
>
> 1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.
>
> 2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.
>
> On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantonales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.
>
> Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du ‹Cassis de Dijon› à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter – pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale – que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.
>
> Monsieur le Conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.
>
> […]
>
> J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération ‹veille à créer un espace économique suisse unique›.»[34]

51. Même si le Parlement a principalement débattu de l'art. 2 al. 6 LMI dans le domaine de l'admission des denrées alimentaires sur le marché, cette disposition ne se limite clairement pas à cette seule sphère, mais s'applique de manière générale, donc aussi aux services.

---

[31] ZWALD (note 1), p. 399 ss., no 51.
[32] DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, p. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durchführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, p. 319; Secrétariat de la COMCO, Aperçu des caractéristiques de la LMI et des principales nouveautés, DPC 2006/2, p. 223 s.
[33] Message revLMI (note 12), 430.
[34] BO 2005 N 883.

52. En pratique, l'article 2 al. 6 LMI déploie ses effets par exemple pour l'autorisation d'élimination de déchets spéciaux qui est réglée au niveau fédéral par l'ordonnance du 22 juin 2005 sur les mouvements de déchets (OMoD; RS 814.610). L'autorité cantonale octroie l'autorisation s'il ressort de la demande que l'entreprise d'élimination est en mesure d'éliminer les déchets de manière respectueuse de l'environnement (art. 10 al. 1 OMoD). L'article 8 OMoD précise en outre que toute entreprise d'élimination qui réceptionne des déchets spéciaux ou d'autres déchets soumis à contrôle doit disposer, pour chacun de ses sites d'exploitation, d'une autorisation de l'autorité cantonale concernée (al. 1). Selon le Tribunal cantonal du canton de Bâle-Campagne, l'autorisation obtenue dans le canton d'Argovie pour l'exploitation d'une installation mobile de retraitement des déchets se base exclusivement sur le droit fédéral, de sorte qu'elle est valable pour toute la Suisse en application de l'art. 2 al. 6 LMI. Si la collecte de déchets spéciaux a lieu dans un autre canton, une autorisation d'élimination de déchets spéciaux supplémentaire n'est pas nécessaire.[35]

3.1.2 Les exigences de la procédure d'accès au marché

53. La question de savoir si le refus de reconnaître une décision cantonale au sens de l'art. 2 al. 6 LMI peut être justifié aux conditions de l'art. 3 LMI se pose.

54. Selon une jurisprudence constante et la doctrine unanime, les restrictions au principe du lieu de provenance (art. 2 al. 1 à 4 LMI) dans les domaines **non harmonisés** peuvent être justifiées aux conditions de l'art. 3 LMI. Comme évoqué au ch. 49 ci-dessus, la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI a pour effet d'interdire aux autorités cantonales du lieu de destination de réexaminer les critères professionnels et personnels d'accès au marché. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un recontrôle n'est admissible qu'en présence d'indices concrets indiquant que l'offreur externe ne remplissait pas une condition d'octroi au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne la remplit plus depuis lors.[36]

55. Les procès-verbaux des débats parlementaires au sujet de la révision de la LMI de 2005 font apparaître que le concept de l'actuel art. 2 al. 6 LMI est né de la présomption d'équivalence de l'art. 2 al. 5 LMI. C'est sur demande de l'ancien conseiller national BURKHALTER que le Conseil national a étendu la présomption d'équivalence (art. 2 al. 5 LMI) à l'application du droit fédéral par les cantons (fédéralisme d'exécution) et proposé la formulation suivante:

> « L'application des principes indiqués ci-dessus présuppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché, **ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons**. »[37]

56. Le Conseil des États a accepté cette proposition de la Chambre basse et a adopté l'art. 2 al. 6 LMI dans sa teneur actuelle. Le conseiller aux États EUGEN DAVID a alors expliqué:

> « Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt. »[38]

57. Ensuite de quoi le Conseil national a adopté la proposition de la Chambre haute.[39]

58. Une décision cantonale sur la conformité au droit fédéral d'une marchandise, d'un service ou d'une prestation de travail doit dès lors être valable dans toute la Suisse. Il n'y a donc en principe aucune marge de manœuvre pour mettre en doute l'application du droit fédéral par une autorité d'un autre canton et ainsi restreindre l'accès au marché. C'est précisément ce que l'article 2 al. 6 LMI vise à empêcher. Il en va de même pour les produits et services qui ne sont pas contrôlés avant leur mise sur le marché, mais qui sont uniquement soumis à une surveillance *a posteriori*. Lorsqu'à l'occasion d'un contrôle par échantillonnage, une autorité cantonale constate qu'un produit n'est pas conforme au droit fédéral, alors sa décision d'interdiction (décision négative) est également valable pour toute la Suisse en application de l'article 2 al. 6 LMI. Le conseiller aux États EUGEN DAVID a expliqué:

> « Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [NDR: sans contrôle préalable d'une autorité] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz […]. Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden […]. Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. »[40]

59. Ainsi, une décision cantonale au sens de l'art. 2 al. 6 LMI est contraignante pour tous les autres cantons. Un recontrôle de la conformité au droit fédéral serait, par analogie avec la jurisprudence relative à l'art. 2 al. 5 LMI, tout au plus admissible lorsque, sur la base d'un fait nouveau, postérieur à la première décision de conformité, l'offreur ne remplit plus les conditions requises par le

[35] TC BL, 810 12 244/198 du 31 octobre 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.
[36] Arrêt du TF 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1 (naturopathe Zurich II); v. également ATF 135 II 12, consid. 2.4 (psychothérapeute Zurich II); arrêt du TF 2C_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3 (dentiste Schwyz).
[37] BO 2005 N 883.
[38] BO 2005 E 762.
[39] BO 2005 N 1620.
[40] BO 2005 E 763 s.; traduction libre de « Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz. [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden. [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide. »

droit fédéral, ou lorsque l'autorité du lieu de provenance a manifestement et grossièrement mal appliqué le droit fédéral. Toutefois, dans la mesure où le droit fédéral prescrit un niveau de protection uniforme, une restriction de l'accès au marché au sens de l'art. 3 al.1 LMI est exclue.

3.2 Professions médicales universitaires et professions de la psychologie

60. La Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd; RS 811.11) et la Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie, LPsy; RS 935.81) définissent au niveau fédéral les conditions d'accès aux professions qui y sont soumises. Il convient de bien faire la distinction entre la procédure d'autorisation cantonale (pt 3.2.1) et la procédure d'annonce pour la libre prestation de services entre les cantons pendant une durée de 90 jours au plus par an (pt 3.2.2). A souligner à cet égard que les principes régissant le droit du marché intérieur s'appliquent à titre subsidiaire.[41] En particulier, une personne déjà titulaire d'une autorisation cantonale qui a l'intention d'exercer dans un autre canton a droit, en vertu de la LMI, à une procédure d'autorisation simple, rapide et gratuite (art. 3 al. 4 LMI).

3.2.1 Autorisation de pratiquer

61. Dans le domaine des professions médicales universitaires, les conditions d'admission à l'exercice indépendant de la profession sont réglées au niveau fédéral à l'article 36 LPMéd. Cette disposition exige entre autres que le requérant soit digne de confiance et présente, tant physiquement que psychiquement, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de la profession (art. 36 al. 1 let. b LPMéd). L'autorisation, délivrée par l'autorité du canton où l'activité est exercée, n'est valable que sur le territoire de celui-ci (art. 34 LPMéd).

62. La LPsy a une structure identique à la LPMéd. Les conditions d'autorisation professionnelles et personnelles sont fixées à l'article 24. La délivrance et la validité de l'autorisation obéissent aux même principes que pour la LPMéd (art. 22 al. 1 LPsy). Toutefois, à la différence de la LPMéd, la LPsy contient le principe selon lequel toute personne titulaire d'une autorisation de pratiquer délivrée conformément à cette loi est présumée remplir les conditions requises pour l'octroi d'une autorisation dans un autre canton. Cette disposition concrétise le principe général du droit du marché intérieur énoncé à l'art. 2 al. 6 LMI, qui prévoit que les décisions cantonales sur la conformité au droit fédéral, dans le cas de la LPsy que les conditions d'autorisation sont remplies, sont applicables dans toute la Suisse.

63. Les procédures d'autorisation pour les professions entrant dans le champ d'application respectivement de la LPMéd et de la LPsy sont menées par l'OMC, l'OPHC et le Service vétérinaire. Ces trois offices exigent des personnes provenant d'un autre canton qui sont déjà en possession d'une autorisation une copie en cours de validité du document établi par l'autre canton, un certificat de bonne conduite et une copie du diplôme. L'OMC et le Service vétérinaire demandent en plus un extrait du casier judiciaire et une attestation d'assurance responsabilité civile professionnelle.

64. L'OMC examine les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral sur la base du certificat de bonne conduite et des données figurant dans le registre des professions médicales (MedReg). Le Service vétérinaire vérifie lui aussi les informations à l'aide du MedReg, alors que l'OPHC ne réexamine pas les conditions d'autorisation.

65. Le fédéralisme d'exécution recèle le risque que des conditions sujettes à interprétation, par exemple la notion de fiabilité (« être digne de confiance »), soient appliquées plus ou moins sévèrement d'un canton à l'autre. Cette marge d'interprétation ne doit pas créer de nouvelles entraves à la libre circulation, d'autant que la libre circulation est garantie par le principe du lieu de provenance inscrit à l'art. 2 al. 1 à 5 LMI dans le domaine des professions médicales non harmonisé au niveau fédéral (cf. ci-dessus, ch. 7 ss.). Il serait en soi contradictoire et incompatible avec l'art. 95 al. 2 Cst. que la libre circulation dans les domaines non harmonisés régis par le droit cantonal fonctionne mieux que dans les domaines harmonisés. C'est pourquoi l'art. 2 al. 6 LMI prévoit que les décisions d'une autorité cantonale selon laquelle un requérant remplit les conditions de l'art. 36 LPMéd lient les autres cantons. Dès lors, l'art. 2 al. 6 LMI comprend non seulement les décisions cantonales sur la conformité des qualifications professionnelles, mais aussi la décision sur la conformité des qualifications personnelles avec le droit fédéral.

66. On peut en déduire que l'interdiction du Tribunal fédéral concernant le contrôle développé sur la base de la présomption d'équivalence prévue à l'art. 2 al. 5 LMI doit d'autant plus s'appliquer à l'art. 2 al. 6 LMI (cf. ci-dessus, ch. 49). Un contrôle des conditions d'autorisation par le canton de Berne n'est possible qu'en présence d'éléments concrets indiquant que la personne ne remplissait pas les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral au moment de la délivrance de la première autorisation ou ne les remplit plus entièrement depuis lors.[42] Par exemple, le requérant pourrait ne plus présenter, à cause d'une maladie grave survenue dans l'intervalle, les garanties nécessaires à un exercice irréprochable de sa profession. Si les conditions d'autorisation prévues par le droit fédéral ne sont pas ou plus réunies, le canton de Berne doit refuser de délivrer l'autorisation, et la première autorisation doit être retirée (art. 38 LPMéd et art. 26 LPsy). À cet effet, les autorités cantonales compétentes s'accordent l'assistance administrative et s'informent mutuellement des cas disciplinaires (art. 42 et 44 LPMéd et art. 29 et 31 LPsy).

[41] Message du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210; Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), n^{os} 1082 à 1092.

[42] Arrêt du TF 2C_57/2010 du 4 décembre 2010, consid. 4.1; ATF 135 II 12, consid. 2.4; arrêt du TF 2C_68/2009 du 14 juillet 2009, consid. 6.3.

67. Puisque les décisions sur la conformité avec le droit fédéral d'une autorité cantonale lient les autres cantons et qu'un recontrôle des conditions prévues par le droit fédéral est en principe illicite, on peut se demander si le canton de Berne peut vraiment exiger des documents tels qu'un certificat de bonne conduite (au sujet de la problématique des certificats de bonne conduite, cf. ci-dessus, ch. 21 à 24) ou un extrait du casier judiciaire. Qui plus est, les articles 42 et 44 LPMéd et art. 29 et 31 LPsy contiennent une disposition réglant l'assistance administrative, qui permet aux autorités cantonales d'échanger des informations sur la validité de l'autorisation et, le cas échéant, des violations des devoirs professionnels. Ainsi les autorités cantonales ont accès aux informations suivantes figurant sur le MedReg:

- professionnels de la santé titulaires d'un diplôme fédéral ou d'un diplôme délivré à l'étranger et reconnu,
- informations concernant la formation continue ou la spécialisation,
- autorisations de pratiquer (uniquement pour les activités professionnelles exercées à titre indépendant),
- adresses de cabinet,
- professionnels de la santé étrangers autorisés à exercer leur profession à titre indépendant en Suisse pendant 90 jours au plus par année civile,
- numéro d'identification des professionnels de la santé enregistrés (*Global Location Number*, GLN).

68. Au vu de ce qui précède, il est clair qu'un formulaire de demande dûment rempli et une copie de la première autorisation établie dans le canton de provenance doivent en principe suffire pour l'autorisation prévue à l'art. 2 al. 6 LMI. Les informations qui peuvent être obtenues de l'assistance administrative et du MedReg sont suffisantes pour examiner l'exactitude des données du requérant. Si une procédure disciplinaire est en cours dans un autre canton, le canton de Berne peut en principe, par analogie avec les art. 43 al. 4 LPMéd et 30 al. 4 LPsy, reporter l'octroi de l'autorisation jusqu'à l'issue de celle-ci. Si les données figurant sur le formulaire donnent à penser qu'une condition d'autorisation pourrait ne plus être remplie dans l'intervalle, le canton de Berne peut exiger du requérant d'autres informations et pièces en vue de clarifier ce point.

69. Dès que le registre des professions de la psychologie (PsyReg) sera introduit, ces principes s'appliqueront également aux personnes titulaires d'une autorisation établie dans un autre canton en vertu de la LPsy.

70. Par ailleurs, le canton de Berne pourrait soumettre une autorisation à des restrictions temporelles, géographiques ou techniques pour garantir des soins médicaux de qualité (art. 37 LPMéd et 25 LPsy). Dans la mesure où un requérant est déjà titulaire d'une autorisation LPMéd ou LPsy délivrée par un autre canton, ces charges sont soumises aux principes de la LMI régissant l'accès au marché. Si le canton de Berne accorde une autorisation soumise à des restrictions ou assortie de charges à un requérant provenant d'un autre canton, il doit justifier la mesure en invoquant des intérêts publics prépondérants, conformément à l'art. 3 al. 1 let. b LMI. Le seul intérêt public prépondérant est la nécessité de garantir des soins médicaux fiables et de qualité (art. 37 LPMéd et 25 LPsy). En outre, les restrictions ou charges cantonales visées à l'art. 3 al. 1 LMI doivent s'appliquer de la même façon aux offreurs locaux (art. 3 al. 1 let. a LMI) et respecter le principe de la proportionnalité (art. 3 al. 1 let. c LMI).[43]

71. À noter enfin que l'OMC, l'OPHC et le Service vétérinaire mènent gratuitement la procédure d'autorisation pour les personnes déjà titulaires d'une autorisation délivrée par un autre canton dans les domaines entrant dans le champ d'application de la LPMéd et de la LPsy, respectant ainsi le principe de la gratuité visé à l'art. 3 al. 4 LMI.

3.2.2 Annonce pour activité de 90 jours

72. Tant la LPMéd que la LPsy prévoient que les personnes admises à pratiquer dans un autre canton peuvent être actives sur le territoire bernois pendant 90 jours sans devoir détenir une autorisation délivrée par le canton de Berne. Pour ces cas, seul suffit le devoir de s'annoncer annuellement (art. 35 al. 2 LPMéd et art. 23 al. 1 LPsy). Cette réglementation vise à éliminer une discrimination à rebours des offreurs suisses face aux personnes en provenance des États membres de l'UE et de l'AELE puisque, sur la base de l'accord sur la libre circulation des personnes et de la Convention AELE, elles ont le droit d'être actives en Suisse pendant 90 jours par an.

73. Lors de l'introduction de cette réglementation pour les rapports intercantonaux, le législateur a omis le fait que les art. 2 al. 6 et 3 al. 4 LMI confèrent aux titulaires d'une autorisation LPMéd ou LPsy le droit d'en obtenir une autre dans un autre canton, d'une durée indéterminée, par le biais d'une procédure simple, rapide et gratuite. Cette procédure d'autorisation conforme à la LMI est moins fastidieuse que la répétition annuelle de la procédure d'annonce pour une activité de 90 jours, de sorte que cette dernière est obsolète.[44] L'OMC, l'OCPH et le Service vétérinaire devraient attirer l'attention des requérants extracantonaux qui annoncent une activité de 90 jours au sens de l'art. 35 al. 2 LPMéd ou de l'art. 23 al. 1 LPsy dans le canton de Berne sur la possibilité qui leur est offerte de requérir purement et simplement une autorisation de pratiquer pour une durée indéterminée.

74. Dans les cas d'espèce, les principes du droit du marché intérieur évoqués plus haut (cf. ci-dessus, ch. 61 à 71) au sujet de la procédure d'autorisation ordinaire s'appliquent par analogie également à l'autorisation pour 90 jours. En conséquence, le canton de Berne ne peut requérir la production que d'un formulaire de demande d'accès au marché et de la décision basée sur la LPMéd ou la LPsy du canton de provenance, à l'exclusion de

[43] Message du 3 décembre 2004 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires, FF 2005 157, 210; message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235, 6277; DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 1091.

[44] DIEBOLD, Freizügigkeit (note 1), nº 1362.

tout autre document. Les autorités bernoises peuvent en tout temps contrôler l'exactitude des renseignements reçus par le biais de l'assistance administrative et du MedReg (et du futur PsyReg). La procédure doit en outre être gratuite.

4 Recommandations

75. En résumé et sur la base des considérants qui précèdent, la COMCO parvient aux conclusions suivantes:

A. Recommandations concernant la pratique du canton de Berne relative à l'accès au marché de personnes externes pour l'exercice d'activités économiques régies par le droit cantonal (professions médicales, hôtellerie-restauration et garde d'enfants):

A-1. Les autorités bernoises doivent examiner l'accès au marché en se fondant essentiellement sur l'autorisation établie par l'autorité du canton de provenance et sur les **prescriptions applicables au lieu de provenance** (art. 2 al. 1 à 4 LMI). L'application du droit bernois suppose que les prescriptions applicables au lieu de provenance ne sont pas équivalentes (art. 2 al. 5 LMI) et que les prescriptions du droit bernois sont définies de manière explicite en tant que charges et justifiées conformément aux conditions de l'article 3 LMI.

A-2. Le canton de Berne doit permettre aux requérants externes de fournir aux autorités compétentes bernoises une **procuration**, au lieu d'un certificat de bonne conduite, afin que celles-ci puissent prendre des renseignements auprès de leur homologue du canton de provenance.

A-3. Les autorités bernoises doivent examiner une demande selon le principe du lieu de provenance lorsque le requérant qui la dépose exerce légalement l'activité en question dans le canton de provenance, **sans autorisation ou sans certificat de capacité**. Il conviendrait d'adapter en conséquence le formulaire de demande. Lorsque les autorités bernoises refusent une autorisation pour cause de manque lié aux qualifications professionnelles (p. ex. pas de certificat de capacité ou certificat non équivalent), elles doivent le motiver conformément aux conditions de l'art. 3 al. 1 et 2 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.

A-4. Le canton de Berne ne peut procéder à un contrôle des **conditions d'autorisation personnelles** (en particulier par l'intermédiaire de l'extrait du casier judiciaire) que si les autorités du canton de provenance ne l'ont pas fait. Lorsque les autorités bernoises refusent une autorisation pour cause de manque lié aux critères personnels (p. ex. un jugement entré en force), elles doivent le motiver conformément aux conditions de l'art. 3 al. 1 et 2 LMI et communiquer leur décision à la COMCO.

A-5. **Aucun émolument** ne doit être prélevé pour les décisions relatives à l'accès au marché de requérants extracantonaux (art. 3 al. 4 LMI).

A-6. Le canton de Berne doit explicitement **fonder** ses décisions sur l'art. 2 al. 3 LMI (commerce des services) ou l'art. 2 al. 4 LMI (établissement).

B. Recommandations concernant la pratique du canton de Berne relative à l'accès au marché des personnes titulaires d'une autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy délivrée par les autorités d'un autre canton:

B-1. Le canton de Berne doit examiner l'accès au marché en se fondant essentiellement sur l'autorisation basée sur la LPMéd ou la LPsy émise par l'autorité du canton de provenance.

B-2. Le canton de Berne doit contrôler l'exactitude des indications fournies sur le formulaire de demande à l'aide des informations du MedReg et du PsyReg et par le biais de l'assistance administrative auprès des autorités du lieu de provenance; il y a lieu de ne pas demander un certificat de bonne conduite.

B-3. Le canton de Berne ne doit demander la production ni d'extraits du casier judiciaire ni d'attestations d'assurance dans la mesure où ces pièces sont déjà en possession des autorités du canton de provenance.

B-4. Le canton de Berne doit attirer l'attention des personnes extracantonales qui demandent une autorisation pour une activité de 90 jours au sens des art. 35 al. 2 LPMéd ou 23 al. 1 LPsy sur la possibilité qui leur est offerte de requérir purement et simplement une autorisation de pratiquer pour une durée indéterminée.

B 2.8	**3. Raccomandazione del 26 settembre 2016 concernente la Prassi amministrativa del Canton Berna riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni all'attenzione di Consiglio di Stato del Canton Berna**

Raccomandazione

del 26 settembre 2016

Oggetto	Indagine ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 LMI
concernente	**la Prassi amministrativa del Canton Berna riguardante l'accesso al mercato per gli offerenti esterni**
All'attenzione di	Consiglio di Stato del Canton Berna

1 Sommario

1. La legge federale del 6 ottobre 1995 sul mercato interno (LMI; RS 943.02) garantisce ad ogni persona con domicilio o sede in Svizzera l'accesso libero e non discriminato al mercato al fine di esercitare su tutto il territorio della Confederazione un'attività lucrativa (art. 1 cpv. 1 LMI). La Commissione della concorrenza (di seguito: COMCO) sorveglia il rispetto della LMI da parte della Confederazione, dei Cantoni e dei Comuni, come pure da parte degli altri enti preposti a compiti pubblici (art. 8 cpv. 1 LMI). Essa può svolgere indagini e sottoporre raccomandazioni alle autorità interessate (art. 8 cpv. 3 LMI). Affinché la COMCO possa assolvere questo mandato di esecuzione, le autorità amministrative e giudiziarie le trasmettono spontaneamente una copia completa delle decisioni e sentenze pronunciate in applicazione della LMI (art. 10a cpv. 2 LMI).

2. In data 30 novembre 2012 la COMCO ha reso i Cantoni attenti all'obbligo di comunicazione e li ha sollecitati a trasmettere almeno le decisioni, secondo le quali il libero accesso al mercato ad un offerente esterno è stato limitato per mezzo di oneri o condizioni. Visto che negli ultimi tre anni diversi Cantoni non hanno trasmesso alcuna decisione, la COMCO ritiene che l'accesso al mercato per gli offerenti esterni sia di principio garantito senza restrizioni. Per verificarlo, la COMCO ha deciso, sulla base dell'articolo 8 capoverso 3 LMI, di condurre un'indagine in materia di diritto del mercato interno nei Cantoni di Berna, Vaud e Ticino. Attraverso queste tre indagini verrà valutato se la prassi amministrativa cantonale rispetta le condizioni della LMI per quello che riguarda l'accesso al mercato per gli offerenti extracantonali.

3. Nel Canton Berna è stata esaminata la prassi amministrativa delle autorità cantonali in relazione alle seguenti attività economiche:

- professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale;
- professioni sanitarie universitarie regolate dal diritto federale (professioni mediche e psicologiche universitarie);
- settore veterinario;
- settore alberghiero e della ristorazione;
- custodia di bambini.

4. La COMCO ha esaminato le risposte che le sono state trasmesse dal punto di vista della LMI constatando che i requisiti di legge sono stati ampiamente rispettati. In particolare, nel settore delle professioni sanitarie le autorità competenti del Canton Berna valutano le domande di coloro che esercitano legittimamente la propria attività in un altro Cantone applicando la LMI. L'unico aspetto che può essere migliorato riguarda i documenti richiesti.

Al contrario, nel settore alberghiero e della ristorazione e in quello della custodia di bambini appare chiaro che finora la LMI non è stata rispettata. Nel caso in cui la COMCO ritenga che alcune regolamentazioni, prassi o decisioni cantonali non siano in conformità con la LMI, ciò verrà comunicato al Consiglio di Stato del Canton Berna tramite la presente raccomandazione ai sensi dell'articolo 8 capoverso 3 LMI.

5. Conformemente alla sistematica della LMI, la presente indagine distingue tra attività lucrative regolate dal diritto cantonale (cap. 2) e attività lucrative regolate dal diritto federale con esecuzione cantonale (cap. 3). I risultati e le raccomandazioni sono riassunti al capitolo 4.

2 Attività lucrative regolate dal diritto cantonale

6. Il capitolo 2 analizza la prassi del Canton Berna per quanto riguarda l'autorizzazione di persone provenienti da altri Cantoni a esercitare attività lucrative regolate a livello cantonale. In particolare, il capitolo 2.1 illustra i principi del diritto del mercato interno, mentre il capitolo 2.2 esamina l'applicazione di questi principi in base alla prassi in materia di autorizzazione del Canton Berna nei seguenti ambiti: professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale (2.2.1), settore alberghiero e della ristorazione (2.2.2) e custodia di bambini (2.2.3).

2.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

2.1.1 Principio del libero accesso al mercato

7. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 1 LMI conferisce alle persone che rientrano nel campo d'applicazione della LMI un diritto individuale al libero accesso al mercato.[1] Questo diritto è concretizzato dai capoversi 3 e 4 dell'articolo 2 LMI, i quali sanciscono il

[1] NICOLAS DIEBOLD, Freizügigkeit im Mehrebenensystem, 2016, n. marg. 1212 segg.; Ders., Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, recht 4/2015, pag. 209 segg., 210; MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, OFK-Wettbewerbsrecht II, art. 2 LMI n. marg. 1; THOMAS ZWALD, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (ed.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2a ed., Basilea 2007, pag. 399 segg., n. marg. 34–43.

principio del luogo d'origine. Tale principio vale sia per l'esercizio temporaneo di un'attività lucrativa sia per lo stabilimento di una (seconda) sede al di là delle frontiere interne cantonali:[2]

- *Libera prestazione di servizi*: ai sensi dell'articolo 2 capoverso 1 in combinato disposto con il capoverso 3 LMI ognuno ha il diritto di offrire merci, servizi e prestazioni di lavoro su tutto il territorio della Confederazione se l'esercizio dell'attività lucrativa in questione è autorizzato nel suo Cantone o Comune di domicilio o di sede. Fanno stato le norme del Cantone o del Comune di domicilio o della sede dell'offerente.
- *Libertà di stabilimento*: secondo l'articolo 2 capoverso 4 LMI chi esercita legittimamente un'attività lucrativa ha il diritto di stabilirsi in qualsiasi parte del territorio della Confederazione per l'esercizio di tale attività e di esercitare la stessa secondo le prescrizioni del luogo del primo domicilio. Questo principio si applica anche in caso di cessazione dell'attività nel luogo del primo domicilio.

8. Il principio del luogo d'origine si basa sulla presunzione che le normative cantonali o comunali concernenti l'accesso al mercato siano equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI).

9. Il diritto al libero accesso al mercato secondo le norme del luogo d'origine non vale in maniera assoluta. Le autorità del Canton Berna (luogo di destinazione)[3] possono, per mezzo di condizioni e oneri, limitare l'accesso al mercato. A tale scopo l'autorità competente deve innanzitutto verificare se le normative concernenti l'accesso al mercato di natura generale-astratta e la relativa prassi del luogo d'origine di un offerente esterno garantiscono un livello equivalente di tutela degli interessi pubblici come garantito dalle normative del Canton Berna (confutazione della **presunzione di equivalenza** ai sensi dell'art. 2 cpv. 5 LMI). Se le normative sono equivalenti l'accesso al mercato deve essere garantito senza alcuna condizione.[4] Nei casi di normative non equivalenti, le autorità del Canton Berna devono dimostrare che la restrizione del libero accesso al mercato soddisfa (cumulativamente) le **condizioni dell'articolo 3 LMI**, ovvero è indispensabile per proteggere interessi pubblici preponderanti, conforme al principio di proporzionalità e non discriminatoria (art. 3 cpv. 1 LMI).[5] Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 2 LMI, le restrizioni non sono conformi al principio di proporzionalità in particolare se (elenco non esaustivo):

- le prescrizioni del luogo d'origine garantiscono già una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti;
- i certificati e gli attestati di sicurezza già prodotti dall'offerente al luogo d'origine sono sufficienti;
- il domicilio o la sede costituisce condizione preliminare per l'esercizio di un'attività lucrativa nel luogo di destinazione;
- la pratica acquisita dall'offerente nel luogo d'origine consente di garantire una protezione sufficiente degli interessi pubblici preponderanti.

10. Oltre al principio del luogo d'origine deve essere rispettato anche il principio di riconoscimento ai sensi dell'articolo 4 LMI. Secondo l'articolo 4 capoverso 1 LMI i certificati di capacità cantonali o riconosciuti dai Cantoni per l'esercizio di un'attività lucrativa sono validi su tutto il territorio della Confederazione, a condizione che non siano oggetto di restrizioni secondo l'articolo 3 LMI. Questa disposizione costituisce un complemento al diritto di libero accesso al mercato conformemente alle prescrizioni del luogo d'origine. Il riconoscimento reciproco dei certificati di capacità serve a garantire che per le attività lucrative soggette ad autorizzazione il mercato interno svizzero non venga indebolito da condizioni d'autorizzazione cantonali o comunali diverse.[6]

2.1.2 Condizioni della procedura di accesso al mercato

11. Una procedura di autorizzazione formale rappresenta per gli offerenti esterni una restrizione amministrativa all'accesso al mercato, che, a seconda delle modalità e del settore, può avere effetti proibitivi. Anche solo la preparazione della documentazione per l'inoltro della domanda (compresi vari allegati, come ad esempio l'estratto del casellario giudiziale e l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti) comporta dispendi e costi che possono ostacolare l'accesso al mercato intercantonale.[7]

12. Ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI eventuali decisioni concernenti le restrizioni secondo l'articolo 3 capoverso 1 LMI sono prese con procedura semplice, rapida e gratuita. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita comprende la procedura d'esame in quanto tale e non si limita ai casi in cui le restrizioni dell'accesso al mercato sono state prese in considerazione o intimate.[8] Il diritto a una procedura semplice, rapida e gratuita vale in maniera più ampia di

[2] Sul principio di origine: DTF 135 II 12 (accesso al mercato per psicoterapeuti); sentenze del TF 2C_57/2011 del 3.5.2011 (accesso al mercato per installatori sanitari) e 2C_844/2008 del 15.5.2009 (accesso al mercato per terapeuti di medicina complementare); dalla dottrina ad es. NICOLAS DIEBOLD, Das Herkunftsprinzip im Binnenmarktgesetz zur Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, ZBl 111/2010, pag. 129 segg., 142 segg.; Raccomandazione della COMCO del 27 febbraio 2012, in: DPC 2012/2, 440, n. marg. 14 segg., *Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur.*

[3] Nelle norme relative al mercato interno viene definito come «luogo di destinazione» il luogo in cui gli offerenti esterni intendono fornire la loro prestazione.

[4] DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenza del TF 2C_57/2011 del 3.5.2011 consid. 3.4 (accesso al mercato di un installatore sanitario nel Canton Argovia); Raccomandazione della COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 17 segg.

[5] DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), N 189 segg.; MATTHIAS OESCH, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten – Ein Beitrag zur harmonisierenden Auslegung von Binnen- und Staatsvertragsrecht, ZBJV 2012, pagg. 377, 378.

[6] Messaggio del 23 novembre 1994 concernente la legge federale sul mercato interno (LMI), FF 1995 I 1025, in particolare pag. 1061.

[7] DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 203 segg.

[8] DTF 136 II 470 consid. 5.3 («*Comme le Tribunal de céans l'a jugé en relation avec l'ancien al. 2 de l'art. 4 LMI (cfr. consid. 3.2 ci-dessus), cette exigence vaut de manière générale pour les procédures relatives à l'accès au marché*»); 123 I 313, 323 consid. 5; 125 II 56, 63 segg. consid. 5b. Riguardo la cosiddetta «discriminazione alla rovescia» («Inländerdiskriminierung», «discrimination à rebours») cfr. sentenza del TF 2C_204/2010 del 24.11.2011, consid. 8.3 in combinato disposto con consid. 7.1; ZWALD (n. 1), n. marg. 76 segg.

quanto formulato nella disposizione e si estende all'intera procedura di accesso al mercato. Una deroga al principio di una procedura gratuita ai sensi dell'articolo 3 capoverso 4 LMI è ammessa solo in determinati casi, ad esempio quando il richiedente agisce abusivamente o la sua non collaborazione causa costi maggiori.[9]

13. Parallelamente alle esigenze procedurali previste dall'articolo 3 capoverso 4 LMI, occorre osservare che, sulla base del principio del luogo d'origine, gli offerenti esterni possono esercitare la loro attività secondo le norme del loro luogo d'origine e senza restrizioni. Nella passata giurisprudenza relativa alla LMI nella versione del 1995 (di seguito: LMI 95), il Tribunale federale aveva stabilito che gli articoli 2 e 4 LMI 95 non limitano i Cantoni nell'organizzazione della procedura formale di accesso al mercato.[10] A seguito dell'entrata in vigore della revisione della LMI del 2005 (di seguito: LMI 2005) questa giurisprudenza deve essere relativizzata.[11] Dal punto di vista formale, il principio del luogo d'origine, rafforzato dalla revisione del 2005, significa che l'accesso al mercato intercantonale deve essere possibile senza alcuna formalità. Il messaggio del Consiglio federale concernente la revisione della LMI 2005 precisa a questo proposito che *«le persone interessate non saranno tenute a chiedere un'autorizzazione nel luogo di destinazione per esercitarvi la loro attività. Potranno infatti esercitare tale attività in virtù dell'autorizzazione rilasciata nel luogo del primo domicilio»*.[12] Tuttavia, per permettere alle autorità del Canton Berna di valutare se esistono normative equivalenti concernenti l'accesso al mercato o se eventualmente l'accesso al mercato deve essere limitato da oneri o condizioni, esse devono essere informate sull'attività dell'offerente esterno. Inoltre, le autorità bernesi esercitano la vigilanza sugli offerenti esterni che si sono stabiliti nel Cantone (art. 2 cpv. 4 LMI). Di conseguenza, deve esistere la possibilità di sottoporre gli offerenti esterni a un «controllo all'ingresso» e di eseguire una procedura di notifica o di autorizzazione. Ciò viene previsto anche dal Consiglio federale nel messaggio concernente la revisione della LMI, quando stabilisce che *«spetterà ai Cantoni adottare le misure necessarie per esercitare la vigilanza sul secondo domicilio nel loro territorio e, in particolare, per poter imporre oneri»*.[13] Il messaggio però non indica quali misure sono possibili e, soprattutto, quali sono permesse.

14. Ogni procedura formale di accesso al mercato è quindi da considerare come una restrizione del libero accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI e, in quanto tale, deve essere indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti e conforme al principio di proporzionalità.[14] L'imposizione di eventuali restrizioni del libero accesso al mercato e l'esercizio dell'obbligo di vigilanza (art. 2 cpv. 4 LMI) rappresentano interessi pubblici che possono giustificare una deroga all'accesso al mercato senza formalità. Nell'esame della proporzionalità è da considerare se l'offerente esterno, nel quadro della libera prestazione dei servizi, offre un servizio nel luogo di destinazione in maniera temporanea (art. 2 cpv. 3 LMI) o se si stabilisce a lungo termine (art. 2 cpv. 4 LMI).[15] Concretizzando il principio della proporzionalità, l'articolo 3 capoverso 4 LMI prevede l'obbligo di condurre una procedura semplice, rapida e gratuita (n. marg. 12).

2.1.3 Sintesi

15. Dalle considerazioni precedenti si deduce che l'accesso al mercato per gli offerenti esterni deve avvenire secondo i seguenti principi di diritto del mercato interno:

- in virtù dell'articolo 2 capoversi 3 e 4 LMI l'autorità competente del Canton Berna è tenuta a esaminare l'autorizzazione di offerenti esterni sulla base delle normative vigenti nel luogo d'origine;
- l'autorità bernese competente può applicare le normative vigenti nel Canton Berna unicamente se le normative del luogo d'origine non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e le condizioni per una restrizione attraverso oneri e condizioni ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte. Solo a queste condizioni le normative del Canton Berna, sotto forma di oneri e condizioni, possono essere dichiarate applicabili;
- il solo fatto che nel Canton Berna vigono delle condizioni di autorizzazione diverse o eventualmente più restrittive non comporta automaticamente la confutazione della presunzione di equivalenza.[16] Se nel caso concreto la presunzione di equivalenza non è confutata, allora l'accesso al mercato per l'offerente esterno deve essere senz'altro garantito;[17]
- se la presunzione di equivalenza viene confutata in un caso concreto, le autorità del Canton Berna devono motivare, con riferimento a ogni onere e condizione, in che misura le condizioni di interesse pubblico, proporzionalità e parità di trattamento ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI sono soddisfatte;

[9] DTF 123 I 313, 323 consid. 5.

[10] A proposito della LMI 95, DTF 125 II 56, 63 consid. 5a (RA Thalmann): «*Die Regelung der Modalitäten für die Zulassung ausserkantonaler Anwälte liegt in der Kompetenz des Freizügigkeitskantons: er kann auf ein Bewilligungsverfahren überhaupt verzichten und lediglich eine Anzeigepflicht bei erstmaligem Tätigwerden vorschreiben; er kann die Berufsausübungsbewilligung formfrei erteilen oder aber in einem förmlichen Verfahren. An der grundsätzlichen Verfahrenshoheit der Kantone hat auch das Binnenmarktgesetz nichts geändert.*»; DTF 125 II 406, 408 segg. consid. 3 (Cantone Appenzello Interno); DREYER DOMINIK/DUBEY BERNARD, Réglementation professionnelle et marché intérieur: une loi fédérale, Cheval de Troie de droit européen, 2003, pag. 110 segg.

[11] DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1357.

[12] Messaggio concernente la modifica della Legge federale sul mercato interno del 24 novembre 2004, FF 2005 409, in particolare pag. 428 segg.; cfr. anche la sentenza del Tribunale cantonale del Canton Argovia (OGer AR) del 22 marzo 2007 consid. 2.2, in: AR GVP 2007 114: «*Somit wäre der Gesuchsteller grundsätzlich überhaupt nicht verpflichtet, an seinem Bestimmungsort (Kanton Appenzell A.Rh.) eine Bewilligung zur Ausübung seiner Tätigkeit als Rechtsagent einzuholen, sondern er könnte diese Tätigkeit kraft der am Ort der Erstniederlassung ausgestellten Bewilligung (Kanton St. Gallen) ohne Weiteres ausüben*».

[13] FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 429.

[14] DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1359; Raccomandazione COMCO, Taxi (n. 2), n. marg. 23 segg.; di un'altra opinione: HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9a ed. 2016, n. marg. 735.

[15] DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1359.

[16] Sulla giurisprudenza dei tribunali riguardante la confutazione della presunzione di equivalenza vedi DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1311 segg.

[17] DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4 (psicoterapeuta Zurigo II).

- le autorità del Canton Berna non possono richiedere in modo sistematico l'inoltro di documenti riguardanti caratteristiche personali come il certificato di buona condotta, l'estratto del casellario giudiziale, l'estratto del registro esecuzioni e fallimenti, ecc.[18]. Visto che le condizioni per il rilascio di un'autorizzazione da parte del Canton Berna non si applicano, salvo entro i limiti dell'articolo 3 capoverso 1 LMI, l'inoltro di documenti che provano il rispetto di queste condizioni non può essere richiesto. Il riesame sistematico delle condizioni di autorizzazione del luogo d'origine non è compatibile né con il principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI) né con l'obbligo di condurre una procedura semplice e rapida (art. 3 cpv. 4 LMI). Inoltre, secondo il Tribunale federale, aggira la presunzione di equivalenza ai sensi dell'articolo 2 capoverso 5 LMI.[19] Questo vale sia per le condizioni professionali che per quelle personali. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.[20]

2.2 Analisi e raccomandazione nei settori esaminati

2.2.1 Professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale

16. Nel Cantone lo svolgimento della procedura di autorizzazione nell'ambito delle professioni sanitarie regolate dal diritto cantonale è affidato a tre diverse autorità: l'ufficio degli anziani e dei disabili (ALBA), l'ufficio del farmacista cantonale (KAPA) e l'ufficio del medico cantonale (KAZA). Dalle risposte al questionario emerge che queste autorità esaminano le domande degli offerenti esterni tramite procedure di accesso al mercato pressoché identiche. Tutte, infatti, richiedono una copia dell'autorizzazione all'esercizio della professione rilasciata dal Cantone d'origine, una copia del certificato di capacità e un nulla osta del Cantone che ha rilasciato la prima autorizzazione. L'ALBA e il KAZA esigono inoltre un estratto originale del casellario giudiziale e la prova della stipula di un'assicurazione di responsabilità civile professionale.

17. Nei confronti dei richiedenti esterni il KAZA si basa esplicitamente sulle condizioni di autorizzazione valide nel luogo d'origine e applica le prescrizioni del Canton Berna solo nei casi di cui all'articolo 3 LMI. Per i richiedenti che provengono da altri Cantoni è previsto un modulo specifico[21] che tiene conto delle peculiarità della procedura di autorizzazione della LMI.

18. Tutte e tre le autorità esaminano le domande degli offerenti esterni senza riscuotere emolumenti.

19. In applicazione dei principi del diritto del mercato interno la procedura di accesso al mercato per gli offerenti esterni viene valutata come segue.

20. In base al principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) gli offerenti esterni hanno il diritto di accedere al mercato se esercitano legittimamente la loro attività nel luogo d'origine. Al fine di verificare la legittimità dell'attività svolta nel luogo d'origine, le autorità del Canton Berna fanno bene a richiedere una copia dell'**autorizzazione all'esercizio della professione** rilasciata nel luogo d'origine. Questa prassi si applica sempre se l'attività nel luogo d'origine è soggetta anch'essa all'obbligo di autorizzazione. Tuttavia, il diritto di accedere liberamente al mercato sancito dall'articolo 2 capoversi 1–4 LMI sussiste anche quando nel luogo d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione.[22] In questo caso la legittimità è già garantita dal quadro giuridico del luogo d'origine e quindi non può essere richiesta la copia dell'autorizzazione. Ad ogni modo, se l'obbligo di autorizzazione vigente nel Canton Berna si contrappone a una norma che non prevede il rilascio di un'autorizzazione, ciò significa che, in linea di massima, le norme sull'accesso al mercato non sono equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI). In questo caso il Canton Berna può limitare l'accesso al mercato tramite oneri in base alle disposizioni dell'articolo 3 LMI (n. marg. 15).

21. Di conseguenza, in virtù dell'obbligo di garantire una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI), viene da chiedersi se sia legittimo esigere un **nulla osta**. In base al principio del luogo d'origine, tale documento non può essere utilizzato per verificare i requisiti personali necessari per il rilascio dell'autorizzazione previsti dal diritto bernese. Comunque, può permettere di stabilire se il richiedente soddisfa le condizioni valide nel luogo d'origine, se l'autorizzazione è ancora valida ed eventualmente vincolata a oneri e condizioni e se è in corso un procedimento disciplinare. Dal punto di vista del diritto del mercato interno occorre ricordare che gli offerenti esterni hanno il diritto di avvalersi di una procedura di accesso al mercato gratuita. Tuttavia, per il rilascio di un nulla osta le autorità del Cantone d'origine richiedono il pagamento di una tassa quindi questa norma viene violata. Alla luce di tutto ciò occorre verificare se la richiesta di un nulla osta è giustificata oppure no.

22. In questo contesto occorre notare che, in base alla LMI, il Canton Berna è tenuto a rilasciare l'autorizzazione anche se è in corso un procedimento disciplinare nel Cantone d'origine. Il diritto di accesso al mercato sussiste a condizione che l'attività venga esercitata legittimamente nel Cantone d'origine. Un procedimento disciplinare pendente non ha alcun effetto sulla legittimità dell'attività esercitata nel Cantone d'origine. Nemmeno le misure disciplinari che non prevedono la revoca della prima autorizzazione rappresentano un motivo per rifiutare il rilascio di un'autorizzazione nel Canton Berna. Solo se l'autorizzazione rilasciata nel

[18] DTF 123 I 313, 320 segg. consid. 4b (Avv. Häberli): «*Selbst wenn diese Erfordernisse bloss formellen Charakter haben und leicht zu erfüllen sind, liegt darin doch eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt, die nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM zulässig ist*»; in questo senso anche la sentenza del TF 2P.316/1999 del 23.5.2000 consid. 2d (avvocato del Canton Vaud).

[19] DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

[20] DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1; 2C_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

[21] http://www.gef.be.ch/gef/de/index/gesundheit/gesundheit/gesundheits berufe.html.

[22] ZWALD (n. 1), n. marg. 48; DIEBOLD (n. 1), n. marg. 1231; Rapporto annuale COMCO 2008, DPC 2009/1 14, 15; sentenze del TF 2C 844/2008 del 15.05.2009 consid. 4.2.1.

luogo d'origine viene revocata definitivamente facendo decadere l'esercizio legittimo dell'attività nel Cantone d'origine anche il Canton Berna è tenuto a revocare l'autorizzazione rilasciata in virtù della LMI.

23. Ci si chiede dunque se il nulla osta sia necessario per verificare la validità della prima autorizzazione. In linea di massima si presume che anche un'autorizzazione concessa a tempo indeterminato sia valida e che eventuali oneri e condizioni risultino direttamente dalla decisione. Tuttavia, si potrebbe verificare il caso molto raro in cui un richiedente esterno presenti la copia di un'autorizzazione revocata per ottenere in malafede un'autorizzazione nel Canton Berna. Per escludere questo rischio l'autorità del Canton Berna ha interesse a disporre di una conferma da parte dell'autorità del Cantone d'origine che la prima autorizzazione concessa a tempo indeterminato è ancora valida. Nel caso delle prime autorizzazioni rilasciate a tempo determinato questo rischio non sussiste poiché dopo la scadenza il titolare viene riesaminato e deve esibire la nuova autorizzazione anche nel Canton Berna.

24. Poiché la LMI prescrive che la procedura sia semplice e gratuita, è preferibile che le autorità del Canton Berna prendano contatto direttamente con l'autorità competente del Cantone d'origine e verifichino autonomamente la validità della prima autorizzazione.

Il richiedente, inoltre, dovrebbe poter scegliere se presentare un nulla osta oppure autorizzare l'autorità del Canton Berna a effettuare accertamenti presso le autorità del Cantone d'origine.

In quest'ultimo caso spetta all'autorità del Canton Berna richiedere il nulla osta all'autorità omologa nell'altro Cantone senza addebitare eventuali tasse al richiedente.

25. Tutte e tre le autorità richiedono una copia del **certificato di capacità**, come ad esempio il diploma di infermiere registrato presso la CRS, un certificato di capacità riconosciuto di droghiere diplomato SSS o un diploma di psicoterapeuta. In questo ambito si applica la giurisprudenza del Tribunale federale, secondo cui le condizioni per l'autorizzazione non devono essere riverificate (n. marg 15). Se la competenza professionale è già stata verificata dall'autorità del Cantone d'origine, il Canton Berna non può esaminarla di nuovo in quanto si applica la presunzione di equivalenza di cui all'articolo 2 capoverso 5 LMI. Se l'attività nel Cantone d'origine può essere svolta senza qualifiche professionali,[23] dopo aver confutato la presunzione di equivalenza e in base alle condizioni stabilite nell'articolo 3 LMI, il Canton Berna può verificare la competenza professionale, tenendo conto in particolare della pratica acquisita di cui all'articolo 3 capoverso 2 lettera d LMI. In sintesi la richiesta di presentare certificati di capacità è giustificata solo in alcuni casi e la domanda deve essere esaminata anche se il richiedente presenta solo la prima autorizzazione valida non accompagnata da certificati di capacità. Poiché nel modulo di domanda si richiede espressamente una copia del certificato di capacità, ciò può dissuadere gli offerenti esterni sprovvisti di tale certificato dal presentare la domanda.

26. Le stesse considerazioni valgono per l'**estratto del casellario giudiziale**, che le tre autorità richiedono in copia originale. Secondo il Tribunale federale la presunzione di equivalenza e il divieto di riverificare non si applicano solo alle condizioni di autorizzazione professionali ma anche a quelle personali.[24] Se l'idoneità personale e psichica è già stata verificata dall'autorità del Cantone d'origine, così come l'estratto del casellario giudiziale, l'autorità del Canton Berna non può riesaminare le condizioni e di conseguenza non può esigere la presentazione di un estratto del casellario giudiziale.

27. La prova della stipula di un'**assicurazione di responsabilità civile professionale** è sostanzialmente consentita[25], anche se in base all'articolo 3 capoverso 2 lettera b LMI si deve tenere conto dei certificati e degli attestati di sicurezza già prodotti al luogo d'origine. Tale condizione viene rispettata nella procedura di accesso al mercato del KAZA, che accetta anche la prova di un attestato di sicurezza equivalente a copertura dei rischi legati all'attività.

28. Tra gli aspetti positivi vi sono la messa a disposizione di un **modulo di domanda specifico** per gli offerenti esterni e il rispetto del principio di **gratuità** sancito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI.

29. Le **decisioni di autorizzazione** presentate per gli offerenti esterni non possono essere contestate. Occorre soltanto ricordare che oltre sull'articolo 3 capoverso 4 dell'ordinanza cantonale sulla salute (BSG 811.111) e sulla prima autorizzazione, le decisioni (cfr. allegato 1) devono basarsi anche sull'articolo 2 capoverso 3 LMI (offerta di servizi) e sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).

2.2.2 Settore alberghiero e della ristorazione

30. Le prefetture sono competenti per l'autorizzazione degli albergatori. La procedura di autorizzazione è disciplinata dalla legge dell'11 novembre 1983 sul settore alberghiero e della ristorazione (BSG 935.11). Dalle risposte al questionario emerge che i richiedenti esterni già in possesso di un'autorizzazione in un altro Cantone vengono ammessi secondo le condizioni stabilite nella legge bernese sul settore alberghiero e della ristorazione. Una di queste condizioni prevede il possesso di un certificato di capacità, nonostante i certificati di capacità di tutti i Cantoni, il certificato di Gastro Suisse e altri titoli formativi siano riconosciuti. Oltre alla copia del certificato di capacità occorre presentare un estratto del casellario giudiziale, una copia della lista delle bevande e l'autorizzazione d'esercizio per l'attività da rilevare. La procedura di autorizzazione è a pagamento anche per i richiedenti esterni.

[23] Il principio del luogo d'origine sancito nell'articolo 2 capoversi 1–4 LMI si applica anche quando nel Cantone d'origine l'esercizio dell'attività è consentito senza autorizzazione o senza requisiti in materia di competenze professionali.

[24] Si veda la nota a piè di pagina 19.

[25] Si veda la sentenza del TF 2P.180/2000 del 22 febbraio 2001 consid. 3c.

31. La revisione della LMI del 2005 aveva anche lo scopo di introdurre la libertà di stabilimento per l'esercizio di quelle attività che sono legate a un'infrastruttura locale. In particolare il Consiglio federale faceva riferimento agli albergator[26] che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale relativa alla versione originaria della LMI (1995) non potevano beneficiare della libera circolazione.[27] Tuttavia, dal 1° luglio 2006 il principio di origine si applica anche agli albergatori (art. 2 cpv. 4 LMI). Pertanto, in virtù della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine, questi ultimi possono stabilirsi anche in un altro Cantone[28] secondo le normative del Cantone d'origine.

32. Di conseguenza, le prefetture del Canton Berna possono applicare le condizioni previste nella legge sul settore alberghiero e della ristorazione ai richiedenti esterni soltanto se le stesse condizioni non sono già state verificate dall'autorità del Cantone d'origine (art. 2 cpv. 5 LMI; n. marg. 15) e se le condizioni della legge succitata sono giustificate in base ai requisiti dell'articolo 3 LMI (n. marg. 9).

33. Pertanto, la prefettura competente del Canton Berna deve innanzitutto esigere dal richiedente esterno l'autorizzazione per la gestione di un'attività alberghiera o di ristorazione o di un locale pubblico rilasciata dal Cantone d'origine. Se il richiedente esterno dispone di una prima autorizzazione valida oppure esercita legittimamente l'attività nel luogo di origine senza autorizzazione ha il diritto di ricevere un'autorizzazione nel Canton Berna ai sensi dell'articolo 2 capoverso 4 LMI.

34. In relazione alla procedura di autorizzazione del Canton Berna ciò implica che è possibile richiedere agli offerenti esterni un **estratto del casellario giudiziale** solo se la buona condotta non è già stata verificata dall'autorità del Cantone d'origine. Qualora a un richiedente esterno venga negata l'autorizzazione nel Canton Berna in base a un estratto del casellario giudiziale, nella decisione occorre specificare che ciò era conforme al principio di proporzionalità e indispensabile per preservare un interesse pubblico (art. 3 cpv. 1 LMI). Concretamente, il reato commesso deve comportare un pericolo per un interesse pubblico connesso alla gestione di un'attività alberghiera o di ristorazione, altrimenti l'autorizzazione non può essere negata.

35. Per quanto riguarda la richiesta di un **certificato di capacità** va sottolineato che il Canton Berna riconosce tutti i certificati di capacità cantonali, adempiendo così i requisiti dell'articolo 4 capoverso 1 LMI. Tuttavia, il principio di origine sancito dall'articolo 2 capoverso 4 LMI garantisce l'accesso al mercato anche nel caso in cui l'attività sia esercitata nel Cantone d'origine legittimamente senza certificato di capacità.[29] In altre parole anche gli albergatori esterni hanno il diritto di accedere al mercato del Canton Berna qualora il loro Cantone d'origine non richieda alcun certificato di capacità. Anche se in questo caso la presunzione di equivalenza è confutabile (art. 2 cpv. 5 LMI) la prefettura competente del Canton Berna può vincolare l'autorizzazione a oneri o condizioni solo in base alle disposizioni dell'articolo 3 LMI. Concretamente occorre dimostrare che il certificato di capacità richiesto è conforme al principio di proporzionalità e indispensabile per preservare un interesse pubblico (art. 3 cpv. 1 LMI). Inoltre, è necessario tenere conto dell'esperienza professionale maturata dal richiedente (cfr. art. 3 cpv. 2 lett. d LMI).

36. La richiesta di una copia della **lista delle bevande** per garantire il rispetto delle prescrizioni cantonali sulla somministrazione di bevande alcoliche non pone alcun problema. Lo stesso vale per l'**autorizzazione dell'attività da rilevare**, che deve soddisfare i requisiti del Canton Berna.

37. Infine, rileviamo che la prassi del Canton Berna in materia di autorizzazione non è conforme ai requisiti dell'articolo 3 capoverso 4 LMI poiché ai richiedenti esterni viene richiesto il pagamento di una **tassa**. Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale per gli offerenti esterni la procedura deve essere gratuita (n. marg. 12).

2.2.3 Custodia di bambini

38. L'ufficio cantonale della gioventù (KJA) esercita la vigilanza sulle strutture di custodia collettiva diurna secondo l'ordinanza sulla custodia dei bambini (PVO, BSG 213.223) e secondo l'OAMin (RS 211.222.338). I requisiti sono stati specificati nelle direttive per l'autorizzazione delle strutture di custodia collettiva diurna private. Occorre presentare una domanda per il rilascio della prima autorizzazione e i documenti elencati nella lista di controllo degli allegati richiesti. Queste condizioni valgono per tutti i richiedenti, a prescindere dal loro luogo d'origine.

39. Le persone che dirigono una struttura di custodia diurna devono inoltrare una domanda corredata dei seguenti documenti:

- curriculum vitae;
- copia dei diplomi;
- prova dello svolgimento di una formazione continua per direttori;
- copia dei certificati di lavoro;
- referenze (di norma due);
- certificati medici indicati nel promemoria sull'idoneità psicofisica dei direttori di strutture di custodia diurne e dei loro collaboratori;
- estratto del casellario giudiziale: copie originali dell'estratto per privati e dell'estratto specifico per privati;
- estratto del registro esecuzioni e fallimenti (originale);
- copia del contratto di lavoro;
- descrizione del posto di lavoro;
- mansionario.

[26] FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 428.
[27] Si veda la sentenza del TF 2P.362/1998 sull'articolo 2 LMI nella versione del 1995; cfr. DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1118–1125.
[28] DPC 2015/2, 160, *Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Gastwirtschaftsbewilligung*.
[29] Cfr. nota a piè di pagina 22.

40. Le persone che lavorano come collaboratori di una struttura di custodia diurna devono inoltrare una domanda corredata dei seguenti documenti:

- prova della stipula di un'assicurazione contro gli infortuni secondo la LAINF (si consiglia un'assicurazione per perdita di guadagno e un'assicurazione d'indennità giornaliera);
- prova dell'iscrizione presso la cassa di compensazione per AVS/AI/IPG (non appena disponibile);
- descrizione del posto di lavoro;
- mansionario;
- copia del contratto di lavoro (se disponibile, altrimenti da inviare non appena ricevuta);
- elenco dei collaboratori con indicazione del livello di studi e del grado d'impiego (non appena noto);
- piano dei posti in organico;
- conferma scritta della direzione che tutti i collaboratori hanno inviato gli estratti del casellario giudiziale.

41. Dalle risposte al questionario emerge che finora il diritto del mercato interno non è stato rispettato. Infatti, il KJA verifica l'adempimento delle condizioni previste dall'ordinanza sulla custodia di bambini (BSG 213.223) anche nel caso dei richiedenti esterni. Inoltre, vengono riscosse le stesse tasse sia per gli offerenti cantonali sia per quelli esterni. La prima autorizzazione costa 500 franchi, mentre per eventuali modifiche (estensione della sede, nuova direzione della sede, ecc.) vengono richiesti 300 franchi.

42. La gestione di una struttura di custodia diurna è un'attività economica privata che va oltre la legge sul mercato interno (art. 1 cpv. 3 LMI). Di conseguenza, coloro che sono autorizzati a lavorare come direttori o collaboratori di una struttura di custodia diurna in un determinato Cantone hanno il diritto di essere autorizzati a esercitare la stessa attività anche nel Canton Berna secondo le prescrizioni del luogo d'origine. Si applicano dunque i principi sintetizzati nel numero marginale 15.

43. Se una persona dispone già di un'autorizzazione valida in un altro Cantone e nel Cantone d'origine valgono le stesse condizioni di ammissione personali e professionali (art. 2 cpv. 5 LMI), l'accesso al mercato del Canton Berna deve essere senz'altro garantito. Infatti, secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, in questo caso non è consentito il riesame delle condizioni di autorizzazione (n. marg. 15).

44. Al contrario, se nel luogo d'origine vigono requisiti personali e/o professionali meno restrittivi per il rilascio dell'autorizzazione e se la presunzione di equivalenza può essere confutata (art. 2 cpv. 5 LMI), il Canton Berna può applicare la sua legge alle condizioni previste dall'articolo 3 LMI. Se l'applicazione del diritto bernese implica l'imposizione di un onere o di una condizione, occorre motivare nel dettaglio in che modo tale misura è conforme al principio di proporzionalità, non discriminatoria e indispensabile per preservare interessi pubblici preponderanti (art. 3 cpv. 1 LMI). Inoltre, è necessario tenere conto dell'esperienza professionale maturata dal richiedente (cfr. art. 3 cpv. 2 lett. d LMI).

45. Oltre alle persone fisiche anche le imprese in quanto istituzioni godono del diritto alla libera circolazione.[30] Nell'ambito della procedura di autorizzazione il KJA deve considerare se aspetti quali l'impostazione pedagogica, la strategia aziendale e organizzativa, le direttive igieniche, nonché le assicurazioni, lo statuto, gli opuscoli e l'attività pubblicitaria sono già stati verificati in un altro Cantone e giudicati ammissibili. In caso affermativo il KJA può imporre ulteriori oneri o condizioni solo nel rispetto dei requisiti dell'articolo 3 LMI.

46. Inoltre, occorre tenere conto del fatto che la procedura di accesso al mercato per gli offerenti esterni deve essere gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI; n. marg. 12).

3 Attività professionali regolate dal diritto federale (federalismo esecutivo)

47. Il capitolo 3 esamina la prassi delle autorità del Canton Berna riguardo l'autorizzazione di offerenti esterni all'esercizio di professioni regolate dal diritto federale. Al capitolo 3.1 vengono illustrati i principi del diritto del mercato interno e in seguito, al capitolo 3.2, verrà esaminata la conformità a tali principi della prassi di autorizzazione delle autorità del Canton Berna alle professioni mediche universitarie.

3.1 Condizioni quadro del diritto del mercato interno

3.1.1 Principio del libero accesso al mercato

48. In diversi settori l'accesso al mercato è stato armonizzato materialmente attraverso il diritto federale (**settore armonizzato**), il quale viene applicato dai Cantoni (cosiddetto federalismo esecutivo). Eventuali differenze tra le prassi amministrative quotidiane dei Cantoni nell'applicazione del diritto federale non possono essere evitate. Ciò può risultare problematico dal punto di vista del diritto del mercato interno, in particolare se queste divergenze cantonali hanno come effetto quello di limitare l'accesso al mercato. Questo problema «atipico» di mercato interno[31] costituisce la *ratio legis* della proposta da parte del Parlamento in occasione della revisione della LMI nel 2005 di aggiungere la disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Questa disposizione dovrebbe assicurare che merci, servizi e prestazioni conformi al diritto federale possano circolare liberamente.[32] Tramite l'articolo 2 capoverso 6 LMI, in base al quale una decisione cantonale di autorizzazione è valida in tutta la Svizzera, si garantisce che nel settore armonizzato interpretazioni e applicazioni diverse del diritto federale non conducano a nuove restrizioni del libero accesso al mercato.

[30] NICOLAS DIEBOLD/GAËL SCHAFFTER, Die Niederlassungsfreiheit für juristische Personen am Beispiel einer Zahnarztklinik, DPC 2012 526.
[31] ZWALD (n. 1), n. marg. 51.
[32] DAVID HERREN, Das Cassis de Dijon-Prinzip, 2014, pag. 220; YVONNE SCHLEISS, Zur Durführung des EU-Rechts in Bundesstaaten, 2014, pag. 319; DPC 2006/2, 221, *Die Grundzüge des BGBM und die wichtigsten Neuerungen im Überblick.*

49. A titolo comparativo, l'accesso al mercato nel **settore non armonizzato** è retto, come indicato precedentemente (n. marg. 9–12), dal principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) e dalla presunzione di equivalenza (art. 2 cpv. 5 LMI). La presunzione di equivalenza stabilisce che le normative concernenti l'accesso al mercato emanate nel campo di competenza dei Cantoni sono equivalenti. Questa presunzione si basa sulla convinzione che le necessità oggettive di protezione della popolazione non variano da Cantone a Cantone.[33] Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, la presunzione di equivalenza ha come conseguenza che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di autorizzazione personali e professionali del luogo d'origine (n. marg 9, 15). Sarebbe contraddittorio ed incompatibile con l'articolo 95 capoverso. 2 Cost. se i Cantoni, nell'esecuzione di normative federali di **armonizzazione**, potessero generare nuove restrizioni al mercato interno attraverso interpretazioni ed applicazioni differenti tra loro.

50. Per questo motivo la LMI prevede, come complemento al principio del luogo d'origine, che una decisione cantonale secondo la quale una merce, un servizio o una prestazione lavorativa è conforme al diritto federale o ne viene autorizzato l'accesso al mercato è valida in tutta la Svizzera. Visto che nel settore non armonizzato le autorità del luogo di destinazione competenti per il rilascio dell'autorizzazione non possono riesaminare l'applicazione del diritto da parte delle autorità del luogo d'origine, tale principio deve valere a maggior ragione anche per il settore armonizzato. Durante la discussione parlamentare l'ex-consigliere nazionale DIDIER BURKHALTER aggiunse quanto segue:

« Mais ce principe du "Cassis de Dijon" […] risque de se casser les dents sur d'autres barrières intercantonales, parfois artificielles, c'est-à-dire sur les différences dans l'exécution pratique sur les terrains cantonaux des législations fédérales.

Prenons deux exemples très simples et concrets parmi d'autres, qui sont des cas réels et actuels.

1. Une boisson énergétique fait l'objet d'une réclamation en raison du fait que l'étiquette pourrait tromper le consommateur. Dans le canton de Lucerne, elle est autorisée, alors que dans le canton de Zurich, une enquête est ouverte après que le produit a été mis sur le marché.

2. Un produit alimentaire contenant des extraits de plantes et des vitamines est lancé sur le marché. Selon la pratique habituelle de l'Office fédéral de la santé publique, ce produit ne doit pas faire l'objet d'une autorisation, dans la mesure où la substance de base, pour simplifier, est déjà autorisée. Le canton de Schaffhouse a une interprétation identique à celle de l'office fédéral, mais celui de Zurich en a une diamétralement opposée.

On pourrait citer toute une série de cas du même type. Mais, résumé brièvement, le fait est qu'il n'y a pas d'application unifiée de la législation fédérale, en l'occurrence de la loi fédérale sur les denrées alimentaires, ce qui amène à des contradictions intercantonales particulièrement difficiles à admettre à une époque où la mobilité fait qu'une grande partie de la population traverse chaque jour, et sans s'en apercevoir, des frontières cantonales.

Il s'agit donc de contribuer à mettre en place plus complètement le principe du "Cassis de Dijon" à l'intérieur de la Suisse elle-même. Ma proposition d'adjonction à la loi cherche à éviter - pas seulement dans le secteur des denrées alimentaires ou dans celui de la législation agricole, mais de manière générale - que l'offre de marchandises soit artificiellement restreinte en raison de contradictions ou de marges d'interprétation très différentes d'un canton à l'autre quant à l'exécution.

Monsieur le conseiller fédéral, vous allez dire et répéter, avec raison, que le principe de mise en circulation sur le territoire suisse existait déjà dans la loi actuelle, avant même cette révision; mais les parlementaires comme les faits sont têtus, et les faits, c'est que la loi actuelle est visiblement insuffisante. Il faut donc la renforcer de manière explicite avec le principe d'équivalence d'exécution des lois fédérales par les cantons.

[…]

J'ajoute que ce principe correspond également au contenu de l'article 95 alinéa 2 de la Constitution, selon lequel la Confédération "veille à créer un espace économique suisse unique".»[34]

51. La disposizione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI è stata discussa in Parlamento soprattutto nel quadro della prassi amministrativa di autorizzazione nel campo dei generi alimentari. Essa non può però rimanere limitata ad una specifica area di mercato, bensì deve essere applicata in modo generale, ossia anche nel campo dei servizi.

52. In concreto, l'articolo 2 capoverso 6 LMI trova applicazione ad esempio nell'ambito dell'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti speciali, la quale è regolata a livello federale dall'ordinanza del 22 giugno 2005 sul traffico di rifiuti (OTRif; RS 814.610). Le autorità cantonali rilasciano l'autorizzazione per lo smaltimento dei rifiuti speciali se dalla domanda risulta che l'impresa di smaltimento è in grado di smaltire i rifiuti in modo rispettoso dell'ambiente (art. 10 cpv. 1 OTRif). L'articolo 8 OTRif stabilisce che le imprese di smaltimento necessitano di un'autorizzazione dell'autorità cantonale per ogni unità locale. Secondo il Tribunale cantonale di Basilea Campagna un'autorizzazione di un sistema di trattamento mobile rilasciata nel Canton Argovia si basa esclusivamente sul diritto federale e quindi vale in tutta la Svizzera secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI. Se la raccolta dei rifiuti speciali avviene in un altro Cantone, non deve essere richiesta un'ulteriore autorizzazione per lo smaltimento.[35]

[33] FF 2005 409 (n. 12), in particolare pag. 417
[34] BU 2005 pag. 883.
[35] Sentenza del Tribunale cantonale di Basilea Campagna, KGer BL, 810 12 244/198 del 31 ottobre 2012, in: URP 2013, 164; BR 2013, 278.

3.1.2 Requisiti per la procedura di accesso al mercato

53. In questo contesto si pone la questione se il non riconoscimento di una decisione cantonale ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI può essere comunque giustificato secondo l'articolo 3 LMI.

54. Secondo la giurisprudenza costante e la dottrina unanime, le restrizioni del principio del luogo d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI) nel settore **non armonizzato** possono essere giustificate se le condizioni dell'articolo 3 LMI sono soddisfatte. Come già menzionato sopra (n. marg. 49), la presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI implica che le autorità cantonali non possono riesaminare le condizioni di ammissione personali e professionali del luogo d'origine. Un riesame è permesso, secondo il Tribunale federale, solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.[36]

55. Dai verbali della consultazione parlamentare sulla revisione della LMI del 2005 risulta che l'idea dell'odierno articolo 2 capoverso 6 LMI è nata sulla base della presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI. Su richiesta dell'ex consigliere federale Burkhalter, il Consiglio federale ha esteso la presunzione di equivalenza dell'articolo 2 capoverso 5 LMI all'esecuzione cantonale del diritto federale e ha proposto la seguente formulazione:

> *«L'application des principes indiqués ci-dessus présuppose l'équivalence des réglementations cantonales ou communales sur l'accès au marché,* ***ainsi que l'équivalence de l'exécution de lois fédérales par les cantons****»*[37]

56. Il Consiglio degli Stati ha approvato la proposta del Consiglio nazionale e ha formulato nuovamente quella che oggi è la versione dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Il consigliere agli Stati Eugen David ha dichiarato al riguardo:

> *«Wir nehmen hier die Idee auf, die schon im Nationalrat eine Mehrheit gefunden hat. Wir haben sie nur anders formuliert, und zwar in dem Sinne, dass wir am Bewilligungs- oder Genehmigungs- oder Feststellungsentscheid der ersten kantonalen Behörde anknüpfen und festhalten, dass dieser für die ganze Schweiz gilt»*[38]

57. In seguito, il Consiglio nazionale ha approvato la formulazione del Consiglio degli Stati.[39]

58. Una decisione cantonale sulla conformità con il diritto federale di una merce, un servizio o di una prestazione di lavoro deve dunque essere valida in tutto il territorio della Confederazione. In generale, non esiste quindi la possibilità per i Cantoni di mettere in discussione l'applicazione del diritto federale da parte di un altro Cantone e di limitare così l'accesso al mercato. Proprio questo deve essere evitato grazie all'articolo 2 capoverso 6 LMI. Lo stesso vale in relazione ai prodotti e ai servizi che possono essere introdotti sul mercato senza controlli regolamentari a priori, ma che sono sottoposti a una vigilanza del mercato a posteriori. In tal senso, se un'autorità cantonale constata attraverso un controllo a campione che un prodotto non è conforme alle prescrizioni federali, allora questa decisione cantonale negativa secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in tutta la Svizzera. Il consigliere agli Stati Eugen David ha dichiarato al riguardo:

> *«Wenn ein Kantonschemiker feststellt, dass ein Produkt [sic. ohne vorgängige behördliche Kontrolle] auf den Markt gebracht wird, das dem Lebensmittelrecht widerspricht, ist es seine Pflicht und sein Recht und seine Verantwortung, dieses Produkt nach dem Lebensmittelrecht zu verbieten. Dann gilt aber dieser Entscheid für die ganze Schweiz [...] Der Betroffene, der mit diesem Entscheid konfrontiert ist, muss sich an die Rekursbehörde wenden [...] Dann entscheidet – wiederum für die ganze Schweiz – die Rekurskommission, ob das jetzt so oder anders ist. Das ist der Grundgedanke dieser Regelung; sie gilt also auch für die Verweigerungsentscheide».*[40]

59. Pertanto, in linea di massima una decisione cantonale secondo l'articolo 2 capoverso 6 LMI vale in maniera vincolante per tutti i Cantoni. Per analogia alla prassi relativa all'articolo 2 capoverso 5 LMI un riesame della conformità con il diritto federale sarebbe possibile soltanto qualora l'offerente, a causa di eventi avvenuti dopo il rilascio dell'autorizzazione, non soddisfi più i requisiti federali necessari o se l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione ha applicato il diritto federale in maniera evidentemente scorretta. Poiché la normativa federale prevede un livello uniforme di protezione, non vi è spazio per restrizioni all'accesso al mercato ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 LMI.

3.2 Professioni sanitarie universitarie

60. La legge federale del 23 giugno 2006 sulle professioni mediche (legge sulle professioni mediche, LPMed; RS 811.11) e la legge federale del 18 marzo 2011 sulle professioni psicologiche (LPPsi; RS 935.81) regolano a livello federale le condizioni per l'ottenimento dell'autorizzazione all'esercizio delle professioni che sottostanno a queste leggi. Bisogna differenziare tra la procedura cantonale di autorizzazione (cap. 3.2.1) e la procedura di notifica per la prestazione di servizi intercantonali per un periodo non superiore a 90 giorni all'anno (cap. 3.2.2). I principi di diritto del mercato interno si applicano solo in modo sussidiario.[41] In particolare, una persona che ha già ottenuto un'autorizzazione cantonale ha diritto nel Cantone di destinazione a una procedura semplice, rapida e gratuita (art. 3 cpv. 4 LMI).

---

[36] DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; cfr. pure sentenze del TF 2C_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

[37] BU 2005 pag. 883–887.

[38] BU 2005 pag. 762.

[39] BU 2005 pag. 1620.

[40] BU 2005 pag. 763 segg.

[41] Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la legge federale sulle professioni mediche universitarie, FF 2005 145, in particolare pag. 198; Messaggio del 30 settembre 2009 concernente la legge federale sulle professioni psicologiche, FF 2009 6005, in particolare pag. 6046; DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1082–1092.

3.2.1 Autorizzazione all'esercizio di una professione

61. Nell'ambito delle professioni mediche universitarie le condizioni di autorizzazione per il libero esercizio della professione sono regolate a livello federale all'articolo 36 LPMed.

Il richiedente deve in particolare essere degno di fiducia e offrire la garanzia, dal punto di vista psicofisico, di un esercizio ineccepibile della professione (art. 36 cpv. 1 lett. b LPMed). L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio è esercitata la professione (art. 34 LPMed).

62. La LPPsi segue la stessa struttura della LPMed. Le condizioni personali e professionali sono disciplinate dall'articolo 24 LPPsi. L'autorizzazione viene rilasciata dalle autorità cantonali ed è valida nel Cantone sul cui territorio si intende esercitare la professione (art. 22 cpv. 1 LPPsi). Contrariamente alla LPMed, la LPPsi prevede all'articolo 24 capoverso 2 il principio in base al quale chi dispone dell'autorizzazione di esercitare la professione secondo la LPPsi adempie in linea di massima le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione negli altri Cantoni. Questa disposizione specifica il principio di diritto del mercato interno dell'articolo 2 capoverso 6 LMI, secondo cui una decisione cantonale, che stabilisce che una persona adempie le condizioni d'autorizzazione di diritto federale, vale in tutta la Svizzera.

63. La procedura di autorizzazione per le professioni disciplinate dalla LPMed e dalla LPPsi viene svolta dall'ufficio del medico cantonale (KAZA), dall'ufficio del farmacista cantonale (KAPA) e dal servizio veterinario. Tutti e tre gli uffici richiedono alle persone in possesso di un'autorizzazione extracantonale una copia dell'autorizzazione valida nell'altro Cantone, un nulla osta e una copia del titolo formativo (diploma). Il KAZA e il servizio veterinario richiedono inoltre un estratto del casellario giudiziale e la prova della stipula di un'assicurazione di responsabilità civile professionale.

64. Il KAZA esamina le condizioni di autorizzazione del diritto federale in base al nulla osta e ai dati contenuti nel registro centrale delle professioni mediche (MedReg). Anche il servizio veterinario verifica i dati del MedReg, mentre il KAPA non riesamina le condizioni di autorizzazione.

65. Il federalismo esecutivo comporta il rischio che le condizioni che necessitano di un'interpretazione, come ad esempio la condizione di «essere degno di fiducia», vengano applicate con un rigore diverso nei vari Cantoni. Questo margine d'interpretazione non deve però condurre alla creazione di nuove restrizioni alla libera circolazione, tanto più che la libera circolazione nel settore non armonizzato a livello federale delle professioni sanitarie è garantita sulla base del principio del luogo d'origine secondo l'articolo 2 capoversi 1–5 LMI (n. marg. 7 segg.). Sarebbe contraddittorio e incompatibile con l'articolo 95 capoverso 2 Cost. se la libera circolazione nel settore non armonizzato funzionasse meglio che nel settore armonizzato. Per questo motivo l'articolo 2 capoverso 6 LMI prevede che la decisione di un'autorità cantonale, secondo la quale un richiedente adempie le condizioni poste dall'articolo 36 LPMed, vale in maniera vincolante anche negli altri Cantoni. Da questo punto di vista risulta chiaro che, oltre alle decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità professionale, l'articolo 2 capoverso 6 LMI comprende anche le decisioni cantonali sulla conformità al diritto federale dell'idoneità personale.

66. Da ciò ne deriva che il divieto di riesame, sviluppato dal Tribunale federale sulla base della presunzione di equivalenza secondo l'articolo 2 capoverso 5 LMI, deve valere a maggior ragione anche per l'articolo 2 capoverso 6 LMI (n. marg. 49). Un riesame da parte delle autorità del Canton Berna è possibile solo quando esistono indizi concreti secondo i quali l'offerente esterno già al momento del rilascio dell'autorizzazione non adempiva i requisiti necessari o se nel frattempo non li adempie più.[42] Ad esempio, a causa di una malattia grave del richiedente, la condizione di un esercizio ineccepibile della professione potrebbe non essere più adempiuta. Se le condizioni imposte dal diritto federale non sono (più) soddisfatte, allora il rilascio dell'autorizzazione nel Canton Berna deve essere negato e allo stesso tempo la prima autorizzazione deve essere revocata (art. 38 LPMed; art. 26 LPPsi). A questo scopo, le autorità cantonali competenti si garantiscono reciproca assistenza amministrativa e comunicano tra di loro sui procedimenti disciplinari (art. 42 e 44 LPMed; art. 29 e 31 LPPsi).

67. Considerato che la decisione sulla conformità al diritto federale di un'autorità cantonale è vincolante per tutti gli altri Cantoni e che il riesame delle condizioni previste dal diritto federale in linea di massima non è consentito, si pone la questione se il Canton Berna possa richiedere o meno documenti quali il nulla osta (per la problematica del nulla osta si vedano i n. marg. 21–24) o l'estratto del casellario giudiziale. Inoltre, gli articoli 42 e 44 LPMed e gli articoli 29 e 31 LPPsi prevedono l'assistenza amministrativa e lo scambio di informazioni sulla validità dell'autorizzazione e su eventuali violazioni dell'obbligo professionale. Pertanto, le autorità cantonali che hanno accesso al MedReg dispongono delle seguenti informazioni:

- persone che esercitano una professione medica con un diploma federale o estero riconosciuto;
- specializzazioni e formazioni continue;
- autorizzazioni all'esercizio della professione (solo in caso di attività indipendente);
- indirizzi degli studi medici;
- operatori sanitari stranieri che possono esercitare liberamente la professione in Svizzera per un massimo di 90 giorni per anno civile;
- *Global Location Number (GLN)*: numero di identificazione per le persone che esercitano una professione medica registrate.

[42] DTF 135 II 12, 19 consid. 2.4; sentenze del TF 2C_57/2010 del 4.12.2010 consid. 4.1 e 2C_68/2009 del 14.7.2009 consid. 6.3.

68. Alla luce di tutto ciò appare chiaro che la compilazione del modulo di domanda e l'inoltro di una copia della prima autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine sono sostanzialmente sufficienti per l'autorizzazione ai sensi dell'articolo 2 capoverso 6 LMI. Inoltre, le informazioni accessibili tramite l'assistenza amministrativa e il MedReg bastano per verificare la correttezza dei dati del richiedente. Qualora vi sia un procedimento disciplinare pendente in un altro Cantone, il Canton Berna può rinviare il rilascio dell'autorizzazione fino alla conclusione del procedimento applicando per analogia l'articolo 43 capoverso 4 LPMed e l'articolo 30 capoverso 4 LPPsi. Se in base alle indicazioni fornite nel modulo di domanda emergono indizi secondo i quali una delle condizioni necessarie per l'autorizzazione potrebbe non essere più adempiuta, il Canton Berna può esigere dal richiedente ulteriori informazioni e documenti.

69. Non appena verrà introdotto il registro delle professioni psicologiche (PsyReg), gli stessi principi si applicheranno anche alle persone che dispongono di un'autorizzazione ai sensi della LPPsi rilasciata in un altro Cantone.

70. Inoltre, il Canton Berna potrebbe vincolare l'autorizzazione a restrizioni di natura tecnica, temporale o geografica al fine di garantire un'assistenza di qualità elevata (art. 37 LPMed; art. 25 LPPsi). Qualora il richiedente possieda già un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata da un altro Cantone, tali oneri sono subordinati ai principi di accesso al mercato della LMI. Se a un richiedente esterno viene rilasciata un'autorizzazione nel Canton Berna soggetta a oneri o restrizioni, ciò deve essere motivato sulla base di un interesse pubblico preponderante ai sensi dell'articolo 3 capoverso 1 lettera b LMI. Secondo l'articolo 37 LPMed e l'articolo 25 LPPsi l'unico motivo in tal senso è la garanzia di un'assistenza sanitaria di elevata qualità. Inoltre, una restrizione cantonale o un onere deve applicarsi nella stessa misura agli offerenti locali (art. 3 cpv. 1 lett. a LMI) ed essere conforme al principio di proporzionalità (art. 3 cpv. 1 lett. c LMI).[43]

71. Infine, va detto che la procedura di autorizzazione per le persone in possesso di un'autorizzazione extracantonale ai sensi della LPMed o della LPPsi effettuata dal KAZA, dal KAPA e dal servizio veterinario non prevede emolumenti e rispetta quindi il principio della gratuità sancito dall'articolo 3 capoverso 4 LMI.

3.2.2 Annuncio relativo ai 90 giorni

72. Sia la LPMed che la LPPsi prevedono che i titolari di un'autorizzazione cantonale possono esercitare liberamente la propria professione medica nel Canton Berna durante un periodo non superiore a 90 giorni all'anno, senza essere tenuti a chiedere un'autorizzazione. Per questi casi esiste solamente l'obbligo annuale di annunciarsi (art. 35 cpv. 2 LPMed, art. 23 cpv.1 LPPsi). Così facendo si evita una discriminazione nei confronti delle persone provenienti dagli Stati membri dell'UE e dell'AELS che, sulla base degli accordi di libero scambio e degli accordi AELS, hanno il diritto di esercitare la loro professione per 90 giorni all'anno in Svizzera.

73. Con l'introduzione di questa disposizione per i rapporti intercantonali non si è tenuto conto del fatto che i titolari di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi hanno il diritto, basandosi sull'articolo 2 capoverso 6 e sull'articolo 3 capoverso 4 LMI, di ottenere un'autorizzazione non limitata nel tempo tramite una procedura semplice, rapida e gratuita. Questa procedura conforme alla LMI è meno dispendiosa di una procedura di notifica per 90 giorni di attività da ripetere ogni anno, motivo per cui quest'ultima cadrà in disuso.[44] Il KAZA, il KAPA e il servizio veterinario dovranno informare i richiedenti esterni che si annunciano nel Canton Berna per un'attività di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed o l'articolo 23 capoverso 1 LLPsi, che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato.

74. Inoltre, i principi di diritto del mercato interno relativi alla procedura di autorizzazione (n. marg. 61–71 possono essere applicati anche alla procedura di notifica. Di conseguenza, oltre a un modulo di annuncio e all'autorizzazione valida basata sulla LPMed o sulla LPPsi ottenuta in un altro Cantone, non potranno essere richiesti documenti supplementari.

La correttezza delle informazioni dovrà essere controllata attraverso la disposizione sull'assistenza amministrativa e il MedReg. La procedura di annuncio deve inoltre essere gratuita.

4 Raccomandazioni

75. In base alle considerazioni precedenti, la COMCO formula le seguenti raccomandazioni.

A. Raccomandazioni concernenti la prassi del Canton Berna in materia di autorizzazione dei richiedenti esterni alle attività lucrative regolate dal diritto cantonale (professioni sanitarie, settore alberghiero e della ristorazione, custodia di bambini).

A-1. L'accesso al mercato deve essere valutato innanzitutto in base all'autorizzazione rilasciata dall'autorità del Cantone d'origine e alle **prescrizioni vigenti nel luogo** d'origine (art. 2 cpv. 1–4 LMI). L'applicazione del diritto bernese presuppone che nel luogo d'origine non vi siano normative equivalenti (art. 2 cpv. 5 LMI) e che le prescrizioni del diritto bernese vengano disposte esplicitamente come oneri e motivate in base alle condizioni stabilite nell'articolo 3 LMI.

A-2. Il richiedente deve avere la possibilità di **autorizzare** le autorità del Canton Berna a effettuare accertamenti presso le autorità competenti del Cantone d'origine invece di presentare un nulla osta.

[43] Messaggio del 3 dicembre 2004 concernente la legge federale sulle professioni mediche universitarie, FF 2005 145, in particolare pag. 198; Messaggio del 30 settembre 2009 concernente la legge federale sulle professioni psicologiche, FF 2009 6005, in particolare pag. 6046; DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1091.

[44] DIEBOLD, Freizügigkeit (n. 1), n. marg. 1362.

A-3. La domanda deve essere esaminata in base la principio del luogo d'origine anche quando il richiedente esercita legittimamente l'attività nel Cantone d'origine **senza autorizzazione o senza certificato di capacità**. Il modulo di domanda dovrebbe essere appositamente modificato. Il rifiuto di concedere l'autorizzazione per mancanza dell'idoneità professionale (p. es. nessun certificato di capacità o certificato non equivalente) deve essere motivato in base alle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicato alla COMCO.

A-4. I **requisiti personali necessari per il rilascio dell'autorizzazione** (in particolare l'estratto del casellario giudiziale) possono essere verificati solo se non sono già stati esaminati dall'autorità del Cantone d'origine. Il rifiuto di concedere l'autorizzazione per mancanza dell'idoneità personale (p. es. condanna passata in giudicato) deve essere motivato in base alle condizioni di cui all'articolo 3 capoversi 1 e 2 LMI e comunicato alla COMCO.

A-5. Per la procedura di autorizzazione dei richiedenti esterni non può essere riscosso **alcun** emolumento (art. 3 cpv. 4 LMI).

A-6. Le decisioni devono **basarsi** esplicitamente sull'articolo 2 capoverso 3 LMI (offerta di servizi) o sull'articolo 2 capoverso 4 LMI (libertà di stabilimento).

B. Raccomandazioni concernenti la prassi del Canton Berna in materia di autorizzazione dei richiedenti in possesso di un'autorizzazione ai sensi della LPMed o della LPPsi rilasciata dall'autorità competente di un altro Cantone.

B-1. L'accesso al mercato deve essere valutato innanzitutto in base all'autorizzazione rilasciata dal Cantone d'origine ai sensi della LPMed o della LPPsi.

B-2. La correttezza dei dati contenuti nel modulo di domanda deve essere verificata in base alle informazioni del MedReg e dello PsyReg, nonché tramite l'assistenza amministrativa presso le autorità del Cantone d'origine; non deve essere richiesto un nulla osta.

B-3. Non devono essere richiesti estratti del casellario giudiziale e prove di altre garanzie in quanto tali documenti sono già stati forniti alle autorità del Cantone d'origine.

B-4. I richiedenti esterni che si annunciano per un'attività di 90 giorni secondo l'articolo 35 capoverso 2 LPMed e l'articolo 25 capoverso 1 LPPsi devono essere informati che possono richiedere direttamente un'autorizzazione all'esercizio della professione a tempo indeterminato,

B 3

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3	**1. Urteil vom 16. September 2016 Nikon AG gegen Wettbewerbskommission**

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. September 2016 Nikon AG in Zürich, vertreten durch […], Beschwerdeführerin, gegen Wettbewerbskommission WEKO in Bern, Vorinstanz. Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 28. November 2011 betreffend Vertikalabreden / Verhinderung von Parallelimporten

Sachverhalt:

A.

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Egg im Kanton Zürich, welche gemäss Handelsregister den Handel mit optischen Produkten der Nikon Corporation, Tokyo, bezweckt. Der Nikon-Konzern ist weltweit im Bereich Herstellung und Verkauf optischer Produkte tätig. Der europäische Vertrieb von Fotoapparaten, Kameraobjektiven und Blitzlichtgeräten erfolgt durch verschiedene, der Nikon Europe B.V., Amsterdam, unterstellte regionale Vertriebsgesellschaften sowie über Generalimporteure, der Vertrieb in den USA durch die dort ansässige Nikon Inc. Die Beschwerdeführerin selbst beliefert mehrere Grosshändler sowie diverse Einzelhändler in der Schweiz.

B.

B.a Am 24. März 2010 teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission der Beschwerdeführerin die Eröffnung einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 Kartellgesetz (KG, SR 251) gegen die Beschwerdeführerin sowie weitere Unternehmen wegen Verdachts auf Verstösse gegen Art. 5 KG mit (Verfahren Nr. 22-0396; Untersuchungsakten, act. 8 [= U-act. 8; Nummerierung gemäss Aktenverzeichnis vom 16. Februar 2012]). Begründet wurde die Verfahrenseröffnung mit einer Anzeige der mit fototechnischen Geräten handelnden W. AG, bzw. Hinweisen auf eine mögliche Behinderung von Parallelimporten. Gleichentags wurde in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin eine Hausdurchsuchung durchgeführt (Durchsuchungsbefehl vom 22. März 2010: U-act. 7). Die amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung erfolgte am 13. April 2010 (BBl 2010 2421; Art. 28 KG).

B.b Anlässlich der Anhörung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz am 5. September 2011 wurden im Rahmen von Art. 40 KG mehrere Personen befragt, darunter der vormalige Vertriebsverantwortliche der Beschwerdeführerin, B., sowie der vormalige Präsident und Delegierte des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, G.; weitere Einvernahmen fanden am 19. September 2011 statt (U-act. 355 ff.).

B.c Am 28. November 2011 erliess die Vorinstanz im Verfahren Nr. 22-0396 gegen die Beschwerdeführerin folgende Verfügung:

„1. Es wird festgestellt, dass folgende Vertriebsverträge von Nikon AG resp. der Nikon Gruppe zum Ausschluss von passiven Verkäufen durch ausländische Vertriebspartner (mit Ausnahme jener im Fürstentum Liechtenstein) in die Schweiz führen resp. führten und somit unzulässige Gebietsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG darstellen resp. darstellten:

1.1. Händlerverträge 'Distributor' zwischen Nikon AG und den Grossisten [...];

1.2. Vereinbarungen für den selektiven Vertrieb der digitalen Spiegelreflexkameras 'D3S' sowie 'D3X' in der Schweiz zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;

1.3. Händlerverträge 'Nikon Professional Dealer' zwischen Nikon AG und diversen Einzelhändlern in der Schweiz;

1.4. Vertriebsverträge 'Grosshandel' und 'Einzelhandel' zwischen den Nikon Ländergesellschaften in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn und diversen Gross- und Einzelhändlern in diesen Ländern;

1.5. 'Retail Dealer Sales Agreements' sowie 'Internet Dealer Sales Agreements' zwischen Nikon Inc. (USA) und diversen Händlern in den USA;

1.6. 'Distributor's Agreements' zwischen Nikon UK limited (Grossbritannien) und diversen Händlern in Grossbritannien;

1.7. 'Distributorship Agreement' zwischen Nikon Europe B.V. (Niederlande) und [...] (Griechenland);

1.8. 'Resale Agreements' zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O (Polen) und diversen Händlern in Polen.

2. Nikon wird gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für die unzulässigen Gebietsabreden nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 12'537'907 belastet.

3. Die Untersuchung gegen [X. AG] wird ohne Kostenfolge eingestellt.

4. Die Verfahrenskosten belaufen sich insgesamt auf CHF 447'446.10. Sie werden vollumfänglich Nikon auferlegt.

5. [Eröffnung]“

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die in Nikon-Vertriebsverträgen statuierten Import- und Exportverbote seien geeignet, den schweizerischen Markt für Fotoapparate, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte vom Ausland abzuschotten, um höhere Preise im Inland zu erzie-

len; die Umsetzung der Vertragsklauseln sei durch die firmeninterne E-Mail-Korrespondenz dokumentiert (angefochtene Verfügung, Rz. 98 ff., 254 ff.). Die Gewährung absoluten Gebietsschutzes falle unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Zwar sei vorliegend nicht von einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auszugehen (Rz. 352 ff.); doch sei eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG gegeben (Rz. 487 ff.). Eine Rechtfertigung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz sei nicht ersichtlich (Rz. 520 ff.). Damit sei der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt (Rz. 530 ff.). Für die im Zeitraum vom Frühjahr 2008 bis zum Herbst 2009 erfolgten Wettbewerbsbeschränkungen erscheine daher eine Sanktion im Umfang von 5 % des Umsatzes der Beschwerdeführerin in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten angemessen (Rz. 546 ff.).

C.

C.a Gegen die Sanktionsverfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. Januar 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit den folgenden Rechtsbegehren:

„1. Dispositiv Ziffern 1, 2 und 4 der Verfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 seien vollumfänglich aufzuheben.

2. Die Untersuchung 22-0396 gegen Nikon AG sei ohne Folgen für Nikon AG einzustellen.

3. Eventualiter zum Rechtsbegehren 2 sei die Sache mit der Anweisung an die Vorinstanz zurückzuweisen, die Untersuchung 22-0396 gegen Nikon AG ohne Folgen für Nikon AG einzustellen.

   Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.

Verfahrensanträge:

1. Das Beschwerdeverfahren sei bis zum rechtskräftigen Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe SA (Urteil B-2977/2007 des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010) zu sistieren.

2. Es seien die Akten der Vorinstanz für das Beschwerdeverfahren beizuziehen.

3. Es sei der Beschwerdeführerin Einsicht in ungeschwärzte Versionen der geschwärzten Aktenteile der Akten der Vorinstanz zu gewähren. Eventualiter, soweit die geschwärzten Aktenteile der Beschwerdeführerin nicht offengelegt werden, seien die geschwärzten Aktenteile aus den Akten zu entfernen.

4. Es sei der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, um in dieser Beschwerdeschrift und ihren Beilagen diejenigen Angaben zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation nicht offen zu legen sind.

5. Soweit das Gericht andere Aktenstücke als die Beschwerdeschrift und ihre Beilagen gegenüber Dritten und/oder im Fall einer Entscheidpublikation offen legen will, sei der Beschwerdeführerin vorgängig Gelegenheit zu geben, diejenigen Aktenstücke zu bezeichnen, welche als Geschäftsgeheimisse zu behandeln und gegenüber Dritten und im Fall einer Entscheidpublikation offen zu legen sind.

6. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel gemäss Art. 37 VGG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 VwVG anzuordnen.

7. Es seien durch das Gericht Beweisaussagen der Herren [G.] und [B.] gemäss Art. 42 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 64 BZP einzuholen.

8. Falls das Gericht eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG auf Grundlage der vorinstanzlichen Akten wider Erwarten für erstellt erachten sollte, sei ein ökonomisches Gutachten von einem unabhängigen Sachverständigen zu den sich in diesem Zusammenhang stellenden ökonomischen Fragen einzuholen.

9. Es sei nach Abschluss des Schriftenwechsels eine öffentliche Parteiverhandlung gemäss Art. 40 VGG anzuordnen."

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung verfassungsmässiger und prozessualer Rechte durch die Vorinstanz (Beschwerde, Rz. 59 ff., 104 ff., 169 ff., 187 ff.). Das schweizerische Kartellgesetz sei auf die strittigen ausländischen Verträge nicht anwendbar (Rz. 216 ff.). Im Übrigen sei der geographisch strukturierte Vertrieb des Nikon-Konzerns Ausfluss bestehender Patentrechte an Nikon-Produkten (Rz. 83 ff., 268 ff., 279 ff.). Auch könnten ausländische Vereinbarungen nicht der schweizerischen Konzernniederlassung zum Vorwurf gemacht werden (Rz. 119 ff.). Die strittigen Vertragsklauseln stellten weder absolute Gebietsschutzabreden dar (Rz. 296 ff.) noch seien sie geeignet, eine Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs zu bewirken (Rz. 447 ff., 774 ff.). Von den Vertragsparteien seien die Klauseln auch nicht gelebt worden (Rz. 611 ff.). Eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung sei nicht nachgewiesen, vielmehr habe das Preisniveau im Inland jenem im europäischen Ausland entsprochen; zudem habe auf Herstellerebene wirksamer Wettbewerb geherrscht (Rz. 774 ff., 811 ff.). Schliesslich erscheine auch die Sanktionshöhe als unangemessen (Rz. 900 ff.).

C.b Mit Zwischenverfügung vom 21. Februar 2012 wurde das vorliegende Beschwerdeverfahren in Gutheissung von Verfahrensantrag Ziff. 1 der Beschwerdeführerin bis zum Entscheid des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe angesichts der grundsätzlichen Natur der sich dabei stellenden Rechtsfragen sistiert.

D.

Mit Verfügung vom 4. Juni 2012 ordnete die Vorinstanz die Veröffentlichung der Sanktionsverfügung vom 28. November 2011 an, vorbehältlich der als Geschäftsgeheimnisse qualifizierten Erwägungen. Gegen diese Publikationsverfügung erhob die Beschwerdeführerin am

5. Juli 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil B-3588/2012 vom 15. Oktober 2014 wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen und die Vorinstanz angewiesen, auf die Publikation einzelner Textstellen der Sanktionsverfügung zu verzichten. Mit Urteil vom 26. Mai 2016 hat das Bundesgericht die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde abgewiesen (2C_1065/2014).

E.

E.a Nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Juni 2012 (eröffnet am 29. Januar 2013) die Beschwerde in Sachen Publigroupe gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. April 2010 (B-2977/2007) abgewiesen hatte (BGE 139 I 72), wurde die Sistierung des vorliegenden Verfahrens mit instruk-tionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 1. Februar 2013 aufgehoben.

E.b Mit Vernehmlassung vom 22. April 2013 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. In der Sache wurde im Wesentlichen an den Erwägungen im angefochtenen Entscheid festgehalten.

E.c Mit Eingabe vom 24. Juni 2013 bezeichnete die Beschwerdeführerin mehrere geschwärzte Stellen in den vorinstanzlichen Akten, welche offenzulegen seien; eventualiter sei deren Inhalt zu umschreiben. In der Folge wurde das Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerin mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 teilweise gutgeheissen.

E.d Mit Replik vom 4. Oktober 2013 erneuerte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerdeanträge. In der Sache wurde im Wesentlichen an den bisherigen Ausführungen festgehalten. Zudem wurden die schriftlichen Erklärungen zweier Mitarbeiter von Schwestergesellschaften der Beschwerdeführerin (Beilage 2: K., General Manager, Nikon GmbH, Düsseldorf; Beilage 3: P., General Manager, Nikon Polska Sp. Z o.o., Warschau) sowie mehrere Rechtsgutachten eingereicht (Beilage 1: Martin Nettesheim/Stefan Thomas, Extraterritoriale Anwendung des Wettbewerbsrechts: völkerrechtlicher Rahmen und EU-rechtliche Praxis; Beilage 4: Stefan Thomas, Kartellrechtliche Beurteilung einer geographischen Bezugsbeschränkung; Beilage 5: Felix Uhlmann, Verfügung der Wettbewerbskommission i.S. Untersuchung 22-0396).

E.e Zu den Erklärungen der Nikon-Länderverantwortlichen K. und P. nahm die Vorinstanz mit Schreiben vom 6. November 2013 Stellung. Mit Duplik vom 16. Dezember 2013 hielt die Vorinstanz im Wesentlichen an ihren bisherigen Vorbringen fest.

E.f Mit Zwischenverfügung vom 28. Januar 2014 wies der Instruktionsrichter den Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin betreffend formelle Erhebung von Beweisaussagen des vormaligen Verwaltungsratspräsidenten sowie des vormaligen Verkaufsleiters der Beschwerdeführerin wie auch den Verfahrensantrag betreffend Einholung eines ökonomischen Gutachtens gemäss Ziffern 7 und 8 der Beschwerdeschrift sowie Ziffern 1 und 2 der Replik einstweilen ab.

E.g Am 3. Juni 2014 wurde vor Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Anlässlich der Verhandlung stellte die Beschwerdeführerin folgende Verfahrensanträge:

„1. Es sei [B.] als Zeuge gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 162 StPO einzuvernehmen.

2. Es sei [G.] als Auskunftsperson gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 112 Abs. 1 und 178 Bst. g StPO zum mit Antrag des Sekretariats der Vorinstanz vom 27. April 2011 noch nicht vorgebrachten Sachverhalt einzuvernehmen.

3. Eventualiter zu den Verfahrensanträgen 1 und 2 seien Beweisaussagen der Herren [G.] und [B.] gemäss Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 64 BZP einzuholen.

4. Das vorliegende Beschwerdeverfahren sei bis zu den rechtskräftigen Entscheiden des Bundesgerichts in Sachen Elmex und Gebro zu sistieren.“

Mit verfahrensleitendem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts gleichen Datums wurden die Verfahrensanträge 1, 2, 3 und 4 abgewiesen.

F.

Auf weitere Vorbringen der Parteien im vorliegenden Verfahren wird im Rahmen nachstehender Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Sank-tionsverfügung der Vorinstanz vom 28. November 2011 und damit gegen ein Beschwerdeobjekt im Sinne von Art. 31 VGG in Verbindung mit Art. 5 VwVG. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 33 Bst. f VGG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG zur Behandlung der vorliegenden Streitsache zuständig, zumal keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Die Beschwerdefrist von 30 Tagen wurde bei Zustellung der angefochtenen Verfügung am 15. Dezember 2011 (vgl. U-act. 397) mit Postaufgabe der vorliegenden Beschwerde am 30. Januar 2012 gewahrt (Art. 50 i.V.m. Art. 20 ff. VwVG). Der Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 50'000.00 wurde rechtzeitig geleistet. Auf die Beschwerde ist damit grundsätzlich einzutreten.

2. Verfahrensanträge

2.1 Einvernahmen

Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 hatte die Beschwerdeführerin beantragt, die formellen Beweisaussagen von G., vormals Präsident und Delegierter des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, sowie von B., vormals Verkaufsleiter der Beschwerdeführerin (Verfahrensantrag Ziff. 7), einzuholen. Die Vorinstanz hatte die beiden Unternehmensvertreter am 5. und 19. September 2011 im Rahmen von Art. 40 KG unter anderem zur beschlagnahmten elektronischen Firmenkorrespondenz befragt (U-act. 388, 389). Auf die von der Beschwerdeführerin in der Folge beantragte förmliche Befragung im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 KG in Verbindung mit Art. 64 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) verzichtete die Vorinstanz mit der Begründung,

eine erneute Befragung sei weder geboten noch verhältnismässig, zumal von einer Beweisaussage unter Strafandrohung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten seien (U-act. 389, S. 32; angefochtene Verfügung, Rz. 66). Vor Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin geltend gemacht, der Inhalt der erhobenen Aussagen sei weiterhin strittig und der Beweiswert höher, wenn die Aussagen unter Strafandrohung erfolgten (Beschwerde, Rz. 156 ff., 945 f.; Replik, Verfahrensantrag Ziff. 1; Rz. 384). Weitere Parteieingaben hierzu erfolgten am 6. November bzw. 5. Dezember 2013. Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 28. Januar 2014 wurde der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin nach vorläufiger Beurteilung abgewiesen. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2014 stellte die Beschwerdeführerin den modifizierten Verfahrensantrag, es seien G. als Zeuge und B. als Auskunftsperson einzuvernehmen, eventualiter seien deren förmliche Beweisaussagen einzuholen (Verhandlungsprotokoll, S. 3). Mit verfahrensleitendem Beschluss gleichen Datums wies das Bundesverwaltungsgericht den Verfahrensantrag ab mit der Begründung, von einer erneuten Befragung sei kein Erkenntnisgewinn zu erwarten, im Übrigen sei der modifizierte Antrag verspätet (Protokoll, S. 3). Ergänzend ist Folgendes festzuhalten:

2.1.1 Das Kartellsanktionsverfahren ist zunächst Verwaltungsverfahren (BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, Publikationsverfügung i.S. Nikon, E. 8.2). Zur Anwendung gelangen mithin die einschlägigen Vorschriften des Kartell- und Verwaltungsverfahrensgesetzes (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.1, m.w.H.; BVGer, B-6513/2015, 18. Februar 2016, Alluvia, E. 4.2.2, 4.3; B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 62, 79 ff.). Ergänzende Bestimmungen des Bundesrechts bleiben vorbehalten (Art. 4 VwVG). Im Übrigen sind für das Kartellsank-tionsverfahren die strafprozessualen Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu beachten (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2, m.w.H.), welche indes im Verwaltungssanktionsverfahren weder in voller Strenge zur Anwendung gelangen noch absolut gelten (s.u., E. 5.1). Teilweise wird in der Lehre ergänzend die analoge Anwendung einzelner Bestimmungen der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) gefordert (THOMI/WOHLMANN, Der Täter als Zeuge im Kartellverfahren, in: Jusletter vom 13. Juni 2016, Rz. 14 ff.; vgl. BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 651, m.w.H.).

Nach Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden sowie Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärung erforderlichen Auskünfte zu erteilen; das Recht zur Auskunftsverweigerung richtet sich nach Art. 16 f. VwVG. Art. 16 Abs. 1 VwVG verweist diesbezüglich auf Art. 42 BZP. Im Weiteren können die Wettbewerbsbehörden nach Art. 42 Abs. 1 KG Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten; Art. 64 BZP ist sinngemäss anwendbar. Nach Art. 64 Abs. 1 BZP kann der Richter eine Partei zur Beweisaussage über bestimmte Tatsachen unter Strafandrohung bei falscher Aussage verhalten, wenn er es nach dem Ergebnis des einfachen Parteiverhörs für geboten erachtet. Ist die Partei eine juristische Person, wird sie im Parteiverhör durch ein vom Richter bestimmtes Mitglied mit Organeigenschaft vertreten (Art. 63 Abs. 2 BZP). Als Organe gelten bei der Aktiengesellschaft Verwaltungsrat, Generalversammlung und Revisionsstelle sowie im Rahmen der Übertragung der Geschäftsführung die Geschäftsleitung (Art. 698 ff., 716b OR).

2.1.2 Die Beschwerdeführerin sieht in der Befragung unter Strafandrohung keinen Verstoss gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (während umgekehrt unter Berufung auf dieses Verbot die Verwertung belastender Angaben gerügt wird: s.u., E. 5.3.1), sondern begründet vielmehr den Antrag auf förmliche Befragung mit dem angeblich höheren Beweiswert der Aussagen. Sie übersieht allerdings, dass formellen Beweisaussagen ebenso wie Zeugenaussagen gegenüber Angaben von Auskunftspersonen trotz Strafandrohung bei falscher Aussage keine per se höhere Beweiskraft beizumessen ist; eine generelle Rangordnung der Beweise existiert nicht (vgl. zur analogen Rechtslage im Strafverfahren: HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2005, § 54 Rz. 5; § 63 Rz. 4; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 10 StPO N. 5; FRANZ RIKLIN, Kommentar zur StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO N. 3; WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO N. 28). Die prozessuale Rolle des Befragten ist in erster Linie ausschlaggebend für die Frage des Aussageverweigerungsrechts, das vorliegend nicht zur Debatte steht. In Bezug auf den Beweiswert der Aussagen gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (vgl. Art. 65 Abs. 1 BZP, Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 StPO). Abzustellen ist auf Inhalt und Kontext der Aussagen, insbesondere auf Widerspruchsfreiheit, Schlüssigkeit und Aussageverhalten, sowie auf die Übereinstimmung mit der objektiven Beweislage. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass G. und B. bereits anlässlich der Anhörung vor der Vorinstanz vom 5. und 19. September 2011 ausführlich befragt wurden (vgl. U-act. 388, 389). Deren Ausführungen betreffend einzelne E-Mails und Vertragsklauseln sind aus den Protokollen vom 5. und 19. September 2011 ersichtlich, wobei an dieser Stelle offen bleiben kann, inwieweit die Vorinstanz überhaupt darauf abgestellt hat. Dass die protokollierten Antworten in sich widersprüchlich oder unklar seien, wurde auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Von einer erneuten Befragung unter Strafandrohung waren daher keine neuen Erkenntnisse zu erwarten (wobei Art. 64 Abs. 1 BZP, wonach der Richter eine Partei zur Beweisaussage verhalten „kann“, wenn er es nach dem Ergebnis des einfachen Parteiverhörs für geboten erachtet, dem Richter ein Ermessen einräumt).

Im Übrigen ist aufgrund der Akten zweifelhaft, ob die vorinstanzlich als Unternehmensvertreter befragten G. und B. überhaupt noch für die Beschwerdeführerin tätig sind. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2014 hat die Beschwerdeführerin, offenbar aufgrund des Ausscheidens von B. aus dem Unternehmen, ihren ursprünglichen Verfahrensantrag modifiziert und im Hauptpunkt dessen Befragung als Zeuge beantragt (Verhandlungsprotokoll, S. 3, Verfahrensantrag Ziff. 2). Bezüglich Zeugenaussagen gilt indes das zum Beweis-

wert förmlicher Beweisaussagen von Parteivertretern Gesagte. Ebenfalls mit modifiziertem Verfahrensantrag vom 3. Juni 2014 hat die Beschwerdeführerin im Hauptpunkt die Befragung von G. als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 Bst. g StPO beantragt (Verhandlungsprotokoll, S. 3, Verfahrensantrag Ziff. 2). In der Lehre wird teilweise eine Einvernahme von Unternehmensmitarbeitern im Kartellsanktionsverfahren in analoger Anwendung von Art. 178 Bst. g StPO als Auskunftsperson postuliert; zur Begründung wird auf das Aussageverweigerungsrecht des für den Kartellrechtsverstoss möglicherweise Verantwortlichen verwiesen (THOMI/WOHLMANN, a.a.O., Rz. 14 ff.). Eine Aussageverweigerung ist vorliegend jedoch nicht geltend gemacht worden, zudem ist G. mittlerweile aus dem Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin ausgeschieden (SHAB [...]). Im Übrigen ist für eine (erneute) formlose Befragung auch kein Rechtsschutzinteresse erkennbar.

2.2 Sistierung

Ebenfalls abgewiesen wurde anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2014 der Antrag der Beschwerdeführerin auf Sistierung des Beschwerdeverfahrens bis zum Entscheid des Bundesgerichts über die hängigen Beschwerden gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Dezember 2013 in Sachen Elmex (B-506/2010, B-463/2010). Im Unterschied zum Verfahren in Sachen Publigroupe, in welchem unter anderem die Tragweite der strafprozessualen Verfahrensgarantien im Kartellsanktionsverfahren höchstrichterlich zu klären war (BGE 139 I 72, E. 2 ff.), was eine zwischenzeitliche Sistierung des vorliegenden Verfahrens angezeigt erscheinen liess (s.o., C.b), waren in den Elmex-Fällen vor Bundesgericht keine Rechtsfragen von vergleichbarer präjudizieller Wirkung in Bezug auf das vorliegende Verfahren zu beantworten. Eine erneute Sistierung war daher verfahrensökonomisch nicht angezeigt. Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht die Beschwerden in Sachen Elmex inzwischen abgewiesen (2C_180/2014; noch nicht publiziert).

2.3 Akteneinsicht

Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 hatte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Einsicht in vorinstanzlich nicht offengelegte Akten beantragt, eventualiter die Entfernung der betreffenden Aktenstücke aus den Verfahrensakten (Verfahrensantrag Ziff. 3). In Substantiierung ihres Antrags bezeichnete die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. Juni 2013 zahlreiche geschwärzte Stellen in den vorinstanzlichen Akten, welche offenzulegen seien; eventualiter sei deren Inhalt zu umschreiben. Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Einsichtsbegehren der Beschwerdeführerin im beantragten Umfang gut und ordnete die Offenlegung an. Anlässlich der mündlichen Verhandlung vor Bundesverwaltungsgericht vom 3. Juni 2014 erneuerte die Beschwerdeführerin ihren Verfahrensantrag, „soweit damit die Entfernung von geschwärzten Aktenteilen aus den Akten beantragt werde“ (Verhandlungsprotokoll vom 3. Juni 2014, S. 3), allerdings ohne Erläuterung, auf welche Aktenstellen sich der Antrag beziehe. Auch wurde nicht dargelegt, inwiefern und aus welchen Gründen der Antrag über das mit Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 gutgeheissene Begehren vom 24. Juni 2013 hinausgehe. Unklar blieb damit auch, ob Aktenstellen betroffen seien, auf welche in der angefochtenen Verfügung Bezug genommen werde, und inwiefern es diesbezüglich an einem überwiegenden Geheimhaltungsinteresse fehle. Der Verfahrensantrag ist mithin abzuweisen, soweit darauf (noch) einzutreten ist.

2.4 Geschäftsgeheimnisse

Die Beschwerdeführerin hatte ferner beantragt, es sei ihr Frist anzusetzen zur Bezeichnung von Geschäftsgeheimnissen (Beschwerde, Verfahrensanträge Ziff. 4 und 5). Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 25. April 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass es der Beschwerdeführerin frei stehe, Informationen bzw. Aktenstücke zu bezeichnen, welche ihrer Ansicht nach als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln seien; auf die Verfahrensanträge betreffend diesbezügliche Fristansetzung bzw. vorgängige Gehörseinräumung wurde indes nicht eingetreten. Die Beschwerdeführerin hat in der Folge keine Geschäftsgeheimnisse benannt (s.u., E. 11).

2.5 Ökonomisches Gutachten

Schliesslich hatte die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ein ökonomisches Gutachten einzuholen zur Frage der Marktauswirkungen (Beschwerde, Verfahrensantrag Ziff. 8). Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Feststellungen der Vorinstanz würden teilweise von den Ergebnissen des Gutachtens der BAK Basel Economics AG vom 25. Juli 2011 abweichen (Beschwerde, Rz. 947 f.). Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 28. Januar 2014 wurde der Verfahrensantrag abgewiesen. Ergänzend festzuhalten ist, dass die Vorinstanz eine vertiefte Marktanalyse gestützt unter anderem auf die elektronischen Geschäftsdaten (SAP) der Beschwerdeführerin, auf die Daten einer von der Beschwerdeführerin in Auftrag gegebenen Analyse des Marktforschungsinstituts GfK Switzerland AG sowie auf Daten von Erhebungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission vorgenommen hat (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff., 430 ff., 453 ff., 462 ff., 480 ff., 494 ff.; Anhänge, S. 149 ff.; U-act. 66). Die Beschwerdeführerin hat zudem vorinstanzlich ein Parteigutachten der BAK Basel Economics AG vom 25. Juli 2011 im Umfang von über 120 Seiten eingereicht (U-act. 333, Beilage 1) sowie im Beschwerdeverfahren - nebst drei Rechtsgutachten - ein ökonomisches Ergänzungsgutachten der BAK Basel Economics AG vom Januar 2012 (Replikbeilage 24). Weitere Beweiserhebungen erschienen vor diesem Hintergrund sowie angesichts der Rechts- und Beweislage (s.u., E. 7.5.6 ff.) nicht angezeigt.

3. Sachverhalt und Verfahrensgegenstand

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, verschiedene Klauseln in den Vertriebsverträgen der Beschwerdeführerin sowie mehrerer ausländischer Konzern-Gesellschaften bezweckten eine vertikale Marktaufteilung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Dabei handelt es sich um folgende Verträge bzw. Klauseln (angefochtene Verfügung, Dispositivziffer 1; Rz. 98 ff.):

- Vertriebsverträge zwischen der Beschwerdeführerin und sechs inländischen Grosshändlern (Ende 2004 bis Ende August 2009) mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 14 ff.):

  § 6 Ziff. 1:
  „Der Distributor und dessen Tochter- und Schwestergesellschaften dürfen die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder einem anderen von Nikon autorisierten Distributor im Vertragsgebiet beziehen."

  Vertriebsverträge für die Kameramodelle "D3S" sowie „D3X" zwischen der Beschwerdeführerin und diversen Einzelhändlern in der Schweiz (ab November 2008 bzw. November 2009) mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 32, 33):

  Ziff. 3:
  „Der Händler verpflichtet sich, die Nikon D3X/D3S nur bei Nikon oder bei einem von Nikon autorisierten Nikon D3X/D3S[-]Händler in der Schweiz oder dem Fürstentum Liechtenstein zu beziehen."

  Vertriebsverträge „Nikon Professional Dealer" zwischen der Beschwerdeführerin und sechs Einzelhändlern in der Schweiz (2007 bis Oktober 2010) mit folgender Bestimmung (U-act. 11, S. 68):

  § 4 Ziff. 1:
  „Der 'NPSD' [Nikon Professional Service Dealer] darf die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder einem anderen von Nikon autorisierten 'NPSD' im Vertragsgebiet beziehen."

- Selektivvertriebsverträge zwischen den Nikon-Niederlassungen in Deutschland (2004 bis 2009), Österreich (ab 2006), Slowenien (ab 2007) und Ungarn sowie diversen Gross- und Einzelhändlern in den jeweiligen Ländern (U-act. 66, Beilagen 34, 35, 38, 39, 45, 46) mit folgender Bestimmung (Wortlaut gemäss deutscher Vertragsfassung):

  Art. 4 Ziff. 1:
  „Im Übrigen verpflichtet sich der Grosshändler bzw. der Vertragshändler, die Nikon[-]Produkte ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen."

- „Retail Dealer Sales Agreements" und „Internet Dealer Sales Agreements" zwischen Nikon Inc., USA, und diversen amerikanischen Einzelhändlern (U-act. 353, 354), unter anderem mit folgender Bestimmung:

  Ziff. 13:
  „In no event shall customer [dealer] directly or indirectly, transmit, send, or export any product outside the territory [USA]. "

- Vertriebsvertrag zwischen Nikon UK limited, Grossbritannien, und verschiedenen britischen Einzel- und Grosshändlern mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 54, 55):

  Ziff. 1.1.:
  „The distributor shall sell throughout the United Kingdom the products mentioned in the attached schedule [...]."

- Vertriebsvertrag zwischen Nikon Europe B.V., Niederlande, und dem griechischen Generalimporteur mit folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilage 73):

  Ziff. 5 Abs. 2:
  „However, the [D]istrib[u]tor may sell the products direc[tl]y or indirectly within any country of the European Community (EC), and[,] after its entry into force[,] [of] the European Economic Area (EEA), but the Distributor shall refrain, outside the territory and in [the] relation to the Products, from seeking customers, from establishing any branch and from maintaining any distribution depot."

- Vertriebsverträge zwischen Nikon Polska Sp. Z O.O, Polen, und verschiedenen Gross- und Einzelhändlern in Polen mit jeweils folgender Bestimmung (U-act. 66, Beilagen 49, 50):

  Ziff. 2.3.:
  „The Purchaser shall therefore acquire the right to purchase Products from Nikon for the purpose of further resale on the Territory [Poland]".

Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die Unzulässigkeit der genannten Vertragsklauseln gemäss Art. 5 Abs. 1 KG festgestellt (Dispositivziffer 1) und gestützt darauf die Beschwerdeführerin gemäss Art. 49a KG mit einem Betrag von rund 12.5 Mio. Fr. belastet (Dispositivziffer 2). Dabei ging die Vorinstanz von einer ungleichen Interessenlage zwischen den verschiedenen Abredepartnern aus und stellte die Untersuchung gegen die mitbeteiligten Vertragshändler in der Folge ein (angefochtene Verfügung, Rz. 347 ff.: „Interessenasymmetrie"; Rz. 327, 330: „dem Druck von Nikon gebeugt"). Der Tatbestand von Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) wurde in die Untersuchung nicht einbezogen (zur Normkonkurrenz: FRANZ HOFFET, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 1997, Art. 5 N. 132 f.). Der Missbrauchstatbestand bildet damit nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (vgl. angefochtene Verfügung, Dispositivziffern 1 und 2; in analoger Weise verfuhr die Europäische Kommission in mehreren Wettbewerbsfällen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Automobilen: vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 348).

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, das schweizerische Kartellgesetz sei auf ausländische Vereinbarungen sowie den Vertrieb patentrechtlich geschützter Güter nicht anwendbar (Beschwerde, Rz. 216 ff.). Ferner rügt die Beschwerdeführerin verschiedene Verfahrensmängel sowie die Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Rz. 59 ff., 96 ff., 104 ff., 119 ff., 125 ff., 161 ff., 169 ff., 173 ff., 183 ff., 187 ff.). In der Sache macht sie geltend, weder eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bezweckt noch eine solche bewirkt zu haben (Rz. 296 ff., 447 ff., 611 ff., 774 ff., 811 ff.). Im Übrigen treffe die Beschwerdeführerin kein Verschulden (Rz. 104 ff., 119 ff., 894 ff.). Schliesslich sei die Sanktionshöhe unangemessen (Rz. 900 ff.).

1. Geltungsbereich

Zunächst ist zu prüfen, ob der vorliegende Sachverhalt vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst wird.

Nach Art. 2 Abs. 1 KG gilt das Kartellgesetz für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. Nach Art. 2 Abs. 2 KG ist das Gesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

4.1. Persönlicher Geltungsbereich

4.1.1 Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Gemäss Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1bis KG gelten als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die angefochtene Sanktionsverfügung ist an die Adresse der Beschwerdeführerin als schweizerische Konzernniederlassung gerichtet, das heisst weder an die involvierten ausländischen Schwestergesellschaften noch an die europäische Muttergesellschaft bzw. die Konzernzentrale in Japan.

4.1.2 Die Vorinstanz hielt in der angefochtenen Verfügung fest (Rz. 72): „Sämtliche Konzerngesellschaften der Nikon-Gruppe sowie die ihr angeschlossenen Vertriebsunternehmen sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren." Demnach wäre die Unternehmensqualität nicht dem Konzern als Ganzem, sondern den einzelnen Vertriebsgesellschaften zuzusprechen. Davon geht auch die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die rechtliche Eigenständigkeit und die behauptete Vertragsautonomie der einzelnen Konzernniederlassungen aus (Beschwerde, Rz. 24 ff., 115, 124, 889). Gestützt darauf macht sie geltend, die Verantwortung für die in den ausländischen Verträgen vorgesehenen Exportverbote könne nicht ihr, sondern allenfalls ihren Schwestergesellschaften bzw. der im Ausland domizilierten Muttergesellschaft angelastet werden; in der angefochtenen Verfügung werde die Beschwerdeführerin mithin zu Unrecht für fremdes Verhalten bestraft (Beschwerde, Rz. 119 ff.; Replik, Rz. 159 ff.).

Die Vorinstanz beruft sich demgegenüber im Beschwerdeverfahren auf eine Konzernbetrachtung; die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung seien in diesem Sinne zu verstehen (Vernehmlassung, Rz. 66). Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin an der Umsetzung der ausländischen Exportverbote aktiv mitgewirkt und auch von der Abschottung des Heimmarktes profitiert; es sei daher sachgerecht, ihr eine Mitverantwortung an der Gebietsaufteilung anzulasten (Vernehmlassung, Rz. 65 f.; Duplik, Rz. 91 ff.).

4.1.3 Begrifflich ist zu unterscheiden zwischen persönlichem Geltungsbereich, Verfügungsadressat und Sanktionssubjekt. Der persönliche Geltungsbereich ist gemäss Art. 2 Abs. 1 KG an den Unternehmensbegriff geknüpft. Vorliegend stellt sich die Frage des Unternehmensbegriffs im Kontext eines Konzernsachverhalts. Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftlicher Einheit zusammengefasst sind. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG gilt in Konzernsachverhalten der Konzern als Ganzes, nicht eine bestimmte Gruppengesellschaft (BGer, 2C_484/2010, 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 3 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 26 ff.; B-8399/2010, 23. September 2014, Baubeschläge, E. 2.4; B-2977/2007, 27. April 2010, Publigroupe, E. 4.1; JÜRG BORER, Kommentar zum KG, 3. Aufl. 2011, Art. 2 KG N. 11; JENS LEHNE, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 2 KG N. 27; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz. 256; LINDA KUBLI, Das kartellrechtliche Sanktionssubjekt im Konzern, 2014, S. 136 ff.). Demzufolge gelten Abreden innerhalb des Konzerns nicht als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. konzerninterne Umstrukturierungen nicht als Unternehmenszusammenschlüsse im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG, sofern es den Konzerngesellschaften trotz rechtlicher Selbständigkeit an wirtschaftlicher Unabhängigkeit fehlt; umgekehrt ist bei der Beurteilung von missbräuchlichen Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG die Marktmacht des gesamten Konzerns zu berücksichtigen (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 26 ff.; B-8399/2010, 23. September 2014, Baubeschläge, E. 2.4; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 27; BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 11; ZÄCH, a.a.O., Rz. 256; KUBLI, a.a.O., S. 136 ff.).

An der wirtschaftlichen Selbständigkeit fehlt es, wenn die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften rechtlich zu kontrollieren vermag; strittig ist, inwieweit diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt werden muss (vgl. dazu BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 26 ff.; B-2977/2007, 27. April 2010, Publigroupe, E. 4.1; BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 11; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 27; ZÄCH, a.a.O. Rz. 256; LANG/JENNY, Keine Wettbewerbsabrede im Konzern - Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, sic! 2009, S. 307 ff.; zur Revision von Art. 963 Abs. 2 OR: ANDREAS HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung - Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 49 ff., m.w.H.; zum europäischen Recht: MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 18, m.w.H.).

4.1.4 Weder im Kartell- noch im Verwaltungsverfahrensgesetz ist geregelt, an wen eine kartellrechtliche Verfügung zu richten ist. Parteien sind gemäss Art. 6 VwVG im erstinstanzlichen Verfahren diejenigen Personen, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung berührt werden. Die Fähigkeit, als Partei am Verwaltungsverfahren teilzunehmen und Adressat einer anfechtbaren Verfügung zu werden, setzt demzufolge grundsätzlich die Rechtsfähigkeit des betroffenen Unternehmens voraus. Die Parteifähigkeit privatrechtlicher Organisationseinheiten ist anhand der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit zu bestimmen (ISABELLE HÄNER, Kommentar VWVG, 2008, Art. 6 VwVG N. 48, Art. 48 VwVG N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 444, 934 f.). Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit wird die Parteifähigkeit von Gesetzes wegen auch den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften (Art. 562 , 602 OR) zugesprochen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 444; HÄNER, a.a.O., Art. 48 VwVG N. 5; MARANTEL-

LI/HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 6 VwVG N. 13). Sonstige, nicht rechtsfähige Rechtsgemeinschaften, wie insbesondere einfache Gesellschaften, scheiden als Partei eines Verwaltungsverfahrens und demzufolge als Verfügungsadressaten aus. Bei solchen nicht rechtsfähigen Rechtsgemeinschaften ist eine Verfügung an diejenigen natürlichen oder juristischen Personen zu richten, welche Mitglieder dieser Rechtsgemeinschaft sind (vgl. BGE 132 I 256, E. 1.1; BVGer, A-1513/2006, E. 3.4; HÄNER, a.a.O., Art. 48 VwVG N. 5; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 444, 935 f.). Entsprechend kommt dem Konzern mangels eigener Rechtspersönlichkeit im Kartellverfahren praxisgemäss keine Parteistellung zu (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 68 ff.; B-2977/2007, 27. April 2010, Publigroupe, E. 4.1 ff.). Generell wird in der schweizerischen Lehre die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (vgl. KUBLI, a.a.O., S. 181 ff., m.w.H.; zur Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Verfügungsadressaten: HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 59 ff.). Gleiches gilt im europäischen Recht (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 22 Rz. 27, m.w.H.).

Im Fall Publigroupe hat das Bundesgericht festgehalten, dass es grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn eine Kartellsanktion der verantwortlichen Muttergesellschaft auferlegt wird (2C_484/2010, 29. Juni 2012, E. 3.4 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). Diese Auffassung wird in der schweizerischen Lehre überwiegend geteilt (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 60 f.; CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 18, 35 ff.; TAGMANN/ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 49a KG N. 98; LAURENT MOREILLON, Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 50 KG N. 8; PATRIK DUCREY, in: Homburger et al. [Hrsg.], Kommentar zum KG, 2. Aufl. 1997, Art. 50 N. 8), teilweise aber auch abgelehnt (PETER REINERT, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Handkommentar zum KG, 2007, Art. 49a KG N. 13; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, in: Zäch [Hrsg.], Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, 2006, S. 157; BORIS KASTEN, Sippenhaftung vs. Konzernprivileg? Wettbewerbsrechtliche Entscheide bei Konzernsachverhalten, in: Hochreutener/Stoffel/Amstutz [Hrsg.], Wettbewerbsrecht: Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung - Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht, 2015, S. 15 ff., 30 ff.; KUBLI, a.a.O., S. 208 ff., 210 ff.). Die höchstrichterliche Praxis entspricht in diesem Punkt jener der europäischen Wettbewerbsbehörden (EuGH, Rs. C-97/08 P, 10. September 2009, Akzo, Slg. 2009 I 8237, Rz. 58; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 14 ff.). Im Urteil in Sachen Swisscom ADSL vom 14. September 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht in einem obiter dictum erwogen, dass sich auch eine Sanktionierung der in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaft als zulässig erweisen kann, wenn die Muttergesellschaft und alle weiteren beteiligten Konzerngesellschaften ihren Sitz im Ausland haben (B-7633/2009, Rz. 74; nicht rechtskräftig). Dies wird auch in der Lehre so vertreten (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 61; ablehnend: TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 98). In der Europäischen Union wird von einer gesamtschuldnerischen Haftung sämtlicher Konzerngesellschaften einer Wirtschaftseinheit ausgegangen (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 23 ff.).

4.1.5 Dazu ist vorliegend festzuhalten, dass das Konzernprivileg von Art. 2 Abs. 1bis KG zwar bedeutet, dass konzerninterne Absprachen und Umstrukturierungen nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst werden, nicht aber, dass eine Tochtergesellschaft gegenüber Sachverhalten, welche von der Mutter- oder einer Schwestergesellschaft veranlasst werden, unter Berufung auf die eigene Rechtspersönlichkeit ohne Weiteres einwenden kann, es handle sich um „fremdes" Verhalten. So ist nach dem Gesagten im Rahmen von Art. 7 KG unbestritten, dass sich die Tochtergesellschaft die kumulierte Konzernmacht anrechnen lassen muss. Die von der Beschwerdeführerin anerkanntermassen zu verantwortenden inländischen Importverbote sind entsprechend im Lichte der konzernweiten Vertriebspolitik zu beurteilen, zu welcher auch die von der Vorinstanz beanstandeten ausländischen Exportverbote gehören. Ohnehin nicht von „fremdem" Verhalten gesprochen werden kann zudem, soweit die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine aktive Mitwirkung bei der Umsetzung der ausländischen Exportverbote anlastet. Insofern kann vorliegend offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich teilweise vertragsautonom gehandelt hat.

Im Übrigen ist zu unterscheiden zwischen persönlicher Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einerseits und Verantwortlichkeit im Konzernverhältnis andererseits. Soweit die Beschwerdeführerin aufgrund der vorinstanzlich verfügten Sanktion für angeblich fremdes Verhalten eine Verletzung des Schuldprinzips rügt (Beschwerde, Rz. 104 ff., 119 ff.), ist nicht der persönliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes angesprochen, sondern die Frage der Zurechnung der Sanktion; darauf wird zurückzukommen sein (wobei auch der Einwand der Beschwerdeführerin zu prüfen sein wird, sie habe die Vertriebsverträge ihrer Schwestergesellschaften nicht gekannt: Beschwerde, Rz. 115; s.u., E. 8.2.5). In persönlicher Hinsicht erweist sich das Kartellgesetz jedenfalls als anwendbar.

4.2 Sachlicher Geltungsbereich

In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1 KG anwendbar auf Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht und auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen. Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Dabei ist gemäss Lehre und Rechtsprechung ein objektivierter Zweckbegriff massgebend; entscheidend ist, ob eine Vereinbarung ihrem Wesen nach, das heisst objektiv geeignet erscheint, den Wettbewerb zu beschränken (NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG N. 71; BVGer, B-8399/2010, 23. September 2014, Baubeschläge, E. 5.3.2.6; B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 2.2.3; B-5685/2012, 17.

Dezember 2015, Altimum, E. 4.1; der Verweis der Beschwerdeführerin auf RPW 1999/3, S. 509 ff., E. 4.4., ist hingegen nicht einschlägig; s.u. E. 6.2.1). In vergleichbarer Weise wird in der Europäischen Union auf die der Vereinbarung objektiv innewohnende Tendenz bzw. auf den sich aus dem Verhalten der Beteiligenden objektiv erschliessenden Unternehmensplan abgestellt (vgl. Art. 101 AEUV; EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 21; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 33 ff., m.w.H.; EuGH, Rs. C-501/06 P, 6. Oktober 2009, Slg. 2009 I 9291, GlaxoSmithKline, Rz. 58; Rs. C-31/11, 14. März 2013, Allianz Hungária, Rz. 37; vgl. auch Rechtsgutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 32 ff.), wobei im Falle einer sogenannten „Kernbeschränkung" (u.a. vertikale Gebietsaufteilung) per se ein wettbewerbsbeschränkender Zweck angenommen wird (Art. 4 Verordnung [EU] Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 2010 L 102/1; EuGH, Rs. C-31/11, 14. März 2013, Allianz Hungária, Rz. 41; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 40; vgl. auch Gutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 33 f.).

Die Beteiligung der Beschwerdeführerin an einer wettbewerbsrelevanten Vereinbarung ist vorliegend im Grundsatz unbestritten (s.u., E. 7.1). Bestritten wird hingegen, dass die beanstandeten in- und ausländischen Vertriebsverträge des Nikon-Konzerns eine Behinderung von Parallelimporten in der Schweiz bezweckt oder bewirkt hätten; darauf ist nachstehend näher einzugehen (E. 4.3).

4.3 Räumlicher Geltungsbereich

4.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, es fehle in casu an einem ausreichenden Bezug zur Schweiz im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG. Voraussetzung einer Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (und damit der Zuständigkeit der Schweizer Kartellbehörden) sei das Vorliegen von qualifizierten Auswirkungen der strittigen Abrede im Inland. Die reine Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung auf dem hiesigen Markt genüge nicht. Die Vorinstanz habe es unterlassen, den entsprechenden Nachweis zu führen. Sie gehe fälschlicherweise davon aus, dass vertragliche Export-verbote, die sich lediglich theoretisch auf dem schweizerischen Markt auswirkten, vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes erfasst würden; dies verstosse gegen völkerrechtliche Prinzipien (Beschwerde, Rz. 223 ff., 247 ff., 378 ff.; Replik, Rz. 17 ff.; Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 349).

Die Vorinstanz bringt dagegen vor, zum Zeitpunkt der Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung sei in der Regel nicht bekannt, welche Auswirkungen eine strittige Wettbewerbshandlung habe; dies herauszufinden sei Sache der Untersuchung. Folglich müsse auch im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 Abs. 2 KG die blosse Möglichkeit substanzieller Auswirkungen genügen; die materielle Beurteilung bleibe der Erheblichkeitsprüfung nach Art. 5 KG vorbehalten. Entscheidend sei daher nicht, ob ausländische Exportklauseln explizit im Hinblick auf den Schweizer Markt verfasst seien, sondern ob diese objektiv geeignet seien, den Wettbewerb in der Schweiz zu beeinträchtigen (angefochtene Verfügung, Rz. 74 ff.; Vernehmlassung, Rz. 112 ff.; Duplik, Rz. 5, 8 ff.).

4.3.2 Gemäss dem im Völkerrecht verankerten Territorialitätsprinzip ist die Befugnis von Staaten zu hoheitlichem Handeln auf deren Staatsgebiet beschränkt; dasselbe gilt für den Geltungsbereich staatlicher Gesetze. Hingegen lässt das Auswirkungsprinzip die Anwendung von Gesetzen auf Sachverhalte zu, die sich zwar im Ausland zutragen, jedoch im Inland auswirken (vgl. ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: von Büren/Cottier [Hrsg.], Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, 1997, S. 102 f., m.w.H.; zur Terminologie: MAX GUTZWILLER, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze, in: Anton Heini [Hrsg.], Elemente der Rechtsidee, 1964, S. 149 ff., m.w.H.). Die völkerrechtliche Zulässigkeit und Tragweite des Auswirkungsprinzips war bis in die zweite Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts umstritten, gilt heute aber bei moderater Handhabung als im Grundsatz international anerkannt (BGE 127 III 219, Rhône-Poulenc, E. 3.a; ANDREAS R. ZIEGLER, Einführung in das Völkerrecht, 3. Aufl. 2015, Rz. 593 ff., mit Hinweis auf den Lotus-Entscheid des Ständigen Internationalen Gerichtshofs von 1927; ZÄCH, a.a.O., Rz. 271 ff., m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 20; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 42 ff., m.w.H.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 87; ebenso: Rechtsgutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 12 ff., 32 ff., 38). Allerdings werden in Theorie und Praxis teilweise qualifizierte Anforderungen an den Binnenbezug gestellt. Die US-amerikanische Jurisdiktion hat die Formel entwickelt, wonach die Auswirkungen unmittelbar, wesentlich und vorhersehbar zu sein haben („direct, substantial and reasonably foreseeable"); in der Praxis legen die US-Behörden ihre Zuständigkeit jedoch teilweise extensiv aus, was im Ausland wiederholt auf Kritik gestossen ist (vgl. LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 45 f., 47; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 13 ff., m.w.H.). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stützt sich nicht explizit auf das Auswirkungsprinzip; die Zulässigkeit extraterritorialer Anwendung von Gemeinschaftsrecht auf Sachverhalte mit Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt ist jedoch im Grundsatz unbestritten (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 7 Rz. 50 ff., m.w.H.; vgl. auch Rechtsgutachten Nettesheim/Thomas, Replik-Beilage 1, S. 26 ff.). Voraussetzung für eine Anwendung EU-rechtlicher Wettbewerbsregeln ist das Vorliegen einer zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (Binnenmarktkriterium), ferner die Spürbarkeit der Auswirkungen (Aufgreifkriterium; EU-Kommission, De minimis-Bekanntmachung vom 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 69 ff., m.w.H.).

4.3.3 In der Schweiz ist das Auswirkungsprinzip in Art. 2 Abs. 2 KG verankert. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip sowie in Anlehnung an die US-amerikanische und europäische Praxis wird in der schweizerischen Kartellrechtslehre überwiegend eine einschränkende Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG vertreten. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich: Mit der Forderung, die Wettbewerbsbeschränkung habe „unmittelbar" und „vorhersehbar" zu

sein, ist primär der Kausalzusammenhang zwischen vorgeworfenem Tun und wettbewerbsbehinderndem Erfolg sowie die Vorwerfbarkeit des Verhaltens angesprochen, mit der Forderung, die Auswirkung habe „wesentlich" bzw. „spürbar" zu sein, das Ausmass der Wettbewerbsbeeinträchtigung (vgl. BORER, a.a.O., Art. 2 KG N. 21; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 51 ff.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 268; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 926). Dabei ergibt sich ein Abgrenzungsproblem zu den materiellen Beurteilungskriterien gemäss Art. 5 und Art. 49a KG, insbesondere zum Begriff der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung sowie zur Verantwortlichkeitsproblematik (s.u., E. 7, 8.2). Vereinzelt wird daher auch gefordert, die Intensität der Auswirkungen sei gesamthaft im Rahmen von Art. 5 KG zu prüfen (BÄR, a.a.O., S. 93; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 53), zumal zu Beginn einer Untersuchung in der Regel nicht feststehe, welche Auswirkungen eine strittige Wettbewerbshandlung im Einzelnen habe, weshalb für die Einleitung eines Kartellverfahrens die blosse Möglichkeit von Auswirkungen genügen müsse (LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 53). Ein entsprechendes Ermessen ergibt sich allerdings bereits aus Art. 27 KG, wonach für die Eröffnung einer Untersuchung blosse Anhaltspunkte einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung ausreichen (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 21). Zu beachten ist im Übrigen die Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG, wonach als Wettbewerbsabreden Vereinbarungen gelten, welche eine Wettbewerbsbeschränkung „bezwecken oder bewirken". Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 257 f., 382 ff.) folgt daraus, dass unter den sachlich-räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes nicht nur tatsächliche, sondern auch potenzielle Auswirkungen von Wettbewerbsabreden fallen (BGE 127 III 219, Rhône-Poulenc, E. 3.b; BVGer, B-8399/2010, 23. Sep-tember 2014, Baubeschläge, E. 5.3.2.6; B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 2.2.3; LEHNE, a.a.O., Art. 2 KG N. 53; NYDEGGER/NADIG, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N. 11, m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 2 N. 21; ZÄCH, a.a.O., Rz. 244).

4.3.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich wiederholt einlässlich mit dem räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes befasst. Es hielt fest, dass Art. 2 Abs. 2 KG keine besondere Intensität der Auswirkungen vorschreibe. Der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes sei weit zu fassen, wobei die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung eines unternehmerischen Verhaltens aussage. Erst im Rahmen der materiellen Beurteilung habe eine vertiefte Prüfung der strittigen Verhaltensweise zu erfolgen. Abstrakte Kriterien wie Unmittelbarkeit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit seien nur beschränkt justiziabel (B-506/2010, 19. Dezember 2013, Elmex, E. 3.3; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 21; B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 2.3). Diese Praxis ist in der Lehre teilweise begrüsst (BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, S. 508), teilweise unter Verweis auf völkerrechtliche Prinzipien sowie im Hinblick auf bestehende Vollzugsschwierigkeiten im Ausland kritisiert worden (RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2014, S. 231; GERALD BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts, SJZ 2016, S. 325).

In casu zu beurteilen ist das in den schweizerischen Verträgen der Beschwerdeführerin statuierte Importverbot für im Ausland vertriebene Vertragsware (s.o., E. 3). Ergänzend dazu sehen die Vertriebsverträge der Nikon-Gruppe in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn ein ausdrückliches Exportverbot für Vertragswaren in Länder ausserhalb des EWR vor. Ebenso ist in den US-Verträgen ein generelles Exportverbot verankert. Zudem enthalten die Vertriebsverträge in Grossbritannien, Griechenland und Polen Klauseln, welche den Vertrieb auf das jeweilige Vertragsgebiet beschränken. Zu Recht ist die Vorinstanz vor diesem Hintergrund zum Schluss gelangt, die genannten Klauseln seien insgesamt objektiv geeignet, Parallelimporte in die Schweiz zu beeinträchtigen (angefochtene Verfügung, Rz. 147 ff., 170 ff.). Potenzielle Auswirkungen auf die Schweiz bzw. Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung sind damit gegeben. Auf den konkreten Inhalt der Verträge sowie deren Umsetzung wird zurückzukommen sein (s.u., E. 7.1, 7.2.3). Den Nachweis einer direkten Absicht der Abredepartner hatte die Vorinstanz entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 257 f., 382 ff.) hingegen nicht zu führen (s.o., E. 4.2; zur Vorwerfbarkeit: s.u., E. 8.2). Dies gilt im Übrigen, wie ausgeführt, auch in der Europäischen Union. Zwar verweist das von der Beschwerdeführerin eingereichte Parteigutachten der Professoren Nettesheim und Thomas (Replik-Beilage 1, S. 29 ff., 34 ff., 37 f., 40) auf den Umstand, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil in Sachen Javico zum Schluss gelangt ist, dass eine Vertragsklausel, welche einem in der EU ansässigen Händler den Vertrieb ausserhalb des europäischen Binnenmarkts überträgt, zugleich jeden Verkauf in einem anderen Gebiet, einschliesslich jenes der Europäischen Gemeinschaft, sowohl durch Direktverkauf als auch durch Rücklieferung aus dem Vertragsgebiet, untersagt, eine Wettbewerbsbeschränkung im Binnenmarkt weder bezwecke noch bewirke (28. April 1998, C-306/96, Rz. 19 ff.), doch hat der Gerichtshof in späteren Urteilen unmissverständlich festgehalten, dass eine Vereinbarung, die ihrer Natur nach auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sei, sich nicht damit rechtfertigen lasse, dass mit ihr auch andere Zwecke verfolgt werden (EuGH, Rs. T-4902, 27. Juli 2005, Brasserie Nationale, Slg. 2005 II-3033, Rz. 85; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 36, m.w.H.).

Davon abgesehen lässt sich das in den US-Verträgen statuierte umfassende und absolute Exportverbot (Ziff. 13 US-Verträge; U-act. 353, 354) auch nicht mit angeblicher Rücksichtnahme auf US-amerikanische Exportrestriktionen (Beschwerde, Rz. 265 ff.) plausibel begründen; die Berufung auf die territoriale Vermarktung von Schutzrechten (Beschwerde, Rz. 268 ff.) wiederum ändert nichts an der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Einfuhrbeschränkungen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG; s.u., E. 4.4). Überhaupt erscheint die Einwendung der Beschwerdeführerin, die Vertragsparteien hätten bei der Redaktion der strittigen Exportverbotsklauseln in den ausländischen Händlerverträgen nicht an die Schweiz gedacht (Beschwerde, Rz. 262, 268 ff., 275 ff.), schon

angesichts der starken wirtschaftlichen Verflechtung der Schweiz mit dem Ausland sowie aufgrund der institutionellen Unabhängigkeit der hiesigen Wettbewerbsbehörden wenig glaubhaft, wobei es sich bei den regionalen Vertriebsgesellschaften um Niederlassungen eines in Compliance-Fragen keineswegs unerfahrenen international tätigen Konzerns handelt; im Übrigen schützt blosse Unkenntnis nicht vor den Rechtsfolgen (s.u., E. 8.2). Nicht von extraterritorialer Anwendung des Kartellgesetzes gesprochen werden kann, soweit die im Inland ansässige Konzernniederlassung an der Durchsetzung der ausländischen Vertragsklauseln von ihrem schweizerischen Sitz aus aktiv mitgewirkt hat. Die Frage des ausreichenden Binnenbezugs stellt sich überdies nur hinsichtlich der ausländischen Verträge; in Bezug auf die schweizerischen Verträge liegt ein Inlandsachverhalt vor (wobei zwischen Import- und Exportverboten ein Sachzusammenhang besteht). Die Vorinstanz ist daher in räumlicher Hinsicht zu Recht von der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausgegangen und damit von ihrer Zuständigkeit zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts.

4.4 Immaterialgüterrechte

Art. 3 Abs. 1 KG enthält einen Vorbehalt im Hinblick auf Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen. Insbesondere fallen nach Art. 3 Abs. 2 KG Wettbewerbswirkungen nicht unter das Gesetz, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben; Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, unterliegen hingegen der Beurteilung nach dem Kartellgesetz.

4.4.1 Die Vorinstanz vertrat in der angefochtenen Verfügung die Auffassung, Beschränkungen von Parallelimporten gestützt auf Immaterialgüterrechte würden in jedem Fall der kartellrechtlichen Beurteilung unterliegen (angefochtene Verfügung, Rz. 79 ff.). Die Beschwerdeführerin wendet ein, die von den amerikanischen und europäischen Vertriebsverträgen betroffenen Produkte seien teilweise patentrechtlich geschützt. Das US-amerikanische Patentrecht beruhe auf dem Prinzip der nationalen Erschöpfung, das EWR-Recht auf dem Prinzip der regionalen Erschöpfung. Die vertraglichen Ausfuhrbeschränkungen entsprächen internationalen Standards und seien aus immaterialgüterrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf den strafähnlichen Charakter direkter Sanktionen sei der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 KG eng auszulegen (Beschwerde, Rz. 83 ff., 244 ff., 268 ff.).

4.4.2 Zwischen staatlich verliehenen Monopolrechten und der Zielsetzung des Kartellgesetzes, den Wettbewerb zu fördern (Art. 1 KG), besteht naturgemäss ein gewisses Spannungsverhältnis: Immaterialgüterrechte dienen dem Schutz geistiger Schöpfungen sowie der marktwirtschaftlichen Innovationsförderung; von ihnen geht (je nach Betrachtungshorizont) sowohl eine wettbewerbsfördernde als auch (zeitlich begrenzt) eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung aus. Insoweit das Kartellgesetz „wirksamen Wettbewerb“ als dynamischen Prozess versteht, sind ihm solche Ambivalenzen immanent. Hinzu kommt das generelle Missbrauchspotenzial subjektiver Rechte (zum Ganzen: Botschaft KG 1995, S. 511 ff.; RETO HILTY, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 3 Abs. 2 KG N. 1 ff., m.w.H.; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 21 f.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 20 ff., 290 ff.). Immaterialgüterrechte sind in der Regel befristet; im Übrigen gelten mit Inverkehrsetzung der immaterialgüterrechtlich geschützten Ware die daran bestehenden Schutzrechte im Allgemeinen als erschöpft. Dies ist nach dem Grundsatz der nationalen Erschöpfung bei Inverkehrsetzung im Inland der Fall; nach dem Grundsatz der internationalen Erschöpfung genügt bereits die Inverkehrsetzung im Ausland. Von regionaler Erschöpfung wird dagegen gesprochen, wenn Immaterialgüterrechte bei Inverkehrsetzung in bestimmten Ländern erlöschen (z.B. gemeinsamer Markt). In der Rechtspraxis sind sämtliche Idealtypen verbreitet (zum Ganzen: BGE 126 III 129, Kodak, E. 1.a, m.w.H.).

Ist ein Immaterialgüterrecht an einer im Ausland rechtmässig in Verkehr gebrachten Sache aus Sicht des rechtsanwendenden Staates im Inland erschöpft, lassen sich Parallelimporte nicht unter Berufung auf Schutzrechte verhindern. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt im schweizerischen Marken- und Urheberrecht der Grundsatz der internationalen Erschöpfung (BGE 122 III 469, Chanel; 124 III 321, Nintendo). Mit Urteil vom 7. Dezember 1999 erkannte das Bundesgericht im Patentrecht hingegen auf nationale Erschöpfung; zugleich hielt es fest, das Kartellgesetz sei auf die Verhinderung von Einfuhren patentrechtlich geschützter Güter anwendbar, sofern die Inverkehrsetzung im Ausland unter vergleichbaren Bedingungen wie im Inland erfolgt sei (BGE 126 III 129, Kodak, E. 9). Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung wurde im Zuge der Kartellgesetzrevision im Jahr 2003 in Art. 3 Abs. 2 KG der Satz eingefügt, wonach Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz unterliegen. Den Materialien lässt sich entnehmen, dass die Gesetzesnovelle vorwiegend durch das Anliegen der Marktöffnung sowie der Senkung des inländischen Preisniveaus motiviert war (Botschaft KG-Revision 2003, BBl 2002, S. 2022, 2029, Ziff. 1.3.2.). Ebenfalls in Reaktion auf die Kodak-Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde im Jahr 2008 in Art. 9a Abs. 1 PatG (SR 232.14) die europaweite Erschöpfung festgeschrieben (mit Ausnahme u.a. pharmazeutischer Produkte; zum Ganzen: HILTY, a.a.O., Art. 3 Abs. 2 KG N. 16 ff., m.w.H.).

4.4.3 Im Lichte des vorstehend Gesagten kommt es vorliegend für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht auf die Erschöpfung des Schutzrechts und damit auch nicht auf die Bedingungen der Inverkehrsetzung der von Nikon im Ausland vertriebenen Produkte an, da Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG keinen entsprechenden Vorbehalt enthält; in der Lehre wird dies als qualifiziertes Schweigen ausgelegt und angenommen, das revidierte Gesetz gehe über das Bundesgerichtsurteil in Sachen Kodak hinaus (HILTY, a.a.O., Art. 3 Abs. 2 KG N. 7; ZÄCH, a.a.O., Rz. 305; GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Walter A. Stoffel/Roger Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 205 f.; FELIX SCHRANER, Kartellrecht und Immaterialgüterrecht, 2010, Rz. 171). Zu diesem Schluss gelangte im Übrigen auch ein internes Rechtsgutachten der Beschwerdeführerin aus dem Jahr 2008 (U-act. 10,

S. 8). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Vergleichbarkeit der Bedingungen der Inverkehrsetzung (Beschwerde, Rz. 91 f.) zielen daher an der Sache vorbei. Soweit die Beschwerdeführerin überdies geltend macht, in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG sei lediglich von „Einfuhrbeschränkungen" die Rede, nicht von Ausfuhrbeschränkungen (Beschwerde, Rz. 84 ff.), ist festzuhalten, dass vertragliche Exportverbote ebenso wie vertragliche Importverbote geeignet sind, eine Beschränkung des Parallelhandels und damit der Einfuhren zu bewirken. Dass der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 KG im Hinblick auf den strafähnlichen Charakter direkter Sanktionen eng auszulegen wäre (Beschwerde, Rz. 93), trifft überdies nicht zu; der Grundsatz nulla poena sine lege findet wohl im Rahmen von Art. 49a KG sinngemäss Anwendung, nicht aber im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG. Im Übrigen ergäbe eine solch enge Auslegung in casu auch keinen Sinn: Da vertragliche Importverbote ebenso wie vertragliche Exportverbote lediglich die jeweiligen Vertragshändler im Inland bzw. Ausland binden, während vertragsungebundene Händler keiner Beschränkung unterworfen sind, entfaltet erst eine Kombination von Import- und Exportklauseln, wie sie die Vorinstanz der Beschwerdeführerin zur Last legt, umfassende Wirkung. Die Frage, ob auf ausländische Verträge auch in räumlicher Hinsicht das Kartellgesetz zur Anwendung gelangt, ist wiederum gestützt auf Art. 2 Abs. 2 KG nach dem Auswirkungsprinzip zu beantworten (s.o.). Ist dies der Fall, entspricht es durchaus dem Willen des Gesetzgebers, eine wettbewerbsrechtlich nicht gerechtfertigte Abschottung des inländischen Markts auch nicht unter Berufung auf die nationale Erschöpfung von Immaterialgüterrechten zuzulassen (BVGer B-506/2010, 19. Dezember 2013, Elmex, E. 8.2.2, 8.3.3).

5. Prozessuale Rügen

Die Beschwerdeführerin rügt weiter die Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Soweit sie geltend macht, die Vorinstanz habe das Legalitäts- und Schuldprinzip (Beschwerde, Rz. 59 ff., 104 ff., 119 ff.), das Rückwirkungsverbot (Beschwerde, Rz. 96 ff.) sowie die Beweisführungs- und Begründungspflicht (Beschwerde, Rz. 125 ff., 183 ff.) verletzt, wird auf die entsprechenden Vorbringen im Rahmen der materiellen Beurteilung zurückzukommen sein. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin verschiedene Verfahrensmängel geltend: die fehlende Unabhängigkeit der Sanktionsbehörde (Beschwerde, Rz. 187 ff.), die Verwertung widerrechtlich erlangter Beweise (Beschwerde, Rz. 169 ff., 173 ff.) sowie die Verletzung des Gehörsanspruchs (Beschwerde, Rz. 161 ff.). Darauf ist im Folgenden näher einzugehen. Im Anschluss daran folgen allgemeine Erwägungen zum Beweismass.

5.1 Strafähnliche Rechtsnatur

Die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen zeichnen sich durch einen abschreckenden sowie vergeltenden Zweck aus und sind hinsichtlich ihrer Höhe von der Schwere des Verstosses abhängig. Ihnen kommt daher ein pönaler bzw. strafähnlicher (oder „strafrechtsähnlicher") Charakter zu, und zwar unbesehen des Umstands, dass die Massnahmen im Kartellrecht verankert sind. Dies hat das Bundesgericht im Publigroupe-Urteil klargestellt (BGE 139 I 72, E. 2.2.2, m.w.H.). Die Qualifizierung hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren grundsätzlich die verfassungs- und EMRK-rechtlichen Garantien zu beachten sind, die für das Strafverfahren gelten (BGE 139 I 72, E. 2.2.2). Allerdings zählt das Kartellsanktionsverfahren primär zum Verwaltungsrecht (vgl. BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, Publikationsverfügung i.S. Nikon, E. 8.2), weshalb die Verfahrensgarantien der EMRK nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen (EGMR, Nr. 73053/01, 23. November 2006, Jussila, Rz. 43; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 651). Zu beachten ist ferner, dass Kartellsanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG einem Unternehmen auferlegt werden; Verfügungsadressaten sind juristische oder natürliche Personen (s.o., E. 4.1). Auch juristische Personen sind grundsätzlich Träger verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien, doch sind Einschränkungen zu beachten, soweit sich solche aus der körperschaftlichen Rechtsnatur ergeben (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.4; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 645; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rz. 294 ff.). Schliesslich gelten die strafprozessualen Garantien nicht absolut; vielmehr sind sämtliche involvierten Interessen einzelfallbezogen gegeneinander abzuwägen (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5, m.w.H.). Diese Grundsätze werden im Folgenden zu berücksichtigen sein.

5.2. Unabhängigkeit der Behörde

Die Beschwerdeführerin rügt die fehlende Unabhängigkeit der Sanktionsbehörde (Beschwerde, Rz. 187 ff.). Zutreffend ist, dass die Zusammensetzung der Wettbewerbskommission angesichts des Einbezugs von Interessenvertretern sowie von öffentlichen Funktionsträgern den Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV bezüglich Unabhängigkeit und Gewaltenteilung nicht in jeder Hinsicht entspricht. Das Bundesgericht hat im Publigroupe-Entscheid festgehalten, dass es gemäss EGMR-Rechtsprechung ausreicht, wenn die konventionsrechtlichen Vorgaben in einem Rechtsmittelverfahren vor einem unabhängigen Gericht eingehalten werden, in welchem die kartellrechtliche Sanktion in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf Beschwerde hin mit voller Kognition überprüft wird (BGE 139 I 72, E. 4.3 ff., m.w.H.). Dies ist im Rahmen des Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich der Fall (vgl. Art. 2 VGG und Art. 12, 32, 49 VwVG; BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 58 ff.; s.u. E. 7.5.6 ff.). Die Rüge der Beschwerdeführerin in diesem Punkt erweist sich damit als unbegründet.

5.3 Beweiserhebung

Nach Art. 40 Satz 1 KG haben Beteiligte an einer Wettbewerbsabrede sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (s.o., E. 2.1). Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Art. 16 und 17 VwVG (Art. 40 Satz 2 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Dritte als Zeugen einvernehmen und die von einer Untersuchung Betroffenen zur Beweisaussage verpflichten;

Art. 64 BZP ist sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 1 KG). Die Wettbewerbsbehörden können Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen; für diese Zwangsmassnahmen sind Art. 45 ff. VStrR sinngemäss anwendbar (Art. 42 Abs. 2 KG). Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 39 KG). Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlegung von Urkunden nicht ordnungsgemäss erfüllt, wird gemäss Art. 52 KG mit einem Betrag bis Fr. 100'000.- belastet. Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden zur Auskunftspflicht nicht ordnungsgemäss befolgt, wird mit einer Busse bis Fr. 20'000.- bestraft (Art. 55 KG).

5.3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Sekretariat der Wettbewerbskommission habe ihr mit Schreiben vom 27. April 2010 unter Hinweis auf die Auskunftspflicht nach Art. 40 KG einen Fragebogen zugesandt mit der Aufforderung, sämtliche Vertriebsverträge von Nikon mit Gross- und Detailhändlern in der EU sowie in den USA und in Hongkong einzureichen. Dieses Vorgehen verstosse gegen das Verbot des Selbstbelastungszwangs; die Verträge dürften daher nicht zulasten der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden (Beschwerde, Rz. 169 ff.). Zudem habe die Vorinstanz am 24. März 2010 eine Hausdurchsuchung in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin durchgeführt und dabei unter anderem die elektronische Firmenkorrespondenz beschlagnahmt; mangels ausreichenden Anfangsverdachts sei die Massnahme widerrechtlich, weshalb zulasten der Beschwerdeführerin nicht auf die entsprechenden Dokumente abgestellt werden dürfe (Beschwerde, Rz. 173 ff.).

5.3.2 Voraussetzungen und Inhalt des Aussage- und Herausgabeverweigerungsrechts im Kartellsanktionsverfahren (Verbot des Selbstbelastungszwangs bzw. Grundsatz „nemo tenetur se ipsum prodere vel accusare“) sind in der Lehre umstritten (vgl. BORER, a.a.O., Art. 40 KG N. 4; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 42 KG N. 16 ff., m.w.H.; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmassnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 16 ff., 23 ff.; MARTIN RAUBER, Verteidigungsrechte von Unternehmen im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren, insbesondere unter Berücksichtigung des „legal privilege“, 2010, S. 166 ff., m.w.H.; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 238 ff., 257 ff.; DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der „Bonusregelung“ im Kartellrecht, 2007, S. 578 ff., m.w.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 2008 ff.; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 81 ff., 90 ff., m.w.H.). Art. 16 VwVG, der vorliegend sinngemäss anwendbar ist (Art. 40 KG), verweist auf Art. 42 BZP. Aus dieser Bestimmung lässt sich bei weiter Auslegung ein Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht des an einer Abrede beteiligten Unternehmens herleiten (BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 86 ff.; LANG, a.a.O., Rz. 16; a.M.: BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 16; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 40 KG N. 17 ff.). Im Übrigen besteht gemäss EGMR-Rechtsprechung gestützt auf Art. 6 EMRK ein generelles Recht des Beschuldigten, in einem Strafverfahren nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, bzw. ein generelles Verbot, im Strafverfahren auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch ungebührlichen Druck oder Zwang gegen den Willen des Beschuldigten erlangt wurden (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.2, mit Verweis auf die EGMR-Praxis). Nach der Praxis des Bundesgerichts können sich auch Unternehmen bzw. juristische Personen auf ein entsprechendes Aussage- und Herausgabeverweigerungsrecht berufen (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.4, m.w.H.; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 81 ff., 90 ff.). Allerdings gilt dieses Recht nicht absolut; vielmehr ist unter Abwägung sämtlicher involvierter Interessen im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob ein ungebührlicher Druck oder Zwang ausgeübt wurde (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.5, m.w.H.).

In diesem Sinne hat das Bundesgericht festgehalten, dass es nicht von vornherein gegen verfassungsmässige Rechte verstösst, ein Unternehmen in einem Sanktionsverfahren zur Herausgabe von sachverhaltsbezogenen Dokumenten zu verpflichten. Die Mitwirkungspflicht nach Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG ist nicht EMRK-widrig; im verwaltungsrechtlichen Sanktionsverfahren besteht keine generelle Verpflichtung, auf das Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.6, 3.4.). Art. 40 VStrR und Art. 158 StPO, welche eine entsprechende Belehrung für das Verwaltungsstrafverfahren bzw. die Strafuntersuchung vorschreiben, sind im Kartellverfahren - jedenfalls im Rahmen schriftlicher Beweiserhebung - nicht unmittelbar anwendbar (Art. 39 KG; BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 134 ff.). Mit Urteil vom 24. Februar 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, lediglich eine selbständige, auf vorgängige Bestreitung der Mitwirkungspflicht hin ergangene, spezifische Auskunftsverfügung sei allenfalls als unzulässiger Zwang im Sinne von Art. 6 EMRK zu werten, nicht aber ein formloses Auskunftsformular mit Hinweis auf die gesetzliche Auskunftspflicht (B-2050/2007, 24. Februar 2010, Mobilfunkterminierung, E. 5.7.5.1, m.w.H.). Vorliegend beschränkte sich die Vorinstanz auf die Zusendung eines Fragebogens mit formloser (nicht in die Form einer anweisenden Verfügung gekleideter) Aufforderung. Ein ungebührlicher Druck oder Zwang ist mithin vorliegend nicht gegeben. Zudem wurde erstinstanzlich, soweit ersichtlich, kein Aussage- bzw. Editionsverweigerungsrecht geltend gemacht (vgl. Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333). Die Rüge erscheint damit im Beschwerdeverfahren auch als verspätet (vgl. BGE 132 II 485 E. 4; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Rz. 1623 f.).

Im Übrigen enthält der strittige Fragebogen, der überdies auf eine Strafandrohung verzichtet, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin einen ausdrücklichen Verweis auf das in Art. 16 VwVG statuierte Aussageverweigerungsrecht (U-act. 45). Abgesehen davon besteht gemäss EGMR-Rechtsprechung kein Verwertungsverbot für Beweismittel, welche unabhängig vom Willen des Beschuldigten existieren (EGMR, 19187/91, 17. Dezember 1996, Saunders, Rz. 69; vgl. auch BVGer, B-

7633/2010, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 101 ff., m.w.H.). Dies gilt insbesondere für Dokumente, die im Rahmen einer Hausdurchsuchung oder bei Dritten beschafft werden könnten (RAUBER, a.a.O., S. 192 ff.; vgl. Art. 42 KG). Die Rüge in Bezug auf das Aussage- und Editionsverweigerungsrecht erweist sich damit in diesem Punkt als unbegründet; die strittigen Angaben sind verwertbar, auf die herausgegebenen Verträge kann abgestellt werden.

5.3.3 Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden auf Antrag des Sekretariats der Wettbewerbskommission von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet (Art. 42 Abs. 2 Satz 3 KG). Vorliegend wurde die Hausdurchsuchung mit Durchsuchungsbefehl des Präsidenten der Wettbewerbskommission vom 22. März 2010 angeordnet (U-act. 7). Beim Durchsuchungsbefehl handelt es sich um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung (Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Für die Durchsuchung von Dokumenten sieht Art. 50 Abs. 3 VStrR ein Einsprache- bzw. Entsiegelungsverfahren vor. Unabhängig davon ist eine Beschwerde gegen die Beschlagnahme möglich (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 149/150, m.w.H.). Unterbleibt sowohl die Anfechtung des Durchsuchungsbefehls (Art. 46 Abs. 2 VwVG) als auch die Einsprache gegen die Durchsuchung der Dokumente bzw. die Beschwerde gegen deren Beschlagnahme, kann nachträglich kein Verwertungsverbot geltend gemacht werden (HANGARTNER, a.a.O., S. 259; BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 150, m.w.H.). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin weder den Durchsuchungsbefehl angefochten noch vorinstanzlich Einsprache gegen die Beschlagnahme und Sichtung der elektronischen Dateien erhoben. Sie ist daher mit der Rüge im vorliegenden Verfahren nicht zu hören.

Im Übrigen ist der hinreichende Tatverdacht entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin vorliegend zu bejahen, zumal an den Anfangsverdacht keine hohen Anforderungen zu stellen sind; insbesondere ist eine substantiierte Anzeige, wie sie in casu vorlag, als ausreichend zu erachten (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 52). Ein weitergehender „dringender" Tatverdacht ist hingegen nicht erforderlich (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 51). Auch die für den Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführerin erforderliche Verhältnismässigkeit (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 48 ff.) ist angesichts der Schwere des in Frage stehenden Verstosses bei vertikalen Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG grundsätzlich zu bejahen (BANGERTER, a.a.O., Art. 42 KG N. 61). Die Rüge erscheint daher auch in der Sache als unbegründet. Auf die anlässlich der Hausdurchsuchung erhobenen Beweise, insbesondere die elektronische Firmenkorrespondenz, kann abgestellt werden.

5.4 Akteneinsicht

Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe vorinstanzlich nicht Einsicht in sämtliche Verfahrensakten erhalten; für nicht vollständig offengelegte Aktenstücke gelte ein Verwertungsverbot (Beschwerde, Rz. 161 ff.).

Die Vorinstanz beruft sich demgegenüber auf ihre Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen Dritter; soweit Akten nicht vollständig offengelegt worden seien, habe sie deren Inhalt umschrieben (Vernehmlassung, Rz. 90 ff.).

5.4.1 Das Akteneinsichtsrecht ergibt sich aus dem verfassungsmässig verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 32 Abs. 2 BV). Im Verwaltungsverfahren sieht Art. 26 VwVG ein Akteneinsichtsrecht vor. Nach Art. 27 VwVG darf die Einsichtnahme verweigert werden, soweit wesentliche private oder öffentliche Interessen die Geheimhaltung erfordern. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde vom wesentlichen Inhalt Kenntnis und ausserdem Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Bezeichnung von Gegenbeweismitteln gegeben hat (Art. 28 VwVG). Nach Art. 25 Abs. 4 KG dürfen die Wettbewerbsbehörden keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (vgl. BANGERTER, a.a.O., Art. 25 KG N. 47).

5.4.2 Mit Beschwerde vom 30. Januar 2012 beantragte die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Einsicht in vorinstanzlich nicht offengelegte Akten (Verfahrensanträge, Ziff. 3). Mit instruktionsrichterlicher Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Einsichtsbegehren im beantragten Umfang gut. Gemäss Bundesgerichtspraxis gilt eine nicht schwerwiegende oder wiederholte Gehörsverletzung trotz formeller Natur des Anspruchs als geheilt, wenn die Gehörsgewährung vor einer Rechtsmittelinstanz mit umfassender Kognition nachgeholt wird (BGE 127 V 431, E. 3.d.aa; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 273). Dies ist vorliegend geschehen (vgl. Art. 12, 32, 49 VwVG; s.o., E. 5.2). Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht die Akteneinsicht mit der Zustimmung der Betroffenen begründet (Zwischenverfügung vom 16. Juli 2013, S. 2); aus der nachträglichen Einräumung kann daher nicht ohne Weiteres auf eine vorinstanzliche Gehörsverletzung geschlossen werden. Vielmehr hat sich die Vorinstanz auf ein Geheimhaltungsinteresse berufen und den Inhalt der nicht vollständig offengelegten Akten umschrieben. Eine Verletzung von Verfahrensrechten ist nicht erkennbar.

5.5 Beweismass

Die Beschwerdeführerin rügt in verschiedenen Punkten die Beweiswürdigung der Vorinstanz und macht gestützt darauf eine Verletzung der Unschuldsvermutung geltend (Beschwerde, Rz. 125 ff.). Im Einzelnen werden die entsprechenden Rügen im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen sein (s.u., E. 7 und 8). Es erscheint indes angezeigt, vorweg in allgemeiner Weise auf die sich in diesem Zusammenhang stellenden Grundsatzfragen einzugehen.

5.5.1 Nach Art. 32 Abs. 1 BV gilt jede Person bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig. Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast sowie auf das Beweismass (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3; BVGer, B-8399/2010, 23. September 2014, Baubeschläge, E. 6.4.4; NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, vor Art. 49a - 53 KG, Rz. 248 ff.; ESTHER TOPHINKE, Basler Kommentar zur StPO, Bd. I, 2. Aufl. 2014, Art. 10 StPO N. 79). Im Strafprozessrecht und Verwaltungsstrafrecht gilt der Grundsatz in dubio pro reo (Art. 10 Abs. 1 StPO). Als Beweislastregel besagt der Grundsatz, dass es Sache

der Behörde ist, die Schuld zu beweisen. Als Beweismassregel folgt daraus, dass das Gericht eine Tatsache nur als gegeben voraussetzen darf, wenn es an deren Vorhandensein keine unüberwindlichen Zweifel hegt; andernfalls hat das Gericht von dem für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt auszugehen (Art. 10 Abs. 3 StPO). Der Grundsatz gilt nur für Tatfragen, nicht für Rechtsfragen (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.1; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG, Rz. 248 ff.; TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 StPO N. 76). Das Strafgericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO); dabei ist es an sein pflichtgemässes Ermessen gebunden (TOPHINKE, a.a.O., Art. 10 StPO N. 54 ff.).

Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 12 VwVG). Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisbelastet (BGE 130 II 482, E. 3.2; AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2008, Art. 12 VwVG N. 16). Allgemein gelangt im Verwaltungsrecht das Regelbeweismass des vollen Beweises (Überzeugungsbeweis, certitude) zur Anwendung, das heisst, eine Behörde darf eine Tatsache nur als bewiesen annehmen, wenn sie deren Vorhandensein nicht ernsthaft bezweifelt (vgl. BGE 130 III 321, E. 3.2; BVGer, B-5685/2012, 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.3; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 727; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird der reduzierte Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vraisemblance prépondérante) als genügend erachtet; die Behörde folgt dabei jener Sachverhaltsdarstellung, welche als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint (vgl. BGE 119 V 7, E. 3.c.bb; BVGer, B-5685/2012, 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482). Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen genügt generell ein blosses Glaubhaftmachen (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 729; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 482). Auch im Verwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 723; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 483).

5.5.2 Die Unschuldsvermutung gilt grundsätzlich auch im Verwaltungssanktionsverfahren (BGE 105 Ib 117, E. 1.a; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 486; KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 728), doch ist strittig, ob im Kartellrecht das reguläre Beweismass (so KRAUSKOPF/SCHALLER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 5 KG N. 617; DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, S. 288 f.; DAVID ET AL., Der Rechtsschutz im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/2, 3. Aufl. 2011, Rz. 1293 ff.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 616 ff.; MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht, AJP 2014, S. 1345) oder ein reduziertes Beweismass (so ZIRLICK/TAGMANN, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, Art. 30 KG N. 101 f.; WALTER A. STOFFEL, Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das Kartellgesetz in der Praxis, 2000, S. 23; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“ - revisionistisch oder nur beiläufig falsch?, AJP 2015, S. 275 ff.; CARL BAUDENBACHER, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, in: Jusletter vom 2. Februar 2015, Rz. 8 ff.; AMSTUTZ/KELLER/REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, Baurecht 2005, S. 119; HANS-UELI VOGT, Auf dem Weg zu einem Kartellverwaltungsverfahrensrecht, AJP 1999, S. 844) zur Anwendung gelangen soll. Die Forderung nach Beweiserleichterungen im Kartellrecht wird mit der Komplexität ökonomischer Sachverhalte, der Interdependenz des Verhaltens von Marktbeteiligten, den in der Regel nur beschränkt vorhandenen bzw. nur schwer zu beschaffenden Marktdaten sowie der faktischen Unmöglichkeit empirischer Aussagen zu künftigen oder hypothetischen Entwicklungen begründet. Da wirksamer Wettbewerb von seinem Wesen her dynamisch angelegt ist, sind Aussagen zu künftigen oder alternativen Marktentwicklungen in der Regel unumgänglich, während eine Vielzahl von Annahmen, wie beispielsweise zur Substituierbarkeit von Gütern oder zur Preiselastizität der Nachfrage, zwangsläufig auf Hypothesen beruhen. Im Urteil in Sachen Publigroupe hat das Bundesgericht festgehalten, dass in Kartellverfahren in der Regel „die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. [...] Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung [...] kaum möglich.“ Die Anforderungen an den Nachweis entsprechender Tatsachen dürfen daher gemäss Bundesgericht mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes nicht übertrieben werden. „Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen“ (BGE 139 I 72, E. 8.3.2).

Dem folgt die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts. Zwar ist das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Baubeschläge zum Schluss gelangt, im Kartellsanktionsverfahren gelte grundsätzlich das Erfordernis des „Vollbeweises“ (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 4.3.2, 6.4.5), was in der Lehre teilweise kritisiert und als Widerspruch zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Elmex dargestellt wurde (CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 9; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“, a.a.O., S. 275). Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht in den Elmex-Urteilen keinen bestimmten Beweisgrad festgelegt, sondern einerseits auf das im Verwaltungsverfahrensrecht geltende Regelbeweismass verwiesen, andererseits auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe (B-506/2010, 19. Dezember 2013, E. 5). Derselbe relativierende Hinweis findet sich auch in den Baubeschläge-Urteilen (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 4.3.7 f., m.w.H.; zur unterschiedlichen Sachverhaltskonstellation: STEPHAN BREITENMOSER, Beweis- und verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Jusletter vom 20. April 2015, Rz. 6 ff., 9 ff.). Dies steht im Einklang mit der früheren Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (A-2969/2010, 28. Februar 2012, Swisscom/COLT, E. 13.2; BVGE 2009/35, Swisscom

Bitstrom, E. 7.4). Im Fall Swisscom ADSL hat das Bundesverwaltungsgericht erneut festgehalten, dass im Kartellsanktionsverfahren ein strikter Beweis entfällt, wo ein solcher objektiv nicht möglich ist, wie im Falle der Beurteilung künftiger oder alternativer Marktentwicklungen; diesbezüglich gelangt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zur Anwendung. Hingegen ist der ordentliche Überzeugungsbeweis zu erbringen, soweit für den Nachweis einer rechtserheblichen Tatsache keine der genannten Beweisschwierigkeiten bestehen, beispielsweise in Bezug auf die Teilnahme an einem Kartelltreffen (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz. 162 f.; ebenso: BVGer, B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 3.11.3; B-5685/ 2012, 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.3). Im Zivilprozessrecht wird analog etwa für den Nachweis des natürlichen Kausalzusammenhangs nach Art. 41 OR die blosse Wahrscheinlichkeit als ausreichend erachtet (vgl. ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum OR, Art. 41 OR N. 117 ff.), während ein empirischer Nachweis einer hypothetischen Kausalität von vornherein ausser Betracht fällt (vgl. BVGer, B-5685/2012, 17. Dezember 2015, Altimum, E. 4.5.3.1, m.w.H.).

Auch im Kernstrafrecht sind die Beweisanforderungen nicht per se höher. Erforderlich ist im Hinblick auf die Unschuldsvermutung in objektiver Hinsicht eine erhebliche Wahrscheinlichkeit sowie in subjektiver Hinsicht die volle Überzeugung des Richters (RIKLIN, a.a.O., Art. 10 StPO N. 9; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., § 54 Rz. 11); ein Schuldspruch ist beispielsweise auch möglich, wenn Aussage gegen Aussage steht (vgl. WOHLERS, a.a.O., Art. 10 StPO N. 27). Im Übrigen gilt die Unschuldsvermutung (auch) im Kartellverfahren nicht absolut, und zwar unbesehen des Umstands, dass die strafrechtlichen Verfahrensgarantien im Verwaltungssanktionsverfahren nicht in voller Schärfe zur Anwendung gelangen (BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.4 f.; s.o., E. 5.1). Es ist mithin im Einzelfall ein sachverhaltsbezogener Ausgleich zu finden. Dabei spielt auch das Beweisthema eine Rolle. So ist mit Blick auf das vorliegende Verfahren zu beachten, dass der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes typischerweise ein ganzes Bündel regionaler Bezugs- und Lieferbeschränkungen mit einer Vielzahl involvierter ausländischer Vertragshändler voraussetzt; darauf wird im Rahmen der Beweiswürdigung zurückzukommen sein (s.u., E. 7.2.2).

5.5.3 Unzulässig erscheint nach dem Gesagten eine Beweislastumkehr zulasten des Unternehmens, gegen welches sich die Untersuchung richtet. Hingegen hat das Bundesverwaltungsgericht in Sachen Baubeschläge festgehalten, dass eine blosse Beweislastverschiebung zulasten des angeschuldigten Unternehmens zulässig ist, sofern das Unternehmen ausreichend Gelegenheit erhält, sich wirksam zu verteidigen (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 6.4.5). Beweisvermutungen im Sinne von tatsächlichen Schlüssen aus bewiesenen Tatsachen sind gemäss EGMR-Praxis mit der Unschuldsvermutung vereinbar, sofern sie widerlegbar sind (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 252, m.w.H.; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge“, a.a.O., S. 276). Dies gilt zum einen für gesetzliche Beweisvermutungen, wie sie Art. 5 Abs. 3 und 4 KG darstellen. Zum andern hat dies aber auch für Annahmen gestützt auf bewiesene Tatsachen im Rahmen der Beweiswürdigung zu gelten, beispielsweise indem aus einem schriftlichen Vertrag mangels gegenteiliger Indizien in widerlegbarer Weise geschlossen wird, das schriftlich Fixierte gebe die tatsächlichen Verhältnisse wieder bzw. entspringe in Bezug auf seine Auswirkungen dem Wissen und Willen der Vertragsparteien (s.u., E. 7.2.2 ff.; vgl. BGE 135 II 161, E. 3; 130 II 482, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 484). Dies ist auch in der europäischen Praxis anerkannt (EuGH, Rs. T-550/08, 12. Dezember 2014, Tudapetrol, Rz. 86 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 22 Rz. 11 ff., m.w.H.). Die Beweislast der Behörde bleibt davon unberührt, ebenso die Pflicht der Behörde zur Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen (Art. 12 VwVG), doch ist das angeschuldigte Unternehmen im Rahmen seiner Behauptungslast gehalten, gegenteilige Indizien zu benennen bzw. im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht (Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 40 KG) entlastende Tatsachen und Beweismittel zu bezeichnen (KIENER/RÜTSCHE/KUHN, a.a.O., Rz. 677 ff.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 460, 463 ff.); eine entsprechende Obliegenheit ergibt sich im Beschwerdeverfahren ohnehin aus Begründungspflicht und Rügeprinzip (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Diese allgemeinen Vorgaben werden im Rahmen nachfolgender materieller Beurteilung (E. 7) zu beachten sein.

6. Feststellungsinteresse

Die Vorinstanz hat - ergänzend zur Sanktion gemäss Dispositivziffer 2 - in Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung die Unzulässigkeit der strittigen Abreden festgestellt. Die Beschwerdeführerin rügt nicht ausdrücklich, dass für Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung ein Feststellungsinteresse fehle; insoweit die Beschwerdebegehren jedoch die Aufhebung der entsprechenden Dispositivziffer umfassen, sind im Rahmen vorliegender Beschwerde die formellen Voraussetzungen einer selbständigen Feststellung zu prüfen.

Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, grundsätzlich gehöre die Frage, ob die für die Sanktionierung erforderlichen Tatbestandselemente vorliegen, beim Fehlen eines eigenständigen Feststellungsinteresses nicht ins Dispositiv der Verfügung. Sie bilde vielmehr Bestandteil der Begründung. Im Erkenntnis sei darum in der Regel „weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde“ (BGE 137 II 199, Mobilfunkterminierung, E. 6.2; analog: 2C_484/2010, Publigroupe, E. 14 [nicht in BGE 139 I 72 publiziert]). Dies hat bei Anordnung einer Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG grundsätzlich unabhängig davon zu gelten, ob sich die Unzulässigkeit aus Art. 7 oder Art. 5 KG herleitet (zumal sich eine allfällige zivilrechtliche Nichtigkeit unmittelbar aus Art. 20 OR ergibt, ohne dass eine Feststellung der Unzulässigkeit notwendig wäre, vgl. JACOBS/GIGER, in: Basler Kommentar zum KG, 2010, vor Art. 12 - 17 KG N. 32). Zu beachten ist indes, dass das Bundesgericht in den genannten Urteilen die Feststellungen der Wettbewerbskommission entgegen den zitierten Erwägungen lediglich in Bezug auf die Marktbeherrschung aufgehoben hat, wobei in Sachen Mobilfunkterminierung der erstinstanzliche Entscheid abweichend vom Fall Publigroupe

im Missbrauchspunkt bereits von der Beschwerdeinstanz aufgehoben worden war (vgl. BGE 137 II 199, E. 6.6 i.V.m. Bst. B, D; 2C_484/2010, E. 14 i.V.m. Bst. B.c, C.b [nicht in BGE 139 I 72 publiziert]). Unbesehen dieser unterschiedlichen Ausgangslage ist festzuhalten, dass die Vorinstanz rechtliche Qualifikationen, im Unterschied zu den daraus folgenden Sanktionen und Massnahmen sowie des zugrundeliegenden Verstosses gegen die allenfalls verletzte Rechtsnorm, grundsätzlich nicht im Dispositiv der Verfügung festzustellen hat.

Demzufolge ist Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung bereits aus formellen Gründen aufzuheben. Daher ist nicht näher einzugehen auf den Umstand, dass die Vorinstanz nur zum Teil auf die in Dispositivziffer 1 genannten Verträge abgestellt und im Übrigen unberücksichtigt gelassen hat, dass die Beschwerdeführerin nicht an allen Verträgen als Partei beteiligt war. Ebenso ist bei diesem Ergebnis die Rüge der Beschwerdeführerin nicht zu prüfen, die angefochtene Dispositivziffer 1 sei in zeitlicher und persönlicher Hinsicht zu wenig bestimmt (vgl. Beschwerde, Rz. 183 ff.).

7. Unzulässige Wettbewerbsabrede (Art. 5 KG)

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, sofern sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG). Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird unter anderem vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die von der Beschwerdeführerin vereinbarten Importverbote sowie die Exportverbotsklauseln in ausländischen Vertriebsverträgen stellten unzulässige Abreden über die Zuweisung von Gebieten im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar (angefochtene Verfügung, Rz. 98 ff.). Gestützt darauf habe die Beschwerdeführerin wirksamen Wettbewerb auf dem inländischen Markt für Fotoapparate, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte zwar nicht beseitigt (angefochtene Verfügung, Rz. 352 ff.), doch im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt (angefochtene Verfügung, Rz. 487 ff.). Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG seien nicht ersichtlich (angefochtene Verfügung, Rz. 520 ff.).

Die Beschwerdeführerin wendet im Wesentlichen ein, die vorinstanzlich beanstandeten Klauseln bezweckten keine Wettbewerbsbeeinträchtigung und stellten keine absoluten Gebietsschutzabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG dar (Beschwerde, Rz. 192 ff.; 296 ff., 382 ff., 447 ff.). Überdies seien die Vertragsklauseln nicht gelebt worden (Beschwerde, Rz. 611 ff.). Folglich könne auch keine erheblich wettbewerbsbeschränkende Wirkung angenommen werden; im Gegenteil habe im fraglichen Zeitraum auf den relevanten Märkten ein intensiver Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerb geherrscht (Beschwerde, Rz. 754 ff., 774 ff.).

7.1 Abrede

Art. 5 Abs. 1 KG setzt zunächst eine Abrede voraus. Nach der Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Die Beschwerdeführerin bestreitet im Grundsatz nicht, dass es sich bei den strittigen Vertragsklauseln um wettbewerbsrelevante Vereinbarungen handelt. Sie macht jedoch geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, die einzelnen Abredepartner zu bezeichnen; dies verletze den Gehörsanspruch und die Verteidigungsrechte der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerde, Rz. 742 ff.). Zudem sei eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt worden (Rz. 447 ff., 611 ff., 774 ff.).

7.1.1 In der angefochtenen Verfügung werden die sechs Parteien der inländischen Grossistenverträge genannt (vgl. angefochtene Verfügung, Dispositivziffer 1; Rz. 99 ff., 324 f.: Geschäftsgeheimnis). Von der Beschwerdeführerin selbst werden im Hinblick auf den „Nikon Professional Dealer"-Vertrag sechs inländische Einzelhändler als Vertriebspartner genannt (Beschwerde, Rz. 332); die entsprechenden Verträge finden sich bei den Akten (s.o., E. 3, m.w.H.). Nicht einzeln aufgeführt in der Sanktionsverfügung sind die am Vertriebsvertrag für die Kameramodelle „3DS" und „3DX" beteiligten inländischen Einzelhändler sowie generell die ausländischen Vertragshändler. Dabei stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, die jeweiligen Vertragspartner seien der Beschwerdeführerin bekannt (angefochtene Verfügung, Rz. 326, 329). Dies wird von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten (Beschwerde, Rz. 743). Soweit sie darüber hinaus geltend macht, die Vorinstanz habe aufzuzeigen, wer an der Umsetzung im Einzelnen beteiligt gewesen sei (Beschwerde, Rz. 743 f.), wird darauf zurückzukommen sein (E. 6.2.3).

7.1.2 Auch der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Vereinbarungen ist nach dem Gesagten zu bejahen; es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (E. 4.2 f., 4.3.3). Der Einwand der Beschwerdeführerin, die britischen und polnischen Verträge (U-act. 66, Beilagen 53, 54, 55; 49, 50) hätten nicht die Verkaufsrechte, sondern die Vertriebspflicht des Händlers zum Gegenstand (Beschwerde, Rz. 290, 361 ff., 363 f.), während der Vertrag zwischen der europäischen Konzernzentrale und dem griechischen Generalimporteur lediglich Aktivverkäufe ins Ausland betreffe (U-act. 66, Beilagen 71, 73, 75), zielt insofern an der Sache vorbei, als die Vorinstanz diesbezüglich nicht auf den Wortlaut der Verträge, sondern auf deren konkrete Umsetzung abgestellt hat (angefochtene Verfügung, Rz. 127, 132, 242 f., 286; 136, 283); darauf wird zurückzukommen sein. Eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 KG ist vorliegend gegeben, unbesehen der Frage

der Umsetzung und der tatsächlichen Auswirkungen (E. 7.2).

7.2 Wettbewerbsbeeinträchtigung

Nach Art. 5 Abs. 1 KG setzt die Unzulässigkeit einer Abrede eine Wettbewerbsbeeinträchtigung von mindestens erheblichem Ausmass voraus. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, vom Gesetzeswortlaut seien nur tatsächliche Auswirkungen von Wettbewerbsabreden erfasst; die strittigen Vertragsklauseln seien aber nie umgesetzt worden. Mit dem blossen Verweis auf den Vertragswortlaut bzw. die aus dem Zusammenhang gerissene interne E-Mail-Korrespondenz der Beschwerdeführerin sei der erforderliche Nachweis der Umsetzung nicht erbracht (Beschwerde, Rz. 219 ff., 250 ff., 300 ff., 399, 611 ff., 635 ff., 670 ff.).

Die Vorinstanz wendet ein, die bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmte Korrespondenz belege, dass die Beschwerdeführerin durch Testkäufe, Rückverfolgung von Seriennummern und Abmahnung von Händlern aktiv auf die Behinderung von Einfuhren in die Schweiz hingewirkt habe (angefochtene Verfügung, Rz. 259 ff., 270 ff.). Dabei sei sie auch gegen passive Verkäufe vorgegangen (angefochtene Verfügung, Rz. 279). Bei fehlender Kooperation der involvierten Unternehmen habe sie die Kündigung bestehender Verträge veranlasst (angefochtene Verfügung, Rz. 280 ff.).

7.2.1 Der wohl überwiegende Teil der Lehre schliesst aus dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung, die Auswirkungen auf den relevanten Markt hätten im Rahmen von Art. 5 KG tatsächlicher Natur zu sein; die Abrede müsse effektiv umgesetzt worden sein. Die Rede ist von einem auswirkungsbasierten Ansatz („effects based approach"). Zur Begründung wird teils auf den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG („beeinträchtigen"; ZÄCH, a.a.O., Rz. 250; NYDEGGER/NADIG, a.a.O., Art. 4 Abs. 1 KG N. 70; HOFFET, a.a.O., Art. 5 N. 63), teils auf Art. 96 BV sowie Art. 1 KG verwiesen, wonach das Kartellgesetz die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zum Ziel hat (AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 5 KG N. 118 ff.; JACOBS, a.a.O., SJZ 2014, S. 231; DERS., Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2015, S. 232; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 612; KLAUS NEFF, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, 2010, Art. 6 N. 5 ff.; Einleitung VertBek N. 3; Ziff. 12 VertBek N. 1 ff.). Umgekehrt findet sich, wie schon unter Art. 2 KG, die Auffassung, es komme (auch) im Rahmen von Art. 5 KG nicht auf die tatsächlichen Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung an; vielmehr reiche gemäss Legaldefinition von Art. 4 Abs. 1 KG ein blosses Bezwecken einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung aus (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 8, Art. 4 N. 4; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 3, 5; in diesem Sinne auch: RALF M. STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, S. 571 f., 574 f.). Ferner wird eine vermittelnde Position vertreten; demnach soll zumindest bei Abreden qualifizierten Inhalts, bei welchen von Gesetzes wegen ein besonderes Schädlichkeitspotenzial zu vermuten sei, das blosse Bezwecken genügen (ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: Jusletter vom 29. Juni 2015, Rz. 46 ff.). Die genannten Lehrmeinungen unterscheiden dabei nicht zwischen der Umsetzung einer Abrede und dem Eintritt des bezweckten Erfolgs; allerdings ist denkbar, dass eine Vereinbarung zwar umgesetzt wird, die bezweckten Wirkungen aufgrund äusserer Umstände aber ausbleiben. Ebenso ist denkbar, dass eine Abrede lediglich zum Teil umgesetzt wird, im Ergebnis aber dennoch erhebliche Auswirkungen zeitigt. Vereinzelt werden die tatsächlichen Auswirkungen auch als Aspekt der Erheblichkeit aufgefasst (KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 150; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 607; vgl. auch Vertikalbekanntmachung 2010, Ziff. 12, 13; angefochtene Verfügung, Rz. 505 ff.). Dabei ist allerdings im Auge zu behalten, dass die Frage der Umsetzung sowie das Vorliegen tatsächlicher Auswirkungen Tatfrage ist, die Qualifikation der (tatsächlichen oder potenziellen) Wirkungen hingegen Rechtsfrage. Zu beachten ist schliesslich, dass bei Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG der Erfolgseintritt (Beseitigung wirksamen Wettbewerbs) von Gesetzes wegen vermutet wird; die Vermutung kann widerlegt werden (statt vieler: BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 8.3.1; BVGer, 1. Juni 2010, RPW 2010/2, S. 368 ff., Strassenbelagskartell, E. 7, m.w.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 449).

Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union genügt für ein wettbewerbsbehördliches Eingreifen alternativ ein Bezwecken oder Bewirken; steht der wettbewerbsbeschränkende Zweck einer Abrede (sowie eines entsprechenden Potenzials) fest, ist die Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen entbehrlich (MESTMÄCKER/ SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 35, 69 ff. m.w.H.; EuGH, Rs. C-226/11, 13. Dezember 2012, Expedia, Rz. 35 ff.; C-67/13 P, 11. September 2014, Groupement des Cartes bancaires, Rz. 57; T-4902, 27. Juli 2005, Brasserie Nationale, Slg. 2005 II-3033, Rz. 97, m.w.H.; vgl. auch Urteile des EuGH, Rs. 56, 58/64, 13. Juli 1966, Consten/Grundig, Slg. 1966, S. 321 ff., 390, sowie vom 30. Juni 1966, LTM/Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 281 ff., 303; Art. 101 AEUV; EU-Kommission, De minimis-Bekanntmachung vom 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01; Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV, ABl. 2004 C 101/97, Rz. 20). Insofern lässt sich im EU-Recht von einem (abstrakten) „Gefährdungstatbestand" sprechen (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 35, m.w.H.). In Abgrenzung davon berufen sich die zitierten Vertreter des auswirkungsbezogenen Ansatzes in der schweizerischen Lehre auf den historischen Kontext des sogenannten „Missbrauchsprinzips", welches ein von konkreten Auswirkungen unabhängiges „per se-Verbot" ausschliesse. Dazu ist allerdings festzuhalten, dass im schweizerischen System im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG eine ebenfalls auswirkungsbezogene Rechtfertigungsmöglichkeit besteht. Zu beachten ist zudem, dass die typologische Unterscheidung zwischen schweizerischer „Missbrauchs-„ und europäischer „Verbotsgesetzgebung" spätestens mit Einführung direkter Sanktionen in der Schweiz sowie dem Wechsel von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu einem Verbot mit Legalausnahme in der Europäischen Union konzeptionell überholt sein dürfte (vgl.: MARINO BALDI, Für eine „informierte" Wettbewerbspolitik, AJP 2012, S. 1184 f.; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 6 ff.). Auch stellen Art. 96 BV sowie Art. 1

KG nach allgemeinem Verständnis offene Zielvorgaben dar (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 6 ff., 11 ff.).

Allerdings spricht sich die Botschaft des Bundesrats zum Gesetz von 1995 für eine wirkungsbasierte Einzelfallprüfung aus, welche sich nicht nur am Schädlichkeitspotenzial, sondern auch an den konkreten Folgen orientiert (vgl. Botschaft KG 1995, S. 555). Zu beachten ist ferner, dass Art. 5 KG nicht nur die Unzulässigkeit bestimmter Wettbewerbsabreden statuiert, sondern dass das Vorliegen einer unzulässigen Abrede überdies - seit der Gesetzesrevision von 2003 - mit der Sanktionsdrohung von Art. 49a Abs. 1 KG verknüpft ist. Die Formulierung in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, wonach eine Sanktion für eine unzulässige Wettbewerbsabrede entfällt, wenn die Abrede bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist, legt den (Umkehr-)Schluss nahe, die Abrede müsse im Hinblick auf eine Sanktion zumindest ursprünglich umgesetzt worden sein (unabhängig vom bewirkten Erfolg). Die Botschaft zur Gesetzesrevision schweigt sich dazu aus (vgl. BBl 2002, S. 2036 f.). Der pönale Charakter direkter Sanktionen spricht nicht für eine weite Auslegung von Art. 49a KG. Diese Einschränkung gilt allerdings nur für die Sanktions-, nicht auch für die Unzulässigkeitsfolge. Dogmatisch ergibt es an sich wenig Sinn, die Zulässigkeit einer Vereinbarung von deren Umsetzung bzw. vom Erfolgseintritt abhängig zu machen. In der Lehre wird daher auch der Vorschlag gemacht, zwischen Unzulässigkeitsfolge und Sanktionsfolge zu unterscheiden und lediglich im Rahmen von Art. 49a KG eine Umsetzung der Abrede zu fordern (HERBERT WOHLMANN, Verstösse gegen bundesrechtliche Grundsätze des Strafverfahrensrechts bei Sanktionsverfahren im Kartellrecht, in: Jusletter vom 10. August 2015, Rz. 21 ff.). Nichts herleiten lässt sich hingegen aus dem auf Kartellsachverhalte nicht anwendbaren allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs und insbesondere aus Art. 105 Abs. 2 StGB, wonach der Versuch einer Übertretung nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift strafbar ist (a.M.: NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG, N. 105 ff.); trotz der pönalen Rechtsnatur von Kartellsanktionen handelt es sich beim Kartellverwaltungsrecht nicht um Nebenstrafrecht im Sinne von Art. 333 Abs. 1 StGB (vgl. BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.1; 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, Pubblikationsverfügung i.S. Nikon, E. 8.2; s.u., E. 8.1).

Laut einem Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aus dem Jahr 1999 (vor Einführung direkter Sanktionen), auf den sich die Beschwerdeführerin beruft (Beschwerde, Rz. 388), setzt Art. 5 KG im Vergleich zum europäischen Recht mehr als nur „eine objektive Eignung zur Wettbewerbsbeschränkung“ voraus (RPW 1999/3, S. 503 ff., Öl- und Gasbrenner, E. 4.4, ohne nähere Begründung). Im Urteil in Sachen Tessiner Strassenbelagskartell aus dem Jahr 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht in einem obiter dictum festgehalten, eine Abrede, welche nicht praktiziert worden sei und daher keine Auswirkungen auf den Markt gehabt haben könne, falle nicht unter Art. 5 KG (RPW 2010/2, S. 368 ff., E. 7, 9.2.2.4). Mit Urteilen in Sachen Baubeschläge hielt das Bundesverwaltungsgericht überdies fest, dass die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede im Einzelfall nachzuweisen seien (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 6.1.3). Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt einen „Kausalzusammenhang“ zwischen Vereinbarung und Wettbewerbswirkung geprüft (B-8399/2010, 23. September 2014, Baubeschläge, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.6 ff., 5.4.23, 5.4.26, 6.1.2, 6.3.30, 6.4.2; ebenso: B-506/2010, 19. Dezember 2013, Elmex, E. 8.1.1 ff., 12.1 ff.; B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 561 ff.). Im Fall BMW hat das Bundesverwaltungsgericht demgegenüber erwogen, bei Abreden mit qualifiziertem Inhalt (hardcore-Vereinbarungen) erübrige sich die Prüfung der tatsächlichen Auswirkungen (B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 9.1.4 f.). Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht entschieden, dass in den von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG erfassten Sachverhalten im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung grundsätzlich nicht auf quantitative Kriterien abzustellen ist (2C_180/2014; noch nicht publiziert). Inwieweit dies nicht nur für den gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen, sondern auch für den Nachweis tatsächlicher Auswirkungen der Abrede zu gelten hat, wird die schriftliche Urteilsbegründung zeigen (vgl. auch unten, E. 6.5). Eine Dispensation vom Umsetzungserfordernis ist damit, soweit ersichtlich, jedenfalls nicht verbunden. Es wird daher im Folgenden zu prüfen sein, ob die strittigen Klauseln in casu tatsächlich gelebt wurden (E. 7.2.3).

7.2.2 Vorab ist festzuhalten, dass in einem Kartellsanktionsverfahren trotz Unschuldsvermutung und Untersuchungsgrundsatz (E. 5.5.2, 5.5.3) der Behauptung einer Vertragspartei, die strittige Abrede sei nicht gelebt worden, nicht leichthin zu folgen ist. Zwar kann nach dem Gesagten von einem Vertrag nicht ohne Weiteres auf dessen Vollzug geschlossen werden. Umgekehrt ist die fehlende Umsetzung einer schriftlichen Wettbewerbsabrede nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts nur anzunehmen, wenn Indizien vorliegen, dass die Parteien die Abrede tatsächlich nicht gelebt haben, und zugleich Indizien fehlen, welche eine Einhaltung der Vereinbarung als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen (B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 9.2.4.5). Von der schriftlichen Vereinbarung geht insofern ein doppelter Rechtsanschein aus: einerseits im Hinblick auf die Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen der Parteien (innere Umstände), andererseits im Hinblick auf die Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen (äussere Umstände; vgl. BGer, 4C.259/2005, 14. Dezember 2005, Courtage, E. 2; BGE 135 II 161, E. 3; 130 II 482, E. 3.2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 484). Die Beschwerdeführerin trifft dabei im Rahmen der Beweisführung eine Mitwirkungspflicht (s.o., E. 5.3, 5.5).

Weiter ist in beweisrechtlicher Hinsicht zu beachten, dass der Tatbestand des absoluten Gebietsschutzes typischerweise ein ganzes Bündel regionaler Bezugs- und Lieferbeschränkungen mit einer Vielzahl involvierter Vertragshändler voraussetzt. Die Beschwerdeführerin überspannt daher die Beweisanforderungen, wenn sie den Nachweis der Umsetzung in Bezug auf jeden einzelnen Vertragshändler und darüber hinaus den Nachweis des Disziplinierungserfolgs in jedem Einzelfall fordert (vgl. Beschwerde, Rz. 714, 720, 743). Zum einen kann der Nachweis der Umsetzung in Bezug auf mehre-

re Händler nach Massgabe der konkreten Umstände durchaus als Indiz für die Umsetzung des Abredesystems als Ganzes gewertet werden, sofern keine gegenteiligen Hinweise vorliegen. Zum andern bedeutet das Umsetzungserfordernis nicht, dass die vollständige Umsetzung der Abrede nachzuweisen wäre; vielmehr erscheint aufgrund des Wortlauts von Art. 5 Abs. 1 KG eine zumindest teilweise Umsetzung jedenfalls ausreichend, sofern insgesamt von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen ist (E. 6.2.1, 6.5). Daran ändern auch die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts in den Baubeschläge-Urteilen nichts (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.8, 5.4.26), zumal sich diese auf eine Sachverhaltskonstellation beziehen, in welcher zu beurteilen war, ob die festgestellten Marktwirkungen dem Verhalten der Abredepartner oder aber dem Einfluss eines nicht in die Untersuchung einbezogenen ausländischen Kartells geschuldet waren (vgl. BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 2 ff.). Im Übrigen setzt die Befolgung einer Kartellvereinbarung keineswegs zwingend Disziplinierungsmassnahmen voraus, wie die Beschwerdeführerin suggeriert; sie übersieht, dass es vorliegend nicht um den Missbrauch von Marktmacht geht. Beweisthema war vielmehr die Behauptung der Beschwerdeführerin, die strittigen Vertragsklauseln seien nicht gelebt worden bzw. der durch den Vertragswortlaut geweckte Rechtsanschein stehe in Bezug auf Inhalt und Umsetzung nicht mit der Rechtswirklichkeit überein. Zum Beweismass kann dabei auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (E. 5.5). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin (Replik, Rz. 164) ist im Übrigen daran zu erinnern, dass es auch im Rahmen der strafrechtlichen Mittäterschaft nicht erforderlich ist, dass ein Tatbeteiligter bei der Planung oder Ausführung jedes einzelnen Delikts mitwirkt; vielmehr genügt es, wenn er insgesamt einen massgeblichen Tatbeitrag leistet (vgl. BGE 126 IV 84, E. 2c/aa; 125 IV 134, E. 3a; 120 IV 17, E. 2d; 120 IV 136, E. 2b; 120 IV 265, E. 2c/aa).

7.2.3 Vorliegend wird der durch die strittigen Vertragsklauseln erweckte Anschein nach Auffassung der Vorinstanz durch die bei der Beschwerdeführerin beschlagnahmte E-Mail-Korrespondenz bestätigt (angefochtene Verfügung, Rz. 254 ff.). Konkret wirft die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vor, sie habe bei Parallelhändlern systematisch Testkäufe getätigt und anhand der Seriennummern die Herkunft der gekauften Produkte eruiert; in der Folge habe sie ihre ausländischen Schwestergesellschaften angehalten, entsprechende Ausfuhren zu unterbinden (angefochtene Verfügung, Rz. 270 ff.). Bei fehlender Kooperation der Handelspartner habe sie auf die Auflösung bestehender Verträge hingewirkt (angefochtene Verfügung, Rz. 280 ff.). Die Beschwerdeführerin räumt ein, Warenströme zurückverfolgt zu haben (Beschwerde, Rz. 616). Sie macht jedoch geltend, dabei sei es um die Einhaltung des konzerninternen Mindestpreises gegangen („NNN", „triple-N", „BDNNN"). Dass einzelne Ländergesellschaften zur Umsatzsteigerung wiederholt Verkäufe unter dem „Mindesthändlerpreis" vorgenommen hätten, zum Nachteil der mit entsprechenden Importen konfrontierten ausländischen Schwestergesellschaften, habe eine Studie vom 30. Juni 2011 gezeigt, wonach die konzerninternen Richtpreise in Deutschland, Polen, Holland, Schweden und Ungarn regelmässig unterschritten worden seien (U-act. 333, Beilage 4, S. 48 f.). Zu demselben Befund gelange man gestützt auf eine Übersicht der Rechnungspreise von Nikon Deutschland und Nikon Polen für die Spiegelreflexkamera D700 (U-act. 333, Beilage 5 und 6). Die von der Vorinstanz zitierte interne Korrespondenz sei vor diesem Hintergrund zu interpretieren (Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 154 ff., 573 ff.; Beschwerde, Rz. 617 ff., 670 ff., Beilage 10).

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die von der Beschwerdeführerin angeführte konzerninterne Vergleichsanalyse lediglich einige wenige ausgewählte Länder und Produkte umfasst, welche zudem von der vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchung teilweise nicht betroffen sind (vgl. U-act. 333, Beilage 4, S. 48 f.). Eine aussagekräftigere Übersicht über Verkaufszahlen und -preise für die in Frage stehenden Produkte der Schwestergesellschaften im relevanten Zeitraum hat die mitwirkungspflichtige Beschwerdeführerin nicht vorgelegt. Immerhin ist aus den zitierten Dokumenten ersichtlich, dass Unterschreitungen der Konzernvorgaben in Bezug auf den Preis tatsächlich stattgefunden haben, wenn auch gemäss Angaben der genannten Studie in Bezug auf einige der genannten Länder (Holland, Deutschland) nur in begrenztem Umfang (vgl. U-act. 333, Beilage 4, S. 49). Im Übrigen kann sich die Beschwerdeführerin bezüglich der unternehmensinternen Preisharmonisierung zwar auf das Konzernprivileg berufen (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG); doch weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin (angefochtene Verfügung, Rz. 273, 285), dass das Konzernprivileg zwar Massnahmen im Innenverhältnis erlaubt, nicht aber eine Disziplinierung unabhängiger Händler (wobei konzerninterne Mindestpreise typischerweise dann unter Druck geraten, wenn sie gemessen an regionalen Kaufkraftunterschieden besonders hoch angesetzt sind). Aufgrund der internen Korrespondenz erwiesen ist, dass die Beschwerdeführerin bei ausländischen Schwestergesellschaften bzw. auf Konzernebene wiederholt Massnahmen gegen unliebsame Parallelhändler gefordert hat bzw. sich in Aussicht stellen liess (vgl. U-act. 19, S. 230; U-act. 16, S. 55, 62, 154; U-act. 17, S. 127, 175). Dass es sich dabei lediglich um Massnahmen gegen Aktivverkäufe, nicht auch gegen Passivverkäufe gehandelt habe, wie die Beschwerdeführerin einwendet (Beschwerde, Rz. 658 ff.), geht aus der zitierten Korrespondenz (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 259, 272, 273, 276, 279) nicht hervor; vielmehr legen die strittigen Schreiben den Schluss nahe, die Beschwerdeführerin habe im Rahmen ihrer Bemühung zur Unterbindung des Parallelhandels nicht zwischen Aktiv- und Passivverkäufen unterschieden (s.u., E. 7.3).

So heisst es in einer Nachricht des Vertriebsverantwortlichen der Beschwerdeführerin, B., vom 20. April 2009 an den Verantwortlichen der deutschen Konzernniederlassung: „Darf ich Euch bitten zu schauen, dass [...] Palettenschieber keine Ware in die Schweiz liefern" (U-act. 19, S. 230). Der polnischen Schwestergesellschaft wurde mit Datum vom 5. Juni 2009 mitgeteilt (Kopie an Nikon Deutschland sowie die europäische Muttergesellschaft): „Unfortunately, it seems that your efforts to better control exports from Poland did not show the (desired) success" (U-act. 16, S. 55). In Reaktion darauf schreibt der polnische Verantwortliche am 3. Juli 2009

(zu einem Zeitpunkt, in welchem weder in Polen noch in der Schweiz Selektivvertriebsstrukturen bestanden): „We have just introduced a complex of countermeasures against grey“, und: „countermeasures will lead to grey elimination however it is not possible in 100 %“ (U-act. 16, S. 62). Mit Bezug auf die Lieferung eines ausländischen Grosshändlers in die Schweiz ergeht am 8. Januar 2009 an die deutsche Nikon-Niederlassung die Aufforderung: „Please do your outmost and stop [wholesaler] to do such things“ (U-act. 16, S. 154; Kopie an die Europazentrale). Ferner teilt der schweizerische Vertriebsverantwortliche am 17. Februar 2009 seinen Mitarbeitern mit: „Soeben hat mich [Nikon] Deutschland informiert, dass [Schweizer Importeur] wie wahnsinnig D90 auf dem deutschen Markt sucht. GmbH [Nikon Deutschland] wird die Lieferungen blockieren“ (U-act. 17, S. 127). Am 14. Juli 2009 schreibt die Beschwerdeführerin mit Bezug auf parallelimportierte Ware aus Griechenland: „we need to control the involved box movers and take necessary actions“ (U-act. 17, S. 175).

Dabei ist einzig in der zitierten Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und den polnischen Vertriebsverantwortlichen sowie im Schreiben der Beschwerdeführerin betreffend die Importe aus Griechenland eine mögliche Mindestpreisproblematik erkennbar; allerdings fehlt es in diesen Fällen an einer Rechtfertigung für Massnahmen im Konzern-Aussenverhältnis. Dass die beschlagnahmte Korrespondenz keinen unmittelbaren Beleg für das Ergreifen entsprechender Massnahmen durch die ausländischen Schwestergesellschaften liefert, wie die Beschwerdeführerin einwendet (Beschwerde, Rz. 629, 714 ff.), ist nicht massgebend; entscheidend ist vielmehr, dass die strittige Korrespondenz den Eindruck vermittelt, die Beschwerdeführerin habe gegenüber ihren ausländischen Schwestergesellschaften sowie der europäischen Konzernzentrale unterschiedslos auf die Durchsetzung von Massnahmen gegen Arbitrage-Geschäfte gedrängt. Auch was die Beschwerdeführerin weiter vorträgt, überzeugt nicht. Dass das Rückverfolgen von Warenströmen der Identifikation von Diebesgut und Fälschungen gedient habe (Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 158; Beschwerde, Rz. 674), mag auf Einzelfälle zutreffen, erklärt aber keinesfalls das Ausmass des betriebenen Aufwands sowie die Systematik des Vorgehens. Nicht glaubhaft erscheint zudem, dass Abmahnungen der Beschwerdeführerin gegenüber der polnischen Schwestergesellschaft zum Schutz der deutschen Selektivvertriebsstrukturen erfolgt sein sollen (Stellungnahme vom 25. Juli 2011, U-act. 333, Rz. 156; Beschwerde, Rz. 672); ein diesbezügliches Interesse der Beschwerdeführerin ist jedenfalls nicht erkennbar, zumal sie eigenen Angaben zufolge unter der Preispolitik der deutschen Niederlassung besonders gelitten haben will (Beschwerde, Rz. 624 ff.). Am Rechtsanschein der Verträge vermögen die Einwendungen der Beschwerdeführerin daher nichts zu ändern; vielmehr verfestigt sich der Eindruck, die Beschwerdeführerin habe zur Verteidigung ihrer Inlandpreise auf die Unterbindung von Parallelimporten in die Schweiz aktiv hingewirkt.

7.2.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, keiner der befragten in- und ausländischen Händler habe ausgesagt, beim Parallelhandel behindert worden zu sein. Auch habe die Vorinstanz bezeichnenderweise keinen einzigen Passivverkauf in die Schweiz identifiziert, gegen den die Beschwerdeführerin vorgegangen wäre. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin aktiv verhindert, dass die europäische Konzernzentrale Parallelimporte aus den USA in die Schweiz unterband (Beschwerde, Rz. 273 ff., 300 ff., 404, 422 ff., 432, 580, 597 ff., 884). Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Umstand, dass die befragten Händler grossmehrheitlich angegeben hätten, keine Ware aus dem Ausland bezogen zu haben, zeige, dass die vertraglichen Importverbote auf Gross- und Einzelhandelsstufe umgesetzt worden seien. Die Ausübung von Druck sei entbehrlich gewesen, da sich die Händler offensichtlich vertragskonform verhalten hätten (angefochtene Verfügung, Rz. 103 ff., 326).

Dazu ist erneut festzuhalten, dass die Vorinstanz das vorliegende Verfahren nicht wegen Missbrauchs von Marktmacht, sondern wegen Verdachts auf Wettbewerbsabreden geführt hat. Die befragten Abredepartner sahen sich also einem Risiko ausgesetzt, in die Untersuchung miteinbezogen zu werden; die von der Vorinstanz verschickten Fragebogen verwiesen denn auch (teilweise) ausdrücklich auf das Aussageverweigerungsrecht im Falle drohender Selbstbelastung (vgl. U-act. 122). Die Mehrzahl der Händler hatte überdies im Hinblick auf die Einführung selektiver Vertriebsstrukturen durch die Beschwerdeführerin ein Interesse an intakten Geschäftsbeziehungen. Ferner stellt eine Disziplinierung von Vertragspartnern vorliegend nicht das entscheidende Beweisthema dar: Halten sich die Abredepartner an eine Vereinbarung, woran beide Seiten naturgemäss ein gewisses Interesse haben, oder bleibt ein Verstoss dagegen unentdeckt, bleibt auch eine entsprechende Reaktion aus. Gegenüber nicht vertragsgebundenen Händlern sowie ausländischen Exporteuren verfügte die Beschwerdeführerin zudem nicht über direkte Einflussmöglichkeiten.

Im Übrigen ist aus dem vorstehend zitierten E-Mail-Verkehr zwar ersichtlich, dass Parallelimporte in gewissem Umfang stattfanden; die Aussagen der inländischen Vertragshändler lassen allerdings darauf schliessen, dass dies jedenfalls auf Grosshandelsstufe nur in begrenztem Umfang der Fall war. So gaben vier der sechs Grossisten an, im fraglichen Zeitraum keine Parallelimporte getätigt zu haben (U-act. 205, 122, 150, 147). Einer der befragten Grosshändler gab an, nur in geringfügigem Ausmass importiert zu haben, wobei es zu keinen Behinderungen gekommen sei (U-act. 195, Frage 7; U-act. 300, Ziff. 1; Beschwerde, Rz. 302 ff.). Ein Grosshändler sagte aus, in erheblichem Umfang Vertragsware aus dem Ausland bezogen zu haben (U-act. 236, Frage 4.b), wofür er von der Beschwerdeführerin mehrfach gerügt und am 3. Oktober 2007 schriftlich abgemahnt worden sei (U-act. 236, Frage 5). Die Beschwerdeführerin wendet ein, die schriftliche Mahnung habe sich auf Exporte, nicht auf Importe bezogen (Beschwerde, Rz. 310 ff.), was aufgrund der Untersuchungsakten zutreffend erscheint (vgl. U-act. 267). Dies bedeutet jedoch nicht, dass auch die mündlichen Rügen sich lediglich auf Exporte bezogen; vielmehr muss im Antwortkontext angenommen werden, mit dem gerügten „Parallelhandel“ seien (auch) die in der Befragung zuvor angesprochenen Einfuhren gemeint (U-act. 236, Frage 4.b). Ein ähn-

liches Bild ergibt sich auch auf Einzelhandelsstufe. Auch hier haben lediglich zwei der befragten Händler angegeben, Vertragsware ausserhalb des Vertragsgebiets bezogen zu haben; die entsprechenden Parallelimporte erreichten dabei nur begrenzten Umfang (vgl. U-act. 163, 171; angefochtene Verfügung, Rz. 326). Kaum Angaben macht die Vorinstanz zu den Aussagen von Nichtvertragshändlern und ausländischen Exporteuren (angefochtene Verfügung, Rz. 327 ff.). Soweit ersichtlich gingen vier zumindest teilweise einlässliche Stellungnahmen von ausländischen Händlern ein (U-act. 146, 156, 212, 237). Eine US-amerikanische Händlerin (Z.) gab an, von der amerikanischen Nikon-Tochtergesellschaft sowie der Konzernspitze in Japan mehrfach zum Verzicht auf Verkäufe ausserhalb des zugewiesenen Vertragsgebiets angehalten worden zu sein (U-act. 156). Eine deutsche Vertragshändlerin (Y. GmbH, Deutschland) sagte aus, sie habe über ihre Schwestergesellschaft in Liechtenstein Parallelhandel mit der Schweiz betrieben und sei in der Folge von der deutschen Nikon-Niederlassung wiederholt zum Verzicht auf Exporte ausserhalb des Vertragsgebiets aufgefordert worden, wobei die Vertragskündigung drohte (U-act. 237, Fragen 4, 5, 7; Beilagen 2 - 4). Vor diesem Hintergrund ist die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach die Befragung der Händler den Rechtsanschein der Verträge sowie die von der internen E-Mail-Korrespondenz ausgehende Indizienlage bestärke, nicht zu beanstanden.

Daran ändert auch die Behauptung der Beschwerdeführerin nichts, sie habe sich aktiv dafür eingesetzt, dass die europäische Konzernzentrale Exporte aus den USA in die Schweiz nicht behindert habe (Beschwerde, Rz. 277). Durch den zitierten Schriftenwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und Nikon Europe B.V., Amsterdam, ist diese Aussage jedenfalls nicht belegt. Mit Schreiben vom 30. September 2009 (notabene nach der vorinstanzlich beurteilten Zeitspanne) informierte die europäische Muttergesellschaft die Beschwerdeführerin, dass sie die amerikanische Nikon-Niederlassung aufgefordert habe, deren amerikanische Vertragshändlerin Z. anzuhalten, die Vertragsware nicht mehr in Europa im Internethandel anzubieten; dennoch seien die fraglichen Produkte weiterhin auf der schweizerischen Internetplattform der amerikanischen Vertragshändlerin im Angebot (U-act. 16, S. 77). Am 1. Oktober 2009 wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das schweizerische Kartellrecht keine Handhabe biete für ein Vorgehen gegen das amerikanische Unternehmen (U-act. 16, S. 76; was auf Aktivverkäufe allerdings gerade nicht zutrifft: s.u., E. 7.3). Vorliegend zu beachten ist, dass die Beschwerdeführerin selbst in keiner Rechtsbeziehung zur amerikanischen Vertragshändlerin stand, ein Vorgehen daher nur über die amerikanische Nikon-Niederlassung als Lieferantin der US-Händlerin Erfolg versprechen konnte. Dass die Beschwerdeführerin ihre europäische Muttergesellschaft von einer entsprechenden Intervention abgehalten hätte, lässt sich dem Schreiben hingegen nicht entnehmen.

7.2.5 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich aus der internen Korrespondenz der Beschwerdeführerin sowie den Antworten der befragten Händler konkrete Indizien für eine gezielte Umsetzung sowohl der inländischen Importverbote als auch der deutschen, amerikanischen, griechischen und polnischen Exportverbote ergeben; für eine Umsetzung der britischen Klauseln spricht immerhin der Rechtsanschein der Verträge, für eine Umsetzung der österreichischen, slowenischen und ungarischen Klauseln darüber hinaus das Verhalten der für den Vertrieb in den genannten Ländern zuständigen deutschen Konzernniederlassung.

7.3 Absoluter Gebietsschutz

Bei Sachverhalten, die unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, ist von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten. Nur soweit die Vermutung in der Folge umgestossen werden kann, ist allenfalls zu prüfen, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs unter anderem vermutet bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, vom Gesetz erfasst sei sowohl die direkte als auch die indirekte Zuweisung von Gebieten; im Übrigen verbiete die Vorschrift den Ausschluss sogenannter Passivverkäufe, ein Ausschluss von Aktivverkäufen sei hingegen zulässig. Die beanstandeten inländischen Vertriebsverträge der Beschwerdeführerin enthielten ein Importverbot, die ausländischen Vertriebsverträge ein direktes bzw. indirektes Exportverbot, welches auch Passivverkäufe umfasse; der Vermutungstatbestand sei damit erfüllt (angefochtene Verfügung, Rz. 189 ff., 200 ff., 222 f., 226 ff., 237 ff.).

Die Beschwerdeführerin wendet ein, Art. 5 Abs. 4 KG setze nebst einem inländischen Vertriebsvertrag eine exklusive Gebietszuweisung an einen Vertragshändler voraus, verbunden mit der Verpflichtung des Lieferanten, Verkäufe in das zugewiesene Gebiet durch gebietsfremde Vertriebspartner zu unterbinden. Blosse Bezugsbeschränkungen, wie sie in den schweizerischen Verträgen statuiert seien, genügten den gesetzlichen Anforderungen nicht, zumal der Gesetzeswortlaut nach dem Grundsatz nulla poena sine lege eng auszulegen sei. Unbeachtlich zu bleiben hätten Vereinbarungen in ausländischen Verträgen, an denen die Beschwerdeführerin nicht beteiligt gewesen sei (Beschwerde, Rz. 213 ff., 449 ff., 460, 524, 532 ff, 539 ff., 556 ff.).

7.3.1 Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG setzt nach dem Gesetzeswortlaut dreierlei voraus: erstens einen Vertriebsvertrag, zweitens eine Gebietszuweisung, drittens einen gebietsübergreifenden Verkaufsausschluss. Die Bestimmung wurde 2003 anlässlich der parlamentarischen Beratung der Revisionsvorlage in das Gesetz aufgenommen. Hintergrund bildeten verschiedene politische Vorstösse im Rahmen der öffentlichen Debatte um die „Hochpreisinsel Schweiz“ (vgl. NR Raggenbass, Fasel, Strahm, in: AB NR 2002, S. 1436 f.; 1437 f.; 1438; ZÄCH, a.a.O., Rz 493, m.w.H.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 36). In der Beratung der Gesetzesvorlage standen sich redaktionell das Konzept des absoluten Gebietsschutzes, beruhend auf dem Wortlaut des heutigen Art. 5 Abs. 4 KG („[...] Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden“), sowie das Konzept der Marktabschottung („[...]

Aufteilung von Märkten [...], welche eine Marktabschottung bezwecken oder bewirken") gegenüber, wobei das Marktabschottungskonzept aufgrund der offeneren Formulierung in der Folge nicht umgesetzt wurde (vgl. AB NR 2002, S. 1434 ff.; AB SR 2003, S. 317 ff.; Beschwerde, Rz. 473 ff.). In der Lehre herrscht Einigkeit, dass gemäss geltender Textfassung lediglich ein Ausschluss von Passivverkäufen unter den Vermutungstatbestand fällt, während eine Beschränkung von Aktivverkäufen weiterhin zulässig ist (ZÄCH, a.a.O., Rz. 469 f.; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Jusletter vom 27. September 2004, Rz. 70; BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 42 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 555; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 668 f.). Als Passivverkauf gilt die Annahme eines unaufgeforderten Kaufangebots, als Aktivverkauf der Vertrieb durch gezielte Vermarktungsmassnahmen, wozu die Gründung und der Unterhalt von Niederlassungen und Auslieferungslagern, die direkte Kundenansprache durch persönliche Kommunikation oder öffentliche Verkaufsförderungsmassnahmen sowie der Betrieb einer spezifisch auf das Vertragsgebiet zugeschnittenen Internetseite gezählt werden (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 564 ff.). Unbestritten ist ferner, dass unter das geltende Gesetz lediglich die Zuweisung von Gebieten, nicht auch die Zuweisung von Geschäftspartnern fällt (vgl. AB SR 2003, S. 330 [Büttiker]; AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 65).

7.3.2 Weiter unterscheidet Art. 5 Abs. 4 KG nicht zwischen direkter und indirekter Zuweisung von Gebieten. Vereinzelt wird in der Lehre daraus der Schluss gezogen, lediglich direkte Formen der Gebietszuweisung seien vom Gesetz erfasst. Zur Begründung wird auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG verwiesen, wonach eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs insbesondere vermutet wird bei Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; eine entsprechende Erwähnung indirekter Gebietszuweisungen fehle in Art. 5 Abs. 3 Bst. c bzw. in Art. 5 Abs. 4 KG (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 65). Der Vergleich lässt jedoch angesichts der besonderen praktischen Bedeutung indirekter Preisangleichungsinstrumente (Rabatte, Skonti, Margen, Provisionen, Empfehlungen, Bandbreitenvorgaben, vgl. BVGer B-8399/2010, 23. September 2014, Baubeschläge, E. 5.4.22; BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 34) nur begrenzt Rückschlüsse zu. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG nimmt in Bezug auf Gebietsklauseln jedenfalls keine Einschränkung vor. Nach Auffassung der wohl herrschenden Lehre werden indirekte Formen der Gebietszuweisung denn auch ohne Weiteres erfasst (ZÄCH, a.a.O., Rz. 469; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 533). Dazu zählen etwa die Verknüpfung produktbezogener Vertragsleistungen (z.B. Garantieleistungen) mit dem Erwerbsort der Vertragsware oder die Vereinbarung von Bezugs- oder Lieferpflichten (vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 533, 537). Eine solche Bezugspflicht findet sich vorliegend in den inländischen Vertriebsverträgen der Beschwerdeführerin: In Art. 3 Ziff. 1 des Vertriebsvertrags mit sechs Schweizer Grosshändlern heisst es: „Das Vertragsgebiet ist die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein" (U-act. 66, Beilage 14 ff.). Passivverkäufe von der Schweiz ins Ausland sind nach § 4 Ziff. 1 des Vertrags zwar nicht untersagt; hingegen sind Importe aus dem Ausland in die Schweiz gemäss § 6 Ziff. 1 unzulässig: „Der Distributor und dessen Tochter- und Schwestergesellschaften dürfen die Vertragserzeugnisse nur von Nikon oder von einem anderen von Nikon autorisierten Distributor im Vertragsgebiet beziehen." Analoge Vorschriften sind in Ziff. 3 der Selektivvertriebsverträge der Beschwerdeführerin für die Kameramodelle „D3S" sowie „D3X" mit diversen Einzelhändlern in der Schweiz (U-act. 66, Beilagen 32, 33) sowie in § 2 Abs. 1 sowie § 4 Ziff. 1 der Vertriebsverträge „Nikon Professional Dealer" zwischen der Beschwerdeführerin und diversen schweizerischen Einzelhändlern enthalten (U-act. 11, S. 68). Dabei handelt es sich um indirekte Gebietszuweisungen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG (die an den Verkaufsort der Ware geknüpfte „Swiss Garantie" wurde vorinstanzlich als unbedenklich eingestuft: angefochtene Verfügung, Rz. 292 ff., 308).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in den Elmex-Urteilen die Auffassung vertreten, dass auch eine indirekte Gebietszuweisung vom Vermutungstatbestand erfasst wird, da es andernfalls ein Leichtes wäre, das Gesetz zu umgehen, und es überdies dem klaren Willen des Gesetzgebers entspreche, absolute Gebietsschutzabreden unabhängig von der Form der Zuweisung zu verhindern (B-506/2010, 19. Dezember 2013, E. 8.2.2). Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Dem zitierten Entscheid lag allerdings keine indirekte Gebietszuweisung im beschriebenen Sinne zugrunde, sondern ein generelles Ausfuhrverbot, wie es sich auch in mehreren ausländischen Nikon-Vertriebsverträgen findet. In den Selektivvertriebsverträgen der Nikon-Niederlassungen in Deutschland, Österreich, Slowenien und Ungarn mit diversen Gross- und Einzelhändlern in den jeweiligen Ländern (U-act. 66, Beilagen 34, 35, 38, 39, 45, 46) heisst es (Wortlaut gemäss deutscher Vertragsfassung): „Im Übrigen verpflichtet sich der Grosshändler bzw. der Vertragshändler, die Nikon Produkte ausserhalb des EWR nicht zu verkaufen." Die entsprechende Bestimmung in den „Retail Dealer Sales Agreements" und „Internet Dealer Sales Agreements" zwischen Nikon Inc., USA, und diversen amerikanischen Einzelhändlern (U-act. 353, 354) lautet: "In no event shall customer [dealer] directly or indirectly, transmit, send, or export any product outside the territory [USA]." Dabei handelt es sich um direkte Formen der Gebietszuweisung. Von Art. 5 Abs. 4 KG werden diese Klauseln ohne Weiteres erfasst. Einzig den britischen, polnischen und griechischen Verträgen lässt sich weder ein direkter noch indirekter Ausschluss von Passivverkäufen entnehmen, doch hat die Vorinstanz in diesen Fällen ausdrücklich nicht auf den Wortlaut, sondern auf die Umsetzung der Verträge abgestellt (s.o., E. 7.1.2, 7.2.3 f.).

Der Einwand der Beschwerdeführerin, von Art. 5 Abs. 4 KG sei lediglich das Verbot von Einfuhren in das Vertragsgebiet erfasst (Beschwerde, Rz. 549, 556), findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze („soweit Verkäufe [...] ausgeschlossen werden"). Da vertragliche Importverbote ebenso wie Exportverbote lediglich die jeweiligen Vertragshändler im In- und Ausland binden, während vertragsungebundene Händler keiner Beschränkung unterliegen, entfaltet erst eine Kombination von Einfuhr- und Ausfuhrklauseln umfassende Wirkung; bereits im Zu-

sammenhang mit der Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht (Art. 3 Abs. 2 KG) wurde festgehalten, dass es nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen kann, nur inländische Bezugsbeschränkungen dem Gesetz zu unterstellen (E. 4.3.3). Grundsätzlich nicht entscheidend ist dabei, ob der vertragliche Ausschluss von Passivverkäufen mit einem Anspruch der Vertragshändler gegenüber dem Lieferanten auf Durchsetzung des vertikalen Gebietsschutzes verknüpft wird; eine solche Einschränkung lässt sich dem Gesetz (entgegen der Beschwerde, Rz. 530 f.) jedenfalls nicht entnehmen. In Fällen wie dem vorliegenden, in welchem die Vorinstanz von einer asymmetrischen Interessenlage ausgeht, dürfte eine Selbstverpflichtung des Vertragsstipulenten ohnehin die Ausnahme bilden. Das Argument der Beschwerdeführerin, die strittigen Vertragsklauseln seien nicht spezifisch genug, um für sich genommen, das heisst ohne Nachweis entsprechender Vollzugshandlungen, als Massnahmen zur Marktabschottung ausgelegt zu werden (Beschwerde, Rz. 209, 635 ff.), verfängt im Übrigen schon insofern nicht, als die Beschwerdeführerin nach dem Gesagten auf die Verhinderung von Parallelimporten aktiv hingewirkt hat.

7.3.3 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, ein absoluter Gebietsschutz erfordere die ausschliessliche Zuweisung eines Verkaufsgebiets an einen einzelnen Händler (Beschwerde, Rz. 456 ff., 466 ff.). Tatsächlich wird das Konzept des absoluten Gebietsschutzes in der Literatur teilweise als reiner Anwendungsfall des Alleinvertriebs diskutiert, wobei allerdings nicht-exklusive Vertriebsformen nicht explizit vom Vermutungstatbestand ausgenommen werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz 466 ff.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 667 ff.; wohl ablehnend: BREI, a.a.O., S. 325). Analog ist auch in der Vertikalbekanntmachung 2010 der Wettbewerbskommission (VertBek, BBl 2010 5078), ebenso wie schon in der entsprechenden Bekanntmachung aus dem Jahr 2007, von ausschliesslicher Zuweisung an einen einzelnen Händler die Rede (Ziff. 2 und 3). Andere Autoren rechnen zumindest selektive Vertriebsstrukturen ausdrücklich dem Vermutungstatbestand zu (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 43; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 533). Darüber hinaus findet sich in der Lehre unter Verweis auf den Gesetzeswortlaut auch die Auffassung, wonach die Zuweisung an mehrere Händler unabhängig von der Vertriebsform unter den Vermutungstatbestand fällt (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 67; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., Art. 5 KG N. 228). Die Praxis hat sich mit der Frage bisher nicht befasst. Tatsächlich ist im Gesetz weder von exklusiver noch von selektiver Zuweisung die Rede. Gefordert wird ein „Vertriebsvertrag", kein Alleinvertriebs- oder Selektivvertriebsvertrag. Dies legt den Schluss nahe, Ausschliesslichkeit oder Geschlossenheit des Vertriebs seien nicht erforderlich.

Was die Beschwerdeführerin dagegen vorträgt, überzeugt nicht. Sie verweist unter anderem auf die Beratung der Gesetzesvorlage im Parlament, insbesondere auf ein Votum von Ständerat Schiesser anlässlich der ständerätlichen Debatte vom 20. März 2003 (AB SR 2003 S. 329 f.), wonach ein absoluter Gebietsschutz bestehe, wenn ein Unternehmen sein Vertragsgebiet so aufteile, dass in jedem Teilgebiet „nur ein Händler" über die fragliche Ware verfüge (Beschwerde, Rz. 468 ff., 483, 486). Abgesehen davon, dass aus der Meinungsäusserung eines Abgeordneten kaum ein „Wille des Gesetzgebers" konstruiert werden kann - zumal die parlamentarische Beratung kontrovers und teilweise widersprüchlich verlief (vgl. SR Büttiker, in: AB SR 2003 S. 331 f.; AB NR 2002, S. 1434) - wird in der zitierten Aussage in eher allgemeiner und idealtypischer Weise die Konzeption der Gesetzesvorlage am Bespiel des Alleinvertriebs erläutert, ohne Bezugnahme auf weitere in der Praxis geläufige Vertriebsmodelle. Antworten auf rechtstechnische Detailfragen vermögen die vorhandenen Materialien jedenfalls kaum zu liefern; hingegen ist daraus der Wille des Gesetzgebers ersichtlich, unabhängig vom legislatorischen Konzept aktiv gegen Marktabschottungstendenzen vorzugehen, was wiederum im Rahmen der von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten teleologischen Gesetzesauslegung (Beschwerde, Rz. 487 ff.) zu beachten ist. Bezogen auf den inländischen Intrabrand-Wettbewerb ist das Ausmass des Preisdrucks aus dem Ausland nämlich nicht allein von der Anzahl inländischer Vertragshändler abhängig, sondern ebenso vom Umfang der Unterbindung ausländischer Exporte an nicht vertragsgebundene inländische Händler sowie von der Vertragstreue der beteiligten Abredepartner. Die Zahl der inländischen Vertriebshändler stellt in dieser Gleichung eine ambivalente Grösse dar: Einerseits vermindert sich mit dem Einbezug zusätzlicher Händler die Zahl nicht vertragsgebundener potenzieller Parallelimporteure, andererseits steigt mit der Zahl der Vertriebspartner im Inland der Druck auf die gemeinsamen Regeln bzw. die Gefahr von „Abweichlern" unabhängig davon, ob die Zuweisung im Rahmen eines offenen oder selektiven Vertriebs erfolgt. Vor diesem Hintergrund ist die vorinstanzliche Anwendung des Vermutungstatbestands auf die gleichzeitige Zuweisung eines Gebiets an mehrere Händler nicht zu beanstanden. Von extensiver Gesetzesauslegung kann dabei angesichts des Gesetzeswortlauts nicht gesprochen werden. Ein Rückgriff auf die Vertikalbekanntmachungen der Vorinstanz erübrigt sich, zumal diese, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt (vgl. Beschwerde, Rz. 503 ff., 550 ff.), lediglich die Rechtsauffassung der Vorinstanz zum Ausdruck bringen. Auf die Rüge, die Vorinstanz habe fälschlicherweise auf die Vertikalbekanntmachung aus dem Jahr 2010 statt auf jene aus dem Jahr 2007 abgestellt und dadurch das Rückwirkungsverbot verletzt (Beschwerde, Rz. 96 ff.), muss vor diesem Hintergrund nicht näher eingegangen werden. Die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 4 KG ist vorliegend erfüllt.

7.4 Vermutungswiderlegung

Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ist grundsätzlich widerlegbar (Botschaft KG 1995, S. 565; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 8.3.1; BVGer, 1. Juni 2010, RPW 2010/2, S. 368 ff., Strassenbelagskartell, E. 7, m.w.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 449).

Die Vorinstanz unterschied im Hinblick auf die Beurteilung der Wettbewerbswirkungen der strittigen Abrede einen sachlich relevanten Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv sowie einen solchen für digitale Kompaktkameras, ferner sachlich relevante Märkte für digitale Wechselobjektive und für Blitzlichtgeräte; in räumlicher Hinsicht ging sie von einem homogenen schweize-

rischen Markt aus (angefochtene Verfügung, Rz. 360 ff., 382 ff.). In der Folge gelangte sie zum Schluss, für die fraglichen Produkte habe im massgebenden Zeitraum aufgrund schwankender Preise und Wechselkurse ein Arbitragepotenzial bestanden, welches von einzelnen Händlern nur, aber immerhin zum Teil genutzt worden sei; insofern habe auf den relevanten Märkten trotz Behinderung des Parallelhandels durch die Beschwerdeführerin ein gewisser Intrabrand-Wettbewerb geherrscht (angefochtene Verfügung, Rz. 386 ff., 458 ff.). Angesichts der dynamischen Marktanteilsentwicklung auf Herstellerebene, der hohen Produktdifferenzierung sowie einer sinkenden Preisentwicklung sei zudem von aktuellem Interbrand-Wettbewerb auszugehen; auch seien die Markteintrittsschranken für potenzielle Wettbewerber als überwindbar zu beurteilen. Es sei daher nicht von einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auszugehen (angefochtene Verfügung, Rz. 461 ff., 478 ff., 480 ff.). Im Ergebnis wird dieser Befund von der Beschwerdeführerin geteilt, sowohl in Bezug auf die Marktabgrenzung als auch bezüglich der Gesamtbeurteilung der Marktkräfte (Beschwerde, Rz. 754).

Zu beachten ist, dass Art. 5 KG nicht von der Beseitigung jeglichen Wettbewerbs, sondern von der Beseitigung der Wirksamkeit des Wettbewerbs spricht, ferner dass sich absolute Gebietsschutzklauseln naturgemäss primär auf den Intrabrand-Wettbewerb auswirken; selbst bei einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Rahmen des Vertriebs eines bestimmten Markenprodukts bleibt daher typischerweise auf Hersteller-Ebene ein gewisser Interbrand-Wettbewerb erhalten. Vor diesem Hintergrund wird in der Lehre mitunter die Auffassung vertreten, die gesetzliche Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Rahmen einer absoluten Gebietsschutzabrede könne nicht durch den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb umgestossen werden (ZÄCH, a.a.O., Rz. 491 ff.). Tatsächlich kann ein wettbewerbsbeschränkendes Vertikalverhalten eines Herstellers gerade als Indiz aufgefasst werden für eine fehlende disziplinierende Wirkung des Wettbewerbs auf Herstellerebene. Allerdings wird auch die gegenteilige Position vertreten, wonach vertikale Gebietsschutzabreden nur dann als problematisch zu beurteilen seien, wenn der Hersteller nachweislich über Marktmacht verfüge bzw. wenn es an wirksamem Interbrand-Wettbewerb fehle (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 81 ff., 91, 93 ff.; GION GIGER, Vertikale Abreden - Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Kartellrecht, sic! 2010, S. 868 ff.). Die Frage kann an dieser Stelle offen bleiben (s.u., E. 7.5.4), da die Vorinstanz jedenfalls zu Recht von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den relevanten Märkten ausgegangen ist, wie nachstehend zu zeigen sein wird.

7.5 Erheblichkeit

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die nicht zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen aber erheblich beeinträchtigen, unzulässig, sofern sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, bei absoluten Gebietsschutzabreden handle es sich um besonders schädliche Praktiken, welche eine in qualitativer Hinsicht erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellten. In quantitativer Hinsicht sei daher von geringeren Anforderungen auszugehen. Im Übrigen sei aufgrund der starken Marktposition der Beschwerdeführerin sowie angesichts ungenutzter Arbitragepotenziale im fraglichen Zeitraum auch in quantitativer Hinsicht eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzunehmen. Dafür spreche auch die rückläufige Entwicklung der Inlandpreise nach Aufhebung der strittigen Abreden (angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff., 489 ff., 494 ff., 518 f.).

Die Beschwerdeführerin wendet ein, eine Abrede, für welche in quantitativer Hinsicht lediglich geringfügige Auswirkungen nachgewiesen seien, könne nicht als erheblich im Sinne des Gesetzes gelten. Entscheidend sei im Übrigen, dass die Vorinstanz festgestellt habe, dass zwischen dem In- und dem Ausland für die betroffenen Produkte keine systematischen Preisunterschiede bestanden hätten; aus punktuellen Arbitragepotenzialen lasse sich nichts herleiten. Die von der Vorinstanz angeführten Preissenkungen ab Herbst 2009 entsprächen den Preissenkungen der Konkurrenz; für eine erhebliche tatsächliche Beeinträchtigung des schweizerischen Markts fehle hingegen jegliche Evidenz (Beschwerde, Rz. 774 ff., 783 ff., 811 ff., 864 ff.).

7.5.1 Der in Art. 5 Abs. 1 KG verwendete Begriff „erheblich“ (französisch: „notable“; italienisch: „notevolmente“) wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Umgangssprachlich ist damit etwas an Bedeutung, Umfang oder Menge Beträchtliches bzw. Nichtgeringes gemeint (vgl. Brockhaus [Hrsg.], WAHRIG Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 466). Der in der Botschaft zum Entwurf des Kartellgesetzes enthaltene Verweis auf die Praxis zum Vorgängererlass (Botschaft KG 1995, S. 554) ist aufgrund konzeptioneller Differenzen kaum weiterführend (vgl. BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 18). Sprachlich klingt im französischen „notable“ bzw. im italienischen „notevolmente“ das europäische Merkmal der Spürbarkeit an, welches als blosses Aufgreifkriterium konzipiert ist (vgl. De minimis-Bekanntmachung der EU-Kommission, ABl. 2014 C 291/01; französischer Wortlaut: „sensible“; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 69 ff., m.w.H.; s. sogleich); das deutsche „erheblich“ wiederum ist sprachlich verwandt mit dem Wesentlichkeitsmerkmal der amerikanischen Jurisdiktionsklausel, welche ebenfalls als Bagatellklausel konzipiert ist („direct, substantial and reasonably foreseeable“, s.o. E. 4.3.2). Die Botschaft zum Kartellgesetz nimmt einerseits Bezug auf das europäische Spürbarkeitskriterium, verweist andererseits auf das Erfordernis einer Einzelfallprüfung im Hinblick auf volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen im Sinne von Art. 1 KG bzw. Art. 96 BV. So heisst es einerseits (S. 554): „Von den materiellen Bestimmungen des Gesetzesentwurfs soll nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs erfasst werden. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen. [...] Im übrigen kennen auch die meisten ausländischen Kartellgesetze Erheblichkeits- oder Spürbarkeitskriterien.“ Andererseits wird ausgeführt (S. 555): „Unter dem nach schweizerischem Verfassungsverständnis zum Zuge kommenden Missbrauchsprinzip kann eine Wettbewerbsbeschränkung nicht an sich unzulässig sein. Massgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbe-

schränkung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind. Nur wenn die Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde, ist die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig."

Entsprechend variiert das Auslegungsspektrum in Lehre und Rechtsprechung. Im Allgemeinen wird zwischen qualitativen und quantitativen Kriterien unterschieden: Qualitative Kriterien nehmen auf den Inhalt der Abrede Bezug, quantitative auf die Marktabdeckung (Reichweite) bzw. die tatsächlichen Auswirkungen (vgl. z.B. BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 20 ff., 23; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 151 ff.; BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 5.2.1). Grundsätzlich ist das quantitative Schädlichkeitspotenzial einer Abrede anhand der kumulierten Marktanteile der daran beteiligten Unternehmen zu beurteilen (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 5.2.1), teilweise wird auch die Berücksichtigung des potenziellen Wettbewerbs sowie der Marktstellung gefordert (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 23 f.; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 230 ff.). Allerdings wird in Doktrin und Praxis nicht immer unterschieden zwischen quantitativem Schädlichkeitspotenzial (Marktanteile) und tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 494 ff.; Vertikalbekanntmachung 2010, Ziff. 12 und 13; NEFF, a.a.O., Art. 6 N. 7). Dies ist in der Sache unpräzis (vgl. HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 8, 57, 58 ff., 60 ff.) und führt zu prozessualen Unschärfen: Die Feststellung von Inhalt, Reichweite und Auswirkungen einer Abrede ist Tatfrage, die Qualifikation der potenziellen oder tatsächlichen Wirkungen Rechtsfrage. Welche Bedeutung qualitativen und quantitativen Kriterien im Einzelfall beigemessen und wie hoch die „Erheblichkeitsschwelle" dabei angesetzt werden soll, ist umstritten.

7.5.2 In der frühen Praxis der Vorinstanz nehmen quantitative Kriterien breiten Raum ein, während qualitative Kriterien sowie gesetzliche Rechtfertigungsgründe kaum eine Rolle spielen (vgl. z.B. RPW 1997/4, S. 490 ff., Rz. 55 ff., Recymet SA). Diese Rechtsprechung stützte sich auf die in der Lehre unter Berufung auf Art. 96 BV bzw. Art. 1 KG teilweise vertretene Auffassung, die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung sei nur zu bejahen, wenn die Abrede in concreto das Potenzial habe, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Folgen zu verursachen. Dies wiederum setze voraus, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen gemeinsam über Marktmacht verfügten, was anhand quantitativer Kriterien zu bestimmen sei (vgl. ADRIAN RAASS, Eine Frage der Erheblichkeit, sic! 2004, S. 912, 923). Diese Auffassung ist in der Lehre auf Kritik gestossen. Geltend gemacht wird, Art. 96 BV und Art. 1 KG stellten offene Zielvorgaben dar, aus denen sich keine konkreten Aufgreif- oder Eingreifschwellen herleiten liessen (ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 41 f.). Die typologische Unterscheidung zwischen schweizerischer „Missbrauchs-„ und europäischer "Verbotsgesetzgebung" sei seit der Einführung direkter Sanktionen in der Schweiz sowie dem Wechsel von einem generellen Kartellverbot zu einem solchen mit Legalausnahmen in der Europäischen Union überholt (BALDI, Für eine „informierte" Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 1184 f.; BORER, a.a.O., Art. 1 KG N. 6 ff.). Die Verhaltensprüfung habe sich stärker am Inhalt der Abrede und weniger an der Marktstellung der Abredepartner zu orientieren (ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; BALDI, Für eine „informierte" Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 1186; BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 509). Ausschweifende ökonomische Marktanalysen seien der Effizienz der Rechtsanwendung sowie der Rechtssicherheit abträglich, zudem stünde eine zu enge Auslegung der Aufgreifkriterien einer kasuistischen Herausbildung von Rechtfertigungsgründen nach Art. 5 Abs. 2 KG im Weg; in Anlehnung an die europäische Kartellrechtspraxis („Spürbarkeit") sei das Erheblichkeitsmerkmal im Sinne einer Bagatellklausel zu interpretieren und die Triage zwischen zulässigen und unzulässigen Abreden anhand ökonomischer Effizienzkriterien vorzunehmen (BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 509 ff.; HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 29 f.). Eine Beschränkung der Rechtsanwendung auf volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Abreden vernachlässige, dass das Kartellgesetz nicht nur den Schutz wirksamen Wettbewerbs, sondern auch den individuellen Schutz der Wirtschaftsfreiheit bezwecke (ZÄCH, a.a.O., Rz. 397; vgl. auch BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 5.2.1).

In Reaktion auf die Kritik kam es in der Praxis der Vorinstanz zur stärkeren Berücksichtigung qualitativer Kriterien, indem im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung vermehrt auf quantitative und qualitative Kriterien zurückgegriffen wurde (vgl. z.B. RPW 2000/3, S. 320 ff., Rz. 111 ff. Sanphar). Zudem wurde vereinzelt bei Abreden, deren Inhalt als besonders schwerwiegend beurteilt wurde, ausschliesslich auf qualitative Kriterien abgestellt (vgl. z.B. RPW 2002/3, S. 455 ff., Rz. 24 ff., Citroën; vgl. KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 168 ff.). In den Vertikalbekanntmachungen (VertBek) 2002 und 2007 vertrat die Vorinstanz die Auffassung, bei Abreden, welche unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallen, ergebe sich die Erheblichkeit unbesehen quantitativer Kriterien bereits aus dem Inhalt der Abrede (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 388 ff.). Die Vertikalbekanntmachung 2010 (BBl 2010 5078) sieht demgegenüber eine Erheblichkeitsprüfung gestützt auf quantitative wie auch qualitative Kriterien vor, nennt zugleich aber eine Reihe vertikaler Abreden, welche aufgrund ihres qualifizierten Inhalts unbesehen von Marktanteilsschwellen als potenziell erheblich zu beurteilen seien (vgl. Ziff. 12 i.V.m. Ziff. 13). In der Lehre ist das verstärkte Abstellen der Vorinstanz auf qualitative Kriterien von den vorgenannten Autoren begrüsst, teilweise aber auch kritisiert worden. Eingewendet wird, der sich aus dem schweizerischen Missbrauchsprinzip ergebende auswirkungsbasierte Ansatz, der im Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 KG seinen Niederschlag gefunden habe („beeinträchtigen") und sich aus Art. 96 BV sowie Art. 1 KG ergebe, wonach das Kartellgesetz die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen bezwecke, erfordere eine Orientierung an quantitativen Kriterien (PETER REINERT, in: Handkommentar zum KG, Art. 5 KG N. 6; NEFF, a.a.O., Art. 6 N. 5 ff.; Einleitung VertBek N. 3; Ziff. 12 VertBek N. 1 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, in: Com-

mentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 5 KG N. 118 ff.; RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2015, S. 232; DERS., Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2014, S. 231; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 612; s.o., E. 7.2.1). Als unbestritten gelten kann, dass eine Abrede, welche einen bedeutsamen Wettbewerbsparameter betrifft, erheblich sein kann, auch wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen verhältnismässig gering ist, während umgekehrt eine Abrede, welche einen unwesentlichen Wettbewerbsparameter betrifft, auch dann als unerheblich zu beurteilen ist, wenn praktisch alle Marktteilnehmer daran beteiligt sind (BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 19; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 616; WALTER STOFFEL, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, S. 95 ff.).

7.5.3 In der Europäischen Union besteht gemäss Art. 101 Abs. 1 und 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, ABl. 2012 C 326/49) sowie gestützt auf Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 (Verordnung Nr. 1/2003, ABl. 2003 L 1/1) ein Verbot mit Legalausnahme für wettbewerbsbeschränkende Abreden (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 1 Rz. 33 ff., § 2 Rz. 1 ff., § 14 Rz. 1 ff.). Voraussetzung des Verbots ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung sowie der zwischenstaatlichen Handelsbeeinträchtigung (EuGH, Rs. 56-65, 30. Juni 1966, Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 303 f.; Rs. C-306/96, 28. April 1998, Javico, Slg. 1998 I 1983, Rn. 24 ff.). Gestützt darauf hat die Europäische Kommission in ihrer De-minimis-Bekanntmachung Spürbarkeitsvoraussetzungen in Form von Marktanteilsschwellen festgelegt (ABl. 2014 291/01). Ferner erliess der Europäische Rat verschiedene Gruppenfreistellungsverordnungen für wettbewerbsrechtlich als unbedenklich zu beurteilende Gruppen von Vereinbarungen gestützt auf inhaltliche Merkmale sowie Marktanteile (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 14 Rz. 20 ff.). Weder die De-minimis-Bekanntmachung der Kommission noch die Gruppenfreistellungsverordnungen gelangen zur Anwendung beim Vorliegen bestimmter qualitativer Kriterien („Kernbeschränkungen“), wozu unter anderem Fälle vertikaler Marktaufteilung gehören; ebenfalls keine Spürbarkeitsvoraussetzungen gelten für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen im Unterschied zu bloss bewirkten Beschränkungen, unter Vorbehalt des integrationsspezifischen Binnenmarktkriteriums zwischenstaatlicher Handelsbeeinträchtigung (EuGH, Rs. C-226/11, 13. Dezember 2012, Expedia, Rz. 35 ff.; EU-Kommission, De minimis-Bekanntmachung, 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 69 ff., 74 ff.).

In der Schweiz sieht Art. 6 KG vor, dass der Bundesrat in Verordnungen bzw. die Wettbewerbskommission in allgemeinen Bekanntmachungen Abreden umschreiben kann, welche in der Regel aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten. Gestützt darauf hat die Wettbewerbskommission eine Reihe von - rechtlich die Gerichte freilich nicht bindende (BORER, a.a.O., Art. 6 KG N. 3; NEFF, a.a.O., Art. 6 KG N. 27 ff., m.w.H.) - Bekanntmachungen veröffentlicht, darunter die Bekanntmachung betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung, BBl 2006 883) sowie die vorstehend genannten Vertikalbekanntmachungen (s.o., E. 7.5.2). Dabei hat die Wettbewerbskommission über die in Art. 6 KG genannten Effizienzkriterien hinaus Marktanteilsschwellen definiert, bei deren Unterschreitung grundsätzlich von der Unbedenklichkeit der in Frage stehenden Vereinbarung auszugehen sei, ausgenommen Vereinbarungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG (Ziff. 13 VertBek 2007; Ziff. 13 VertBek 2010; Ziff. 3 Abs. 2 KMU-Bekanntmachung). Abweichend davon werden in der Lehre vereinzelt auch für qualitativ schwerwiegende Abreden Unbedenklichkeitsschwellen postuliert, wobei teilweise offen bleibt, worauf sich die Bezifferung im Einzelnen stützen soll (HOFFET, a.a.O., Art. 5 N. 67, m.w.H.; CARRON/KRAUSKOPF, Art. 5 KG und die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung: Eine Frage der Auslegung, in: Jusletter vom 30. Mai 2016, Rz. 15; STRAUB, a.a.O., S. 576 ff.; vgl. auch: Botschaft KG 1995, S. 562 ff.).

7.5.4 Das Bundesgericht hatte im Fall Buchpreisbindung die Formel geprägt, wonach die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede zu bejahen sei, „wenn die Abrede einen auf dem entsprechenden Markt relevanten Wettbewerbsparameter betrifft, wobei die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil halten“ (BGE 129 II 18, E. 5.2.1 f.). Massgebend sind gemäss diesem Entscheid im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 KG grundsätzlich quantitative und qualitative Kriterien. Dabei ist zu beachten, dass horizontale Abreden bei gleichzeitiger Verschlechterung des eigenen Angebots die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite durch Kumulation von Marktanteilen beschränken. Demgegenüber führen Vertikalabreden nicht zur Kumulation von Marktanteilen zwischen den unmittelbaren Abredepartnern. Dies hat zur Folge, dass bei Vertikalabreden qualitative Kriterien in den Vordergrund rücken (im Ergebnis ebenso: BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 510); im Übrigen spielt in quantitativer Hinsicht für die Reichweite der Vertikalabrede primär der Marktanteil der involvierten Händler eine Rolle. Die Marktstellung des Herstellers bzw. Lieferanten ist dagegen von untergeordneter Bedeutung, da vom Interbrand-Wettbewerb allenfalls mittelbar eine disziplinierende Wirkung ausgeht.

Letzteres ist allerdings umstritten. Insbesondere die Wettbewerbstheoretiker der interventionskritischen Chicago-Schule betonen im Hinblick auf die Selbstregulierungskräfte des Marktes die Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs. So wird geltend gemacht, im Hinblick auf die vom Interbrand-Wettbewerb ausgehende disziplinierende Wirkung sei es legitim, „Trittbrettfahrer“ auf Händlerstufe (Discounter) durch vertikale Gebietsschutzklauseln von Service-Leistungen des Fachhandels auszuschliessen oder auf diese Weise Investitionen in das mit einem Absatzkanal verbundene Produkte-Image zu schützen (vgl. AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 82 ff.; ADRIAN KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 2008, S. 366 ff.; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, 2003, S. 52 ff.; vgl. auch angefochtene Verfügung, Rz. 521). Entsprechend wird in der Kartellrechtslehre teilweise gefordert, vertikale Gebietsschutzabreden seien nur dann als problematisch einzustufen, wenn der Hersteller über Marktmacht verfüge (AMSTUTZ/REINERT, a.a.O., Rz. 105 ff., 111 ff.;

GIGER, a.a.O., S. 867 ff.: ADRIAN RAASS, Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch!, sic! 2005, S. 775 ff.). Dabei wird übersehen, dass schon der Umstand, dass ein Hersteller im Rahmen vertikaler Abreden sein Angebot gegenüber der Marktgegenseite verschlechtert, ein Indiz für eine mangelnde disziplinierende Wirkung des Interbrand-Wettbewerbs darstellt (während umgekehrt eine horizontale Abrede gerade auf einen beschränkten Markteinfluss der einzelnen Abredepartner hinweist; vgl. auch ZÄCH, a.a.O., Rz. 491 ff.). Im Übrigen werden die Thesen der Chicago-Schule auch von wirtschaftsempirischen Studien in Frage gestellt (vgl. KÜNZLER, a.a.O., S. 370 ff.; HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 52 ff.). Eine der Dynamik der Marktkräfte überlassene Korrektur setzt zudem insbesondere in kleinen Binnenmärkten lange Zeithorizonte mit entsprechenden volkswirtschaftlichen Adaptionskosten voraus (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 109). Bei absoluten Gebietsschutzklauseln stellt sich ferner die Frage der Verhältnismässigkeit. Auch werden allfällige prokompetitive Wirkungen auf Interbrand-Ebene durch den Umstand relativiert, dass „Trittbrettfahrer"-Effekte typischerweise bei etablierten bzw. im Markt stark verankerten Marken anzutreffen sind. Schliesslich blendet der Ansatz aus, dass das schweizerische Kartellgesetz nicht nur den Institutionenschutz (Schutz des Wettbewerbs als wirtschaftliches Ordnungsprinzip), sondern auch den Individualschutz (Schutz der Wirtschaftsfreiheit der individuellen Marktteilnehmer) bezweckt (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 5.2.1). Offen bleiben kann daher vorliegend, inwieweit der Katalog der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG überhaupt Raum lässt für solche (in casu freilich nicht behauptete) „Effizienzkriterien" (s.u., E. 7.7).

7.5.5 Das Bundesverwaltungsgericht gelangte mit Urteilen vom 19. Dezember 2013 in Sachen Elmex zum Schluss, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung zwar grundsätzlich im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung anhand quantitativer und qualitativer Kriterien zu beurteilen sei, dass indes bei Abreden, bei welchen von Gesetzes wegen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet werde, die Vermutung in der Folge jedoch umgestossen werden könne, sich die Erheblichkeit bereits aus dem Inhalt der Abrede ergebe, unbesehen quantitativer Kriterien, was der Rechtslage in der EU und dem Willen des Gesetzgebers entspreche, gegen potenziell besonders schädliche Vereinbarungen vorzugehen; die Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz bleibe unbenommen (B-506/2010, E. 11.1.8, 11.3.4). Mit Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Baubeschläge erwog das Bundesverwaltungsgericht, dass das geltende Recht keine „per se-Erheblichkeit" vorsehe, weshalb die Auswirkungen einer Abrede im Einzelfall nachzuweisen seien (B-8399/2010, E. 6.1.3, nicht rechtskräftig). In der Lehre sind die beiden Urteilsreihen als widersprüchlich aufgefasst worden. Autoren, welche eine stärkere Ausrichtung der Praxis am Inhalt der Abrede sowie eine Fokussierung auf Effizienzkriterien fordern, begrüssten die Rechtsprechung im Elmex-Verfahren, während sie die Urteile in Sachen Baubeschläge ablehnten (BALDI/SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, a.a.O., S. 508; BALDI/SCHRANER, Die kartellrechtlichen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Fall „Baubeschläge", a.a.O., S. 273 f.; CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 5 ff.); umgekehrt stiess die Elmex-Rechtsprechung auf Kritik bzw. die Baubeschläge-Praxis auf Zustimmung bei Autoren, welche unter Berufung auf Art. 96 BV geltend machen, Art. 5 Abs. 1 KG setze in jedem Fall den Nachweis quantitativ erheblicher Auswirkungen der Abrede voraus (JACOBS, a.a.O., SJZ 2014, S. 231; DERS., a.a.O., SJZ 2015, S. 232).

Allerdings ist zu beachten, dass den beiden Urteilsreihen unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen. Während in den Elmex-Fällen primär das Schädlichkeitspotenzial vertikaler Gebietsschutzabreden, die im Wortlaut schriftlich vorlagen, zu beurteilen war, ging es beim horizontalen Preiskartell in Sachen Baubeschläge insbesondere um die Frage, ob die festgestellten Marktwirkungen dem Verhalten der Abredepartner oder aber dem Einfluss eines nicht in die Untersuchung einbezogenen ausländischen Preiskartells zuzuschreiben waren (B-8399/2010, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.8, 5.4.26). Festzuhalten ist ferner, dass gemäss Elmex-Urteilen bei Sachverhalten, welche unter die Vermutungstatbestände fallen, nicht per se, sondern „grundsätzlich" von der Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen sei, das heisst unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls (B-506/2010, E. 11.1.8). Nach Auffassung eines Teils der Lehre entschärfen sich die Spannungen zwischen den Urteilsreihen vor diesem Hintergrund (HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., Rz. 21 ff.; BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 2 ff.). Unbesehen des Disputs bekräftigte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 13. November 2015 im Fall BMW, in welchem eine vertikale Marktaufteilung zu beurteilen war, ausdrücklich seine Rechtsprechung in Sachen Elmex, unter Hinweis darauf, dass dadurch angesichts der Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG kein per se-Verbot statuiert werde (B-3332/2012, E. 9.1.4, nicht rechtskräftig; zustimmend: LAURA M. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, in: Jusletter vom 2. Mai 2016, Rz. 40 ff.; ablehnend: RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2016, S. 233 f.; BREI, a.a.O., S. 326 ff.). Mit Urteil vom 17. Dezember 2015 in Sachen Altimum, dem eine Preisbindung zweiter Hand zugrunde lag, hielt das Gericht unter Bezugnahme auf die Urteile in Sachen Baubeschläge sowie Elmex fest, dass bei Sachverhalten, die unter die Vermutungstatbestände fallen, eine Erheblichkeit zwar aufgrund der Vermutung anzunehmen sei, zugleich aber die Möglichkeit einer Widerlegung dieser Annahme im Einzelfall ebenso gegeben sein müsse wie die im Gesetz vorgesehene Vermutungswiderlegung (B-5685/2012, E. 6.3.4, nicht rechtskräftig; zustimmend: JACOBS, a.a.O., SJZ 2016, S. 234; ablehnend: MARINO BALDI, „Zweimal hü und zweimal hott" beim Schweizer Kartellgericht, AJP 2016, S. 1 ff.).

Der Kontroverse liegen nebst unterschiedlichen Sachverhaltskonstellationen auch unterschiedliche Terminologien zugrunde. Das Schädlichkeitspotenzial einer Abrede ist abhängig vom Inhalt der Vereinbarung (qualitatives Element) und vom gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen (quantitatives Element). Davon zu unterscheiden sind die tatsächlichen Auswirkungen einer Abrede. Diese hängen insbesondere ab vom Grad

der Umsetzung, wobei eine inhaltlich schwerwiegende Vereinbarung im Allgemeinen auch bei relativ geringer Marktabdeckung bzw. bei begrenzter Umsetzung nicht unerhebliche Auswirkungen zeitigt. Ausschliesslich in diesem engen, auf Inhalt und Reichweite der Abrede bezogenen Sinn wird der Begriff der quantitativen Erheblichkeit in den Elmex-Urteilen verwendet (vgl. B-506/2010, 19. Dezember 2013, E. 11.3.4), während im Fall BMW vom qualifizierten Inhalt der Abrede auch auf das Vorliegen entsprechender tatsächlicher Auswirkungen geschlossen wird (B-3332/2012, 13. November 2015, E. 9.1.4 f.). Zwischen Schädlichkeitspotenzial und tatsächlichen Auswirkungen besteht insofern eine Wechselwirkung, als bei festgestelltem qualifiziertem Inhalt der Abrede und gegebener Reichweite im Falle nachgewiesener Umsetzung regelmässig mit erheblichen tatsächlichen Auswirkungen zu rechnen sein wird; das Schädlichkeitspotenzial und die erfolgte Umsetzung einer Abrede stellen insofern zumindest Indizien dar für die Erheblichkeit der tatsächlich bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung (B-5685/2013, 17. Dezember 2015, Altimum, E. 6.3.5).

7.5.6 Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht in öffentlicher Beratung die Beschwerde gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Elmex abgewiesen (2C_189/2014; noch nicht publiziert). Anlässlich der mündlichen Beratung hat das Gericht mit Mehrheitsbeschluss erwogen, Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG seien unbesehen quantitativer Kriterien grundsätzlich erheblich, vorbehältlich blosser Bagatellfälle. Quantitative Kriterien seien allenfalls im Rahmen der Prüfung, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt werde, sowie bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen. Der höchstrichterliche Urteilsspruch bezieht sich, soweit ersichtlich, nicht nur auf die Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen, sondern darüber hinaus auch auf die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede. Eine Abkehr vom Umsetzungserfordernis damit indes offenbar nicht verbunden (s.o., E. 7.2). Näheren Aufschluss ist in diesem Punkt von der schriftlichen Urteilsbegründung zu erwarten.

Vorliegend ist damit grundsätzlich eine erhebliche Abrede im Sinne der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben (vertikale Gebietsschutzabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG). Auf eine Prüfung quantitativer Kriterien kann insofern verzichtet werden. Im Hinblick auf die Sank-tionsbemessung (s.u., E. 9.2) sowie aufgrund der noch ausstehenden schriftlichen Urteilsbegründung des Bundesgerichts in Sachen Elmex erscheinen nachfolgende Erwägungen in quantitativer Hinsicht geboten.

7.5.7 Die quantitative Reichweite einer vertikalen Gebietsaufteilung ist nach dem Gesagten primär anhand der kumulierten Marktanteile auf Seiten der involvierten Händler zu beurteilen (s.o., E. 7.5.4). Die angefochtene Sanktionsverfügung macht dazu keine näheren Angaben (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 500 f.). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang der kumulierte Marktabschottungseffekt komplementärer Vereinbarungen, zumal sich die Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der von ihr vereinbarten inländischen Einfuhrverbote im Rahmen einer Konzernbetrachtung auch die ausländischen Ausfuhrverbote anrechnen lassen muss (s.o., E. 4.1). Eine kumulative Berücksichtigung komplementärer Vereinbarungen entspricht der neueren Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. Ziff. 13 Abs. 2 VertBek 2010) wie auch der europäischen Wettbewerbsbehörden im Rahmen der sogenannten Bündeltheorie (EU-Kommission, De minimis-Bekanntmachung, 30. August 2014, ABl. 2014 C 291/01, Ziff. 10; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 11 Rz. 58 ff.). Insofern die Beschwerdeführerin das Importverbot im Inland auf mehrere massgebliche Grosshändler sowie zahlreiche Detailhändler ausgedehnt hat, sowie unter Berücksichtigung der in mehr als einem halben Dutzend europäischer Vertriebsregionen wie auch in den USA praktizierten Exportverbote ist vorliegend eine erhebliche Reichweite des Gebietsschutzes gegeben.

Auch die tatsächlichen Marktwirkungen sind als erheblich zu beurteilen. Die Vorinstanz ging in Bezug auf verschiedene Produkte der Beschwerdeführerin von erheblichen punktuellen Preisunterschieden zwischen dem In- und dem Ausland aus und schloss daraus auf ungenutzte Arbitragepotenziale in den relevanten Märkten von insgesamt erheblichem Umfang (angefochtene Verfügung, Rz. 387 ff., 390 f., 399, 402, 404 f., 407 ff., 413, 419 f.). Gestützt auf Angaben von Händlern sowie von Rechnungsdaten (SAP) der Beschwerdeführerin gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass ca. 70 - 80 % der Verkaufsangebote für Digitalkameras der Beschwerdeführerin und ca. 43 % der Verkaufsangebote für Wechselobjektive der Beschwerdeführerin auf Grosshandelsstufe im fraglichen Zeitraum im Ausland billiger waren als in der Schweiz, wobei die Differenz in 6 - 11 % der Fälle bei Digitalkameras und in 14 % der Fälle bei Wechselobjektiven mehr als 15 % betrug (Rz. 399, 402). In einem internen Schreiben der Beschwerdeführerin wird im Normalfall bereits ein Preisunterschied von 5 % als ausreichend angesehen, um Parallelimporte auf Händlerstufe auszulösen (U-act. 22, S. 22). Den Parallelimportanteil bei Nikon-Produkten auf Grosshandelsstufe von (...) % und auf Einzelhandelsstufe von (...) % bzw. (...) % hat die Vorinstanz im Verhältnis zum höheren Importanteil der Konkurrenz zudem als vergleichsweise gering beurteilt (Rz. 434, 437). Angesichts des von der Beschwerdeführerin auf (...) Mio. Fr. bezifferten Importvolumens im Jahr 2009 (Beschwerde, Rz. 819; angefochtene Verfügung, Rz. 431) ist jedenfalls nicht von einem Bagatellfall auszugehen.

Der Preisvergleich der Vorinstanz stützt sich dabei auf die jeweiligen Durchschnittspreise der fünf umsatzstärksten Produkte der Beschwerdeführerin im Bereich Digitalkameras (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 404 f., 415, 422 f.). Dies erscheint nach dem Gesagten sachgerecht, zumal es Parallelimporteuren angesichts der branchentypisch ausgeprägten Angebotsumstellungsflexibilität und vergleichsweise geringen Sortimentsbindung auf die Preisdifferenz des einzelnen, vorzugsweise umsatzstarken Produkts ankommt, nicht auf die Durchschnittspreise ganzer Warengruppen, welche dem Parteigutachten der BAK Basel Economics AG vom 25. Juli 2011 zugrunde liegen (vgl. U-act. 333, Beilage 1; Beschwerde, Rz. 834 f., 861). Dass der Vergleich auf Länder abstellt, welche unter den Geltungsbereich des vereinbarten Gebietsschutzes fallen, wozu im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Einfuhrverbote entgegen

der Darstellung der Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 822, 824, 829) auch die chinesische Sonderverwaltungszone Hongkong gehört (angefochtene Verfügung, Rz. 393), erscheint ebenfalls korrekt. Die vorinstanzlich vorgenommene Marktanalyse ist daher methodisch nicht zu beanstanden und stützt im Ergebnis die aus dem Schädlichkeitspotenzial der Abrede sowie ihrer Umsetzung resultierende Qualifizierung der Abrede als erheblich (s.o., E. 7.5.6).

Nichts herleiten zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin zudem aus der Aussage im erwähnten Parteigutachten, wonach das Preisgefälle zwischen der Schweiz und dem Ausland im fraglichen Zeitraum bei Produkten der Beschwerdeführerin nicht grösser gewesen sei als bei Konkurrenzprodukten (BAK-Gutachten 2011, S. 57; Beschwerde, Rz. 834 f.). Die vertikale Vertriebsstruktur eines Herstellers beschlägt naturgemäss lediglich den Intrabrand-Wettbewerb. Insofern lassen sich aus einem Vergleich mit Konkurrenzprodukten keine unmittelbaren Schlüsse ziehen auf die Wettbewerbsbedingungen im Handel mit Produkten der Beschwerdeführerin. Im Übrigen wird im Ergänzungsgutachten der BAK Basel vom Januar 2012 (Beschwerdebeilage 24) eingeräumt, dass die Differenzen bei den von der Vorinstanz untersuchten Produkten im fraglichen Zeitraum durchaus „relativ hoch“ gewesen seien (BAK-Gutachten 2012, S. 19). Umgekehrt ist die vor-instanzliche Einschätzung, wonach ein Parallelimportanteil von Nikon-Produkten auf Grosshandelsstufe von (...) % und auf Einzelhandelsstufe von (...) % bzw. (...) % im Verhältnis zum höheren Importanteil der Konkurrenz "bescheiden" gewesen sei (angefochtene Verfügung, Rz. 434, 437), entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin (angefochtene Verfügung, Rz. 840 ff.) nicht zu beanstanden, zumal die Einfuhren von Sony und Canon im Mittel insgesamt über den genannten Quoten lagen und beispielsweise bei Wechselobjektiven von Canon ein Mehrfaches betrugen (U-act. 183, Frage 11).

Schliesslich ist zwar zutreffend, dass die Vorinstanz im Rahmen einer sogenannten Strukturbruchanalyse für den Zeitraum nach der Änderung der Vertriebsstrategie durch die Beschwerdeführerin keine Veränderung der Endverkaufspreise in signifikantem Ausmass feststellen konnte (angefochtene Verfügung, Rz. 510 ff.), doch abgesehen davon, dass vorliegend nicht die Endverkaufspreise, sondern die von den strittigen Abreden betroffenen Händlerpreise massgebend sind, ist im Hinblick auf die Differenz zwischen Händler- und Endverkaufspreis nicht nur die jeweilige Handelsmarge, sondern auch der preisstützende Effekt der Einführung der „Swiss Garantie“ im Rahmen des zeitgleich erfolgten Wechsels vom offenen zum selektiven Vertrieb zu beachten. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz zugleich von „einer gewissen Dynamik“ im Wettbewerb auf Herstellerebene ausgegangen ist (angefochtene Verfügung, Rz. 462 ff., 500 f.), zumal davon allenfalls mittelbar eine disziplinierende Wirkung auf den Intrabrand-Wettbewerb ausgeht (s.o., E. 7.5.5). Anzumerken bleibt, dass die starke Verankerung der Marke „Nikon“ in den relevanten Märkten sowie die für die Vermarktung von Systemkomponenten typische Interdependenz einzelner Produktemärkte für eine eher geringe Preiselastizität sprechen; denn wer ein Nikon-Kameragehäuse besitzt, kann nicht ohne Weiteres auf ein Canon-Wechselobjektiv ausweichen, und umgekehrt. Auch die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede hat die Vorinstanz damit zu Recht als erheblich beurteilt.

7.6 Kausalität

Soweit in Lehre und Rechtsprechung teils die Auffassung vertreten wird, wonach ausschliesslich bewirkte Wettbewerbsbeeinträchtigungen von Art. 5 Abs. 1 KG erfasst werden (s.o., E. 7.2.1), ist nebst der Erheblichkeit der festgestellten Wirkungen auch deren kausale Verursachung durch die in Frage stehende Abrede erforderlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat wiederholt einen Kausalzusammenhang zwischen Abrede und Wettbewerbsbeeinträchtigung vorausgesetzt, insbesondere im Fall Baubeschläge, in welchem unter anderem die Frage der alternativen Kausalität durch ein nicht in die Untersuchung einbezogenes ausländisches Kartell zu beurteilen war (B-8399/2010, 23. September 2014, E. 5.3.1.1.38, 5.3.2.6 ff., 5.4.23, 5.4.26, 6.1.2, 6.3.30, 6.4.2; BREITENMOSER, a.a.O., Rz. 2 ff.; zur Terminologie: BREHM, a.a.O., Art. 41 OR N. 145 ff.; ebenso: BVGer, B-506/2010, 19. Dezember 2013, Elmex, E. 8.1.1 ff., 12.1 ff.; B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 561 ff.; abweichend: B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 9.1.4 f.). Analog wird in der Lehre teilweise von einem Kausalitätserfordernis ausgegangen (KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 KG N. 78 ff.; AMSTUTZ/CARRON/REINERT, a.a.O., Art. 5 KG N. 228; CARL BAUDENBACHER, a.a.O., Rz. 13 ff.; JACOBS, a.a.O., SJZ 2015, S. 235; zur Frage der Kausalität im Zusammenhang mit dem Begriff der abgestimmten Verhaltensweise: EuGH, Rs. C-199/92 P, 8. Juli 1999, Hüls, Rz. 161; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 10 Rz. 38 ff.; vgl. auch: BVGer, B-8404/2010 [SFS unimarket], 23. September 2014, Baubeschläge, E. 5.3.5). Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht in Sachen Elmex entschieden, dass für die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede grundsätzlich nicht auf quantitative Kriterien abzustellen ist (2C_180/2014). Soweit sich dieser Urteilsspruch über die Marktanteile der an der Abrede beteiligten Unternehmen hinaus auch auf die tatsächlichen Auswirkungen der Abrede erstreckt, erübrigt sich damit eine Kausalitätsprüfung (schriftliche Urteilsbegründung ausstehend). Vorliegend sind konkurrierende Kausalverläufe, vorbehältlich des vorstehend zu den tatsächlichen Auswirkungen der Abrede bereits Ausgeführten (E. 6.5.7), weder ersichtlich noch behauptet.

7.7 Rechtfertigungsgründe

Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen, unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Abreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen, sofern die Abreden den beteiligten Unternehmen in keinem Fall die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Die Aufzählung ist abschliessend (BGE 129 II 18, Buchpreisbindung, E. 10.3; BORER, a.a.O., Art. 5 KG N. 45,

m.w.H.). Die Beschwerdeführerin macht keine Rechtfertigungsgründe geltend (vgl. Beschwerde, Rz. 886). Die Vorinstanz vertritt unter Verweis auf ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Ziff. 16 Abs. 4 Bst. a VertBek 2010) sowie in Anlehnung an die europäische Praxis (EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2010 C 130/01) die Auffassung, als Rechtfertigungsgrund für einen (temporären) absoluten Gebietsschutz komme lediglich ein zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktemärkte in Frage; dabei handle es sich um einen Sonderfall der „Trittbrettfahrer"-Problematik. Ein entsprechender Sachverhalt sei vorliegend nicht gegeben (angefochtene Verfügung, Rz. 521 ff.), was von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird. In Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist der Schutz von Investitionen beim Markteintritt bzw. das Ergreifen von Vertriebsmassnahmen gegen „Trittbrettfahrer" nicht explizit als Rechtfertigungsgrund erwähnt (s.o., E. 7.5.3). Andere Rechtfertigungsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich. Dabei kann unbeachtet bleiben, dass die vorinstanzlich zitierte Bekanntmachung jüngeren Datums ist als das strittige Verhalten der Beschwerdeführerin (s.o., E. 7.3.3). Die strittigen Abreden erweisen sich damit im Ergebnis als unzulässig.

8. Sanktionstatbestand (Art. 49a KG)

Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt ist, mit einer Sanktion belastet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die angefochtene Sanktion verstosse gegen den Grundsatz nulla poena sine lege sowie das strafprozessuale Schuldprinzip (Beschwerde, Rz. 889 ff., 900 ff.).

8.1 Grundsatz nulla poena sine lege

Die Beschwerdeführerin begründet die Rüge eines vorinstanzlichen Verstosses gegen den Grundsatz nulla poena sine lege zum einen mit der extensiven Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG durch die Vorinstanz (Beschwerde, Rz. 73 ff., 83 ff.), zum andern mit dem Umstand, dass die Vorinstanz die Sanktion nicht auf Art. 5 Abs. 4 KG, sondern auf Art. 5 Abs. 1 KG abgestützt habe (Rz. 68 ff.). Im Übrigen sei die in Art. 49a KG vorgesehene Rechtsfolge zu wenig bestimmt (Rz. 94 ff.).

8.1.1 Bezüglich der strafähnlichen Natur direkter Sanktionen kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (E. 5.1). Die Qualifizierung hat zur Folge, dass im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die verfassungs- und EMRK-rechtlichen Garantien zu beachten sind, welche auch für das Strafverfahren gelten (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 2.2.2). Allerdings gehört das Kartellsanktionsverfahren grundsätzlich zum Verwaltungsverfahrensrecht (vgl. BGer, 2C_1065/2014, 26. Mai 2016, Publikationsverfügung i.S. Nikon, E. 8.2), weshalb die Verfahrensgarantien der EMRK nicht in voller Strenge zur Anwendung gelangen und im Übrigen nicht absolute Geltung beanspruchen, sondern in eine einzelfallbezogene Interessenabwägung einzubeziehen sind, wobei auch allfällige Besonderheiten zu berücksichtigen sind, soweit sie sich aus der Rechtsnatur von Unternehmen herleiten (s.o., E. 2.1, 5.1; BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.4, 3.3.5; vgl. auch BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 643 ff., m.w.H.). Massgebend für das Verfahren sind die einschlägigen Vorschriften des Kartell- und Verwaltungsverfahrensgesetzes, vorbehältlich ergänzender Bestimmungen des Bundesrechts (Art. 4 VwVG). Grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen hingegen die Vorschriften des Strafprozessrechts sowie des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs, auch nicht gestützt auf Art. 333 Abs. 1 und 7 StGB (BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 649, 651, m.w.H.; HEINE/ROTH, Rechtsgutachten vom 13. Oktober 2010 zur Sanktionierung natürlicher Personen/Unternehmen im Zuge der Schweizer Kartellrechtsrevision [https://www.news.admin.ch], S. 14 ff.; a.M.: NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 105 ff.; Beschwerde, Rz. 106). Teilweise wird in der Lehre ergänzend die analoge Anwendung einzelner strafprozessualer Bestimmungen postuliert (THOMI/WOHLMANN, a.a.O., Rz. 14 ff.; vgl. dazu BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 651, m.w.H.).

8.1.2 Nach Art. 7 EMRK und Art. 15 des UNO-Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war (nulla poena sine lege; vgl. Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 1 StGB). Die Straftat muss im Gesetz klar umrissen sein (vgl. JENS MEYER-LADEWIG, Handkommentar zur EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 7 EMRK N. 5; FROWEIN/PEUKERT, Kommentar zur EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 7 EMRK N. 2; GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 462 ff.). Der Grundsatz ist verletzt, wenn jemand wegen eines Verhaltens strafrechtlich verfolgt wird, das im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet wird, wenn das Gericht ein Verhalten unter eine Strafnorm subsumiert, unter welche es auch bei weitestgehender Auslegung nicht subsumiert werden kann, oder wenn jemand in Anwendung einer Strafbestimmung verfolgt wird, die rechtlich keinen Bestand hat (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.1, m.w.H.). Allerdings bedürfen auch Strafgesetze der Auslegung, wobei sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen lässt, sondern vom Regelungsgegenstand sowie von den Normadressaten und der Schwere des Grundrechtseingriffs abhängt (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.1, m.w.H.). Beispielsweise hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den in der deutschen Gesetzgebung verwendeten Begriff „verwerflich" als mit Art. 7 EMRK konform betrachtet (EGMR, 18397/03, 8. Januar 2007, Witt).

Im Urteil in Sachen Publigroupe hat das Bundesgericht festgehalten, Art. 7 Abs. 1 KG genüge in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 KG den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf die im Beispielkatalog erwähnten Verhaltensweisen (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2, m.w.H.). Gestützt darauf hat das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen in Sachen Elmex die erforderliche Bestimmtheit von Art. 5 Abs. 4 KG in Bezug auf Passivverkaufsverbote im Grundsatz ebenfalls bejaht (B-506/2010, E. 14.1.3 f.). Zwar beruht die vorliegende Sanktion insofern nicht auf einer engen Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG, als es sich bei den strittigen Vertriebs-

klauseln in casu um indirekte und nicht-exklusive Gebietszuweisungen handelt; ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip ist darin angesichts des Gesetzeswortlauts jedoch nicht zu erkennen (s.o., E. 7.3), zumal gemäss zitierter höchstrichterlicher Rechtsprechung das Bestimmtheitsgebot keine einschränkende Gesetzesauslegung vorschreibt. Nichts anderes gilt auch im Strafrecht (beispielsweise hat das Bundesgericht das Tätigen von gebührenpflichtigen Anrufen mit einem gestohlenen Mobiltelefon unter den Tatbestand des betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von 147 StGB subsumiert: BGE 129 IV 315, E. 2.2.3). Ohnehin nicht auf den Grundsatz nulla poena sine lege berufen kann sich die Beschwerdeführerin, soweit sie eine einschränkende Auslegung der Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 KG fordert; diese Norm hat nicht einen materiellen Sanktionstatbestand zum Gegenstand, sondern regelt lediglich die Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht (s.o., E. 4.4).

8.1.3 Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist Voraussetzung einer direkten Sanktion, dass ein Unternehmen an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG beteiligt ist. In der Lehre ist umstritten, ob davon auch ein Sachverhalt erfasst wird, der unter Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG fällt, der jedoch nicht zu einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, wohl aber zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung führt. Die Botschaft zur Gesetzesrevision von 2003 äussert sich in diesem Sinne. So heisst es (S. 2037): „Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind [...] nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.“ Ein Teil der Lehre vertritt unter Hinweis auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot dennoch die Auffassung, bei widerlegter Vermutung einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sei trotz gegebener Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG eine Sanktion ausgeschlossen (BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 8, m.w.H.; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 101 ff., m.w.H.; DAVID/JACOBS, a.a.O., Rz. 766, m.w.H.; ZIMMERLI, a.a.O., S. 505). Darauf beruft sich auch die Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 68 ff.).

Mit dem Gesetzeswortlaut erscheinen indes beide Auslegungsmöglichkeiten vereinbar, zumal Art. 49a Abs. 1 KG von „unzulässigen“ Abreden und nicht von wirksamen Wettbewerb beseitigenden Abreden spricht. Da die Widerlegung der gesetzlichen Beseitigungsvermutung in der Praxis regelmässig gelingt, würde Art. 49a KG bei einschränkender Auslegung kaum je zur Anwendung gelangen, was auch der mit der Revision von 2003 angestrebten Verbesserung der Präventionswirkung (Botschaft KG-Revision 2003, S. 2033 f.) zuwiderliefe. Schliesslich liegt es im Interesse der Rechtssicherheit selbst, auf den Inhalt der Abrede abzustellen und nicht auf die schwer abschätzbare (und von äusseren Faktoren mitbeeinflusste) Frage, ob wirksamer Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Vor dem Hintergrund der Kontroverse um den Erheblichkeitsbegriff ist im einschränkenden Verweis von Art. 49a KG auf die Verhaltensweisen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG die im Sinne des Bestimmtheitsgebots erforderliche Konkretisierung zu erkennen. Im Übrigen ist mit Blick auf die Erheblichkeitsprüfung anzumerken, dass das Bundesgericht den nicht weniger offenen Begriff des relevanten Marktes als mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar erachtet hat, trotz der komplexen Vorfragen, die sich im Rahmen der Marktabgrenzung im Einzelfall stellen; ebenso hat das Bundesgericht die in Art. 7 KG verwendeten Begriffe der marktbeherrschenden Stellung sowie der Diskriminierung im Hinblick auf den Sanktionstatbestand von Art. 49a KG als ausreichend bestimmt erachtet (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.3). Schliesslich kommt auch das Strafrecht nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe aus (vgl. z.B. „Arglist“ i.S.v. Art. 146 StGB oder „Misswirtschaft“ i.S.v. Art. 165 StGB). Dabei ist es gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung zumutbar, wenn das betroffene Unternehmen rechtlichen Rat einholen muss, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln (BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.2.2, m.w.H.).

Der wohl überwiegende Teil der Lehre vertritt denn auch die Auffassung, für die Sanktionierung sei ausschlaggebend, ob ein Sachverhalt gemäss Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG vorliegt, unabhängig davon, ob das verwirklichte Schädlichkeitspotenzial den Grad der Erheblichkeit oder der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs erreicht (PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 8; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, S. 154 f., m.w.H.; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49 KG N. 6 ff., m.w.H.; TAGMANN, a.a.O., S. 35 ff.; DÄHLER/KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 130 ff.; KRAUSKOPF/SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts - Wettbewerbspolitische Quantensprünge, sic! 2003, S. 9; ROTH/BOVET, in: Commentaire Romand LCart, 2. Aufl. 2012, Art. 49 KG N. 10, m.w.H.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 501, 1119 ff., m.w.H.). Im Beschwerdeverfahren in Sachen Elmex ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, eine Abrede, welche den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllt und den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt, ohne dass Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen, wird von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst (BVGer, B-506/2010, E. 14.2.4; ebenso: B-3332/2012, 13. November 2015, BMW, E. 11.1). Mit Urteil vom 28. Juni 2016 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt (2C_180/2014; noch nicht publiziert).

8.1.4 Die Beschwerdeführerin rügt weiter die fehlende ziffernmässige Obergrenze der Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG (Beschwerde, Rz. 94 f.). Zutreffend ist, dass das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nicht nur für den Tatbestand, sondern grundsätzlich auch für die Rechtsfolge gilt (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 19; LUZIUS WILDHABER, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter vom 4. Juli 2011, Rz. 95, m.w.H.). Art. 49a KG sieht als Sanktion die Belastung mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes vor. Die Sanktion ist mithin betragsmässig begrenzt; eine bezifferte Obergrenze wird jedoch nicht

genannt. Gestützt darauf wird in der Lehre mitunter die Auffassung vertreten, Art. 49a KG genüge in diesem Punkt den Bestimmtheitsanforderungen nicht (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 83 ff.). Bundesgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte haben sich zur Frage bisher nicht geäussert (offen gelassen: BGer, 2C_484/2010, 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 8; zur EGMR-Praxis: WILDHABER, a.a.O., Rz. 95). Bussen ohne ziffernmässige Obergrenze sind unter anderem im schweizerischen Steuerstrafrecht verbreitet (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 92 ff.). Zu beachten ist vorliegend die Doppelnatur von Art. 49a KG als verwaltungsrechtliche Sanktion mit strafähnlichem Charakter. Während im Kernstrafrecht die Strafe mit der Einziehung unrechtmässig erlangter Gewinne (vgl. Art. 69 ff. StGB) einhergeht, ist im Kartellrecht eine selbständige Restitution nicht vorgesehen (auch keine adhäsionsweise Klagemöglichkeit, vgl. Art. 12 ff. KG); insofern dient die Verwaltungssanktion nicht nur der Durchsetzung der Wettbewerbsordnung, sondern - in pauschaler Form - auch der Abschöpfung der im Einzelfall nur schwer zu beziffernden Kartellrendite sowie der Kompensation des volkswirtschaftlichen Schadens. Dies lässt eine umsatzbasierte Sanktion unter Berücksichtigung von Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens sowie des mutmasslichen Gewinns als gerechtfertigt erscheinen, zumal dem Unternehmen die eigenen Umsatzzahlen bekannt sind (vgl. Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037). Das Bundesverwaltungsgericht hat wiederholt die Auffassung vertreten, dass Art. 49a KG den Bestimmtheitsanforderungen in Bezug auf die Rechtsfolge genügt (B-2977/2009, 27. April 2010, Publigroupe, E. 8.1.7.2; B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 619 ff., 625). Diese Auffassung wird auch in der Lehre vertreten (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 20). Die Regelung entspricht überdies jener in der Europäischen Union (vgl. Verordnung [EG] Nr. 1/2003, ABl. L 1/03; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 22 Rz. 18). Eine Verletzung des Grundsatzes nulla poena sine lege ist vorliegend nicht gegeben.

8.2 Verantwortlichkeit

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie werde für fremdes Verhalten mit einer Sanktion belegt (Beschwerde, Rz. 119 ff.). Zudem habe die Vorinstanz weder den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung geführt noch das Bestehen eines Rechtsirrtums geprüft (Beschwerde, Rz. 104 ff., 894 ff.). Dies verletze das Schuldprinzip.

8.2.1 Anders als der Grundsatz nulla poena sine lege wird das Schuldprinzip durch die Verfassung nicht unmittelbar garantiert (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a KG N. 112). Teilweise wird es aus der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bzw. Art. 32 Abs. 1 BV hergeleitet (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a KG N. 116 ff.; YVO HANGARTNER, Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz, in: Stoffel/Zäch [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003, 2004, S. 277 f.). Vereinzelt wird auch geltend gemacht, das Schuldprinzip ergebe sich aus allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien (WOHLMANN, a.a.O., Rz. 17 ff.; vgl. auch NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a KG N. 105 ff.). Inhalt und Tragweite des Grundsatzes sind umstritten; insbesondere sind die Meinungen in der schweizerischen Kartellrechtslehre geteilt, ob im Rahmen von Art. 49a KG ein Verschulden vorauszusetzen sei (vgl. BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 643 ff., m.w.H.). Im EU-Recht wird für eine Kartellbusse vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln verlangt (Art. 23 Abs. 1 Verordnung [EG] Nr. 1/2003 vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1/2003).

8.2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich unlängst ausführlich mit dem Schuldprinzip auseinandergesetzt (B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 643 ff., m.w.H.; nicht rechtskräftig). Dabei hat es eine unmittelbare Anwendbarkeit der allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (vgl. Art. 333 Abs. 1 und 7 StGB) auf Kartellsanktionen angesichts der Entstehungsgeschichte des Gesetzes abgelehnt (BVGer, B-7633/2009, Rz. 649, 651; ebenso: HEINE/ROTH, a.a.O., S. 14 ff.). Zu beachten ist, dass das Schuldprinzip auf natürliche Personen zugeschnitten ist (BVGer, B-7633/2009, Rz. 645; vgl. auch BGE 140 II 384, Spielbank, E. 3.3.4). Demgegenüber beruht die Strafbarkeit einer juristischen Person stets auf der Zurechnung von Handlungen natürlicher Personen, unabhängig davon, ob das Verschulden in der Geschäftstätigkeit des Unternehmens selbst oder in dessen mangelhafter Organisation erkannt wird bzw. ob die Gesellschaft als fiktives oder reales Gebilde angesehen wird (zur sog. Fiktions- und Realitätstheorie: MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2012, § 2 N. 11 ff., 36 ff.); eine Zurechnung höherer Ordnung erfolgt zudem bei Unternehmen, wenn ein Gesamtkonzern bzw. eine Konzerngesellschaft für das Verhalten einer anderen Konzerngesellschaft einzustehen hat. Das Konstrukt eines Unternehmensverschuldens kommt daher nie ganz ohne kausales Haftungsmoment aus (vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 22 Rz. 30, m.w.H.). Der Hinweis in der Botschaft auf die fehlende strafrechtliche Deliktsfähigkeit juristischer Personen (Botschaft KG-Revision 2003, S. 2034, Ziff. 2.1.1) gilt hingegen seit Einführung der originären Strafbarkeit von Unternehmen in bestimmten Fällen von Organisationsverschulden (Art. 102 Abs. 2 StGB) auch im Strafrecht als überholt (zum Grundsatz societas delinquere non potest: NIGGLI/GFELLER, in Basler Kommentar zum StGB, Band I, 3. Aufl. 2013, Art. 102 StGB N. 9 f.).

Im Urteil in Sachen Swisscom ADSL gelangte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, gestützt auf das EMRK-rechtliche Schuldprinzip sei in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Lehre eine verschuldensunabhängige Sanktion abzulehnen (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz. 654 ff.). Davon ist zuvor schon das Bundesgericht in einem obiter dictum ausgegangen (2C_484/2010, 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 12.2.1. f. [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). Das Bundesgericht hat festgehalten, die Vorwerfbarkeit des Verhaltens setze einen objektiven Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens voraus (E. 12.2.2.; ebenso: BVGer, B-506/2010, 19. Dezember 2013, Elmex, E. 14.3.5); ob ein Organisationsmangel eine zwingende Verantwortlichkeitsvoraussetzung oder lediglich eine mögliche Verschuldensform darstellt, hat das Bundesge-

richt offen gelassen. Nebst einer Verantwortlichkeit gestützt auf ein Organisationsverschulden (analog Art. 102 StGB) wird in der Literatur die Zurechnung eines subjektiv sorgfaltspflichtwidrigen (fahrlässigen) Verhaltens der für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen diskutiert (vgl. HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 62 f.; HANGARTNER, a.a.O., S. 277 f.; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 10; NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 126 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht hat im Urteil in Sachen Swisscom ADSL die Meinung vertreten, ein Organisationsverschulden sei für die Vorwerfbarkeit eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zumindest ausreichend (B-7633/2009, 14. September 2015, Rz. 674 ff.). Daran anknüpfend erscheint es sachgerecht, als Voraussetzung der Verantwortlichkeit des Unternehmens alternativ einen Organisationsmangel oder ein fahrlässiges Handeln der Unternehmensverantwortlichen zu fordern (ebenso: NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 132; PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 5; HANGARTNER, a.a.O., S. 275; ANDREAS HEINEMANN, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti [Hrsg.], Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, 2009, S. 598; FANNY PAUCKER, Das Recht auf gerichtliche Beurteilung im Lauterkeits- und Kartellrecht - Der Einfluss von Art. 6 EMRK auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: Fahrländer/Heizmann [Hrsg.], Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, 2013, S. 684).

8.2.3 Die Präzisierung hat Konsequenzen für die Frage der Schuldausschlussgründe. Strittig ist insbesondere die Wirkung von unternehmensinternen Compliance-Programmen, denen in der schweizerischen Lehre teils sanktionsbefreiende (NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 144 ff.; WOHLMANN, a.a.O., Rz. 17 f.), teils sanktionsmindernde Wirkung (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 62 f.; HEINE/ROTH, a.a.O., S. 23 ff.; TAGMANN, a.a.O., S. 81 f.) zuerkannt wird. Für den Fall des Einholens eines externen Gutachtens zur Zulässigkeit bestimmter Unternehmenstätigkeiten wird überdies in der schweizerischen Lehre ein schuldausschliessender Rechtsirrtum postuliert (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 49a - 53 KG N. 162). Strenger ist die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden, welche Compliance-Programme weder schuldbefreiend noch sanktionsmindernd berücksichtigt (EuGH, Rs. C-501/11 P, 18. Juli 2013, Schindler, Rz. 144; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 22 Rz. 32 f., m.w.H.) und externen Gutachten nur ausnahmsweise schuldbefreiende Wirkung zuspricht (vgl. EuGH, Rs. C-681/11, 18. Juni 2013, Schenker & Co., Rz. 41 ff.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, § 22 Rz. 35 f., m.w.H.). Dabei ist in dogmatischer Hinsicht zu beachten, dass ein lege artis durchgeführtes Compliance-Programm zwar allenfalls das Unternehmen vom Vorwurf des Organisationsmangels zu entlasten vermag, nicht aber von der Verantwortung für ein schuldhaftes Verhalten der im Namen des Unternehmens kartellrechtswidrig handelnden Personen. Umgekehrt wird ein Rechtsirrtum zwar die für das Unternehmen handelnden Personen allenfalls von ihrer Schuld befreien, nicht aber zwingend auch das Unternehmen in Bezug auf seine objektive Sorgfaltspflicht, zu welcher es gehört, dafür besorgt zu sein, dass die Geschäftstätigkeit auf realistischen Annahmen beruht. Ein Compliance-Programm wird daher lediglich bei der Sanktionsbemessung Berücksichtigung finden. Dies entspricht im Übrigen der Rechtslage im Individualstrafrecht, wo einer zurechnungsfähigen natürlichen Person deliktpräventive Massnahmen (z.B. Therapien) ebenfalls nicht schuldbefreiend, sondern allenfalls strafmindernd angerechnet werden; ebenso wird einer natürlichen Person im Strafrecht nur ausnahmsweise ein Rechtsirrtum zugestanden. Analog wird im Kartellverfahren das Einholen eines externen Gutachtens ein Unternehmen nur ausnahmsweise von Schuld befreien. Voraussetzung ist, dass das Gutachten die relevanten Fragen gründlich, eindeutig und detailliert beantwortet, ferner dass das Unternehmen auf die Richtigkeit der daraus abgeleiteten Handlungsempfehlung vertrauen durfte (vgl. NIGGLI/RIEDO, a.a.O., vor Art. 94a - 53 KG N. 162).

8.2.4 Im Übrigen sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich verpönten Verhaltens keine überzogenen Anforderungen zu stellen, da andernfalls die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck her auf juristische Personen zugeschnitten ist, ins Leere liefe (2C_484/2010, 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 12.2.2). Dies wird - in Übereinstimmung mit den Materialien (Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037) - auch in der Literatur überwiegend gefordert, zumal das Verhalten der Unternehmensverantwortlichen kaum je im Einzelnen feststellbar ist (TAGMANN, a.a.O., S. 72; vgl. auch BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 11; KUBLI, a.a.O., S. 152). Ohne gegenteilige Indizien wird daher in der Regel vom Vorliegen einer Abrede auf Inkaufnahme der mit der Abrede verbundenen Wettbewerbswirkungen zu schliessen sein (Eventualvorsatz), wobei bereits eine sorgfaltspflichtwidrige Verursachung als tatbestandsmässig zu beurteilen ist (Fahrlässigkeit); die widerlegbare Vermutung eines entsprechenden Wissens und Willens ist mit der Unschuldsvermutung vereinbar (s.o., E. 5.5). Ebenso wird im Umstand, dass ein Kartellrechtsverstoss im Rahmen der Unternehmenstätigkeit stattgefunden hat, ein Hinweis auf eine mangelhafte Organisation zu erkennen sein, es sei denn, es liegen Hinweise vor, welche das Unternehmen in diesem Punkt entlasten; dabei sind jedoch hohe Anforderungen an die Ernsthaftigkeit und Eignung eines allfälligen Compliance-Programms zu stellen.

8.2.5 In casu hat die Vorinstanz angenommen, die Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin habe als Vertriebsgesellschaft eines international tätigen Konzerns wissen müssen, dass die strittigen Vertragsklauseln sowie die Massnahmen zu deren Umsetzung unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen (angefochtene Verfügung, Rz. 539 ff.). Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe auf die eingeholte Rechtsauskunft eines Anwalts vertraut (Beschwerde, Rz. 111 ff.) und die ausländischen Verträge nicht gekannt (Beschwerde, Rz. 115 ff.). Allerdings hätte die Beschwerdeführerin kaum bei Schwestergesellschaften interveniert, wenn sie nicht trotz der behaupteten Unkenntnis davon ausgegangen wäre, die ausländischen Vertriebsverträge würden eine entsprechende Handhabe bieten. Dass die Beschwerdeführerin sich bei diesem Vorgehen in einem Rechtsirrtum befunden habe, erscheint auch unter Berücksichtigung des anwaltlichen Memorandums vom 6. Oktober 2008, welches sich primär mit der Abgrenzung

von Immaterialgüter- und Kartellrecht befasst und sich weder auf konkrete Vertragsklauseln bezieht noch sich vertieft mit den vorliegend massgebenden Fragen auseinandersetzt (U-act. 10, S. 1 ff.), wenig glaubhaft; es kann diesbezüglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (angefochtene Verfügung, Rz. 541). Dass sich die Beschwerdeführerin der rechtlichen Problematik einer Unterbindung von Parallelimporten durchaus bewusst war, belegt das von ihr zitierte Schreiben an die europäische Muttergesellschaft vom 1. Oktober 2009, in welchem die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass das schweizerische Recht ein Vorgehen gegen Parallelimporte nicht zulasse (Beschwerdebeilage 3). Soweit an der Umsetzung des Gebietsschutzes der damalige Verkaufsleiter selbst beteiligt war, muss im Übrigen ein Organisationverschulden nicht näher geprüft werden. Die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin ist zu bejahen.

8.2.6 Eng verknüpft mit der Verschuldensfrage ist die Zuordnung der Verantwortung innerhalb des Konzerns. Da als Verfügungsadressaten nur juristische Personen in Frage kommen (s.o., E. 4.1), ist die dem Unternehmen aufzuerlegende Sanktion (Art. 49a Abs. 1 KG) innerhalb der Konzernstrukturen entsprechend zuzuweisen. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass es grundsätzlich zulässig ist, eine Kartellsanktion der verantwortlichen Muttergesellschaft aufzuerlegen (2C_484/2010, 29. Juni 2012, Publigroupe, E. 3.4 [in BGE 139 I 72 nicht publiziert]). Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus (Beschwerde, Rz. 124). Die Auffassung wird in der schweizerischen Lehre überwiegend geteilt (HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 60 f.; TAGMANN, a.a.O., S. 18; TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 98; MOREILLON, a.a.O., Art. 50 KG N. 8; DUCREY, a.a.O., Art. 50 N. 8), teilweise aber auch abgelehnt (PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 13; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, S. 157; KASTEN, a.a.O., S. 15 ff., 30 ff.; KUBLI, a.a.O., S. 208 ff., 210 ff.). Die höchstrichterliche Praxis entspricht in diesem Punkt jener der europäischen Wettbewerbsbehörden (EuGH, Rs. C-97/08 P, 10. September 2009, Akzo, Slg. 2009 I 8237, Rz. 58; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 14 ff.).

Vorliegend wurde die Sanktion von der Vorinstanz allerdings nicht der Muttergesellschaft auferlegt (Nikon Europe B.V., Amsterdam bzw. Nikon Corporation, Tokyo), sondern der schweizerischen Konzernniederlassung (Beschwerdeführerin). Das Bundesverwaltungsgericht hat unlängst in einem obiter dictum festgehalten, dass ein solches Vorgehen als zulässig zu beurteilen ist, wenn ein Verfahren gegen die im Ausland domizilierte Muttergesellschaft mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden wäre (B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 74; nicht rechtskräftig). Die Meinungen in der Lehre dazu sind geteilt (pro: HEINEMANN, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, a.a.O., S. 61; contra: TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 98; vgl. ferner die vorstehend zitierten Autoren). In der Europäischen Union wird von einer gesamtschuldnerischen Haftung sämtlicher Konzerngesellschaften einer Wirtschaftseinheit ausgegangen (MESTMÄCKER/SCHWEITZER, a.a.O., § 9 Rz. 23 ff.). Der Einwand der Beschwerdeführerin, sie werde im Ergebnis für fremdes Verhalten bestraft (Beschwerde, Rz. 119 ff.), verfängt dabei nicht. So ist im Rahmen von Art. 7 KG unbestritten, dass sich die Tochtergesellschaft die kumulierte Konzernmacht anrechnen lassen muss (s.o., E. 4.1). Die von der Beschwerdeführerin anerkanntermassen zu verantwortenden inländischen Importverbote sind entsprechend im Lichte der konzernweiten Vertriebspolitik zu beurteilen, zu welcher auch die von der Vorinstanz beanstandeten ausländischen Exportverbote gehören. Ohnehin nicht von „fremdem“ Verhalten gesprochen werden kann, soweit die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine aktive Mitwirkung bei der Umsetzung der ausländischen Exportverbote anlastet. Die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin für das ihr vorgeworfene Verhalten ist damit in casu auch innerhalb des Konzerns gegeben.

9. Sanktionshöhe

Nach Art. 49a Abs. 1 Satz 1 KG beträgt die Sanktion bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 KG). Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 Satz 4 KG).

Die Vorinstanz hat den Umsatz der Beschwerdeführerin zwischen April 2007 und März 2010 in den sachlich relevanten Märkten für Digitalkameras, Wechselobjektive und Blitzlichtgeräte ermittelt; in der Folge hat sie ausgehend von einem als mittelschwer beurteilten Verstoss die Sanktion auf 5 % des massgebenden Umsatzes festgelegt. Eine Erhöhung aufgrund der Dauer des Verstosses sowie das Vorliegen erschwerender bzw. mildernder Umstände wurden verneint. Die so errechnete Sanktion beträgt [rund 12.5 Mio. Fr.] (angefochtene Verfügung, Rz. 549 ff.). Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz hätte lediglich auf den Umsatz im Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv abstellen dürfen und hätte das Fehlen eines mutmasslichen Gewinns sanktionsmindernd berücksichtigen müssen; zudem sei der Umstand, dass in casu keine Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung der Abrede erfolgt seien, nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SR 251.5) reduzierend zu berücksichtigen. Im Übrigen sei die Sanktionshöhe unverhältnismässig (Beschwerde, Rz. 904 ff.). Darauf ist nachstehend einzugehen.

9.1 Kognition

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen und Entscheide grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition (Art. 12, 32, 49 VwVG). Der Vorinstanz kommt bei der Bestimmung der Sanktionshöhe indes ein Ermessen zu. Zu korrigieren sind Ermessensentscheide, wenn eine Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat oder wenn sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig oder in stossender Weise ungerecht erweist, doch hat das Bundesverwaltungsgericht nicht sein Ermessen anstelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (BVGer, A-330/2007, 12. Juli 2007, E. 4.2, m.w.H.). Nach Art. 62 Abs. 2 VwVG kann eine angefoch-

tene Verfügung wegen Unangemessenheit grundsätzlich nicht zuungunsten einer Partei geändert werden (ausser im Falle einer Änderung zugunsten der Gegenpartei). Ein weitergehendes, generelles Verbot der reformatio in peius wird in der Lehre für das Kartellsanktionsverfahren vereinzelt in Anlehnung an strafprozessuale Grundsätze postuliert (NIGGLI/RIEDO, Quasi-Strafrecht, Strafrecht im engeren und weiteren Sinne und „Sozialethisches Unwerturteil", in: Amstutz/Hochreutner/Stoffel [Hrsg.], Die Praxis des Kartellgesetzes im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie, 2011, S. 110 f.). Allerdings lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder aus Art. 29 BV noch aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK eine entsprechendes verfassungsmässiges Recht herleiten (BGE 139 IV 282, E. 2.3.1; 6B_332/2009, 4. August 2009, E. 4.2).

9.2 Bemessung

9.2.1 Zur Begründung der geforderten Beschränkung der Umsatzzahlen auf den Markt für Digitalkameras mit Wechselobjektiv macht die Beschwerdeführerin geltend, der vorinstanzlich angenommene Gebietsschutz habe sich nur auf diesen Markt bezogen; Belege für die angebliche Behinderung von Parallelimporten in anderen Produktemärkten habe die Vorinstanz nicht genannt (Beschwerde, Rz. 911). Zutreffend ist, dass für die Umsatzberechnung auf die von der Abrede betroffenen relevanten Märkte abzustellen ist (BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 18). In tatsächlicher Hinsicht ist indes festzuhalten, dass die strittigen Vertriebsverträge mit Ausnahme der Verträge für die Kameramodelle „D3S" sowie „D3X" nicht zwischen einzelnen Produkten der Beschwerdeführerin unterscheiden und folglich für sämtliche Märkte gelten (s.o., E. 3). Die erfolgten Vollzugshandlungen stellen mithin mangels gegenteiliger Hinweise ein Indiz dar, dass die Einfuhrklauseln in ihrer Gesamtheit umgesetzt wurden. Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin beziehen sich die vorinstanzlich als Beleg für die Umsetzung der Abrede herangezogenen Abmahnungen zudem nicht ausschliesslich auf Digitalkameras mit Wechselobjektiv. So wird im Schreiben des Geschäftsführers vom 8. Januar 2009 an die deutsche Schwestergesellschaft ausdrücklich auf eine digitale Kompaktkamera Bezug genommen (Modell „S210"; vgl. Beschwerde, Rz. 911) und wiederholt ohne nähere Spezifizierung eine generelle Unterbindung von Parallelimporten gefordert (Schreiben vom 8. Januar 2009, U-act. 16, S. 154: "stop [...] to do such things"; Schreiben vom 22. Juli 2009, U-act. 2, Beilage 2: „Unsere Bedingungen für eine mögliche Zusammenarbeit sind immer noch dieselben: 1. Keine Importgeschäfte 2. Keine Exportgeschäfte"). Es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (E. 7.2.3).

9.2.2 Abzustellen ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 3 der KG-Sanktionsverordnung auf den Umsatz, der in der Schweiz erzielt worden ist (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 KG; BORER, a.a.O., Art. 49a KG N. 18). Übereinstimmend hat dies auch die Vorinstanz festgehalten (angefochtene Verfügung, Rz. 559). Die von ihr genannten Umsatzzahlen umfassen jedoch nebst den Umsätzen im Inland auch die im Ausland (Malta, Gibraltar, Italien, Liechtenstein) erzielten, getrennt ausgewiesenen Umsätze der Beschwerdeführerin (vgl. U-act. 66, Beilage 2). Berücksichtigt man aus derselben Zusammenstellung nur schweizerische Umsätze der Beschwerdeführerin, ergibt sich ein um (...) % tieferer Basisbetrag. Die Sanktionsberechnung der Vorinstanz (angefochtene Verfügung, Rz. 573 f.) ist mithin nicht korrekt. Basierend auf den schweizerischen Umsätzen ergibt sich eine Sanktion in der Höhe von [rund 12 Mio. Fr.]. Die Beschwerdeführerin hat diesen Umstand zwar nicht gerügt (vgl. Beschwerde, Rz. 911 ff.). Die Sanktionsberechnung ist insofern jedoch von Amtes wegen zu korrigieren.

Zwar hat die Vorinstanz die Sanktionsberechnung auch zugunsten der Beschwerdeführerin insofern nicht korrekt vorgenommen, als sie auf den Umsatz der schweizerischen Konzernniederlassung abstellte. In Anwendung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs (s.o., E. 4.1) wäre für die Sanktionsbemessung grundsätzlich auf den gesamten Konzernumsatz im Inland, nicht bloss denjenigen der schweizerischen Niederlassung, abzustellen gewesen. Von einer Anpassung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ist jedoch vorliegend abzusehen, zumal die korrekten Angaben sich nicht aus den Akten ergeben.

9.2.3 Die Vorinstanz hat zur Umsatzberechnung auf die Zeitspanne von April 2007 bis März 2010 abgestellt (angefochtene Verfügung, Rz. 559, 573). Eine Begründung bezüglich dieses Zeitraums fehlt in der angefochtenen Verfügung. Art. 49a KG und Art. 3 KG-Sanktionsverordnung sprechen vom Umsatz „in den letzten drei Geschäftsjahren", ohne nähere Bestimmung des für den relevanten Zeitrahmen massgebenden Anknüpfungszeitpunkts. Die Vorinstanz ist von einem für den Vollzug der Abrede massgebenden Zeitraum zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 ausgegangen (angefochtene Verfügung, Rz. 344, 568). Wird für die Umsatzberechnung auf den Zeitpunkt der Aufgabe des sanktionierten Verhaltens abgestellt, sind demnach vorliegend die Geschäftsjahre 2007, 2008 und 2009 massgebend, wobei ein Geschäftsjahr gemäss den von der Beschwerdeführerin genannten Umsatzzahlen jeweils die Monate April bis März umfasst (U-act. 66, Beilage 2). Dies deckt sich mit dem von der Vorinstanz der Umsatzberechnung zugrunde gelegten Zeitraum. Derselbe umsatzrelevante Zeitraum resultiert in casu, wenn auf den Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung Ende März 2010 abgestellt wird (U-act. 8).

Abweichend davon wird in der Lehre die Auffassung vertreten, der massgebliche Zeitrahmen sei anhand des Zeitpunkts der erstinstanzlichen Sanktionsverfügung zu bestimmen (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 48 KG; PETER REINERT, Handkommentar zum KG, Art. 49a KG N. 10; DERS., Die Sanktionsregelung gemäss revidiertem Kartellgesetz, S. 158). Dies wäre vorliegend der 28. November 2011, womit in casu für die Umsatzberechnung die Geschäftsjahre 2009, 2010 und 2011 heranzuziehen wären. Mit Sinn und Zweck des Gesetzes ist dies allerdings schwer vereinbar. Das gesetzliche Abstellen auf den Umsatz bezweckt unter anderem ein Abschöpfen einer allfälligen Kartellrendite (vgl. Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037). Dies legt es nahe, die Umsatzberechnung auf einen Zeitraum abzustützen, der mit dem beanstandeten Verhalten in möglichst engem zeitlichem Zusammenhang steht. Gleichzeitig wird dadurch die Möglichkeit einer Beeinflussung der Sanktionshöhe durch „Aushöhlen" des laufenden Umsatzes verhindert

(vgl. Botschaft KG-Revision 2003, S. 2037). Das Bundesverwaltungsgericht hat unlängst festgehalten, vorbehältlich sachlich begründeter Abweichungen sei der Zeitpunkt der Aufgabe des sanktionierten Verhaltens für die Umsatzberechnung massgebend (B-7633/2009, Swisscom ADSL, 14. September 2015, Rz. 727 ff.). Die neuere Praxis der EU-Kommission legt der Umsatzberechnung ebenfalls das letzte Geschäftsjahr zugrunde, in dem das betreffende Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war (Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, in: ABl. 2006 Nr. C-210/2, Rz. 13).

9.2.4 Nach Art. 4 KG-Sanktionsverordnung ist der umsatzbasierte Sanktionsbetrag um bis zu fünfzig Prozent zu erhöhen, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, danach erfolgt eine Erhöhung für jedes zusätzliche Jahr um weitere zehn Prozent. Die Vorinstanz ging von einem für den Vollzug der Abrede massgebenden Zeitraum zwischen Frühjahr 2008 und Herbst 2009 aus, mithin rund anderthalb Jahre (angefochtene Verfügung, Rz. 344, 568; s.o., E. 3, 7.2.3). Offen bleiben kann vorliegend, ob die Vorinstanz gemäss Art. 4 KG-Sanktionsverordnung bei einer Abrededauer von in casu mehr als einem Jahr nicht zwingend eine Sanktionserhöhung hätte vornehmen müssen (vgl. BVGer, B-7633/2009, Swisscom ADSL, 14. September 2015, Rz. 753 ff., m.w.H.). Im Rahmen der Gesamtbeurteilung ist der vorinstanzliche Verzicht auf eine Erhöhung in casu jedenfalls nicht zu beanstanden, wie sich nachstehend ergibt (s.u., E. 9.2.6). Aus der Bestreitung der massgeblichen Dauer (Beschwerde, Rz. 915) kann die Beschwerdeführerin daher nichts zu ihren Gunsten herleiten.

9.2.5 Die Beschwerdeführerin trägt weiter vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht Milderungsgründe ausser Acht gelassen. So hätte das Nichtergreifen von Disziplinierungsmassnahmen sanktionsmindernd berücksichtigt werden müssen (Beschwerde, Rz. 916 ff.), ferner der Umstand, dass in casu kein Gewinn erwirtschaftet worden sei (Beschwerde, Rz. 906 ff.). Nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b KG-Sanktionsverordnung setzt der Milderungsgrund des Verzichts auf Vergeltungsmassnahmen voraus, dass entsprechende Massnahmen zwischen den Abredepartnern vereinbart oder angedroht waren (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 91; TAGMANN, a.a.O., S. 281 f.). Dass dies in casu der Fall gewesen sei, wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet (vgl. Beschwerde, Rz. 916 ff.). Die Lehre geht überdies davon aus, die zitierte Vorschrift sei im Kontext von Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG-Sanktionsverordnung einschränkend auszulegen: Die Vereinbarung oder Androhung von Vergeltungsmassnahmen sei als erschwerender Umstand zu berücksichtigen, der durch die Nichtdurchführung teilweise wettgemacht werde (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 91; TAGMANN, a.a.O., S. 281 f.). Zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin daher aus Art. 6 Abs. 2 Bst. b KG-Sanktionsverordnung nichts herleiten. Sodann ist zwar zutreffend, dass der mutmassliche Gewinn nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 Abs. 1 KG-Sanktionsverordnung zwingend zu berücksichtigen ist, soweit er sich als abschätzbar erweist (BVGer, B-7633/2010, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 768 ff.); dies ist vorliegend jedoch nach der begründeten Auffassung der Vorinstanz (angefochtene Verfügung, Rz. 557) nicht bzw. nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand der Fall, wobei Hinweise auf einen vom normalen Mass abweichenden Gewinn in casu fehlen. Zudem trifft die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Preisvergleich zwischen In- und Ausland belege, dass aus der Gebietsaufteilung kein Gewinn resultiert habe, nach dem Gesagten gerade nicht zu; es kann auf vorstehende Erwägungen verwiesen werden (s.o., E. 7.5.7).

9.2.6 Die Vorinstanz hat den vorliegenden Verstoss als mittelschwer beurteilt und die Sanktion folgerichtig im mittleren Drittel des Sanktionsrahmens angesiedelt (wobei Art. 50 StGB vorliegend nicht anwendbar ist, s.o., E. 8.1.1; zur Strafzumessung im Strafrecht: BGE 136 IV 55, E. 5.5 ff.). Zu beachten ist indes, dass die Vorinstanz in der Sache eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verneint hat. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dieser Umstand sei sanktionsmindernd zu berücksichtigen (TAGMANN/ZIRLICK, a.a.O., Art. 49a KG N. 53; TAGMANN, a.a.O., S. 232). Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Es bedeutet jedoch nicht, dass vorliegend von einem leichten Verstoss auszugehen wäre. Vielmehr erscheint angesichts des systematischen Vorgehens der Beschwerdeführerin, des betriebenen Kontrollaufwands sowie unter Berücksichtigung der „lediglich“ (aber immerhin) erheblichen Auswirkungen eine Sanktion im mittleren Bereich des Sanktionsrahmens durchaus gerechtfertigt. Im Übrigen wird der Herabsetzungsgrund vorliegend durch den vorinstanzlichen Verzicht auf eine sanktionserhöhende Berücksichtigung der Dauer des Verstosses kompensiert (s.o., E. 9.2.4). Die Vorinstanz hat daher mit Festlegung des Basisbetrags auf 5 % das ihr zustehende Ermessen im Ergebnis korrekt ausgeübt. Der daraus resultierende Sank-tionsbetrag ist nach dem Gesagten (E. 9.2.1) auf [rund 12 Mio. Fr.] zu reduzieren.

10. Ergebnis

Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben; Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist abzuändern und der Sanktionsbetrag auf [rund 12 Mio. Fr.] zu reduzieren; im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen bzw. die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Soweit die Beschwerdeführerin die Einstellung der vorinstanzlichen Untersuchung gefordert hat (Antrag Ziff. 2), eventualiter die Rückweisung zur Einstellung (Antrag Ziff. 3), sind die entsprechenden Anträge zusammen mit den Rechtsbegehren in der Hauptsache abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

11. Veröffentlichung

Mit Entscheid vom 15. Oktober 2014 hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Beschwerdeführerin gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juni 2012 betreffend die Publikation der angefochtenen Sanktionsverfügung erhobene Beschwerde teilweise gutgeheissen, soweit sich die Beschwerde auf die Veröffentlichung von Erwägungen der Vorinstanz zum unternehmensinternen Projekt „Clean-up“ sowie auf das Programm „Swiss Garantie“ bezog (nicht Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens); im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen (u.a. in Bezug auf die Veröffentlichung von Auszügen aus der Firmenkorrespondenz: B-3588/2012,

E. 8.3 f.). Mit Urteil vom 26. Mai 2016 hat das Bundesgericht diesen Entscheid bestätigt (2C_1065/2014). Im vorliegenden Verfahren hat die Beschwerdeführerin keine Geschäftsgeheimnisse im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG bezeichnet (s.o., E. 2.4). Auf Informationen von Verfahrensbeteiligten, welche vorinstanzlich als Geschäftsgeheimnisse deklarierten wurden, wird im vorliegenden Urteil nicht abgestellt, mit Ausnahme der vorinstanzlichen Verfahrenskosten, der Sanktionshöhe sowie der Parallelimportquote bei Produkten der Beschwerdeführerin. Ein Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdeführerin ist diesbezüglich nicht erkennbar (vgl. BGer, 2C_1065/2014, E. 5.2 f.), zumal die Sanktionshöhe zwar Rückschlüsse zulässt auf den Umsatz der Beschwerdeführerin, der entsprechende Betrag den Medien und der Öffentlichkeit aber bereits vorinstanzlich (gerundet) mitgeteilt wurde (Medienmitteilung vom 15. Dezember 2011); die genannten Importquoten wiederum entstammen einem länger zurückliegenden und im vorliegenden Urteil nicht weiter spezifizierten Zeitraum (vgl. E. 6.5.7). Im Übrigen ist in Bezug auf sämtliche Angaben von einem Veröffentlichungsinteresse auszugehen (vgl. BGer, 2C_1065/2014, E. 4.2; BVGer, B-3588/2012, E. 5.1, 6.4).

12. Kosten und Entschädigung

Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei nach Massgabe ihres Unterliegens (Art. 63 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 132 II 47, E. 3.3; BVGer, B-7633/2009, 14. September 2015, Swisscom ADSL, Rz. 802, m.w.H.). Die Spruchgebühr richtet sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien; sie beträgt in vermögensrechtlichen Streitigkeiten maximal Fr. 50'000.- (Art. 63 Abs. 4 bis Bst. b VwVG). Art. 4 des Reglements des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über 5 Mio. Fr. eine Gerichtsgebühr von Fr. 15'000.- bis Fr. 50'000.- vor. Angesichts der angefochtenen Sanktion in der Höhe von rund 12.5 Mio. Fr., des grossen Aktenumfangs und ausgedehnten zweitinstanzlichen Schriftenwechsels erscheint es gerechtfertigt, die Gerichtsgebühr auf Fr. 50'000.- festzusetzen. Da die Beschwerdeführerin lediglich im Sanktionspunkt in verhältnismässig geringem Umfang teilweise obsiegt und im Hauptpunkt sowie in den übrigen Punkten unterliegt, erscheint es gerechtfertigt, ihr die Kosten vollumfänglich aufzuerlegen.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Darauf ist vorliegend aus den genannten Gründen zu verzichten. Der vorinstanzliche Kostenspruch ist unverändert zu belassen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Verfahrensantrag der Beschwerdeführerin vom 3. Juni 2014 auf Akteneinsicht wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufgehoben und Ziffer 2 wie folgt neu gefasst:

> „Die Beschwerdeführerin wird wegen Verstosses gegen Art. 5 Abs. 4 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG gestützt auf Art. 49a KG mit einem Betrag von [rund 12 Mio. Fr.] belastet."

3.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

4.

Die Verfahrenskosten von Fr. 50'000.- (inkl. Auslagen) werden der Beschwerdeführerin auferlegt und dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 50'000.- entnommen.

5.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0396; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

E Diverses
Divers
Diversi

E	**1. Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 21. September 2016 in Sachen Marktbeobachtung betreffend Umfrage Motion Hess zur Abklärung der praktischen Relevanz der Motion Hess**

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 21. September 2016 in Sachen Marktbeobachtung gemäss Art. 45 Abs. 1 KG betreffend Umfrage Motion Hess zur Abklärung der praktischen Relevanz der Motion Hess (15.3631)

A Zusammenfassung

1. Die **Motion Hess** vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) beauftragt den Bundesrat, **Massnahmen zu treffen, dass Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu leisten, wenn diese direkt im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) eingekauft worden sind**. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) hat den Auftrag erhalten, die praktische Relevanz der Motion abzuklären und herauszufinden, ob es sich bei der Verweigerung von Servicedienstleistungen durch ortsansässige Handwerker auf direkt aus dem EWR importierten Produkten um ein flächendeckendes Problem handelt. Vor diesem Hintergrund hat das Sekretariat eine umfassende Umfrage durchgeführt.

2. Ausgangspunkt der Marktumfrage war die in der Motion dargelegte These, dass der Direkteinkauf im Ausland in vielen Fällen verhindert würde, weil sich ortsansässige Handwerker infolge privater Massnahmen weigern würden, im Ausland gekaufte Waren zu installieren. Die Umfrage wurde über Verbände durchgeführt, welche Branchen vertreten, die in der Motion Hess genannt werden. Um die Erfahrungen der Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten in die Umfrage miteinzubeziehen, wurden auch die Schweizer Konsumentenschutzorganisationen befragt.

3. Gemäss der Marktbefragung sind die **Hauptursachen für Leistungsverweigerungen** auf direkt importierten Produkten in verschiedenen Branchen **vertragsrechtliche Haftungsrisiken** und **technische Handelshemmnisse**.

4. Die Marktbefragung ergab **nur vereinzelt Hinweise auf Leistungsverweigerungen** bei direkt importierten Produkten, die allenfalls auf **Massnahmen der Hersteller oder Importeure** zurückgeführt werden könnten. Diese betrafen allesamt die Verweigerung von Garantieleistungen infolge ungenügender Rückvergütung durch die Hersteller bzw. Importeure. Weitere Hinweise darauf, dass Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantieleistungen bei direkt importierten Produkten im Sinne der Motion Hess verweigert worden wären, ergab die Marktbefragung nicht. Insbesondere ergab sie keinen Hinweis darauf, dass solche Dienstleistungen auf importierten Produkten infolge entsprechender Vereinbarungen mit den Herstellern/Lieferanten verweigert worden wären. Die Ergebnisse der vorliegenden Marktbefragung legen somit nahe, dass die in der Motion Hess beschriebenen privaten Massnahmen der Hersteller und Importeure nur in einem geringen Ausmass bestehen, wobei strategisch motivierte Antworten nicht ausgeschlossen werden können.

5. Die Wettbewerbsbehörden verfügen bereits heute über die **notwendigen Gesetzesgrundlagen**, um Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten aufzugreifen, welche auf entsprechende Vereinbarungen mit Herstellern/Lieferanten zurückgeführt werden können. Gebietsabschottende Abreden gehören seit mehreren Jahren zu den Schwerpunkten der Wettbewerbsbehörden. Werden ihnen Hinweise auf entsprechende Abreden gemeldet, gehen sie diesen in jedem Einzelfall nach. Angesichts der breit durchgeführten Marktumfrage – sie hat rund 6‘000 Marktteilnehmer, Verbände und Konsumentenschutzorganisationen erreicht – ist davon auszugehen, dass die Sensibilität und die Bereitschaft im Markt gestiegen sind, das Sekretariat bei Hinweisen auf die in der Motion Hess beschriebene Problematik zu kontaktieren.

B Sachverhalt

B.1 Gegenstand der Umfrage

6. Die Motion Hess vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) wurde am 16. September 2015 vom Ständerat und am 17. März 2016 vom Nationalrat angenommen.[1] Sie hat folgenden Wortlaut:

> *„Der Bundesrat wird beauftragt, Massnahmen zu treffen, dass Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu leisten, wenn diese direkt im EWR eingekauft worden sind.“*

7. Zusammengefasst wird die Motion mit dem Argument begründet, dass häufig benötigte Maschinen für den Bau, Elektrogeräte, Kücheneinrichtungen, Motorfahrräder, Feuerungsgeräte wie Heizkessel oder Brenner,

[1] Vgl. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153631> besucht am 16. Juni 2016.

Sportboote, Stallungseinrichtungen für die Landwirtschaft, Wassermotorräder, sanitäre Apparate und Einrichtungen, Boden- und Wandbeläge aller Art, Lüftungsanlagen, Spital- oder Laborbedarf durch Fachleute montiert, installiert und gewartet würden. In vielen Fällen werde der Direkteinkauf im Ausland durch private Massnahmen verhindert. Schweizer Handwerksbetriebe würden sich oft weigern, direkt im Ausland gekaufte Produkte zu installieren. Die Weigerung der Erbringung solcher Dienstleistungen erfolge dabei oft auf Druck der Hersteller oder Importeure.

8. Laut Stellungnahme des Bundesrates vom 19. August 2015[2] ist indes unklar, inwiefern die beschriebenen privaten Massnahmen der Hersteller und Importeure tatsächlich in einem flächendeckenden Ausmass bestehen und auf den vom Motionär beschriebenen Umstand zurückzuführen sind oder ob es sich um Einzelfälle handelt. Die Wettbewerbsbehörden haben deshalb den Auftrag erhalten, dies zu prüfen.

9. Aus diesem Grund führte das Sekretariat eine Marktbeobachtung nach Art. 45 Abs. 1 KG[3] durch und befragte Marktteilnehmer in den Bereichen, welche die Motion Hess benennt, im Mai/Juni 2016 zur praktischen Relevanz der Motion Hess (vgl. Fragebogen in Anhang 1 und befragte Verbände in Anhang 2). Befragt wurden auch die Konsumentenschutzorganisationen Stiftung für Konsumentenschutz SKS, La Fédération Romande des Consommateurs FRC und die Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass im Rahmen von Marktbeobachtungen gemäss Art. 45 Abs. 1 KG keine Auskunftspflicht im Sinne von Art. 40 KG besteht, da es sich dabei nicht um formelle Wettbewerbsverfahren handelt.

B.2 Beschreibung der Marktbefragung

10. Ausgangspunkt der Marktumfrage war die in der Motion dargelegte These, dass der Direkteinkauf im Ausland in vielen Fällen verhindert würde, weil sich ortsansässige Handwerker infolge privater Massnahmen weigern würden, im Ausland gekaufte Waren zu installieren. Diese These sollte in der Marktumfrage geprüft werden. Adressaten des Fragebogens des Sekretariats waren deshalb primär Handwerksbetriebe in denjenigen Branchen, die in der Motion genannt sind.

11. Die Marktbefragung wurde über die Verbände der potenziell betroffenen Branchen durchgeführt. Im April 2016 kontaktierte das Sekretariat 30 Verbände und kündigte einen Fragebogen zur praktischen Relevanz der Motion Hess an. Gleichzeitig wurden die Verbände nach deren Mitgliederzahl und geographischen Vertretung gefragt.

12. Je nach Rückmeldung der Verbände ergab sich eine der folgenden Varianten: Die Weiterleitung des Fragebogens an ihre Mitglieder, eine Stellungnahme des Verbands im Namen der Mitglieder oder ein Verzicht auf die Teilnahme an der Marktbefragung. Die Vereinigung Schweizerischer Sanitär- und Heizungsfachleute VSSH und der Schweizer Viehhändler Verband SVV wurden von der Umfrage ausgenommen, nachdem sie dargelegt hatten, dass sie nicht Handwerksbetriebe oder andere, potenziell von der Motion Hess betroffene Mitglieder vertreten würden.

13. 13 Verbände haben es zunächst vorgezogen, anstelle einer Weiterleitung der Fragebogen an ihre Mitglieder eine Stellungnahme im Namen des Verbands zu verfassen. Von zwölf Verbänden sind bis am 6. Juli 2016 entsprechende Stellungnahmen eingegangen (vgl. Anhang 5). Ein Verband – die Fédération romande de métiers du bâtiment – hat schliesslich ausdrücklich auf eine Teilnahme an der Umfrage verzichtet. Von einem weiteren Verband – jenem für Gewässerschutz und Tanksicherheit (CITEC Suisse) – ist trotz mehrmaliger Nachfrage des Sekretariats keine Stellungnahme eingegangen.

14. 14 Verbände[4] haben in Aussicht gestellt, den Fragebogen ihren Mitgliedern zuzustellen. Der Bauernverband SBV informierte mit E-Mail vom 18. April 2016, dass der Verband keine Unternehmen oder Landwirtschaftsbetriebe als Mitglieder habe. Dem SBV seien 70 Organisationen aus dem Bereich der Landwirtschaft angegliedert, diese würden sie mit dem Fragebogen bedienen.

15. Am 18. Mai 2016 schickte das Sekretariat den angekündigten Fragebogen (vgl. Anhang 1) den 14 Verbänden in drei Sprachversionen per E-Mail mit Bitte um Weiterleitung an die jeweiligen Mitglieder. Swissmem und Swissmechanic haben den Fragebogen nicht direkt per E-Mail, sondern über ihren Newsletter an ihre Mitglieder übermittelt. Der Schweizerische Verband der Innendekorateure und des Möbelfachhandels (interieursuisse) hat seinen Mitgliedern die Fragebogen trotz mehrmaliger Nachfrage schliesslich nicht zugestellt.

16. Ziel der Marktbefragung war herauszufinden, ob sich ortsansässige Handwerker in der Vergangenheit geweigert haben, im Ausland gekaufte Waren zu installieren, warten, reparieren und/oder darauf Garantieleistungen zu erbringen und ob sie dies gegebenenfalls aufgrund entsprechender Massnahmen/Vorgaben der Hersteller/Lieferanten oder aus anderen Gründen getan haben. Vor diesem Hintergrund wurden die Marktteilnehmer im Fragebogen gefragt, ob sie in den letzten zehn Jahren Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten bei Produkten, welche Schweizer Kundinnen und Kunden direkt im Ausland eingekauft haben, verweigert haben (Anhang 1, Frage 2). In einer weiteren Frage wurden die Marktteilnehmer nach Druck oder Anreizen gefragt, damit Dienstleistungen bei direkt importierten Produkten unterlassen wurden (Anhang 1, Frage 3). Eine weitere Frage betraf die Marktteilnehmer als Nachfragerinnen und Nachfrager von Dienstleistungen auf

[2] Vgl. Fn 1.

[3] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

[4] Swissmem, küche schweiz - Der Branchenverband, Schweizerischer Bauernverband SBV, Schweizerischer Plattenverband SPV, Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI, Swissmechanic, Verband zahntechnischer Laboratorien der Schweiz VZLS (Swiss Dental Laboratories), Verband für Wohnraumfeuerungen, Plattenbeläge und Abgassysteme (feusuisse), Dachverband Schweizer Medizintechnik (FASMED), Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft VSBM, Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz FEA, motosuisse, Fédération Romande du Carrelage FeRC, Schweizerischer Verband der Innendekorateure und des Möbelfachhandels (interieursuisse).

importierten Produkten (Anhang 1, Frage 4). Den Verbandsmitgliedern wurde im Fragebogen absolute Anonymität und die Geheimhaltung ihrer Antworten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ[5] zugesichert (vgl. Anhang 1). Zudem wurden sie darauf hingewiesen, dass die Resultate der Marktbefragung in aggregierter und anonymisierter Form verwendet werden.

17. Zu den Fragen 2 und 3 (vgl. Anhang 1) ist festzuhalten, dass strategisch motivierte Antworten nicht ausgeschlossen werden können. Die Schlussfolgerungen des vorliegenden Berichts werden denn auch nicht basierend auf einzelne Rückmeldungen gezogen, sondern basierend auf ein Gesamtbild, das sich aus den eingegangenen Antworten insgesamt ergibt. Zur besseren Nachvollziehbarkeit der Schlussfolgerungen werden die Antworten pro Branche bzw. pro Verband zunächst einzeln dargelegt (vgl. Abschnitt C).

18. Die verschickten Fragebogen erreichten 5‘941 Marktteilnehmer. Diese wurden gebeten, die Fragebogen bis am 23. Juni 2016 zu beantworten.

19. Bis zum 25. Juli 2016 sind 252 Antworten[6] eingegangen, was einer Rücklaufquote von 4,24 % entspricht (vgl. Übersicht Anhang 2). Die höchste Quote einer einzelnen Branche verzeichnete der Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft VSBM mit 37,5 %, den niedrigsten Rücklauf Swissmechanic mit keiner Rückmeldung. Die höchste Anzahl Antworten kam vom Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI mit 97 retournierten Fragebogen.

20. Von allen Rückmeldungen enthielten 36 (14,29 %) Fragebogen mindestens eine Antwort, in welcher eine Verweigerung einer Dienstleistung bei direkt importierten Produkten/eine Frage nach der praktischen Relevanz der Motion Hess bejaht wurde (d.h. sie enthielten eine JA-Antwort in einer der Fragen 2-4; vgl. Anhang 3). Acht Unternehmen oder Organisationen meldeten sich mit der Information, dass eine Beantwortung nicht möglich sei. In den restlichen 207 Antworten wurden sämtliche Fragen nach einer Leistungsverweigerung im Sinne der Motion Hess verneint. 30 dieser NEIN-Antworten enthielten trotzdem zusätzliche Kommentare in Zusammenhang mit der Motion Hess und anderen Anliegen (vgl. Anhang 4).

21. Fünf retournierte Fragebogen konnten aufgrund von unvollständigen Daten nicht ausgewertet werden. Diese Unternehmen haben sich auf eine Nachfrage zur Vervollständigung nicht mehr gemeldet.

22. Nebst den Verbänden wurden die Konsumentenschutzorganisationen der deutschen, französischen und italienischen Schweiz – die Stiftung für Konsumentenschutz SKS, La Fédération Romande des Consommateurs FRC und die Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI – mit E-Mail vom 24. Mai 2016 angefragt, ob sie Informationen über die Verweigerung von Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten an im Ausland gekauften Produkten im Sinne der Motion Hess verfügen und ob sie Sie allfällige Beschwerden von Konsumenten an das Sekretariat weiterleiten würden. Alle Konsumentenorganisationen gaben dem Sekretariat innert Frist eine Rückmeldung.

C Ergebnisse der Marktbefragung

23. Nachfolgend werden die Ergebnisse der Marktbefragung für jeden Verband einzeln dargestellt. Zuerst werden die Ergebnisse der Antworten auf die Fragebogen, welche via die Verbände versandt wurden, ausgewertet (C.1). Den Anhängen 3 und 4 sind die detaillierten Antworten der Marktteilnehmer zu entnehmen. Darauf folgt die Präsentation der Stellungnahmen der Verbände (C.2; vgl. Anhang 5) und der Konsumentenschutzorganisationen (C.3).

C.1 Fragebogen via Verbände

C.1.1 Swissmem

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
1‘050	1	0,1 %	0	0 %	1	100 %	1

24. Swissmem vertritt Mitglieder der schweizerischen Maschinen-, Elektro- und Metallindustrie (MEM-Industrie) und von verwandten technologieorientierten Branchen aus der ganzen Schweiz.[7] Der Fragebogen zur praktischen Relevanz der Motion Hess wurde den 1‘050 Mitgliederunternehmen via Newsletter des Verbandes zugestellt; ein Fragebogen wurde retourniert. Dieser enthielt keine Hinweise auf Leistungsverweigerungen im Sinne der Motion Hess. Das antwortende Unternehmen merkte stattdessen an, es betrachte die Möglichkeit, auf im Ausland eingekauften Produkten Serviceleistungen zu erbringen, als Chance. Vor allem kleinere Unternehmen würden im Service mehr Geld verdienen als im Handel mit den Produkten.

C.1.2 küche schweiz – Der Branchenverband

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
132	12	9,09 %	2	16,67 %	10	83,33 %	6

[5] Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.30).

[6] Darunter sind zwei Unternehmen, welche den Fragebogen von zwei Verbänden erhalten und ihre Antwort für beide Verbände als gültig erklärt haben.

[7] <http://www.swissmem.ch/organisation-mitglieder/verband/portraet.html> besucht am 4. August 2016.

25. Im Branchenverband küche schweiz sind Anbieter von Haushaltsküchen und von Einbaugeräten und Spülen zusammengeschlossen.[8] Der Fragebogen wurde den 132 Unternehmen der Kategorien „Küchenfirmen“ und „Gehälter/Spülen“ zugesandt. Unter den zwölf Antworten gab es zwei Unternehmen, die angaben, Leistungen bei direkt importierten Produkten verweigert zu haben (Anhang 1, Frage 2; davon bezog sich ein Unternehmen nicht auf die letzten zehn, sondern bloss die letzten zwei Jahre). Nach Angaben einer Küchenausstatterin sind bei einem Bezug von ihren Produkten bei deutschen Händlern sämtliche Installations-, Wartungs-, Reparatur- und Garantiearbeiten von diesen deutschen Händlern auszuführen. Bei der Frage nach den Gründen verwies die Küchenausstatterin auf vertragliche Vereinbarungen zwischen ihrer deutschen Muttergesellschaft und deren Vertriebspartnern, gemäss welchen die deutschen Vertriebspartner für die Gewährung von Garantieleistungen auf den von ihnen verkauften Produkten verantwortlich sind. In der zweiten Antwort wurde im Zusammenhang mit der Montage von Elektrogeräten auf die Inkompatibilität von importierten Geräten mit den Schweizer Anschlüssen/Steckern hingewiesen.

26. Von den zehn Antworten, in welchen Verweigerungen von Serviceleistungen auf direkt importierten Produkten verneint wurden, enthielten deren sechs Kommentare. Es wurde mehrheitlich festgehalten, dass die Unternehmen mit der in der Motion Hess beschriebenen Problematik noch nicht in Berührung gekommen seien, noch keine Anfrage in diesem Sinne erhalten hätten oder die Wartung der Geräte ohnehin immer vom Hersteller durchgeführt werde. Darüber hinaus wurde auf Wettbewerbsnachteile der Schweizer Küchenbauer gegenüber solchen aus dem Ausland hingewiesen: So dürften Geräte mit Energieeffizienzklasse A+ importiert werden, welche in der Schweiz nicht verkauft werden dürften (Mindestanforderung A++). Zudem werde die vorgezogene Recyclinggebühr (vRG) nur auf in der Schweiz gekauften Geräten erhoben. Schliesslich würden Schweizer Küchenbauer für den Anschluss von Starkstrom und Wasser Bewilligungen benötigen.

C.1.3 Schweizerischer Bauernverband SBV

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
70	6	8,57 %	0	0 %	2[9]	33,33 %	-

27. Die Mitglieder des schweizerischen Bauernverbandes sind nicht Landwirtschaftsbetriebe oder –unternehmen, sondern Organisationen aus dem Bereich der Landwirtschaft. Diese wurden vom Verband mit einem Fragebogen bedient.

28. Unter den sechs Antworten befanden sich vier Organisationen, welche angaben, dass in den letzten zehn Jahren keine Leistungen auf direkt importierten Produkten verweigert worden seien oder dass die befragten (Bauern-)Betriebe keine Geräte im Ausland kaufen würden und ihnen deshalb auch keine Probleme im Sinne der Motion Hess bekannt seien. Zwei Organisationen wiesen darauf hin, dass sie keine Dienstleistungen anbieten würden und deshalb den Fragebogen nicht beantworten könnten.

C.1.4 Schweizerischer Plattenverband SPV

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
376	47	12,5 %	3	6,38 %	44	93,62 %	3

29. Der Schweizerische Plattenverband SPV ist der Branchen- und Arbeitgeberverband der Schweizerischen Plattenleger- und Plattenhandelsbranche und vertritt Plattenleger und Plattenhandelsfirmen in der deutschen und italienischen Schweiz.[10]

30. Zwei der drei Unternehmen, welche angaben, schon einmal Dienstleistungen auf importierten Produkten verweigert zu haben (Anhang 1, Frage 2), begründeten ihr Verhalten mit dem fehlenden Vertrauen in die Qualität der importierten Produkte. Das erste Unternehmen hat aus diesem Grund autonom entschieden, die Garantie nicht zu übernehmen. Das zweite Unternehmen gab an, Dienstleistungen bei qualitativ schlechtem oder bei defektem Material aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Importeur nicht durchgeführt zu haben. Das dritte Unternehmen liess seine Antwort unbegründet.

31. Unter den 44 Antworten, in welchen Leistungsverweigerungen im Sinne der Motion Hess auf importierten Produkten verneint wurden, befanden sich namentlich die folgenden Kommentare: Ein Unternehmen merkte an, das Anliegen der Motion Hess sei in seinem Fall deshalb nicht relevant, weil seine Produkte (Fliesen) ohnehin im Ausland bezogen würden und es nicht darauf ankomme, ob der Import durch den Importeur oder den Kunden geschehe. Ein anderes Unternehmen gab an, zwar keine Leistungen auf direkt importierten Produkten verweigert zu haben, dass aber ungeeignetes Material oder solches von schlechter Qualität zu Mehrkosten oder beeinträchtigter Optik führen könne.

[8] <http://www.küche-schweiz.ch/xml_1/internet/de/application/d330/f64.cfm> besucht am 4. August 2016.

[9] In den vier weiteren Rückmeldungen blieben die Fragen unbeantwortet (nicht relevant/ keine Antwort möglich).

[10] <https://plattenverband.ch/verband/organisation> besucht am 4. August 2016.

C.1.5 Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
2‘220	97[11]	4,37 %	18	18,56 %	78	80,41 %	10

32. Der Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI ist der Verband für Installationen von Stark- und Schwachstrom, Telekommunikation, IT und Sicherheit sowie Gebäudeautomation und vertritt somit die Elektro- und Telekommunikations-Installationsbranche.[12] Mit 97 Mitgliedern, die einen Fragebogen retourniert haben, verzeichnete der VSEI den höchsten Rücklauf.

33. In 18,56 % dieser Rückmeldungen wurde mindestens eine der Fragen nach der praktischen Relevanz der Motion Hess mit „JA“ beantwortet. Die Verweigerung von Serviceleistungen auf importierten Produkten (Anhang 1, Frage 2) wurde insbesondere mit technischen Handelshemmnissen begründet. Genannt wurde eine falsche Anschlussspannung für die Schweiz bei importierten Produkten. Insbesondere bei Küchengeräten seien direkt importierte Geräte zu finden, welche eine zu hohe Leistung hätten und damit gegen die Werkvorschriften vom Netzbetreiber verstossen würden. Teilweise würden die importierten Produkte den hiesigen Normen nicht entsprechen (z.B. der Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen[13] oder der Niederspannungs-Installations-Norm NIN) oder keine CE-Konformität[14] aufweisen, obwohl es so deklariert sei. Es gäbe auch importierte Produkte, für welche keine Konformitätserklärung, kein Nachweis der Einhaltung der Normen oder mangels durchgeführter Prüfung keine Zulassung bestünde.

34. Die Verweigerung von Dienstleistungen bei direkt importierten Produkten sei sodann auch auf die autonome Entscheidung des jeweiligen Unternehmens zurückzuführen. Gründe hierfür seien u.a. fehlende Kapazitäten, fehlende Informationen zum importierten Produkt, ein fehlender technischer Support in der Nähe und die Nichtverfügbarkeit von Ersatzteilen. Ein Teil der Unternehmen vertrat die Ansicht, dass die Kunden Garantieleistungen dort in Anspruch nehmen sollten, wo sie das Produkt gekauft hätten, weil ihnen die Garantieleistungen nicht vergütet würden. So würden zwar häufig Installationen gemacht, aber keine Garantie darauf angeboten. Schliesslich sei auch die Qualität oder die Herkunft des Materials ein Grund für die Verweigerung von Dienstleistungen. Ein Unternehmen gab an, die Leistungen verweigert zu haben, weil auf dem Produkt noch eine Garantie bestanden habe.

35. Die Frage nach dem Vorhandensein von Druck oder Anreizen, Leistungen bei direkt importierten Produkten zu unterlassen (Anhang 1, Frage 3), haben zwei Unternehmen bejaht. Das erste Unternehmen gab an, dass gewisse Hersteller keine Garantie auf importierten Weisswaren (Haushaltsgeräte) gewähren würden. Das zweite Unternehmen nannte die Vorschriften des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) als Druck bzw. Anreiz, Dienstleistungen auf importierten Produkten zu verweigern. Gemäss diesen Vorschriften gelte beim Installateur eine Garantiefrist von fünf Jahren sobald ein Gerät angeschlossen sei, während die Kunden beim Einkauf im Ausland entsprechend den Garantien im Werkvertrags- und Kaufrecht nur zwei Jahre Garantie erhalten würden.

36. Ein Verbandsmitglied hat zusätzlich angegeben, dass ihm als Nachfrager (Anhang 1, Frage 4) die Installation und Reparatur bei Torantrieben und Klimageräten durch den Installateur verweigert worden sei. Dies aus „Respekt“ davor, die Garantie für nicht gelieferte Produkte übernehmen zu müssen. Ein weiteres Verbandsmitglied wies unter den Bemerkungen der NEIN-Antworten (Anhang 4) sodann darauf hin, dass sich ein Sanitär bei einem privaten Bauvorhaben geweigert habe, selber eingekaufte Produkte einzubauen und dabei die Garantie zu übernehmen.

37. Unter den Bemerkungen der NEIN-Antworten fand sich sodann ein Hinweis, wonach Schweizer Vertriebspartner manchmal drohen würden, bei importierten Produkten Gewährleistungen nicht zu übernehmen. Es ist nicht klar, ob damit effektiv die gesetzlich geregelten Gewährleistungen des Verkäufers (Art. 197 und 210 OR[15]), d.h. die Haftung für zugesicherte Eigenschaften und allfällige Mängel, oder die vom Hersteller oder Verkäufer vertraglich zugesicherten Garantieleistungen gemeint sind. Aufgrund des Kontexts dürfte es sich allerdings um Garantieleistungen handeln.

C.1.6 Swissmechanic

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
1‘000	0	0 %	0	-	0	-	-

[11] Ein Fragebogen war nicht verwertbar, da er widersprüchliche Antworten enthielt.

[12] <http://www.vsei.ch/fileadmin/eyebase/01_Verband/Ueber%20uns/_Dokumente/DE/VSEI%20Vision.pdf> besucht am 4. August 2016.

[13] Verordnung vom 7. November 2001 über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV; SR 734.27).

[14] Die CE-Kennzeichnung dient als Nachweis, dass ein Produkt die grundlegenden Anforderungen an Sicherheit, Gesundheitsschutz und Umweltschutz gemäss EU-Recht erfüllt und dass die vorgeschriebenen Konformitätsbewertungsverfahren durchgeführt worden sind. Die Kennzeichnung soll den freien Warenverkehr erleichtern und gilt für eine Vielzahl von Produktkategorien. Die Schweiz hat ihre Produktvorschriften bereits weitgehend an das entsprechende EU-Recht angeglichen. Vgl. <http://europa.eu/youreurope/business/product/ce-mark/index_de.htm; http://www.s-ge.com/de/content/static/CE-Kennzeichnung> besucht am 17. August 2016.

[15] Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220).

38. Swissmechanic ist der Arbeitgeberverband der kleinen und mittleren Unternehmen in der Maschinen-, Elektro- und Metallbranche (MEM-Branche). Daran angeschlossen sind die mechanisch-technischen und elektrotechnisch-elektronischen Berufsgruppen sowie zusätzliche Branchen- und Fachorganisationen der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein.[16] Der Fragebogen wurde den Mitgliedern über den Newsletter des Verbandes zur Kenntnis gebracht. Es sind keine ausgefüllten Exemplare retourniert worden.

C.1.7 Verband zahntechnischer Laboratorien der Schweiz VZLS (Swiss Dental Laboratories)

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
393	14	3,56 %	1	7,14 %	13	92,86 %	1

39. Der Verband Swiss Dental Laboratories vertritt zahntechnische Laboratorien in der ganzen Schweiz sowie im Fürstentum Liechtenstein.[17]

40. Nur ein Unternehmen hat angegeben, in den letzten zehn Jahren Serviceleistungen auf direkt importierten Produkten verweigert zu haben. Konkret ging es um Reparaturarbeiten. Es begründete dies damit dass es keine Garantien für Ergänzungen an Produkten übernehmen könne, welche nicht den üblichen Fertigungsstandards entsprechen würden (Anhang 1, Frage 2). Sodann wies das Unternehmen darauf hin, dass ein Schweizer Sanitärinstallateur zwar die Installation eines importierten Produkts vorgenommen habe, jedoch darauf keine Garantie gewährt habe (Anhang 1, Frage 4).

C.1.8 Verband für Wohnraumfeuerungen, Plattenbeläge und Abgassysteme (feusuisse)

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
342	19[18]	5,56 %	7	36,84 %	10	52,63 %	1

41. Der Verband für Wohnraumfeuerungen, Plattenbeläge und Abgassysteme – feusuisse – vertritt Betriebe des Ofenbau-, Platten-, und Abgasanlagengewerbes sowie Hersteller und Händler der Zulieferbranche aus der deutschen und französischen Schweiz.[19]

42. Mit 36,84 % verzeichnete feusuisse von allen Verbänden den höchsten Anteil an zurückgesandten Fragebogen, bei welchen mindestens eine Frage nach der praktischen Relevanz der Motion Hess bejaht wurde. Für die Weigerung, Dienstleistungen auf direkt importierten Produkten zu erbringen (Anhang 1, Frage 2), wurden folgende Gründe angegeben: Produkte aus dem Bereich von Abgasanlagen und Öfen (Cheminées und Heizungsöfen) hätten über keine Schweizer Zulassung verfügt oder es sei keine Typenbescheinigung vorhanden gewesen, weshalb es dem Installateur nicht möglich gewesen sei, die Garantie zu übernehmen. Weiter würden Wartungs- und Reparaturarbeiten nicht an Installationen durchgeführt, welche mangelhaft oder nicht dem Standard entsprechend ausgeführt worden seien. Genannt wurde auch fehlendes Vertrauen in importierte Produkte, die man selbst nicht im Sortiment habe. Drei befragte Marktteilnehmer nannten eine grundsätzliche mangelnde Bereitschaft, Garantieleistungen auf Produkten zu erbringen, die günstiger im Ausland gekauft worden seien. Zwei dieser drei Unternehmen gaben an, jedoch Ausnahmen zu machen, wenn es sich um qualitativ gute Produkte oder um solche handle, welche sie selber auch verkaufen würden. Zudem würden sie sich ausnahmsweise auch dann für die Erbringung von Leistungen auf importierten Produkten entscheiden, wenn sie von Stammkunden danach gefragt würden oder wenn die auszuführende Arbeit mehrere Tage daure. Ein Unternehmen hat angegeben, Installationen von importierten Öfen (Cheminées) auf Instruktion des Lieferanten hin zu verweigern, weil es keine Garantie gäbe, wenn die Geräte nicht vom Fachmann installiert würden.

C.1.9 Dachverband Schweizer Medizintechnik (FASMED)

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
234	14	5,98 %	1	7,14 %	13	92,86 %	3

43. FASMED ist der Dachverband der Handels- und Industrievereinigungen der schweizerischen Medizinaltechnik und vertritt 234 Unternehmen aus der ganzen Schweiz.[20]

44. Ein Verbandsmitglied hat die Frage nach einer Leistungsverweigerung auf direkt importierten Produkten bejaht (Anhang 1, Frage 2). Es gab an, keine Garantiearbeiten auf Produkten auszuführen, welche nicht bei ihm gekauft worden seien, da diese vom Hersteller nicht rückvergütet würden.

[16] <http://www.swissmechanic.ch/xml_1/internet/de/application/d2850/d2856/f2857.cfm> besucht am 4. August 2016.
[17] <http://www.vzls.ch/verband/> besucht am 4. August 2016.
[18] Zwei Rückmeldungen enthielten die Bemerkung, dass keine Antwort möglich sei.
[19] <http://www.feusuisse.ch/de> besucht am 4. August 2016.
[20] <http://www.fasmed.ch/de/alte-seiten/der-verband/ueber-uns.html> besucht am 5. August 2016.

45. Unter den NEIN-Kommentaren wurde angemerkt, dass die Medizinaltechnik-Branche nicht direkt von der Problematik der Motion Hess betroffen sei. Der Import von Produkten lohne sich nicht, weil in der Medizinaltechnik-Branche vor allem die Schulung, der Service und die schnelle Wiederbeschaffung wichtig seien. Für ein unbekanntes importiertes Produkt müssten zunächst ein Service Team aufgebaut und Schulungen durchgeführt werden. Eine multinationale Herstellerin gab sodann an, dass auf ihren Produkten eine internationale Herstellergarantie gelte. Es würden auch Produkte repariert, die im Ausland gekauft worden seien. Die Leistung werde aber gegebenenfalls konzernintern verrechnet.

C.1.10 Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft VSBM

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
40	15	37,5 %	2	13,33 %	13	86,67 %	-

46. Der Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft umfasst die Vertretung der Interessen des Baumaschinenhandels in der ganzen Schweiz.[21] Der Verband VSBM verzeichnete mit 37,5 % bzw. 15 Antworten auf 40 zugestellte Fragebogen die höchste Rücklaufquote.

47. Zwei Unternehmen haben angegeben, dass sie Garantiearbeiten, Afterservice und Reparaturarbeiten aus autonomer Entscheidung nicht ausführen würden (Anhang 1, Frage 2), weil sie keine Kapazitäten hätten und ohnehin ihre Kunden selbst auswählen dürften. Sie sind der Meinung, man könne nicht anderswo einkaufen und dann trotzdem von ihrem Service profitieren.

C.1.11 Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz FEA

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
43	16	37,21 %	1	6,25 %	15	93,75 %	3

48. Der Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz vertritt Unternehmen – Hersteller oder Importeure – der Haushaltapparateindustrie aus der ganzen Schweiz. Die FEA ist in die drei Produktbereiche Grossgeräte, Kleingeräte und Elektrowärme (Boilerindustrie/Raumheizung) aufgeteilt.[22]

49. Ein Unternehmen gab an, die Garantie abzulehnen (Anhang 1, Frage 2), wenn die importierten Geräte nicht den Schweizer Bestimmungen und Normen entsprächen und deshalb nicht funktionsfähig seien. Bei zu hoher Leistungsaufnahme (>2‘400 Watt) würden die Geräte im Schweizer Stromnetz nicht funktionieren und stellten ein Sicherheitsrisiko dar.

50. Unter den NEIN-Kommentaren wies eine international tätige Herstellerin darauf hin (Anhang 1, Frage 5), auf allen Produkten eine internationale Herstellergarantie zu gewähren und auch solche Produkte zu reparieren, die im Ausland gekauft worden seien, wobei die Leistung intern an die entsprechende Ländergesellschaft verrechnet werde.[23] Ein weiteres international tätiges Herstellerunternehmen gab an, als internationaler Konzern könne man keine Dienstleistungen an Kunden ausschlagen. Aber es entstehe eine Problematik bezüglich der Garantiekosten. Zusätzlich erschwerend sei, dass gewisse Produkte in der Schweiz gar nicht zugelassen seien, welche vom Herstellerunternehmen repariert und gewartet werden sollten.

C.1.12 Motosuisse

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
21	5	23,81 %	1	20 %	4	80 %	1

51. Motosuisse ist die Vereinigung der Fabrikanten, Grossisten und Importeure von Motorrädern und Rollern inklusive Motorrad- und Roller Zubehör/Bekleidung aus der ganzen Schweiz.[24]

52. Ein im Motorradhandel tätiges Unternehmen bejahte die Frage nach einer Verweigerung von Dienstleistungen bei importierten Produkten (Anhang 1, Frage 2) und verwies darauf, dass der Händler, welcher das Produkt verkaufe, auch für die Garantie zuständig sei. Der administrative Aufwand für die Verrechnung mit den Herstellern sei gross und die Kosten würden nur teilweise vergütet. Anders sei es im Fall von sicherheitsrelevanten Rückrufaktionen, diese würden durchgeführt.

[21] <http://www.vsbm.ch> besucht am 4. August 2016.

[22] <http://www.fea.ch/de/portraet/index.php> besucht am 17. August 2016.

[23] Diese Herstellerin erhielt den Fragebogen ebenfalls über den FASMED und hat ihre Antwort für beide Verbände als gültig erklärt (vgl. oben, Rz 45 und Fn 6).

[24] <http://www.motosuisse.ch/de/portrait.html> besucht am 4. August 2016.

53. Unter den NEIN-Kommentaren merkte eine offizielle Importeurin von Motorrädern an, die Händler weder zu verpflichten, auf Motorrädern, die aus dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) parallel importiert wurden, keine Installations-, Wartungs- oder Garantieleistungen, usw. zu erbringen, noch entsprechenden Druck auszuüben oder entsprechende Anreize zu setzen. Es sei ihr auch kein Fall bekannt, in dem ein autorisierter Händler sich geweigert hätte, diese Dienstleistungen bei einem parallel importierten Motorrad zu erbringen. Schliesslich würden die Verträge mit den autorisierten Händlern im EWR und in der Schweiz ausdrücklich vorsehen, dass ihre Motorräder an Endkunden im EWR und in der Schweiz verkauft werden dürften.

C.1.13 Fédération Romande du Carrelage FeRC

Mitglieder	Rücklauf		Ja-Antworten		Nein-Antworten		Nein-Kommentare
20	1	5 %	0	0 %	1	100 %	-

54. Die Fédération Romande du Carrelage vertritt die Plattenleger und Plattenhändler aus der Westschweiz.[25] Von den 20 angeschriebenen Unternehmen retournierte ein Unternehmen den Fragebogen. Es verneinte die Fragen nach Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten und gab keine anderweitigen Hinweise.

C.1.14 Zwischenfazit

55. Mit 207 NEIN-Antworten wurden in 82 % der retournierten Fragebogen sämtliche Fragen nach der praktischen Relevanz der Motion Hess verneint. Einige Unternehmen gaben zusätzlich an, von der in der Motion Hess geschilderten Problematik nicht betroffen zu sein.

56. Die JA-Antworten lassen sich aufgrund ihrer Beweggründe für die Verweigerung von Leistungen in zwei verschiedene Kategorien aufteilen: Zum einen haben sich Unternehmen – unabhängig von Einflussnahmen ihrer Lieferanten – autonom dagegen entschieden, auf direkt importierten Produkten Installations-, Wartungs- und/oder Garantiearbeiten zu erbringen. Dieser Entscheid wurde wie folgt begründet:

- ausländische Vertriebspartner der Herstellerin sind für die Erbringung von Garantieleistungen verantwortlich (vgl. Rz 25);
- fehlende Kapazitäten (vgl. Rz 34, 47);
- keine Bereitschaft, Garantieleistungen auf Produkten zu erbringen, die im Ausland gekauft wurden (vgl. Rz 34, 42, 47);
- fehlendes Vertrauen in die Qualität von importierten Produkten (vgl. Rz 30, 36, 42), schlechte Qualität von importierten Produkten (vgl. Rz 34), fehlende Informationen zu importierten Produkten, fehlender technischer Support, Nichtverfügbarkeit von Ersatzteilen (vgl. Rz 34), importierte Produkte entsprechen nicht den üblichen Fertigungsstandards (vgl. Rz 40);
- Aufwand im Zusammenhang mit der Vergütung von Garantieleistungen ist gross (vgl. Rz 52);
- Stecker von importierten Elektrogeräten sind nicht mit Schweizer Anschlüssen kompatibel (vgl. Rz 25), importierte Elektrogeräte verfügen über eine falsche Anschlussspannung (zu hohe Leistung), entsprechen nicht den schweizerischen Normen oder weisen keine CE-Konformität auf (vgl. Rz 33, 49); teilweise fehle eine Konformitätserklärung, ein Nachweis über die Einhaltung der Normen oder – mangels durchgeführter Prüfung – die Zulassung (vgl. Rz 33);
- fehlende Schweizer Zulassung oder Typenbescheinigung bei importierten Abgasanlagen und Öfen (Cheminées und Heizungsöfen) (vgl. Rz 42);
- längere Garantiefristen für Installationen nach SIA-Vorschriften als die Garantiefrist auf dem importierten Produkt (vgl. Rz 35).

57. Zum anderen enthielten fünf Antworten im Sinne der Motion Hess Hinweise darauf, dass Garantiearbeiten auf direkt importierten Produkten vom Lieferanten/Hersteller nicht oder nur teilweise rückvergütet werden (vgl. Rz 34, 35, 37, 44, 52). Weitere Hinweise darauf, dass Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantieleistungen bei direkt importierten Produkten im Sinne der Motion Hess verweigert worden wären, ergab die Marktbefragung nicht.

58. Damit liegen lediglich punktuelle Hinweise vor, dass ortsansässige Handwerker Dienstleistungen auf direkt importierten Produkten wegen entsprechender privater Massnahmen von Herstellern/Lieferanten verweigern.

C.2 Stellungnahmen von Verbänden

C.2.1 Schweizerischer Motorbootverband

59. Die Mitglieder des Schweizerischen Motorbootverbandes sind zum einen Motorbootclubs auf den Schweizer Seen, welche ca. 3‘000 Motorbootsportler umfassen, und zum anderen ungefähr 250 Einzelmitglieder, welche nicht einem Club angegliedert sind. Der Verband ist auch beratendes Mitglied im Schweizerischen Bootbauerverband, welcher die Interessen der Werften und des Bootgewerbes vertritt.

60. Der Motorbootverband hält in seiner Stellungnahme fest, seine Mitglieder seien durch die Anliegen der Motion Hess nicht direkt betroffen. Sie würden keinen Handel betreiben, sich jedoch dafür einsetzen, dass die „Freiheit auf dem Wasser mit möglichst wenigen Einschränkungen versehen wird“.

[25] <https://plattenverband.ch/verband/organisation> besucht am 4. August 2016. Die Deutschschweizer und Tessiner Plattenleger sind im Schweizerischen Plattenverband SBV organisiert (vgl. C.1.4).

C.2.2 Verband Bodenbelagsfachgeschäfte (BodenSchweiz)

61. BodenSchweiz vertritt die Fachgeschäfte für Linoleum, Spezialbodenbeläge, Teppiche und Parkett[26] und zählt ungefähr 700 Mitglieder aus der ganzen Schweiz.

62. Boden Schweiz führt in seiner Stellungnahme aus, dass seine Mitglieder zwar den „offenen und für Konsumenten transparenten Markt“ befürworten würden, es in ihrer Branche aber spezifische Eigenheiten gäbe, die zu berücksichtigen seien: Zum einen würden Boden-Parkettleger beim Einsetzen eines beweglichen Werks in eine Immobilie nach Werkvertragsrecht, welches eine fünfjährige Garantie für das Material und die Arbeit vorsehe, haften. Zum anderen hätten die Verbandsmitglieder insofern eine Sonderstellung unter Bauhandwerkern, als sie neben Handwerkern gleichzeitig auch Fachhändler seien. Der Boden-Parkettleger verdiene damit sein Geld nicht nur mit der reinen Handwerksleistung, sondern auch mit dem Beraten und dem Verkauf von Bodenbelägen. Aus juristischer Sicht problematisch werde es, wenn der bodenlegende Handwerker die vom Kunden frei eingekauften Bodenbeläge nicht kenne oder zum Vornherein bereits feststelle, dass diese den Anforderungen des Untergrundes oder des Bauherrn nicht entsprächen. In diesem Falle könne vom Boden-Parkettleger keine Annahme des Auftrages erwartet werden, weil er unter solchen Umständen nicht gewillt sei, eine werkvertragliche Garantie auf Material und Arbeit zu gewähren. Das Cassis-de-Dijon-Prinzip könne wohl bei einfachen Handelswaren gut funktionieren. Im Bereich des Fachhandels mit Bodenbelägen würden die Überlegungen des Motionärs allerdings zu kurz greifen.

C.2.3 2rad Schweiz

63. 2rad Schweiz hat 860 Mitgliedsunternehmen (Fahrradanbieter und Motorradanbieter) aus der gesamten Schweiz, ausser dem Kanton Tessin. Die Stellungnahme des Verbandes 2rad Schweiz bezieht sich lediglich auf Fahrräder. Die in der Motion Hess ebenfalls genannten Motorfahrräder seien mittlerweile zu einem unbedeutenden Fahrzeugtyp geworden.

64. Der Verband weist zunächst darauf hin, dass Motorräder und schnelle E-Bikes (schneller als 25 km/h) einer Typenprüfung unterzogen werden müssten. Für die anderen E-Bikes würden wie für normale Fahrräder die Vorgaben in der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge[27] zur Anwendung kommen.

65. Der Verband macht sodann auf die Problematik aufmerksam, dass Schweizer Kunden in Schweizer Fachgeschäften kostenlos Beratungen in Anspruch nehmen, die Fahrräder dann aber im grenznahen Ausland günstiger einkaufen würden. Ein Teil der Schweizer Händler weigere sich, direkt importierte Fahrzeuge zu warten und zu reparieren. Dies unter anderem deshalb, weil ihnen die Fahrzeuge nicht bekannt seien und z.B. das benötigte Spezialwerkzeug nicht vorhanden sei, weil der Fachbetrieb die Verantwortung für die Verkehrssicherheit des Fahrzeuges nicht gewährleisten könne, weil der Fachbetrieb generell nur Fahrzeuge seiner Markenvertretung(en) warte bzw. repariere oder weil der Kunde nicht bereit sei, die gemäss der VTS notwendigen Nachrüstungen vorzunehmen.

66. Bezüglich Garantieleistungen herrsche für den Fachhandel schon innerhalb der Schweiz eine schwierige Situation. Einem grossen Aufwand zur Befriedigung des Kunden stehe meist eine bescheidene Entschädigung des Schweizer Importeurs gegenüber. Falls ausländische Partner involviert seien, werde die ganze Leistung absolut unrentabel. Deshalb könne es sein, dass ein Händler gleich von Anfang Dienstleistungen auf solchen Fahrzeugen verweigere.

C.2.4 Verband Schweizer Coiffeurgeschäfte (CoiffureSuisse)

67. CoiffureSuisse vertritt alle Inhaberinnen und Inhaber von Coiffeurgeschäften in der Schweiz[28] und zählt insgesamt ca. 3‘300 Mitglieder. Der Zentralvorstand hat im Namen seiner Mitglieder eine Stellungnahme abgegeben.

68. Demnach betreffen die Anliegen der Motion Hess die Coiffeure nicht, da sie keine Installationen oder Apparate kaufen würden und ihnen somit darauf auch keine Wartungs- oder Garantieleistungen verweigert werden könnten.

C.2.5 Schweizerischer Verband für Umwelttechnik SVUT

69. Dem Schweizerischen Verband für Umwelttechnik SVUT gehören insbesondere kleine und mittelständige Unternehmen (KMU), Experten und Dienstleister aus allen Bereichen der Umwelt-, Energie-, Abfall- und Wasserwirtschaft an.[29]

70. Der Verband verneinte sämtliche Fragen nach allfälligen Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten durch seine Mitglieder. Zusätzliche Erläuterungen sind trotz mehrmaliger Nachfrage nicht eingegangen.

C.2.6 Schweizerisch-Liechtensteinischer Gebäudetechnikverband (suissetec)

71. Der Schweizerisch-Liechtensteinische Gebäudetechnikverband (suissetec) ist ein Branchen- und Arbeitgeberverband, welcher 3‘400 Organisationen und Unternehmen aus den Branchen Spengler, Gebäudehülle, Heizung, Lüftung und Sanitär (Wasser/Gas, einschliesslich Werkleitungen) aus der ganzen Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein vertritt.[30]

---

[26] <http://www.bodenschweiz.ch/de/bodenschweiz.html> besucht am 4. August 2016.

[27] Verordnung vom 19. Juni 1995 über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS; SR 741.41).

[28] <http://coiffuresuisse.ch/de/verband/ueber-uns/> besucht am 4. August 2016.

[29] <http://www.svut.ch/portrait.html> besucht am 4. August 2016.

[30] <https://www.suissetec.ch/ueber> besucht am 4. August 2016.

72. suissetec hält in seiner Stellungnahme fest, dass sie nicht die Thematik der Motion Hess, sondern jene der werkvertraglichen Haftung beschäftige. Danach würden die Installateure nicht nur für ihre Anschlussarbeiten, sondern auch für das montierte Produkt haften. Diese Haftung gelte für fünf Jahre während die Hersteller und Lieferanten nach Kaufrecht nur deren zwei Jahre haften würden. Aus diesem Grund rieten sie ihren Verbandsmitgliedern, Abmahnungsschreiben auszustellen, in welchen sie klarstellen, dass sie nur für ihre Anschlussarbeiten und nicht auch noch für die Funktionalität des Produkts haften würden.

C.2.7 Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer-Verband SMGV

73. Der Schweizerische Maler- und Gipserunternehmer-Verband SMGV vertritt als Branchen- und Arbeitgeberverband Unternehmen aus dem Maler- und Gipsergewerbe. Er umfasst 1'970 Mitgliedsunternehmen aus der Deutschschweiz, dem Kanton Jura und dem Tessin. Ausgenommen davon sind die Gipser der Stadt Zürich, die Maler aus Basel-Stadt und die Gipser des Kantons Tessin.[31]

74. Der Stellungnahme des SMGV ist zu entnehmen, dass Unternehmen der Maler- und Gipserbranche ihr Material fast ausschliesslich bei Schweizer Fabrikanten und Herstellern kaufen würden, da sich ein Direktimport aus dem nahen Ausland nicht lohne. Weiter komme es auch selten vor, dass ein Bauherr das Material selber kaufe.

C.2.8 La Fédération suisse romande des entreprises de plâtrerie-peinture FREPP

75. Die «Fédération suisse romande des entreprises de plâtrerie-peinture» vertritt 500 kleinere und mittlere Maler- und Gipserunternehmen aus der französischsprachigen Schweiz.[32]

76. Nach Angaben des Verbands erwerben die Mitgliedsunternehmen nur selten Maschinen, die einen Afterservice benötigen. Aus diesem Grund seien sie von der in der Motion Hess erwähnten Problematik nicht betroffen.

C.2.9 Holzindustrie Schweiz HIS

77. Holzindustrie Schweiz HIS vertritt 230 Sägewerke und verwandte Betriebe aus der ganzen Schweiz, welche Holz-Halbfabrikate herstellen.[33]

78. Holzindustrie Schweiz führt aus, dass Holzhalbfabrikate in der Regel direkt an die Holzbaubetriebe (Zimmereien), Kisten-/Paletten-Hersteller und Schreinereien geliefert würden, die daraus Produkte für den Endverbrauch herstellen würden. Die fix installierten Hauptmaschinen würden meist aus den Nachbarländern stammen. Die Maschinen würden sowohl über Schweizer Importeure als auch direkt eingekauft. Probleme mit Wartungs- oder Garantiearbeiten seien nicht bekannt.

C.2.10 Schweizerischer Bootbauer-Verband SBV

79. Der schweizerische Bootbauer-Verband SBV umfasst als Mitglieder rund 200 Werften und Fachbetriebe aus der ganzen Schweiz.[34]

80. Der Bootbauer-Verband führt aus, dass die Motion Hess auf ihre geschäftliche Tätigkeit keinen Einfluss habe und „für den Konsumenten keine ersichtliche Verbesserung" bringe, da die Thematik von den bestehenden Regelungen und Weisungen in der Europäischen Union (Vertikal-GVO[35]) und der Schweiz (VertBek[36]) bereits abschliessend geregelt sei. Der Bootsmarkt sei insbesondere in der Schweiz sehr klein und die Werften hätten direkte Importverträge mit den Herstellern. Ebenso sei es die Regel, dass Boote mit Einzelteilen verschiedener Marken gebaut seien. Die Garantieleistungen würden meist von den Werften, bei denen das Boot gekauft wurde, in direkter Zusammenarbeit mit dem Hersteller abgewickelt. Es gäbe in der Schweiz ungefähr zwölf Importeure von Bootsmarken, welche über ein Händlernetz verfügten. Dort werde die Garantie zwischen Importeur und Händler abgewickelt. Dem Verband seien keine Probleme im Zusammenhang mit vertikalen Absprachen bekannt. Auch Direktimporte von Konsumentinnen und Konsumenten würden durch die Schweizer Vertragsimporteure abgewickelt. Sollte eine Marke nicht vertreten sein, so gehe der Kunde zu einer Bootswerft, welche ihrerseits Kontakt zum Hersteller aufnehme. Es liege im Interesse des Herstellers, die Bootswerft für Garantieleistungen zu legitimieren.

C.2.11 Verband Schweizerischer Unternehmen für Decken- und Innenausbausysteme VSD

81. Der Verband Schweizerischer Unternehmen für Decken- und Innenausbausysteme VSD ist ein Arbeitgeber- und Berufsverband der Branche Innenausbau/Trockenbau. Der VSD zählt 29 Vollmitglieder und sieben Filialmitglieder aus der gesamten Deutschschweiz. Die Mitglieder sind Montageunternehmen für abgehängte Deckensysteme sowie Innenausbauten wie u.a. Systemtrennwände.[37]

82. Der VSD hat den Fragebogen (vgl. Anhang 1) nach Rücksprache mit dem Vorstand, in welchem 10 % der Mitglieder vertreten sind, retourniert. Alle Fragen nach allfälligen Leistungsverweigerungen bei direkt importierten Produkten wurden verneint.

C.2.12 Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten VSSM

83. Der Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten VSSM vertritt rund 2'100 Schreinereien in der deutschen und italienischen Schweiz.[38]

---

[31] <http://www.smgv.ch/de/verband/portrait> besucht am 4. August 2016.

[32] <http://www.frepp.ch/> besucht am 4. August 2016.

[33] <http://www.holz-bois.ch/startseite/verband.html> besucht am 22. August 2016.

[34] <http://www.bootbauer.ch/verband/> besucht am 4. August 2016.

[35] Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. L 102 vom 23.4.2010 S. 1 (Vertikal-GVO).

[36] RPW 2010/3, 606, *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).*

[37] <http://www.vsd-innenausbau.ch/Portraet.54.0.html> besucht am 4. August 2016.

[38] <http://www.vssm.ch/de/ueber-den-vssm> besucht am 4. August 2016.

84. Der VSSM gab an, ihm seien keine Fälle gemeldet worden, in denen Arbeiten an in der Europäischen Union eingekauften und in der Schweiz montierten Produkten ein Thema gewesen wären. Es sei üblich, dass insbesondere im Bereich Küchen und Fenster – durch Schweizer oder ausländische Installateure – importierte Produkte eingebaut würden und lokale Betriebe die Service-, Garantie- und Wartungsarbeiten übernehmen würden. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sei es den Unternehmen überlassen, Leistungen zu verweigern. Jedoch sei es für den Verband schwer vorstellbar, dass insbesondere ein spezialisierter Montagebetrieb einen Auftrag ausschlagen würde.

C.2.13 Zwischenfazit

85. Die Stellungnahmen der Verbände enthalten keine Hinweise darauf, dass in einer Branche infolge entsprechender Massnahmen von Herstellern/Lieferanten Installations-, Wartungs-, Reparatur- und/oder Garantiearbeiten auf direkt importierten Produkten systematisch verweigert worden wären. Lediglich ein Verband wies darauf hin, dass eine ungenügende Vergütung für Garantieleistungen dazu führen könne, dass Garantieleistungen verweigert würden (vgl. Rz 66).

86. Drei Verbände erwähnten vereinzelt Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten, welche jedoch nicht auf die in der Motion Hess genannten Gründe zurückzuführen sind (vgl. 62, 65, 72). Als Hauptursache für den Verzicht auf Installationen von direkt importierten Produkten werden Haftungsrisiken genannt, die sich daraus ergeben, dass der Handwerksbetrieb nach Werkvertragsrecht grundsätzlich nicht nur für seine geleistete Arbeit (durchgeführte Installationen und Montagen), sondern auch für das verbaute Material und die montierten Apparate hafte (vgl. Rz 62, 72). Der Verzicht auf Reparatur- und Wartungsleistungen wird damit begründet, dass die importierten Produkte nicht bekannt und das benötigte Spezialwerkzeug nicht vorhanden seien sowie der Fachbetrieb die Verantwortung für die Sicherheit des Produkts und die Konformität mit den gesetzlichen Vorschriften nicht gewährleisten könne (vgl. Rz 65).

C.3 Konsumentenschutz

87. Um zu eruieren, ob und inwiefern die in der Motion Hess beschriebene Problematik für die Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten relevant ist, bat das Sekretariat die Konsumentenschutzorganisationen Stiftung für Konsumentenschutz SKS, die Fédération Romande des Consommateurs FRC sowie die Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI, ihm allfällige Informationen über die Verweigerung von Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten an im Ausland gekauften Produkten im Sinne der Motion Hess weiterzuleiten.

C.3.1 Stiftung für Konsumentenschutz SKS

88. Die Stiftung für Konsumentenschutz SKS hat zum Zweck der Abklärungen betreffend der praktischen Relevanz der Motion Hess alle bei ihr eingegangenen Meldungen der Jahre 2014 bis 2016 überprüft und dabei keine Garantieablehnung auf direkt importierten Produkten auffinden können. Der SKS würden in Bezug auf im Ausland eingekaufte oder bestellte Waren eher Fälle zugetragen, in welchen Produkte im Online-Handel, obwohl bereits bezahlt, nicht ausgeliefert würden. Auch würden Probleme mit Garantieleistungen gemeldet, die nur im Ausland durchgeführt werden könnten, weil das Unternehmen in der Schweiz keine Vertretung habe. Die SKS wies sodann darauf hin, dass die in der Motion erwähnte Problematik mit Garantieleistungen gemäss eigener Einschätzung eher im Kleingewerbe und bei den Verbänden ein Thema sein könnte. Diese würden sich aber selten beim Konsumentenschutz melden.

C.3.2 La Fédération Romande des Consommateurs FRC

89. Auch der Fédération Romande des Consommateurs FRC sind keine Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten bekannt. Dies bedeute indes nicht, dass es solche nicht gebe. Die Tätigkeiten der FRC würden vor allem den Bereich des täglichen Bedarfs betreffen. Viele der in der Motion erwähnten Beispiele, wie zum Beispiel das Baugewerbe, würden nicht zum normalen Tätigkeitsbereich der FRC gehören. Allerdings hätte die FRC Meldungen erhalten, wonach die Garantie auf direkt importierten Verbrauchsgütern nicht beim Schweizer Reparateur geltend gemacht werden könne.

C.3.3 Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI

90. Die Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI hat dem Sekretariat den folgenden Einzelfall aus dem Jahre 2014 zur Kenntnis gebracht: Eine Kundin habe in Italien eine Heizungsanlage (Wärmepumpe) einkaufen wollen. Die Schweizer Niederlassung des Herstellers habe sich jedoch für den Fall, dass das Gerät im Ausland eingekauft werden sollte, geweigert, das Gerät zu warten. Dies mit der Begründung, dass in der Schweiz solche Apparate ausschliesslich von Heizungsinstallateuren verkauft würden. Ein Privater könne keine Wärmepumpe direkt erwerben, sondern müsse eine solche in jedem Fall über einen Installateur erwerben, welcher sie dann auch montiere. Die Kundin habe schliesslich darauf verzichtet, die Pumpe im Ausland einzukaufen und habe diese im Tessin über einen Heizungsinstallateur erworben.

C.3.4 Zwischenfazit

91. Den Schweizer Konsumentenschutzorganisationen wurde in den letzten Jahren lediglich eine angedrohte Verweigerung von Wartungsdienstleistungen im Falle eines Direktimports einer Wärmepumpe gemeldet.

D Schlussfolgerungen

D.1 Ergebnisse der Marktbefragung

92. 82 % der befragten Verbandmitglieder, welche den Fragebogen retournierten, verneinten sämtliche Fragen zur praktischen Relevanz der Motion Hess (Vgl. Anhänge 1 und 2). Jene Verbandsmitglieder, welche mindestens eine der Fragen bejaht haben, lassen sich aufgrund ihrer Beweggründe für die Verweigerung von Leistungen in zwei verschiedene Kategorien aufteilen: Zum einen haben sich mehrere Unternehmen – unabhängig von Einflussnahmen der Hersteller/Lieferanten – autonom dagegen entschieden, auf direkt importierten Produkten Installations-, Wartungs- und/oder Garantiearbeiten zu

erbringen. Zum anderen fanden sich in fünf Antworten im Sinne der Motion Hess Hinweise darauf, dass Garantiearbeiten auf direkt importierten Produkten vom Hersteller/Lieferanten nicht oder nur teilweise rückvergütet werden. Weitere Hinweise darauf, dass Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantieleistungen bei direkt importierten Produkten im Sinne der Motion Hess verweigert worden wären, ergab die Marktbefragung nicht. Insbesondere ergab die Marktbefragung keinen Hinweis darauf, dass solche Dienstleistungen auf importierten Produkten infolge entsprechender Vereinbarungen mit dem /Hersteller/Lieferanten verweigert worden wären.

93. Gestützt auf die durchgeführte Befragung der Verbandsmitglieder liegen damit einzelne Hinweise vor, dass Hersteller oder Importeure Massnahmen ergreifen, damit ortsansässige Handwerker und Unternehmen Installations-, Wartungs-, Reparatur- und/oder Garantiearbeiten auf aus dem EWR direkt importierten Produkten verweigern. Diese betrafen allesamt die Verweigerung von Garantieleistungen infolge ungenügender Rückvergütung durch die Hersteller bzw. Importeure. Als Hauptgründe für die Verweigerung von Leistungen auf direkt importierten Produkten wurden nicht Massnahmen der Lieferanten genannt, sondern mangelnde Kenntnisse über die importierten Produkte, fehlendes Vertrauen in die Qualität der importierten Produkte sowie die Inkompatibilität der Geräte mit den Schweizer Anschlüssen und deren mangelnde Normenkonformität. Zudem wurde auf Haftungsrisiken aufgrund der unterschiedlichen Dauer der Haftung des Installateurs aus Werkvertragsrecht und des Lieferanten des Materials aus Kaufrecht verwiesen.

94. Die Stellungnahmen der Verbände enthalten keine Hinweise darauf, dass in einer Branche infolge entsprechender Massnahmen von Herstellern oder Importeuren Installations-, Wartungs-, Reparatur- und/oder Garantiearbeiten auf direkt importierten Produkten systematisch verweigert worden wären. Lediglich ein Verband wies darauf hin, dass eine ungenügende Vergütung für Garantieleistungen dazu führen könne, dass Garantieleistungen verweigert würden. Drei Verbände erwähnten vereinzelt Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten, welche jedoch nicht auf die in der Motion Hess genannten Gründe zurückzuführen sind. Als Hauptursache für den Verzicht auf Installationen von direkt importierten Produkten wurden Haftungsrisiken genannt, die sich daraus ergeben, dass der Handwerker bzw. Unternehmer nach Werkvertragsrecht grundsätzlich nicht nur für seine geleistete Arbeit (durchgeführte Installationen und Montagen), sondern auch für das verbaute Material und die montierten Apparate hafte. Der Verzicht auf Reparatur- und Wartungsleistungen wurde damit begründet, dass die importierten Produkte nicht bekannt und das benötigte Spezialwerkzeug nicht vorhanden seien sowie der Fachbetrieb die Verantwortung für die Sicherheit des Produkts und die Konformität mit den gesetzlichen Vorschriften nicht gewährleisten könne.

95. Die Marktbefragung ergab insgesamt nur vereinzelt Hinweise auf Leistungsverweigerungen bei direkt importierten Produkten, die allenfalls auf Massnahmen der Hersteller oder Importeure zurückgeführt werden könnten. Die Ergebnisse der vorliegenden Marktbefragung legen somit nahe, dass die in der Motion Hess beschriebenen privaten Massnahmen der Hersteller und Importeure nur in einem geringen Ausmass bestehen, wobei strategisch motivierte Antworten nicht ausgeschlossen werden können.

96. Nachfolgend wird aufgezeigt, in welchen Fällen die Verweigerung oder Einschränkung der Garantie bei direkt importierten Produkten in den Anwendungsbereich des Kartellrechts fällt (D.2). Anschliessend wird auf die Problematik der vertragsrechtlichen Haftung (D.3) und technische Handelshemmnisse (D.4) eingegangen.

D.2 Kartellrechtliche Regeln

D.2.1 Regeln im Kraftfahrzeughandel

97. Ständerat Hess verweist bei der Begründung der Motion auf die Regeln im Automobilvertrieb. Konkret bezieht er sich auf die Erläuterungen zu Ziff. 5 Bst. c der KFZ—Bekanntmachung 2002.[39] Diese Bekanntmachung wurde im Jahr 2015 revidiert. Per 1. Januar 2016 ist Ziff. 5 Bst. c der KFZ-Bekanntmachung 2002 durch Art. 15 Abs. 2 der KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015[40] mit folgendem Wortlaut ersetzt worden:

„Als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind zu betrachten: […] Abreden zwischen Kraftfahrzeuganbietern und zugelassenen Werkstätten, die diese verpflichten, der gesetzlichen Herstellergarantie sowie der kostenlosen Wartung und sämtlichen Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen in Bezug auf jedes in der Schweiz oder im Europäischen Wirtschaftsraum verkaufte Kraftfahrzeug der betroffenen Marke nicht nachzukommen."

98. Die diesbezüglichen revidierten Erläuterungen[41] sehen – ebenso wie die Erläuterungen zu Ziff. 5 Bst. c der KFZ-Bekanntmachung 2002[42] – vor, dass die zugelassenen Werkstätten – ungeachtet des Ortes des Kaufs eines Kraftfahrzeugs im EWR oder in der Schweiz – die Verpflichtung haben, alle Kraftfahrzeuge der betreffenden Marke zu reparieren, die gesetzliche Herstellergarantie zu gewähren sowie die kostenlose Wartung und sämtliche Arbeiten im Rahmen von Rückrufaktionen durchzuführen (Rz 11 Erläuterungen zur KFZ-Bek). Nach Ansicht von Ständerat Hess sollte die für den Automobilvertrieb geltende Regelung sinngemäss auch für den Vertrieb anderer Markenprodukte verbindlich erklärt werden. Er schlägt vor, eine solche Regelung in eine spezielle Verordnung des Bundesrats (Art. 60 KG) oder in die Vertikalbekanntmachung[43] aufzunehmen.[44]

---

[39] RPW 2002/4, 770, *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel*.

[40] RPW 2016/1, 344, *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek)*.

[41] RPW 2016/1, 349, *Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek)*.

[42] RPW 2010/3, 624, *Erläuterungen der Wettbewerbskommission zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel*.

[43] Vgl. Fn 36.

[44] <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153631> besucht am 23. August 2016.

99. Allerdings sieht Art. 15 Abs. 2 KFZ-Bekanntmachung – entgegen dem missverständlichen Wortlaut in den Erläuterungen zur KFZ-Bekanntmachung – keine allgemeine Verpflichtung der zugelassenen Werkstätten vor, Autos der betreffenden Marke zu reparieren, zu warten oder dafür Garantien zu leisten. Vielmehr werden darin Abreden zwischen Herstellern bzw. Generalimporteuren und den zum Vertrieb zugelassenen Werkstätten über den Verzicht auf die Erbringung solcher Leistungen als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen betrachtet. Ob diese unzulässig sind, erfordert stets eine Beurteilung im Einzelfall. Ein Kontrahierungszwang besteht nicht.

D.2.2 Allgemein geltende Regeln bei vertikalen Vertriebssystemen

100. Generelle Regeln zur kartellrechtlichen Beurteilung der Behinderung von Parallel- und Direktimporten finden sich in der Vertikalbekanntmachung. Liegt zwischen der ausländischen Herstellerin und ihren schweizerischen Vertriebspartnern eine Abrede über den Verzicht auf Garantieleistungen auf parallel bzw. direkt importierten Produkten vor, so kann dies indirekt zu einem absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG führen (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek). Die europäischen Vertikalleitlinien[45], welche im schweizerischen Kartellrecht analog anwendbar sind (Erw.-Gr. VII VertBek), führen aus, dass ein indirekter Gebietsschutz vorliegt, wenn ein Anbieter keine unionsweite Garantieleistung vorsieht, zu denen i.d.R. alle Händler – auch bei Produkten, die von anderen Händlern in ihr Gebiet verkauft wurden – verpflichtet sind und wofür sie vom Anbieter eine Vergütung bekommen (Rz 50 Vertikalleitlinien).[46]

101. Die Frage, ob eine Garantieverweigerung eine indirekte absolute Gebietsschutzabrede darstellt, erfordert dabei stets eine Analyse der konkreten Umstände im Einzelfall. Zentrale Fragestellungen in diesem Zusammenhang sind, wie das Garantierisiko unter den Beteiligten vertraglich abgesichert wurde und ob es sich um eine verweigerte Herstellergarantie oder um eine verweigerte kaufrechtliche Gewährleistung (vgl. oben Rz 37) handelt. Für die im Rahmen der kaufrechtlichen Gewährleistung zugesicherten Eigenschaften haftet der Verkäufer gegenüber dem Kunden.

102. Im Entscheid *Jura* (RPW 2014/2, 410 f. Rz 39 ff.) hat die Wettbewerbskommission (WEKO) in diesem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in der EU[47] festgehalten, dass eine Beschränkung von Garantieleistungen auf Erzeugnisse, die von zugelassenen Vertragshändlern verkauft werden, im Rahmen eines selektiven Vertriebs nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt. Denn eine derartige Beschränkung der Garantie wirkt sich gleich aus wie die Beschränkung des Vertriebs auf zugelassene Händler. In beiden Fällen handelt es sich um *„ein Mittel für den Hersteller, um zu verhindern, dass systemfremde vertriebsgebundene Waren in den Handel bringen“*[48]. Der dargelegte Entscheid der WEKO impliziert, dass eine Garantiebeschränkung auf importierten Erzeugnissen, die bei zugelassenen Händlern bezogen worden sind, eine sanktionsbedrohte, absolute Gebietsschutzabrede nach Art. 5 Abs. 4 KG darstellen kann.

103. Die dargelegten allgemeinen Regeln bei vertikalen Vertriebssystemen sowie der Entscheid der WEKO i.S. *Jura* zeigen auf, dass dem Anliegen der Motion Hess insofern bereits Rechnung getragen wird, als auch beim Vertrieb anderer Produkte dieselben Grundsätze zur Anwendung gelangen wie im Automobilhandel. Im Unterschied zur KFZ-Bekanntmachung (vgl. Rz 97) führt die allgemein geltende Vertikalbekanntmachung Abreden über die Verweigerung von Garantie- und kostenlosen Wartungsleistungen auf parallel oder direkt importierten Gütern nicht explizit als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf, sondern erfasst diese mit einer allgemeiner formulierten Bestimmung zu Gebietsbeschränkungen (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek). Denn nebst der Garantieverweigerung bestehen zahlreiche weitere indirekte Massnahmen zur Gebietsabschottung, wie beispielsweise die Verweigerung oder Reduktion von Prämien oder Nachlässen oder Androhung der Vertragskündigung bei Verkäufen in ungewünschte Gebiete (vgl. Rz 50 Vertikalleitlinien).

104. In der KFZ-Bekanntmachung finden Abreden über die Garantie- und kostenlose Wartungsverweigerung deshalb explizite Erwähnung, weil es sich in der Praxis um eine zentrale Fragestellung handelt, mit welcher die Wettbewerbsbehörden mehrmals pro Jahr konfrontiert werden. In der Praxis anderer Branchen stellt die Verweigerung von Garantieleistungen eine mittelbare Massnahme zur Behinderung von Direkt- und Parallelimporten nebst anderen dar (vgl. oben Rz 103). Jedoch wird keine dieser indirekten Massnahmen in der allgemeinen Vertikalbekanntmachung explizit erwähnt; sie werden allgemein von Art. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek erfasst.

D.2.3 Fazit

105. Die dargelegten allgemeinen Regeln bei vertikalen Vertriebssystemen sowie der Entscheid der WEKO i.S. *Jura* zeigen auf, dass dem Anliegen der Motion Hess insofern bereits Rechnung getragen wird, als auch beim Vertrieb anderer Produkte dieselben Grundsätze zur Anwendung gelangen wie im Automobilhandel. Der Unterschied besteht darin, dass die allgemein geltende Vertikalbekanntmachung eine Verweigerung von Garantie- und kostenlosen Wartungsleistungen bei importierten Gütern nicht explizit als qualitativ schwerwiegende Abrede aufführt, sondern sie mit einer allgemeiner formulierten Bestimmung zu Gebietsbeschränkungen erfasst (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b VertBek), welche auch andere indirekte Massnahmen zur Gebietsabschottung bei

[45] Mitteilung der EU-Kommission: Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.5.2010, S. 1 (Vertikalleitlinien).

[46] Entscheidet der Anbieter, seinen Händlern keine Vergütung für Dienstleistungen zu zahlen, die sie im Rahmen unionsweiter Garantieleistungen erbringen, kann mit diesen Händlern vereinbart werden, dass ein Händler, der ausserhalb des ihm zugewiesenen Gebiets Verkäufe tätigt, dem Händler, dem das betreffende Gebiet zugewiesen ist, eine Gebühr zahlt, die sich nach den Kosten der erbrachten (oder zu erbringenden) Dienstleistungen richtet und zusätzlich eine angemessene Gewinnmarge enthält (Rz 50, Fn 4 Vertikalleitlinien).

[47] Urteil des EuGH vom 13. Januar 1994 C-376/92 *Metro/Cartier*, Slg. 1994 I-15, Rz 32 f.

[48] *Metro/Cartier* (Fn 47), Rz 32.

Waren und Dienstleitungen aller Art umfasst. Die KFZ-Bekanntmachung sieht im Automobilhandel zudem keine allgemeine Verpflichtung der zugelassenen Werkstätten zu Reparatur-, Wartungs- und Garantieleistungen auf Autos der betreffenden Marke vor. Vielmehr werden darin Abreden zwischen Herstellern bzw. Generalimporteuren und den zum Vertrieb zugelassenen Werkstätten über den Verzicht auf die Erbringung solcher Leistungen als qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen betrachtet, deren Zulässigkeit im Einzelfall zu beurteilen ist. Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass das Kartellgesetz grundsätzlich keinen Kontrahierungszwang kennt und die Bekanntmachungen der WEKO keinen gesetzlichen Charakter haben.

106. Erhalten die Wettbewerbsbehörden Hinweise auf direkte oder indirekte absolute Gebietsschutzabreden – etwa durch die Verweigerung von Garantieleistungen auf direkt importierten Produkten – gehen sie diesen Hinweisen in jedem Einzelfall nach. Die Behinderung von Direkt- und Parallelimporten gehört denn auch seit Jahren zu den Schwerpunkten der Wettbewerbsbehörden.[49]

D.3 Vertragsrechtliche Problematik (Haftung)

107. Als Hauptursache für den Verzicht auf Installationen von direkt importierten Produkten wurden in der Marktbefragung Haftungsrisiken genannt, die sich daraus ergeben, dass der Handwerker bzw. Unternehmer nach Werkvertragsrecht grundsätzlich nicht nur für seine geleistete Arbeit (durchgeführte Installationen und Montagen), sondern auch für das verbaute Material und die montierten Apparate haftet (vgl. Rz 86). Der installierende Handwerker haftet aus Werkvertragsrecht grundsätzlich fünf Jahre (Art. 371 Abs. 1 OR), die Haftung des Lieferanten des Materials aus Kaufvertragsrecht ist hingegen viel kürzer. Nach Schweizer Kaufrecht dauert sie grundsätzlich nur zwei Jahre (Art. 210 Abs. 1 OR).

D.4 Technische Handelshemmnisse

108. Als technische Handelshemmnisse werden zollfremde Massnahmen bezeichnet, die den grenzüberschreitenden Warenverkehr erschweren oder beschränken. Beispiele für technische Handelshemmnisse sind unterschiedliche Vorschriften betreffend die Beschaffenheit, Verpackung oder Herstellung von Produkten sowie die Nichtanerkennung von im Ausland vorgenommenen Konformitätsbewertungen.[50]

109. Die Marktbefragung hat ergeben, dass diverse Unternehmen aufgrund von technischen Handelshemmnissen auf die Erbringung von Installations-, Wartungs- und Garantieleistungen auf importierten Waren verzichtet haben. Namentlich genannt wurden Stecker von importierten Elektrogeräten, die nicht mit Schweizer Anschlüssen kompatibel sind, falsche Anschlussspannungen von importierten Elektrogeräten (zu hohe Leistung), importierte Elektrogeräte, die nicht den schweizerischen Normen entsprechen, keine CE-Konformität aufweisen oder keine Konformitätserklärungen, Typenbescheinigungen, Nachweise über die Einhaltung von Normen oder Zulassungen hätten. Bei Abgasanlagen und Öfen (Cheminées und Heizungsöfen) gibt es Hinweise auf Handelshemmnisse in der Form von erforderlichen Schweizer Zulassungen oder Typenbescheinigung (vgl. Rz 42).[51]

D.5 Fazit

110. Gemäss der Marktbefragung sind die Hauptursachen für Leistungsverweigerungen auf direkt importierten Produkten in verschiedenen Branchen vertragliche Haftungsrisiken und technische Handelshemmnisse.

111. Hingegen ergab die Marktbefragung nur vereinzelt Hinweise auf Leistungsverweigerungen bei direkt importierten Produkten, die allenfalls auf Massnahmen der Hersteller oder Importeure zurückgeführt werden könnten. Diese betrafen allesamt die Verweigerung von Garantieleistungen infolge ungenügender Rückvergütung durch die Hersteller bzw. Importeure. Die Wettbewerbsbehörden verfügen bereits heute über die notwendigen Gesetzesgrundlagen, um solche Fälle aufzugreifen. So kann eine Abrede über die Verweigerung von Garantieleistungen auf parallel oder direkt importieren Produkten nach Massgabe von Art. 5 Abs. 4 KG beurteilt werden (Ziff. 10 Abs. 2 VertBek).

112. Gebietsabschottende Abreden gehören seit mehreren Jahren zu den Schwerpunkten der Wettbewerbsbehörden. Werden ihnen Hinweise auf entsprechende Abreden gemeldet, gehen sie diesen in jedem Einzelfall nach. Angesichts der breit durchgeführten Marktumfrage – sie hat rund 6‘000 Marktteilnehmer, Verbände und Konsumentenschutzorganisationen erreicht – ist davon auszugehen, dass die Sensibilität und die Bereitschaft im Markt gestiegen sind, das Sekretariat bei Hinweisen auf die in der Motion Hess beschriebene Problematik zu kontaktieren.

113. Weitere Hinweise darauf, dass Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantieleistungen bei direkt importierten Produkten im Sinne der Motion Hess verweigert worden wären, ergab die Marktbefragung nicht. Insbesondere ergab sie keinen Hinweis darauf, dass solche Dienstleistungen auf importierten Produkten infolge entsprechender Vereinbarungen mit den Herstellern/Lieferanten verweigert worden wären. Die Ergebnisse der vorliegenden Marktbefragung legen somit nahe, dass die in der Motion Hess beschriebenen privaten Massnahmen der Hersteller und Importeure nur in einem geringen Ausmass bestehen, wobei strategisch motivierte Antworten nicht ausgeschlossen werden können.

---

[49] Vgl. RPW 2016/2, 442, *Nikon* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/2, 434, *GE Healthcare*; RPW 2014/1, 184, Kosmetikprodukte (Dermalogica); RPW 2012/3, 540, *BMW* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2010/1, 65, Gaba; Verfügung der WEKO vom 27.5.2013 i.S. Livres en langue française, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> besucht am 21. September 2016 (Entscheid noch nicht rechtskräftig).

[50] <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Technische_Handelshemmnisse.html> besucht am 4. August 2016; <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/import-export/wahl-des-partnerlands-fuer-den-aussenhandel/import-export-mit-der-eu/technische-handelshemmnisse.html> besucht am 23. August 2016.

[51] Vgl. zu Behinderungen von Parallelimporten durch tarifarische und technische Handelshemmnisse mit vorgeschlagenen Handlungsoptionen den Bericht des Bundesrats vom 22. Juni 2016 in Erfüllung des Postulats 14.3014 «Erleichterung der Zollabfertigung und Förderung von Parallelimporten dank Anerkennung weiterer Dokumente zur Erbringung des Ursprungsnachweises» <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/wirschaftspolitik/Wachstumpolitik.html> besucht am 29. August 2016.

E Anhänge

Anhang 1: Fragebogen für <Verband>

vom 18. Mai 2016

Die Motion Hess vom 18. Juni 2015 „Das Cassis-de-Dijon-Prinzip besser zur Wirkung bringen“ (15.3631) wurde am 16. September 2015 vom Ständerat und am 17. März 2016 vom Nationalrat angenommen. Sie fordert den Bundesrat auf, Massnahmen zu treffen, dass Herstellerinnen und Hersteller von Produkten ihren Vertriebspartnerinnen und -partnern in der Schweiz in den Vertriebsverträgen ausdrücklich erlauben, für ihre Produkte auch dann Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu leisten, wenn diese direkt im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) eingekauft worden sind.

Die Motion wird mit dem Argument begründet, dass häufig benötigte Maschinen für den Bau, Elektrogeräte, Kücheneinrichtungen, Motorfahrräder, Feuerungsgeräte wie Heizkessel oder Brenner, Sportboote, Stallungseinrichtungen für die Landwirtschaft, Wassermotorräder, sanitäre Apparate und Einrichtungen, Boden- und Wandbeläge aller Art, Lüftungsanlagen, Spital- oder Laborbedarf durch Fachleute montiert, installiert und gewartet würden. In vielen Fällen werde der Direkteinkauf im Ausland durch private Massnahmen verhindert, indem sich ortsansässige Handwerker weigern würden, im Ausland gekaufte Waren zu installieren.

Laut Stellungnahme des Bundesrates vom 19. August 2015 zur Motion ist indes unklar, inwiefern die beschriebenen privaten Massnahmen der Hersteller und Importeure tatsächlich in einem flächendeckenden Ausmass bestehen und auf den vom Motionär beschriebenen Umstand zurückzuführen sind oder ob es sich um Einzelfälle handelt. Die Wettbewerbsbehörden haben den Auftrag erhalten, dies zu prüfen.

Vor diesem Hintergrund gelangen wir mit dem vorliegenden Fragebogen an Sie. Wir bitten Sie, uns den Fragebogen bis **23. Juni 2016** an die folgende Adresse zurückzuschicken: per E-Mail an **motion.hess@weko.admin.ch** oder per Post an Wettbewerbskommission Sekretariat, Hallwylstr. 4, 3003 Bern.

Wir weisen Sie darauf hin, dass wir Ihnen **absolute Anonymität** und die Geheimhaltung Ihrer Antworten im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. h BGÖ[1] zusichern können. Vorliegend handelt es sich um eine breite Umfrage. Die Resultate werden in aggregierter und anonymisierter Form verwendet werden.

Für Auskünfte stehen Ihnen Frau Laura Cueni (laura.cueni@weko.admin.ch; 058 462 20 10), Frau Carla Beuret (carla.beuret@weko.admin.ch; 058 462 10 64) und Frau Andrea Graber (andrea.graber@weko.admin.ch; 058 465 57 34) gerne zur Verfügung.

Für Ihre Mitarbeit danken wir Ihnen im Voraus bestens.

I. Angaben zum Unternehmen

1. Bitte nennen Sie Firma, Rechtsform, Adresse, Kontaktperson, Telefonnummer- und E-Mail.

Firma	.....
Rechtsform	.....
Adresse	.....
Ort	.....
Kontaktperson	.....
Tel. Nr.	.....
E-Mail	.....

II. Fragen zur praktischen Relevanz der Motion Hess

2. Haben Sie in den letzten zehn Jahren Ihre Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten bei Produkten, welche Schweizer Kunden und Kundinnen direkt im Ausland eingekauft haben, verweigert?

JA ☐ NEIN ☐

Wenn „JA“:

a) Welche Dienstleistungen (Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten) haben Sie verweigert?

.....

[1] Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ).

b) Aus welchen Gründen (z.B. Vorgaben der Lieferanten, vertragliche Vereinbarung, technische Handelshemmnisse, staatliche Vorschriften, keine Kapazitäten)? Bitte führen Sie möglichst alle Gründe auf und erläutern Sie diese.

.....

3. Gab es in den letzten zehn Jahren von einer Seite Druck oder Anreize, damit Sie Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten bei direkt importierten Produkten unterlassen?

JA ☐ NEIN ☐

Wenn „JA“:

a) Von wem (Name, Standort, Kontaktperson) ging dieser Druck oder die Gewährung von Anreizen aus?

.....

b) Bitte beschreiben Sie, worin dieser Druck oder die Gewährung von Anreizen bestanden hat.

.....

c) Welche Dienstleistungen (Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten) waren betroffen?

.....

d) Haben Sie aufgrund der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen auf die von Schweizer Kundinnen und Kunden gewünschten Dienstleistungen (Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten) bei direkt importierten Produkten verzichtet?

.....

4. Betrifft Sie als Nachfrager oder Nachfragerin: Wurden Ihnen in den letzten zehn Jahren Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten bei Produkten, welche Ihre Unternehmung direkt im Ausland eingekauft hat, verweigert?

JA ☐ NEIN ☐

Wenn „JA“:

a) Welche Dienstleistungen (Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten) wurden Ihnen verweigert? Betreffend welche importierten Produkte?

.....

b) Wer (Name, Standort, Kontaktperson) hat Ihnen die Dienstleistungen verweigert?

.....

c) Mit welcher Begründung wurden die Dienstleistungen verweigert (z.B. Vorgaben der Lieferanten, vertragliche Vereinbarung, technische Handelshemmnisse, staatliche Vorschriften, keine Kapazitäten)?

.....

5. Bitte zögern Sie nicht, weitere Bemerkungen oder Informationen anzufügen, die im Zusammenhang mit unserem Verfahren von Bedeutung sein könnten.

.....

Fundstelle Bericht	Fragebogen via Verbände	Fragebogen an Mitglieder				Auswertung				Andere	Anzahl Nein mit
	Verband	Versand Verb.	Mitglieder	Rücklauf	Anteil%	NEIN	NEIN-Anteil %	JA	JA-Anteil %	Antwort	Kommentar
C.1.1	- Swissmem	06.06.2016	1050	**1**	0.1%	1	100%	0	0%		1
C.1.2	- küche schweiz - Der Branchenverband	24.05.2016	132	**12**	9.09%	10	83.33%	2	16.67%		6
C.1.3	- Schweizerischer Bauernverband SBV	23.05.2016	70	**6**	8.57%	2	33.33%	0	0%	4	
C.1.4	- Schweizerischer Plattenverband SPV	06.06.2016	376	**47**	12.5%	44	93.62%	3	6.38%		3
C.1.5	- Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI	23.05.2016	2220	**97**	4.37%	78	80.41%	18	18.56%	1	10
C.1.6	- Swissmechanic	03.06.2016	1000	**0**	0%	0	0%	0	0%		
C.1.7	- Verband zahntechnischer Laboratorien der Schweiz VZLS (Swiss Dental Laboratories)	25.05.2016	393	**14**	3.56%	13	92.86%	1	7.14%		1
C.1.8	- Verband für Wohnraumfeuerungen, Plattenbeläge und Abgassysteme (feusuisse)	20.05.2016	342	**19**	5.56%	10	52.63%	7	36.84%	2	1
C.1.9	- Dachverband Schweizer Medizintechnik (FASMED)	27.05.2016	234	**14**	5.98%	13	92.86%	1	7.14%		3
C.1.10	- Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft VSBM	18.05.2016	40	**15**	37.5%	13	86.67%	2	13.33%		
C.1.11	- Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz FEA	23.06.2016	43	**16**	37.21%	15	93.75%	1	6.25%		3
C.1.12	- motosuisse	18.05.2016	21	**5**	23.81%	4	80%	1	20%		1
C.1.13	- Fédération Romande du Carrelage FeRC	20.05.2016	20	**1**	5%	1	100%	0	0%		
B.2	- Schweizerischer Verband der Innendekorateure und des Möbelfachhandels (interieursuisse)	keine Weiterleitung		-	-	-	-	-	-		-
Anhang 3	Verband unklar			**3**		3					1
	Nicht auswertbar			**2**						2	
		Total	**5941**	**252**	**4.24%**	207	82.14%	36	14.29%	9	30

Fundstelle Bericht	Stellungnahmen Verbände	Mitglieder	Erhalten am
	Verband		
C.2.1	- Schweizerischer Motorbootverband	3250	07.06.2016
C.2.2	- Verband Bodenbelagsfachgeschäfte (BodenSchweiz)	700	04.05.2016
C.2.3	- 2rad Schweiz	860	25.06.2016
C.2.4	- Verband Schweizer Coiffeurgeschäfte (CoiffureSuisse)	3300	06.07.2016
C.2.5	- Schweizerischer Verband für Umwelttechnik SVUT	n/a	13.05.2016
C.2.6	- Schweizerisch-Liechtensteinischer Gebäudetechnikverband (suissetec)	3400	26.04.2016
C.2.7	- Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer-Verband SMGV	1970	25.04.2016
C.2.8	- La Fédération suisse romande des entreprises de plâtrerie-peinture FREPP	500	22.06.2016
C.2.9	- Holzindustrie Schweiz HIS	230	02.05.2016
C.2.10	- Schweizerischer Bootbauer-Verband SBV	200	19.05.2016
C.2.11	- Verband Schweizerischer Unternehmen für Decken- und Innenausbausysteme VSD	36	09.05.2016
C.2.12	- Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten VSSM	2100	20.06.2016
B.2	- Verband für Gewässerschutz und Tanksicherheit (CITEC Suisse)	keine Stellungnahme	

Bemerkungen zu Fragebogen:

- 2 Unternehmen antworteten als Mitglieder von 2 Verbänden, diese wurden pro Verband einmal gezählt.
- Versand der Fragebogen erfolgte bei 2 Verbänden via Verbandsnewsletter (C.1.1 und C.1.6)
- Andere Antwort: 9
  - Keine Antwort möglich: 6
  - Motion nicht relevant : 2
  - Nicht verwertbar da widersprüchlich: 1

Verzicht

B.2	- Fédération romande de métiers du bâtiment

Ausgenommen

B.2	- Vereinigung Schweizerischer Sanitär- und Heizungsfachleute VSSH
B.2	- Schweizer Viehhändler Verband SVV

Konsumentenschutzorganisationen

C.3.1	- Stellungnahme Stiftung für Konsumentenschutz SKS
C.3.2	- Stellungnahme Féderation Romande des Consommateurs FRC
C.3.3	- Stellungnahme Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana ACSI

Anhang 3: Alle JA-Antworten

C.1.1 - Swissmem		**0**
C.1.2 - küche schweiz - Der Branchenverband		**2** (JA/NEIN/NEIN)
	Fragebogen C.1.2 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA Unsere Antworten beziehen sich auf die letzten zwei Jahre	
Frage 2a	Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten auf [Name Unternehmen] Küchenprodukten, welche von deutschen [Name Unternehmen] Händlern verkauft wurden und in deren Verantwortung ist	
Frage 2b	Vertragliche Vereinbarungen zwischen [Name Unternehmen] in Deutschland und dessen Vertriebspartnern in Deutschland, welche vorsehen, dass die deutschen Vertriebspartner für die Gewährung von Garantieleistungen auf den von ihnen verkauften Produkten verantwortlich sind.	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.2 - 2	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Die Montage von Elektrogeräten	
Frage 2b	Oftmals sind solche Geräte mit nicht kompatiblen Anschlüssen versehen (Stecker). Was ist, wenn ein Ersatzteil fehlt? Was ist, wenn bei der Montage etwas kaputt geht?	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
C.1.3 - Schweizerischer Bauernverband SBV		**0**
C.1.4 - Schweizerischer Plattenverband SPV		**3** (JA/NEIN/NEIN)
	Fragebogen C.1.4 – 1 / Fragebogen C.1.8 – 4	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Nur Installation	
Frage 2b	Kein Vertrauen ins Produkt, minderwertige Produkte, übernehme keine Garantie für solche Produkte	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.4 - 2	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Keine	
Frage 2b	-	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.4 - 3	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Wenn das Material 2. Qualität war oder es gerissen hat	
Frage 2b	Vertragliche Vereinbarung mit dem Importeur	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
C.1.5 - Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI		**18** (17 JA/2 JA/1 JA)
	Fragebogen C.1.5 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Anschluss von Geräten mit Anschlussspannung 110V/60Hz und solche ohne Konformitätserklärungen	
Frage 2b	-	

Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 2	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Réparer une machine achetée à l'étranger	
Frage 2b	Nous refusons systématiquement d'installer ou de réparer un appareil ou une machine achetée à l'étranger	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 3	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Leuchtenreparatur	
Frage 2b	Leuchte noch in Garantie	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 4	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Travaux d'installations (raccordement)	
Frage 2b	Incompatibilité du matériel avec les directives techniques en vigueur (PDIE[1], NIBT[2]) ou certification non valide Absence de support technique de proximité compétent. Qualité perçue du produit non admissible	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	Les attentes en termes de qualité perçue de la part des consommateurs suisses ne sont souvent pas remplies par les produits de standard étrangers	
	Fragebogen C.1.5 - 5	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	1. Anschluss von Küchengeräten mit einer zu hohen Leistung bei 230V 2. Anschluss und Installation von Produkten aus „zweifelhafter“ Herkunft	
Frage 2b	1. Lokale und regionale Werkvorschriften von Netzbetreiber regeln die Anschlussart von grossen Verbrauchern. 2. Im Elektrobereich gibt es immer mehr Produkte (z.B. aus Fernost), die ganz offensichtlich nicht CE-konform[3] sind, obwohl so deklariert (Stichwort: Internet-Shopping)	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 – 6	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Nur Garantiearbeiten	
Frage 2b	Nicht bei mir/uns gekauft = kein Garantieanspruch (wird ja auch nicht vergütet)	
Frage 3	NEIN	

[1] Prescriptions des distributeurs d'électricité de Suisse romande Installations électriques à basse tension (PDIE) <http://www.strom.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente_Bilder_neu/010_Downloads/Werkvorschriften/PDIE_Romandes_textes_version_janvier_2015.pdf>.

[2] Norme sur les installations à basse tension NIBT, édition 2015 <http://www.esti.admin.ch/files/aktuell/2016-02_eingeschr-bew_ausland-ausbildung_F.pdf> (Deutsch: Niederspannungs-Installations-Norm NIN, Ausgabe 2015, vgl. Fn 7).

[3] Allgemeine Grundsätze der CE-Kennzeichnung sind geregelt in Artikel 30 der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Juli 2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates, ABl. L 218 vom 13. August 2008 S. 30.

Frage 4	NEIN	
Frage 5	Ich als Handwerker führe Garantiearbeiten an Produkten aus, die ich verkaufe und für die ich auch gerade stehen muss und will. Ich montiere „bauseitige“ Produkte, kein Problem, aber ohne Garantie auf das Produkt.	
	Fragebogen C.1.5 – 7	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Reparaturen	
Frage 2b	Keine Ersatzteile/Zubehör in der Schweiz erhältlich	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 8	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Anschluss eines Apparates / Verbraucher (Wärmepumpe)	
Frage 2b	Keine CH-Zulassung (fehlende Prüfung)	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 9	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Anschluss einzelner Elektrogeräte / ausführen von Reparaturarbeiten an Geräten	
Frage 2b	Fehlender Nachweis bezüglich Einhaltung von Normen (z.B. „Brandsicherheit“ bei Leuchten/Vorgaben von Anschlusswerten etc.) / Kein Kontakt zu Lieferanten möglich (für Auskünfte, Bestellung von Ersatzteilen etc.)	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 10	JA/NEIN/NEIN
	Haftung übernimmt, wer in Betrieb setzt, nicht wer installiert	
Frage 2	JA	
Frage 2a	Anschlussarbeiten/Inbetriebnahmen von - vorschriftswidrigen Bauverteilern[4] - Whirlpools - Sprudelbadewannen	
Frage 2b	Ohne Konformitätserklärung der Lieferanten schliessen wir keine Importprodukte an. Betrifft: Sprudelbäder, Whirlpools	
Frage 3	NEIN	
Frage 3d	Ja Austausch von Anschlusskabel oder Stecker von direkt importierten Küchengeräten aller Art	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 11	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Installation, réparation de produits non fournis par nous	
Frage 2b	Pour des questions de garantie ou/et de capacités (produits que nous ne connaissons pas)	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN Pas d'achat de produits à l'étranger directement par notre société	
Frage 5	-	

[4] Baustromverteiler.

	Fragebogen C.1.5 - 12	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Installation des platines de cuisson 230V provenant de l'Union Européenne (France)	
Frage 2b	Une cuisinière monophasée[5] déséquilibre fortement le réseau triphasé[6] à l'intérieur d'une habitation faisant courir le risque de déclenchement du disjoncteur principal	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 – 13	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Installation von Anlagen und Geräten	
Frage 2b	Normen und Vorschriften	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	Für uns ist dieses Thema nicht von Bedeutung	
	Fragebogen C.1.5 - 14	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Anschluss nicht konformer Apparate und Geräte	
Frage 2b	NIN[7] und Werkvorschriften	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 15	JA/JA/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Installationsarbeiten	
Frage 2b	Elektro-Installationen müssen von einem Bewilligungsträger nach NIV[8] abgenommen werden	
Frage 3	JA	
Frage 3a	Es gibt keine Garantie auf importierten Weiss Waren (z.B. Miele)	
Frage 3b	Garantieleistung	
Frage 3c	-	
Frage 3d	Ja	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 – 16	-/JA/JA
Frage 2	NEIN[9]	
Frage 3	JA	
Frage 3a	Der Druck wurde durch die Garantieregelung nach SIA[10] selbst ausgelöst	
Frage 3b	Sobald Geräte angeschlossen werden, gilt die Garantiefrist für das ganze Werk von 5 Jahren. Das im Ausland (durch den Kunden direkt) eingekaufte Gerät hat jedoch nur eine Garantie von zwei Jahren	
Frage 3c	Installation (Anschluss) / Reparatur	

[5] Deutsch: Einphasig (Wechselstrom) / Dreiphasig (Drehstrom) vgl. <http://www.energie.ch/drehstrom-und-wechselstrom>.
[6] Vgl. Fn 5.
[7] Niederspannungs-Installations-Norm NIN, Ausgabe 2015 <http://www.esti.admin.ch/files/aktuell/2016-02_eingeschr-bew_ausland-ausbildung_D.pdf>.
[8] Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (NIV; SR 734.27).
[9] Nicht verwertbare Antwort, da widersprüchlich.
[10] Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein.

Frage 3d	Teilweise Ja / Teilweise wurde ein Abmahnungsschreiben verfasst.	
Frage 4	NEIN	
Frage 4a	Installation / Reparatur von Torantrieben (gewerblich) / Klimageräte (gewerblich)	
Frage 4b	Der Installateur	
Frage 4c	Respekt vor Garantieübernahme für nicht gelieferte Ware.	
Frage 5	Der Werkplatz Schweiz sollte keinesfalls geschwächt werden. Die Wertschöpfungskette ist so gut wie möglich im Land der Installation zu halten.	
	Fragebogen C.1.5 - 17	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Garantiearbeiten an Kaffeemaschinen und Elektro-Grossgeräten für den Haushalt	
Frage 2b	Wir erhalten keine Entschädigung von den Herstellern für unsere Dienstleistungen	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 - 18	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Garantiearbeiten	
Frage 2b	Technische Handelshemmnisse. Der Kunde soll Garantieleistungen dort einholen, wo er das Produkt gekauft hat!	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.5 – 00[11]	NICHT VERWERTBAR
Frage 2	NEIN	
Frage 3	JA	
Frage 3a	Kunde	
Frage 3b	Bei einem Leuchtenlieferanten war der Einkauf in der Schweiz der doppelte Preis als wenn der Kunde selber in Deutschland eingekauft hätte (gleicher Hersteller)	
Frage 3c	Einkauf	
Frage 3d	Ich habe den Einkauf in Deutschland dem Kunden überlassen, dann aber Installiert	
Frage 4	NEIN	
Frage 4a	Ich hatte keine solche Situation, deshalb: Nein	
Frage 5	-	
C.1.6 - Swissmechanic		**0**
C.1.7 - Verband zahntechnischer Laboratorien der Schweiz VZLS (Swiss Dental Laboratories)		**1** (JA/-/JA)
	Fragebogen C.1.7 - 1	JA/-/JA
Frage 2	JA	
Frage 2a	Reparatur an einer Regulation ausländischen Ursprungs	
Frage 2b	Unser Unternehmen kann keine Garantien für Ergänzungen an Produkten übernehmen, welche nicht den üblichen Fertigungsstandards entsprechen.	
Frage 3	JA[12]	
Frage 3a	Zahnarzt	
Frage 3b	Keine Aufträge mehr zu erhalten	
Frage 3c	Die Reparatur konnte aus Garantiegründen nicht ausgeführt werden, da der ursprüngliche Kunststoff unbekannter Herkunft war und keine Homogenität aufwies	

[11] Nicht verwertbare Antwort, da widersprüchlich.
[12] Nicht verwertbare Antwort, da widersprüchlich.

Frage 3d	JA
Frage 4	JA
Frage 4a	Die Installation wurde zwar nicht verweigert, aber die Garantie auf die Installationsarbeit
Frage 4b	[Name Installateur]
Frage 4c	Dass ein Schweizer Sanitärinstallateur auf Produkte keine Garantien gewähren muss, diese gelten ausschliesslich für die vom Sanitärinstallateur selbst verkauften Materialien
Frage 5	Das Verfahren, dass die Weko gegen die Sanitärbranche geführt hat und diese zu einer Busse verurteilt wurde, zeigt im Alltag null Wirkung. Diese Branche funktioniert immer noch gleich. Die gleich geschützte Werkstatt herrscht bei den Elektromonteuren, in diesem Bereich schützt man sich durch fragwürdige schweizerische Zertifikate und verweigert die Montage jeglicher ausländischer Ware, obwohl baugleich, aber ohne einen Schweizer Stempel. So kann eine Installation nicht abgenommen werden.

C.1.8 - Verband für Wohnraumfeuerungen, Plattenbeläge und Abgassysteme (feusuisse)	**7** (7 JA/1 JA/0 JA)
Fragebogen C.1.8 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Ich repariere nicht Plattenarbeiten, die so mangelhaft ausgeführt worden sind, dass die Gefahr bestand, dass weiter diverses hätte kaputt gehen können
Frage 2b	Siehe oben
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	Ich benutz grundsätzlich Produkte aus Schweizer Produktion oder Produkte die in der Schweiz verkauft werden
Fragebogen C.1.8 - 2	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Montieren, Reparatur und Garantiearbeiten von Abgasanlagen und Öfen ohne CH-Zulassung
Frage 2b	Vorschriften
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	-
Fragebogen C.1.8 - 3	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Service de réparation et d'entretien et de garantie pour toutes les installations non réalisées par nos soins
Frage 2b	Le client se fournissant lui-même à l'étranger pour des raisons de coûts, et donc ne nous attribuant pas de chiffre d'affaire en Suisse, et à moins que nous ayons été sollicités pour le montage de produit que nous importons également, nous avons pour politique de ne pas intervenir
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	-
Fragebogen C.1.8 – 4 / Fragebogen C.1.4 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	nur Installation
Frage 2b	kein Vertrauen ins Produkt, minderwertige Produkte, übernehme keine Garantie für solche Produkte
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	-

	Fragebogen C.1.8 - 5	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Montage et raccordement d'un poêle	
Frage 2b	Aucune fiche d'homologation n'était à disposition. Pas de possibilité d'offrir une garantie	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	-	
	Fragebogen C.1.8 - 6	JA/JA/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Installation de poêle, SAV[13] de poêle, nous refusons également l'installation de poêles achetés en grande surface en suisse, aucune garantie si le produit n'a pas été installé par un professionnel	
Frage 2b	Directives du fournisseur, si le produit n'est pas acheté en suisse et installé par nos soins on devient responsable et on est seul a assumer la garantie. Les autres raisons sont que nous achetons souvent plus cher, même avec nos rabais entreprise que dans les autres pays, et que nous n'avons pas de marge, c'est cette unique marge qui nous permet de payer les salaires élevés en suisse et les charges, plus les éventuels frais de location, dépôt, vitrine etc... ce n'est pas normal que nous devions exposer et renseigner les gens pour qu'ils achètent ailleurs… la concurrence oui, mais là avec l'ouverture des frontières elle est devenue déloyale, grande différence de salaire, prix de la marchandise, etc… Par contre, si le client achète à l'étranger un produit de qualité que nous revendons en Suisse et que c'est un client régulier ou que cela donne du travail sur plusieurs jours à nos employés nous faisons tout de même les travaux.	
Frage 3	NEIN	
Frage 3a	[Nom du fournisseur des poêles] en Autriche	
Frage 3b	On doit acheter selon la liste de prix suisse et malgré les cours effectués nous ne pouvons pas nous charger du SAV (risque pour le client qu'il n'ait pas de garantie fournisseur)	
Frage 3c	SAV sur poêles [nom du fournisseur]	
Frage 3d	Non, pour certains travaux nous refusons de notre propre initiative, ce n'est pas dû à la pression. Mais avec le SAV [nom du fournisseur] nous sommes obligés de dire non, même pour les poêles achetés en Suisse.	
Frage 4	NEIN	
Frage 5	Nous trouvons important que l'installation de poêles, cheminées, tubages soit obligatoirement faite par un poêlier-fumiste agréé (comme les électriciens, les tavaillonneurs). Simplement une reconnaissance du métier.	
	Fragebogen C.1.8 - 7	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Reparatur, Ersatz, fehlende Teile, Anpassung an CH-Gesetze, an „falsche Lieferungen" weil die Produkte nur auf Internet gesehen usw. siehe auch Beilage: „Schnäppli – Kapitalismus"	
Frage 2b	Wegen der in der Schweiz sehr beliebten Mentalität beim Einkaufen „Geiz ist geil" zu zelebrieren, um dann damit zu prahlen, wie viel günstiger…	
Frage 3	NEIN	
Frage 4	NEIN Weil ich hier einkaufe, habe ich das auch nicht zu befürchten – so einfach!	
Frage 5	-	
C.1.9 - Dachverband Schweizer Medizintechnik (FASMED)		**1** (JA/NEIN/NEIN)
	Fragebogen C.1.9 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA	
Frage 2a	Garantiearbeiten auf nicht bei uns gekauften Geräten	
Frage 2b	Keine Rückvergütung der Arbeiten durch den Hersteller	
Frage 3	NEIN	

[13] Service après-vente.

Frage 4	NEIN
Frage 5	-

C.1.10 - Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft VSBM	**2** (JA/NEIN/NEIN)
Fragebogen C.1.10 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Garantiearbeiten, Ersatzteillieferung, technischer Support
Frage 2b	Nur Eigeninteresse; wer seinen Bagger im Ausland kauft, kann nicht von unserem Afterservice profitieren
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	-
Fragebogen C.1.10 - 2	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Wartung + Reparatur sowie SVG[14] Ausrüstungen und Ausrüstungen gemäss LRV[15] an Baumaschinen + Staplern
Frage 2b	Wir wollen nicht. Keine Kapazitäten.
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN Wir kaufen nicht im Ausland!
Frage 5	Wir haben das Recht, unsere Kunden auszuwählen!

C.1.11 - Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz FEA	**1** (JA/NEIN/NEIN)
Fragebogen C.1.11 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Ablehnung der Garantie, wenn ein Gerät importiert wurde, das den Schweizer Bestimmungen oder Normen nicht entsprochen hat, und das Gerät dadurch nicht funktionsfähig war.
Frage 2b	Wenn ein Gerät den Schweizer Bestimmungen oder Normen nicht entsprochen hat, z.B. wenn ein Gerät mit einer Leistungsaufnahme von über 2400 Watt importiert wurde, dass im Schweizer Stromnetz nicht funktioniert und dadurch ein Sicherheitsrisiko darstellt.
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	-

C.1.12 - motosuisse	**2** (JA/NEIN/NEIN)
Fragebogen C.1.12 - 1	JA/NEIN/NEIN
Frage 2	JA
Frage 2a	Garantiebearbeitungen, ausser bei sicherheitsrelevanten Rückrufaktionen
Frage 2b	Wir sind der Meinung, dass derjenige, welcher das Produkt verkauft, auch für allfällige Garantieleistungen zuständig ist. Der administrative Aufwand bei der Abrechnung mit den Herstellern ist enorm, zudem werden die anfallenden Kosten gegenüber dem Importeur und den Händlern nur teilweise abgedeckt.
Frage 3	NEIN
Frage 4	NEIN
Frage 5	-

C.1.13 - Fédération Romande du Carrelage FeRC	**0**

[14] Strassenverkehrsgesetz (SVG; SR 741.01).
[15] Luftreinhalteverordnung (LRV; SR 814.318.142.1).

Anhang 4: Alle NEIN-Antworten mit Kommentaren

C.1.1 - Swissmem	**1**
	Fragebogen C.1.1 - 1
Frage 5	[…] ist ein international tätiges Unternehmen. Entsprechend verkaufen, kaufen, erbringen DL, beziehen DL aus den verschiedensten Ländern. Ich erachte es als eine Chance, den Service auf dem im Ausland bezogenen Prod. zu machen. Tendenziell verdienen gerade kleinere Unternehmen im Service mehr Geld als im Handel mit Produkten.
C.1.2 - küche schweiz - Der Branchenverband	**6**
	Fragebogen C.1.2 - 3
Frage 5	Wir sind weder in Berührung mit der Fragestellung gekommen, noch kaufen wir direkt im Ausland ein.
	Fragebogen C.1.2 - 4
Frage 2a	Wir haben nie eine Anfrage erhalten.
Frage 2b	Wenn ja, würden wir sie zum Elektriker verweisen.
	Fragebogen C.1.2 - 5
Frage 5	Für uns wichtiger wäre, dafür zu sorgen, dass Schweizer Küchenbauer keine Wettbewerbsnachteile gegenüber Küchenbauern aus dem Ausland haben: - Bei uns muss der Kunde auf Geräte eine vRG[1] bezahlen. Schweizer Endkunden, welche Geräte im Ausland beziehen, zahlen diese Gebühr nicht. Wieso wird diese nicht am Zoll erhoben? - Die Schweiz schreibt für Kühlschränke A++[2] Geräte vor. Schweizer Kunden können aber problemlos im Ausland auf günstigere Geräte ohne A++ ausweichen. Wieso können solche Geräte importiert werden? - Schweizer Küchenbauer benötigen bei der Installation von Küchen eine Bewilligung für den Anschluss von Starkstrom und Wasser oder müssen diese Arbeiten durch dritte Firmen erledigen lassen. Die Praxis zeigt immer wieder, dass sich Küchenbauer aus dem Ausland nicht an diese Vorschrift halten oder keine Kenntnis davon haben. Wieso wird das nicht kontrolliert? Wir kämpfen mit erhebliche Standortnachteilen gegenüber Anbietern aus dem Ausland (Währung, Lohnkosten etc.), deshalb erwarten wir, dass die Gesetze und Vorschriften für alle gelten und von allen Anbietern eingehalten werden müssen!!
	Fragebogen C.1.2 – 6
Frage 2 und 3	Die Wartung der Geräte und Armaturen, welche in unseren Küchen verbaut werden, erfolgt jeweils über den Hersteller direkt. Die eigentlichen Küchenmöbel werden immer durch uns geliefert, oder dann wird der Auftrag nicht an uns vergeben.
	Fragebogen C.1.2 – 7
Frage 2	Trifft für uns nicht zu.
Frage 5	Privatpersonen können Kühlschränke ohne genügendes Label, also A+ in die Schweiz importieren und bezahlen erst noch keine vRG[3]. Kann das sein? Wer bezahlt da die MwSt. Warum sollten da die Schweizer Betriebe solche Dienstleistungen erbringen, wenn wir schon zu teuer einkaufen, nicht alles kriegen, was der Markt her gibt und als Fachhändler gegenüber dem Endkonsumenten benachteiligt sind? Die Motion Hess geht in die falsche Richtung! Erst wenn der Markt offen ist, können diese Dienstleistungen Pflicht werden.
	Fragebogen C.1.2 - 8
Frage 2	Non mi è mai capitato di dover fornire apparecchi che vengono acquistati privatamente dall'estero.
Frage 5	Non mi è mai capitato di dover fornire apparecchi forniti dal cliente comperati all'estero e non ho mai avuto pressioni in tal senso. Sento però che vengono importati apparecchi direttamente dall'Italia/Germania. Dove il cliente finale non ne è a conoscenza. Sicuramente per il Ticino dipende anche molto da regione e dal tipo di budget a disposizione.
C.1.3 - Schweizerischer Bauernverband SBV	**0**
C.1.4 - Schweizerischer Plattenverband SPV	**3**
	Fragebogen C.1.4 - 4
Frage 5	Fliesen werden so oder so im Ausland bezogen, ob durch Importeur oder Kunde ist nicht relevant.

[1] Vorgezogene Recyclinggebühr (vRG).
[2] Energieeffizienzklassen A+ bis A+++.
[3] Vgl. Fn 1.

	Fragebogen C.1.4 - 5
Frage 5	-Kaufe aus Prinzip sehr selten im Ausland ein. (Was geht wird im Kanton eingekauft)
	Fragebogen C.1.4 - 6
Frage 2b	Zu Problemen führt manchmal ungeeignetes Material oder wenn das Material in schlechter Qualität ist und es deshalb zu Mehrkosten oder eingeschränkter Optik führt. Ebenfalls die Entsorgungskosten von Verpackungsmaterial, Abschnitten und allfällige Materialtransportkosten führen manchmal zu Problemen.
C.1.5 - Verband Schweizerischer Elektroinstallationsfirmen VSEI	**10**
	Fragebogen C.1.5 - 19
Frage 5	Der Materialbezug läuft mehrheitlich über einen Grossisten. Es sind keine Probleme dieser Art geschehen.
	Fragebogen C.1.5 - 20
Frage 5	Manchmal drohen Schweizer Vertriebspartner, dass bei einem Import jegliche Gewährleistung von den Schweizer Vertriebspartnern nicht übernommen werden könnten.
	Fragebogen C.1.5 - 21
Frage 5	Für uns als "Händler" ist es manchmal schon frustrierend, welche Margen der Schweizer Importeur für seine Dienstleistung berechnet. Wir bekommen so teilweise die Aufträge nicht, da wir wegen den Materialpreisen nicht konkurrenzfähig sind!
	Fragebogen C.1.5 - 22
Frage 5	Nous sommes plus concernés par la concurrence de travailleurs au noir et peu compétents susceptibles d'être employés par des concurrents indélicats.
	Fragebogen C.1.5 - 23
Frage 5	Wir beziehen nur Material u. Dienstleistungen aus dem Ausland, wenn diese in der Schweiz kaum verfügbar sind.
	Fragebogen C.1.5 - 24
Frage 5	Wir arbeiten in der Schweiz, also kaufen wir auch hier bei örtlichen Unternehmer ein!
	Fragebogen C.1.5 - 25
Frage 5	Als Planer waren wir bis dato von der Problematik (noch) nicht betroffen.
	Fragebogen C.1.5 - 26
Frage 2b	Immer dann, wenn ein Produkt nicht den CH-Normen entspricht, muss darauf hingewiesen werden. Die NEV[4] wird sonst nicht eingehalten. Dies ist aber nicht Teil der Motion, denn die CH-Normen haben da schon ihre Richtigkeit.
Frage 5	Wir sehen darin keine Probleme. Wenn ein Kunde irgendwo einkauft, trägt er das Risiko. Die Reparatur ist eine neue Dienstleistung und kann neu verrechnet werden und ggf. zu neuem Geschäft führen. Ist ja die gleiche Frage mit einem Produkt aus dem Hobby-Markt.
	Fragebogen C.1.5 - 27
Frage 5	Bei einem privaten Bauvorhaben weigerte sich der Sanitär, selber eingekaufte Produkte einzubauen und dabei die Garantie zu übernehmen.
	Fragebogen C.1.5 - 28
Frage 4	Wir machen jedoch keine Direktimporte!
C.1.6 - Swissmechanic	**0**
C.1.7 - Verband zahntechnischer Laboratorien der Schweiz VZLS (Swiss Dental Laboratories)	**1**
	Fragebogen C.1.7 - 2
Frage 5	Mes réponses sont toutes négatives car je ne suis en aucun cas concerné par votre questionnaire.
C.1.8 - Verband für Wohnraumfeuerungen, Plattenbeläge und Abgassysteme (feusuisse)	**1**
	Fragebogen C.1.8 - 8
Frage 5	Pour nous le problème est plutôt lié à la main d'oeuvre étrangère facturé selon aucun critère et sans convention collective !!!!

[4] Verordnung über elektrische Niederspannungserzeugnisse (NEV; SR 734.26).

C.1.9 - Dachverband Schweizer Medizintechnik (FASMED)	**3**
	Fragebogen C.1.9 - 2
Frage 5	Wir konnten alle Fragen mit NEIN beantworten, da wir von Seiten der Kunden nie mit dieser Frage konfrontiert wurden. Weiter haben wir keine Produkte direkt im Ausland eingekauft. In unserer Branche ist die Schulung, Support, Service sowie schnelle Wiederbeschaffung und Lieferung von enormer Wichtigkeit. Sollte es jedoch dazu kommen, dass wir für Produkte, die aus dem Ausland direkt importiert wurden, Service erbringen sollten, müsste für diese Produktverwender zuerst ein Service Team aufgebaut werden. Für unsere Produkte, die in der Schweiz bezogen werden, ist Schulung und Service im Preis inbegriffen. Beim Direktimport wäre voraussichtlich die erforderliche Schulung und technische Unterstützung während der Einführungs- und Lernphase nicht gewährleistet, da wir nichts von diesem Einkauf aus dem Ausland wüssten. Die dokumentierte, initiale Schulung und die technische Unterstützung während der Einführungs- und Lernphase sowie periodische Schulungs- und Serviceaufgaben von Fachspezialisten sind unabdingbar.
	Fragebogen C.1.9 - 3
Frage 2	Wir sind Hersteller und liefern resp. exportieren in ca. 80 Länder.
	Fragebogen C.1.9 - 4 / Fragebogen C.1.11 - 3
Frage 5	Wir haben zwei Fragebogen erhalten: Einmal vom Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz, einmal vom Dachverband der Schweizerischen Handels- und Industrievereinigung der Medizintechnik (fasmed). Die vorstehenden Antworten gelten für unsere beiden Geschäftsbereiche (Personal Health und Health Systems) gleichermassen. Personal Health (B2C) kennt für alle Produkte eine internationale Herstellergarantie. Health Systems (B2B) repariert auch Produkte, die im Ausland gekauft worden sind, verrechnet die Leistung aber gegebenenfalls intern an die entsprechende [Name Unternehmen]-Gesellschaft im Ausland.
C.1.10 - Verband der schweizerischen Baumaschinenwirtschaft VSBM	**0**
C.1.11 - Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz FEA	**3**
	Fragebogen C.1.11 - 2
Frage 5	[Name Unternehmen] gewährt weltweite Garantie, egal wo und in welchem Land das Produkt gekauft wurde.
	Fragebogen C.1.11 - 3 / Fragebogen C.1.9 - 4
Frage 5	Wir haben zwei Fragebogen erhalten: Einmal vom Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe Schweiz, einmal vom Dachverband der Schweizerischen Handels- und Industrievereinigung der Medizintechnik (fasmed). Die vorstehenden Antworten gelten für unsere beiden Geschäftsbereiche (Personal Health und Health Systems) gleichermassen. Personal Health (B2C) kennt für alle Produkte eine internationale Herstellergarantie. Health Systems (B2B) repariert auch Produkte, die im Ausland gekauft worden sind, verrechnet die Leistung aber gegebenenfalls intern an die entsprechende [Name Unternehmen]-Gesellschaft im Ausland.
	Fragebogen C.1.11 - 4
Frage 5	Als internationaler Konzern kann man keine Dienstleistungen den Kunden ausschlagen. Aber es entsteht eine Problematik bezüglich Garantiekosten. Zusätzlich erschwerend sind Produkte, die in der Schweiz nicht zulässig sind und von uns repariert und gewartet werden sollten.
C.1.12 - motosuisse	**1**
	Fragebogen C.1.12 - 2
Frage 5	Die von der Motion Hess aufgebrachte angebliche Thematik existiert bei uns nicht. [Name Unternehmen] behindert Installations-, Wartungs-, Reparatur- oder Garantiearbeiten bei parallel importierten Produkten nicht (wir weisen im Übrigen daraufhin, dass [Unternehmen] als offizieller Importeur keine Motorräder wartet; diese Aufgabe wird durch das Händlernetz wahrgenommen). Im Übrigen sei auf Folgendes hingewiesen: Erstens halten wir fest, dass [Unternehmen] ihre Händlern weder verpflichtet, noch auf diese Druck ausübt, noch ihnen Anreize gewährt, um aus dem EWR parallel importierte Motorräder keine Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu erbringen. Uns ist auch kein Fall bekannt, in welchem ein autorisierter [Unternehmens-]Händler sich geweigert hätte, für ein parallel importiertes Motorrad Installations-, Wartungs- oder Garantiearbeiten usw. zu erbringen. Ausserdem sind die autorisierten Händler frei, Ersatzteile an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, die [Name Unternehmen] Motorräder warten, so dass Endkunden die Möglichkeit haben, zwischen autorisierten [Name Unternehmen] Händlern und unabhängigen Werkstatten für Wartungs- und Reparaturarbeiten zu wählen. Zweitens sehen die Verträge mit den autorisierten [Name Unternehmen] Händlern ausdrücklich vor, dass autorisierte [Name Unternehmen] Händler im EWR und der Schweiz

neue [Name Unternehmen] Motorräder an Endkunden und andere autorisierte [Name Unternehmen] Händler im EWR und in der Schweiz verkaufen können.

C.1.13 - Fédération Romande du Carrelage FeRC	**0**
Verband unklar	**1**
Fragebogen	
Frage 5	Wir führen keine Installationsarbeiten mit "fremdem" Material aus, da wir für die gesamten Dienstleistungen (inkl. Material) nach SIA haften.

Anhang 5: Stellungnahmen der Verbände

C.2.1 - Schweizerischer Motorbootverband

Antworten zu Fragen: NEIN.

Die FSM ist ein "politisches" Organ. Unsere Mitglieder sind primär lokal verankerte Motorbootclubs sowie Einzelmitglieder. Wir setzen uns dafür ein, dass unsere Freiheit auf dem Wasser mit möglichst wenigen Einschränkungen versehen wird. Wir betreiben keinen Handel mit Artikeln und Geräten aus der weiten Bootsbranche. Ideologisch sind wir nahe am Gewerbe dran. Als Motorbootverband sind wir auch beratendes, aber nicht stimmberechtigtes Mitglied des Schweizerischen Bootbauerverbandes. Einzelne Werften sind ihrerseits auch bei uns Mitglied. Die Interessen des Bootsgewerbes werden durch sie selber und durch ihren Verband vertreten.

Zusammenfassend können wir sagen, dass wir durch die Anliegen der Motion Hess nicht direkt betroffen sind, weder negativ noch positiv, den Grundsatz des freien Marktes aber unter-stützen.

C.2.2 - Verband Bodenbelagsfachgeschäfte (BodenSchweiz)

Das Cassis-de-Dijon-Prinzip zum Abbau von Handelshemmnissen ist uns bekannt, und grundsätzlich befürworten wir einen offenen und für Konsumenten transparenten Markt. Allerdings existieren zahlreiche branchenspezifische Eigenheiten, welche nicht einfach unberücksichtigt bleiben können. Gerade am Beispiel der Bodenbelagsbranche gestaltet sich die Sachlage nicht ganz einfach.

1. Feststellung

Der Boden-Parkettleger ist ein im Ausbaugewerbe tätiger Handwerker, welcher ein bewegliches Werk (= Bodenbeläge) in ein unbewegliches Werk (= Immobilie) einsetzt bzw. verlegt. Aufgrund dieser Ausgangslage kommt immer und stets das Werkvertragsrecht zur Anwendung. Dieses jedoch sieht explizit eine 5-Jahres-Garantie für Material und Arbeit vor.

2. Feststellung

Im bauhandwerklichen Umfelde nimmt der Boden-Parkettleger eine Sonderstellung ein, weil er praktisch der einzige Handwerker ist, welcher gleichzeitig auch als Fachhändler auftritt. Das heisst, der Boden-Parkettleger unterhält meist Schauräume, Ausstellungen, wo sich die Kunden (= Architekten, Generalunternehmer, private und institutionelle Bauherren usw...) kompetent und neutral über die vielen verschiedenen Bodenbeläge beraten lassen können. Der Boden-Parkettleger verdient damit sein Geld nicht nur mit der reinen Handwerksleistung, sondern gerade eben auch, in Abweichung zu anderen Gewerken, mit dem Beraten und dem Verkauf von Bodenbelägen.

Vereinbarkeit mit dem Cassis-de-Dijon-Prinzip

Gemäss dem Cassis-de-Dijon-Prinzip könnte nun ein Kunde seine Bodenbeläge irgendwo auf der Welt einkaufen und sodann vom Boden-Parkettleger erwarten, dass er diese in seine Immobilie fachgerecht verlegt. Kennt der bodenlegende Handwerker die besagten Bodenbeläge, stellt dies grundsätzlich kein Problem dar. Aus juristischer Sicht ergeben sich erst dann Fragezeichen, wenn der bodenlegende Handwerker die vom Kunden frei eingekauften Bodenbeläge nicht kennt oder zum Vornherein bereits feststellt, dass diese den Anforderungen des Untergrundes, des Bauherrn o.ä. nicht entsprechen. In diesem Falle kann vom Boden-Parkettleger keine Annahme des Auftrages erwartet werden, weil er sinnvollerweise unter solchen Umständen nicht gewillt ist, eine werkvertragliche Garantie auf Material und Arbeit zu gewähren.

Das Cassis-de-Dijon-Prinzip kann wohl bei einfachen Handelswaren gut funktionieren. In unserem Falle jedoch greifen die Überlegungen des Motionärs, Hans Hess, eindeutig zu kurz.

C.2.3 - 2rad Schweiz

Verband

Dem Branchenverband 2rad Schweiz sind 860 Firmen aus der ganzen Schweiz (Ausnahme Tessin) angeschlossen. Somit sind rund die Hälfte der Zweiradfachbetriebe, die diesen Namen verdienen, in unserem Verband organisiert.
Die Betriebe sind entweder reine Fahrradanbieter, reine Motorradanbieter und ein immer kleiner werdender Teil von Mischbetrieben, die Fahrräder und motorisierte Fahrzeuge anbieten. Die Verbandsmitglieder im grenznahen Gebiet leiden seit dem 15. Januar 2015 enorm stark unter den Folgen der Aufgabe der Euro-Untergrenze. Dies hat bereits und wird in Zukunft vermehrt KMU die Existenz kosten.

Fahrzeuge

Die in unseren Mitgliedbetrieben gehandelten, gewarteten und reparierten Fahrzeuge können fast zu 100 % in die Sparten Motorräder oder Fahrräder eingeteilt werden. Welche Anforderungen an die Verkehrssicherheit ein Fahrzeug abdecken muss, ist in der VTS[1] geregelt.

[1] Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS; SR 741.41) <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19950165/201601010000/741.41.pdf> besucht am 18. August 2016.

Bei den Motorrädern (in der Regel Verbrennungsmotoren) bestehen dank der Typenprüfung weitere klare Vorgaben, welche Teile am Fahrzeug verbaut werden dürfen/müssen. Dies gilt auch für die schnellen E-Bikes (schneller als 25 KMH). „Normale“ E-Bikes und alle anderen Fahrräder sind nicht typengeprüft und müssen lediglich den VTS-Regeln entsprechen.

Die in der Begründung der Motion Hess explizit erwähnten Motorfahrräder („Töffli“) haben heute ganz wenige Neufahrzeugeinlösungen. Es ist wirklich ein absolut unbedeutender Fahrzeugtyp geworden, vergleichbar mit einem Transistorradio in der heutigen Zeit. Deshalb gehe ich nicht weiter darauf ein. Im Rahmen der Motion Hess kann nur das Fahrrad im Fokus stehen.

Kundenverhalten

Wie in anderen Branchen auch, kaufen Schweizer Kunden Fahrräder im grenznahen Ausland, entweder bei einem Fachhändler oder im Internet. Dies ist aufgrund der Preissituation durchaus nachvollziehbar.

Allerdings wird vor dem Kauf nicht selten die Beratung im Schweizer Fachgeschäft kostenlos abgeholt, der Kauf erfolgt dann jedoch im Ausland. Dass dieses Kundenverhalten nicht wenige Händler erzürnt, können Sie wahrscheinlich nachvollziehen.

Händlerverhalten

In der Praxis gibt es verschiedene Reaktionen

- Im Ausland eingekaufte Fahrzeuge werden gewartet und repariert
- Im Ausland eingekaufte Fahrzeuge werden nicht gewartet oder repariert,
  - weil die Komponenten am Fahrzeug nicht bekannt sind und z.B. Spezialwerkzeug dafür nicht vorhanden ist;
  - weil der Fachbetrieb die Verantwortung für die Verkehrssicherheit des Fahrzeuges nicht gewährleisten kann;
  - weil der Fachbetrieb generell nur Fahrzeuge seiner Markenvertretung(en) wartet oder repariert;
  - weil der Kunde nicht bereit, notwendige Nachrüstungen gemäss VTS vorzunehmen.

Eine Quantifizierung ist für mich nicht möglich.

Garantieleistungen

Bezüglich der Situation im Bereich „Garantie“ herrscht für den Fachhandel schon innerhalb der Schweiz eine schwierige Situation. Einem grossen Aufwand zur Befriedigung des Kunden steht meist eine bescheidene Entschädigung des Schweizer Importeurs gegenüber. Falls noch ausländische Partner involviert sind, wird die ganze Leistung absolut unrentabel. Deshalb kann es sein, dass ein Händler gleich von Anfang an die Finger von einem solchen Fahrzeug lässt.

Sie sehen, die ganze Sache ist komplex und nicht über den Weg der Motion Hess zu lösen.

C.2.4 - Verband Schweizer Coiffeurgeschäfte (CoiffureSuisse)

Die Mitglieder des Zentralvorstands kommen aus der ganzen Schweiz und decken grössere und kleinere Geschäfte ab. Einhellig war die Meinung zur Motion Hess, dass diese die Coiffeure nicht betrifft:

- Kauf von Installationen oder Apparate = nein, somit auch keine Wartungs- und/oder Garantiearbeiten oder solche, die unterlassen werden.

Als Fazit kann gesagt werden, dass die Anliegen der Motion Hess für die Coiffeurbranche nicht relevant sind.

C.2.5 - Schweizerischer Verband für Umwelttechnik SVUT

Antworten zu Fragen: NEIN (ohne weitere Erläuterungen)

C.2.6 - Schweizerisch-Liechtensteinischer Gebäudetechnikerverband (suissetec)

Die Motion Hess spricht ein Problem an, das es so in unseren Branchen nicht gibt; aus diesem Grund müssten alle unsere Mitglieder die Frage 1 Ihres Fragebogens mit „nein“ beantworten.

Die Problematik, die uns beschäftigt, ist eine andere: Vermehrt kaufen Bauherrn ihre Sanitärapparate, Waschmaschinen etc. in einem Baumarkt oder ähnlichen Geschäften und beziehen diese also nicht über den Installateur. Da dieser aber sowohl für seine Arbeit wie auch für das von ihm montierte Produkt voll haftet, auch wenn er dieses nicht selbst geliefert bzw. verkauft hat, sind unsere Mitgliedfirmen dazu übergegangen, in solchen Fällen Abmahnungen auszustellen. Diese bewirken, dass der Installateur wohl für seine Anschlussarbeiten, nicht aber für die Tauglichkeit, Funktionalität etc. des Produktes haftet. Dieses Vorgehen ist nachvollziehbar, denn es kann nicht die Aufgabe des Installateurs sein, für ein Produkt zu haften, das er nicht verkauft hat und somit auch nicht nachprüfen konnte, woher es stammt, wie es beschaffen ist und ob es den Vorschriften entspricht.

Verschärft wird diese Problematik noch durch die Tatsache, dass der Installateur sowieso länger für ein von ihm montiertes Produkt haften muss, als er seinen Lieferanten/Hersteller für Fehler des Produktes belangen kann: dessen Garantie beträgt in der Regel 2 Jahre gemäss Kaufrecht, während der Unternehmer seinem Bauherren gemäss

Werkvertragsrecht 5 Jahre verantwortlich bleibt. Daran hat auch die jüngste Revision des OR nicht geändert, da die Hersteller die Bestimmungen mit der weitergehenden Haftung regelmässig wegbedingen.

Zu Ihrer Information lege ich dieser Mitteilung unser Merkblatt „Materiallieferung durch den Bauherrn“ bei.

C.2.7 - Schweizerischer Maler- und Gipserunternehmer Verband SMGV

Unsere Unternehmer aus der Maler- und Gipserbranche kaufen ihr Material und ihre Produkte - eventuell – abgesehen von einigen wenigen Ausnahmen – bei Fabrikanten und Herstellern mit Sitz in der Schweiz. Ein Direktbezug aus einem der umliegenden Länder lohnt sich nicht. Es kommt auch äusserst selten vor, dass ein Bauherr das zu verarbeitende Material selber kauft. In aller Regel ist es der Unternehmer, der nebst der Erstellung des Werks auch das Material liefert.

C.2.8 - La Fédération suisse romande des entreprises de plâtrerie-peinture FREPP

Les entreprises membres de notre fédération ne sont pas vraiment concernées par cette problématique car elles n’acquièrent que très peu de machines qui pourraient nécessiter du service après-vente.

C.2.9 - Holzindustrie Schweiz HIS

Wir vertreten 230 Sägewerke und verwandte Betriebe, die Holz-Halbfabrikate herstellen. Unsere Betriebe sind über das ganze Land verteilt, wegen dem grossen Platzbedarf aber eher im ländlichen Raum als in der Agglomeration angesiedelt.

Die Holzhalbfabrikate werden in der Regel direkt an Holzbaubetriebe (Zimmereien), Kisten/Paletten-Hersteller und Schreinereien geliefert, die daraus Produkte für den Endverbrauch herstellen. In unserem business-to-business-Warenverkehr geht es teils um statische Produkteigenschaften, teils um ästhetische und um biologische Gefahren (Insekten, Pilze). Der Umgang damit ist teilweise im neuen Bauproduktegesetz definiert, teilweise in Handelsgebräuchen der Branche.

Die grossen, fix installierten Hauptmaschinen in unserer Branche stammen zumeist aus den Nachbarländern Deutschland, Österreich und Italien – von Herstellern mit globaler Bedeutung. Die Maschinen werden sowohl über Schweizer Importeure als auch direkt eingekauft. Probleme mit Wartungs- oder Garantiearbeiten sind uns nicht bekannt.

Die Motion 15.3631 von alt Ständerat Hans Hess ist in diesem Sinne für unsere Branche nicht relevant.

C.2.10 - Schweizerischer Bootbauer-Verband (SBV)

Wir sind zum Schluss gekommen, dass die Motion Hess in keiner Weise Einfluss auf die geschäftlichen Aktivitäten unserer Branche nimmt, gegenüber dem Konsumenten keine ersichtliche Verbesserung bringt und somit gegenstandslos ist. Die aktuellen Bestimmungen zur GVO wie auch die entsprechenden Weisungen der WEKO im Bereich der vertikalen Abreden lösen die aktuelle Situation abschliessend. Eine Überweisung der Motion Hess würde aus unserer Sicht die bestehende Situation nicht verändern und insbesondere gegenüber dem Konsumenten nicht verbessern, allenfalls würde sie die Verwaltung uns insbesondere die WEKO mit zusätzlicher Arbeit belasten für ein Problem, das aus unserer Sicht bereits gelöst ist.

Wie ich Ihnen gegenüber ausgeführt habe, ist der Welt-, Europa- und insbesondere der Schweizer Bootsmarkt sehr klein, insbesondere im Vergleich zur Automobilindustrie. Beispielsweise unterhalten keine internationalen Hersteller Importgesellschaften in der Schweiz. Unsere Werften haben direkte Importverträge mit den Herstellern. Weiter bilden Antriebsaggregate und Bootskörper zwar technisch eine Einheit. Jedoch bestehen keine Marken, wo Motor und Schiff vom gleichen Hersteller produziert werden, wie dies beispielsweise in Autos der Fall ist. Es ist sogar so, dass gleiche Bootstypen mit Motoren von unterschiedlichen Herstellern ausgerüstet sind. Garantieleistungen werden somit in den allermeisten Fällen von der Werft, wo das Boot resp. der Motor erworben wurde, in direkter Zusammenarbeit mit dem Hersteller abgehandelt. Es gibt in der Schweiz ca. 12 «grössere» Importeure für Bootsmarken (Betriebe mit 12-20 Mitarbeitern), die ein Händlernetz unterhalten. In diesem Fall werden Garantiefälle zwischen Importeur und Händler abgewickelt.

In der Schweiz werden jährlich ca. 1'200 Neuboote zugelassen. Der Gesamtmarkt liegt bei 100'000 immatrikulierten Sportbooten. Die Branche beschäftigt ca. 1'500 Mitarbeiter in ca. 300 Betrieben. Probleme im Zusammenhang mit vertikalen Absprachen gegenüber dem Hersteller sind uns nicht bekannt. Auch Direktimporte von Konsumenten werden durch die Schweizer Vertragsimporteure abgehandelt. Sollte eine Marke nicht vertreten sein, so geht der Kunde zu einer Bootswerft, diese nimmt Kontakt zum Hersteller auf, in dessen grossem Interesse es liegt, die Bootswerft für Garantieleistungen zu legitimieren. Dies bereits schon aufgrund unserer Aussage, dass der Bootsmarkt sehr klein ist.

C.2.11 - Verband Schweizerischer Unternehmen für Decken- und Innenbausysteme VSD

Antworten zu Fragen: NEIN (ohne weitere Erläuterungen)

C.2.12 - Verband Schweizerischer Schreinermeister und Möbelfabrikanten VSSM

Ich lege Ihnen nachfolgend kurz dar, weshalb die Schreinerbranche von der Motion Hess nicht betroffen zu sein scheint:

- Es sind dem VSSM seitens seiner Mitgliederbetriebe keinerlei Fälle gemeldet worden, wo Service-, Garantie-

oder Wartungsarbeiten an in der EU eingekauften und in der Schweiz montierten Produkten je ein Diskussionspunkt gewesen wäre.

- Es ist durchaus üblich, dass im Bereich des Schreinergewerbes, insbesondere im Bereich Küchen und Fenster, importierte Produkte aus der EU verbaut werden und die lokalen Betriebe mit Service- Garantie oder Wartungsarbeiten betraut werden. Vielfach werden die im EU-Raum erworbenen Produkte auch direkt vom ausländischen Lieferanten mit eigenen Monteuren eingebaut, für Service, Wartung oder allfällige Garantiearbeiten aber auf Partner in der Schweiz verwiesen. Durchaus gängig ist, dass die Montage von solchen Produkten von Monteuren des inländischen Vertreibers/Verkäufers des Produzenten übernommen werden, welche auch die Garantieleistungen, den Service und den Unterhalt sicherstellen.

- Es ist selbstverständlich – in Achtung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit - dem lokalen Handwerker zu überlassen, ob er Service-, Wartungs- oder Garantiearbeiten an in der EU produzierten und gekauften, aber in der Schweiz verbauten Produkten übernehmen will. Ebenso, ob er im Ausland gekaufte Produkte in der Schweiz montieren will. Die Vorstellung allerdings, dass sich ein Schreinerbetrieb oder insbesondere ein spezialisierter Montagebetrieb – von denen es im Verband einige gibt – weigern würde, einen Auftrag zur Montage von in der EU hergestellten, in die Schweiz importieren Türen, Fenstern oder Küchen zu realisieren, scheint mir weit weg von der Realität zu sein.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée
P	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz
Q	
R	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
S	
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
T	
TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
U	
UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
V	
VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
W	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
X	
Y	
Z	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten 664

abgestimmte Verhaltensweise 657, 659, 664, 666, 690, 695, 731 f., 736 838, 847

Abrede 654 ff., 663 ff., 669 f., 674 ff., 693 ff., 700 ff., 717 ff., 722, 724 ff., 730 f., 734 ff., 746 ff., 758, 671, 771, 783, 788 f., 792, 831 ff., 836 ff., 842 ff., 864 ff., 869, 878, 880 ff., 900

Acquiring -

Anhörung 657, 664, 666, 683 ff., 717, 723 f., 739, 746, 831, 834

Apotheker/innen 798, 804

Ärzte(-Verband) 832 f., 835

B

Banken -

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -

Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 653, 688, 695, 698, 704, 742 ff., 746

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 656, 658, 763, 688, 694 f., 697 ff., 707, 711, 717 ff., 723 f., 737 f., 744 f., 746, 749, 755

Erheblichkeit 683, 685 ff., 695, 697, 740, 839, 848 f., 855 ff., 862

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis 724

Interchange Fee -

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 670, 737, 758, 763, 769, 783, 792

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons -

M

Marktaufteilung 835, 857 f.

marktbeherrschende Stellung 654, 659 f., 762, 768, 770, 773, 781 f., 787, 789, 791, 793 f., 846

Marktgegenseite 670, 673, 688, 693, 726, 373 f., 759 f., 773 ff., 777, 784 ff., 790 f., 793, 857, 858

Marktorganisation -

Marktstruktur 794

Marktzutrittsschranken 680, 787

Meldepflicht 759, 763, 773, 784, 793, 805

Missbrauch 661, 685, 726, 836, 841, 846 ff., 850 f., 855 f. 862

N

Netzwerk 763 ff.

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten 664 f.

potenzieller Wettbewerb -

Preisabrede 667, 669, 681, 684, 687 ff., 693 ff., 704, 706 f., 709, 718, 722, 734, 741, 743, 747, 752

Preisbindung zweiter Hand 858

Q

Quersubventionierung -

R

Rabatte 659, 661 ff., 667 ff., 681 ff., 687, 693, 699 ff., 705, 709, 718 ff., 728 f., 732 ff., 738, 741, 745, 756, 853

Reduktion der Sanktion 712 ff., 751 ff.

S

Sanktionen 699, 703 ff., 722, 744, 746, 838, 841 f., 847 ff., 856, 861 ff.

Senkung Herstellkosten -
Submission 709, 725
Submissionskartell -

T

Tarife 778
Tarifvertrag -
Tierärzte/innen -
Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -
Untersuchung 654 ff., 658, 663 f., 666 f., 669 f., 673 f., 676 ff., 681 f., 686, 689, 691 ff., 698 ff., 708 ff., 721 ff., 726, 728 ff., 736 ff., 741, 745 f., 749, 751, 753 ff., 767, 795, 831 ff., 839 f., 842 f., 845 f., 849 ff. 858, 860, 866 f.
unzulässige Wettbewerbsabrede 657 f.,, 688 690, 697, 731, 744, 752, 755, 845, 847, 849

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
Veröffentlichung 832,, 867 f.
Verschulden 704, 708, 747 f., 836, 863 ff.
Vierparteiensysteme -
vorbehaltene Vorschriften 658, 731, 758, 772, 784, 792
vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -
zweiseitige Märkte -