



Einstellungsverfügung

(Publikationsversion)

vom 24. Juni 2024

in Sachen

Untersuchung 32-0277 gemäss Art. 27 KG
betreffend

Fresenius Kabi

wegen missbräuchlicher Verhaltensweisen relativ marktmächtiger
Unternehmen gemäss Art. 7 KG

Parteien

Fresenius Kabi Aktiengesellschaft, Else-Kröner-Strasse 1, 61352
Bad Homburg, Deutschland

Fresenius Kabi Deutschland GmbH, Else-Kröner-Strasse 1,
61352 Bad Homburg, Deutschland

Fresenius Kabi Nederland BV, Postbus 565, 3700 AN Zeist,
Niederlande

alle vertreten durch Nicolas Birkhäuser, Niederer Kraft Frey AG,
Bahnhofstrasse 53, 8001 Zürich

gegen

Galexis AG, Industriestrasse 2, 4704 Niederbipp

vertreten durch Dr. Daniel Emch, Stefanie Karlen und Stefanie
Alder, Kellerhals Carrard Bern KIG, Effingerstrasse 1, Postfach,
3001 Bern

Besetzung

Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin, Vorsitz), Igor Letina
(Vizepräsident), Florence Bettschart-Narbel, Mikael Huber, Gerd
Mühlheuser, Mauro Nicoli, Pranvera Këllezi, Isabel Martínez.

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	5
A.1	Gegenstand der Untersuchung	5
A.2	Verfahrensparteien	5
A.2.1	Fresenius Kabi-Gruppe	5
A.2.2	Galexis AG	5
A.3	Verfahrensgeschichte	6
A.3.1	Anzeige von Galexis	6
A.3.2	Untersuchungseröffnung gegen die Fresenius Kabi-Gruppe	6
A.3.3	Wesentliche Ermittlungshandlungen	6
A.3.4	Gewährung der Akteneinsicht	7
A.3.5	Versand des Einstellungsantrags	7
A.3.6	Beweisanträge und Antrag auf Dateneinsicht von Galexis	7
A.3.7	Stellungnahme der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)	7
A.3.8	Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO	8
B	Sachverhalt	9
B.1	Vorbemerkungen zur Sachverhaltsfeststellung	9
B.1.1	Anwendbares Verfahrensrecht	9
B.1.2	Verfahrensgrundsätze	9
B.1.3	Verhältnismässigkeit weiterer Ermittlungen	11
B.2	Übersicht	12
B.3	Betroffene Produkte	13
B.3.1	Einleitung	13
B.3.2	Trinknahrung	13
B.3.3	Sondennahrung	14
B.3.4	Hilfsmittel zur Verabreichung von Sondennahrung	14
B.3.5	Bedeutung der betroffenen Produkte von Fresenius Kabi für Galexis	15
B.3.6	Ergebnis	15
B.4	Regulierung	15
B.4.1	Einleitung	15
B.4.2	Regulierung der Einfuhr (Parallelimporte)	16
B.4.3	Preisregulierung	16
B.4.4	Ergebnis	17
B.5	Vertriebssystem Trinknahrung	17
B.5.1	Einleitung	17
B.5.2	Herstellerinnen	18
B.5.3	Grossistinnen	19
B.5.4	Apotheken	20
B.5.5	Ergebnis	23
B.6	Vertrieb der Trinknahrung von Fresenius Kabi über Galexis im Apothekenkanal	24
B.6.1	Einleitung	24

B.6.2	Fresenius Kabi	24
B.6.3	Galexis	25
B.6.4	Von Galexis mit Trinknahrung von Fresenius Kabi belieferte Apotheken	27
B.6.5	Konsumentinnen und Konsumenten	32
B.6.6	Ergebnis	34
B.7	Mutmassliche Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung zwischen Fresenius Kabi und Galexis im Bereich Trinknahrung	35
B.7.1	Übersicht	35
B.7.2	Mutmassliche Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis	35
B.7.3	Mutmassliche Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Fresenius Kabi	55
B.7.4	Verhältnis zwischen den mutmasslichen Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis und Fresenius Kabi	56
B.8	Nichtbelieferung von Galexis durch Fresenius Kabi im Ausland	56
B.8.1	Einleitung	56
B.8.2	Anfragen von Galexis bei Fresenius Kabi in Deutschland und den Niederlanden	56
B.8.3	Verweis auf die Ländergesellschaft Schweiz	56
B.8.4	Ergebnis	56
B.9	Konditionenvergleich Schweiz–Deutschland–Niederlande	57
B.9.1	Einleitung	57
B.9.2	Methode	57
B.9.3	Konditionen von Fresenius Kabi Schweiz für Galexis	58
B.9.4	Konditionen Fresenius Kabi Niederlande	59
B.9.5	Konditionen Fresenius Kabi Deutschland	59
B.9.6	Vergleich	65
B.9.7	Ergebnis	73
C	Rechtliche Würdigung	74
C.1	Geltungsbereich	74
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	74
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	74
C.4	Relative Marktmacht von Fresenius Kabi	75
C.4.1	Einleitung	75
C.4.2	Tatbestand	75
C.4.3	Subsumtion	84
C.5	Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung	86
C.5.1	Einleitung	86
C.5.2	Allgemeines	86
C.5.3	Wettbewerbsverfälschung	88
C.5.4	Ergebnis	90
C.6	Beweisanträge von Galexis	90
C.6.1	Inhalt der Beweisanträge von Galexis	90
C.6.2	Beurteilung der Beweisanträge von Galexis	91
C.6.3	Ergebnis	93
C.7	Akteneinsichtsgesuch von Galexis	93
C.7.1	Inhalt des Akteneinsichtsgesuchs von Galexis	93

C.7.2	Stellungnahme von Fresenius Kabi zum Akteneinsichtsgesuch von Galexis	93
C.7.3	Beurteilung des Akteneinsichtsgesuchs von Galexis	94
C.7.4	Ergebnis	97
D	Kosten	98
E	Ergebnis	99
F	Dispositiv	100
G	Appendix	101
G.1	Abgrenzungen betreffend die von Galexis belieferten Apotheken	101
G.1.1	Einleitung	101
G.1.2	Identifikation der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken durch Galexis	101
G.1.3	Auswertung der Umsatzzahlen der Apotheken durch das Sekretariat	101
G.1.4	Auswahl der durch das Sekretariat befragten Apotheken	102
G.1.5	Einschätzung der von Galexis verwendete Methode anhand der Umfrage des Sekretariats	103
G.2	Bedeutung der Trinknahrung von Fresenius Kabi für Apotheken	104
G.3	Umsatzanteil ohne spezifische ärztliche Verschreibung	104
G.4	Apothekenbefragung des Sekretariats	106
G.4.1	Einladungsemail	106
G.4.2	Repräsentativität der antwortenden Apotheken	107
G.4.3	Antworten der Einzelapotheken auf Fragen 3 und 4	108
G.5	Preisvergleich Schweiz–Deutschland	109
G.5.1	Umsatzanteil der drei wichtigsten Produktgruppen	109
G.5.2	Konditionen von Fresenius Kabi Schweiz	110
G.5.3	Konditionen von Fresenius Kabi Deutschland	110

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung 32-0277: Fresenius Kabi bildet die Frage, ob die Fresenius Kabi-Gruppe gegenüber der Galexis AG über eine relativ marktmächtige Stellung verfügt und diese missbraucht. Konkret wird ihr vorgeworfen, sich zu weigern, die Galexis AG in Deutschland und den Niederlanden mit Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmitteln zur Verabreichung von Sondennahrung zu beliefern und damit gegen Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. g Kartellgesetz (KG)¹ zu verstossen.

A.2 Verfahrensparteien

A.2.1 Fresenius Kabi-Gruppe

2. Die Fresenius Kabi-Gruppe (nachfolgend: Fresenius Kabi) ist ein weltweit tätiges Gesundheitsunternehmen, das Medikamente und Medizintechnik zur Infusion, Transfusion und klinischen Ernährung anbietet. Die Produkte von Fresenius Kabi werden in der Therapie und Versorgung von kritisch und chronisch kranken Patienten und Patientinnen eingesetzt.²

3. Fresenius Kabi verfügt in wichtigen Märkten über länderspezifische Tochtergesellschaften.³ In der Schweiz wird der Vertrieb der Produkte über die Fresenius Kabi (Schweiz) AG (nachfolgend: Fresenius Kabi Schweiz) abgewickelt. In Deutschland sind die Produkte über die Fresenius Kabi Deutschland GmbH (nachfolgend: Fresenius Kabi Deutschland) und in den Niederlanden über die Fresenius Kabi Nederland BV (nachfolgend: Fresenius Kabi Niederlande) erhältlich.

4. Fresenius Kabi ist das wegen eines allfälligen Missbrauchs einer relativ marktmächtigen Stellung angezeigte Unternehmen. Die vorliegende Untersuchung richtet sich gegen die Fresenius Kabi Aktiengesellschaft sowie gegen deren Tochtergesellschaften Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande. Als Untersuchungsadressatinnen haben diese Gesellschaften Parteistellung im Sinne von Art. 6 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)⁴.

A.2.2 Galexis AG

5. Die Galexis AG (nachfolgend: Galexis) mit Sitz in Niederbipp wurde am 30. Dezember 1994 im Handelsregister eingetragen. Der Zweck der Aktiengesellschaft ist der Handel, der Vertrieb und das Erbringen von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Pharmazie und den ihr verwandten Gebieten.⁵

6. Galexis ist eine Gesellschaft der Galenica-Gruppe, die als vollständig integrierte Gesundheitsdienstleisterin ein Apothekennetz betreibt und Distributionsdienstleistungen für den Gesundheitsmarkt in der Schweiz anbietet.⁶ Die Galenica-Gruppe erzielte im Jahr 2022 einen

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² <www.fresenius-kabi.com/de-ch/fresenius-kabi/uber-uns> (3.2.2022).

³ Act. I.1, Beilage 7.

⁴ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁵ <be.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-105.973.991> (3.2.2023).

⁶ <www.galenica.com/de/ueber-galenica/ueber-galenica.php> (3.2.2023).

Nettoumsatz von rund 4 Milliarden Franken, einen EBIT von rund 200 Millionen Franken und einen Reingewinn von rund 165 Millionen Franken.⁷

7. Galexis ist in der vorliegenden Untersuchung die Anzeigerin. Durch die vorliegende Verfügung ist sie besonders berührt; am Ausgang des vorliegenden Verfahrens hat sie ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). Ihr kommt daher Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zu.

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Anzeige von Galexis

8. Galexis reichte am 5. Juli 2022 beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige gegen Fresenius Kabi ein. Darin schilderte Galexis im Wesentlichen den folgenden Vorwurf: Die Produkte von Fresenius Kabi aus der Kategorie Trinknahrung, Sondennahrung und Supplemente seien in der Schweiz verglichen mit den identischen Produkten in Deutschland und den Niederlanden wesentlich teurer. Nachdem mit Fresenius Kabi Schweiz keine Einigung über den Preis erzielt worden sei, habe sich Galexis an Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande gewandt und die beiden Gesellschaften je um eine Offerte für den Bezug von Produkten ab deren Lager in Deutschland bzw. den Niederlanden gebeten. In ihrem Antwortschreiben habe Fresenius Kabi die Offertanfragen abgelehnt und Galexis stattdessen an die Schweizer Tochtergesellschaft verwiesen. Damit verhindere Fresenius Kabi, dass Galexis die Produkte zu den deutlich günstigeren Preisen im Ausland beziehen und in der Schweiz verkaufen könne.⁸

A.3.2 Untersuchungseröffnung gegen die Fresenius Kabi-Gruppe

9. Gestützt auf die Anzeige von Galexis eröffnete das Sekretariat am 15. August 2022 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 32-0277: Fresenius Kabi. Die Untersuchung richtet sich gegen die Fresenius Kabi Aktiengesellschaft⁹, die Fresenius Kabi Deutschland GmbH und die Fresenius Kabi Nederland BV sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften.¹⁰ Das Bundeskartellamt in Deutschland wurde am 19. August 2022 mittels Notifikation darüber informiert, dass der Fresenius Kabi Aktiengesellschaft mit Sitz in Bad Homburg ein Schreiben über die Eröffnung der Untersuchung zugestellt worden war.¹¹

10. Das Sekretariat gab die Untersuchungseröffnung am 30. August 2022 mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt.¹² Dritte hätten sich daraufhin innerhalb von 30 Tagen melden können, um ihre Beteiligung am Verfahren anzumelden. Solche Meldungen blieben jedoch aus.

A.3.3 Wesentliche Ermittlungshandlungen

11. Das Sekretariat befragte im Rahmen von Partei- und Zeugeneinvernahmen insgesamt vier Personen zum Sachverhalt.¹³ Die Einvernahmen erfolgten von Anfang an parteiöffentlich (vgl. Art. 18 Abs. 1 VwVG). Weitere Informationen holte das Sekretariat mittels einer Reihe

⁷ Geschäftsbericht 2022 der Galenica-Gruppe, S. 61, verfügbar unter <report.galenica.com/ar22/app/uploads/Galenica-Geschäftsbericht-2022.pdf> (13.12.2023).

⁸ Act. I.1, Rz 36 ff.

⁹ Die Fresenius Kabi Aktiengesellschaft mit Sitz in Bad Homburg, Deutschland, ist u.a. die Muttergesellschaft der Ländergesellschaften in der Schweiz, Deutschland und den Niederlanden (vgl. Act. II.1).

¹⁰ Act. I.6–I.8.

¹¹ Act. I.11.

¹² SHAB vom 30.8.2022, Meldungsnummer: BB05-0000000093.

¹³ Act. III.1–4.

von Auskunftsbegehren an die Parteien ein. Zusätzlich beantworteten der Schweizerische Verband für Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherer (nachfolgend: SVK),¹⁴ das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (nachfolgend: BLV)¹⁵ sowie zwei in Deutschland tätige Unternehmen¹⁶ Auskunftsbegehren des Sekretariats. Ausserdem führte das Sekretariat eine Online-Umfrage bei [250–450] von Galexis belieferten Einzelapotheken sowie bei [5–10] Apothekenketten durch.¹⁷

A.3.4 Gewährung der Akteneinsicht

12. Am 19. Mai 2023¹⁸ und am 22. Februar 2024¹⁹ gewährte das Sekretariat den Parteien in elektronischer Form Akteneinsicht.

A.3.5 Versand des Einstellungsantrags

13. Mit Schreiben vom 21. Februar 2024 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Einstellungsantrag zur Stellungnahme nach Art. 30 Abs. 2 KG zu.

A.3.6 Beweisanträge und Antrag auf Dateneinsicht von Galexis

14. Mit Schreiben vom 21. März 2024 beantragte Galexis verschiedene zusätzliche Ermittlungsmassnahmen.²⁰ Mit Schreiben vom 6. März 2024²¹ und E-Mail vom 8. März 2024²² stellte Galexis zudem den Antrag, Einsicht in die Quelldaten zu erhalten, welche das Sekretariat in seinem Antrag vom 21. Februar 2024 für die Berechnung der Konditionen von Fresenius Kabi Deutschland verwendet hat. Fresenius Kabi nahm zum genannten Dateneinsichtsgesuch mit Schreiben vom 25. März 2024²³ Stellung.

15. Das Sekretariat informierte die Parteien mit Schreiben vom 5. April 2024²⁴ über seine Absicht, der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Ablehnung der genannten Anträge zu beantragen. Gleichzeitig stellte das Sekretariat den Parteien den entsprechenden Ergänzungsantrag des Sekretariats an die WEKO zu. Zur Beurteilung der Anträge vgl. Rz 326 ff.

A.3.7 Stellungnahme der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)

16. Mit Schreiben vom 8. Mai 2024 liess sich Galexis zum Einstellungsantrag des Sekretariats vom 21. Februar 2024 vernehmen.²⁵ Darin stellte sie folgende Rechtsbegehren zur Sache:

1. Die Untersuchung 32-0277 sei nicht einzustellen.
2. Es sei festzustellen, dass Fresenius Kabi gegenüber Galexis in Bezug auf Trink- und Sondennahrungsprodukte inkl. Hilfsmittel relativ marktmächtig ist.
3. Fresenius Kabi sei im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG zu verpflichten, Galexis in Bezug auf Trink- und Sondennahrungsprodukte inkl. Hilfsmittel im Ausland,

¹⁴ Act. II.21, Act. II.25.

¹⁵ Act. II.38, Act. II.39.

¹⁶ Act. II.40, Act. II.41.

¹⁷ Act. II.A.1–Act.II.A.11 (Einladungen und Erinnerungen); Act. II.B.1–Act.II.B.4 (Fragebögen); Act. II.C.1–Act. II.C.4 (Antworten).

¹⁸ Act. I.185 (Galexis); Act. I.186 (Fresenius Kabi).

¹⁹ Act. IV.5 (Galexis); Act. IV.6 (Fresenius Kabi).

²⁰ Act. IV.23.

²¹ Act. IV.7.

²² Act. IV.12.

²³ Act. IV.25.

²⁴ Act. IV.29 (Galexis); Act. IV.30 (Fresenius Kabi).

²⁵ Act. IV.36.

namentlich in Deutschland und den Niederlanden, zu den dort geltenden Konditionen zu beliefern.

4. Eventualiter: Die Sache sei zur Durchführung weiterer Sachverhaltserhebungen an das Sekretariat zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

17. Des Weiteren hielt Galexis an den Beweisanträgen gemäss Schreiben vom 21. März 2024 fest (Rz 14).

18. Fresenius Kabi nahm mit Schreiben vom 8. Mai 2024 zum Antrag des Sekretariats vom 21. Februar 2024 Stellung und beantragte, die Untersuchung sei ohne Folgen einzustellen.²⁶

A.3.8 Anhörung der Parteien und Entscheid der WEKO

19. Die WEKO hörte Galexis und Fresenius Kabi zu deren Begehren am 10. Juni 2024 mündlich an.²⁷ Nach Beratung fällte die WEKO am 24. Juni 2024 den vorliegenden Entscheid.

²⁶ Act. IV.40.

²⁷ Act. V.5.

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkungen zur Sachverhaltsfeststellung

B.1.1 Anwendbares Verfahrensrecht

20. Auf kartellrechtliche Untersuchungen nach Art. 27 ff. KG sind die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht (Art. 39 KG).

21. Das vorliegende Verfahren betrifft einen allfälligen Verstoss von Fresenius Kabi gegen Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 KG (Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung). Solche Zuwiderhandlungen sind nicht nach Art. 49a KG sanktionierbar. Anders als bei kartellrechtlichen Sanktionsverfahren handelt es sich daher vorliegend nicht um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, sondern um ein reines Verwaltungsverfahren. Die auf das Strafverfahren oder strafrechtsähnliche Verfahren anwendbaren Garantien von Art. 6 und 7 EMRK²⁸ und Art. 30 bzw. 32 BV²⁹ sind somit nicht anwendbar.

B.1.2 Verfahrensgrundsätze

22. Nach dem Untersuchungsgrundsatz sind die Wettbewerbsbehörden verpflichtet, von Amtes wegen den Sachverhalt korrekt und vollständig zu ermitteln (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Sie tragen für den gesamten rechtserheblichen Sachverhalt die Beweisführungslast.³⁰ Dies gilt für alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich auch in Bezug auf den allfälligen Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung, und dabei sowohl für belastende als auch entlastende Umstände (z.B. Rechtfertigungsgründe).

23. Die Behörde hat jene Beweise zu erheben, welche sie für die Feststellung des Sachverhalts als tauglich erachtet; sie ist an die angebotenen Beweismittel der Parteien nicht gebunden. Im Rahmen der *antizipierten Beweiswürdigung*³¹ darf auf angebotene Beweismittel verzichtet werden, wenn die Behörde den rechtlich erheblichen Sachverhalt aufgrund bereits abgenommener Beweise für genügend abgeklärt erachtet oder wenn sie ihn aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend würdigen kann.

24. Die Beweisführungslast der Behörden wird mit den Mitwirkungspflichten nach Art. 13 VwVG ergänzt,³² so namentlich, wenn das betroffene Unternehmen Umstände geltend macht, die in seinem eigenen Interesse liegen (z.B. ökonomische Rechtfertigungsgründe): Verfügt es

²⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

²⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³⁰ Vgl. BVGer, B-1411/2012 vom 12.12.2022 E. 3.2.2.1.1, *ASCOPA*; BVGer, B-786/2014 vom 16.11.2022 E. 9.1.1, *Abreden im Bereich Luftfracht/Singapore Airlines*; BVGer, B-7834/2015 vom 16.8.2022 E. 6.1, *VPVW Stammtische/Projekt Repo 2013*; BVGer, B-7711/2012 vom 25.6.2018 E. 5.3 und 6.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere*; MARKUS SCHOTT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2. Aufl. 2021 (zit. BSK KG-AUTOR/IN), Art. 39 N 58 m.w.H.; VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013 (zit. CR Concurrence-AUTOR/IN), Art. 39 LCart N 34.

³¹ Zum Begriff der antizipierten Beweiswürdigung MARLIS BICKEL, *Antizipierte Beweiswürdigung, Unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrensrechts*, 2021, Rz 38 ff.

³² Vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 m.w.H., *Buchpreisbindung*; BGer, 2C_845/2018 vom 3.8.2020 E. 4.2, *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; vgl. auch BGer, 2C_145/2018 vom 7.10.2021 E. 8.2.2.2, *Hors-Liste-Medikamente II/Eli Lilly*; BSK KG-SCHOTT (Fn 30), Art. 39 N 59 m.w.H.; ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018 (zit. DIKE KG-AUTOR/IN), Art. 39 N 49 m.w.H.; CR Concurrence-MARTENET (Fn 30), Art. 39 LCart N 33; CLÉMENCE GRISEL RAPIN, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, Kartellrecht, Ducrey/Zimmerli (Hrsg.), 2. Aufl. 2023, Rz H.35 ff. (zit. AUTOR/IN in SIWR V/2).

über die entsprechenden Informationen und Beweismittel (z.B. unternehmensinterne Dokumente), hat es diese von sich aus der Behörde gegenüber offen zu legen. Keine Einschränkung erfährt vorliegend die Mitwirkungspflicht der Parteien aufgrund des Verbots des Selbstbelastungszwangs (*nemo-tenetur-Grundsatz*; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Der *nemo-tenetur-Grundsatz* ist – anders als bei kartellrechtlichen Sanktionsverfahren³³ – in Verfahren, die einen allfälligen Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung zum Gegenstand haben, nicht anwendbar.

25. Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt für die Sachverhaltsfeststellung der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP³⁴). Daraus folgt insbesondere, dass nicht nur der direkte Beweis, sondern auch der Indizienbeweis zulässig ist.³⁵

26. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.³⁶ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann.³⁷

27. Nach der Rechtsprechung des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts sind keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen, wenn ein strikter Beweis aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Dies gilt insbesondere «*im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang [...], zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind*» und sich bei übersteigerten Anforderungen an das Beweismass praktisch nie beweisen liessen.³⁸ Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte und Wirkungszusammenhänge schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus. Hinsichtlich solcher Tatsachen genügt nach der Rechtsprechung die Überzeugung der Behörden, dass sie mit überwiegender (d.h. hoher) Wahrscheinlichkeit vorliegen.³⁹

28. Kann ein massgeblicher Umstand nicht mit der gemäss einschlägigem Beweismass erforderlichen Sicherheit festgestellt, so stellt sich die Frage, zu wessen Lasten sich dies im Verfahren auswirkt. Im Allgemeinen hat diejenige Person das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB⁴⁰). Für rechtsbegründende Tatsachen trägt demnach diejenige Person die objektive Beweislast, die dieses Recht geltend macht, für

³³ Dazu etwa BGE 147 II 144 E. 5 m.w.H.

³⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

³⁵ Vgl. BVGer, B-771/2012 vom 25.6.2018 E. 6.5.5.6 und E. 6.5.5.8, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere*; BVGer, B-552/2015 vom 14.11.2017 E. 4.4, *Türprodukte*. Siehe auch AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in: VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2. Aufl. 2019, Art. 19 N 18 m.w.H.

³⁶ Vgl. BGer, 2A.500/2002 vom 24.3.2003 E. 3.5, bestätigt in BVGE 2010/63 E. 9.2 und BVGE 2012/33 E. 6.2.1; sowie BVGer, B-2597/2017 vom 19.1.2022 E. 5.2, *Kommerzialisierung elektronischer Medikamenteninformationen*. Siehe auch DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 32), Art. 5 N 54 m.w.H.; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 30), Art. 5 N 617 m.w.H.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 30), Art. 30 N 102; AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 35) 114–121, 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/MARKUS WYSSLING, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Krauskopf (Hrsg.), 3. Aufl. 2023, Art. 12 VwVG N 197, 200.

³⁷ Vgl. BGE 144 IV 345 E. 2.2.3.3; BGE 124 IV 86 E. 2a; so auch BGer, 6B_249/2020 vom 27.5.2021 E. 2.4.2; BGer, 6B_108/2022 vom 27.4.2022, E. 3.1.

³⁸ BGE 147 II 72 E. 3.4.4 (m.H. auf die ausführlicheren BGE 139 I 72 E. 8.3.2 [wobei auch auf E. 9.2.3.4 hinzuweisen ist], *Publigroupe* und BGE 144 II 246 E. 6.4.4, *Altimum*), *Hors-Liste-Medikamente II*. Vgl. zum Ganzen ausführlich BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 30), Art. 30 N 103 m.w.H.; speziell für Abreden BSK KG-REINERT (Fn 30), Art. 4 I N 25; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 32), Art. 5 N 56.

³⁹ BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015 E. 156 ff., *ADSL II*; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 5.5.2, *Nikon*; vgl. auch BGE 144 II 246 E. 6.4.4, *Altimum*; BGE 139 I 72 E. 8.3.2, *Publigroupe*.

⁴⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

rechtshindernde oder -vernichtende Tatsachen ihr Gegenüber. In einem Kartellverwaltungsverfahren geht es darum, ob ein Kartellrechtsverstoss vorliegt. Können Tatsachen, die auf einen Gesetzesverstoss schliessen lassen, nicht bewiesen werden, geht dies zu Gunsten des beschuldigten Unternehmens.

B.1.3 Verhältnismässigkeit weiterer Ermittlungen

29. Im vorliegenden Verfahren stehen sich die Parteien – Fresenius Kabi und Galexis – mit gegensätzlichen Interessen gegenüber. Ein solches Gegenpartieverhältnis ist vergleichbar mit Konstellationen, die typischerweise in Zivilprozessen anzutreffen sind. Anders als in Zivilverfahren gilt in kartellrechtlichen Untersuchungen nach Art. 27 f. KG jedoch die Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 12 VwVG; Rz 22). Vorliegend haben die beiden Parteien gegenüber der Behörde in zentralen Sachverhaltsfragen (vgl. etwa Rz 126–191 und Rz 204–256) diametral gegensätzliche Positionen vertreten. Die Behörde hat einen beträchtlichen Ermittlungsaufwand betrieben, um in diesen zentralen Punkten Klarheit zu erhalten. Angesichts des Untersuchungsgrundsatzes könnten sich die Parteien dennoch veranlasst sehen, von der Behörde zusätzliche Beweismassnahmen zu verlangen. Im Folgenden wird daher aufgezeigt, dass dem Untersuchungsgrundsatz im Hinblick auf die Verfahrenseinstellung genüge getan worden ist und weitere Ermittlungen unverhältnismässig wären.

30. Die behördliche Untersuchungspflicht dauert so lange, bis über die für die Beurteilung erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht, d.h. das anwendbare Beweismass erreicht ist. Ist dies nicht der Fall, ist – unter Vorbehalt der Verhältnismässigkeit (dazu sogleich Rz 31 ff.) – weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind.⁴¹

31. Inwiefern zusätzliche Ermittlungen vorliegend zu einem anderen Beweisergebnis führen könnten, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn wesentliche und wirksame Beweismassnahmen ausgeblieben wären, ist jedoch vorliegend das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, das namentlich in Art. 5 Abs. 2 BV verankert ist.⁴² Für die Wettbewerbsbehörden fliesst aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz etwa das Gebot, auf die Durchführung einer Untersuchung zu verzichten, wenn dieser überwiegende öffentliche und/oder private Interessen entgegenstehen. Erforderlich ist dabei eine sorgfältige und umfassende Würdigung der Interessenlage im Einzelfall. Dabei dürfen auch Opportunitätsgedanken gewichtet werden.⁴³

32. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist ein verfassungsmässiges Prinzip; seine Tragweite ist generell. Nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dürfen Opportunitätsüberlegungen nicht nur bei der Frage greifen, ob eine Untersuchung eröffnet wird (*Eröffnungsermessen*), sondern auch bei den Ermittlungen (*Ermittlungsermessen*) und der Beendigung einer Untersuchung (*Einstellungsermessen*).

33. Im Einzelnen verlangt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz unter diesem Gesichtspunkt, auf weitere Ermittlungen zu verzichten oder deren Umfang zu beschränken, wenn solchen überwiegende öffentliche und/oder private Interessen entgegenstehen.⁴⁴ Dem Verhältnismässigkeitsprinzip könnte es beispielsweise zuwiderlaufen, wenn die Wettbewerbsbehörden bei einem Verdacht auf einen bloss leichten Kartellrechtsverstoss einen gewaltige Ermittlungsauf-

⁴¹ Vgl. BGer, 8C_414/2022 vom 24.1.2023 E. 4.2.

⁴² Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz bei der Sachverhaltsermittlung etwa PATRICK L. KRAUSKOPF/MARKUS WYSSLING, in: Waldmann/Krauskopf, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2023, Art. 12 N 33 ff.; sodann betreffend Hausdurchsuchungen statt vieler BstGer, BE.2013.1 vom 24.10.2013 E. 2.

⁴³ DIKE KG-IZUMI/BAUR (Fn 32), Art. 27 N 16 f.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 30), Art. 27 N 52a ff. m.w.H.

⁴⁴ Dazu etwa BVGer, B-565/2015 und B-812/2015 vom 4.10.2016 E. 5.2.

wand betreiben würden, etwa breit angelegte Zeugenbefragungen, eine Serie von aufwändigen Umfragen bei Marktteilnehmern oder gar Hausdurchsuchungen durchführen würden. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gebietet sodann, dass ein Verfahren einzustellen ist, wenn dessen Fortsetzung in keinem Verhältnis zum Aufwand steht, der für die gehörige Ermittlung des relevanten Sachverhalts erforderlich wäre. Eine solche Verfahrenseinstellung aus Verhältnismässigkeits- bzw. Opportunitätsgründen hat freilich die Ausnahme zu bleiben. Laufende kartellrechtliche Untersuchungen sind nach Möglichkeit soweit fortzuführen, bis das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen einer Gesetzesverletzung tatsächlich beurteilt werden kann.

34. Vorliegend hat die Behörde bereits beträchtliche Ermittlungsbemühungen unternommen. Unter anderem hat sie Partei- und Zeugeneinvernahmen durchgeführt, eine Vielzahl von Auskunftsbegehren an die Parteien und Drittpersonen gestellt, sachkundige Behörden um Amtshilfe ersucht sowie eine breit angelegte Umfrage bei Apotheken durchgeführt und deren Ergebnisse ausgewertet. Die Parteien ihrerseits haben eine Reihe von unaufgeforderten Stellungnahmen eingereicht, unter anderem auch Parteigutachten. Diese teils umfangreichen Eingaben galt es auf Seite der Behörde genau zu analysieren. Der getätigte Ermittlungs- und Analyseaufwand widerspiegelt sich in den Verfahrenskosten (dazu Rz 366 ff.). Dieser behördenseitige Aufwand ist mit der Bedeutung des konkreten Verfahrensgegenstands ins Verhältnis zu setzen. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand betrifft eine rein bilaterale Streitsache zwischen Fresenius Kabi und Galexis. Die möglichen Implikationen der Angelegenheit auf den Wettbewerb sind beschränkt. Vielmehr stehen die Interessen der involvierten Parteien im Vordergrund. Zudem schliesst die Einstellung des vorliegenden Verwaltungsverfahrens nicht aus, den Rechtsstreit auf dem Zivilweg auszufechten. Darüber hinaus ist zu beachten, dass es sich bei Verstössen gegen die Bestimmungen zur relativen Marktmacht typischerweise nicht um schwerwiegende Zuwiderhandlungen gegen das Kartellgesetz handelt. Dies manifestiert sich etwa in der fehlenden Sanktionierbarkeit (Art. 49a KG). Schliesslich sind vorliegend – wie bereits erwähnt – keine weiteren wesentlichen und wirksamen Beweismassnahmen ersichtlich, die geeignet wären, das Beweisergebnis umzustossen oder einen anderen Verfahrensausgang herbeizuführen.

35. Vor diesem Hintergrund wären zusätzliche Beweismassnahmen unverhältnismässig. Auf weitere Ermittlungen ist daher zu verzichten. Die Sachverhaltsfeststellungen im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung sind auf der Grundlage der getätigten Ermittlungen zu treffen.

B.2 Übersicht

36. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist zu prüfen, ob Galexis in Bezug auf die Belieferung mit Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmitteln zur Verabreichung von Sondennahrung von der Herstellerin Fresenius Kabi abhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist. Ob eine solche Abhängigkeit vorliegt, ist eine Rechtsfrage (dazu Rz 278 ff.). Ihre Beantwortung setzt die Behandlung folgender Sachverhaltsthemen voraus:

- Zunächst sind die *betroffenen Produkte* zu beschreiben (Rz 37 ff.). Weil Galexis nur sehr geringe Umsätze mit Sondennahrung und Hilfsmitteln von Fresenius Kabi erzielt, kann diesbezüglich von vornherein eine Abhängigkeit ausgeschlossen werden. Deshalb beschränken sich die weiteren Ausführungen zum Sachverhalt auf Trinknahrung (Rz 43 ff.).
- In der Schweiz gibt es verschiedene Vorschriften, welche Trinknahrung betreffen und die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung relevant sind. Diese werden als nächstes unter dem Titel *Regulierung* beschrieben (Rz 47 ff.).
- Anschliessend wird das *Vertriebssystem für Trinknahrung* in der Schweiz erläutert. Dabei wird die Funktionsweise der verschiedenen Handelsstufen von den Herstellerinnen bis zu den Konsumentinnen und Konsumenten dargelegt. Ausserdem werden die wichtigsten Akteurinnen und Akteure genannt (Rz 54 ff.).

- In einem nächsten Kapitel wird spezifisch der *Vertrieb der Trinknahrung von Fresenius Kabi* beschrieben. Die entsprechenden Ausführungen beschränken sich auf den Vertrieb über die vorliegend relevante Grossistin Galexis. Weil Galexis die überwiegende Mehrheit der von ihr verkauften Trinknahrung an Apotheken liefert, beziehen sich die entsprechenden Ausführungen im Wesentlichen auf diesen Vertriebskanal (Rz 75 ff.).
- Zur Beurteilung einer allfälligen Abhängigkeit ist insbesondere zu prüfen, welches die Folgen für Galexis sind, wenn die bestehende Lieferbeziehung aufgelöst wird (zum Tatbestand vgl. Rz 278 ff.). Daraufhin sind die mutmasslichen Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Fresenius Kabi abzuklären, um zu eruieren, in welchem Umfang Galexis Gegenmacht ausüben kann (zum Ganzen Rz 114 ff.).
- Anschliessend wird untersucht, ob Fresenius Kabi Galexis im Ausland mit Trinknahrung *beliefert* oder nicht (Rz 200 ff.).
- Schliesslich werden die Konditionen von Galexis beim Bezug von Trinknahrung von Fresenius Kabi in der Schweiz mit den Konditionen vergleichbarer Unternehmen in Deutschland und in den Niederlanden verglichen. Ein solcher *Konditionenvergleich* ist insbesondere deshalb relevant, weil eine Lieferverweigerung im Ausland nur dann missbräuchlich sein kann, wenn die ausländischen Konditionen vorteilhafter sind als diejenigen in der Schweiz (Rz 204 ff.; zum Tatbestand vgl. Rz 320 ff.).

B.3 Betroffene Produkte

B.3.1 Einleitung

37. In sachlicher Hinsicht sind Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmittel zur Verabreichung von Sondennahrung Gegenstand der vorliegenden Untersuchung (Rz 1 vorne). Deshalb werden diese Produkte nachfolgend beschrieben (Rz 38 ff.). Zudem wird die Bedeutung dieser Produkte der Herstellerin Fresenius Kabi für Galexis ermittelt (Rz 43 ff.).

B.3.2 Trinknahrung

38. Trinknahrung ist eine hochkalorische Nährstofflösung, die bei bestehender oder drohender Mangelernährung eine ausreichende Nährstoffzufuhr sicherstellen soll. Sie liefert Energie und enthält insbesondere Eiweiss, Mineralstoffe, Spurenelemente und Vitamine. Die Produkte sind in unterschiedlicher Zusammensetzung an Nährstoffen und in verschiedenen Geschmacksrichtungen und Konsistenzen erhältlich. Meistens wird Trinknahrung ergänzend zur normalen Kost eingenommen, um die Lücke zwischen dem täglichen Nährstoffbedarf und der Nährstoffzufuhr über die normale Nahrung zu schliessen. Eine sogenannte vollbilanzierte Trinknahrung ist auch zur ausschliesslichen Ernährung geeignet. Die Nährstoffversorgung kann beispielsweise bei Menschen mit schweren Erkrankungen oder im fortgeschrittenen Alter und bei Personen vor und nach einer Operation erschwert sein. Trinknahrung wird in erster Linie in flüssiger Form angeboten. Es gibt aber auch Pulver, welche als Getränk angerührt werden, sowie Crèmen, die ebenfalls als Trinknahrung gelten.⁴⁵

⁴⁵ <www.fresubin.com/de/hochkalorische-trinknahrung> (07.02.2023); Vgl. auch die «*Definition Zusatztrinknahrung (sondenfreie enterale Ernährung)*» gemäss «*Richtlinien der GESKES über Home Care, künstliche Ernährung zu Hause*» vom Januar 2013, S. 6. (nachfolgend: GESKES-Richtlinien), verfügbar unter <www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-versicherungen/gesetzgebung-krankensversicherung/kvg/referenzdokumente-zur-klv-und-deren-anhaenge.html> (31.5.2023). Die Abkürzung «*GESKES*» steht für «*Gesellschaft für künstliche Ernährung der Schweiz*». Heute nennt sich diese «*Gesellschaft für Ernährungsmedizin und Metabolismus Schweiz*» (<www.geskes.ch/geskes/die-geskes.aspx>, 31.5.2023). Nachfolgend wird sie mit der nach wie vor gängigen Abkürzung GESKES bezeichnet. Zur Rolle der GESKES vgl. Rz 111.

39. Trinknahrung kann unter anderem in Apotheken, Drogerien oder über den Versandhandel rezeptfrei erworben werden. Sie wird nicht nur von Personen mit einer bestehenden oder drohenden Mangelernährung eingenommen, sondern auch von Personen, bei denen keine medizinische Indikation besteht, beispielsweise von Sportlern und Sportlerinnen oder älteren Menschen.⁴⁶

40. Trinknahrung fällt in die Kategorie der Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke i.S.v. Art. 23 der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern (nachfolgend: EDI) über Lebensmittel für Personen mit besonderem Ernährungsbedarf.⁴⁷ Im Unterschied zu Arzneimitteln dienen Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke nicht der medizinischen Einwirkung auf den menschlichen Organismus, sondern sind zum Diätmanagement bei einer Krankheit, einer Störung oder bei Beschwerden bestimmt.⁴⁸ Hersteller und Importeure müssen das Inverkehrbringen von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke dem BLV melden. Die Meldung muss vor dem ersten Inverkehrbringen sowie bei jeder Rezepturänderung und Kennzeichnungsanpassung erfolgen (Art. 27 VLBE). Trinknahrung untersteht folglich einer Meldepflicht und bedarf – im Gegensatz zu Arzneimitteln⁴⁹ – keiner Zulassung durch das Schweizerische Heilmittelinstitut (nachfolgend: Swissmedic).

B.3.3 Sondennahrung

41. Bei der Ernährung per Sonde wird der Patient oder die Patientin über einen durch die Nase oder die Bauchdecke eingeführten dünnen Schlauch direkt in den Magen oder Dünndarm mit Flüssignahrung versorgt. Wie Trinknahrung hat Sondennahrung einen hohen Energiegehalt und enthält Eiweiss, Spurenelemente und Vitamine. Die künstliche Ernährung über eine Sonde ist indiziert, wenn der Patient oder die Patientin zur normalen Nahrungsaufnahme über den Mund nicht in der Lage ist, zum Beispiel bei einer gravierenden Schluckstörung.⁵⁰ Sondennahrung wird ausschliesslich von Patienten und Patientinnen verwendet, die in ärztlicher Behandlung sind und eine ärztliche Verordnung haben.⁵¹ Sondennahrung gehört wie Trinknahrung zu den Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke.

B.3.4 Hilfsmittel zur Verabreichung von Sondennahrung

42. Zur Verabreichung von Sondennahrung sind verschiedene Hilfsmittel notwendig. Es handelt sich dabei um Produkte wie Schläuche, Ernährungspumpen, Adapter und Beutel.⁵² Wie bei der Sondennahrung werden die Hilfsmittel zu deren Verabreichung ausschliesslich von Patienten und Patientinnen verwendet, die in ärztlicher Behandlung sind.

⁴⁶ Act. III.1, Zeilen 343–436; Act. III.2, Zeilen 564–567.

⁴⁷ Verordnung des EDI vom 16.12.2016 über Lebensmittel für Personen mit besonderem Ernährungsbedarf (VLBE; SR 817.022.104).

⁴⁸ BUNDESAMT FÜR LEBENSMITTELSICHERHEIT UND VETERINÄRWESEN/BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT/SCHWEIZERISCHES HEILMITTELINSTITUT, Abgrenzungskriterien Heilmittel – Lebensmittel bezüglich oral einzunehmender Produkte, 2021, S. 9, abrufbar unter <www.blv.admin.ch/blv/de/home/lebensmittel-und-ernaehrung/rechts-und-vollzugsgrundlagen/hilfsmittel-und-vollzugsgrundlagen/abgrenzungskriterien.html> (07.02.2023).

⁴⁹ Arzneimittel dürfen in der Schweiz grundsätzlich nur in Verkehr gebracht werden, wenn sie von Swissmedic zugelassen sind (Art. 9 Abs. 1 Bundesgesetz vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21]) und die natürliche oder juristische Person, die sie herstellt oder damit Handel treibt, über eine Betriebsbewilligung verfügt (Art. 5, 18 und 28 HMG).

⁵⁰ <www.fresubin.com/ch/de-ch/sondennahrung> (07.02.2023).

⁵¹ Act. III.1, Zeilen 442 f., Act. III.2, Zeile 574.

⁵² Act. II.5, S. 1, Antwort auf Frage 1.a.i.

B.3.5 Bedeutung der betroffenen Produkte von Fresenius Kabi für Galexis

43. In Tabelle 1 ist das Einkaufsvolumen von Galexis mit Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmitteln der Herstellerin Fresenius Kabi angegeben (Spalten 1–3). Neben diesen Produkten stellt Fresenius Kabi weitere Produkte wie zum Beispiel Medikamente her und verkauft diese ebenfalls an Galexis.⁵³ Das Einkaufsvolumen von Galexis für sämtliche Produkte der Herstellerin Fresenius Kabi ist in Spalte 4 von Tabelle 1 ausgewiesen. Schliesslich ist in Spalte 5 das Einkaufsvolumen von Galexis für sämtliche Produkte aller Herstellerinnen ausgewiesen. Unter dem Einkaufsvolumen ist die Summe der von den Herstellerinnen in Rechnung gestellten Preise abzüglich sämtlicher Rabatte, Boni, Rückerstattungen sowie der Mehrwertsteuer zu verstehen. Alle in Tabelle 1 angegebenen Zahlen beziehen sich auf das Jahr 2021.

Tabelle 1: Einkaufsvolumen Galexis, 2021.

	Trinknahrung Fresenius Kabi	Sonden- nahrung Fresenius Kabi	Hilfsmittel Fresenius Kabi	Alle Produkte Fresenius Kabi	Alle Produkte aller Herstel- lerinnen
Fr.	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
%	[<0,2] %	[<0,01] %	[<0,01] %	[<0,4] %	100 %

Quelle: Act. II.9, Rz 7 (Trinknahrung, Sondennahrung, Hilfsmittel); Act. II.5, Antwort auf Frage 9.a (alle Produkte von Fresenius Kabi, alle Produkte aller Herstellerinnen).

44. Aus Tabelle 1 geht hervor, dass der Anteil sämtlicher von Fresenius Kabi hergestellten Produkte am Einkaufsvolumen von Galexis bei unter [<0,4 %] liegt. Davon entfällt rund die Hälfte auf die Trinknahrung von Fresenius Kabi.

45. Das Einkaufsvolumen von Galexis mit Sondennahrung und Hilfsmitteln von Fresenius Kabi ist derart gering, dass jedenfalls bei einer isolierten Betrachtung dieser Produkte eine Abhängigkeit seitens Galexis im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ausgeschlossen werden kann (zum Tatbestand vgl. Rz 278 ff.). Deshalb beschränkt sich die nachfolgende Untersuchung des Sachverhalts auf Trinknahrung.⁵⁴

B.3.6 Ergebnis

46. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.):

- Galexis gibt rund [<2] Promille ihres jährlichen Einkaufsvolumens für Trinknahrung von Fresenius Kabi aus (Rz 43 ff.);
- Galexis gibt nur verschwindend geringe Beträge für Sondennahrung und Hilfsmittel von Fresenius Kabi aus (43 ff.).

B.4 Regulierung

B.4.1 Einleitung

47. In diesem Kapitel wird untersucht, ob Trinknahrung von Fresenius Kabi parallel in die Schweiz importiert werden kann (Rz 48 ff.). Anschliessend werden die Vorschriften bezüglich

⁵³ Vgl. z.B. Act. II.9, Rz 7.

⁵⁴ [...]

der Preise und der Vergütung durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung dargelegt (Rz 51 f).

B.4.2 Regulierung der Einfuhr (Parallelimporte)

48. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei Trinknahrung um Lebensmittel für besondere medizinische Zwecke (Rz 40 vorne). Wer solche Lebensmittel importiert und diese in der Schweiz in Verkehr bringen will, muss dies gemäss Art. 27 VLBE vor dem ersten Inverkehrbringen sowie nach jeder Rezepturänderung oder Kennzeichnungsanpassung dem BLV melden.

49. Gemäss der Auskunft des BLV ist eine solche Meldung auch dann zwingend erforderlich, wenn das zu meldende Produkt bereits durch eine andere Person – in der Regel die Herstellerin – dem BLV gemeldet wurde.⁵⁵ Die Meldung muss gemäss BLV in jedem Fall zwingend die Rezeptur des zu importierenden Produkts beinhalten. Das gilt selbst dann, wenn das BLV aufgrund einer Meldung einer anderen Person bereits über die relevante Rezeptur verfügt.⁵⁶

50. Wenn die Herstellerin das einzuführende Produkt bereits dem BLV gemeldet hat, kann sie das BLV schriftlich bevollmächtigen, die Meldung eines Zweitmeldenden mit der Rezeptur aus der Meldung der Herstellerin zu ergänzen. In diesem Fall gilt die Zweitmeldung als vollständig. Ohne ausdrückliches Einverständnis der Herstellerin ist eine solche Ergänzung aber nicht möglich. Ausserdem ist die Herstellerin nicht verpflichtet, die Rezeptur dem BLV oder Dritten zwecks Meldung gemäss Art. 27 VLBE zur Verfügung zu stellen. Da es sich bei der Rezeptur um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ist diese nur über die Herstellerin erhältlich. Aus diesen Gründen ist bei Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke der Parallelimport ohne ausdrückliches Einverständnis der Herstellerin nicht möglich.⁵⁷

B.4.3 Preisregulierung

51. Im Gegensatz zu den Preisen für Arzneimittel ist der Preis von Trinknahrung nicht staatlich reguliert.⁵⁸ Stattdessen legen die Herstellerinnen gemäss Angaben des SVK unilateral einen sogenannten Publikumspreis fest.⁵⁹ Gemäss SVK vergütet die obligatorische Krankenpflegeversicherung grundsätzlich diesen Publikumspreis.⁶⁰

52. Aktuell gibt es Bestrebungen, dass die maximal durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung zu vergütenden Preise für Trinknahrung durch das Bundesamt für Gesundheit (nachfolgend: BAG) festgelegt werden sollen. Konkret soll Trinknahrung auf die sogenannte Mittel- und Gegenständeliste (nachfolgend: MiGeL) aufgenommen werden.⁶¹ Eine solche Aufnahme ist allerdings bei der letzten Anpassung der MiGeL per 1. Januar 2024 nicht erfolgt.⁶²

⁵⁵ Act. II.39, Antwort auf Frage 1.a.

⁵⁶ Act. II.39, Antwort auf Frage 1.b.

⁵⁷ Gemäss Auskunft des BLV ist bei diesen Produkten «*ein Parallelimport de facto nicht möglich*» (Act. II.38). Die Verfahrensparteien sowie der einvernommene Zeuge gehen im Gegensatz zum BLV übereinstimmend davon aus, dass es keine regulatorischen Hindernisse gebe, die den Parallelimport von Trinknahrung verhindern würden (vgl. z.B. Act. II.7, Rz 31; Act. II.36, Rz 38; Act. II.1, Rz 23; Act. III.3, Zeile 341; Act. II.55, Rz 69).

⁵⁸ Act. II.21, Antwort auf Frage 6.

⁵⁹ Act. II.21, Antwort auf Frage 6; Act. II.25, Antwort auf die Fragen 4 und 5b; Act. II.55, Beilage 8. Nicht zutreffend: Act. II.7, Rz 21.

⁶⁰ Act. II.25, Antwort auf Frage 4.

⁶¹ Act. II.7, Rz 21; Act. II.36, Rz 75 ff. und Beilage 1; Act. II.21, Antwort auf Frage 7.

⁶² Vgl. BAG, Kommentar zu den Änderungen des Anhangs 2 KLV (MiGeL) vom 29.11.2023 per 1.1.2024, <www.bag.admin.ch/bag/de/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungen-tarife/Mittel-und-Gegenstaendeliste.html> (04.1.2024).

Fresenius Kabi würde sich gemäss eigenen Angaben künftig bei der Preisgestaltung an den in der MiGeL festgelegten Höchstvergütungsbeiträgen ausrichten.⁶³

B.4.4 Ergebnis

53. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.):

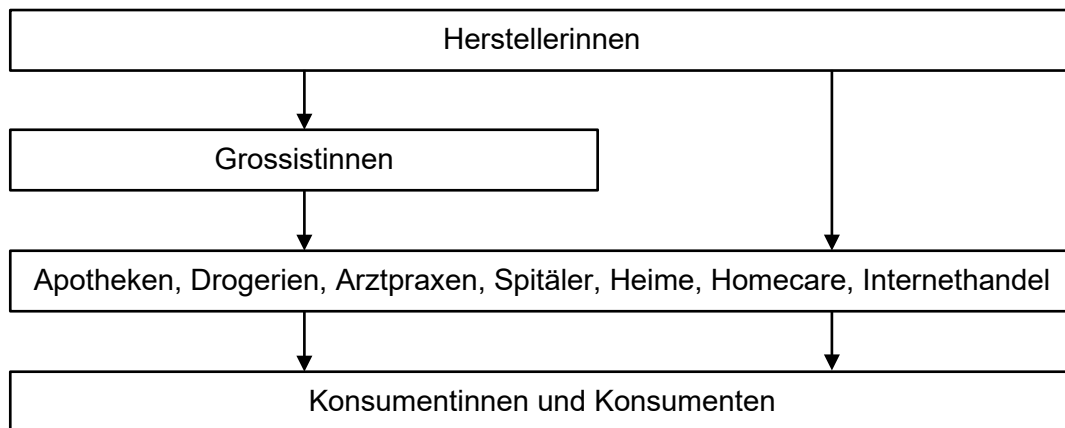
- Trinknahrung kann nur mit der ausdrücklichen Zustimmung der Herstellerin in die Schweiz eingeführt werden (Rz 48 ff.).
- Die Preise für Trinknahrung in der Schweiz werden aktuell von der Herstellerin festgelegt. Es gibt Bestrebungen, dass die durch die obligatorische Krankenpflegeversicherung maximal vergüteten Preise künftig durch das BAG festgelegt werden sollen (Rz 51 f.).

B.5 Vertriebssystem Trinknahrung

B.5.1 Einleitung

54. In diesem Kapitel wird aufgezeigt, wie Trinknahrung von den Herstellerinnen zu den Konsumentinnen und Konsumenten gelangt. Die entsprechenden Informationen sind nach den in Abbildung 1 dargestellten Marktstufen geordnet. Dieses Kapitel bezieht sich auf Trinknahrung aller Herstellerinnen. Informationen spezifisch zum Vertrieb der Trinknahrung von Fresenius Kabi über Galexis befinden sich im nachfolgenden Kapitel (Rz 75 ff.).

Abbildung 1: Vertriebssystem Trinknahrung in der Schweiz.



Quelle: Eigene Darstellung.

55. Als Erstes wird aufgezeigt, welche Herstellerinnen in der Schweiz Trinknahrung anbieten und an wen sie ihre Produkte verkaufen (Rz 56 ff.). Neben Grossistinnen⁶⁴ wie Galexis beliefern die Herstellerinnen auch andere grössere Abnehmerinnen wie zum Beispiel Homecare

⁶³ Act. II.55, Beilage 8, Rz 10.

⁶⁴ In manchen Märkten kann es sinnvoll sein, zwischen verschiedenen Arten von Grossistinnen zu unterscheiden. Insbesondere wird oft zwischen sogenannten Vollgrossoistinnen und Teilgrossoistinnen (auch «shortliner» genannt) unterschieden. Während die Vollgrossoistinnen ihren Kundinnen einen möglichst grossen Anteil der von diesen verkauften Produkte liefern, decken die Teilgrossoistinnen nur einen Teil des Sortiments ab. Gemäss Angaben von Galexis gibt es in der Schweiz keine Teilgrossoistinnen, die Produkte der Herstellerin Fresenius Kabi vertreiben (Act. II.5, Antwort auf Frage 8.c). Aus diesem Grund wird vorliegend keine Differenzierung zwischen diesen beiden Arten von Grossistinnen vorgenommen.

Anbieterinnen⁶⁵ oder Spitäler direkt. Vorliegend sind in erster Linie Grossistinnen relevant, weil es sich bei Galexis um eine Grossistin handelt. Deren Rolle wird als nächstes beschrieben (Rz 60 ff.). Insbesondere weil grössere Abnehmerinnen in der Regel direkt von den Herstellerinnen beliefert werden, verkaufen die Grossistinnen den überwiegenden Anteil der Trinknahrung an Apotheken. Deshalb wird anschliessend die Rolle der Apotheken untersucht (Rz 64 ff.).

B.5.2 Herstellerinnen

56. In der Schweiz gibt es vier gemessen an ihren Umsätzen im vorliegend besonders relevanten Verkaufskanal der Apotheken und Drogerien wichtige Herstellerinnen von Trinknahrung. Dabei handelt es sich um Nestlé, Fresenius Kabi, Abbott und Danone.⁶⁶ Galexis schätzt den Marktanteil von Fresenius Kabi im genannten Verkaufskanal auf rund 40 %.⁶⁷ Die Stellungen der verschiedenen Herstellerinnen werden im nachfolgenden Kapitel anhand der Anteile an der von Galexis eingekauften Trinknahrung genauer untersucht (Rz 80 ff.).

57. Alle der vier genannten Herstellerinnen sind Mitglieder der Fachgruppe «*Swiss Medical Nutrition Industries*» (nachfolgend: SMNI) des Branchenverbandes der in der Schweiz tätigen Nahrungsmittelherstellerinnen («*Swiss Association of Nutrition Industries*»)⁶⁸. Die SMNI führte eine Markterhebung durch, bei welcher die Verteilung der Umsätze mit medizinischer Ernährung in der Schweiz auf verschiedene Absatzkanäle im Jahr 2020 erfasst wurde. Beide Parteien reichten die entsprechenden Ergebnisse ein.⁶⁹ Sie sind in Abbildung 2 dargestellt. Der im Jahr 2020 in der Schweiz von allen Herstellerinnen insgesamt mit Trinknahrung erzielte Umsatz belief sich gemäss der genannten Markterhebung auf rund 37 Millionen Franken.⁷⁰

⁶⁵ Homecare Anbieterinnen sind Organisationen, die Patientinnen und Patienten bei sich zu Hause betreuen.

⁶⁶ Act. I.1; Rz 29, Act. III.1, Zeilen 414–417; Act. III.2, Zeilen 461–463. Danone bietet Trinknahrung in der Schweiz unter dem Namen «*Nutricia*» an <www.nutricia.de/ch-de/> (18.4.2023).

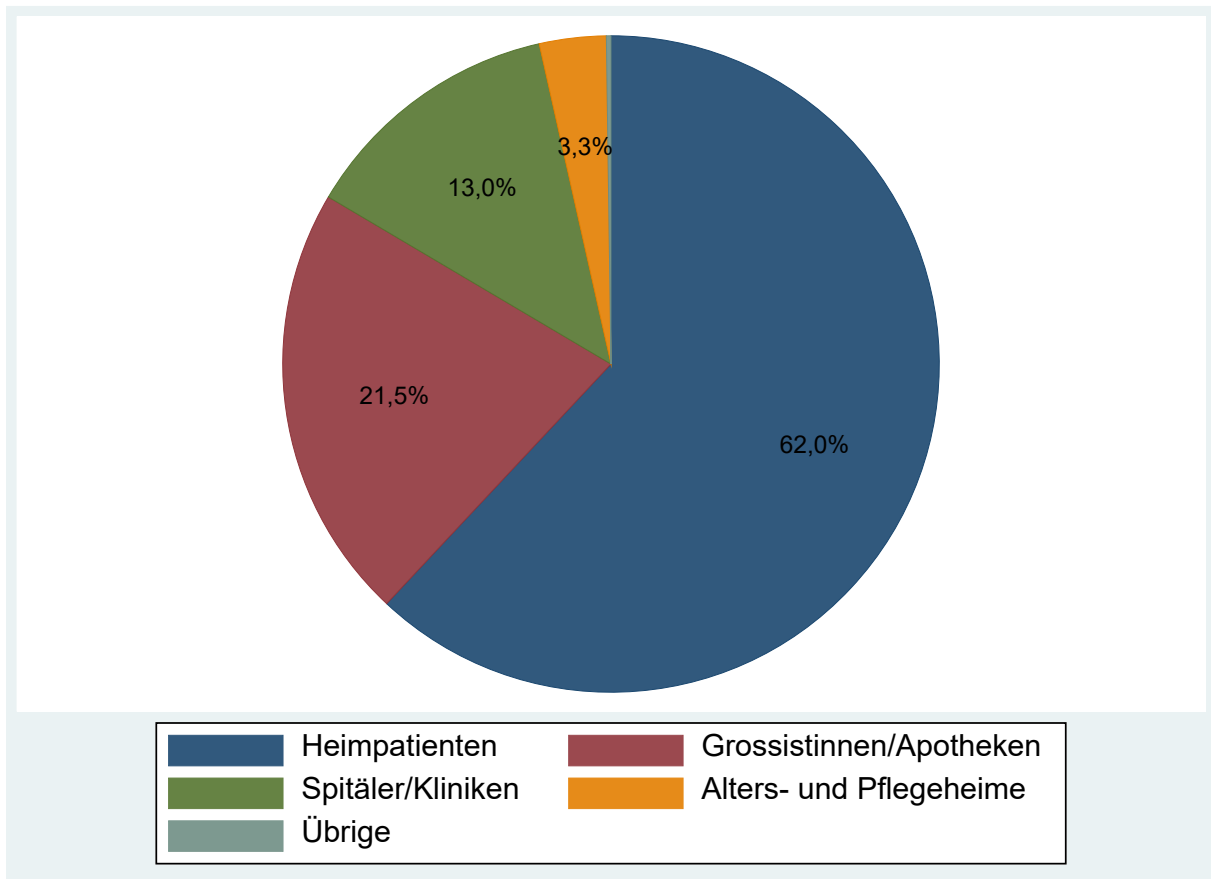
⁶⁷ (Act. I.1, Rz 29 f.). Diese Schätzung bezieht sich mutmasslich auf das Jahr 2021. Grundlage der genannten Schätzung von Galexis sind «*Sell-out Daten der Schweizer Apotheken und Drogerien*», welche von der IQVIA AG bereitgestellt wurden. Erfasst wurden Verkäufe von «*enteraler Ernährung*». Bei der enteralen Ernährung erfolgt die Nährstoffaufnahme über den Darm (Act. I.1, Fn 6). Dabei dürfte es sich im Wesentlichen um Trinknahrung handeln.

⁶⁸ <www.sani.swiss/deutsch/fachgruppe-smni/> (17.4.2023).

⁶⁹ Act. II.9, Rz 2 und Act. II.5, Antwort auf Frage 11.a (Galexis); Act. II.11, Antwort auf Frage 13 (Fresenius Kabi).

⁷⁰ Act. II.9, Rz 2 und Act. II.5, Antwort auf Frage 11.a (Galexis); Act. II.11, Antwort auf Frage 13 (Fresenius Kabi). Die mit Sondennahrung erzielten Umsätze wurden im Rahmen der genannten Markterhebung separat erfasst. Die damit erzielten Umsätze fliessen nicht in die Berechnung der in Abbildung 2 dargestellten Anteile ein.

Abbildung 2: Absatzkanäle Trinknahrung in der Schweiz 2020.



Quelle: SMNI (Act. II.9, Rz 2; Act. II.11, Antwort auf Frage 13; Act. II.5, Antwort auf Frage 11.a).

58. Der mit Abstand wichtigste Absatzkanal ist derjenige über «*Heimpatienten*». Diese werden auch als «*Homecare Patienten*» bezeichnet.⁷¹ Dabei handelt es sich um Patientinnen und Patienten, die bei sich zu Hause betreut werden.⁷² Diese Heimpatientinnen und Heimpatienten beziehen in der Regel Trinknahrung über Homecare Anbieterinnen, welche ihrerseits in der Regel direkt von den Herstellerinnen beliefert werden.⁷³ Gleiches gilt mutmasslich auch für andere Kundinnen, die grössere Mengen beziehen (z.B. Spitäler und Kliniken).

59. Im Gegensatz dazu beziehen jedenfalls die kleineren Apotheken Trinknahrung normalerweise über Grossistinnen.⁷⁴ Dieser Absatzkanal, bei welchem die Herstellerinnen Grossistinnen wie Galexis beliefern, die ihrerseits die Trinknahrung an Apotheken weiterverkaufen, ist für etwas mehr als einen Fünftel der insgesamt in der Schweiz verkauften Trinknahrung verantwortlich.⁷⁵

B.5.3 Grossistinnen

60. In der Schweiz sind neben Galexis und der ebenfalls zur Galenica-Gruppe gehörenden Unione Farmaceutica Distribuzione SA, die Voigt AG mit Sitz in Romanshorn (nachfolgend:

⁷¹ Act. II.9, Fn 1.

⁷² Vgl. z.B. die GESKES-Richtlinien, S. 8 (Fn 45).

⁷³ Act. II.5, Antwort auf Frage 2.a. Vgl. auch Act. II.5, Beilage 10.a. Demnach beliefert Fresenius Kabi Schweiz zum Beispiel die [...] Homecare Anbieterin [...] direkt.

⁷⁴ Act. III.4, Zeilen 139–141.

⁷⁵ Vgl. die Aussage von [N1], wonach der Bezug von Trinknahrung nicht sehr oft über Apotheken gehe (Act. III.4, Zeilen 234–235).

Voigt), die Amedis-UE AG mit Sitz in Unterentfelden (nachfolgend: Amedis) und die Pharma-Focus AG mit Sitz in Romont als Vollgrossistinnen für Arzneimittel und andere Gesundheitsprodukte wie zum Beispiel Trinknahrung tätig.⁷⁶ Voigt und Amedis haben entschieden, ihre Tätigkeiten als Grossistinnen zusammenzulegen. Die Wettbewerbsbehörden haben das entsprechende Zusammenschlussvorhaben zugelassen.⁷⁷ Die Konsolidierung der Aktivitäten dieser beiden Unternehmen ist aktuell im Gange und soll bis Ende 2026 abgeschlossen werden.⁷⁸

61. Galexis ist gemessen an ihrem Marktanteil im Apotheken-Kanal die grösste der in der Schweiz tätigen Grossistinnen.⁷⁹ Ihr Sortiment dürfte deshalb breiter sein als dasjenige ihrer Konkurrentinnen.⁸⁰

62. Die genannten Grossistinnen liefern ihren Kundinnen einen möglichst grossen Anteil der von diesen ihrerseits verkauften Produkte. Sie lagern diese Produkte in Distributionszentren und sorgen für die Feinverteilung an die einzelnen Abnehmerinnen.⁸¹ Viele Kundinnen werden von mehreren Grossistinnen beliefert. Die Grossistin, die den grössten Teil der Produkte liefert, wird nachfolgend als «*Hauptgrossistin*», die übrigen Grossistinnen als «*Nebengrossistinnen*» bezeichnet. Die wichtigste Nebengrossistin wird oft auch «*Zweitgrossistin*» genannt.

63. Die Grossistinnen liefern den grössten Teil der von ihnen verkauften Trinknahrung an Apotheken (vgl. Rz 83 ff. hinten). Deshalb wird als nächstes die Rolle der Apotheken untersucht.

B.5.4 Apotheken

B.5.4.1 Einleitung

64. Die in der Schweiz tätigen rund 1850 Apotheken sind mehrheitlich in Ketten, Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften organisiert. Nachfolgend werden zunächst diese Strukturen beschrieben (Rz 65 ff.). Anschliessend wird dargelegt, nach welchen Kriterien die Apotheken entscheiden, durch welche Grossistinnen sie sich beliefern lassen und wie die entsprechenden Konditionen ausgehandelt werden (Rz 70 ff.).

B.5.4.2 Ketten, Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften

65. Gemäss Angaben des Schweizerischen Apothekerverbandes (pharmaSuisse) (nachfolgend: PharmaSuisse) gab es in der Schweiz im Jahr 2021 1844 Apotheken. PharmaSuisse unterscheidet zwischen den vier folgenden Arten von Apotheken:⁸²

- **Kettenapotheken** gehören zu einem zentral verwalteten Unternehmen. Die einer Kette zugehörigen Apotheken sind keine unabhängigen Einheiten.

⁷⁶ Act. II.11, Rz 97.

⁷⁷ RPW 2023/2, 317, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*.

⁷⁸ <www.voigt.ch/de/voigt-ag-pharma-grosshandel/aktuelles/avosano> (13.2.2024).

⁷⁹ RPW 2023/2, 326 Rz 86, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*.

⁸⁰ Gemäss der Zeugenaussage von [N1], hat Galexis jedenfalls im Vergleich zu einer Konkurrentin eine «*bessere Produktpalette*» (Act. III.4, Zeilen 167–168). Vgl. auch RPW 2023/2, 333 Rz 119, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*; Act. II.55, Beilage 1, S. 13.

⁸¹ Act. III.1, Zeilen 381–396. Vgl. auch Act. I.1, Rz 1, 8, und 15. Keine Grossistin hat alle der von ihren Kundinnen verkauften Produkte an Lager. Galexis hält gemäss eigenen Angaben zum Beispiel rund [>10] % der rund 225 von Fresenius Kabi angebotenen Produkte nicht an Lager. Diese sogenannten Besorgungsartikel müssen bei der Herstellerin bestellt werden und weisen deshalb im Vergleich zu den ab Lager verfügbaren Artikeln eine längere Lieferfrist auf (Act. II.5, Antwort auf Frage 1.c.ii).

⁸² Fakten und Zahlen Schweizer Apotheken 2022 (Fn 358), S. 19. Vgl. auch Act. III.4, Zeilen 108–137. Zu den von Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften ausgehandelten Rahmenverträgen vgl. z.B. RPW 2023/2, 336 Rz 132 f., *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*.

- **Gruppierungen** treten gemeinsam im Markt auf. Die einer Gruppierung angeschlossenen Apotheken handeln in der Regel gemeinsam Rahmenverträge mit den Grossistinnen aus.
- **Einkaufsgemeinschaften** haben im Gegensatz zu den Gruppierungen keinen gemeinsamen Marktauftritt, handeln aber wie die Gruppierungen in der Regel gemeinsam Rahmenverträge mit den Grossistinnen aus.
- **Übrige** Apotheken sind keiner Kette, Gruppierung oder Einkaufsgemeinschaft angeschlossen.

66. In den von Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften mit den Grossistinnen ausgehandelten Rahmenverträgen werden Rabatte auf die Grundkonditionen der Grossistinnen vereinbart. Ausserdem sind regelmässig umsatzabhängige Rückerstattungen an die einzelnen Apotheken oder an die Gruppierung bzw. Einkaufsgemeinschaft vorgesehen. Es kommt vor, dass einzelne Apotheken zusätzlich zu den von der Gruppierung oder Einkaufsgemeinschaft ausgehandelten Vergünstigungen weitere Rabatte aushandeln.⁸³

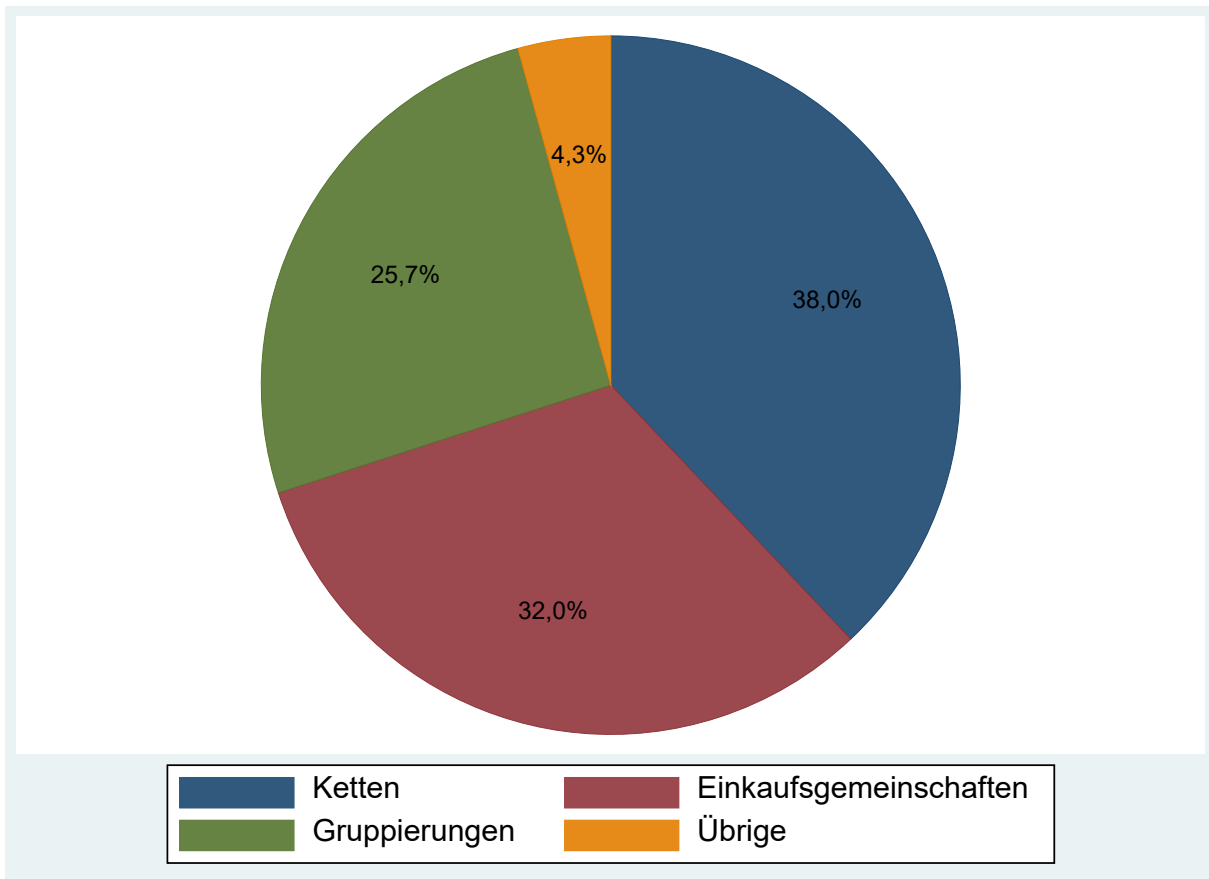
67. Viele Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften handeln mit mehreren Grossistinnen Rahmenverträge aus. Die den Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften angeschlossenen Apotheken können in der Regel frei entscheiden, bei welcher Grossistin sie einkaufen möchten.⁸⁴ Wenn sie mit den durch die Gruppierung oder Einkaufsgemeinschaft ausgehandelten Konditionen nicht zufrieden sind, können sie sich einer anderen Gruppierung oder Einkaufsgemeinschaft anschliessen oder selbständig Konditionen mit den Grossistinnen aushandeln.

68. In Abbildung 3 ist die Verteilung der 1844 Apotheken der Schweiz auf die genannten vier Kategorien angegeben: Die Ketten haben mit 38 % den grössten Anteil. Einkaufsgemeinschaften und Gruppierungen sind mit Anteilen von 32 % (Einkaufsgemeinschaften) bzw. 25,7 % (Gruppierungen) ebenfalls bedeutend. Hingegen gibt es mit einem Anteil von 4,3 % nur wenige übrige Apotheken.

⁸³ RPW 2023/2, 334 Rz 123, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*.

⁸⁴ RPW 2023/2, 336 Rz 133, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*.

Abbildung 3: Apotheken in der Schweiz, 31.12.2021.



Quelle: PharmaSuisse.⁸⁵

69. Die beiden gemessen an der Anzahl Apotheken grössten Ketten gehören beide zur Galenica-Gruppe. Es handelt sich um die Ketten Amavita (186 Apotheken) und Sun Store (94 Apotheken). Die mit 88 Apotheken viertgrösste Kette ist ein Joint Venture zwischen der Galenica-Gruppe und der Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop). Die entsprechenden Apotheken treten unter dem Namen «Coop Vitality» im Markt auf.⁸⁶ Die Galenica-Gruppe hält [<50] % des Aktienkapitals und der Stimmrechte der Dachgesellschaft dieser Kette, der [...].⁸⁷

B.5.4.3 Belieferung der Apotheken durch die Grossistinnen

70. Die Apotheken beziehen ihre Produkte in der Regel von bis zu drei verschiedenen Grossistinnen.⁸⁸ Die meisten Apotheken kaufen aber den grössten Teil bei einer einzigen Grossistin – der Hauptgrossistin – ein. Die Konditionen der Grossistinnen sind vom Einkaufsvolumen abhängig. Deshalb lohnt es sich in der Regel für die Apotheken, einen grossen Teil der Produkte bei einer einzigen Grossistin zu beziehen.⁸⁹ Grund für die entsprechenden Rabatte sind

⁸⁵ Fakten und Zahlen Schweizer Apotheken 2022 (Fn 358), S. 19.

⁸⁶ Fakten und Zahlen Schweizer Apotheken 2022 (Fn 358), S. 19.

⁸⁷ Act. II.51, Antwort auf Frage I. Vgl. auch Act. II.36, Rz 20 ff.

⁸⁸ Act. III.4, Zeilen 146–148.

⁸⁹ Act. III.4, Zeilen 155–158. Act. II.5, Antwort auf Frage 8a; RPW 2023/2, 326 Rz 86, PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG.

insbesondere die Transportkosten, die geringer ausfallen, wenn verschiedene Produkte gemeinsam ausgeliefert werden können.⁹⁰ Die Hauptgrossistin liefert regelmässig rund 80 % der von der Apotheke eingekauften Produkte.⁹¹

71. Den grössten Teil der verbleibenden 20 % der Produkte beziehen die Apotheken regelmässig bei einer einzigen Nebengrossistin. Diese Zweitgrossistin kommt insbesondere dann zum Zug, wenn die Hauptgrossistin ein Produkt nicht liefern kann, zum Beispiel weil es temporäre Lieferengpässe gibt oder weil die Hauptgrossistin das Produkt nicht im Sortiment hat. Die Zweitgrossistin oder andere Nebengrossistinnen kommen auch dann zum Zug, wenn sie ein bestimmtes Produkt zu deutlich besseren Konditionen anbieten können als die Hauptgrossistin.⁹²

72. Bei der Auswahl der Hauptgrossistin durch die Apotheken spielt die Breite der von dieser angebotenen Produktpalette eine grosse Rolle. Ausserdem sind auch der Preis sowie die übrigen Konditionen (Lieferbereitschaft, Retourenmöglichkeiten, etc.) massgebend.⁹³ Der Wechsel der Hauptgrossistin verursacht bei der wechselnden Apotheke gewisse Transaktionskosten.⁹⁴ Namentlich deshalb wechseln Apotheken nur relativ selten die Hauptgrossistin.⁹⁵

73. Die einzelnen Apotheken, Gruppierungen und Ketten vereinbaren mit den Grossistinnen individuell, wie häufig sie von diesen beliefert werden. Viele Apotheken werden von ihrer Hauptgrossistin zweimal täglich beliefert. Die Grossistinnen können die Bestellungen der Apotheken in der Regel innerhalb weniger Stunden ausliefern.⁹⁶

B.5.5 Ergebnis

74. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.):

- In der Schweiz bieten neben Fresenius Kabi drei weitere bedeutende Herstellerinnen Trinknahrung an. Dabei handelt es sich um Nestlé, Abbott und Danone (Rz 56);
- Etwas mehr als ein Fünftel der in der Schweiz verkauften Trinknahrung wird über Grossistinnen und Apotheken vertrieben (Rz 57 ff.);
- Galexis ist die grösste in der Schweiz tätige Grossistin (Rz 61);
- Es gibt in der Schweiz rund 1850 Apotheken. Davon gehören rund 280 zur Galenica-Gruppe. Weitere rund 90 Apotheken gehören zu einem Joint Venture zwischen der Galenica-Gruppe und Coop (Rz 65 ff.);

⁹⁰ Act. II.23, Rz 17; Act. III.1, Zeilen 420–425.

⁹¹ Act. III.4, Zeilen 155–158. Vgl. auch RPW 2023/2, 335 Rz 128, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*.

⁹² Act. III.4, Zeilen 177–179. Vgl. auch die Angaben der Parteigutachter von Galexis, wonach «die meisten Apotheken eine sogenannte 'Dual Sourcing'-Strategie» verfolgen (Act. II.46, Rz 56).

⁹³ Act. III.4, Zeilen 100–105 und 163–175; Act. II.27, Rz 6.

⁹⁴ Es ist zum Beispiel für die Apotheken mit einem gewissen Aufwand verbunden, die Preise der verschiedenen Grossistinnen zu vergleichen, weil diese von zahlreichen Faktoren abhängig sind (Act. III.4, Zeilen 173–175).

⁹⁵ Act. III.4, Zeilen 194–195. Das Sekretariat schätze im Rahmen einer Zusammenschlusskontrolle, wie oft Apotheken, die von den Grossistinnen Voigt oder Amedis als Hauptgrossistinnen beliefert wurden, die Hauptgrossistin wechselten. Gemäss dieser Schätzung wechselten im Zeitraum 2015–2021 jährlich weniger als 10 % der genannten Apotheken die Hauptgrossistin (RPW 2023/2, 335 Rz 131, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*).

⁹⁶ Act. II.23, Rz 18. Vgl. auch RPW 2023/2, 322 f. Rz 51, *PHOENIX Pharma Switzerland AG/Voigt Holding AG*; Act. II.C.1, Angaben der Apotheken mit den Identifikationsnummern 4550 und 64265.

- Die meisten Apotheken werden von mehreren Grossistinnen beliefert, aber kaufen den Grossteil der Produkte bei ihrer Hauptgrossistin ein (Rz 70 f.).

B.6 Vertrieb der Trinknahrung von Fresenius Kabi über Galexis im Apothekenkanal

B.6.1 Einleitung

75. In diesem Kapitel wird der Vertrieb der Trinknahrung von Fresenius Kabi in der Schweiz untersucht. Dabei steht der vorliegend besonders relevante Vertriebskanal über die Grossistin Galexis und die von dieser belieferten Apotheken im Vordergrund. Die entsprechenden Angaben sind wiederum nach Handelsstufe geordnet.

B.6.2 Fresenius Kabi

B.6.2.1 Funktion von Fresenius Kabi Schweiz

76. Fresenius Kabi stellt Trinknahrung in [...] her.⁹⁷ Wie bereits erwähnt (Rz 2 ff.), verfügt Fresenius Kabi in zahlreichen Ländern auf der ganzen Welt über lokale Vertriebsgesellschaften. In der Schweiz werden Trinknahrung und andere Produkte über die örtliche Tochtergesellschaft verkauft. Diese beschäftigt Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit insgesamt rund [>25] Vollzeitstellen,⁹⁸ wobei Trinknahrung für rund [>5] % des Umsatzes von Fresenius Kabi Schweiz verantwortlich ist.⁹⁹

77. Gemäss Angaben von Fresenius Kabi nimmt die Ländergesellschaft in der Schweiz insbesondere die folgenden Aufgaben wahr:¹⁰⁰

- Sammeln von Marktinformationen und Erteilen von Auskünften an die Schweizer Kundenschaft;
- Ausbildung von Fachkräften in Bezug auf die Anwendung der Produkte;
- Zulassung der Produkte bei den zuständigen Behörden;
- Betrieb eines Lagers in der Schweiz, welches einige Monate der Nachfrage in der Schweiz abdeckt;
- Nachverfolgung allfälliger Qualitätsprobleme und Durchführung von Rückrufaktionen.

78. Gemäss Fresenius Kabi wäre es fast nicht möglich, diese Aufgaben aus dem Ausland wahrzunehmen.¹⁰¹ Weiter führt Fresenius Kabi aus, dass die Preise für Trinknahrung von [...] festgelegt würden. Dabei müssten [...] die örtlichen Kostenstrukturen berücksichtigen. Die Kosten der genannten Aufgaben müssten durch Verkäufe der Ländergesellschaft selbst gedeckt werden.¹⁰²

B.6.2.2 Vertrieb von Trinknahrung über Grossistinnen

79. Alle in der Schweiz tätigen Vollgrossistinnen (Rz 60) werden von Fresenius Kabi Schweiz mit Trinknahrung beliefert.¹⁰³ Die Herstellerin Fresenius Kabi erzielte in den Jahren

⁹⁷ Act. II.11, Rz 48.

⁹⁸ Act. II.11, Rz 106.

⁹⁹ Act. II.11, Rz 107.

¹⁰⁰ Act. III.2, Zeilen 231–268.

¹⁰¹ Act. III.2, Zeilen 267–268.

¹⁰² Act. II.36, Rz 73 f.; Act. III.2, Zeilen 310–311.

¹⁰³ Act. II.11, Rz 97 f.; Act. III.1, Zeilen 397–398.

2020–2022 jeweils rund [>10] % ihrer mit dem Verkauf von Trinknahrung in der Schweiz erwirtschafteten Umsätze mit Verkäufen an die Galenica-Gruppe.¹⁰⁴ Der Anteil der Galenica-Gruppe an den von Fresenius Kabi mit allen in der Schweiz verkauften Produkten erzielten Umsätzen belief sich in den Jahren 2020–2022 jeweils auf rund [>4] %.¹⁰⁵

B.6.3 Galexis

B.6.3.1 Bezug von Trinknahrung

80. Wie erwähnt, bieten neben Fresenius Kabi weitere Herstellerinnen Trinknahrung in der Schweiz an (Rz 56). In Abbildung 4 sind deren Anteile an den von Galexis im Jahr 2021 mit dem Verkauf von Trinknahrung generierten Umsätzen angegeben.¹⁰⁶

Abbildung 4: Anteile der Herstellerinnen am Umsatz von Galexis mit Trinknahrung im Jahr 2021.¹⁰⁷

[Nestlé: >35 %

Fresenius Kabi: 20–45 %

Abbott: <20 %

Danone: <20 %

Diverse: <5 %]

Quelle: Act. II.5, Antwort auf Frage 9.b.

81. Aus Abbildung 4 geht hervor, dass Galexis im Wesentlichen Trinknahrung derjenigen vier Herstellerinnen verkauft, die in Bezug auf Trinknahrung auch insgesamt den Verkaufskanal der Apotheken und Drogerien dominieren (Rz 56). Nestlé ist für [>35] % des Umsatzes verantwortlich. Fresenius Kabi erreicht einen Anteil von [20–45 %]. Der Rest entfällt im Wesentlichen auf Abbott und Danone mit Anteilen von [je <20 %].

¹⁰⁴ Act. II.11, Rz 103. Die Zahl bezieht sich auf den Zeitraum vom 1.1.2022–31.10.2022. Darin sind auch Verkäufe an die Homecare Anbieterin [...] enthalten [...].

¹⁰⁵ Act. II.11, Rz 104. Gemäss Angaben von Fresenius Kabi ist Galexis «*der mit Abstand wichtigste Grosshandelskunde von Fresenius Kabi in der Schweiz*» (Act. II.7, Rz 20).

¹⁰⁶ Die in Abbildung 4 ausgewiesenen Anteile beziehen sich auf die von Galexis mit dem Verkauf von Trink- und Sondennahrung erzielten Umsätze. Gemäss Angaben von Galexis beläuft sich der Anteil der Sondennahrung in der Regel auf rund [<5] % des mit Sondennahrung und Trinknahrung insgesamt erzielten Umsatzes (Act. II.9, Rz 10; Act. II.23, Rz 14; vgl. auch Rz 43 ff.). Weil die Umsätze mit Sondennahrung gering sind, können die insgesamt mit dem Verkauf von Trink- und Sondennahrung generierten Umsätze zur Einschätzung der Bedeutung der verschiedenen Herstellerinnen von Trinknahrung herangezogen werden.

¹⁰⁷ Die in Act. II.5 in der Antwort auf Frage 9.b ausgewiesene Zahl mit Bezeichnung «*Gesamtwerte*» ist geringfügig tiefer als die Summe der Umsätze der einzelnen Hersteller. Zur Berechnung der in Abbildung 4 ausgewiesenen Anteile wurde die Summe der einzelnen Umsätze und nicht der genannte Gesamtwert verwendet. Dabei wurden aber nicht alle der in Act. II.5 aufgeführten Lieferanten berücksichtigt: Dort sind auch Umsätze der Lieferanten [...] und [...] aufgelistet. Dabei handelt es sich nicht um Herstellerinnen von Trinknahrung. [...] importiert Produkte verschiedener Hersteller (Act. III.3, Zeilen 82–96). Die [...] gehört zur Galenica-Gruppe und ist insbesondere im Bereich Homecare tätig (Act. III.1, Zeilen 69–72; Act. II.9, Rz 3), stellt aber keine Trinknahrung her. Aus diesen Gründen weichen die in Abbildung 4 dargestellten Anteile geringfügig von den von Galexis berechneten Anteilen ab. In Act. II.5 wird der Anteil von Danone unter der Bezeichnung «*Nutricia Milupa SA*» ausgewiesen. Diese Gesellschaft wurde im November 2022 aus dem Handelsregister gelöscht. Danone bietet Trinknahrung in der Schweiz unter dem Namen «*Nutricia*» an <www.nutricia.de/ch-de/> (18.4.2023).

82. Bei den in Abbildung 4 dargestellten Anteilen handelt es sich nicht um Marktanteile, da nur die von Galexis erzielten Umsätze erfasst sind. Aus diesem Grund sind diese Anteile besonders gut geeignet, um die Bedeutung der Herstellerin Fresenius Kabi spezifisch für Galexis einschätzen zu können.

B.6.3.2 Verkauf von Trinknahrung

83. In Tabelle 2 ist der von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi erzielte Nettoumsatz separat für die verschiedenen Absatzkanäle angegeben. Der Nettoumsatz entspricht der Summe der in Rechnung gestellten Preise abzüglich sämtlicher Rabatte, Boni, Rückerstattungen und Mehrwertsteuer.¹⁰⁸ Aus Tabelle 2 geht hervor, dass der Verkauf an Apotheken mit einem Anteil von [>65] % mit Abstand der für Galexis wichtigste Absatzkanal ist.

Tabelle 2: Nettoumsatz Galexis mit Trinknahrung von Fresenius Kabi, Januar–Oktober 2022.¹⁰⁹

Kundensegment	Nettoumsatz	
	Fr.	%
Apotheken	[...]	[>65] %
Ärzterschaft	[...]	[...] %
Spitäler	[...]	[...] %
Drogerien	[...]	[...] %
Verschiedene	[...]	[...] %
Total	[...]	100,0 %

Quelle: Act. II.23, Rz 14.

84. Als nächstes wird berechnet (vgl. Tabelle 3), welcher Anteil der Kundinnen von Galexis von dieser mit Trinknahrung von Fresenius Kabi beliefert werden. Diese Kennzahl erlaubt gewisse Rückschlüsse in Bezug auf die Bedeutung dieser Produkte für die Kundinnen von Galexis. Dazu werden jeweils nur die von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Kundinnen herangezogen. Kundinnen, bei welchen Galexis nicht die Hauptgrossistin ist, beziehen Trinknahrung mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht von Galexis, sondern über die jeweilige Hauptgrossistin (Rz 96).¹¹⁰

85. In Tabelle 3 ist für jedes Kundensegment ersichtlich, wie viele Kundinnen gemäss einer Schätzung von Galexis im Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2022 von dieser als Hauptgrossistin beliefert wurden.¹¹¹ Zusätzlich zur Anzahl der von Galexis als Hauptgrossistin

¹⁰⁸ Vgl. das entsprechende Auskunftsbegehren des Sekretariats, Act. I.58, Frage 3. Auch nachfolgend wird der Begriff «Nettoumsatz» für die so definierte Kennzahl verwendet.

¹⁰⁹ Das Sekretariat hat Galexis aufgefordert, die Nettoumsätze aller Kundinnen und Kunden anzugeben, unabhängig davon, ob diese von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden (Act. I.90, Frage 8 mit Bezug auf Act. I.58, Frage 3). Die Antwort von Galexis enthält einerseits die in Tabelle 2 dargestellten Nettoumsätze. Zusätzlich ist die Anzahl der Kundinnen angegeben, die Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi von Galexis bezogen haben (Act. II.23, Rz 14) [...]. Aus diesen Gründen reflektieren die in Tabelle 2 ausgewiesenen Anteile die relative Bedeutung der verschiedenen Kundensegmente. Deshalb hat das Sekretariat darauf verzichtet, Galexis zu einer Präzisierung aufzufordern.

¹¹⁰ Galexis belieferte im Zeitraum 1.1.2022–31.10.2022 insgesamt rund [...] Apotheken (Act. II.46, Rz 70), in der Schweiz gibt es insgesamt rund 1850 Apotheken (Rz 65).

¹¹¹ Die von Galexis geschätzte in Tabelle 3 ausgewiesene Anzahl der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken dürfte leicht über der tatsächlichen Anzahl liegen (vgl. Appendix G.1 zur für die Identifikation der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken verwendeten Methode).

belieferen Kundinnen ist in Tabelle 3 angegeben, welcher Anteil dieser Kundinnen von Galexis mit Trinknahrung von Fresenius Kabi beliefert wurde. Anhand dieser Kennzahl kann eingeschätzt werden, welcher Anteil der in den jeweiligen Segmenten tätigen Unternehmen Trinknahrung von Fresenius Kabi über eine Grossistin beziehen.

Tabelle 3: Anzahl Kundinnen Galexis, Januar–Oktober 2022.

Kundensegment	Von Galexis als Hauptgrossistin beliefert	Davon mit Trinknahrung von Fresenius Kabi beliefert	
	Anzahl	Anzahl	%
Apotheken	[...]	[...]	[>70] %
Spitäler	[...]	[...]	
Drogerien	[...]	[...]	[<70] %
Ärzterschaft	[...]	[...]	[<70] %
Verschiedene	[...]	[...]	[<70] %

Quelle: Act. II.9, Rz 11.

86. Der in Tabelle 3 für die verschiedenen Kundensegmente ausgewiesene Anteil ist wie erwähnt ein Indiz für die Bedeutung des Bezugs dieser Produkte über eine Grossistin. Ein tiefer Prozentsatz kann dadurch zustande kommen, dass Trinknahrung von Fresenius Kabi im Kundensegment nur selten verkauft wird. Es ist aber auch möglich, dass die entsprechenden Unternehmen Trinknahrung nicht über eine Grossistin, sondern direkt bei Fresenius Kabi Schweiz einkaufen (vgl. Rz 103 f. zum Direktbezug). Auch in diesem Fall fällt der Anteil der Unternehmen, die Trinknahrung über eine Grossistin beziehen, tief aus.

87. Aus Tabelle 3 geht hervor, dass [>70] % der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken Trinknahrung von Fresenius Kabi beziehen. Dieser Anteil liegt bei den übrigen Kundensegmenten deutlich tiefer. Das ist ein Indiz dafür, dass es für die Apotheken wichtiger ist als für andere Kundinnen von Galexis, dass sie Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi über Galexis beziehen können. Zudem ist dieses Kundensegment für Galexis gemessen am Nettoumsatz mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi mit Abstand das wichtigste (Tabelle 2). Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass die Verfügbarkeit von Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi für Galexis im Wesentlichen im Hinblick auf den Verkauf über den Apothekenkanal bedeutsam sein könnte. Deshalb wird nachfolgend nur noch dieser Absatzkanal näher untersucht.

B.6.4 Von Galexis mit Trinknahrung von Fresenius Kabi belieferte Apotheken

B.6.4.1 Bedeutung der Trinknahrung von Fresenius Kabi für Apotheken

88. Galexis belieferte im Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2022 rund [750–1250] Apotheken als Hauptgrossistin (Tabelle 3).¹¹² Diesen Apotheken verkaufte Galexis im genannten Zeitraum Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi im Wert von [500 000–1 500 000] Franken (Tabelle 2). Pro Apotheke erzielte Galexis also mit Trinknahrung von Fresenius Kabi einen durchschnittlichen Nettoumsatz von rund [400–2000] Franken. Dieser Nettoumsatz bezieht sich auf einen Zeitraum von 10 Monaten. Hochgerechnet auf ein ganzes

Für die übrigen in Tabelle 3 aufgeführten Kundensegmente ist unklar, wie Galexis eingeschätzt hat, ob diese von ihr als Hauptgrossistin beliefert werden. Da diese Kundengruppen im Vergleich zum Apothekenkanal unbedeutend sind, hat das Sekretariat darauf verzichtet, diesbezüglich bei Galexis entsprechende Präzisierungen anzufordern.

¹¹² Act. II.9, Rz 11.

Jahr ergibt sich ein durchschnittlicher Nettoumsatz von rund [480–2400] Franken pro Apotheke.

89. Für eine Teilmenge der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken forderte das Sekretariat zusätzlich detailliertere Umsatzzahlen an. Dabei handelt es sich um diejenigen Apotheken, die nicht zur Galenica-Gruppe gehören. Diese sind vorliegend von besonderem Interesse, weil sie grundsätzlich die Möglichkeit haben, zu einer anderen Hauptgrossistin zu wechseln (vgl. Rz 141). Aus diesem Grund bezieht sich die nachfolgende Auswertung der Umsatzzahlen nur auf Apotheken, die nicht zur Galenica-Gruppe gehören. Ausserdem werden nur diejenigen Apotheken berücksichtigt, die sowohl im Jahr 2022 als auch im Jahr 2023 für mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis einkauften. Diese Apotheken werden mit grosser Wahrscheinlichkeit von Galexis als Hauptgrossistin beliefert. Ausserdem können so Neukundinnen ausgeschlossen werden, die zwar aktuell von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden, die aber in den Jahren 2022 und 2023 keine oder nur geringe Mengen bei Galexis einkauften. Insgesamt erfüllen [300–800] Apotheken die genannten Bedingungen. Die nachfolgenden Auswertungen der von Galexis erzielten Umsätze beziehen sich auf diese [300–800] Apotheken.¹¹³

90. Die durchschnittlichen Umsätze der genannten [300–800] Apotheken sind in Tabelle 4 dargestellt. Galexis erzielte mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi einen durchschnittlichen jährlichen Nettoumsatz von rund [500–3000] Franken (2022) bzw. rund [500–3000] Franken (2023) pro Apotheke. Da Neukundinnen ausgeschlossen werden, fallen diese Umsätze etwas höher aus als die in Rz 88 ausgewiesenen Umsätze, bei welchen alle von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken berücksichtigt werden (vgl. Appendix G.1 für weitere Ausführungen zu den entsprechenden Unterschieden).

91. Nur rund [<10] % der genannten [300–800] Apotheken kauften für mehr als 10 000 Franken pro Jahr Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi bei Galexis ein. Mehr als die Hälfte der Apotheken gab hingegen weniger als [500–2500] Franken pro Jahr für den Bezug dieser Produkte bei Galexis aus. Rund ein Drittel der Apotheken gab dafür pro Jahr sogar weniger als [<1000] Franken aus. Die genaue Verteilung der entsprechenden Umsätze ist in Appendix G.2 dargestellt.

92. Da Galexis die Hauptgrossistin dieser Apotheken ist, beliefert sie diese Apotheken regelmässig. Deshalb ist davon auszugehen, dass es sich bei den von Galexis gelieferten Mengen um den grössten Teil der von diesen Apotheken insgesamt eingekauften Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi handelt.¹¹⁴ Aus diesem Grund reflektieren die von diesen Apotheken bei Galexis eingekauften Mengen die Bedeutung dieser Produkte nicht nur betreffend den Bezug bei Galexis, sondern auch insgesamt.

¹¹³ Vgl. Appendix G.1.3 für genaue Erläuterungen zur Auswahl der genannten [300–800] Apotheken.

¹¹⁴ Act. II.49, S.2, erster Bulletpoint.

Tabelle 4: Durchschnittlicher Nettoumsatz von Galexis mit Apotheken mit einem jährlichen Einkaufsvolumen von mindestens [250 000–500 000] Franken (2022 und 2023), die nicht zur Galenica-Gruppe gehören.

Anzahl Apotheken	2022			2023		
	Umsatz	Davon Trinknahrung Fresenius Kabi		Umsatz	Davon Trinknahrung Fresenius Kabi	
	Fr.	Fr.	%	Fr.	Fr.	%
[300–800]	[1–3 Mio.]	[500–3000]	[0,02–0,3]	[1–3 Mio.]	[500–3000]	[0,02–0,3]

Quelle: Act. II.51, Beilage 1.

93. Aus Tabelle 4 geht neben dem durchschnittlichen Nettoumsatz von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi pro Apotheke auch der durchschnittliche Nettoumsatz mit dem Verkauf sämtlicher Produkte hervor. Dieser beträgt sowohl im Jahr 2022 als auch im Jahr 2023 rund [1–3] Millionen Franken pro Apotheke. Davon entfällt bei der durchschnittlichen Apotheke weniger als [0,02–0,3 %] auf Trinknahrung von Fresenius Kabi.¹¹⁵ Nur bei einer einzigen der [300–800] Apotheken ist der Anteil der Trinknahrung von Fresenius Kabi grösser als [<10] %. Die genaue Verteilung des Anteils der Trinknahrung von Fresenius Kabi an den insgesamt von Galexis mit den genannten [300–800] Apotheken erzielten Nettoumsätzen ist in Appendix G.2 dargestellt.

94. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Bedeutung der Trinknahrung von Fresenius Kabi gemessen am Einkaufsvolumen sowie gemessen am Anteil der insgesamt bei Galexis eingekauften Produkte je nach Apotheke stark unterschiedlich ist. Die meisten der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken beziehen aber nur wenig Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi. Das entsprechende Umsatzvolumen ist bei den meisten Apotheken unbedeutend.

B.6.4.2 Bezugsquellen der Apotheken für Trinknahrung von Fresenius Kabi

B.6.4.2.1 Einleitung

95. Apotheken können die Trinknahrung von Fresenius Kabi grundsätzlich über verschiedene Quellen beziehen. Nachfolgend werden diese beschrieben.

B.6.4.2.2 Bezug bei der Hauptgrossistin

96. Da die Hauptgrossistin die Apotheken regelmässig mit verschiedenen Produkten beliefert, kann diese in der Regel Trinknahrung innert kurzer Frist und zu geringen zusätzlichen Transportkosten anbieten. Für viele Apotheken kann es je nach den konkreten Bedürfnissen ihrer Kundschaft wichtig sein, dass sie Trinknahrung von Fresenius Kabi kurzfristig bestellen können.¹¹⁶ Aus diesen Gründen scheint die Behauptung von Galexis plausibel, wonach die

¹¹⁵ Der Anteil der Trinknahrung von Fresenius Kabi am Nettoumsatz von Galexis mit den genannten Apotheken ist rund [1–3 mal] so hoch wie der Anteil der Trinknahrung von Fresenius Kabi am Einkaufsvolumen von Galexis (Tabelle 1). Der Grund dafür ist im Wesentlichen, dass Galexis den allergrössten Teil der Trinknahrung über den Apothekenkanal verkauft (Tabelle 3). Bei anderen Kanälen ist deshalb der entsprechende Umsatzanteil tiefer als bei den Apotheken.

¹¹⁶ Vgl. z.B. die Bemerkungen der Apotheken mit den Identifikationsnummern 20960, 2085, 64265, 27685, 66791, 68899, 6581, 90569, 36567 im Rahmen der vom Sekretariat durchgeführten Umfrage (Act. II.C.1; zur Umfrage, vgl. Rz 149 ff. hinten). Diese bringen zum Ausdruck, dass eine kurze Frist zwischen Bestellung und Auslieferung jedenfalls für diese Apotheken wichtig ist.

Apotheken Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi in der Regel bei der Hauptgrossistin beziehen.¹¹⁷

B.6.4.2.3 Bezug bei einer Nebengrossistin

97. Viele Apotheken beziehen zwar einen grossen Teil ihrer Produkte bei ihrer Hauptgrossistin, kaufen aber auch regelmässig bei einer Nebengrossistin ein (Rz 70 ff.). Diese Apotheken werden in der Regel auch von ihrer Zweitgrossistin regelmässig beliefert. Für diese Apotheken dürfte es in Bezug auf die Bestellfrist oder die Transportkosten keine entscheidende Rolle spielen, ob sie die Trinknahrung von Fresenius Kabi bei der Hauptgrossistin oder bei der Zweitgrossistin beziehen.¹¹⁸ Falls die Lieferung nicht dringend ist, ist ein Ausweichen auf die Zweitgrossistin selbst dann problemlos möglich, wenn die Apotheke von dieser nur selten beliefert wird.

98. Andere Apotheken beziehen hingegen den allergrössten Anteil bei ihrer Hauptgrossistin. Das scheint zum Beispiel bei denjenigen Apotheken der Fall zu sein, [...].¹¹⁹ Wenn solche Apotheken ausnahmsweise bestimmte Produkte bei einer Nebengrossistin beziehen wollen, können die dadurch anfallenden zusätzlichen Lieferkosten hoch ausfallen, falls diese nicht auf weitere ebenfalls bei der Nebengrossistin bestellte Produkte verteilt werden können.

99. Die zusätzlichen Lieferkosten für den Bezug einer Packung Trinknahrung über eine Nebengrossistin sind dann maximal, wenn die Apotheke nur gerade eine einzige Packung Trinknahrung bezieht. Gemäss Angaben von Galexis betragen die Lieferkosten einer Packung Trinknahrung à 4 Flaschen bei der Grossistin Amedis 12 Franken. Der Basispreis des Produkts selber beträgt Fr. 14.60. Die Lieferkosten machen also bei Einzelbestellungen rund 80 % der Kosten des Produkts selber aus.¹²⁰

100. Die Parteigutachter von Galexis behaupten sogar, dass die Kosten für Lieferung und Bestellung einer Packung Trinknahrung bei Amedis 65 Franken betragen.¹²¹ Diese Angabe beruht auf der Annahme, dass die Bestellung per E-Mail oder Fax abgegeben wird. Die meisten Bestellungen erfolgen heute aber über ein elektronisches System. Solche Bestellungen sind kostenlos.¹²² Alleine dadurch und unter Berücksichtigung eines offensichtlichen Rechenversehens der Parteigutachter¹²³ sinken die Kosten auf 40 Franken. Die meisten Apotheken dürften aber auch im Vergleich dazu zu wesentlich günstigeren Konditionen Trinknahrung bei der Nebengrossistin bestellen können. Insbesondere die zu einer Gruppierung oder Kette gehörenden Apotheken profitieren in der Regel von den in den Rahmenverträgen festgelegten wesentlich besseren Konditionen (vgl. Rz 65 ff. vorne).¹²⁴ Insbesondere aus diesen Gründen sind die

¹¹⁷ Act. II.49, S. 2.

¹¹⁸ Einzelne Apotheken verteilen ihren Warenbezug sogar relativ gleichmässig auf zwei Grossistinnen (Act. II.C.1, Aussage der Apotheke mit Identifikationsnummer 27972).

¹¹⁹ Act. II.23, Rz 17.

¹²⁰ Act. II.23, Beilage 4. Galexis reichte auch die Kosten für den Bezug bei der Grossistin Voigt ein. Diese sind wesentlich höher als der Bezug bei Amedis. Deshalb ist davon auszugehen, dass eine Apotheke beim Bezug einer einzigen Packung Trinknahrung von Amedis beziehen würde.

¹²¹ Act. II.46, Rz 63.

¹²² Act. II.46, Beilage 2, Tarifübersicht Amedis.

¹²³ Die Summe der von den Parteigutachtern aufgeführten Kosten der Bestellung (15 Franken) und des Transports (40 Franken) beträgt 55 Franken. Im Parteigutachten sind hingegen 65 Franken angegeben. Fallen die Kosten der Bestellung weg, verbleiben 40 Franken für den Transport.

¹²⁴ Zusätzlich zu den Bestell- und Lieferkosten von Amedis geben die Parteigutachter von Galexis auch die entsprechenden Tarife der Grossistin Voigt an (Act. II.46, Rz 63). Auch diese Kosten werden von den Parteigutachtern deutlich überschätzt: Sie verwenden die Tarife für Apotheken mit einem Jahresumsatz von weniger als 100 000 Franken. Da die Apotheken im Durchschnitt Waren für mehr als 2 Millionen Franken jährlich einkaufen (Fussnote 358) und regelmässig rund 20 % davon auf die Zweitgrossistin entfällt (Rz 70), dürfte die durchschnittliche Apotheke Waren im Wert von mehr als 100 000 Franken bei der Zweitgrossistin einkaufen. Entsprechend dürften die Konditionen im Normalfall besser ausfallen als von den Parteigutachtern von Galexis angegeben.

von den Parteigutachtern von Galexis geschätzten zusätzlichen Lieferkosten weit höher als die in der Regel tatsächlich anfallenden zusätzlichen Lieferkosten.

101. Auch die von Galexis selber angegebenen zusätzlichen Lieferkosten in der Höhe von rund 80 % des Produktpreises sind deutlich höher als die im Normalfall tatsächlich anfallenden zusätzlichen Lieferkosten beim Bezug über die Zweit- statt über die Hauptgrossistin und zwar aus den folgenden Gründen:

- Wenn die Auslieferung der Trinknahrung zeitlich nicht dringend ist, sind die Zusatzkosten beim Bezug über die Zweitgrossistin selbst dann vernachlässigbar, wenn die Apotheke nur selten von dieser beliefert wird.
- In der Regel können mit der gleichen Lieferung auch noch andere Produkte bezogen werden. Selbst wenn mit einer bestimmten Lieferung nur Trinknahrung transportiert wird, ist davon auszugehen, dass mindestens manchmal mehr als eine einzige Packung bezogen werden kann. Sobald die Transportkosten auf zusätzliche Produkte verteilt werden können, fallen diese im Vergleich zu den von Galexis angegebenen Zahlen für den Bezug einer einzigen Packung Trinknahrung deutlich tiefer aus. Selbst wenn die zur Galenica-Gruppe gehörenden Apotheken tatsächlich nur gerade Trinknahrung von Fresenius Kabi über eine Nebengrossistin beziehen würden, würden sich diese kaum ausschliesslich mit Einzelpackungen beliefern lassen. Insbesondere weil es sich dabei um rund 280 Apotheken handelt (Rz 69), könnten sie ihre Bestellungen koordinieren und dadurch die entsprechenden zusätzlichen Lieferkosten im Vergleich zur Lieferung von Einzelpackungen reduzieren (vgl. Rz 104 zu gemeinsamen Bestellungen mehrerer Apotheken).
- Insbesondere Apotheken, die zu einer Kette oder einer Gruppierung gehören, können gemäss den in den Rahmenverträgen ausgehandelten Konditionen beziehen (vgl. Rz 66 f.). Diese können im Vergleich zu den von Galexis angegebenen Konditionen vorteilhafter ausfallen.

102. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zusätzlich anfallenden Lieferkosten für den Bezug von Trinknahrung bei der Zweit- statt der Hauptgrossistin bis zu rund 80 % des Produktpreises betragen können, falls nur gerade eine einzige Packung Trinknahrung bezogen wird. In der Regel fallen diese Kosten aber deutlich tiefer aus. Insbesondere wenn eine Apotheke ohnehin regelmässig von ihrer Zweitgrossistin beliefert wird oder wenn die Lieferung zeitlich nicht dringend ist, dürften allfällige zusätzliche Lieferkosten vernachlässigbar sein.

B.6.4.2.4 Direktbezug bei Fresenius Kabi

103. Einzelne grössere Apotheken beziehen Trinknahrung direkt bei der Herstellerin Fresenius Kabi Schweiz.¹²⁵ Dabei dürfte es sich aber um seltene Fälle handeln. Wenn verschiedene Produkte durch eine Grossistin gebündelt ausgeliefert werden können, sind die Transportkosten tiefer, als wenn die Herstellerin ihr Produkt einzeln an die Apotheken ausliefern muss. Deshalb lohnt sich der Direktbezug in der Regel nur bei grösseren Mengen.¹²⁶

¹²⁵ Act. II.C.1, Aussagen der Apotheken mit den Identifikationsnummer 96269 und 25104.

¹²⁶ Act. II.C.1, Aussagen der Apotheken mit den Identifikationsnummern 78028, 83492, 16219, 16522, 90569, 72647, 44336, 67136; Act. II.C.2, Aussage der Apothekenkette mit Identifikationsnummer 94147; Act. III.4, Zeile 141. Verschiedene Apotheken erwähnen in ihren Bemerkungen zur Umfrage des Sekretariats den Direktbezug als Alternative zum Bezug über ihre Hauptgrossistin Galexis (Act. II.C.1, Antworten der Apotheken mit den Identifikationsnummer 40944, 22717, 18554, 44511). Vgl. auch Act. III.4, Zeile 139. Es kann vorkommen, dass Apotheken direkt mit der Herstellerin Konditionen aushandeln, die Lieferung aber trotzdem über eine Grossistin erfolgt. In diesem Fall werden die zwischen Apotheke und Herstellerin ausgehandelten Konditionen bei der Grossistin hinterlegt. Dazu ist allerdings die Zustimmung der Grossistin erforderlich (Act. III.4, Zeilen 113–117).

B.6.4.2.5 Bezug über andere Apotheken

104. Apotheken bestellen manchmal gemeinsam, wenn dadurch ein günstigerer Bezug möglich ist. Es kommt auch vor, dass eine Apotheke ein einzelnes Produkt für andere Apotheken bestellt, zum Beispiel wenn die Grossistin der anderen Apotheke dieses nicht liefern kann.¹²⁷ Diese Arten der Zusammenarbeit ermöglichen es auch kleineren Apotheken, sich weitere Bezugsquellen zu erschliessen. Allerdings entsteht dabei ein gewisser Aufwand für die Koordination mit den Partnerapotheken.

B.6.4.2.6 Ergebnis

105. Apotheken können Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi über verschiedene Kanäle beziehen. Es ist davon auszugehen, dass der Bezug über die Hauptgrossistin gemessen an den bezogenen Mengen der wichtigste Kanal ist. Daneben ist es aber auch möglich, Trinknahrung über eine Nebengrossistin oder direkt bei Fresenius Kabi zu bestellen. Durch die Aufgabe gemeinsamer Bestellungen können die Apotheken die Lieferkosten reduzieren.

106. Die Kosten des Bezugs über die genannten verschiedenen Kanäle sind von den spezifischen Umständen der bestellenden Apotheke abhängig. Dabei spielen insbesondere die nachgefragten Mengen, die erforderlichen Lieferfristen, die im gleichen Zeitraum zu bestellenden anderen Produkte sowie die mit den verschiedenen Lieferantinnen ausgehandelten Konditionen eine Rolle. In der Regel dürfte der Bezug über die Zweitgrossistin die beste Alternative zum Bezug bei der Hauptgrossistin sein.

B.6.5 Konsumentinnen und Konsumenten

107. Trinknahrung von Fresenius Kabi wird wie erwähnt sowohl von Personen mit medizinischer Indikation als auch von Sportlerinnen und Sportlern und älteren Menschen bezogen (Rz 39). Da Trinknahrung nicht rezeptpflichtig ist,¹²⁸ können die Apotheken Trinknahrung auch an diese Kundengruppen verkaufen.

108. Gemäss Angaben von Galexis liegt der Anteil der Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi, welche die Apotheken an Kundinnen und Kunden ohne ärztliche Verschreibung abgeben, bei rund 30 %.¹²⁹ Fresenius Kabi schätzt den entsprechenden Anteil auf rund

¹²⁷ Die Kantonsapothekervereinigung verfasste ein auf den 12.12.2012 datiertes Dokument zur Regelung der Grosshandelsbewilligung für Apotheken, wenn diese sich gegenseitig aushelfen oder gemeinsam Sammelbestellungen aufgeben <www.kantonsapotheker.ch/fileadmin/docs/public/kav/2_Leitlinien___Positionspapiere/apotheken_und_grosshandelsbewilligungen_042013.pdf> (24.10.2023). Vgl. auch Act. III.4, Zeilen 307–308; Act. II.36, Rz 25; Act. II.C.1, Aussagen der Apotheken mit den Identifikationsnummern 52321 und 40944; Act. III.2, Zeilen 509–510 sowie Zeilen 530–533.

¹²⁸ Act. III.1, Zeile 434.

¹²⁹ Act. III.1, Zeilen 436–437; Act. II.5, Antwort auf Frage 3.a. Galexis reichte als Beilage 3.a zu Act. II.5 eine Excel Datei ein, welche gemäss Galexis die Berechnungen des genannten Anteils von 30 % enthalte. Die Datei enthält allerdings keine Berechnung eines Anteils, sondern diene mutmasslich als Grundlage für eine solche Berechnung. Wie die Berechnung des genannten Anteils von 30 % auf dieser Grundlage vorgenommen wurde, ist jedenfalls nicht offensichtlich. Das trifft insbesondere aus den folgenden Gründen zu: (i) Die genannte Excel-Datei enthält eine Liste mit Umsatzzahlen für verschiedene Produkte der Herstellerin Fresenius Kabi, darunter auch Sondennahrung, Hilfsmittel und weitere Produkte. Es ist nicht klar, ob alle oder nur ein Teil dieser Produkte zur Berechnung des genannten Anteils berücksichtigt wurden. (ii) Der Umsatzanteil der Produkte ohne ärztliche Verschreibung bei Berücksichtigung aller Produkte beträgt rund [30–50] %. Werden nur Produkte berücksichtigt, bei welchen es sich mutmasslich um Trinknahrung handelt ergibt sich ein Umsatzanteil von rund [30–50] %. Keiner dieser Anteile entspricht dem von Galexis offenbar auf dieser Grundlage berechneten Anteil von 30 %. (iii) Es ist unklar, von welchen Apotheken die Umsatzzahlen stammen. Aus den genannten Gründen (i–iii) kann aus den von Galexis eingereichten Zahlen kein exakter Anteil abgeleitet werden.

50 %.¹³⁰ Der genaue tatsächliche Anteil ist unbekannt, er dürfte zwischen 30 % und 50 % liegen.¹³¹

109. Kundinnen und Kunden ohne ärztliche Verschreibung können grundsätzlich auf ähnliche Produkte anderer Herstellerinnen ausweichen, falls ihnen eine Apotheke keine Trinknahrung von Fresenius Kabi anbieten kann. Gemäss Angaben von Galexis verlangen aber manche Kundinnen und Kunden die Trinknahrung von Fresenius Kabi, welche gemäss Galexis einen guten Ruf habe.¹³²

110. In Bezug auf die Kundinnen und Kunden mit ärztlicher Verschreibung ist zwischen zwei verschiedenen Arten der Verschreibung zu unterscheiden: Die Ärztin oder der Arzt kann entweder das Produkt einer bestimmten Herstellerin oder Trinknahrung mit einem bestimmten Kaloriengehalt verschreiben.¹³³ Betrachtet man nur Trinknahrung, die von Apotheken an Kundinnen und Kunden mit ärztlicher Verschreibung verkauft wird, wird gemäss einer Schätzung von Galexis in rund 90 % der Fälle ein bestimmtes Produkt verschrieben.¹³⁴ Diese Schätzung ist mit der Zeugenaussage von [N1] konsistent, der den entsprechenden Anteil in Bezug auf seine Apotheken auf rund 95 % schätzt.¹³⁵

111. Die überwiegende Mehrheit der von Apotheken bedienten Verschreibungen beziehen sich also auf ein Produkt einer bestimmten Herstellerin. In diesen Fällen gibt die Apotheke ausser in Ausnahmefällen das verschriebene Produkt ab.¹³⁶ Sie dürfte zwar stattdessen ein Produkt mit den gleichen Eigenschaften abgeben.¹³⁷ Die obligatorische Krankenpflegeversicherung würde ein solches ebenso wie das verschriebene Produkt vergüten.¹³⁸ Die Apotheke müsste aber prüfen, ob das alternativ abzugebende Produkt tatsächlich die gleichen Eigenschaften hat. Ausserdem ist es in solchen Fällen gemäss Auskunft des SVK angezeigt, mit der verschreibenden Ärztin oder dem verschreibenden Arzt Rücksprache zu nehmen. Damit soll die Sicherheit der Patientinnen und Patienten gewährleistet werden.¹³⁹ Zudem dürften nicht alle Kundinnen und Kunden akzeptieren, dass ihnen ein anderes als das vom Arzt oder der Ärztin verschriebene Produkte abgegeben wird. Aus diesen Gründen können die Apotheken zwar grundsätzlich selbst dann auf Produkte anderer Herstellerinnen ausweichen, wenn der

¹³⁰ Act. III.2, Zeile 566; Act. II.11, Rz 99 ff.

¹³¹ Der Anteil der Kundinnen und Kunden mit ärztlicher Verschreibung dürfte von Apotheke zu Apotheke unterschiedlich hoch ausfallen. Manche Apotheken verkaufen weniger als 30 % der Trinknahrung an Kundinnen und Kunden ohne ärztliche Verschreibung (Act. III.4, Zeile 244).

¹³² Act. III.1, Zeilen 438–441. Act. II.5, Antwort auf Frage 1.c.iii.

¹³³ Act. III.2, Zeilen 548–549; Act. II.9, Rz 33.

¹³⁴ Act. II.9, Rz 35.

¹³⁵ Act. III.4, Zeilen 256–258.

¹³⁶ Act. III.2, Zeilen 562–563. Überschliessend: Act. III.1, Zeilen 355–359; Act. II.5, Antwort auf die Fragen 1.c.iii und 4.a; Act. II.9, Rz 33.

¹³⁷ Act. III.4, Zeilen 256–258; Act. II.21, Antwort auf Frage 4a; Act. II.9, Rz 34. Abweichend: Act. II.5, Antwort auf Frage 1.c.iii und Antwort auf Frage 4.a; Act. IV.36, Rz 17 und 101.

¹³⁸ Gemäss Anhang 1, Ziffer 2.1 der Verordnung des EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29.9.1995 (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31) übernimmt die obligatorische Krankenpflegeversicherung die Kosten von Trinknahrung unter der Voraussetzung, dass die Indikationsstellung gemäss GESKES-Richtlinien (Fn 45) erfüllt ist. Ausserdem muss es sich um ein von der GESKES anerkanntes Produkt handeln (Act. II.21, Antwort auf Fragen 4b und 5). Die GESKES publiziert eine Liste der von ihr anerkannten Trinknahrung. Darin ist die Trinknahrung aller wichtigen Herstellerinnen enthalten (<www.geskes.ch/PortalData/1/Resources/dokumente/homecare/SMNI_Liste_kassenzul._LM_GESKES_geprueft_Stand_17.05.2023.pdf>, 31.5.2023).

¹³⁹ Act. II.21, Antwort auf Frage 4a; Act. II.25.

Kundschaft Trinknahrung von Fresenius Kabi verschrieben wird. Ein Ausweichen wäre in dieser Situation aber mit einem gewissen Aufwand verbunden und setzt voraus, dass die Kundschaft damit einverstanden ist.¹⁴⁰

112. Wird statt eines bestimmten Produkts ein solches mit einem bestimmten Kaloriengehalt verschrieben, kann die Apotheke den Kundinnen und Kunden das Produkt einer beliebigen Herstellerin abgeben.¹⁴¹

B.6.6 Ergebnis

113. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.):

- Alle in der Schweiz tätigen Vollgrossistinnen verkaufen Trinknahrung von Fresenius Kabi (Rz 79);
- Die Galenica-Gruppe bezieht rund [>10] % der insgesamt von Fresenius Kabi in der Schweiz verkauften Trinknahrung (Rz 79);
- Rund [20–45 %] des von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung erzielten Umsatzes entfällt auf Trinknahrung von Fresenius Kabi (Rz 81);
- Rund [>65] % des von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi erzielten Umsatzes entfällt auf den Apothekenkanal (Rz 83);
- Fast [>70] % der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken beziehen Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi bei Galexis (Rz 87);
- Die von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken kaufen durchschnittlich für rund [500–3000] Franken jährlich Trinknahrung von Fresenius Kabi bei Galexis ein. Gemessen am gesamten Einkaufsvolumen bei Galexis handelt es sich dabei um weniger als [<3] Promille (Rz 88 ff.);
- Die von Galexis belieferten Apotheken können Trinknahrung von Fresenius Kabi über verschiedene Bezugsquellen einkaufen. Die beste Alternative zum Bezug über Galexis ist in der Regel der Bezug über die Zweitgrossistin (Rz 95 ff.);
- Die durch den Bezug bei der Zweit- statt der Hauptgrossistin zusätzlich anfallenden Lieferkosten bei Einzelbestellungen können bis zu 80 % des von den Apotheken für das Produkt selber bezahlten Preises erreichen. In der Regel fallen die genannten zusätzlichen Lieferkosten aber deutlich tiefer aus (Rz 97 ff.);
- Rund 30–50 % der von den von Galexis belieferten Apotheken verkauften Trinknahrung von Fresenius Kabi wird an Endkundinnen und Endkunden ohne ärztliche Verschreibung verkauft. Dieser Kundschaft können die Apotheken grundsätzlich vergleichbare Produkte anderer Herstellerinnen abgeben (Rz 107 ff.);
- Bei rund 90 % der ärztlichen Verschreibungen wird Trinknahrung einer spezifischen Herstellerin verschrieben (Rz 110);
- Die Apotheken können grundsätzlich selbst dann Trinknahrung anderer Herstellerinnen abgeben, wenn der Kundschaft Trinknahrung von Fresenius Kabi verschrieben wird. In diesem Fall entsteht für die Apotheke aber ein gewisser Zusatzaufwand (Rz 111).

¹⁴⁰ Vgl. die Aussagen der Apotheken mit den Identifikationsnummern 52321, 36874, 22717, 66809 und 44511 (Act. II.C.1).

¹⁴¹ Act. III.2, Zeile 552; Act. II.9, Rz 34.

B.7 Mutmassliche Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung zwischen Fresenius Kabi und Galexis im Bereich Trinknahrung

B.7.1 Übersicht

114. Zur Beurteilung der Frage, ob Galexis von Fresenius Kabi abhängig im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist, muss insbesondere geprüft werden, welche Folgen es für Galexis und für Fresenius Kabi hätte, wenn sich die beiden Unternehmen nicht handelseinig werden (Rz 278 ff.). Nachfolgend wird zunächst geprüft, welche Folgen es für Galexis hätte, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr beziehen könnte. Anschliessend werden die mutmasslichen Folgen für Fresenius Kabi untersucht (Rz 193 ff.). Da Fresenius Kabi bisher immer Trinknahrung an Galexis geliefert hat, können keine tatsächlich eingetretenen Folgen der Auflösung der entsprechenden Geschäftsbeziehung untersucht werden. Stattdessen sind die mutmasslichen Folgen einer solchen Auflösung einzuschätzen.

B.7.2 Mutmassliche Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis

B.7.2.1 Einleitung

115. Zur Einschätzung der Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis wird zunächst geprüft, ob Galexis die Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi von anderen Unternehmen als Fresenius Kabi beziehen könnte (Rz 116 ff.). Weil das – wie zu zeigen ist – nicht der Fall ist, wird anschliessend untersucht, welche Folgen es für Galexis hätte, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten könnte. Diese Untersuchung erfolgt in zwei Teilen:

- Zunächst wird der *direkte Verlust* geprüft, den Galexis durch den Wegfall der Umsätze mit der Trinknahrung von Fresenius Kabi erleiden würde (Rz 119 ff.).
- In einem zweiten Schritt werden allfällige *weitere Verluste* untersucht (Rz 126 ff.). Galexis könnten nämlich je nach Reaktion der Kundinnen neben dem direkten Verlust zusätzliche Nachteile entstehen. Im schlimmsten Fall könnten zum Beispiel Kundinnen wegen des Wegfalls der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus dem Sortiment von Galexis zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln. In diesem Fall würden Galexis zusätzlich zu den Umsätzen mit Trinknahrung von Fresenius Kabi auch Umsätze mit anderen Produkten entgehen.

B.7.2.2 Alternative Bezugsquellen für Galexis

116. Wenn Fresenius Kabi keine Trinknahrung an Galexis liefert, kann Galexis versuchen, diese Produkte über Zwischenhändlerinnen zu beziehen. Ausländische Händlerinnen kommen im vorliegenden Markt nicht in Frage, weil die Einfuhr in die Schweiz nur mit der ausdrücklichen Zustimmung der Herstellerin legal möglich ist (Rz 48 ff. vorne). Deshalb handelt es sich dabei nicht um eine Alternative, auf welche Galexis unabhängig von Fresenius Kabi ausweichen könnte. Aus diesem Grund müssen Parallelimporte vorliegend nicht näher untersucht werden.¹⁴²

117. Inländische Händlerinnen sind ebenfalls keine realistische Alternative. Grundsätzlich wäre es zwar denkbar, dass Galexis Trinknahrung über eine andere in der Schweiz tätige

¹⁴² Falls Fresenius Kabi gegenüber Galexis über eine relativ marktmächtige Stellung verfügen sollte, müsste Fresenius Kabi möglicherweise Parallelimporten zustimmen. Die vorliegend vorzunehmende Ermittlung alternativer Bezugsquellen dient dem Zweck, festzustellen, ob Fresenius Kabi über eine relativ marktmächtige Stellung gegenüber Galexis verfügt (vgl. Rz 278 ff.). Aus diesem Grund ist an dieser Stelle davon auszugehen, dass Fresenius Kabi die für die Parallelimporte erforderliche Zustimmung verweigern könnte. Andernfalls würde man das Ergebnis der noch vorzunehmenden Prüfung vorwegnehmen.

Händlerin beziehen könnte. Dieser Umweg würde aber im Vergleich zum Direktbezug höhere Kosten verursachen. Ausserdem sind die von Galexis benötigten Mengen im Vergleich zu den von anderen Schweizerischen Händlerinnen eingekauften Mengen bedeutend (Rz 61 vorne). Deshalb wäre eine solche Umgehung einer Nichtbelieferung für Fresenius Kabi erkennbar. Fresenius Kabi könnte entsprechende Gegenmassnahmen einleiten.

118. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass Galexis die Trinknahrung von Fresenius Kabi nicht mehr anbieten könnte, wenn Galexis nicht mehr von Fresenius Kabi selber beliefert würde. Deshalb wird nachfolgend geprüft, welche Auswirkungen es für Galexis hätte, wenn sie dauerhaft keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten könnte.

B.7.2.3 Direkter Verlust

119. Galexis kaufte im Jahr 2022 Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi für rund [1–2] Millionen Franken ein.¹⁴³ Im gleichen Jahr erzielte Galexis mit dem Verkauf der genannten Trinknahrung einen Nettoumsatz von rund [1–2,5] Millionen Franken.¹⁴⁴ Die Differenz zwischen Verkaufspreis und Einkaufspreis entspricht also rund [<500 000] Franken. Diese Differenz besteht aus den folgenden drei Elementen:

- Kosten von Galexis, die zusätzlich zum Einkaufspreis im Zusammenhang mit der Trinknahrung von Fresenius Kabi anfallen (zusätzliche variable Kosten): Dabei handelt es sich zum Beispiel um die Kosten der Aushandlung der Preise für diese Produkte. Wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten würde, würden solche der Trinknahrung von Fresenius Kabi zuzuordnenden Kosten nicht mehr anfallen. Deshalb sind diese Kosten bei der Einschätzung des direkten Verlusts von Galexis nicht zu berücksichtigen.
- Deckungsbeiträge an allgemeine Fixkosten (nachfolgend: Deckungsbeiträge): Ein Teil der Differenz zwischen Einkaufspreis und Verkaufspreis wird zur Deckung allgemeiner Fixkosten verwendet. Dabei handelt es sich zum Beispiel um Ausgaben für die Beschaffung von Software zur Lagerverwaltung oder andere allgemeine Verwaltungskosten. Solche Kosten fallen jedenfalls kurz- und mittelfristig auch dann an, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr verkaufen würde. Deshalb sind diese Kosten bei der Einschätzung des direkten Verlusts zu berücksichtigen.
- Entgangene Gewinne: Ebenfalls zu berücksichtigen sind Gewinne, welche Galexis durch den Wegfall der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi entgehen würden.

120. Der von Galexis erlittene direkte Verlust entspricht also dem entgangenen Gewinn zuzüglich entgangener Deckungsbeiträge. Vorliegend ist die genaue Höhe der im Zusammenhang mit der Trinknahrung von Fresenius Kabi bei Galexis anfallenden Kosten nicht bekannt. Deshalb ist zusammenfassend festzuhalten, dass Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi im Jahr 2022 Gewinne und Deckungsbeiträge an allgemeine

¹⁴³ Act. II.46, Rz 75. Einen Teil dieser Trinknahrung bezog Galexis über Parallelimporte (Act. II.23, Beilage 2; Act. II.46, Rz 152). Da die von Galexis durchgeführten Parallelimporte ohne vollständige Meldung an das BLV erfolgten (Act. II.39, Antwort auf Frage 5; Act. II.55, Beilage 1, S. 57), waren diese jedenfalls gemäss der Einschätzung des BLV unzulässig (Rz 48 ff.) [...].

¹⁴⁴ Act. II.46, Rz 74 f. Im Jahr 2021 kaufte Galexis gemäss eigenen Angaben Trinknahrung von Fresenius Kabi für rund [<2] Millionen Franken ein (Act. II.9, Rz 7) und erzielte damit einen Umsatz in der Höhe von rund [1–2,5] Millionen Franken (Act. II.5, Antwort auf Frage 9.b). Demnach wäre die Differenz zwischen Verkaufs- und Einkaufspreis im Jahr 2021 wesentlich höher ausgefallen als im Jahr 2022. Allerdings ist unklar, ob sich Einkaufsvolumen und Umsatz für das Jahr 2021 jeweils auf sämtliche Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi beziehen, oder nur auf den von Galexis bei Fresenius Kabi Schweiz bezogenen Anteil (ohne Parallelimporte). Insbesondere aus diesem Grund stützt sich die Behörde auf die Zahlen aus dem Jahr 2022.

Fixkosten in der Höhe rund [<500 000] Franken abzüglich der im Zusammenhang mit der Trinknahrung von Fresenius Kabi anfallenden Kosten erzielte.¹⁴⁵

121. Wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten kann, fallen diese Umsätze und die entsprechenden Deckungsbeiträge und Gewinne teilweise weg. Ein anderer Teil dieser Umsätze kann allenfalls durch das Ausweichen auf Trinknahrung anderer Herstellerinnen ersetzt werden. Es ist zwar nicht möglich, den entsprechenden Anteil genau zu berechnen, immerhin liegen dazu aber die nachfolgend beschriebenen Anhaltspunkte vor.

122. Konsumentinnen und Konsumenten ohne eine ärztliche Verschreibung können grundsätzlich auf Trinknahrung anderer Herstellerinnen umstellen (vgl. Rz 107 ff.). Der Anteil der Verkäufe an diese Kundinnen und Kunden liegt bei rund [20–50] % der insgesamt von Galexis mit Verkäufen von Trinknahrung von Fresenius Kabi generierten Umsätze.¹⁴⁶ Ausserdem beziehen sich rund 10 % der ärztlichen Verschreibungen nicht auf ein Produkt einer spezifischen Herstellerin, sondern auf Trinknahrung mit einem bestimmten Kaloriengehalt (Rz 110 f.). Deshalb können rund [28–55 %] der Kundinnen und Kunden grundsätzlich auf Trinknahrung anderer Herstellerinnen ausweichen, weil sie über keine spezifische ärztliche Verschreibung verfügen (vgl. Appendix G.3 für weitere Ausführungen zur Berechnung dieses Anteils).

123. Falls die genannten Kundinnen und Kunden damit einverstanden sind, kann Galexis die entsprechenden mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi erzielten Umsätze durch die Abgabe von Trinknahrung anderer Herstellerinnen ersetzen. Galexis kann das entsprechende Ausweichverhalten der Endabnehmerinnen und Endabnehmer insbesondere über die ebenfalls zur Galenica-Gruppe gehörenden Apotheken zu beeinflussen versuchen. Dabei handelt es sich um rund [20–40 %] der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken (Rz 69).

124. Vorliegend (vgl. Rz 119) wird der aktuelle zwischen Galexis und Fresenius Kabi verhandelte Einkaufspreis zur Berechnung des direkten Verlusts von Galexis herangezogen. Das ist insbesondere deshalb sachgerecht, weil es keine Hinweise darauf gibt, dass es sich dabei um einen aussergewöhnlich hohen Preis handeln könnte.¹⁴⁷ Das zeigen die folgenden Indizien:

- Gemäss Angaben von Galexis beträgt ihre «*Basispreismarge*» im Durchschnitt über alle von Galexis verkauften Produkte rund [<15 %].¹⁴⁸ Es ist unklar, wie diese «*Basispreismarge*» genau berechnet wurde. Mutmasslich handelt es sich dabei um die Differenz zwischen dem «*Basispreisumsatz*» und den von Galexis für die betreffenden Produkte bezahlten Einkaufspreisen. In Bezug auf die Trinknahrung von Fresenius Kabi wurde gezeigt, dass die Differenz zwischen Verkaufspreis und Einkaufspreis rund [<500 000] Franken beträgt. Das entspricht rund [<20 %] des Nettoumsatzes von rund [1–2,5] Millionen Franken (Rz 119). Deshalb dürfte die Marge von Galexis bei Trinknahrung von Fresenius Kabi jedenfalls nicht wesentlich tiefer ausfallen als bei anderen von Galexis verkauften Produkten.
- Die Konditionen der deutschen Grossistinnen beim Bezug von Trinknahrung von Fresenius Kabi Deutschland sind jedenfalls nicht wesentlich besser als die für Galexis geltenden Konditionen beim Bezug über Fresenius Kabi Schweiz (Rz 204 ff.).

¹⁴⁵ Gemäss Angaben von Galexis ist die «*Liefermarge*» mit [<5] % tief (Act. II.46, Rz 74) [...].

¹⁴⁶ Vgl. Appendix G.3 zur Berechnung dieser Bandbreite.

¹⁴⁷ Vgl. Act. IV.36, Rz 109.

¹⁴⁸ Act. II.46, Tabelle 4.

- Gemäss den Schätzungen der Parteigutachter von Galexis erhält Galexis bei den aktuellen Preisen mehr als die Hälfte des zwischen Galexis und Fresenius Kabi zu verteilenden «*Surplus*».¹⁴⁹

125. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Galexis durch den Wegfall der Verkäufe der Trinknahrung von Fresenius Kabi Gewinne und Deckungsbeiträge in der Höhe von jährlich rund [<500 000] Franken abzüglich der im Zusammenhang mit der Trinknahrung von Fresenius Kabi anfallenden Kosten einbüsst. Ebenfalls abzuziehen sind Gewinne und Deckungsbeiträge, welche Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung anderer Herstellerinnen erzielen kann, welche Galexis statt der Trinknahrung von Fresenius Kabi verkaufen könnte. Nach Abzug dieser beiden Positionen dürfte der von Galexis erlittene Verlust in Form entgangener Gewinne und Deckungsbeiträge weniger als [<400 000] Franken betragen.

B.7.2.4 Weitere Verluste

B.7.2.4.1 Einleitung

126. Nachfolgend wird geprüft, ob Galexis zusätzlich zum bereits festgestellten direkten Verlust (Rz 119 ff.) zusätzliche Nachteile erleiden könnte, weil Umsätze mit anderen Produkten verloren gehen. Ob das der Fall ist, ist von der Reaktion der Kundinnen von Galexis auf den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus ihrem Sortiment abhängig. Weil Galexis den überwiegenden Anteil der Trinknahrung an Apotheken verkauft, werden nur die möglichen Reaktionen dieser Kundengruppe untersucht.

127. Wie erwähnt, können die Apotheken grundsätzlich einem Teil der Kundschaft statt der Trinknahrung von Fresenius Kabi gleichwertige Produkte anderer Herstellerinnen abgeben (Rz 121 f.). Diese Ausweichmöglichkeit wurde bereits bei der Prüfung der direkten Verluste berücksichtigt (Rz 125). Nachfolgend wird untersucht, wie die Apotheken reagieren würden, wenn eine Kundin oder ein Kunde spezifisch Trinknahrung von Fresenius Kabi verlangt, zum Beispiel weil genau diese ärztlich verschrieben wurde. In diesem Szenario stehen ihnen die folgenden Optionen zur Verfügung:

- Angebotsverzicht;
- Ausweichen auf eine andere Bezugsquelle (Nebengrossistin, Direktbezug, andere Apotheken);
- Wechsel zu einer anderen Hauptgrossistin.

128. Nachfolgend werden diese Optionen und die entsprechenden Auswirkungen für Galexis geprüft.

129. Auf dieser Grundlage können anschliessend die möglichen weiteren Verluste von Galexis eingeschätzt werden. Dabei ist insbesondere davon auszugehen, dass jede Apotheke die für sie vorteilhafteste der genannten Optionen wählen würde. Nicht jede Apotheke würde gleich reagieren, weil sich die Apotheken in Bezug auf die für die Bewertung der verschiedenen Ausweichmöglichkeiten massgebenden Umstände unterscheiden. Ausserdem muss beachtet werden, dass Galexis besonders stark vom Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi betroffene Apotheken durch eine Verbesserung der übrigen Konditionen kompensieren kann. Dadurch kann Galexis beeinflussen, wie die Apotheken auf den Wegfall der Trinknahrung reagieren und so den für Galexis entstehenden Verlust minimieren (Rz 179 ff.).

¹⁴⁹ Act. IV.36, Anhang 1, Rz 3, vierter Bulletpoint. Die entsprechende Schätzung beruht allerdings jedenfalls teilweise auf wenig plausiblen und inkonsistenten Annahmen. So quantifizieren die Parteigutachter zum Beispiel die «*Outside Option*» von Fresenius Kabi anhand des mit dem Verkauf von Trinknahrung erzielten Umsatzes. Im Gegensatz dazu wird die «*Outside Option*» von Galexis anhand der Deckungsbeiträge bemessen (Act. IV.36, Anhang 1, Rz 3).

B.7.2.4.2 Angebotsverzicht

130. Galexis beliefert im Wesentlichen diejenigen Apotheken mit Trinknahrung von Fresenius Kabi, bei welchen Galexis Hauptgrossistin ist (Rz 96). Diese Apotheken beziehen durchschnittlich Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi für rund [500–3000] Franken pro Jahr. Gemessen am gesamten Einkaufsvolumen dieser Apotheken bei Galexis handelt es sich dabei um eine vernachlässigbare Grösse (Rz 92). Deshalb könnten die von Galexis belieferten Apotheken grundsätzlich darauf verzichten, Trinknahrung von Fresenius Kabi anzubieten. Der dadurch entstehende direkte Umsatz- und Gewinnverlust wäre für die meisten Apotheken gering.

131. Allerdings ist es möglich, dass den Apotheken dadurch weitere Umsätze entgehen würden, weil gewisse Kundinnen und Kunden, die bei ihnen Trinknahrung von Fresenius Kabi einkaufen, gleichzeitig auch noch andere Produkte nachfragen. Wenn die Apotheken keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten können, besteht die Gefahr, dass gewisse Kundinnen und Kunden sämtliche von ihnen nachgefragten Produkte anderswo einkaufen würden.¹⁵⁰ Die Apotheken können dieses Risiko dadurch reduzieren, dass sie ihrer Kundschaft eine geeignete alternative Bezugsmöglichkeit für die Trinknahrung von Fresenius Kabi vorschlagen. Vorliegend ist zum Beispiel die Bestellung durch die Kundschaft selber bei einer Online-Apotheke oder sogar bei normalen Online-Shops möglich. Insbesondere weil Trinknahrung ohne Verschreibung verkauft werden darf, gibt es zahlreiche solche Angebote.¹⁵¹ Gewisse Kundinnen und Kunden könnten allenfalls auch Trinknahrung über eine Homecare Anbieterin beziehen (Rz 57 ff.). Trotzdem ist es möglich, dass gewisse Kundinnen und Kunden zusätzlich zur Trinknahrung von Fresenius Kabi auch noch andere Produkte über andere Bezugsquellen einkaufen würden, wenn eine Apotheke keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten würde. Die Grösse dieses Effekts kann nicht quantifiziert werden.

B.7.2.4.3 Ausweichen auf andere Bezugsquellen

132. Wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius mehr anbieten könnte und eine Apotheke trotzdem weiterhin diese Produkte anbieten möchte, wäre die naheliegendste Alternative der Bezug über die Zweitgrossistin (Rz 97 ff.).¹⁵² Für Apotheken, die ohnehin regelmässig von einer Zweitgrossistin beliefert werden, würden die entsprechenden Kosten im Vergleich zum Bezug bei Galexis kaum wesentlich höher ausfallen, weil die Lieferung in der Regel zusammen mit den ohnehin bereits von der Zweitgrossistin bezogenen Produkten erfolgen könnte. Durch die Verteilung der Transportkosten auf verschiedene Produkte könnten diese minimiert werden.

133. Gemäss Angaben von Galexis verfügen die meisten Apotheken über eine Zweitgrossistin.¹⁵³ Deshalb ist davon auszugehen, dass viele Apotheken die Trinknahrung von Fresenius Kabi ohne wesentliche Zusatzkosten statt wie bisher bei Galexis bei einer Nebengrossistin beziehen könnten.

134. Einige Apotheken [...] beziehen hingegen nur wenige Produkte bei Nebengrossistinnen (Rz 98). Für diese Apotheken wären die zusätzlich anfallenden Kosten höher, wenn sie die Trinknahrung von Fresenius Kabi statt bei Galexis bei einer Nebengrossistin beziehen müssten. Im Extremfall müssten diese Apotheken einzelne Packungen Trinknahrung bestellen. In diesem Fall würden die zusätzlichen Transportkosten maximal hoch ausfallen, weil sie nicht auf grössere Mengen Trinknahrung oder andere gleichzeitig bestellte Produkte verteilt werden

¹⁵⁰ Act. III.4, Zeilen 295–297.

¹⁵¹ Vgl. z.B. Act. I.1, Beilage 6.

¹⁵² Vgl. dazu die Einschätzung der Parteigutachter von Galexis, wonach die Apotheken am ehesten auf andere Grossistinnen ausweichen würden (Act. II.46, Rz 57, Abbildung 4).

¹⁵³ Act. II.46, Rz 56, vierter Bulletpoint.

könnten. Gemäss Angaben von Galexis wäre in diesem Extremfall mit zusätzlichen Lieferkosten in der Höhe von rund 80 % des Produktpreises zu rechnen (Rz 99 f.). In der Regel fallen die entsprechenden Zusatzkosten aber deutlich tiefer aus (Rz 101).

135. Allfällige durch den Bezug bei der Zweitgrossistin entstehende zusätzliche Lieferkosten müssten grundsätzlich die Apotheken selber tragen. Allerdings würde sich die Attraktivität von Galexis als Grossistin entsprechend verringern. Deshalb sind diese Mehrkosten selbst dann zur Beurteilung der für Galexis entstehenden Nachteile zu berücksichtigen, wenn sie bei Apotheken anfallen, die nicht zur Galenica-Gruppe gehören. Falls eine Apotheke aufgrund solcher Mehrkosten zu einer anderen Grossistin wechseln würde, könnte Galexis die entsprechenden Mehrkosten ganz oder teilweise übernehmen. Falls die damit verhinderten Umsatzeinbussen weniger schwer wiegen als die genannten Mehrkosten, könnte Galexis durch solche Kompensationszahlungen den durch die Auflösung der Kundenbeziehung zu Fresenius Kabi entstehenden Schaden minimieren.

136. Zusätzlich zu allenfalls höheren Lieferkosten besteht gemäss Galexis die Gefahr, dass die heute von Galexis belieferten Apotheken nicht nur Trinknahrung von Fresenius Kabi bei einer anderen Grossistin einkaufen, sondern zusätzlich auch noch andere Produkte dort beziehen würden. Grund sei, dass die Apotheken «*Doppelspurigkeiten aus Kostengründen möglichst vermeiden*» möchten.¹⁵⁴ Falls eine Apotheke wegen Trinknahrung von Fresenius Kabi eine sonst nicht stattfindende Lieferung veranlassen sollte, kann es sein, dass zusätzlich zur Trinknahrung gleichzeitig auch noch andere Produkte bestellt werden. In diesem Fall würden die vorangehend diskutierten zusätzlichen Lieferkosten gering ausfallen, weil diese auf verschiedene Produkte verteilt werden könnten. Dafür würde Galexis die mit den neu bei der Zweitgrossistin bestellten Produkte erzielten Umsätze verlieren.

137. Weder die allenfalls anfallenden zusätzlichen Lieferkosten noch allfällige durch die Bestellung zusätzlicher Produkte bei der Zweitgrossistin entstehende Umsatzeinbussen können quantifiziert werden. Beide dieser mutmasslichen Nachteile fallen je nach den individuellen Umständen der einzelnen Apotheken oder sogar der einzelnen zu bedienenden Kundenanfragen unterschiedlich aus: Sowohl allfällige zusätzliche Lieferkosten als auch allfällige zusätzliche Umsatzverluste sind insbesondere davon abhängig, zu welchem Zeitpunkt die Apotheke die Trinknahrung von Fresenius Kabi benötigt, wie gross die zu bestellende Menge ist, zu welchem Zeitpunkt die Apotheke ohnehin schon von ihren Grossistinnen beliefert wird, welche anderen Produkte die Apotheke bei ihren Grossistinnen bezieht und welche Konditionen sie mit den verschiedenen Grossistinnen ausgehandelt hat. Insbesondere weil die meisten Apotheken ohnehin von mehreren Grossistinnen beliefert werden, dürften aber sowohl allfällige zusätzliche Lieferkosten als auch allfällige zusätzliche Umsatzverluste eher gering ausfallen.¹⁵⁵

138. Im Vergleich zum Bezug bei einer Nebengrossistin dürfte der Direktbezug bei Fresenius Kabi aufgrund der geringen Mengen nur für die allerwenigsten Apotheken in Frage kommen (Rz 103 f.).

¹⁵⁴ Act. II.46, Rz 56.

¹⁵⁵ Die Parteigutachter von Galexis berechnen in einem Szenario den für Galexis durch verlorene Umsätze mit anderen Produkten entstehenden Schaden. Im Szenario der Parteigutachter beträgt dieser rund [<500 000] Franken pro Jahr (Act. II.46, Rz 70 ff.). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der eigentliche Schaden etwas geringer ausfallen würde, weil es sich bei den von den Parteigutachtern als «*Deckungsbeiträge*» bezeichneten Grössen mutmasslich nicht nur um Gewinne und Beiträge an allgemeine Fixkosten handelt. Vielmehr dürften diese auch gewisse variable mit der Bereitstellung der entsprechenden Produkte anfallende Kosten beinhalten (vgl. Rz 119).

139. Ob ein Bezug über andere Apotheken möglich ist und wie attraktiv diese Option im Vergleich zu den anderen Alternativen ausfällt, ist stark von den individuellen Verhältnissen abhängig. Die Koordination mit anderen Apotheken verursacht einen gewissen Aufwand. Wie gross dieser ist, kann nicht quantifiziert werden (Rz 104).

140. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass insbesondere der Bezug über die Zweitgrossistin für viele Apotheken eine Alternative zum Bezug über Galexis wäre. Apotheken, die bereits heute regelmässig durch eine Zweitgrossistin beliefert werden, könnten ohne wesentliche Zusatzkosten auf diese alternative Bezugsquelle ausweichen. Allenfalls könnte Galexis bei gewissen Apotheken zusätzliche Umsätze verlieren, wenn die Apotheken neben der Trinknahrung von Fresenius Kabi auch andere Produkte neu bei einer Nebengrossistin beziehen würden. Weder die zusätzlichen Lieferkosten der Apotheken beim Bezug über die Zweitgrossistin noch allfällige zusätzliche Umsatzverluste von Galexis können quantifiziert werden. Beide Nachteile dürften aber gering ausfallen.

B.7.2.4.4 Wechsel der Hauptgrossistin

Einleitung

141. 279 der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken gehören zur Galenica-Gruppe. Diese können [gemäss der Einschätzung der Behörde] nicht zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten kann.¹⁵⁶ Auch die 88 Apotheken der Kette Coop Vitality werden jedenfalls nicht ohne Weiteres zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln, da die Galenica-Gruppe [<50] % des Aktienkapitals der Dachgesellschaft dieser Kette hält. Bei 367 der insgesamt rund [750–1250] Apotheken, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden, ist deshalb die Gefahr eines Wechsels von vornherein gering bis nicht existent. Dabei handelt es sich immerhin um [30–50] % der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken (Rz 69). Nachfolgend wird die Wechselgefahr für die verbleibenden von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken eingeschätzt.

142. Der Wechsel der Hauptgrossistin verursacht gewisse Kosten (Rz 72). Aus diesem Grund würde der Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus dem Angebot von Galexis in der Regel nur dann zu einem solchen Wechsel führen, wenn die Kosten der anderen Reaktionsmöglichkeiten (Angebotsverzicht oder Ausweichen auf andere Bezugsquellen) im Vergleich zu den Wechselkosten relativ hoch ausfallen. Das kann dann der Fall sein, wenn eine Apotheke nur selten Produkte von einer Nebengrossistin bezieht, zum Beispiel weil sie in einer abgelegenen Region liegt¹⁵⁷ und gleichzeitig relativ viel Trinknahrung von Fresenius Kabi verkauft. In diesem Fall wäre die naheliegendste Ausweichmöglichkeit, nämlich der Bezug bei einer Nebengrossistin, mit relativ hohen Kosten verbunden.

143. Nur rund [<10] % der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten und nicht zur Galenica-Gruppe gehörenden Apotheken kaufen für mindestens 10 000 Franken jährlich Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi bei Galexis ein. Selbst bei diesen Apotheken handelt es sich dabei gemessen am Wert der insgesamt bei Galexis bezogenen Produkte um geringe Umsätze (Rz 88 ff.). Deshalb ist davon auszugehen, dass es nur wenige Apotheken gibt, bei welchen der Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus dem Sortiment von Galexis zu einem Wechsel der Hauptgrossistin führen könnte.

144. Zudem dürfte die genannte Wechselgefahr auch davon abhängig sein, wie attraktiv aus Sicht der Apotheke das Angebot von Galexis als Hauptgrossistin im Vergleich zu den anderen Grossistinnen ausfällt. Da Galexis im Vergleich zu den anderen Grossistinnen wesentlich grösser ist, hat sie mutmasslich ein breiteres Sortiment (Rz 61). Deshalb ist es möglich, dass sich

¹⁵⁶ Act. II.23, Rz 17.

¹⁵⁷ Vgl. die Aussage der Apotheke mit Identifikationsnummer 90569 (Act. II.C.1).

ein Wechsel selbst dann nicht lohnt, wenn die Kosten der anderen Optionen (Angebotsverzicht oder Bezug über andere Quellen) relativ hoch ausfallen. Wenn zum Beispiel eine in einer Randregion gelegene Apotheke die Hauptgrossistin wechselt, muss sie sich möglicherweise neu von mehreren Grossistinnen beliefern lassen, weil die Konkurrentinnen von Galexis zwar die Trinknahrung von Fresenius Kabi im Sortiment haben, aber dafür möglicherweise andere Produkte nicht anbieten. Insbesondere weil die Konditionen, zu welchen die Apotheken bei den verschiedenen Grossistinnen beziehen können, je nach Rahmenvertrag und je nach individuell verhandelten Bedingungen unterschiedlich ausfallen, ist diesbezüglich keine allgemeine Aussage möglich.

145. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es auf die individuellen Umstände der einzelnen Apotheken ankommt. Je nach den individuell und im Rahmen von Gruppierungen und Ketten ausgehandelten Konditionen und je nach den Kosten der verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten fällt die Gefahr eines Wechsels der Hauptgrossistin unterschiedlich aus. Aufgrund der bereits ausgewerteten Umsatzzahlen ist davon auszugehen, dass diese Gefahr bei den meisten Apotheken gering ist (Rz 88 ff.). Nachfolgend werden die zusätzlich zu den genannten Umsatzzahlen vorliegenden Beweismittel gewürdigt, um das entsprechende Risiko für Galexis noch genauer einschätzen zu können.

Aussagen der Parteien

146. Galexis selber schätzt die genannte Gefahr von Wechseln hoch ein: *«Wenn Galexis keine Fresenius-Produkte mehr im Sortiment hätte, würden die Apotheken und Homecare-Anbieter den Grossisten wechseln»*.¹⁵⁸ Fresenius Kabi hingegen sieht keine solche Gefahr: *«Keine Apotheke würde aufgrund von Sortimentseinschränkungen bei Trinknahrung ihren Grossisten wechseln»*.¹⁵⁹

Zeugenaussage

147. Das Sekretariat befragte ein Vorstandsmitglied von PharmaSuisse als Zeugen. Dieser ist Inhaber von [...] Apotheken und führt die Geschäfte einer dieser Apotheken.¹⁶⁰ Galexis ist Hauptgrossistin dieser Apotheken.¹⁶¹ Er sagte aus, dass seine Apotheken am ehesten ganz darauf verzichten würden, Trinknahrung von Fresenius Kabi anzubieten, falls Galexis diese nicht mehr liefern könnte. Grund sei, dass er damit nur geringe Umsätze erziele und dass es vergleichbare Produkte anderer Herstellerinnen gebe.¹⁶² Für ihn seien keine durch diesen Angebotsverzicht entstehenden Nachteile ersichtlich.¹⁶³ Damit konsistent ist die weitere Aussage des Zeugen, wonach er nicht von Galexis zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würde, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten könnte.¹⁶⁴

148. In Bezug auf andere Schweizer Apotheken ist der Zeuge der Meinung, dass auch diese wegen der fehlenden Verfügbarkeit von Trinknahrung von Fresenius Kabi nicht die Hauptgrossistin wechseln würden.¹⁶⁵ Dabei stellt der Zeuge allerdings klar, dass er betreffend Trinknahrung in erster Linie mit den Verhältnissen im Kanton [...] vertraut sei.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Act. III.1, Zeilen 377–378.

¹⁵⁹ Act. II.55, Rz 21.

¹⁶⁰ Act. III.4, Zeilen 81–88.

¹⁶¹ Act. III.4, Zeile 160.

¹⁶² Act. III.4, Zeile 217.

¹⁶³ Act. III.4, Zeile 221.

¹⁶⁴ Act. III.4, Zeile 224.

¹⁶⁵ Act. III.4, Zeilen 227–229.

¹⁶⁶ Act. III.4, Zeilen 232–235.

Umfrage bei Apotheken

149. Wie erwähnt ist es von den individuellen Umständen der Apotheken abhängig, wie attraktiv die verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten auf einen Ausfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi bei der Hauptgrossistin sind (Rz 132 ff.). Davon ist es wiederum abhängig, ob eine Apotheke den Wechsel der Hauptgrossistin in Betracht ziehen würde (Rz 141 ff.). Als erfahrener Apotheker und Vorstandsmitglied von PharmaSuisse kann der Zeuge zwar einschätzen, wie der grösste Teil der Apotheken reagieren würde. Trotzdem ist er nicht mit den konkreten Umständen jeder einzelnen Apotheke vertraut. Aus diesem Grund hat das Sekretariat zusätzlich eine Umfrage bei denjenigen Apotheken durchgeführt, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die nicht zur Galenica-Gruppe gehören. Nur bei diesen Apotheken besteht grundsätzlich die Gefahr, dass sie zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden (Rz 141).

150. Konkret stellte das Sekretariat [250–450] Einzelapotheken per E-Mail eine Einladung zu, an einer Online-Umfrage teilzunehmen. Diese [250–450] Apotheken gehören nicht zu einer Apothekenkette und können deshalb ihre Hauptgrossistin selber auswählen. Es handelt sich dabei um sämtliche Einzelapotheken, die von Galexis mit grosser Wahrscheinlichkeit als Hauptgrossistin beliefert werden (vgl. Appendix G.1.4 sowie Act. IV.1 für genauere Erläuterungen zur Auswahl der befragten Apotheken).¹⁶⁷

151. Zusätzlich zu den [250–450] Einzelapotheken hat das Sekretariat [5–10] Apothekenketten zur Teilnahme an der genannten Umfrage eingeladen. Das Sekretariat hat also sämtliche Apotheken kontaktiert, die mutmasslich von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die nicht zur Galenica-Gruppe gehören. In diesem Sinne handelt es sich bei der Befragung des Sekretariats um eine Vollerhebung.

152. In der Einladungsemail an die Apotheken wurde dargelegt, dass die Befragung im Rahmen einer Untersuchung der Wettbewerbsbehörden durchgeführt wird. Ausserdem wurde erläutert, dass mit der Umfrage ermittelt werden soll, wie die Apotheken reagieren würden, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr liefern könnte. Der genaue Text der Einladungsemail ist in Appendix G.4 dargestellt.¹⁶⁸

153. Von den [250–450] durch das Sekretariat kontaktierten Einzelapotheken («*kontaktiert*») antworteten 209 («*Antwort*»). [...] Apotheken gaben keine Antwort («*keine Antwort*»). Relevant ist das Wechselverhalten aller [250–450] Apotheken einschliesslich derjenigen, die keine Antwort gaben. Aus diesem Grund muss geprüft werden, ob aus den vorliegenden Antworten Rückschlüsse für alle kontaktierten Apotheken gezogen werden können. Zu diesem Zweck wird nachfolgend untersucht, ob sich diejenigen Apotheken, die an der Umfrage teilnahmen,

¹⁶⁷ Zur Sicherheit wurde in der Umfrage zunächst geklärt, ob Galexis zum Zeitpunkt der Umfrage die Hauptgrossistin war. Apotheken, die angaben, dass Galexis nicht ihre Hauptgrossistin sei, werden bei den Auswertungen der Antworten auf die übrigen Fragen nicht berücksichtigt.

¹⁶⁸ Die Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi bringen vor, dass die Nennung des Absenders (Sekretariat der Wettbewerbskommission), der beteiligten Streitparteien (Galexis und Fresenius Kabi) sowie des juristischen Hintergrunds wahrscheinlich «*sowohl die Teilnahmebereitschaft an sich wie auch das Antwortverhalten der Auskunftspersonen beeinflusst hat – in unbekanntem Ausmass*» (Act. II.55, Beilage 3, S. 4). Da die Wettbewerbsbehörden bei Eröffnung der Untersuchung den Untersuchungsgegenstand einschliesslich der daran beteiligten Streitparteien publizieren, sind diese Informationen ohnehin schon allgemein bekannt. Ausserdem ist es für die Wettbewerbsbehörden jedenfalls nicht ohne weiteres möglich, eine Umfrage an Externe auszulagern. Insbesondere aus diesem Grund kann auf die Angabe des Absenders nicht verzichtet werden.

Während die Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi monieren, dass man weniger Informationen zum Kontext der Umfrage hätte bereitstellen sollen, scheinen die Parteigutachter von Galexis das Gegenteil zu verlangen: «*Zudem enthielt die Marktbefragung keine Ausführungen zur Problemstellung. Es ist davon auszugehen, dass es für die Apotheken schwierig war die Fragen einzuordnen, da ihnen der Kontext gefehlt hat*» (Act. II.53, Beilage, S. 3). Die Parteigutachter von Galexis legen nicht dar, welche zusätzlichen Informationen zum «*Kontext*» hätten offengelegt werden sollen.

von denjenigen Apotheken unterscheiden, die keine Antwort gaben. Dazu werden messbare Eigenschaften herangezogen, die einen Einfluss auf das Antwortverhalten haben könnten.

154. Die Durchschnittswerte dieser Eigenschaften sind in Tabelle 5 separat für die drei Gruppen «kontaktiert», «Antwort», «keine Antwort» angegeben. Die Umsatzzahlen des Jahres 2023 liegen für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Juli vor. Zur besseren Vergleichbarkeit werden sie auf das ganze Jahr hochgerechnet.¹⁶⁹ Aus Tabelle 5 geht hervor, dass Apotheken mit Korrespondenzsprache Deutsch etwas häufiger geantwortet haben als solche mit Korrespondenzsprache Französisch. Es handelt sich aber um einen geringen Unterschied.

Tabelle 5: Eigenschaften der kontaktierten Einzelapotheken, separat für Apotheken mit und ohne Antwort.

	Anzahl	Anteil Deutsch	Durchschnittlicher Nettoumsatz 2023 Trinknahrung (Fr.)	Durchschnittlicher Nettoumsatz 2023 insgesamt (Fr.)
Keine Antwort	[...]	[60–70] %	[500–3000]	[1–3 Mio.]
Antwort	209	[70–80] %	[500–3000]	[1–3 Mio.]
Kontaktiert (Total)	[250–450]	[65–75] %	[500–3000]	[1–3 Mio.]

Quelle: Act. II.51, Beilage 1 (Umsatzzahlen); Act. II.C.1 (Antworten).

155. Wichtiger als die Korrespondenzsprache dürfte der in der vierten Spalte von Tabelle 5 ausgewiesene Nettoumsatz sein, den Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi an die befragten Apotheken erzielt. Dabei handelt es sich um eine gute Annäherung für das insgesamte Einkaufsvolumen der befragten Apotheken mit Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi. Grund ist, dass die meisten Apotheken jedenfalls den grössten Teil dieser Produkte bei der Hauptgrossistin beziehen (Rz 92) und dass Galexis die Hauptgrossistin der befragten Apotheken ist. Je häufiger eine Apotheke Trinknahrung von Fresenius Kabi verkauft, desto grösser sind tendenziell die für die Apotheke entstehenden Unannehmlichkeiten, wenn ihre Hauptgrossistin diese Produkte nicht mehr liefern kann (Rz 130 ff.). Deshalb ist es möglich, dass es einen Zusammenhang zwischen der Wechselbereitschaft und den erwähnten Nettoumsätzen mit Trinknahrung von Fresenius Kabi geben könnte. Aus diesem Grund ist es wichtig, sicherzustellen, dass die antwortenden Apotheken in dieser Beziehung mit den nicht antwortenden Apotheken vergleichbar sind. Sonst besteht die Gefahr, dass zum Beispiel diejenigen Apotheken häufiger antworten, die stärker betroffen sind und deshalb mit grösserer Wahrscheinlichkeit die Hauptgrossistin wechseln würden. Dadurch könnte das Ergebnis der Umfrage verzerrt werden.

156. Aus Tabelle 5 geht hervor, dass der durchschnittlich von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi im Jahr 2023 erzielte Nettoumsatz bei den antwortenden Apotheken [500–3000] Franken beträgt, während er bei nicht antwortenden Apotheken mit [500–3000] Franken etwas tiefer ausfällt. Dabei handelt es sich um einen geringen Unterschied. Nicht nur der Mittelwert, sondern die gesamte Verteilung dieser Nettoumsätze fällt für die antwortenden im Vergleich zu den nicht antwortenden Apotheken sehr ähnlich aus (vgl. dazu die Ergebnisse in Appendix G.4.2).¹⁷⁰

¹⁶⁹ Zu diesem Zweck werden die Umsätze mit dem Faktor (12/7) multipliziert.

¹⁷⁰ Galexis reichte zusammen mit den Kontaktinformationen der Apotheken Umsatzzahlen ein (Act. II.51, Beilage 1). Deshalb liegen diese für alle kontaktierten Apotheken vor, also auch für diejenigen, die nicht an der Umfrage teilnahmen.

157. Zusätzlich wird geprüft, ob sich die antwortenden Apotheken von den nicht antwortenden Apotheken in Bezug auf den von Galexis mit dem Verkauf aller Produkte an diese Apotheken erzielten Nettoumsatz unterscheiden. Auch das ist nicht der Fall. Der durchschnittliche Nettoumsatz 2023 fällt für beide Gruppen ähnlich aus (fünfte Spalte von Tabelle 5). Die Verteilung dieser Nettoumsätze unterscheidet sich nicht wesentlich zwischen den beiden Gruppen (Appendix G.4.2). Aus diesen Gründen ist die Gefahr gering, dass sich die antwortenden Apotheken von den nicht antwortenden Apotheken in Bezug auf ein für ihre Wechselbereitschaft relevantes Kriterium wesentlich unterscheiden. Aus diesem Grund können aus den vorliegenden Antworten Rückschlüsse auf alle der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Einzelapotheken, die nicht zur Galenica-Gruppe gehören, gezogen werden.¹⁷¹

158. Die per E-Mail versandte Einladung zur Teilnahme an der Umfrage enthielt einen Link und einen QR-Code, mit welchem die Apotheken auf eine von Microsoft betriebene Internetseite gelangten. Dort wurden die Apotheken zunächst aufgefordert, die ihnen per E-Mail mitgeteilte Identifikationsnummer einzugeben (vgl. Act. IV.1 für weitere Erläuterungen zur technischen Durchführung der Online-Umfrage). Als nächstes wurden die Apotheken gefragt, ob Galexis ihre Hauptgrossistin sei. Von den 209 Einzelapotheken, die an der Umfrage teilnahmen, gaben 26 an, dass Galexis nicht ihre Hauptgrossistin sei.¹⁷² Diesen Apotheken wurden keine weiteren Fragen gestellt. Deshalb liegen Antworten von 183 Einzelapotheken vor, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden. Jede dieser 183 Einzelapotheken beantwortete anschliessend durch Anklicken eines der 11 Kästchen die in Abbildung 5 dargestellte Frage.

Abbildung 5: Frage 3 der Online-Umfrage (*Wechselbereitschaft ex-ante*).

3. Wie wahrscheinlich ist es, dass Sie innerhalb der nächsten zwei Jahre von Galexis zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln werden?

*

0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

Gar nicht
wahrscheinlich
Äusserst
wahrscheinlich

Quelle: Act. II.B.1.

159. Damit soll erfasst werden, wie gross die bereits vor einem allfälligen Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi bestehende Bereitschaft ist, zu einer anderen Hauptgrossistin zu wechseln. Anschliessend beantworteten die Apotheken die in Abbildung 6 dargestellte Frage. Damit soll erfasst werden, wie gross die Wechselbereitschaft im vorliegend relevanten Szenario ausfällt.

¹⁷¹ Die Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi kritisieren, dass die befragten Apotheken nicht repräsentativ für alle Apotheken in der Schweiz seien (Act. II.55, Beilage 3, S. 4). Diese Kritik stösst ins Leere, weil vorliegend Aussagen zu den von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken, die nicht zur Galenica-Gruppe gehören, gemacht werden sollen. Im Übrigen beurteilen die Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi Auswertungen, die ihnen gar nicht vorlagen. Der von ihnen geforderte und angeblich vom Sekretariat nicht erbrachte Nachweis der Repräsentativität (Act. II.55, Beilage 3, S. 6 ff.) befindet sich in Rz 153 ff. und in Appendix G.4.2.

¹⁷² 2 Apotheken teilten dem Sekretariat per E-Mail mit, dass Galexis nicht ihre Hauptgrossistin sei (Act. II.C.3; Act. II.C.4). Deshalb sind die Antworten dieser Apotheken nicht in der durch Microsoft Forms erstellten Zusammenstellung der übrigen Antworten (Act. II.C.1) enthalten.

Abbildung 6: Frage 4 der Online-Umfrage (*Wechselbereitschaft ex-post*).

4. Stellen Sie sich vor, dass Galexis dauerhaft keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr liefern kann.

Wie wahrscheinlich ist es unter diesen Umständen, dass Sie innerhalb der nächsten zwei Jahre von Galexis zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden? *

0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
---	---	---	---	---	---	---	---	---	---	----

Gar nicht wahrscheinlich Äusserst wahrscheinlich

Quelle: Act. II.B.1.

160. Schliesslich hatten die Apotheken die Gelegenheit, in einem Freitextfeld weitere Bemerkungen oder Informationen anzufügen, die im Zusammenhang mit der Umfrage von Bedeutung sein könnten.

161. Die Grundidee der Umfrage besteht darin, die Veränderung der Wechselbereitschaft zu erfragen, welche durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus dem Angebot von Galexis verursacht werden könnte. Diese Veränderung entspricht der Differenz zwischen der in Frage 4 angegebenen Wahrscheinlichkeit und der in Frage 3 angegebenen Wahrscheinlichkeit. Eine grosse Differenz ist ein Indiz für ein gestiegenes Wechselrisiko. Zusätzlich zur Veränderung dieses Risikos kann anhand der Antwort auf Frage 4 das resultierende Wechselrisiko eingeschätzt werden.

162. Aus Sicht der Apotheken ist es schwierig, die Fragen 3 und 4 zu beantworten. Wie oben dargelegt, müssten sie insbesondere die Kosten verschiedener anderer Ausweichmöglichkeiten berücksichtigen (Rz 126 ff.). Es ist zwar davon auszugehen, dass die Apotheken diese anderen Ausweichmöglichkeiten kennen. In ihren Bemerkungen im Freitextfeld diskutieren viele von ihnen zum Beispiel den Direktbezug bei Fresenius Kabi oder den Bezug über die Zweitgrossistin.¹⁷³ Gleichzeitig ist es unwahrscheinlich, dass sie die genauen Kosten der verschiedenen Ausweichmöglichkeiten berechnet haben. Eine solche Berechnung wäre, wenn überhaupt, nur mit grossem Aufwand möglich. Ausserdem ist es soweit ersichtlich noch nie vorgekommen, dass eine Herstellerin von Lebensmitteln für besondere medizinische Zwecke eine ganze Produktgruppe dauerhaft nicht mehr an eine in der Schweiz tätige Grossistin geliefert hätte, während alle anderen Grossistinnen die entsprechenden Produkte weiterhin anbieten konnten.¹⁷⁴ Die Apotheken müssen also ihr Verhalten in einer Situation einschätzen, welche so noch nie aufgetreten ist. Bei der Interpretation der Ergebnisse der Umfrage muss deshalb berücksichtigt werden, dass kaum alle Apotheken genau voraussagen können, wie sie im beschriebenen Szenario reagieren würden. Trotzdem ist davon auszugehen, dass die Apotheken ihre eigene Reaktion mindestens ungefähr einschätzen können.

163. Selbst wenn eine Apotheke einschätzen kann, wie sie im beschriebenen Szenario reagieren würde, bedeutet das nicht automatisch, dass sie den Wettbewerbsbehörden diese Einschätzung unverfälscht bekanntgibt. Grundsätzlich haben die Apotheken ein Interesse daran, die Trinknahrung von Fresenius Kabi über möglichst viele Bezugsquellen einkaufen zu können. Es ist möglich, dass manche Apotheken glauben, dass der Bezug über Galexis am ehesten dann weiterhin möglich sein wird, wenn sie eine hohe Wechselwahrscheinlichkeit angeben.

¹⁷³ Act. II.C.1.

¹⁷⁴ Vgl. Act. II.53, S. 1; Act. II.51, S. 5.

In diesem Fall hätten die Apotheken grundsätzlich einen Anreiz, bei der Beantwortung der Umfrage eine übertrieben grosse Wechselwahrscheinlichkeit anzugeben. Gegen solche Verfälschungen spricht die Tatsache, dass der Zusammenhang zwischen der eigenen Auskunft und der Verfügbarkeit von Trinknahrung bei Galexis im besten Fall ein sehr schwacher wäre. Deshalb scheint wenig plausibel, dass ein grosser Teil der Apotheken für einen derart geringen Vorteil bereit wäre, gegenüber einer Behörde absichtlich eine falsche Einschätzung abzugeben. Trotzdem ist davon auszugehen, dass solche strategischen Überlegungen tendenziell dazu führen, dass die angegebenen Wechselwahrscheinlichkeiten eher zu hoch ausfallen. Diesem Umstand muss bei der Interpretation der Antworten Rechnung getragen werden.¹⁷⁵

164. In der Umfrage wird nur nach dem Wechsel der Hauptgrossistin und nicht nach anderen Ausweichmöglichkeiten der Apotheken gefragt (vgl. Rz 127 vorne). Das hat den Vorteil, dass die Apotheken nur wenig Zeit zur Beantwortung benötigten. Die 183 Apotheken, die gemäss eigenen Angaben von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden, beantworteten die Umfrage durchschnittlich innerhalb von 2,3 Minuten.¹⁷⁶ Hätte das Sekretariat stattdessen nach sämtlichen Ausweichmöglichkeiten gefragt, wäre der zeitliche Aufwand wesentlich höher ausgefallen. Damit wäre das Risiko einer niedrigen Rücklaufquote gestiegen. Ausserdem zeigt sich in den von den Apotheken im Freitextfeld abgegebenen Bemerkungen, dass sich diese in der Regel durchaus bewusst sind, dass es neben dem Wechsel der Grossistin auch noch andere Reaktionsmöglichkeiten gibt. Trotzdem kann nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass die Apotheken durch den Fokus auf den Wechsel der Hauptgrossistin dieser Alternative ein übermässig hohes Gewicht gaben. Auch diesem Umstand ist bei der Interpretation der Antworten Rechnung zu tragen.

165. Die Apotheken konnten in ihren Antworten auf die Fragen 3 und 4 sämtliche denkbaren Wahrscheinlichkeiten von «*gar nicht wahrscheinlich*» bis «*äusserst wahrscheinlich*» angeben. Insofern standen ihnen alle denkbaren Antwortmöglichkeiten zur Verfügung. Keine dieser Wahrscheinlichkeiten wurde in Bezug auf die Darstellung der Frage bevorzugt behandelt. Entsprechend sind die Fragen des Sekretariats entgegen der Behauptungen der Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi nicht suggestiv.¹⁷⁷

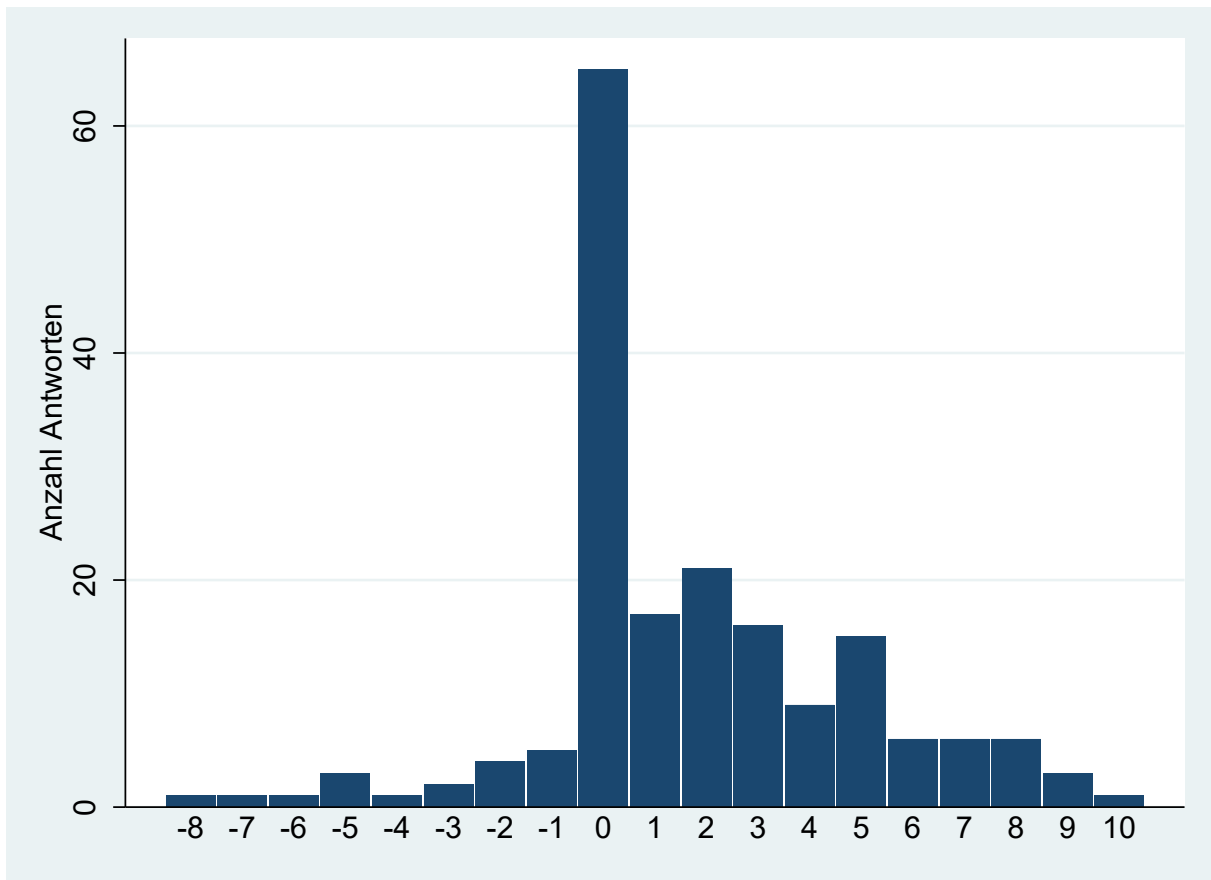
166. Die Verteilung der Antworten der 183 Einzelapotheken auf die Fragen 3 und 4 sind in Appendix G.4.3 dargestellt. Wie erwähnt gaben alle dieser Apotheken in ihrer Antwort auf Frage 2 an, dass Galexis ihre Hauptgrossistin sei. Vorliegend ist insbesondere die Veränderung der Wechselbereitschaft durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus dem Sortiment von Galexis relevant. Diese wird anhand der Differenz zwischen der Wechselbereitschaft ex-post (Antwort auf Frage 4) und der Wechselbereitschaft ex-ante (Antwort auf Frage 3) gemessen. Die Verteilung der entsprechenden Antworten der befragten Apotheken (Antwort auf Frage 4 abzüglich Antwort auf Frage 3) ist in Abbildung 7 dargestellt.

¹⁷⁵ Galexis bringt vor, dass «*die Apotheker aus Loyalitätsüberlegungen nicht bereit sind, gegenüber der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Aussage zu machen, dass sie den Grossisten wechseln würden*» (Act. II.51, S. 5). Da Galexis ein Interesse daran hat, dass die Apotheken eine hohe Wechselgefahr signalisieren, ist unklar, weshalb «*Loyalitätsüberlegungen*» zu einer entgegengesetzten Verfälschung führen sollten.

¹⁷⁶ Es handelt sich um den Median der Differenz zwischen der Startzeit und der Fertigstellungszeit. Beide Zeitstempel wurden von Microsoft automatisch erfasst (Act. II.C.1).

¹⁷⁷ Vgl. Act. II.55, Beilage 3, S. 9 ff. für die entsprechenden Behauptungen der Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi. Diese zitieren Literatur und Gerichtsentscheide zu Umfragen, bei welchen die befragten Personen nicht alle nach der Lebenserfahrung naheliegenden und nicht unwahrscheinlichen Antwortalternativen auswählen konnten. Im Gegensatz dazu beschränkt sich die vorliegende Umfrage zwar auf Fragen zum Wechsel der Hauptgrossistin, schränkt aber die entsprechenden Antwortmöglichkeiten nicht ein.

Abbildung 7: Verteilung der Veränderung der Wechselbereitschaft, 183 Einzelapotheken mit Hauptgrossistin Galexis.



Quelle: Act. II.C.1.

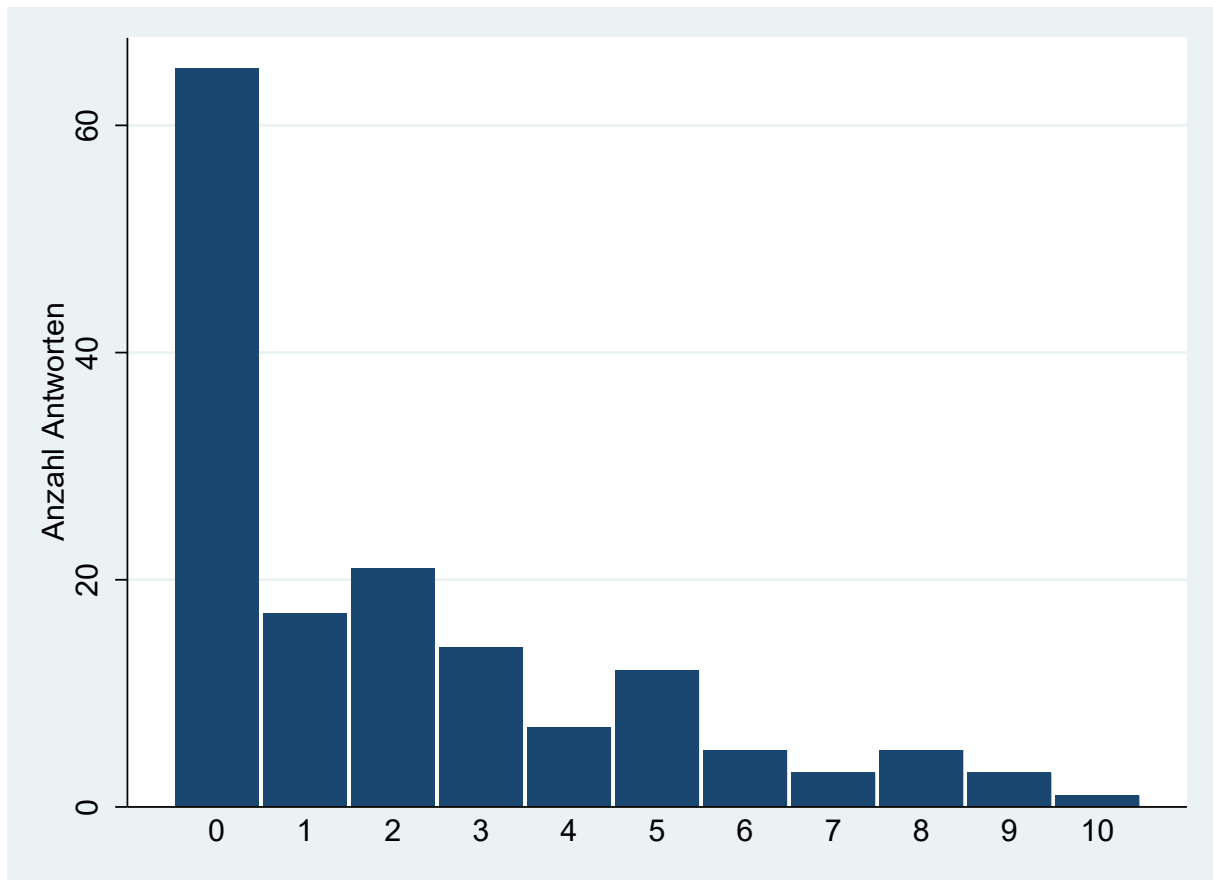
167. Aus Abbildung 7 geht hervor, dass die mit Abstand häufigste Antwort diejenige ist, dass der Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi keinen Einfluss auf die Wechselbereitschaft hat. Einige Apotheken geben an, dass ihre Wechselbereitschaft zunehmen würde. 18 der 183 Apotheken geben in ihrer Antwort auf Frage 3 eine höhere Wahrscheinlichkeit an als in ihrer Antwort auf Frage 4. Da der Wegfall eines Produkts aus dem Sortiment einer Grossistin diese offensichtlich nicht attraktiver macht, sind diese 18 Antworten nicht plausibel. Möglicherweise haben die betreffenden Apotheken die Fragen nicht richtig verstanden. Aus diesem Grund werden diese Antworten von den nachfolgenden Auswertungen ausgeschlossen.

168. Ebenfalls wenig plausibel ist die von manchen Apotheken mit sehr geringem Einkaufsvolumen angegebene deutliche Zunahme ihrer Wechselbereitschaft. Aus diesem Grund werden 12 weitere Apotheken von den nachfolgenden Auswertungen ausgeschlossen. Diese (i) kauften im Jahr 2023 für weniger als [<1000] Franken Trinknahrung von Fresenius Kabi bei Galexis ein und (ii) ihre Antwort auf Frage 4 fiel um mehr als 2 Punkte höher aus als ihre Antwort auf Frage 3. Weil diese Apotheken nur sehr wenig Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi bei Galexis einkaufen, können sie zu relativ geringen Kosten auf andere Bezugsquellen ausweichen oder allenfalls ganz darauf verzichten, Trinknahrung von Fresenius Kabi anzubieten (Rz 126 ff.). Aus diesem Grund ist die von ihnen angegebene hohe Zunahme ihrer Wechselbereitschaft wenig plausibel.

169. Die Verteilung der Antworten der verbleibenden 153 Apotheken auf die Fragen 3 und 4 ist in Appendix G.4.3 dargestellt. Die Verteilung der Veränderung der Wechselbereitschaft

(Antwort auf Frage 4 abzüglich Antwort auf Frage 3) dieser 153 Apotheken kann aus Abbildung 8 entnommen werden.¹⁷⁸

Abbildung 8: Verteilung der Veränderung der Wechselbereitschaft, 153 Einzelapotheken mit Hauptgrossistin Galexis (nur plausible Antworten).



Quelle: Act. II.C.1.

170. Bei 31 der 153 Einzelapotheken, welche von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und deren Antworten plausibel sind, erhöht sich die Wechselwahrscheinlichkeit um mehr als 2 Punkte auf einen Wert von mehr als 5.¹⁷⁹ Das entspricht einem Anteil von rund 20 % der genannten 153 Einzelapotheken. Bei diesen Apotheken nimmt die von den Apotheken eingeschätzte Gefahr eines Grossistinnenwechsels durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi zu.

171. 5 Apotheken (rund 3 % der genannten 153 Einzelapotheken) erreichen eine hohe ex-post Wechselwahrscheinlichkeit, weisen eine relativ starke Erhöhung der Wechselwahrscheinlichkeit auf und kaufen mindestens für [>500] Franken Trinknahrung von Fresenius Kabi bei

¹⁷⁸ Fresenius Kabi fordert den Ausschluss von 5 Apotheken, weil deren Bemerkungen im Freitextfeld nicht konsistent mit der jeweiligen Antwort auf Frage 4 seien. Es handelt sich um die Apotheken mit den ID-Nummern 6581, 22717 und 54261, 64265 und 71976 (Act. II.55, Rz 34). Zwei dieser Apotheken werden bereits im Rahmen der oben dargelegten Bereinigungen entfernt. Die übrigen drei werden nicht ausgeschlossen, weil eine objektive Beurteilung allfälliger Inkonsistenzen jedenfalls nicht bei allen Apotheken möglich ist. Ausserdem hätte die Entfernung der verbleibenden drei Apotheken keinen wesentlichen Einfluss auf die Ergebnisse.

¹⁷⁹ Mit anderen Worten sind die folgenden beiden Bedingungen bei 31 der genannten 153 Apotheken erfüllt: (i) Antwort auf Frage 4 – Antwort auf Frage 3 > 2 und (ii) Antwort auf Frage 4 > 5 .

Galexis ein. Bei diesen Apotheken besteht eine gewisse Gefahr, dass sie aufgrund des Wegfalls der Trinknahrung von Fresenius Kabi die Hauptgrossistin wechseln könnten. Konkret erfüllen diese 5 Apotheken alle der nachfolgend aufgelisteten Kriterien:

- Die Wechselwahrscheinlichkeit ex-post beträgt 9 oder 10 (Antwort auf Frage 4 > 8).
- Die Wechselwahrscheinlichkeit erhöht sich um mindestens 3 Punkte (Antwort auf Frage 4 abzüglich Antwort auf Frage 3 > 2).
- Galexis lieferte im Jahr 2023 Trinknahrung für mehr als [>500] Franken.

172. 3 dieser 5 Apotheken erreichen die maximale Wechselwahrscheinlichkeit von 10 in ihrer Antwort auf Frage 4. Das entspricht einem Anteil von rund 2 % der genannten 153 Einzelapotheken.

173. Manche der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken gehören einer Kette an. Deshalb lud das Sekretariat zusätzlich zu den genannten [250–450] Einzelapotheken (vgl. Rz 150) [5–10] Apothekenketten ein, an der Umfrage teilzunehmen. Diesen Apothekenketten gehören zwischen 2 bis zu rund 90 Apotheken an.¹⁸⁰ Darunter befindet sich auch die Coop Vitality AG, an welcher die Galenica-Gruppe mit einem Anteil von [<50] % des Aktienkapitals beteiligt ist (Rz 69). Die den Ketten gestellten Fragen unterschieden sich lediglich dadurch von der oben beschriebenen Umfrage für Einzelapotheken, dass die Fragen aus Sicht aller der Kette angeschlossenen Apotheken zu beantworten waren.¹⁸¹

174. 4 der [5–10] Ketten nahmen an der Umfrage teil, darunter auch die Coop Vitality AG. Die Apothekenketten, welche nicht teilnahmen, sind gemessen am Nettoumsatz von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi im Jahr 2023 von untergeordneter Bedeutung.¹⁸²

175. In Tabelle 6 sind die Antworten der Apothekenketten aufgelistet. Daraus geht hervor, dass sich die Wechselbereitschaft auch bei den Apothekenketten durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi nur geringfügig verändert und auch ex-post keine hohen Werte annimmt. Deshalb dürfte die Gefahr gering sein, dass eine Apothekenkette von Galexis zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würde, weil Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten kann.

Tabelle 6: Wechselbereitschaft der Apothekenketten (Antworten auf Fragen 3 und 4 der Umfrage) sowie Veränderung der Wechselbereitschaft (Antwort auf Frage 4 - Antwort auf Frage 3).

ID	Ex-ante	Ex-post	Veränderung der Wechselbereitschaft
44511	3	3	0
53430	4	7	3
78907	5	5	0
94147	3	5	2

Quelle: Act. II.C.2.

176. Zusätzlich zu den Ergebnissen der Umfrage des Sekretariats liegen die Antworten einer von Fresenius Kabi bei der DocWorld AG in Auftrag gegebenen Umfrage bei 100 in der Schweiz tätigen Apothekerinnen und Apothekern vor («Partei-umfrage»). Fresenius Kabi stellt

¹⁸⁰ Vgl. Act. IV.1 für weitere Erläuterungen zur Umfrage einschliesslich der Definition von Apothekenketten für den Zweck der Umfrage.

¹⁸¹ Act. II.B.3 (Fragen für deutschsprachige Apothekenketten); Act. II.B.4 (Fragen für französischsprachige Apothekenketten). Gleiches gilt auch für die Einladungsemails (Act. II.A.3; Act. II.A.4).

¹⁸² Galexis erzielte im Jahr 2023 einen Nettoumsatz von weniger als [<50 000] Franken mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi an Apothekenketten, die nicht an der Umfrage teilnahmen.

nicht explizit klar, in Bezug auf welche Grundgesamtheit anhand der Umfrageergebnisse Aussagen möglich sein sollen. Mutmasslich handelt es sich um alle in der Schweiz tätigen Apothekerinnen und Apotheker.¹⁸³ Die Stichprobe der tatsächlich befragten Apothekerinnen und Apotheker weist möglicherweise in Bezug auf vorliegend relevante Eigenschaften wie zum Beispiel die von den Apotheken erzielten Umsätze mit Trinknahrung eine von der Grundgesamtheit abweichende Verteilung aus. Diesbezüglich fehlen relevante Angaben.¹⁸⁴ Ausserdem muss bei der Interpretation der Ergebnisse berücksichtigt werden, dass es Fresenius Kabi unterlassen hat, die Daten in Bezug auf wenig plausible oder inkonsistente Antworten zu bereinigen.¹⁸⁵

177. Ebenfalls zu berücksichtigen ist die Tatsache, dass sich unter den von Fresenius Kabi befragten Apothekerinnen und Apothekern nur wenige befinden, die für die vorliegend besonders relevanten Apotheken tätig sind. Dabei handelt es sich um Apotheken, die (i) von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die (ii) nicht zur Galenica-Gruppe gehören, weil nur diese zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln könnten (Rz 149).¹⁸⁶

178. Unter den genannten Vorbehalten ist festzuhalten, dass die Ergebnisse der «*Partei*umfrage» von Fresenius Kabi weitgehend mit denjenigen der Umfrage des Sekretariats konsistent sind. Die überwiegende Mehrheit der befragten Personen gab an, dass Trinknahrungsprodukte bei der Wahl der Hauptgrossistin keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.¹⁸⁷ Nur 3 % der befragten Personen sagten, dass ihre Apotheke den Wechsel der Hauptgrossistin in Betracht ziehen würde, falls diese eine konkrete Marke für Trinknahrung nicht mehr anbieten würde.¹⁸⁸

¹⁸³ Aus den Ergebnissen werden Aussagen in Bezug auf Apotheken im Allgemeinen abgeleitet (vgl. z.B. Act. II.55, Beilage 1, S. 50 f.).

¹⁸⁴ Es liegen keine Angaben dazu vor, wie die 350 im Online-Panel der DocWorld AG vertretenen Apothekerinnen und Apotheker rekrutiert wurden und welche Eigenschaften die rekrutierten Personen haben (z.B. Umsatzzahlen der Apotheken, für welche diese Personen tätig sind). Ausserdem wurden die 100 an der Umfrage teilnehmenden Personen nicht zufällig aus dem genannten Online-Panel ausgewählt. Vielmehr nahmen die ersten 100 teil, die Interesse an einer Teilnahme zeigten (Act. II.55, Beilage 1, S. 38). Ein solcher Auswahlprozess kann zu Verzerrungen führen, so dass die Gruppe der teilnehmenden Personen möglicherweise nicht einmal in Bezug auf die im Online-Panel vertretenen Personen repräsentativ ist. Ausserdem fehlen in Bezug auf die befragten Personen wichtige Angaben, namentlich die Umsatzzahlen der Apotheken, für welche diese Personen tätig sind. Aus diesen Gründen fehlt der Umfrage von Fresenius Kabi im Gegensatz zu derjenigen des Sekretariats ein Repräsentativitätsnachweis.

¹⁸⁵ Dazu ein Beispiel: Nur 67 der 100 befragten Personen gaben an, dass ihr Grossist Trinknahrungsprodukte von Fresenius Kabi anbiete, 17 wählten die Option «*weiss nicht*». Es verbleiben also 16 der befragten 100 Personen, die davon ausgehen, dass «*ihr Grossist*» keine Trinknahrung von Fresenius Kabi anbiete. Falls die befragten Personen unter «*ihr Grossist*» die Hauptgrossistin verstehen, trifft das nicht zu. Alle in der Schweiz tätigen Vollgrossistinnen bieten die genannten Produkte an (Rz 61). Trotzdem scheinen auch die Antworten derjenigen Personen in die Auswertungen einzufließen, die eine nicht plausible Antwort auf die genannte Frage gaben oder diese nicht beantworten konnten.

¹⁸⁶ 45 der befragten Personen gaben an, dass Galexis ihre Hauptgrossistin sei (Act. II.55, Beilage 2, S. 5, Antwort auf Frage 3.3). Ausserdem gaben 19 Personen an, dass ihre Apotheke zu Amavita oder zu Sun Store gehöre (Act. II.55, Beilage 2, S. 4, Antwort auf Frage 3.2). Beide dieser Ketten gehören zur Galenica-Gruppe (Rz 69). Folglich nahmen mutmasslich nur 26 Personen teil, deren Apotheke von Galexis als Hauptgrossistin beliefert wird und die nicht zur Galenica-Gruppe gehört. Viele dieser Apotheken können nicht selber ihre Hauptgrossistin auswählen. So nahmen zum Beispiel 8 zur Coop Vitality AG gehörende Apotheken an der Umfrage teil. Dabei handelt es sich um eine Kette. Die einzelnen Apotheken können die Hauptgrossistin nicht selber auswählen (Vgl. auch die Antworten der befragten Personen auf Frage 3.5, Act. II.55, Beilage 2, S. 6).

¹⁸⁷ Act. II.55, Beilage 2, S. 13.

¹⁸⁸ Act. II.55, Beilage 2, S. 14.

Gesamtwürdigung der Gefahr von Grossistinnenwechseln

179. Rund [20–40 %] der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken gehören zur Galenica-Gruppe. Diese Apotheken können nicht zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln. Weil die Galenica-Gruppe einen Anteil von [<50] % am Aktienkapital der Coop Vitality AG hält, scheint es wenig plausibel, dass die zur gleichnamigen Kette gehörenden Apotheken wegen der Trinknahrung von Fresenius Kabi zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden. Aus diesen Gründen fällt bei [30–50] % der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken das Risiko eines Wechsels zu einer anderen Hauptgrossistin gering aus (Rz 141).

180. Von den verbleibenden von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken kaufen viele nur wenig Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi bei Galexis ein. Mehr als die Hälfte dieser Apotheken geben jährlich weniger als [500–2500] Franken für diese Produkte aus. Rund ein Drittel beziehen sogar für weniger als [<1000] Franken jährlich solche Trinknahrung bei Galexis (Rz 88 ff. und Appendix G.2). Auch bei diesen Apotheken ist das Risiko gering, dass sie zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden.

181. Selbst Apotheken, welche relativ viel Trinknahrung bei ihrer Hauptgrossistin Galexis einkaufen, würden nur dann die Hauptgrossistin wechseln, wenn der Bezug über alternative Quellen unverhältnismässig teuer wäre. Das dürfte nur bei den wenigsten dieser Apotheken der Fall sein, insbesondere weil viele regelmässig Produkte bei einer Zweitgrossistin beziehen. Aus diesen Gründen ist das Risiko gering, dass Galexis durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi Kundinnen verlieren würde.

182. Mit dieser Einschätzung konsistent sind die Zeugenaussage eines Vertreters von PharmaSuisse sowie die Angaben der vom Sekretariat befragten Apotheken. Auch die Ergebnisse einer von Fresenius Kabi in Auftrag gegebenen Umfrage bei Apothekerinnen und Apothekern deuten in eine ähnliche Richtung.

183. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass höchstens wenige der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken in Betracht ziehen würden, zu einer anderen Hauptgrossistin zu wechseln, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten könnte.

184. Die Parteigutachter von Galexis schätzen diese Gefahr insbesondere gestützt auf die Umfrage des Sekretariats wesentlich grösser ein. Sie bringen vor, dass 37 der aktuell von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Einzelapotheken mit «*hoher Wahrscheinlichkeit*» zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden.¹⁸⁹ Dabei handelt es sich insbesondere aus den folgenden Gründen um eine Überschätzung dieses Risikos:¹⁹⁰

- Unter den genannten 37 Apotheken befinden sich auch solche, deren Wechselbereitschaft ex-post (Antwort auf Frage 4 der Umfrage des Sekretariats) mit einem Wert von 5 eher tief ausfällt. Diese Apotheken würden kaum mit hoher Wahrscheinlichkeit tatsächlich die Hauptgrossistin wechseln.
- Unter den genannten 37 Apotheken befinden sich auch solche, die im Jahr 2023 gar keine oder nur sehr wenig Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi bei Galexis einkauften.¹⁹¹ Bei diesen Apotheken ist ein Wechsel selbst dann unwahrscheinlich, wenn

¹⁸⁹ Act. II.53, S. 9.

¹⁹⁰ Die Parteigutachter von Galexis selber gingen in ihrem ersten Gutachten in einem Szenario von der Annahme aus, dass lediglich eine Apotheke die Hauptgrossistin wechseln würde (Act. II.46, Abbildung 5). Dort wird der «*nachgelagerte Effekt*», der durch den «*Verlust des Deckungsbeitrags auf verlorene Kunden*» entsteht, folgendermassen angegeben: «*Jährlicher Verlust in der Höhe von ca. CHF [<0.5] Mio. (falls nur ein Abnehmer seinen Hauptgrossisten wechselt)*».

¹⁹¹ Act. II.C.1 (Antworten der Apotheken); Act. II.51, Beilage 1 (Umsatzzahlen).

die befragten Apotheken in der Umfrage des Sekretariats hohe Wechselwahrscheinlichkeiten angeben.

- Weil die Apotheken ihr Verhalten in einer noch nie dagewesenen Situation einschätzen müssen, sind ihre Antworten mit Unsicherheit behaftet (Rz 162). Zusätzlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass manche Apotheken aus strategischen Gründen eine übertrieben grosse Wechselwahrscheinlichkeit angeben (Rz 163) oder die vom Sekretariat gestellten Fragen nicht verstanden haben (Rz 166 f.). Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass nicht bei allen Apotheken, die eine hohe Wechselbereitschaft signalisieren, tatsächlich ein hohes Wechselrisiko besteht.

185. In der Stellungnahme von Galexis schätzen deren Parteigutachter erneut anhand der vom Sekretariat durchgeführten Umfrage die Anzahl von Apotheken, welche zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten könnte. Je nach Szenario handelt es sich um 8–41 Apotheken.¹⁹² Insbesondere wegen der bereits erwähnten Unsicherheiten der Antworten der Apotheken (Rz 184, dritter Spiegelstrich) kann die Anzahl der wechselnden Apotheken nicht genau quantifiziert werden. Die Umfrage des Sekretariats erlaubt eine grobe Einschätzung der Wechselgefahr, nicht aber eine Quantifizierung der Anzahl Apotheken, die tatsächlich wechseln würden. Ausserdem berücksichtigen die Parteigutachter von Galexis nicht, dass Galexis Massnahmen ergreifen kann, um wechselgefährdete Apotheken von einem Wechsel abzuhalten (vgl. Rz 189).

B.7.2.5 Gesamtwürdigung der Folgen der Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis

186. Wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr beziehen kann, kann sie diese nicht mehr anbieten. Parallelimporte sind ohne Einwilligung von Fresenius Kabi nicht legal möglich und inländische Händlerinnen können die von Galexis benötigten Mengen ebenfalls kaum ohne Einverständnis von Fresenius Kabi liefern (Rz 116 ff).

187. Wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr anbieten kann, erleidet Galexis durch den Wegfall der damit erzielten Gewinne und Deckungsbeiträge an allgemeine Fixkosten einen Schaden in der Höhe von weniger als [<400 000] Franken jährlich (Rz 119 ff.).

188. Ausserdem verliert Galexis durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi als Grossistin an Attraktivität. Dieser Nachteil kann nicht genau quantifiziert werden. Die vorliegenden Informationen deuten aber darauf hin, dass die damit einhergehenden Nachteile für Galexis eher gering ausfallen würden. Dafür sprechen insbesondere die folgenden Überlegungen:

- Viele Apotheken kaufen regelmässig Produkte bei ihrer Zweitgrossistin ein. Diese Apotheken könnten in der Regel ohne wesentliche Zusatzkosten die Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi statt bei Galexis bei ihrer Zweitgrossistin beziehen. Deshalb würde Galexis aus Sicht dieser Apotheken in Bezug auf die übrigen Produkte nicht wesentlich an Attraktivität verlieren (Rz 132 ff.)
- Apotheken, die nur selten bei einer Nebengrossistin einkaufen, könnten die Trinknahrung von Fresenius Kabi zwar nur zu höheren Transportkosten bei einer Nebengrossistin beziehen. Da die allermeisten Apotheken nur wenig Trinknahrung verkaufen, würden die entsprechenden Zusatzkosten aber in der Regel trotzdem gering ausfallen (Rz 132 ff).
- [28–55 %] der heute von Galexis verkauften Trinknahrung von Fresenius Kabi wird an Konsumentinnen und Konsumenten verkauft, welche grundsätzlich auf Produkte anderer Herstellerinnen ausweichen könnten (Rz 121). Wenn die Apotheken einem Teil dieser Kundschaft statt der Trinknahrung von Fresenius Kabi vergleichbare Produkte anderer Herstellerinnen abgeben, fallen die zusätzlich anfallenden Kosten noch tiefer aus.

¹⁹² Act. IV.36, Tabelle 1.

189. Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, dass Galexis den genannten Attraktivitätsverlust durch die Verbesserung der Konditionen derjenigen Apotheken ausgleichen könnte, die besonders stark betroffen wären.¹⁹³ Die dadurch entstehenden Mehrkosten bzw. Mindereinnahmen für Galexis dürften eher gering ausfallen. Insbesondere wenn Galexis stark betroffene Apotheken kompensiert, dürfte die ohnehin bei den meisten Apotheken geringe Wechselgefahr nochmal tiefer ausfallen. Deshalb würden durch den allfälligen Verlust von Kundinnen kaum zusätzliche Kosten anfallen (Rz 141 ff.).

190. Zusätzlich zum Attraktivitätsverlust bei Apotheken verliert Galexis auch bei anderen Kundinnen (Ärzeschaft, Spitäler, Drogerien, Home-Care Anbieterinnen) an Attraktivität. Diese Absatzkanäle sind für etwas weniger als [$<$ einen Drittel] der von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi erzielten Umsätze verantwortlich (Rz 83). Deshalb ist davon auszugehen, dass die für Galexis durch eine Auflösung der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi entstehenden Nachteile bei diesen Kundengruppen im Vergleich zum Apothekenkanal geringer ausfallen würden.

191. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Galexis durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi direkte Verluste in der Höhe von weniger als [$<400\ 000$] Franken erleiden würde. Allfällige weitere Verluste können nicht quantifiziert werden, dürften aber eher gering ausfallen.¹⁹⁴

B.7.2.6 Ergebnis

192. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.):

- Wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr beziehen kann, kann sie diese nicht mehr anbieten. Andere Bezugsquellen bestehen für Galexis nicht (Rz 116 ff).
- Galexis würde durch den Wegfall der Umsätze mit der Trinknahrung von Fresenius Kabi einen direkten Verlust in der Höhe von weniger als [$<400\ 000$] Franken jährlich erleiden (Rz 119 ff.).
- Mit dem Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi würde Galexis weitere Verluste erleiden. Diese mutmasslichen Nachteile können nicht exakt quantifiziert werden. Auf der Grundlage der erhobenen Beweismittel ist davon auszugehen, dass sie eher gering ausfallen würden (Rz 126 ff.).

¹⁹³ Galexis bringt vor, sie könne die besonders betroffenen Apotheken nicht kompensieren. Grund sei, dass eine «*individualisierte Preis- bzw. Rabattpolitik zulasten der kleineren konkurrierenden Grosshändler [...] für Galexis mit gravierenden wettbewerbsrechtlichen Risiken verbunden [wäre]*» (Act. IV.36, Rz 130). Dem ist nicht zuzustimmen. Schon heute handeln die Grossistinnen insbesondere mit den verschiedenen Gruppierungen und Ketten individuelle Rabatte aus (Rz 65 ff.). Wird aufgrund eines objektiven Kriteriums ein Rabatt gewährt, wäre ein solcher kaum missbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG.

¹⁹⁴ Die Parteigutachter von Galexis beziffern in ihrem ersten Gutachten in einer Beispielrechnung die «*finanziellen Auswirkungen für Galexis*» beim Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi auf rund [<1] Million Franken (Act. II.46, Abbildung 5 [...]). In einem zweiten Gutachten beziffern sie den finanziellen Verlust für Galexis mit rund [>1] Millionen Franken (Act. II.53, S. 9). Diese Zahl ist wie erwähnt insbesondere deshalb zu hoch, weil sie auf einer Überschätzung der Anzahl Apotheken beruht, die bei Nichtverfügbarkeit der Trinknahrung von Fresenius Kabi zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln würden (Rz 184). Ausserdem wird dabei nicht berücksichtigt, dass Galexis stark betroffene Apotheken mit einer Verbesserung der übrigen Konditionen kompensieren könnte (Rz 189).

B.7.3 Mutmassliche Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Fresenius Kabi

193. Nachdem die mutmasslichen Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis untersucht worden sind, wird nachfolgend geprüft, welche Konsequenzen sich dadurch für Fresenius Kabi ergeben würden.

194. Gemäss Angaben von Galexis kaufte Galexis im Jahr 2022 Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi für [1–2] Millionen Franken ein.¹⁹⁵ Rund [...] davon entfiel gemäss Angaben von Galexis auf Parallelimporte.¹⁹⁶ Demnach kaufte Galexis im Jahr 2022 für rund [...] Franken Trinknahrung bei Fresenius Kabi Schweiz ein. Diese Zahlen stimmen jedenfalls ungefähr mit den Angaben von Fresenius Kabi überein.¹⁹⁷ Da Parallelimporte ohne Zustimmung von Fresenius Kabi unzulässig sind, ist davon auszugehen, dass Galexis aktuell und künftig keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr aus dem Ausland einführen wird (Rz 48 ff.). Deshalb dürfte der aktuelle und künftige von Fresenius Kabi Schweiz mit dem Verkauf von Trinknahrung an Galexis erzielte Umsatz ungefähr dem gesamten Einkaufsvolumen von Galexis für Trinknahrung von Fresenius Kabi in der Höhe von rund [1–2] Millionen Franken pro Jahr entsprechen.

195. Durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Galexis würde Fresenius Kabi diesen Umsatz verlieren. Einen Teil davon könnte Fresenius Kabi allerdings durch höhere Umsätze bei anderen Abnehmerinnen kompensieren. Der Grund dafür ist, dass Galexis [45–72 %] der Trinknahrung von Fresenius Kabi an Endabnehmerinnen und Endabnehmer verkauft, denen spezifisch die Trinknahrung von Fresenius Kabi verschrieben wird (Rz 121). Diese Konsumentinnen und Konsumenten würden mehrheitlich jedenfalls kurzfristig kaum auf Trinknahrung anderer Herstellerinnen umstellen (Rz 107 ff.). Deshalb ist davon auszugehen, dass Fresenius Kabi einen Teil der aktuell von Galexis bezogenen Trinknahrung stattdessen über andere Kundinnen (z.B. andere Grossistinnen) absetzen könnte.

196. Bei [28–55 %] des von Fresenius Kabi mit dem Verkauf von Trinknahrung an Galexis erzielten Umsatzes bestünde hingegen die Gefahr, dass Galexis und die von Galexis mit Trinknahrung belieferten Apotheken ihre Kundinnen und Kunden zum Umsteigen auf Trinknahrung anderer Herstellerinnen bewegen könnten. Deshalb könnten Fresenius Kabi durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Galexis Umsätze in der Höhe von bis zu [280 000–1 100 000] Franken pro Jahr entgehen ([28–55 %] des jährlichen Umsatzes in der Höhe von rund [1–2] Millionen Franken). Je tiefer der Anteil der Endkundinnen und Endkunden ist, die bereit wären, auf andere Produkte umzustellen, desto geringer würde die entsprechende Umsatzeinbusse ausfallen.

197. Beim genannten Umsatzverlust in der Höhe von maximal rund [280 000–1 100 000] Franken handelt es sich nicht um den von Fresenius Kabi erlittenen Schaden. Davon müssten die Kosten von Fresenius Kabi abgezogen werden. Dazu liegen keine genauen Zahlen vor. Immerhin ist erstellt, dass Fresenius Kabi die gleichen Produkte gewissen Kundinnen zu wesentlich tieferen Preisen verkauft (Rz 216 ff.). Deshalb ist davon auszugehen, dass die marginalen Kosten von Fresenius Kabi unter den Verkaufspreisen für Schweizerische Grossistinnen liegen. Aus diesem Grund müsste Fresenius Kabi mit gewissen Verlusten rechnen, wenn Fresenius Kabi keine Trinknahrung mehr an Galexis verkaufen könnte.

198. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Fresenius Kabi durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Galexis gewisse Verluste erleiden würde. Die genaue Höhe dieser Verluste kann aufgrund der vorliegenden Informationen nicht quantifiziert werden.

¹⁹⁵ Act. II.46, Rz 75.

¹⁹⁶ Act. II.46, Rz 152.

¹⁹⁷ Act. II.55, Rz 13.

B.7.4 Verhältnis zwischen den mutmasslichen Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis und Fresenius Kabi

199. Die Auflösung der Lieferbeziehung zwischen Fresenius Kabi und Galexis hätte für beide Parteien gewisse Nachteile zur Folge. Diese können nicht genau quantifiziert werden. Insbesondere die Einschätzung allfälliger weiterer Verluste von Galexis (Rz 126 ff.) ist mit grossen Unsicherheiten behaftet. Deshalb ist auf der Grundlage der erhobenen Beweismittel (Rz 115 ff.) und im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung nicht erstellt, dass ein klares Ungleichgewicht in Bezug auf die zu befürchtenden Nachteile vorliegt.

B.8 Nichtbelieferung von Galexis durch Fresenius Kabi im Ausland

B.8.1 Einleitung

200. Nachfolgend wird geprüft, ob Fresenius Kabi die Möglichkeit von Galexis einschränkt, die von ihr hergestellte Trinknahrung im Ausland zu den dort branchenüblichen Bedingungen zu beziehen.

B.8.2 Anfragen von Galexis bei Fresenius Kabi in Deutschland und den Niederlanden

201. Galexis kontaktierte am 20. Januar 2022 Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande. In den entsprechenden Schreiben bat Galexis die beiden Ländergesellschaften um die Zustellung einer Offerte für den Bezug von Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmitteln ab dem Lager von Fresenius Kabi in Deutschland bzw. den Niederlanden. Galexis stellte in den genannten Schreiben klar, dass Galexis den Transport und die Verzollung der zu beziehenden Produkte übernehmen würde.¹⁹⁸

B.8.3 Verweis auf die Ländergesellschaft Schweiz

202. Mit Schreiben vom 28. Februar 2022 teilte Fresenius Kabi Deutschland Galexis unter Bezugnahme auf die Anfragen von Galexis in Deutschland und den Niederlanden mit, dass der Vertrieb über die jeweiligen Ländergesellschaften erfolge, und verwies Galexis an Fresenius Kabi Schweiz.¹⁹⁹ Gemäss Angaben von Fresenius Kabi sind weder Fresenius Kabi Deutschland noch Fresenius Kabi Niederlande bereit, Galexis mit Trinknahrung, Sondennahrung oder Hilfsmitteln in Deutschland oder den Niederlanden zu beliefern.²⁰⁰ Hingegen kann Galexis diese Produkte nach wie vor bei Fresenius Kabi Schweiz beziehen.

B.8.4 Ergebnis

203. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.): Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande weigern sich, Galexis in Deutschland bzw. in den Niederlanden mit Trinknahrung, Sondennahrung oder Hilfsmitteln zur Verabreichung von Sondennahrung zu beliefern.²⁰¹

¹⁹⁸ Act. I.1, Beilagen 4 und 5; Act. III.1, Zeilen 89–91.

¹⁹⁹ Act. I.1, Beilage 7.

²⁰⁰ Act. III.1, Zeile 155.

²⁰¹ Act. III.1, Zeilen 89–91; Act. III.2, Zeile 155; Act. I.1, Beilage 7.

B.9 Konditionenvergleich Schweiz–Deutschland–Niederlande

B.9.1 Einleitung

204. Nachfolgend wird untersucht, ob die Konditionen von Galexis beim Bezug von Trinknahrung bei Fresenius Kabi Schweiz schlechter sind als die für ein mit Galexis vergleichbares Unternehmen in Deutschland oder den Niederlanden geltenden Konditionen. Dieser Vergleich dient der Beurteilung der Frage, ob die Nichtbelieferung von Galexis durch Fresenius Kabi im Ausland (Rz 200 ff.) missbräuchlich sein könnte (vgl. Rz 320 ff.).

205. Zu diesem Zweck werden zunächst die Konditionen von Galexis beim Bezug über Fresenius Kabi Schweiz dargestellt (Rz 212 ff.). Anschliessend werden die für mit Galexis vergleichbare Unternehmen in den Niederlanden (Rz 215) oder in Deutschland (Rz 216 ff.) geltenden Konditionen untersucht. Im Zentrum stehen dabei die Preise. Deshalb wird zunächst dargelegt, anhand welcher Produkte die in den verschiedenen Ländern geltenden Preise verglichen werden (Rz 206 ff.). Schliesslich werden die von Galexis in der Schweiz bezahlten Preise mit den im Ausland für mit Galexis vergleichbare Unternehmen geltenden Preisen verglichen (Rz 229 ff.).

B.9.2 Methode

B.9.2.1 Drei wichtigste Produktgruppen

206. Fresenius Kabi stellt zahlreiche verschiedene Arten von Trinknahrung her. Der nachfolgende Preisvergleich beschränkt sich auf die drei gemessen an ihrem Umsatz wichtigsten Produktgruppen. Es handelt sich um die folgenden Produktgruppen:²⁰²

- «*Fresubin 2 kcal Drink 200ml*» (nachfolgend: Fresubin 2 kcal Drink)
- «*Fresubin Protein Energy 200ml*» (nachfolgend: Fresubin Protein Energy)
- «*Fresubin 2 kcal Fibre 200ml*» (nachfolgend: Fresubin 2 kcal Fibre)

207. Jede dieser Produktgruppen beinhaltet mehrere Produkte, die sich insbesondere in Bezug auf die Geschmacksrichtung unterscheiden.²⁰³ Die Preise sind aber für alle Produkte der genannten Produktgruppen jeweils die gleichen.

208. Die nachfolgenden Preis- und Mengenvergleiche können anhand dieser drei Produktgruppen vorgenommen werden, weil diese für rund zwei Drittel des von Fresenius Kabi Schweiz mit Verkäufen von Trinknahrung an Galexis erzielten Umsatzes verantwortlich sind.²⁰⁴ Ausserdem fallen die Konditionen für andere Produkte im Bereich Trinknahrung gemäss Angaben von Fresenius Kabi ähnlich aus.²⁰⁵ Schliesslich ermöglicht die Einschränkung auf die genannten drei Produktgruppen eine einfache Erfassung der Mengen, da die entsprechenden Produkte alle in Flaschen à 200 Milliliter verkauft werden. Dadurch ist es möglich, einen Preis für eine vergleichbare Mengeneinheit (Flasche à 200 Milliliter) zu berechnen und so die Preise in den verschiedenen Ländern zu vergleichen.

B.9.2.2 Erfassung der geltenden Konditionen

209. Massgebend sind die für eine mit Galexis vergleichbare Bezügerin geltenden Bedingungen in den Niederlanden und in Deutschland (vgl. Rz 1 zum Gegenstand der Untersuchung

²⁰² Act. II.7, Rz 4.

²⁰³ Vgl. z.B. Act. II.9, Rz 28.

²⁰⁴ Act. II.7, Rz 4; weitere Erläuterungen zur Bedeutung der drei wichtigsten Produktgruppen befinden sich in Appendix G.5.1.

²⁰⁵ Act. II.16, Rz 4.

und Rz 320 ff. zum Tatbestand). Aus diesem Grund werden jeweils die für Grossistinnen oder andere Grosshändlerinnen geltenden Konditionen ermittelt.

210. Verglichen werden im Wesentlichen die Preise unter Berücksichtigung von Rabatten, Rückerstattungen und Boni. Rabatte werden direkt bei der Rechnungsstellung gewährt, während Rückerstattungen und Boni erst zu einem späteren Zeitpunkt an die Kundinnen und Kunden ausbezahlt werden. Die vorliegenden besonders relevanten Boni werden in der Regel in Abhängigkeit von den erreichten Umsätzen gewährt.

211. Neben den Preisen können sich auch andere Konditionen wie zum Beispiel Rücknahmebedingungen oder Werbekostenzuschüsse von Land zu Land unterscheiden. Diesbezüglich liegen nicht alle für einen exakten Vergleich erforderlichen Informationen vor. Soweit möglich, werden aber auch solche Unterschiede bei der Einschätzung allfälliger Preisunterschiede zwischen der Schweiz und dem Ausland berücksichtigt (Rz 245 ff.).

B.9.3 Konditionen von Fresenius Kabi Schweiz für Galexis

212. Am 1. Juli 2022 schloss Fresenius Kabi Schweiz mit Galexis einen neuen Vertrag ab, in welchem insbesondere die Konditionen der Lieferung von Trinknahrung durch Fresenius Kabi Schweiz an Galexis geregelt sind (nachfolgend: Kooperationsvertrag).²⁰⁶ Der genannte Vertrag gilt ab dem 1. Juli 2022 und hat eine feste Laufzeit von [...].²⁰⁷ Seither gewährt Fresenius Kabi Schweiz Galexis einen Rabatt von [...] % auf den für Grossistinnen geltenden Listenpreis beim Bezug von Trinknahrung.²⁰⁸ Zusätzlich erhält Galexis einen Bonus, dessen Höhe [...]. Der maximal mögliche Bonus beträgt [...] %.²⁰⁹

213. Die Kosten des Transports einschliesslich Versicherung übernimmt gemäss Kooperationsvertrag [...].²¹⁰ In Bezug auf die [...] sieht der Vertrag folgende Regelung vor: [...].²¹¹

214. Die für Galexis und andere Grossistinnen relevanten Listenpreise sowie die genannten Rabatte und Boni gemäss Kooperationsvertrag sind in Tabelle 7 für die drei wichtigsten Produktgruppen aufgelistet, wobei der maximal mögliche Bonus von [...] % zur Berechnung der von Galexis bezahlten Nettopreise verwendet wird. Weitere Ausführungen zu den in Tabelle 7 wiedergegebenen Preisen befinden sich in Appendix G.5.2.

²⁰⁶ Act. II.11, Beilage 4.

²⁰⁷ Ziffer 7.11 des Kooperationsvertrags (Act. II.11, Beilage 4).

²⁰⁸ Ziffer 4.2 des Kooperationsvertrags (Act. II.11, Beilage 4).

²⁰⁹ Ziffer 4.4 des Kooperationsvertrags (Act. II.11, Beilage 4).

²¹⁰ Ziffer 5.1 des Kooperationsvertrags (Act. II.11, Beilage 4).

²¹¹ Ziffer 5.2 des Kooperationsvertrags (Act. II.11, Beilage 4).

Tabelle 7: Preise Galexis gemäss Kooperationsvertrag vom 1.7.2022 (gültig bis [...]), Franken pro Flasche.

Produktgruppe	Listenpreis 2023	abzüglich [...] % Rabatt	abzüglich maximaler Bonus ([...] %)
Fresubin 2 kcal Drink	[2.75–4.00]	[2.00–3.25]	[2.00–3.00]
Fresubin Protein Energy	[2.75–4.00]	[2.00–3.25]	[2.00–3.00]
Fresubin 2 kcal Fibre	[2.75–4.00]	[2.00–3.25]	[2.00–3.00]

Quelle: Act. II.11, Beilage 4 (Kooperationsvertrag); Act. II.16, Rz 41 (Listenpreise).

B.9.4 Konditionen Fresenius Kabi Niederlande

215. Gemäss Angaben von Fresenius Kabi können Grosshändlerinnen die Produkte von Fresenius Kabi Niederlande zum Listenpreis abzüglich eines Rabatts von rund [<40] % beziehen.²¹² Dabei spiele es keine Rolle, ob eine Grosshändlerin ihren Sitz in den Niederlanden habe.²¹³ Diese Preise sind in Tabelle 8 für die drei wichtigsten Arten von Trinknahrung für das Jahr 2023 angegeben.²¹⁴

Tabelle 8: Preise von Fresenius Kabi Niederlande für niederländische Grossistinnen, 2023, Euro pro Flasche.

Produktgruppe	Listenpreis 2023	abzüglich [<40] % Rabatt
Fresubin 2 kcal Drink	[2.00–3.25]	[>1.59]
Fresubin Protein Energy	[2.00–3.25]	[>1.38]
Fresubin 2 kcal Fibre	[2.00–3.25]	[>1.59]

Quelle: Act. II.30, Beilagen 22–24; Act. II.16, Rz 47.

B.9.5 Konditionen Fresenius Kabi Deutschland

216. Ähnlich wie in der Schweiz handelt Fresenius Kabi auch in Deutschland die Konditionen für Trinknahrung individuell mit ihren Kundinnen aus. Grundlage ist ein Listenpreis, der für alle

²¹² Act. II.30, Rz 4. Fresenius Kabi reichte Rechnungen ein, welche Fresenius Kabi Niederlande im Jahr 2022 an niederländische Grosshändlerinnen ausgestellt hatte (Act. II.30, Beilagen 1–21). Zusätzlich reichte Fresenius Kabi die in den Niederlanden geltenden Listenpreise ein (Act. II.30, Beilagen 22–24). Anhand dieser Unterlagen überprüfte das Sekretariat die Höhe der gewährten Rabatte. Diese betragen wie von Fresenius Kabi angegeben rund [<40] % des Listenpreises.

²¹³ Act. II.30, Rz 4. Grosshändlerinnen, die einen Vertrag mit einer niederländischen Krankenkasse abgeschlossen haben oder die Gesundheitsdienstleisterinnen beliefern, die einen solchen Vertrag abgeschlossen haben, wird gemäss Angaben von Fresenius Kabi zusätzlich eine Bearbeitungsgebühr von rund [...] % des Listenpreises erstattet (Act. II.30, Rz 2 ff.).

²¹⁴ Fresenius Kabi bringt vor, es sei kein aussagekräftiger Preisvergleich zwischen der Schweiz und den Niederlanden möglich, weil «*die Märkte in der Schweiz und den Niederlanden in ihren Strukturen nicht vergleichbar*» seien (Act. II.36, Rz 66 ff.). Da alle Grosshändlerinnen in den Niederlanden etwa den gleichen Preis bezahlen (Act. II.30, Rz 5), ist unklar, weshalb aus diesem Grund kein Vergleich möglich sein soll. Vielmehr kann deshalb der in den Niederlanden branchenübliche Preis für Grosshändlerinnen relativ einfach bestimmt werden. Diese Preise sind in Tabelle 8 angegeben. Unterschiedliche Marktstrukturen könnten allenfalls dann zu einer Einschränkung der Vergleichbarkeit der Preise führen, wenn diese mit Unterschieden in Bezug auf übrige Konditionen wie zum Beispiel die Möglichkeit der Rückgabe einhergehen.

Kundinnen der gleichen Marktstufe einheitlich festgelegt wird.²¹⁵ Fresenius Kabi Deutschland unterscheidet zwischen den folgenden Marktstufen:²¹⁶

- Pre-Wholesale
- Grosshandel vollsortiert (Vollgrossistinnen)
- Grosshandel teilsortiert (Teilgrossistinnen)
- Online-Apotheken
- Internethandel
- Homecare Anbieterinnen
- Kliniken / Hospital

217. Die Preise für Trinknahrung unterscheiden sich einerseits zwischen den verschiedenen Marktstufen. Kundinnen der gleichen Marktstufe bezahlen aber ebenfalls teilweise unterschiedliche Preise. Die auf den Listenpreis gewährten Rabatte und Boni werden individuell ausgehandelt und fallen teilweise stark unterschiedlich aus. Die Höhe dieser Rabatte und Boni ist gemäss Angaben von Fresenius Kabi von den folgenden Faktoren abhängig:²¹⁷

- Verhandlungsmacht der Kundin: Insbesondere das Einkaufsvolumen habe einen Einfluss auf die Höhe der gewährten Rabatte und Boni;
- Verhandlungsgeschick der Kundin;
- Strategische Zusammenarbeit zwischen Fresenius Kabi Deutschland und der Kundin;
- Leistungen der Kundin, zum Beispiel in den Bereichen Marketing und Logistik;
- Übrige Konditionen von Fresenius Kabi, zum Beispiel Lieferfrequenz, Möglichkeit der Rückgabe nicht verkaufter Produkte oder weitere Produktbedingungen;
- Ökonomische Rahmenbedingungen.

218. Fresenius Kabi Deutschland berücksichtige in den Preisverhandlungen insbesondere, zu welchen Preisen die Kundin die Trinknahrung weiterverkaufen könne. Onlinehändlerinnen könnten zum Beispiel nur dann im Wettbewerb bestehen, wenn sie die Trinknahrung im Vergleich zu den Grossistinnen günstiger einkaufen könnten.²¹⁸ Auch Kundinnen der Marktstufe Pre-Wholesale könnten Trinknahrung tendenziell günstiger beziehen als Grossistinnen, damit sie im Wettbewerb bestehen könnten.²¹⁹ Ausserdem verfolge Fresenius Kabi Deutschland das Ziel, eine Konsolidierung auf Ebene Grosshandel zu verhindern. Deshalb gewähre Fresenius Kabi Deutschland kleineren Teilgrossistinnen relativ gute Konditionen.²²⁰ Auch das Einkaufsvolumen einer Kundin mit anderen Produkten von Fresenius Kabi könne einen Einfluss auf den Preis für Trinknahrung haben. So gebe es zum Beispiel [...].²²¹ Zudem berücksichtige Fresenius Kabi Deutschland in den Preisverhandlungen, ob eine Kundin die Auswahl der abgegebenen Trinknahrung auf Ebene der Endkundinnen und Endkunden beeinflussen könne. Das sei zum Beispiel bei den Homecare Anbieterinnen der Fall.²²²

219. In Abbildung 9 sind die Nettopreise von Fresenius Kabi Deutschland im Jahr 2022 für [...] deutsche Kundinnen separat für die genannten 7 Handelsstufen dargestellt. Es handelt

²¹⁵ Act. II.11, Rz 19.

²¹⁶ Act. II.44, Rz 1 f.

²¹⁷ Act. II.11, Rz 21 ff.; Act. II.44, Rz 20 ff.

²¹⁸ Act. II.44, Rz 37.

²¹⁹ Act. II.44, Rz 32.

²²⁰ Act. II.44, Rz 34.

²²¹ Act. II.44, Rz 41.

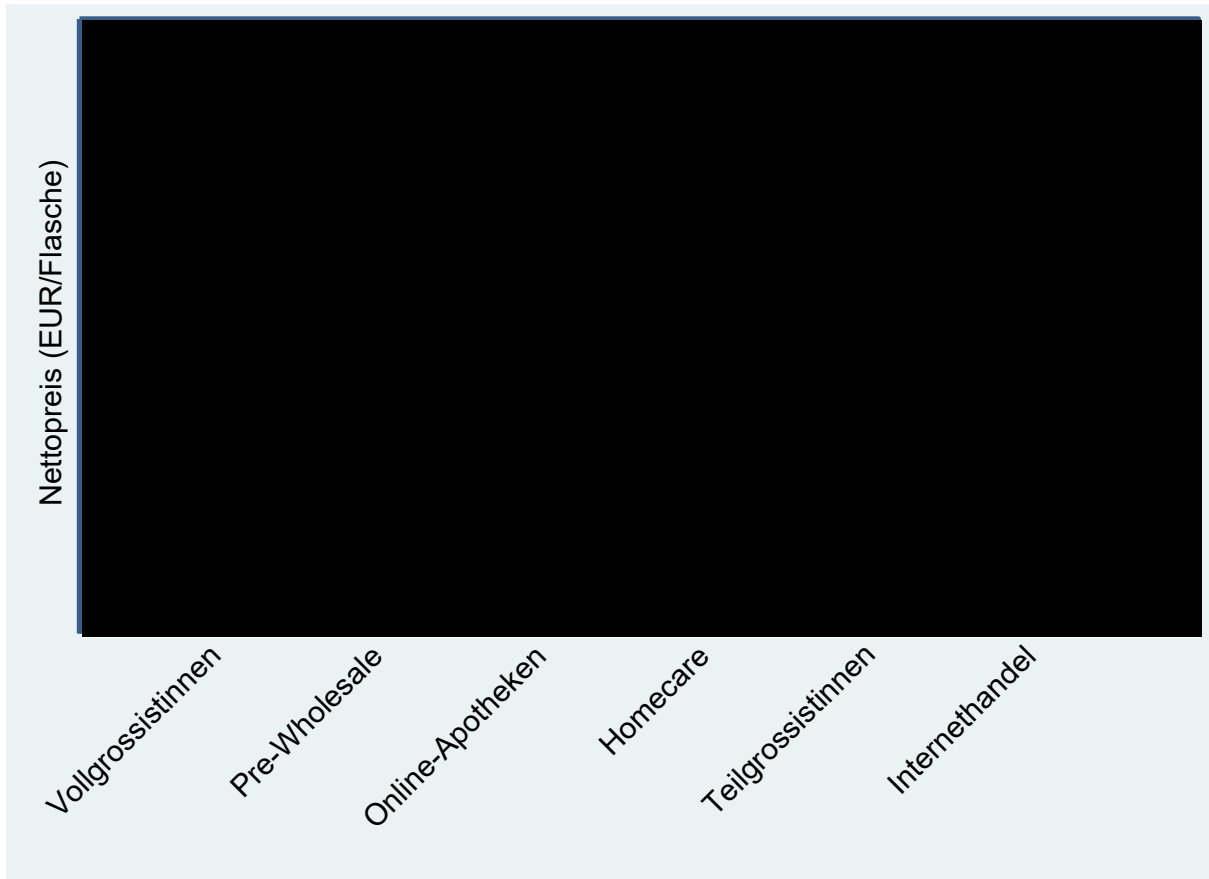
²²² Act. II.44, Rz 40.

sich um sämtliche Kundinnen, die im Jahr 2022 mindestens [$>100\ 000$] Flaschen Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen (vgl. Rz 206 vorne) von Fresenius Kabi Deutschland bezogen haben. Die Nettopreise sind wie erwähnt die in Rechnung gestellten Preise abzüglich sämtlicher Rabatte, Boni, Rückerstattungen und Mehrwertsteuer.²²³ Für jede Marktstufe ist der Median der Nettopreise mit einem roten Pluszeichen gekennzeichnet. Der Median des Nettopreises einer Marktstufe entspricht demjenigen Preis, der sicherstellt, dass die Hälfte der Kundinnen dieser Marktstufe einen höheren und die andere Hälfte einen tieferen Nettopreis bezahlten.

220. Zur besseren Übersicht sind in Abbildung 9 die durchschnittlichen Nettopreise für alle drei wichtigen Produktgruppen gemeinsam dargestellt. Ein Punkt entspricht also dem durchschnittlichen Nettopreis pro Flasche der von einer Kundin im Jahr 2022 bezogenen Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen. Separate Auswertungen für jede der drei wichtigsten Produktgruppen befinden sich in Appendix G.5.3. Ausserdem ist in Tabelle 9 für jede der drei wichtigsten Produktgruppen separat der Median der Nettopreise pro Handelsstufe aufgelistet. In der fünften Spalte rechts aussen in Tabelle 9 sind die in Abbildung 9 mit einem roten Pluszeichen markierten Medianpreise für alle der drei wichtigsten Produktgruppen angegeben.

²²³ Act. II.44, Rz 16 [...].

Abbildung 9: Durchschnittliche Nettopreise pro Flasche Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen, Fresenius Kabi Deutschland, 2022.



Quelle: Act. II.44, Rz 16.

Tabelle 9: Median der durchschnittlichen Nettopreise pro Flasche, Fresenius Kabi Deutschland, 2022, Euro pro Flasche.

Handelsstufe	Fresubin 2 kcal Drink	Fresubin Protein Energy	Fresubin 2 kcal Fibre	Alle 3 wichtigsten Produktgruppen
Vollgrossistinnen	[...]	[...]	[...]	[...]
Pre-Wholesale	[...]	[...]	[...]	[...]
Online-Apotheken	[...]	[...]	[...]	[...]
Homecare	[...]	[...]	[...]	[...]
Teilgrossistinnen	[...]	[...]	[...]	[...]
Internethandel	[...]	[...]	[...]	[...]

Quelle: Act. II.44, Rz 16.

221. Aus Abbildung 9 und Tabelle 9 geht hervor, dass die Vollgrossistinnen bei Fresenius Kabi in Deutschland in der Regel die höchsten Preise bezahlen, während der Internethandel am wenigsten bezahlt. Die Nettopreise der übrigen Handelsstufen liegen dazwischen.

222. Nicht nur zwischen den verschiedenen Marktstufen, sondern auch innerhalb der Marktstufen bezahlen verschiedene Kundinnen teilweise stark unterschiedliche Nettopreise. Das ist ein Indiz dafür, dass neben der Marktstufe auch andere Faktoren (Rz 217 vorne) den Preis beeinflussen. Diese anderen Faktoren können jedenfalls teilweise nicht objektiv gemessen werden. Das ist zum Beispiel beim Verhandlungsgeschick der Kundin der Fall. Auch der exakte

Wert von Anstrengungen einer Kundin zur Vermarktung der Trinknahrung von Fresenius Kabi kann nicht beziffert werden. Insbesondere aus diesem Grund ist es nicht möglich, exakt festzulegen, welchen Preis ein mit Galexis vergleichbares Unternehmen in Deutschland für Trinknahrung von Fresenius Kabi bezahlen würde.²²⁴

223. Obwohl keine exakte Bestimmung des von einem mit Galexis vergleichbaren Unternehmen bezahlten Preis möglich ist, lässt sich dessen Grössenordnung einschätzen. Zu diesem Zweck wird nachfolgend in erster Linie auf die von deutschen Vollgrossistinnen bezahlten Preise abgestellt. Grund dafür ist einerseits, dass sich die Handelsstufe eines Unternehmens objektiv bestimmen lässt. Ausserdem ist davon auszugehen, dass einige der anderen Eigenschaften, die einen Einfluss auf den Nettopreis haben (Rz 217), mit der Handelsstufe korrelieren: Unternehmen der gleichen Handelsstufe haben in der Regel vergleichbare Bedürfnisse zum Beispiel in Bezug auf Rückgabemöglichkeiten, Lieferfristen oder Beratungsangebote seitens der Herstellerin. Deshalb dürften die entsprechenden Konditionen für Unternehmen der gleichen Handelsstufe einigermassen ähnlich ausfallen.²²⁵ Ausserdem steht den Unternehmen der gleichen Handelsstufe in der Regel eine vergleichbare Marktgegenseite mit vergleichbarer Zahlungsbereitschaft gegenüber.

224. Neben der Handelsstufe kann auch die bezogene Menge objektiv gemessen werden. Im Vergleich zur Handelsstufe kann die Menge allein aber die unterschiedlichen Preise weniger gut erklären. In Abbildung 10 sind die Nettopreise und die bezogene Anzahl Flaschen Trinknahrung für die [...] Kundinnen von Fresenius Kabi Deutschland dargestellt, die im Jahr 2022 mindestens [$>100\ 000$] Flaschen Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen bezogen haben. Die roten Dreiecke kennzeichnen die Werte der sechs deutschen Vollgrossistinnen. Daraus geht hervor, dass es keinen klaren Zusammenhang zwischen dem Nettopreis und der Anzahl bezogener Flaschen gibt.²²⁶ Das trifft auch dann zu, wenn man nur die Vollgrossistinnen betrachtet.

225. Daraus kann allerdings nicht geschlossen werden, dass die bezogene Menge keinen Einfluss auf den Nettopreis hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein solcher Effekt existiert. Dieser kann nicht zuverlässig gemessen werden, weil verschiedene andere nicht messbaren Grössen den Nettopreis ebenfalls beeinflussen (zum Beispiel das Verhandlungsgeschick oder die Verkaufsanstrengungen).²²⁷

²²⁴ Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass zahlreiche Faktoren einen Einfluss auf den Preis haben. Gleichzeitig beliefert Fresenius Kabi Deutschland nur [...] Grosskundinnen mit Trinknahrung. Deshalb existiert keine verlässliche Datengrundlage für die Schätzung des Preises, den ein mit Galexis vergleichbares Unternehmen bezahlen müsste.

²²⁵ Vgl. Act. II.44, Rz 7 ff.

²²⁶ Dieser Eindruck wird dadurch bestätigt, dass der Spearman Korrelationskoeffizient zwischen der Anzahl Flaschen und dem Nettopreis einen Wert von [<0.5] annimmt, die Nullhypothese, dass der genannte Korrelationskoeffizient gleich null ist kann nicht verworfen werden ($p=0.25$; alle [...] deutschen Kundinnen). Werden nur die 6 deutschen Vollgrossistinnen herangezogen, fällt der Spearman Korrelationskoeffizient zwischen der Anzahl Flaschen und dem Nettopreis mit einem Wert von [<0.4] noch tiefer aus. Auch dieser unterscheidet sich nicht signifikant von null ($p=0.7$; 6 deutsche Vollgrossistinnen).

²²⁷ Galexis bringt vor, die «*ökonomische Theorie*» gehe davon aus, dass höhere Abnahmevermögen mit verbesserter Verhandlungsmacht einhergehen würden. Deshalb sei der im Vergleich zu anderen Marktsegmenten teure Preis der deutschen Vollgrossistinnen ein Hinweis auf «*sortimentsbedingte Abhängigkeiten*» der Vollgrossistinnen (Act. IV.36, Rz 189). Diese Schlussfolgerung greift zu kurz. Wie dargelegt ist der Preis nicht nur von der bezogenen Menge, sondern von zahlreichen weiteren Faktoren abhängig.

Abbildung 10: Bezogene Menge und Nettopreis, Deutsche Kundinnen mit mindestens [>100 000] Flaschen Einkaufsvolumen, drei wichtigste Produktgruppen, 2022.²²⁸



Quelle: Act. II.44, Rz 16.

226. Aus diesen Gründen wird vorliegend im Wesentlichen auf die Handelsstufe abgestellt, um den Marktpreis einer mit Galexis vergleichbaren Kundin zu bestimmen. Die Bandbreite der von deutschen Vollgrossistinnen²²⁹ für Trinknahrung von Fresenius Kabi bezahlten Nettopreise ist in Tabelle 10 für die Jahre 2022 und 2023 angegeben.²³⁰

²²⁸ Das Sekretariat hat zwei deutsche Unternehmen direkt nach den von ihnen an Fresenius Kabi Deutschland im Jahr 2022 bezahlten Nettopreisen und nach den bezogenen Mengen Trinknahrung gefragt (Act. I.174; Act. I.179). Eines dieser Unternehmen reichte dazu detaillierte Angaben ein (Act. II.41). Diese stimmen im Wesentlichen mit den Angaben von Fresenius Kabi überein.

²²⁹ Für das Jahr 2022 entspricht der in Tabelle 10 angegebene Nettopreis der Spanne zwischen dem Minimum und dem Maximum der Nettopreise derjenigen sechs deutschen Vollgrossistinnen, die im Jahr 2022 mindestens [>100 000] Flaschen Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen bei Fresenius Kabi Deutschland bezogen haben. Für das Jahr 2023 liegen die entsprechenden Angaben hingegen nur für vier dieser deutschen Vollgrossistinnen vor. Es handelt sich um die [...]. Die Nettopreise der gemessen an der bezogenen Anzahl Flaschen Trinknahrung kleinsten und grössten deutschen Vollgrossistin fehlen. Das Sekretariat hat darauf verzichtet, die entsprechenden Angaben für das Jahr 2023 anzufordern, weil sich dadurch am Ergebnis nichts ändern würde: Wenn zusätzlich die Nettopreise der kleinsten und der grössten deutschen Vollgrossistinnen vorliegen würden, kann die in Tabelle 10 angegebene Bandbreite dadurch nur grösser, nicht aber kleiner ausfallen. Deshalb kann sich dadurch nichts am Ergebnis ändern (Rz 245 ff.).

²³⁰ Galexis bringt vor, dass die Galenica-Gruppe nicht nur als Grosshändlerin, sondern auch als Online-Apotheke und Internethändlerin tätig sei. Deshalb wäre Fresenius Kabi gehalten, gegenüber der Galenica-Gruppe «*tiefere Preise*» anzubieten (Act. IV.36, Rz 190). Dieser Einwand überzeugt nicht. Galexis machte geltend, sie sei in ihrer Rolle als Grossistin von Fresenius Kabi abhängig (z.B. Act.

Tabelle 10: Nettopreise deutscher Vollgrossistinnen, 2022 und 2023, Euro pro Flasche.²³¹

	Nettopreis 2022 (n=6)	Nettopreis 2023 (n=4)
Fresubin 2 kcal Drink	[1.00–2.50]	[1.00–2.50]
Fresubin Protein Energy	[1.00–2.50]	[1.00–2.50]
Fresubin 2 kcal Fibre	[1.00–2.50]	[1.00–2.50]

Quelle: Act. II.44, Rz 16 (2022); Act. II.30, Rz 9 (2023).

227. Gemäss den Lieferverträgen, welche Fresenius Kabi Deutschland mit den vier deutschen Grossistinnen [...] für die Jahre 2020–2022 abgeschlossen hat, [...] nicht verkäufliche Bestände zu retournieren [...].²³² Wie in der Schweiz übernimmt Fresenius Kabi auch in Deutschland die Kosten für den Transport. Die Kosten der entsprechenden Versicherung trägt aber im Gegensatz zur Schweiz die Kundin.²³³

228. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Vollgrossistinnen in Deutschland im Jahr 2023 rund [1.00–2.50] Euro pro Flasche Trinknahrung bezahlten, die sie von Fresenius Kabi Deutschland bezogen. Neben der Handelsstufe hatten verschiedene andere Faktoren einen Einfluss auf den von den deutschen Kundinnen bezahlten Preis für Trinknahrung. Der genaue Einfluss dieser Faktoren auf den Preis kann nicht beziffert werden.

B.9.6 Vergleich

B.9.6.1 Einleitung

229. In Tabelle 11 sind zur Übersicht die bereits beschriebenen Nettopreise für Trinknahrung im Jahr 2023 angegeben. Die bisher in Euro angegebenen Preise in den Niederlanden und Deutschland werden zu diesem Zweck in Franken umgerechnet. Dazu werden das Maximum und das Minimum des im Jahr 2023 geltenden Wechselkurses verwendet.²³⁴ Die Bandbreite der in den Niederlanden und in Deutschland geltenden Preise vergrössert sich deshalb entsprechend.

I.1, Rz 8 ff.). Ausserdem dürften die von der Galenica-Gruppe über Online-Apotheken und den Internethandel verkauften Mengen im Vergleich zu den über Galexis verkauften Mengen kaum ins Gewicht fallen. Die von Galexis eingereichte Erhebung der SMNI weist den Internethandel oder die Online-Apotheken nicht als separaten Absatzkanal der Herstellerinnen von Trinknahrung aus. Der Anteil des mit dem Verkauf an «Übrige» erzielten Umsatzes am insgesamt in der Schweiz erzielten Umsatz mit Trinknahrung beträgt 0,2 % (Rz 57 f.; Act. II.9, Rz 2).

²³¹ Die in Tabelle 10 angegeben Preise beruhen auf Angaben von Fresenius Kabi. Die Behörde hat diese Angaben anhand von Preislisten (Act. II.30, Beilagen 28–31) überprüft. Die Angaben betreffend die Rabatte und Boni hat die Behörde anhand von Verträgen geprüft, in welchen deren Höhe zwischen Fresenius Kabi Deutschland und deutschen Vollgrossistinnen vereinbart wurde (Act. II.16, Beilagen 3–14). Diese Verträge liegen nur für das Jahr 2022 und nur für vier von sechs deutschen Vollgrossistinnen vor (vgl. Fn 229). Die von Fresenius Kabi für das Jahr 2023 angegebenen Rabatte und Boni sind insofern plausibel, als sie [...]. Die für das Jahr 2023 angegebenen Nettopreise gelten ab dem 1.2.2023 (Act. II.30, Rz 9).

²³² Act. II.16, Beilagen 3–14.

²³³ [...] Dort ist festgehalten, dass die Lieferung bei Bestellungen im Wert von mindestens 150 Euro frei Haus erfolgt <www.fresenius-kabi.com/de/documents/LZB_FKD_07-19.pdf> (1.3.2023), § 3.2. Hingegen geht gemäss § 5.1 die Gefahr mit der Absendung der Lieferung auf den Käufer über, und zwar auch dann, wenn Fresenius Kabi Deutschland die Versandkosten trägt.

²³⁴ Im Jahr 2023 ist der Schweizer Franken am 12.1.2023 mit einem Wert von 1.0056 Franken pro Euro am stärksten. Das Minimum wurde am 29.12.2023 mit einem Wechselkurs von 0.9260 Franken pro Euro erreicht <www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-chf.en.html> (30.12.2023).

Tabelle 11: Nettopreise Trinknahrung, 2023, Franken pro Flasche.

	Galexis	Niederlande	Deutschland
Fresubin 2 kcal Drink	[2.00–3.25]	[>1.47]	[0.93–2.51]
Fresubin Protein Energy	[2.00–3.25]	[>1.28]	[0.93–2.51]
Fresubin 2 kcal Fibre	[2.00–3.25]	[>1.47]	[0.93–2.51]

230. Quelle: Act. II.11, Beilage 4; Act. II.16, Rz 41; Act. II.30, Beilagen 22–24; Act. II.16, Rz 47; Act. II.30, Rz 9 sowie Beilagen 28–31.

231. Aus Tabelle 11 geht hervor, dass die Preise in Deutschland tendenziell tiefer ausfallen als in den Niederlanden. Deshalb hat Galexis kaum ein Interesse am Bezug in den Niederlanden zu den dort üblichen Preisen, wenn ein Bezug in Deutschland zu den Konditionen der dort tätigen Vollgrossistinnen möglich ist. Aus diesem Grund werden nachfolgend die für Galexis beim Bezug in der Schweiz geltenden Preise mit den in Deutschland üblichen Preisen verglichen.

232. Fresenius Kabi stellt Trinknahrung in [...] her.²³⁵ Deshalb muss Fresenius Kabi Schweiz diese Produkte in die Schweiz einführen, bevor sie dort an Galexis verkauft werden können. Wenn Galexis Trinknahrung in Deutschland oder den Niederlanden beziehen würde, müsste Galexis seinerseits die bei der Einfuhr in die Schweiz anfallenden Kosten tragen. Aus diesem Grund müssen die Kosten für die Verzollung sowie den Transport in die Schweiz zu den in Deutschland üblichen Preisen dazugeschlagen werden, bevor diese mit den von Galexis in der Schweiz bezahlten Preisen verglichen werden können. Nachfolgend werden zunächst die Kosten der Verzollung (Rz 233 ff.), anschliessend die Transportkosten (Rz 239 ff.) untersucht. Schliesslich werden die Ergebnisse beurteilt (Rz 245 ff.).

B.9.6.2 Verzollung

233. Wird Trinknahrung aus Deutschland in die Schweiz eingeführt, fallen Zollgebühren an. Die Höhe dieser Gebühren ist davon abhängig, aus welchem Land die Zutaten der Trinknahrung stammen und ob Fresenius Kabi deren Herkunft nachweisen kann. Ausserdem hat der Fettgehalt der eingeführten Trinknahrung einen wesentlichen Einfluss auf die Höhe der Zollgebühren. Auch die Geschmacksrichtung beeinflusst den Zollsatz: Für Trinknahrung mit Schokoladengeschmack gilt ein tieferer Zollsatz als für andere Geschmacksrichtungen, weil darin Kakao enthalten ist und dadurch spezielle Zollsätze zur Anwendung kommen.²³⁶

234. Nicht nur die Höhe der Zollsätze, sondern auch die Bemessungsgrundlage ist je nach Herkunftsland der Zutaten unterschiedlich: Gilt zum Beispiel ein Land der Europäischen Union als Herkunftsland, ist das Nettogewicht (auch «Eigenmasse» genannt) massgebend. Kann die Herkunft der Zutaten nicht nachgewiesen werden, bemisst sich die Zollgebühr hingegen proportional zum Bruttogewicht (einschliesslich des Gewichts der Verpackung).²³⁷

235. Gemäss übereinstimmenden Angaben von Fresenius Kabi und Galexis fällt Trinknahrung mit Schokoladengeschmack unter die Tarifnummer 1806.9033.²³⁸ Falls als Herkunftsort die Europäische Union gilt, kommt ein Tarif von Fr. 33.65 pro 100 Kilogramm Eigenmasse zur Anwendung. Andernfalls gilt ein Tarif von Fr. 46.75 pro 100 Kilogramm brutto.²³⁹ Eine Flasche Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen (Fresubin 2 kcal Drink, Fresubin Protein

²³⁵ Act. II.11, Rz 48.

²³⁶ Act. II.11, Rz 66. Vgl. auch den Schweizerischen Gebrauchstarif Tares einschliesslich der entsprechenden Erläuterungen <www.xtares.admin.ch/tares> (15.3.2023).

²³⁷ Act. II.11, Rz 66. Vgl. auch den Schweizerischen Gebrauchstarif Tares einschliesslich der entsprechenden Erläuterungen <www.xtares.admin.ch/tares> (15.3.2023).

²³⁸ Act. II.3, Beilage 6.a.ii; Act. II.11, Rz 71.

²³⁹ <www.xtares.admin.ch> (15.3.2023).

Energy, Fresubin 2 kcal Fibre) wiegt netto 200 Gramm. Die Verpackung wiegt 62 Gramm pro Flasche, das Bruttogewicht beträgt also 262 Gramm.²⁴⁰ Deshalb beläuft sich die Zollgebühr auf rund 7 Rappen (Herkunft EU) bzw. rund 12 Rappen (Herkunft nicht nachgewiesen) pro Flasche Trinknahrung mit Schokoladengeschmack.

236. Für Trinknahrung anderer Geschmacksrichtungen gilt gemäss Fresenius Kabi die Tarifnummer 2106.9075,²⁴¹ gemäss Galexis die Nummer 2106.9076.²⁴² Die Tarifnummer 2106.9075 gilt für Produkte mit einem Fettgehalt zwischen 5 und 10 % des Gewichts. Die Tarifnummer 2106.9076 kommt dann zur Anwendung, wenn der Fettgehalt zwischen einem und 5 Prozent liegt.²⁴³ Der Fettgehalt der drei wichtigsten Produktgruppen liegt zwischen 5 und 10 Prozent.²⁴⁴ Deshalb ist die von Fresenius Kabi angegebene Tarifnummer 2106.9075 anwendbar. Gilt die Europäische Union als Herkunftsort, kommt ein Zollsatz von Fr. 26.90 pro 100 Kilogramm Eigenmasse zur Anwendung. Kann der Herkunftsort nicht nachgewiesen werden, beläuft sich die Gebühr auf Fr. 73.80 pro 100 Kilogramm brutto.²⁴⁵ Die Zollgebühr beträgt also rund 5 Rappen (Herkunft EU) bzw. rund 19 Rappen (Herkunft nicht nachgewiesen) pro Flasche.

237. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Zollgebühren pro Flasche Trinknahrung je nach Geschmacksrichtung und je nach Herkunftsnachweis der Zutaten rund 5 bis 19 Rappen betragen.

238. Zusätzlich zu den eigentlichen Zollgebühren entsteht gemäss Angaben von Fresenius Kabi für «Ausfuhranmeldung und Zolldokumente» ein Aufwand in der Höhe von [...] Euro pro Flasche.²⁴⁶ Deshalb belaufen sich die insgesamten Kosten der Verzollung auf rund 7 bis 22 Rappen pro Flasche Trinknahrung.

B.9.6.3 Transportkosten

239. Die in Tabelle 10 angegebenen Preise deutscher Grossistinnen beinhalten wie erwähnt die Kosten des Transports innerhalb Deutschlands (Rz 227 vorne). Hingegen beinhalten diese Preise nicht den Transport in die Schweiz. Deshalb müsste Galexis beim Bezug in Deutschland zusätzlich die Kosten des Transports in die Schweiz übernehmen.

240. Fresenius Kabi Schweiz führt Trinknahrung ab dem in [...] gelegenen Lager in die Schweiz ein.²⁴⁷ Deshalb wird nachfolgend die Grössenordnung der Transportkosten von [...] zum Lager von Galexis in Niederbipp eingeschätzt.

241. Die pro Flasche Trinknahrung anfallenden Transportkosten sind insbesondere stark davon abhängig, wie viele Flaschen pro Lieferung transportiert werden können. Wenn ein Lastwagen mit 33 Paletten beladen und damit voll ausgelastet wird,²⁴⁸ sind die Transportkosten pro Flasche wesentlich tiefer als wenn zum Beispiel nur eine Palette transportiert wird.²⁴⁹

²⁴⁰ Act. II.11, Rz 72.

²⁴¹ Act. II.11, Rz 71.

²⁴² Act. II.3, Beilage 6.a.i.

²⁴³ <www.xtares.admin.ch> (15.3.2023).

²⁴⁴ <www.fresenius-kabi.com/de-ch/produkte/fresubin-2-kcal-fibre-drink>; <www.fresenius-kabi.com/de-ch/produkte/fresubin-protein-energy-drink> (15.3.2023).

²⁴⁵ <www.xtares.admin.ch> (15.3.2023).

²⁴⁶ Act. II.11, Rz 74.

²⁴⁷ Act. II.11, Rz 52; Act. II.11, Rz 60.

²⁴⁸ Vgl. z.B. Act. III.3, Zeile 384 zur Anzahl Paletten pro Lastwagen.

²⁴⁹ Fresenius Kabi hat zur Einschätzung der Transportkosten die Internetseite <cargoboard.com> verwendet (Act. II.11, Rz 64). Auf dieser Internetseite können die Transportkosten für kleinere zu transportierende Sendungen kalkuliert werden. Eine Berechnung für mehr als vier Paletten mit einem Gewicht von 736 Kilogramm ist hingegen nicht möglich. Gemäss der genannten Internetseite kostet

242. Galexis kaufte im Zeitraum vom 1. Januar 2020 bis 31. Oktober 2022 pro Monat durchschnittlich rund [15 000–25 000] Flaschen an Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen ein.²⁵⁰ Eine Palette kann mit bis zu rund 2800 Flaschen Trinknahrung beladen werden.²⁵¹ Allein die den drei wichtigsten Produktgruppen zuzurechnende monatlich von Galexis eingekaufte Trinknahrung entspricht also einem Volumen von [5–9] Paletten. Deshalb und weil die Trinknahrung von Fresenius Kabi relativ lange haltbar ist,²⁵² werden nachfolgend die Transportkosten unter der Annahme berechnet, dass Galexis die Einfuhr mit voll ausgelasteten Lastwagen durchführen könnte.²⁵³

243. Der Behörde liegt ein Angebot einer deutschen Lieferantin an Galexis vor, bei welchem die Einfuhr von [...] Paletten an Trinknahrung vorgesehen war.²⁵⁴ Die von der genannten deutschen Lieferantin veranschlagten Versandkosten beliefen sich auf [...] Euro, was rund [2–5] Rappen pro Flasche entspricht.²⁵⁵ Die genannten Versandkosten von [...] Euro pro Lastwagen entsprechen ausserdem ungefähr den vom Zeugen [N2] angegebenen Transportkosten einschliesslich Formalitäten am Zoll von rund 2500 Franken pro Lastwagen bei der Einfuhr aus europäischen Ländern in die Schweiz.²⁵⁶

244. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einfuhr von Trinknahrung von Deutschland in die Schweiz ohne Versicherung und Zollformalitäten rund 3 Rappen pro Flasche kostet. Da die Verzollung rund 7–22 Rappen pro Flasche kostet (Rz 237 vorne), betragen die Kosten für Verzollung und Transport aus Deutschland in die Schweiz rund 10–25 Rappen pro Flasche.²⁵⁷

der Transport einer Europalette mit einem Gewicht von 736 Kilogramm von [...] nach Niederbipp je nach Versandart zwischen 350 und 369 Euro (Stand 11.6.2024). Der Versand von vier Paletten gleichen Gewichts über die gleiche Strecke kostet 762–781 Euro (Stand 11.6.2024). Pro Palette entspricht das 190–195 Euro, also rund der Hälfte der Kosten des Versands einer einzigen Palette. Die Kosten pro Palette nehmen also mit der Anzahl Paletten stark ab.

²⁵⁰ Act. II.23, Beilage 2.

²⁵¹ Gemäss Angaben von Fresenius Kabi befinden sich auf einer Palette 2808 Flaschen Trinknahrung. Weil eine Flasche einschliesslich Verpackung 262 Gramm wiegt, ergibt sich daraus ein Gewicht von 736 Kilogramm pro Palette (Act. II.11, Rz 54). Gemäss Angaben von Galexis befinden sich auf einer Palette 546 «Verkaufseinheiten» (Act. II.3, Antwort auf Frage 6.a). Falls mit «Verkaufseinheiten» Packungen mit 4 Flaschen à 200 ml gemeint sind, entspricht das 2184 Flaschen.

²⁵² Je nach Produkt liegen die Haltbarkeitsfristen der Trinknahrung von Fresenius Kabi bei 9 bis 15 Monaten <www.fresenius-kabi.com/de/documents/Haltbarkeitsfristen_Enterale_Nahrungen_.pdf> (16.3.2023).

²⁵³ Die von Fresenius Kabi berechneten Transportkosten fallen insbesondere deshalb höher aus, weil Fresenius Kabi stattdessen von der Annahme ausgeht, dass einzelne Paletten zu transportieren sind (Act. II.11, Rz 53).

²⁵⁴ Act. II.27, Beilage 2.

²⁵⁵ Die Lieferung hätte [...] Paletten mit insgesamt [...] Flaschen Trinknahrung beinhaltet. Die Versandkosten pro Flasche betragen also [0.02–0.05] Euro.

²⁵⁶ Act. III.3, Zeilen 382–383.

²⁵⁷ Die von Fresenius Kabi berechneten Kosten für Import und Verzollung (Act. II.11, Rz 49 ff.) sind etwas höher als die hier Ausgewiesenen, insbesondere weil Fresenius Kabi davon ausgeht, dass einzelne Paletten und nicht ganze Lastwagenladungen eingeführt werden. Die von Galexis berechneten Kosten für Import und Verzollung sind etwas tiefer als die hier Ausgewiesenen, jedenfalls wenn unter einer «Verkaufseinheit» eine Packung mit vier Flaschen à 200 ml zu verstehen ist (Act. II.3, Antwort auf Frage 6.a). Galexis weist unter anderem deshalb tiefere Kosten aus, weil Galexis jedenfalls teilweise eine falsche Tarifnummer mit tieferem Zollsatz verwendet und jedenfalls teilweise statt das Bruttogewicht das Nettogewicht zur Berechnung der Zollgebühren heranzieht (Act. II.3, Antwort auf Frage 6.a; vgl. auch Rz 67 vorne).

B.9.6.4 Beurteilung der Unterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland

245. In Tabelle 12 werden die im Jahr 2023 von den deutschen Vollgrossistinnen bezahlten Preise den von Galexis bezahlten Preisen für Trinknahrung gegenübergestellt. Nach Berücksichtigung der für die Verzollung und den Transport anfallenden Kosten bezahlten die deutschen Vollgrossistinnen rund [-10–65] % weniger als Galexis.

Tabelle 12: Preisvergleich Trinknahrung, 2023, Franken pro Flasche.

	Deutschland	Deutschland + Verzollung/Transport	Galexis	Differenz (Fr.)	Differenz (%)
F. 2 kcal Drink	[0.93–2.51]	[1.03–2.76]	[2.00–3.25]	[-0.25–1.70]	[-10–65] %
F. Protein Energy	[0.93–2.51]	[1.03–2.76]	[2.00–3.25]	[-0.25–1.70]	[-10–65] %
F. 2 kcal Fibre	[0.93–2.51]	[1.03–2.76]	[2.00–3.25]	[-0.25–1.70]	[-10–65] %

Quelle: Act. II.11, Beilage 4; Act. II.16, Rz 41; Act. II.30, Rz 9 sowie Beilagen 28–31; Rz 233 ff. vorne.

246. Der in Tabelle 12 vorgenommene Preisvergleich berücksichtigt nur die Handelsstufe, nicht aber andere Faktoren, die ebenfalls einen Einfluss auf die Preissetzung haben, wie zum Beispiel die Verkaufsanstrengungen der Kundin (vgl. Rz 217 vorne). Da zu diesen anderen Faktoren teilweise keine Angaben vorliegen, ist unklar, mit welcher der deutschen Vollgrossistinnen Galexis am ehesten vergleichbar ist. Diese Unsicherheit muss im Einklang mit der vorliegenden Beweislastverteilung (vgl. Rz 28) berücksichtigt werden, d.h. zugunsten von Fresenius Kabi. Da es möglich ist, dass Galexis am ehesten mit derjenigen deutschen Vollgrossistin vergleichbar ist, welche die höchsten Preise bezahlt, ist folglich das untere Ende des in Tabelle 12 ausgewiesenen Preisunterschieds massgebend.

247. Zusätzlich ist es möglich, dass sich Galexis selbst von derjenigen deutschen Vollgrossistin unterscheidet, welche die höchsten Preise für Trinknahrung bezahlte. Deshalb kann es sein, dass sich ein Teil oder sogar der ganze verbleibende Preisunterschied durch Unterschiede in Bezug auf bisher noch nicht berücksichtigte Faktoren zurückführen lässt. Wie erwähnt können manche dieser Faktoren nicht gemessen werden (z.B. das Verhandlungsgeschick). Andere können zwar erfasst werden, ihr genauer Einfluss auf den Preis lässt sich aber trotzdem nicht zuverlässig messen (Rz 222 ff. vorne).

248. Einer dieser Faktoren ist die Bezugsmenge. Dazu liegen Daten vor, der Einfluss der Bezugsmenge auf den Preis kann aber nicht zuverlässig bestimmt werden (vgl. Rz 224 f. vorne). Immerhin ist klar, dass der Preis mit der bezogenen Menge sinkt. Deshalb werden in Tabelle 13 die Bezugsmengen der deutschen Vollgrossistinnen der Bezugsmenge von Galexis gegenübergestellt. Dabei werden nur die Bezugsmengen derjenigen deutschen Vollgrossistinnen dargestellt, für welche die Nettopreise des Jahres 2023 vorliegen (vgl. Fussnote 229 vorne). Die Bezugsmenge wird anhand der Anzahl Flaschen Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen gemessen, welche die Grossistinnen im Jahr 2022 bei Fresenius Kabi bezogen haben. Zusätzlich ist in Tabelle 13 das Einkaufsvolumen der Grossistinnen für alle bei Fresenius Kabi eingekauften Produkte angegeben. Die entsprechenden Zahlen liegen für das Jahr 2021 vor. Neben der eingekauften Menge Trinknahrung kann auch der Wert der insgesamt eingekauften Produkte einen Einfluss auf den durch die Kundin ausgehandelten Preis haben.

Tabelle 13: Anzahl Flaschen Trinknahrung (2022) und Einkaufsvolumen (2021).

Kundin	Bezogene Anzahl Flaschen 2022	Einkaufsvolumen insgesamt 2021 (Fr.) ²⁵⁸
Galexis	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]

Quelle: Act. II.16, Rz 37 (Einkaufsvolumen deutsche Grossistinnen); Act. II.5, Antwort auf Frage 9a (Einkaufsvolumen Galexis); Act. II.44, Rz 45 (Anzahl Flaschen).

249. Aus Tabelle 13 geht hervor, dass Galexis im Vergleich zu allen deutschen Vollgrossistinnen geringere Mengen bezieht. Das trifft sowohl auf die bezogene Anzahl Flaschen Trinknahrung als auch auf das insgesamt Einkaufsvolumen bei Fresenius Kabi zu.²⁵⁹ Deshalb ist davon auszugehen, dass eine mit Galexis vergleichbare deutsche Vollgrossistin aufgrund der geringeren Bezugsmengen höhere Preise bezahlen müsste. Dadurch würde sich der in Tabelle 12 ausgewiesene Preisunterschied verringern. Zu den übrigen Faktoren, die ebenfalls den Preis beeinflussen, liegen im Gegensatz zu den Bezugsmengen keine genauen Zahlen vor.

250. Ebenfalls noch nicht berücksichtigt wurde eine gemäss Angaben von Fresenius Kabi im Juli 2023 vorgenommene Erhöhung der für deutsche Vollgrossistinnen geltenden Preise für Trinknahrung um rund [>2] %.²⁶⁰ Gemäss Angaben von Fresenius Kabi sei für Galexis im Jahr 2023 keine Preiserhöhung vorgesehen.²⁶¹ Ausserdem sei geplant, die Preise für Trinknahrung in Deutschland im Jahr 2024 um weitere [...] % anzuheben.²⁶² Fresenius Kabi Schweiz hat per 1. Februar 2024 die Preise für Trinknahrung um [>2] % erhöht.²⁶³ Diese Preiserhöhung entspricht etwa der ebenfalls noch nicht berücksichtigten im Juli 2023 in Deutschland vorgenommenen Preiserhöhung. Falls Fresenius Kabi Deutschland die Preise im Jahr 2024 wie geplant um [...] % anheben sollte und die Preise in der Schweiz nicht weiter steigen, würden sich deshalb die vorangehend für 2023 festgestellten Preisunterschiede im Jahr 2024 entsprechend verringern.

251. Die nur unter Berücksichtigung der Handelsstufe und der Einfuhrkosten gemessenen Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland belaufen sich Stand 2023 wie erwähnt auf rund [-10–65] % (Tabelle 12 vorne). Da der genaue Einfluss der Bezugsmenge und anderer Faktoren auf den Preis nicht bestimmt werden kann, ist es möglich, dass eine mit Galexis vergleichbare deutsche Vollgrossistin Trinknahrung von Fresenius Kabi zum gleichen Preis beziehen könnte, welchen Galexis in der Schweiz bezahlt. Das wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn die deutsche Grossistin mit dem höchsten Preis am ehesten mit Galexis vergleichbar wäre und die geringere von Galexis bezogene Menge den noch verbleibenden Preisunterschied von rund [...] % rechtfertigen würde.

²⁵⁸ Zur Umrechnung der in Euro vorliegenden Umsätze der deutschen Grossistinnen wird der Wechselkurs am 31.12.2021 (1 Euro = 1.03 Fr.) verwendet <www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/euro_reference_exchange_rates/html/eurofxref-graph-chf.en.html> (14.3.2023).

²⁵⁹ Die im Jahr 2022 bezogene Anzahl Flaschen der drei wichtigsten Produktgruppen liegt auch für die [...] und die [...] vor. Auch diese beziehen mit [...] Flaschen [...] bzw. [...] Flaschen [...] deutlich grössere Mengen als Galexis (Act. II.44, Rz 45). Hingegen liegen für diese Grossistinnen keine Zahlen zu den Preisen im Jahr 2023 oder dem gesamten Einkaufsvolumen vor (vgl. Fn 229).

²⁶⁰ Act. II.44, Rz 45; Act. II.55, Beilage 1, S. 75. Dazu liegen keine Urkundenbeweise vor.

²⁶¹ Act. II.16, Rz 27.

²⁶² Act. II.55, Rz 114.

²⁶³ Act. II.61, Beilagen 1a und 1b.

252. Ausserdem können auch die übrigen Konditionen nicht genau bewertet und verglichen werden. Während Galexis zum Beispiel [...] (Rz 213), steht diese Möglichkeit den deutschen Grossistinnen nicht zur Verfügung. Stattdessen erhalten diese eine Pauschale in der Höhe von rund [...] (Rz 227). Je nachdem, [...] mehr wert sein als die den deutschen Grossistinnen gewährte Pauschale. Falls Galexis zum Beispiel [...] % [...] wesentlich mehr wert als die den deutschen Vollgrossistinnen gewährten Pauschalen. In diesem Fall wäre ein allenfalls höherer Preis für Galexis jedenfalls teilweise auf die in Bezug auf [...] besseren Konditionen zurückzuführen.

253. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die genannten Unsicherheiten in Bezug auf einen allfälligen Unterschied zwischen den für Galexis und für deutsche Grossistinnen geltenden Preisen und übrigen Konditionen im Einklang mit der vorliegenden Beweislastverteilung (vgl. Rz 28) zu berücksichtigen sind, d.h. zugunsten von Fresenius Kabi. Aus diesem Grund ist der vorliegend massgebende Preisunterschied geringer als der in Tabelle 12 ausgewiesene Preisunterschied von rund [-10–65] %. Dort wurden die genannten Unsicherheiten noch nicht berücksichtigt (Rz 249 ff.). Weil es möglich ist, dass Galexis am ehesten mit der deutschen Vollgrossistin mit den höchsten Preisen vergleichbar ist, ist das untere Ende des in Tabelle 12 ausgewiesenen Preisunterschieds von [-10–65] % massgebend. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass Galexis wesentlich geringere Mengen als alle deutschen Vollgrossistinnen bezieht. Ausserdem unterscheiden sich die übrigen Konditionen aller deutschen Vollgrossistinnen von den für Galexis geltenden, insbesondere in Bezug auf [...]. Zusätzlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass es weitere relevante Unterschiede in Bezug auf andere Faktoren gibt, die einen Einfluss auf den Preis haben können (z.B. die Verkaufsanstrengungen). Damit steht vorliegend fest, dass ein allfälliger Unterschied zwischen der Schweiz und Deutschland in Bezug auf die Konditionen für Trinknahrung von Fresenius Kabi höchstens gering ausfällt.²⁶⁴

254. Galexis bringt vor, die von Galexis in der Schweiz an Fresenius Kabi Schweiz bezahlten Preise für Trinknahrung seien mehr als doppelt so hoch wie die Verkaufspreise von Händlern und Grossistinnen in Deutschland.²⁶⁵ Auch die Parteigutachter von Galexis behaupten, Trinknahrung von Fresenius Kabi sei in der Schweiz in den meisten Fällen doppelt so teuer wie der Median der in Deutschland beobachteten Preise.²⁶⁶ Die von Galexis als Beleg eingereichten Unterlagen und die darauf basierenden Auswertungen ihrer Parteigutachter sind insbesondere aus den folgenden Gründen nicht aussagekräftig und ändern nichts am vorangehenden Beweisergebnis:

- Vorliegend ist der von einem mit Galexis vergleichbaren Unternehmen in Deutschland bezahlte Preis massgebend. Bei den von Galexis eingereichten Preisen²⁶⁷ handelt es sich hingegen im Wesentlichen um Preise von deutschen Internethändlerinnen und Online-Apotheken. Diese werden von den Parteigutachtern von Galexis mit dem für Grossistinnen in der Schweiz geltenden Listenpreis verglichen. Bei den für diesen Vergleich herangezogenen deutschen Internethändlerinnen und Online-Apotheken handelt es sich nicht um mit Galexis vergleichbare Unternehmen. Internethändlerinnen und Online-Apotheken können die Trinknahrung von Fresenius Kabi Deutschland zu wesentlich günstigeren Preisen beziehen als die vorliegend relevanten auf der gleichen Marktstufe wie Galexis tätigen deutschen Vollgrossistinnen (Abbildung 9).

²⁶⁴ Gemäss Angaben von Galexis würde sich Galexis bei einem Preisunterschied von 20 % zwischen der Schweiz und Deutschland nicht die Mühe machen, direkt in Deutschland einzukaufen (Act. III.1, Zeilen 206–208). Dabei ist allerdings zu beachten, dass im von Galexis erwähnten Preisunterschied von 20 % die Kosten für Verzollung und Transport noch nicht berücksichtigt sind. Diese betragen 10–25 Rappen pro Flasche (Rz 244) und machen damit bis zu fast [5–15] % des von Galexis in der Schweiz bezahlten Preises aus.

²⁶⁵ Act. II.9, Rz 13 ff.

²⁶⁶ Act. II.46, Rz 13.

²⁶⁷ Act. II.9, Beilage 4.a; Act. II.47, Beilage 5, Grafiken.xlsx, Worksheet «*Quelldaten*» Act. IV.36, Rz 18.

- [...].²⁶⁸ Die in Deutschland für solche Restposten gängigen Preise sind nicht mit den Preisen für die Belieferung zu den für Vollgrossistinnen üblichen Konditionen (z.B. in Bezug auf die Verlässlichkeit der Lieferung, die Haltbarkeit der Produkte oder die Möglichkeit von Retouren) vergleichbar. Auch aus diesem Grund erlauben die Preise deutscher Internethändlerinnen und Online-Apotheken keine zuverlässigen Rückschlüsse in Bezug auf die in Deutschland für mit Galexis vergleichbare Unternehmen geltenden Preise.
- Die Parteigutachter von Galexis verwenden für ihren Preisvergleich die für Schweizer Grossistinnen geltenden Listenpreise von Fresenius Kabi Schweiz.²⁶⁹ Da Galexis Rabatte und Boni auf diese Listenpreise ausgehandelt hat, entsprechen diese nicht den von Galexis bezahlten Nettopreisen (Rz 212 ff.).
- Die Parteigutachter von Galexis berücksichtigten die Kosten der Verzollung und des Transports in die Schweiz nicht (Rz 229 ff.).
- Die Parteigutachter von Galexis beziehen nicht nur Trinknahrung, sondern auch Sondennahrung und Hilfsmittel in ihren Preisvergleich ein.²⁷⁰

255. Des Weiteren bringt Galexis vor, ihr sei es gelungen, Trinknahrung von Fresenius Kabi zu tiefen Preisen parallel zu importieren. Deshalb habe Galexis ihren Kundinnen einen Rabatt von 55 % auf den «Basispreis» gewähren können. Das deute keinesfalls auf geringfügige Unterschiede zwischen den Bezugspreisen in der Schweiz und im Ausland hin.²⁷¹ Dieser Einwand überzeugt aus den folgenden Gründen nicht und ändert nichts am vorangehenden Beweisergebnis:

- Galexis vergleicht nur die Preise, ohne die übrigen Konditionen zu berücksichtigen. Insbesondere in Bezug auf die Rückgabekonditionen (Rz 227), die Bestellfrist,²⁷² die Zuverlässigkeit der Lieferung²⁷³ und die Haltbarkeit der Produkte²⁷⁴ kann es wesentliche Unterschiede zwischen den Konditionen der Anbieterinnen der parallel importierten Produkte und Fresenius Kabi Schweiz geben.²⁷⁵
- Es ist möglich, dass es sich bei den von Galexis genannten parallel importierten Mengen um Spezialfälle mit besonders tiefen Preisen handelte (Rz 254, zweiter Spiegelstrich).

²⁶⁸ Gemäss Angaben von Fresenius Kabi [...]. Ein Teil dieser Mengen sei teilweise unter dem Einstandspreis auf dem Graumarkt verkauft worden (Act. IV.40, Rz 130).

²⁶⁹ Act. II.46, Rz 12.

²⁷⁰ Die Parteigutachter von Galexis behaupten, sie hätten «*insgesamt 24 Fresubin Produkte einbezogen*» (Act. II.46, Abbildung 2). Das trifft nicht zu. Bei einem der Produkte handelt es sich um Sondennahrung («*SURVIMED OPD HN 15 EasyBag 500 ml*»), bei einem anderen um Hilfsmittel zur Verabreichung von Sondennahrung («*APPLIX HydroBag 1.5l ENPlus 30 Stk*»).

²⁷¹ Act. V.5, Beilage 1, Rz 31; Act. IV.36, Rz 175.

²⁷² Die Bestellfrist beim Parallelimport beträgt gemäss Angaben von Galexis rund sechs bis acht Wochen (Act. III.1, Zeilen 299–300; Act. II.5, Antwort auf Frage 1.c.ii), bzw. «*mind. 6–8 Wochen*» (Act. II.27, Rz 29). Galexis gibt nicht an, wie lange die Bestellfrist beim Bezug über Fresenius Kabi Schweiz ausfällt. Aus dem Kontext der genannten Angaben ist aber klar, dass diese kürzer ausfällt.

²⁷³ Act. III.1, Zeilen 300–301.

²⁷⁴ [N3] von Galexis, sagte Folgendes aus: «*Wenn wir die betroffenen Produkte parallel importieren, erhalten wir keine frischen Produkte, sondern solche, die bereits ein gewisses Alter haben. Dadurch steigt das Risiko, dass wir die Produkte nicht vor dem Verfalldatum verkaufen können*» (Act. III.1, Zeilen 292–294). Anlässlich des Plädoyers von Galexis vor der WEKO behauptete [N3] hingegen, die parallel importierte Ware sei «*100 % identisch*». In Bezug auf das Verfalldatum führte er Folgendes aus: «*Die Verfalldaten entsprechen den Verfalldaten der Ware, die Galexis bei Fresenius Kabi Schweiz einkauft*» (Act. V.5, Beilage 1, Rz 65). Vor diesem Hintergrund kann nicht ausgeschlossen werden, dass parallel importierte Trinknahrung jedenfalls teilweise weniger lange haltbar ist als die bei Fresenius Kabi Schweiz bezogene Trinknahrung. Ausserdem ist die Haltbarkeit bei der parallel importierten Trinknahrung von grösserer Bedeutung, weil diese in der Regel nicht an die Händlerin zurückgegeben werden kann.

²⁷⁵ Vgl. Act. II.27, Rz 29.

Weder Galexis selber noch ein auf Parallelimporte spezialisiertes Unternehmen scheinen in der Lage zu sein, im Ausland regelmässig Händlerinnen zu finden, die bereit sind, Trinknahrung an Galexis zu deren Preisvorstellungen zu verkaufen.²⁷⁶

- Es ist nicht klar, ob die Apotheken normalerweise ebenfalls Rabatte auf den «Basispreis» erhalten und ob der genannte Rabatt von 55 % zusätzlich dazu oder stattdessen zur Anwendung kommt.

B.9.7 Ergebnis

256. Im Rahmen der vorliegenden Einstellungsverfügung erachtet die Behörde – im Einklang mit der vorliegenden Beweislastverteilung (vgl. Rz 22 ff.) – folgenden Sachverhalt als massgebend (vgl. betreffend die Verhältnismässigkeit weiterer Beweismassnahmen Rz 29 ff.): Mit Galexis vergleichbare Unternehmen in Deutschland oder den Niederlanden können Trinknahrung bei Fresenius Kabi Deutschland bzw. Fresenius Kabi Niederlande nicht zu Konditionen beziehen, die mehr als geringfügig besser sind als die Konditionen von Galexis bei Fresenius Kabi Schweiz.

²⁷⁶ Act. II.27, Rz 32 ff.; Act. III.3, Zeilen 240–259; Act. I.87, S.2.

C Rechtliche Würdigung

C.1 Geltungsbereich

257. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfragerinnen oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die vorliegenden Parteien – Fresenius Kabi und Galexis – sind privatrechtliche Unternehmen. Das Kartellgesetz ist in persönlicher Hinsicht anwendbar.

258. 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). Ob Fresenius Kabi Marktmacht ausübt, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (Rz 278 ff.).

259. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

260. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO²⁷⁷. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

261. Vorliegend entscheidet die WEKO mit Endverfügung darüber, ob das Verfahren einzustellen oder gegen die Verfahrensparteien wegen eines Verstosses gegen das Kartellgesetz Massnahmen zu erlassen sind. Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

262. 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).

263. Das Gesundheitswesen wie auch der Lebensmittelbereich sind stark reguliert. Die entsprechenden Vorschriften betreffen auch Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmittel (dazu Rz 47 ff.). Allerdings gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb im vorliegenden Markt nicht zulassen.

264. Aktuell laufen Bestrebungen, Trink- und Sondennahrung neu der Vergütungsordnung der Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) zu unterstellen.²⁷⁸ Nach Art. 25 Abs. 2 Bst. b

²⁷⁷ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

²⁷⁸ Act. II.21, Antwort auf Frage 7.

KVG²⁷⁹ müssen Mittel und Gegenstände, die der Untersuchung oder der Behandlung einer Krankheit und ihrer Folgen dienen, durch die obligatorische Grundversicherung übernommen werden. Der Umfang dieser Abgeltung wird nach Art. 52 Abs. 1 Bst. a Ziff. 3 KVG in der MiGeL²⁸⁰ festgelegt. In der MiGeL werden Kategorien und Leistungsgruppen von Produkten aufgrund einer *allgemeinen Produktbeschreibung* definiert und die dazugehörigen Höchstvergütungsbeträge festgelegt (vgl. Art. 33 Bst. e KVV²⁸¹; Art. 20 f. KLV²⁸²). Damit unterscheidet sich die MiGeL-Ordnung von der Regelung für Arzneimittel der Spezialitätenliste (SL), welche die maximale Vergütung einzelner Produkte eines bestimmten Herstellers festlegt.

265. Die in der MiGeL aufgeführten Höchstvergütungsbeträge stellen den Betrag dar, der maximal von den Versicherern im Rahmen der obligatorischen Grundversicherung vergütet werden kann (Art. 24 Abs. 3 KLV). Der versicherten Person ist es freigestellt, ein spezifisches geeignetes Produkt im Rahmen dieses Höchstvergütungsbetrags auszuwählen, wobei ein allfälliger Mehrbetrag (Art. 24 Abs. 3 KLV) zu Lasten der versicherten Person geht. Zu vergütende Mittel und Gegenstände sind nicht im Tarifschutz nach Art. 44 KVG eingeschlossen.²⁸³ Die Höchstvergütungsbeträge der MiGeL sollen in der Regel einem Durchschnittspreis der auf dem Markt erhältlichen zweckmässigen Produkte entsprechen. Dabei ist auch der Preis im Ausland zu beachten (vgl. Art. 43 Abs. 6 KVG, Art. 65, insb. Abs. 3^{bis} KVV analog). Die MiGeL legt vor diesem Hintergrund keine Hersteller- oder Endkundenpreise fest.

266. Damit wird die geplante Aufnahme von Trink- und Sondennahrung in die Vergütungsordnung der MiGeL keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen.²⁸⁴ Eine vorbehaltene Vorschrift, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes im vorliegenden Fall einschränken würde, wird mit den regulatorischen Änderungen nicht einhergehen.

C.4 Relative Marktmacht von Fresenius Kabi

C.4.1 Einleitung

267. Nachfolgend wird zunächst der Tatbestand der relativen Marktmacht gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erörtert (Rz 268 ff.), bevor anschliessend im Rahmen der Subsumtion geprüft wird, ob dieser vorliegend erfüllt ist (Rz 298 ff.).

C.4.2 Tatbestand

C.4.2.1 Legaldefinition von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG

268. Am 1. Januar 2022 sind die revidierten Bestimmungen des Kartellgesetzes zur relativen Marktmacht in Kraft getreten. Dabei handelt es sich um einen indirekten Gegenvorschlag des Parlaments zur Volksinitiative «*Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)*» (nachfolgend: Fair-Preis-Initiative).²⁸⁵ Mit der Gesetzesrevision wurde das kartellrechtliche Missbrauchsverbot nach Art. 7 KG auf relativ marktmächtige in- und ausländische Unternehmen ausgedehnt.

²⁷⁹ Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

²⁸⁰ Anhang 2 zur KLV.

²⁸¹ Verordnung vom 27.6.1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

²⁸² Verordnung des EDI vom 29.9.1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Krankenpflege-Leistungsverordnung, KLV; SR 832.112.31).

²⁸³ Ziff. 2.2 der MiGeL (Anhang 2 zur KLV).

²⁸⁴ Zum Ganzen bereits RPW 2004/4 1106 ff. Rz 20 ff., *Krankenversicherer/Weita AG*.

²⁸⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Bestimmungen zur relativen Marktmacht etwa SELIM HAKTANIR, Beschaffungsfreiheit und Belieferungspflicht? – Der Missbrauchstatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. g KG, 2023, Rz 117 ff. (zit. HAKTANIR, Beschaffungsfreiheit); OLIVER KAUFMANN, Relative Marktmacht

269. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG enthält folgende Legaldefinition der relativen Marktmacht: «*Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen*».

270. Die Definition orientiert sich am Wortlaut von § 20 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)^{286, 287}. Beide Bestimmungen knüpfen an den Begriff der Abhängigkeit an. Massgebend sind jeweils die «*ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten*», auf dritte Unternehmen auszuweichen. In der Legaldefinition nicht ausdrücklich übernommen hat der Schweizer Gesetzgeber das Kriterium des «*deutlichen Ungleichgewichts zur Gegenmacht der anderen Unternehmen*», das in Deutschland mit der 10. GWB-Novelle eingeführt worden ist (dazu Rz 289 ff.).

271. Im Folgenden ist zunächst darauf einzugehen, was Gegenstand der Prüfung relativer Marktmacht ist. Anschliessend ist aufzuzeigen, welche Tatbestandsvoraussetzungen sich aus Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ergeben. Soweit die Bestimmung hierzu auszulegen ist, ist zu beachten, dass der Wortlaut von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG zwar in wesentlichen Punkten dem Pendant im deutschen Recht nachgebildet ist. Allerdings hat der Schweizer Gesetzgeber dabei nicht das Ziel verfolgt, eine materielle Harmonisierung mit deutschem Recht herbeizuführen. Den Materialien sind jedenfalls keine solchen Äusserungen zu entnehmen.²⁸⁸ Die deutsche Fallpraxis zu § 20 GWB hat daher bei der Auslegung von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG – über ihre mögliche Funktion als Inspirationsquelle hinaus – keine Bedeutung. Vielmehr ist Art. 4 Abs. 2^{bis} KG im schweizerischen Kontext²⁸⁹ auszulegen.²⁹⁰

C.4.2.2 Gegenstand der Prüfung

C.4.2.2.1 In persönlicher Hinsicht

272. Wie der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG zu entnehmen ist, richten sich die Vorschriften zur relativen Marktmacht nur an Unternehmen («*Als relativ marktmächtiges Unternehmen gilt ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen [...] abhängig sind*»). Die Bestimmungen

2022, in: sic! 5/2022, 181–197 (zit. KAUFMANN, sic! 2022), 182 ff.; PETER GEORG PICT, Relative Marktmacht und Geoblocking: Neues Wettbewerbsrecht in der Schweiz, in: WuW 6/2021, 336–342 (zit. PICT, WuW 2021), 337; RICHARD STÄUBER/ANDREAS BURGER, Einführung der relativen Marktmacht in der Schweiz, in: ZWeR 2/2021, 235–272 (zit. STÄUBER/BURGER, ZWeR 2021), 240 ff.; BEAT ZIRLICK/JÜRGEN BICKEL, Regeln zu relativen Marktmacht und Geoblocking in der Schweiz, in: WRP 2/2022, 146–154 (zit. ZIRLICK/BICKEL, WRP 2022), Rz 2 ff.

²⁸⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19.7.2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist.

²⁸⁷ § 20 Abs. 1 erster Satz GWB lautet wie folgt: «§ 19 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Nummer 1 gilt auch für Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, soweit von ihnen andere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf dritte Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen und ein deutliches Ungleichgewicht zur Gegenmacht der anderen Unternehmen besteht (relative Marktmacht)».

²⁸⁸ Vgl. etwa die parlamentarischen Debatten AB 2020 N 204 ff.

²⁸⁹ Beispielsweise ist der spezifische Hintergrund der schweizerischen Vorschriften zur relativen Marktmacht zu beachten. Die neuen Regeln sind als Antwort auf die Fair-Preis-Initiative zu verstehen, welche sich die Senkung der Beschaffungskosten für Schweizer Nachfrager und Nachfragerinnen zum Ziel gesetzt hat. Auch ist etwa die Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999; BV, SR 101) im schweizerischen Verfassungsrecht hervorzuheben.

²⁹⁰ Vgl. auch LYNN LUWARSO, Relative Marktmacht im Wirtschafts- und Konsumrecht, in: recht 2024, 51–61, 55 ff.

betreffen jeweils die Beziehung zwischen einem relativ marktmächtigen Unternehmen (Verbotsadressat) und einem abhängigen Unternehmen (Schutzadressat). Der Unternehmensbegriff wird in Art. 2 Abs. 1^{bis} KG definiert und gilt für das ganze Gesetz. Danach gelten als Unternehmen sämtliche Nachfrager und Nachfragerinnen oder Anbieter und Anbieterinnen von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Auch im Zusammenhang mit der relativen Marktmacht ist auf diese Definition abzustellen. Konsumentinnen und Konsumenten können sich somit nicht auf die Vorschriften zur relativen Marktmacht berufen.²⁹¹ In diesem Punkt unterscheidet sich das Konzept der relativen Marktmacht von einer klassischen marktbeherrschenden Stellung.

273. Für die Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist nicht die «*absolute*» Stellung eines Unternehmens auf einem bestimmten Markt («*erga omnes*») entscheidend, sondern die individuelle, konkrete Machtverteilung zwischen zwei Unternehmen («*inter partes*»), zwischen denen eine Geschäftsbeziehung besteht oder in Frage kommt.²⁹² Auch in diesem Punkt unterscheidet sich das Konzept der relativen Marktmacht von einer klassischen marktbeherrschenden Stellung. Die beiden Unternehmen, die sich (möglicherweise) in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden, stehen zueinander in einem vertikalen Verhältnis. Die Anwendung der Vorschriften zur relativen Marktmacht auf bilaterale Geschäftsbeziehungen gebieten eine Einzelfallprüfung. Im Ergebnis kann ein Unternehmen gegenüber einem bestimmten oder einzelnen Unternehmen relativ marktmächtig sein, während es gegenüber anderen Unternehmen nicht in einer solchen Position ist.

274. Über die Unternehmensqualität der involvierten Unternehmen hinaus ergeben sich aus Art. 4 Abs. 2^{bis} KG keine weiteren Einschränkungen in persönlicher Hinsicht. Keine Rolle spielt insbesondere die Branchenzugehörigkeit und die Grösse der Unternehmen, ebenso wenig deren Marktanteile. Die Vorschriften zur relativen Marktmacht zielen primär auf den individuellen Schutz der betroffenen Unternehmen und nicht unmittelbar auf den Schutz des Wettbewerbs als Institut. Auch Unternehmen, die für funktionierenden Wettbewerb irrelevant sind, können sich auf die Vorschriften zur relativen Marktmacht berufen.²⁹³ Umgekehrt ist der Schutz nicht auf Unternehmen mit geringen Marktanteilen oder KMU beschränkt. Auch Unternehmen mit bedeutenden Marktanteilen oder Grosskonzerne können in Bezug auf bestimmte Produkte oder Dienstleistungen in eine Abhängigkeitssituation geraten.

C.4.2.2.2 In sachlicher Hinsicht

275. Gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist die Abhängigkeit «*beim Angebot oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung*» zu prüfen. Damit wird klargestellt, dass die Geschäftsbeziehung zwischen zwei Unternehmen nicht gesamthaft zu würdigen ist. Vielmehr ist stets zu eruieren, ob eine Abhängigkeit in Bezug auf eine *bestimmte* Leistung vorliegt.²⁹⁴ Dies schliesst nicht aus, dass ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen in Bezug auf mehrere Produkte oder Dienstleistungen, ganze Produktkategorien oder – im Extremfall – vom ganzen Sortiment abhängig sein kann. Möglich ist auch eine wechselseitige Abhängigkeit, nämlich dass ein Unternehmen von einem anderen Unternehmen in Bezug auf eine Leistung abhängig ist, während es gegenüber demselben Unternehmen in Bezug auf eine andere Leistung selber über relative Marktmacht verfügt.

²⁹¹ Botschaft vom 29.5.2019 zur Volksinitiative «*Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)*» und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes), BBI 2019 4877, 4907 Ziff. 3.3.3.3; Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO: Relative Marktmacht vom 6.12.2021, Rz 6, abrufbar unter www.weko.admin.ch > Rechtliches/Dokumentation > Merkblätter; DAVID MAMANE, Die relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht – von der Relativitätstheorie in die Praxis, in: SZK 2/2022, 59–67 (zit. MAMANE, SZK 2022), 61.

²⁹² HAKTANIR (Fn 285), Beschaffungsfreiheit, Rz 263.

²⁹³ A.M. STÄUBER/BURGER (Fn 285), ZWeR 2021, 254.

²⁹⁴ BBI 2019 4877, 4907 Ziff. 3.3.3.3.

276. In Bezug auf welche Leistungen die Abhängigkeit jeweils zu beurteilen ist, hängt vom konkreten Verfahrensgegenstand ab.

C.4.2.2.3 In zeitlicher Hinsicht

277. Die Vorschriften zur relativen Marktmacht gelangen grundsätzlich auch bei einmaligen Rechtsgeschäften zur Anwendung (z.B. ein bestimmtes Immobiliengeschäft). In der Regel dürften die Anwendungsfälle aber eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung betreffen, insbesondere den wiederholten oder regelmässigen Bezug von Leistungen. Die Machtverteilung in einer solchen Geschäftsbeziehung ist nicht statisch, sondern kann sich im Laufe der Zeit verändern. Beispielsweise können für das betroffene Unternehmen alternative Bezugsmöglichkeiten entstehen oder entfallen (z.B. Parallelimport) oder ein bestimmtes Produkt kann für das Unternehmen an Bedeutung verlieren oder gewinnen (z.B. aus technischen oder regulatorischen Gründen oder aufgrund von Veränderungen in der Geschäftsausrichtung). Ob eine Abhängigkeit besteht oder nicht, ist eine Momentaufnahme. Massgebend für die Beurteilung relativer Marktmacht sind für die WEKO grundsätzlich die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Entscheides, also die aktuellen Verhältnisse. Dies hängt mit den Rechtsfolgen zusammen, welche die WEKO anordnen kann. Den Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung kann die WEKO nicht (direkt) sanktionieren. In Frage kommt einzig die Anordnung von Verhaltensmassnahmen. Solche Massnahmen sind nur angezeigt, wenn ein aktuelles Interesse an einer behördlichen Intervention besteht. Ob in der Vergangenheit eine Abhängigkeit bestanden hat oder sich in der Zukunft möglicherweise eine solche ergeben wird²⁹⁵, ist daher nicht ausschlaggebend.

C.4.2.3 Voraussetzungen

C.4.2.3.1 Abhängigkeit

278. Das zentrale Tatbestandsmerkmal gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG bildet das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses. Die Abhängigkeit misst sich nach dem Gesetzeswortlaut daran, ob ausreichende und zumutbare Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen. In einem ersten Schritt sind die Ausweichmöglichkeiten zu ermitteln (Rz 279 ff.). In einem zweiten Schritt ist festzustellen, welche allfälligen Folgen das Ausweichen für das betroffene Unternehmen hätte (Rz 283 ff.), bevor in einem dritten Schritt zu würdigen ist, ob die allfälligen Folgen für das betroffene Unternehmen zumutbar sind oder nicht (Rz 286 ff.).

C.4.2.3.2 Ermittlung der Ausweichmöglichkeiten

279. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erwähnt als Ausweichmöglichkeit das Ausweichen auf andere Unternehmen. Bezieht sich die mögliche Abhängigkeit auf die Beschaffung von Produkten, kommt hierzu Folgendes in Frage:

- Das Unternehmen kann versuchen, das gleiche Produkt bei einer anderen Anbieterin zu beziehen (z.B. durch Parallelimport statt Direktbezug beim ausländischen Hersteller);
- Das Unternehmen kann versuchen, auf ein alternatives Produkt auszuweichen.

280. Welche Produktalternativen oder Möglichkeiten bestehen, das gleiche Produkt bei einer anderen Anbieterin zu beziehen, ist eine Sachverhaltsfrage. Bei der Beweisführung kann dabei auch berücksichtigt werden, welche Schritte das mutmasslich abhängige Unternehmen unternommen hat, die fragliche Leistung anderweitig zu beziehen (z.B. Parallelimport). Sind etwa intensive Ausweichbemühungen erfolglos geblieben, kann dies dafür sprechen, dass keine

²⁹⁵ Zwar ist ein aktuelles Interesse immer eine Voraussetzung für die Anordnung behördlicher Massnahmen. Die voraussichtliche Entwicklung der aktuellen Abhängigkeit kann aber einen Einfluss auf das Interesse an einer Intervention haben und damit auf die Wahrscheinlichkeit, dass die Behörde den entsprechenden Fall aufgreift.

oder nur beschränkte Alternativen bestehen. Allerdings bilden «*erfolglose Ausweichversuche*» keine Tatbestandsvoraussetzung der Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG. Ein solches Kriterium findet im Gesetzestext keine Stütze.²⁹⁶ Möglich ist nur, aber immerhin, fehlenden Ausweichbemühungen bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Zudem kann es für die Wettbewerbsbehörden bereits ein Argument gegen das Aufgreifen eines Falles bilden, wenn ein Unternehmen keine Ausweichbestrebungen aufzeigen kann.

281. Im Gesetz nicht als Ausweichmöglichkeit genannt wird der Verzicht auf die Leistung an sich. Dazu Folgendes: In den Gesetzesmaterialien deutet nichts darauf hin, dass der Verzicht auf die Leistung als zu berücksichtigende Ausweichmöglichkeit ausgeschlossen sein soll. Dies würde denn auch nicht zu einer schlüssigen und konsistenten Gesetzesbedeutung führen (teleologische Auslegung). Der Zweck der Prüfung der Ausweichmöglichkeiten besteht darin, die Nachteile in Erfahrung zu bringen, die für das mutmasslich abhängige Unternehmen entstehen, wenn das Geschäft mit dem mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmen nicht zustande kommt oder die betreffende Geschäftsbeziehung aufgelöst wird. Die Grösse dieses Nachteils ist bei der anschliessenden Prüfung ausschlaggebend dafür, ob die Ausweichmöglichkeiten als ausreichend und zumutbar beurteilt werden (vgl. Rz 286 ff. hinten). Diese Grösse des Nachteils ist dadurch zu bemessen, dass der Bezug der Leistung beim mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmen mit der besten Alternative verglichen wird.²⁹⁷ Falls die beste Alternative im Verzicht auf die Leistung besteht, muss deshalb geprüft werden, ob der Verzicht zumutbar ist. Wenn das der Fall ist, besteht keine Abhängigkeit.²⁹⁸

282. Ein mutmasslich abhängiges Unternehmen braucht sich nicht in jedem Fall für eine einzige der genannten Möglichkeiten zu entscheiden, wenn es ausweichen muss. Vielmehr kann die beste Alternative auch in der Kombination von Ausweichmöglichkeiten bestehen (so auch vorliegend; dazu Rz 298 ff.), beispielsweise indem das Unternehmen für einen Teil der fraglichen Leistung auf alternative Produkte oder Dienstleistungen ausweicht und im Übrigen auf den Bezug der Leistung verzichtet (Teilverzicht).

C.4.2.3.3 Feststellung der allfälligen Folgen des Ausweichens

283. Sobald feststeht, welche Ausweichmöglichkeiten bestehen, sind diese zu bewerten. Hierzu sind die allfälligen Folgen zu ermitteln, die für das mutmasslich abhängige Unternehmen durch das Ausweichen auf Alternativen entstehen würden. Als Ausgangspunkt für die Prüfung können z.B. die aktuellen Konditionen beim mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmen mit den Konditionen verglichen werden, die das mutmasslich abhängige Unternehmen beim Ausweichen auf die Alternative erhalten würde (vgl. dazu vorliegend Rz 124). Führt

²⁹⁶ Vgl. aber BBI 2019 4877, 4940 f. Ziff. 6.4: «[...] *Demnach müssen Unternehmen, die sich auf die vorgeschlagene Regelung berufen möchten, bereits andere zumutbare Möglichkeiten, das gewünschte Produkt beziehungsweise die Dienstleistung zu vergleichbaren (Referenz-)Preisen und Konditionen im In- und Ausland zu beziehen, erfolglos ausgeschöpft haben. Beispielsweise reicht die erfolglose Anfrage beim Hersteller des Referenzlandes nicht aus, um eine Abhängigkeit zu begründen. Je nach Einzelfall sind einige erfolglose Beschaffungsversuche in verschiedenen Ländern, in denen die Ware oder die Dienstleistung angeboten wird, vorzuweisen. Dabei hat der abhängige Nachfrager nachzuweisen, dass er erfolglos versucht hat, die Ware oder Dienstleistung anderweitig zu vergleichbaren Preisen und Konditionen wie seine Konkurrenten zu beziehen*».

²⁹⁷ Analog dazu ist bei der Bemessung der ökonomischen Kosten der Nutzung einer Ressource der höchstmögliche Wert einer alternativen Verwendung massgebend. Die so bemessenen Kosten werden als «*Opportunitätskosten*» bezeichnet (vgl. z.B. ROBERT S. PINDYCK/DANIEL L. RUBINFELD, Mikroökonomie, 2013, 8. Auflage, S. 317 ff.).

²⁹⁸ Dagegen wendet Galexis ein, dass der Verzicht in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG nicht genannt werde und daher keine Ausweichmöglichkeit darstelle (Act. V.5, Beilage 1, Rz 43). Dabei argumentiert sie einzig mit dem Wortlaut der Bestimmung. Eine solche Interpretation ist mit dem Methodenpluralismus bei der Gesetzesauslegung nicht vereinbar. Insbesondere lässt sie das teleologische Auslegungselement vollständig ausser Acht.

das mutmasslich abhängige Unternehmen zum Zeitpunkt der Beurteilung mit dem mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmen keine Geschäftsbeziehung betreffend die fraglichen Leistungen, können beispielsweise diejenigen Konditionen zum Vergleich herangezogen werden, die es aushandeln könnte. Massgebend ist aber vor allem, welche Folgen das Ausweichen für das mutmasslich abhängige Unternehmen hätte, d.h. ob es eine Umsatzeinbusse, höhere Aufwendungen (z.B. Kosten für die Umstellung der Produktion) oder – was vor allem massgebend ist – einen tieferen Gewinn zur Folge hätte. Ob solche Nachteile vorliegen oder nicht, ist eine Frage des Sachverhalts.

284. Die Beweisführung über die Folgen des Ausweichens ist aus den folgenden Gründen schwierig:

- Im Beurteilungszeitpunkt hat das Ausweichen typischerweise noch nicht stattgefunden oder die Folgen des Ausweichens sind noch nicht oder nicht vollständig eingetreten. Die Abklärung betrifft also in der Regel einen künftigen und hypothetischen Sachverhalt. Die Feststellung eines solchen Sachverhalts ist typischerweise mit Unsicherheiten behaftet.
- Das Ausmass des (hypothetischen) Nachteils des Ausweichens hängt in der Regel von einer Vielzahl von Faktoren ab, insbesondere von den konkreten Marktverhältnissen, aber auch von den Eigenschaften des betroffenen Unternehmens. Unternehmensspezifisch können zum Beispiel die Geschäftsstrategie, finanzielle Situation, Kreditwürdigkeit, vertraglichen Bindungen und Investitionspolitik des Unternehmens eine Rolle spielen. Häufig wird es für die Wettbewerbsbehörden mit angemessenem Aufwand nicht möglich sein, das «*Innenleben*» des Unternehmens umfassend einzusehen und zu beurteilen.
- Die Folgen des Ausweichens können sich im Verlaufe der Zeit verändern. Beispielsweise ist es möglich, dass sich gewisse Nachteile für das Unternehmen erst in einigen Jahren nach der Umstellung manifestieren, während kurzfristig keine negativen Konsequenzen eintreten. Umkehrt kann das Ausweichen auf eine Alternative kurzfristig nachteilig sein, aber sich für das Unternehmen längerfristig kaum negativ auswirken, etwa weil die Nachteile durch den Aufbau einer alternativen Geschäftsbeziehung mit der Zeit ganz oder teilweise kompensiert werden können. In Bezug auf allfällige spät eintretende Folgen wird das erforderliche Beweismass häufig nicht mit verhältnismässigem Ermittlungsaufwand erreichbar sein.

285. Vor diesem Hintergrund ist der Nachteil, den das Ausweichen für das Unternehmen zur Folge hätte, in der Regel nicht exakt bezifferbar. Vielmehr sind häufig bloss Aussagen in Bezug auf dessen Grössenordnung möglich. Trotz der Schwierigkeiten, die bei der Beweisführung bestehen, dürfen nicht abstrakte Kriterien oder ein fixer Kriterienkatalog anstelle der einzelfallweisen Sachverhaltsfeststellung im konkreten Kontext treten.²⁹⁹

²⁹⁹ Zur Illustration kann folgendes Beispiel erwähnt werden: Um die Abhängigkeit eines Unternehmens zu prüfen, wird in Deutschland unter anderem regelmässig berücksichtigt, wie viele der vergleichbaren Abnehmer die Produkte des entsprechenden Anbieters führen («*Distributionsrate*»; dazu etwa JÖRG NOTHDURFT, Relative Marktmacht – Gutachten zu Grundlagen, Bedeutung, Wirkung und Praxis der deutschen Missbrauchsverbote gegenüber marktmächtigen Unternehmen, 17.1.2015, 37.). Allerdings darf die Aussagekraft der Distributionsrate nicht überschätzt werden, um den Nachteil des Ausweichens für das betroffene Unternehmen zu eruieren. Auch bei einer hohen Distributionsrate kann dieser Nachteil für das betroffene Unternehmen gering sein, etwa weil das betroffene Produkt zum Randsortiment des Unternehmens gehört. Umgekehrt kann ein Produkt für ein Unternehmen auch bei einer geringen Distributionsrate essentiell sein, etwa wenn es sich auf dessen Vertrieb spezialisiert hat und damit einen wesentlichen Teil seines Umsatzes generiert. Keinesfalls darf das Vorliegen einer Abhängigkeit allein am Erreichen einer bestimmten Distributionsrate gemessen werden.

C.4.2.3.4 Beurteilung der Zumutbarkeit der Folgen

286. Gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG liegt ein Abhängigkeitsverhältnis vor, wenn «*keine ausreichenden und zumutbaren*» Ausweichmöglichkeiten bestehen. Der Wortlaut der Bestimmung könnte den Eindruck erwecken, dass es sich beim «*Ausreichen*» und der «*Zumutbarkeit*» um zwei separate Kriterien handelt. Bei näherer Betrachtung sind hierin jedoch nicht zwei unterschiedliche Prüfpunkte zu erkennen. Der Begriff «*ausreichend*» gibt in sich kein Mass vor, welches erreicht werden soll. Vielmehr setzt die Beurteilung, ob etwas ausreichend ist, eine konkrete Bezugsgrösse voraus, zum Beispiel dass die Ausweichmöglichkeiten dem Unternehmen das wirtschaftliche Überleben erlauben. Dem Gesetz ist diese Bezugsgrösse nicht zu entnehmen. Es lässt also offen, *für was* die Ausweichmöglichkeiten «*ausreichend*» sein sollen. Auch die französische und die italienische Fassung schaffen hier keine Klärung. Sie verwenden die Begriffe «*possibilité suffisante*» und «*possibilità sufficiente*». Indem Art. 4 Abs. 2^{bis} KG nicht beantwortet, was als «*ausreichend*» gilt, wird den rechtsanwendenden Instanzen die Aufgabe übertragen, eine einzelfallbezogene Wertung der Folgen des Ausweichens für das Unternehmen vorzunehmen. Damit ist im Kriterium der «*ausreichenden*» Ausweichmöglichkeiten nun aber nichts enthalten, was nicht auch bei der «*Zumutbarkeit*» zu prüfen ist. Denn auch hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von den rechtsanwendenden Instanzen eine einzelfallweise Würdigung der Folgen des Ausweichens für das betroffene Unternehmen gebietet. Die Beurteilung, ob «*ausreichende und zumutbare*» Ausweichmöglichkeiten vorliegen, kann daher in einem Schritt erfolgen. Massgebend ist, ob die Folgen des Ausweichens oder des Verzichts – primär gemessen an der Gewinneinbusse – für das Unternehmen zumutbar sind.

287. Das Kriterium der Zumutbarkeit wird in Art. 4 Abs. 2^{bis} KG nicht konkretisiert. Namentlich werden keine Regelbeispiele aufgestellt. Ebenso können allfällige Nachteile des Ausweichens verschiedene Ursachen haben, beispielsweise in den Marktverhältnissen oder in individuellen Eigenschaften des betroffenen Unternehmens gründen (Rz 284). Damit räumt das Gesetz den rechtsanwendenden Behörden einen grossen Beurteilungsspielraum ein. Allgemeine Aussagen sind daher nur beschränkt möglich. Insbesondere kann eine Kategorisierung von Konstellationen relativer Marktmacht in bestimmte Fallgruppen (z.B. in Anlehnung an das deutsche Recht in sortimentsbedingte, unternehmensbedingte, mangelbedingte und nachfragebedingte Abhängigkeit³⁰⁰) die einzelfallbezogene Beurteilung der Zumutbarkeit nicht ersetzen. Das Vorliegen einer Abhängigkeit richtet sich nicht danach, ob eine bestimmte Begrifflichkeit auf die zu untersuchende unternehmerische Beziehung passt. Massgebend ist, ob die gesetzlichen Kriterien von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG erfüllt sind.

288. In allgemeiner Hinsicht ist aber immerhin Folgendes festzuhalten:

- Ob ein Nachteil zumutbar ist, hängt nicht von seiner absoluten Grösse ab. Vielmehr ist zu beurteilen, wie schwerwiegend sich dieser Nachteil für das konkret betroffene Unternehmen auswirken würde. Beispielsweise kann eine bestimmte Umsatzeinbusse für ein Unternehmen gravierende Folgen haben, während sie für ein anderes Unternehmen nicht ins Gewicht fällt. Dieser Fokus auf das betroffene Unternehmen ist dem Konzept der relativen Marktmacht immanent. Es geht um bilaterale Geschäftsbeziehungen. Ob eine Abhängigkeit vorliegt, ist individuell zu beurteilen.
- Nicht jeder Nachteil ist als unzumutbar zu qualifizieren. Ein Unternehmen strebt typischerweise diejenigen Geschäftsbeziehungen an, von denen es die meisten Vorteile erwartet. Fällt die Geschäftsbeziehung mit dem geeignetsten Geschäftspartner weg, ist das Ausweichen auf ein anderes Unternehmen meistens mit Nachteilen verbunden. Das ist in der Regel selbst dann der Fall, wenn grundsätzlich gleichwertige Alternativen zur Verfügung stehen, weil jede Neuausrichtung gewisse Wechselkosten mit sich bringt. Würde jeglicher Nachteil genügen, wäre deshalb eine relative Marktmacht fast immer zu

³⁰⁰ Dazu etwa KAUFMANN (Fn 285), sic! 2022, 188 ff.

bejahen. Dass die Alternativen einen gleichwertigen Ersatz bieten müssen, ist aus dem Gesetzestext und den dazugehörigen Materialien nicht ersichtlich. Auch dem Sinn und Zweck der Vorschriften zur relativen Marktmacht kann ein solches Verständnis nicht entnommen werden. Vielmehr zielen die Bestimmungen darauf, Unternehmen in Konstellationen, in denen zwischen Geschäftspartnern ein klares Machtgefälle besteht, vor Missbrauch zu schützen³⁰¹ und nicht darauf, einen weitgehenden Kontrahierungszwang einzuführen. Vor diesem Hintergrund ist eine Abhängigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG jedenfalls dann zu verneinen, wenn die Nachteile für das betroffene Unternehmen unbedeutend sind.

- Umgekehrt ist die Unzumutbarkeit in der Regel nicht erst dann zu bejahen, wenn das Unternehmen in seiner Existenz bedroht ist.³⁰² Eine derart hohe Schwelle lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen und findet auch in den Materialien keine Stütze.

C.4.2.3.5 Mangelnde Gegenmacht

289. Fraglich ist, ob bei der Beurteilung der relativen Marktmacht auch die allfällige «Gegenmacht» des mutmasslich abhängigen Unternehmens in die Beurteilung einfließen soll. Die Gegenmacht kann am Interesse des mutmasslich relativ marktmächtigen Unternehmens an der Gegenleistung des mutmasslich abhängigen Unternehmens gemessen werden. Wie beim mutmasslich abhängigen Unternehmen korreliert dieses Interesse mit dem allfälligen Nachteil, den das Nichtzustandekommen oder die Auflösung des fraglichen Rechtsgeschäfts für das mutmasslich relativ marktmächtige Unternehmen zur Folge hätte. Je grösser der Nachteil (namentlich die Gewinneinbusse) für das mutmasslich relativ marktmächtige Unternehmen, desto grösser ist die Gegenmacht des mutmasslich abhängigen Unternehmens. Hat das mutmasslich relativ marktmächtige Unternehmen ein gleiches oder ähnlich grosses Interesse am fraglichen Rechtsgeschäft, befindet sich das mutmasslich abhängige Unternehmen nicht in einer schwächeren Position. Vielmehr sind die Machtverhältnisse in diesem Fall ausgeglichen.

290. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG äussert sich nicht ausdrücklich dazu, ob die Gegenmacht des mutmasslich abhängigen Unternehmens zu berücksichtigen ist. Den Gesetzesmaterialien ist dazu nichts zu entnehmen. Daher ist nach dem Sinn und Zweck der Bestimmungen zur relativen Marktmacht zu fragen (teleologische Auslegung). Hierzu kann der Zweckartikel des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) beigezogen werden. Die Anwendbarkeit der Missbrauchsverbote nach Art. 7 KG führen für die betreffenden Unternehmen zu besonderen Verhaltensregeln. Im Einzelfall kann daraus auch eine Kontrahierungspflicht fliessen. Bei ausgeglichenen Machtverhältnissen ist eine Kontrahierungspflicht mit einer freiheitlichen und auf Wettbewerb ausgerichteten Wirtschaftsordnung und damit mit den Zielsetzungen des Kartellgesetzes nicht vereinbar. Vor diesem Hintergrund beschränken sich die Vorschriften zur relativen Marktmacht darauf, abhängige Unternehmen in ihrer schwächeren Position vor Machtmissbrauch zu schützen. Fehlt es an einem Machtgefälle, besteht kein Schutzbedürfnis.³⁰³

291. Nach dem Gesagten setzt die Anwendbarkeit der Missbrauchsvorschriften nach Art. 7 KG – neben der Abhängigkeit – voraus, dass zwischen den Unternehmen in Bezug auf das fragliche Geschäft eine ungleiche Machtverteilung herrscht. Wie ausgeprägt dieses Ungleichgewicht sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Nicht genügen dürfte in der Regel ein geringfügiges Machtgefälle.

³⁰¹ Vgl. in diese Richtung etwa AB 2020 N 226 (Votum von Beat Jans).

³⁰² So auch KAUFMANN (Fn 285), sic! 2022, 186; a.M. MAMANE (Fn 291), SZK 2022, 62; STÄUBER/BURGER (Fn 285), ZWeR 2021, 254.

³⁰³ So auch ZIRLICK/BICKEL (Fn 285), WRP 2022, Rz 26; im Ergebnis auch HAKTANIR (Fn 285), Beschaffungsfreiheit, Rz 301 ff.

C.4.2.3.6 Kein grobes Selbstverschulden

292. In Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ist nicht ausdrücklich geregelt, wie damit umzugehen ist, wenn ein Unternehmen seine Abhängigkeit durch eigene Fehler herbeigeführt hat.³⁰⁴ Auch in diesem Punkt ist die Bestimmung auszulegen.

293. Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf «[...] kann eine Abhängigkeit nur in den Fällen vorliegen, in denen sich ein Unternehmen nicht selbst in diese Situation hineinmanövriert hat».³⁰⁵ Tatsächlich ist zu vermeiden, dass das Kartellgesetz einen Anreiz schafft, dass sich Unternehmen in Abhängigkeiten begeben, die Risiken mit sich bringen, welche die Vorteile der Geschäftsbeziehung deutlich übersteigen. Wer trotz eines klaren Missverhältnisses zwischen Risiken und Chancen in eine Abhängigkeit gerät, soll sich nicht auf die Schutzvorschriften zur relativen Marktmacht berufen können. Sonst würden die Regeln Geschäftsmodelle fördern, mit denen unvernünftige Risiken eingegangen werden und diese gegenüber weniger riskanten Geschäftsmodellen bevorzugt behandeln. Dadurch würde der Wettbewerb verzerrt. Dies kann nicht dem Sinn und Zweck kartellrechtlicher Vorschriften (vgl. Art. 1 KG) entsprechen.

294. Allerdings ist eine gewisse behördliche Zurückhaltung angezeigt, unternehmerische Entscheide als unvernünftig zu qualifizieren. Jedenfalls dürfte eine solche Wertung nicht allein aus dem Grund erfolgen, dass sich ein Entscheid im Nachhinein als unvorteilhaft herausstellt. Massgebend müssen vielmehr die gesamten Umstände und die Informationslage des Unternehmens im Zeitpunkt des Geschäftsentscheides sein.³⁰⁶ Der Tiefe der behördlichen Beurteilung sind hier Grenzen gesetzt. Vor diesem Hintergrund sollte ein Selbstverschulden nur in offensichtlichen Fällen beachtlich sein, anders ausgedrückt muss es sich um ein grobes Selbstverschulden handeln. Hingegen spielt keine Rolle, ob sich das Unternehmen in Kenntnis der übermässigen Risiken in die Abhängigkeit begeben hat oder hierbei bloss die gebotene Sorgfalt (auf grobe Weise) missen liess. In beiden Fällen ist der Schutz durch die Vorschriften zur relativen Marktmacht nicht angezeigt.

295. Im Einklang mit der historischen und teleologischen Auslegung setzt die Anwendbarkeit der Missbrauchsvorschriften nach Art. 7 KG somit voraus, dass die Abhängigkeit nicht auf grobe Eigenfehler zurückzuführen ist.

C.4.2.4 Zwischenfazit

296. Relative Marktmacht setzt gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Unternehmen voraus. Im Fokus ist nicht die absolute Stellung eines Unternehmens auf einem Markt, sondern das bilaterale Verhältnis. Dabei sind nicht die gesamten Geschäftsbeziehungen zwischen den betreffenden Unternehmen zu beurteilen. Vielmehr ist stets zu eruieren, ob eine Abhängigkeit in Bezug auf eine bestimmte Leistung vorliegt. In zeitlicher Hinsicht kommt es dabei im Wesentlichen auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Entscheides an.

297. Im Einzelnen fliessen aus Art. 4 Abs. 2^{bis} KG folgende Kriterien:

- *Abhängigkeit*: Das betroffene Unternehmen hat keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten;
- *Mangelnde Gegenmacht*: Zwischen den Unternehmen herrscht in Bezug auf das fragliche Geschäft eine ungleiche Machtverteilung;

³⁰⁴ Dazu etwa HAKTANIR (Fn 285), Beschaffungsfreiheit, Rz 296 ff; KAUFMANN (Fn 285), sic! 2022, 186 ff.; MAMANE (Fn 291), SZK 2022, 62 f.; ZIRLICK/BICKEL (Fn 285), WRP 2022, Rz 23 ff.

³⁰⁵ BBI 2019 4877, 4935 f. Ziff. 6.1.

³⁰⁶ Zum Ganzen ZIRLICK/BICKEL (Fn 285), WRP 2022, Rz 25.

- *Kein grobes Selbstverschulden*: Die Abhängigkeit ist nicht auf eigene Fehler zurückzuführen.

C.4.3 Subsumtion

C.4.3.1 Abhängigkeit von Galexis gegenüber Fresenius Kabi

C.4.3.1.1 Ausweichmöglichkeiten

298. Zunächst sind die Ausweichmöglichkeiten von Galexis zu eruieren (Rz 279 ff.). Wie gezeigt worden ist (Rz 116 ff.), kann Galexis die Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi nur von dieser in den benötigten Mengen beziehen. Insbesondere weil Parallelimporte ohne Einverständnis von Fresenius Kabi nicht legal möglich sind, kann Galexis nicht auf Zwischenhändlerinnen ausweichen.

299. [28–55 %] der von Galexis verkauften Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi wird an Endabnehmerinnen und Endabnehmer ohne spezifische ärztliche Verschreibung verkauft (Rz 122 f.; Appendix G.3). Diese Kundinnen und Kunden können grundsätzlich auf Trinknahrung anderer Herstellerinnen ausweichen (Rz 107 ff.). Deshalb kann Galexis einen Teil der heute bei Fresenius Kabi eingekauften Trinknahrung durch vergleichbare Produkte anderer Herstellerinnen ersetzen (Rz 122 f.).

300. Beim grössten Teil der von Galexis verkauften Trinknahrung ist ein Ausweichen auf Produkte anderer Herstellerinnen hingegen nur erschwert möglich, weil eine spezifische ärztliche Verschreibung vorliegt (Rz 107 ff.; Rz 122 f.). Deshalb kann Galexis jedenfalls nicht alle der heute bei Fresenius Kabi eingekauften Trinknahrung durch vergleichbare Produkte anderer Herstellerinnen ersetzen. Da Galexis diese Produkte auch nicht über andere Bezugsquellen einkaufen kann, bleibt diesbezüglich nur der Verzicht, die entsprechenden Produkte anzubieten.

301. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die nachfolgend näher zu prüfende Ausweichmöglichkeit für Galexis darin besteht, so viele Kundinnen wie möglich zum Umsteigen auf vergleichbare Trinknahrung anderer Herstellerinnen zu bewegen und ansonsten diese Produkte nicht mehr anzubieten.

C.4.3.1.2 Folgen des Ausweichens

302. Nachdem die Ausweichmöglichkeiten von Galexis festgestellt worden sind, sind nun die durch das Ausweichen für Galexis entstehenden Folgen zu prüfen (Rz 283 ff.). Wie die Sachverhaltsabklärungen ergeben haben, würde Galexis durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi im Bereich Trinknahrung Gewinne und Deckungsbeiträge in der Höhe von weniger als [400 000] Franken jährlich einbüssen (Rz 119 ff.).

303. Zusätzlich dazu würde Galexis weitere Nachteile erleiden, insbesondere weil Galexis durch den Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus ihrem Sortiment als Grossistin an Attraktivität einbüssen würde. Diese über die genannten Gewinneinbussen und Deckungsbeiträge hinausgehenden Verluste dürften eher gering ausfallen (Rz 126 ff.).

304. Allfällige Verluste von Galexis durch den Wegfall von Sondennahrung und Hilfsmitteln zur Verabreichung von Sondennahrung von Fresenius Kabi sind unbedeutend, weil Galexis mit diesen Produkten nur sehr geringe Umsätze erzielt (Rz 43 ff.).

C.4.3.1.3 Zumutbarkeit des Ausweichens

305. Schliesslich ist die Zumutbarkeit der vorangehend festgestellten Folgen des Ausweichens für Galexis zu beurteilen (Rz 286 ff.). Galexis gehört zur Galenica-Gruppe. Diese erzielte im Jahr 2022 einen Reingewinn von rund 165 Millionen Franken und einen EBIT von

rund 200 Millionen Franken (Rz 5 ff.). Gemessen an der Finanzkraft der Galenica-Gruppe wären die durch den Wegfall der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi bezüglich Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmitteln entstehenden Nachteile, namentlich die jährliche Einbusse von Gewinnen und Deckungsbeiträgen in der Höhe von weniger als [$<400\ 000$] Franken und die eher geringen durch den Attraktivitätsverlust als Grossistin entstehenden Verluste unbedeutend und damit zumutbar. Aus diesem Grund liegt diesbezüglich keine Abhängigkeit i.S.v. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG vor.

C.4.3.2 Mangelnde Gegenmacht

306. Da die durch die Auflösung der Lieferbeziehung zu Fresenius Kabi in den Bereichen Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmitteln für Galexis entstehenden Nachteile zumutbar sind, scheidet eine Abhängigkeit i.S.v. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG von vornherein aus. Selbst wenn die genannten Nachteile für Galexis nicht zumutbar wären, wäre Fresenius Kabi wohl nicht als relativ marktmächtig i.S.v. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG zu qualifizieren. Massgebend ist nämlich auch das Verhältnis zwischen den Folgen einer Auflösung der Lieferbeziehung für Galexis und Fresenius Kabi. Diese Folgen stehen vorliegend nicht in einem klaren Ungleichgewicht (Rz 199). Damit ist vorliegend (wohl) auch das Kriterium der mangelnden Gegenmacht (dazu Rz 289 ff.) nicht erfüllt.³⁰⁷

C.4.3.3 Kein grobes Selbstverschulden

307. Galexis ist in den Bereichen Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmittel nicht von Fresenius Kabi abhängig. Deshalb erübrigt sich die Prüfung eines allfälligen groben Selbstverschuldens.

³⁰⁷ Galexis bringt vor, der von der Behörde vorgenommene Vergleich der finanziellen Folgen greife «aus ökonomischer Sicht zu kurz für die Beurteilung von Verhandlungsmacht». In der ökonomischen Literatur und der wettbewerbsökonomischen Praxis habe sich neben dem Konzept des «*Bargaining Parameters*» (Aufteilungsverhältnis der Rente), hauptsächlich dasjenige der «*Bargaining Leverage*» (Attraktivität der nächstbesten Alternativen, bzw. der sogenannten «*Outside Options*») als relevantes Beurteilungskriterium für das Vorhandensein von Verhandlungsmacht etabliert (Act. IV.36, Rz 111). Ein «*simple Nash-Bargaining-Modell*» sei zur Beurteilung von Verhandlungsmacht konzeptionell dem von der Behörde verwendeten Ansatz überlegen (Act. IV.36, Rz 112).

Dieser Einwand überzeugt nicht. Die Behörde hat die Attraktivität der nächstbesten Alternative für Galexis ermittelt (Rz 115 ff.). Weil das Ausweichen auf diese Alternative zumutbar ist, erübrigt sich eine genaue Prüfung der allfälligen Gegenmacht von Galexis (Rz 305). Andernfalls wäre die Attraktivität der nächstbesten Alternative für Fresenius Kabi zu bestimmen (Rz 193 ff.). Gemäss dem Ansatz der Behörde wird also auf die Attraktivität der nächstbesten Alternativen der Verhandlungsparteien abgestellt. In diesem Sinne ist der Ansatz der Behörde mit der ökonomischen Literatur konsistent. So wird zum Beispiel das Verhandlungsergebnis im von Nash vorgeschlagenen Verhandlungsmodell durch den durch die Verhandlungsparteien ohne Einigung erreichbaren Erwartungsnutzen bestimmt (JOHN F. NASH, JR., 1950, *The Bargaining Problem*, *Econometrica*, 18(2), 155–162). Wenn es sich bei den Verhandlungsparteien um Unternehmen handelt, wird dieser Erwartungsnutzen üblicherweise anhand des zu erwarteten Gewinns bemessen. Genau so ist die Behörde vorliegend vorgegangen.

Das von den Parteigutachtern verwendete Modell (Act. IV.36, Anhang 1) dient dem Zweck, eine Veränderung eines ausgehandelten Preises vorauszusagen. Aus diesem Grund werden solche und ähnliche Modelle manchmal bei der Zusammenschlusskontrolle eingesetzt, um die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die Konsumentenpreise abzuschätzen (so z.B. im von den Parteigutachtern zitierten Zusammenschlussvorhaben von AT & T und Time Warner, Act. IV.36, Rz 112). Im Gegensatz dazu ist eine solche Prognose vorliegend nicht erforderlich (vgl. Fn 149 zur Anwendung des Modells durch die Parteigutachter von Galexis).

C.4.3.4 Ergebnis

308. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG sind nicht erfüllt. Fresenius Kabi ist gegenüber Galexis in den Bereichen Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmittel zur Verabreichung von Sondennahrung nicht relativ marktmächtig. Ein Verstoss gegen die Bestimmungen zur relativen Marktmacht liegt somit nicht vor. Das Verfahren ist ohne Folgen einzustellen.³⁰⁸

C.5 Missbrauch einer relativ marktmächtigen Stellung

C.5.1 Einleitung

309. Wie dargelegt worden ist, hat Fresenius Kabi keine relativ marktmächtige Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2^{bis} KG gegenüber Galexis. Damit scheidet der Missbrauch einer solchen Stellung zum Vornherein aus.

310. Die nachfolgenden Ausführungen erfolgen für den Fall, dass Fresenius Kabi – entgegen der vorliegenden Sachlage – gegenüber Galexis relativ marktmächtig wäre (*Eventualbegründung*).

C.5.2 Allgemeines

311. Das KG verbietet eine relativ marktmächtige Stellung nicht, sondern einzig deren Missbrauch.³⁰⁹ Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich relativ marktmächtige Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken relativ marktmächtiger Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.³¹⁰

312. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf demjenigen Markt auswirkt, auf welchem eine relativ marktmächtige Stellung vorliegt. Auch Behinderungen auf einem vor- oder einem nachgelagerten Markt können miss-

³⁰⁸ Galexis behauptet, der vorliegende Entscheid sei nicht mit den Ergebnissen der Vorabklärung «*Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*» (RPW 2015/3, 363 ff.) vereinbar. In der genannten Vorabklärung habe das Sekretariat explizit anerkannt, dass Vollgrossistinnen von Prewholesale und Herstellerinnen abhängig seien (z.B. Act. IV.36, Rz 4 und 91 sowie Act. V.5, Beilage 1, Rz 6). Im Gegensatz zur vorliegenden Untersuchung prüfte das Sekretariat in der genannten Vorabklärung nicht, ob einzelne Grossistinnen von einzelnen Herstellerinnen abhängig sind. Prüfgegenstand war vielmehr, ob die zur Galenica-Gruppe gehörende Alloga AG eine marktbeherrschende Stellung einnimmt und diese durch einen gegen eine Konkurrentin von Galexis gerichteten Lieferstopp missbraucht hatte. Das Sekretariat kam zum Schluss, dass Indizien für eine marktbeherrschende Stellung der Alloga AG vorliegen (Rz 79 der Vorabklärung). Die Alloga AG übernimmt Lagerung und Logistik für zahlreiche verschiedene Herstellerinnen (Rz 70 der Vorabklärung). Insbesondere aus diesem Grund lässt sich daraus keine marktbeherrschende Stellung einzelner Herstellerinnen pharmazeutischer Produkte und auch keine relativ marktmächtige Stellung von Fresenius Kabi gegenüber Galexis ableiten.

³⁰⁹ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1.1, *Supermédia*.

³¹⁰ Vgl. zum Ganzen betreffend marktbeherrschende Stellung: BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 569; CR Concurrence-CLERC (Fn 30), Art. 7 I LCart N 91 ff.

bräuchlich i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG sein. Behinderungsmissbrauch umfasst sämtliche Verhaltensweisen relativ marktmächtiger Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem betreffenden Markt einschränken.³¹¹

313. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d. h. Lieferanten oder Abnehmer des relativ marktmächtigen Unternehmens) benachteiligt, indem dieser z.B. ausbeuterische Geschäftsbedingungen, Preise oder ungewollte Produkte aufgezwungen werden.

314. Für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, sind weitere Kriterien zu berücksichtigen wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.³¹²

315. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber einen Beispielkatalog von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.³¹³ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.³¹⁴

316. Wie es das Bundesgericht wiederholt³¹⁵ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d. h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten, namentlich ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt.³¹⁶ Solche Gründe liegen insbesondere dann vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.³¹⁷

³¹¹ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.1 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; vgl. auch Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 569.

³¹² Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGE 139 I 72, E. 8.2.3 und E. 10.1.2, *Publigroupe*; REKO/WEF, RPW 2004/3, 884 f. E. 4.5, *Unique*; RPW 2016/1, 123 Rz 440, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; trotz Bezugnahme in der Rechtsprechung erfolgt die konkrete Beurteilung stets anhand des Konzepts der *legitimate business reasons*; vgl. auch DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 32), Art. 7 N 86 und 133; PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 7 N 6.

³¹³ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 570.

³¹⁴ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 8.2.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*; Botschaft KG 1994, BBI 1995 I 468, 570.

³¹⁵ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_395/2021 vom 9.5.2023 E. 10.1, *Super-média*; BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 E. 10.1.2, *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

³¹⁶ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*; BGE 139 I 72 104 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.2, *DCC*; BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.1, *Hallenstadion*.

³¹⁷ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGE 139 I 72 E. 10.1.2 m.w.H., *Publigroupe*; vgl. BGE 146 II 217 E. 4.2, *ADSL II*.

317. Für die Herausarbeitung der Wettbewerbsverfälschungen ist nach der Rechtsprechung des BGer keine auswirkungsbezogene Analyse notwendig.³¹⁸ Erforderlich, aber auch hinreichend, ist der Nachweis *potenziell* nachteiliger Wettbewerbsseffekte.³¹⁹ Es ist also nicht der Eintritt des missbilligten Erfolgs selbst nachzuweisen, d.h. eine effektiv eingetretene Wettbewerbsverfälschung, sondern nur, aber immerhin, «*die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs*»³²⁰. Gemäss BGer handelt es sich m.a.W. um einen «*Gefährdungstatbestand*».³²¹ In dem das BGer im selben Urteil zugleich betont, dass massgebend sei, «*dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsbeschränkung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird*»³²², hat es auch klargestellt, dass «*die Gefahr des Eintritts des missbilligten Erfolgs*» im konkreten Einzelfall dargetan sein muss. Somit ist nachzuweisen, dass im spezifischen Fall das Verhalten des *relativ markmächtigen Unternehmens* eine konkrete, nicht bloss theoretische Gefahr der Wettbewerbsverfälschung begründet.³²³

C.5.3 Wettbewerbsverfälschung

318. Nachfolgend wird zunächst kurz auf einen möglichen Behinderungsmisbrauch eingegangen (Rz 319), bevor anschliessend das Vorliegen eines Ausbeutungsmisbrauchs beurteilt wird (Rz 320 ff.).

C.5.3.1 Wettbewerbsbehinderung (*Behinderungsmisbrauch*)

319. Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande weigern sich, Galexis u.a. mit Trinknahrung zu beliefern. Galexis kann die gewünschten Produkte stattdessen bei Fresenius Kabi Schweiz beziehen (Rz 200 ff.). Der Behörde liegen keine Anzeichen vor, dass sich diese Lieferverweigerung ausschliesslich gegen Galexis richtet. Vielmehr ist anzunehmen, dass auch alle anderen Schweizer Grossistinnen, mit denen Galexis im Wettbewerb steht, nicht bei Fresenius Kabi im Ausland beziehen können, jedenfalls nicht im Namen ihrer Schweizer Gesellschaften. Parallelimport ist gemäss Rechtsauskunft des zuständigen Bundesamts ohne Herausgabe der Rezeptur von Fresenius Kabi auf legalem Weg nicht möglich.³²⁴ De facto setzt Parallelimport damit das Einverständnis der Herstellerin voraus (Rz 48 ff.). Daher erübrigt sich, allfällige Wettbewerbsnachteile von Galexis im Zusammenhang mit dem Parallelimport zu prüfen, die auf das Verhalten von Fresenius Kabi zurückzuführen wären. Aus diesen Gründen scheidet ein Behinderungsmisbrauch aus.

³¹⁸ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.3, *Hallenstadion*.

³¹⁹ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.3, *DCC*, unter Hinweis auf BGer, 2C_113/2017 vom 12.2.2020 E. 6.2.1, *Hallenstadion*.

³²⁰ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.6, *DCC*.

³²¹ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 10.2.3, *DCC*.

³²² Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung BGer, 2C_596/2019 vom 2.11.2022 E. 8.2.1, *DCC*, m.w.H. auf BGE 146 II 217 E. 4.1, *ADSL II*.

³²³ Vgl. betreffend marktbeherrschende Stellung auch BVGer, B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1202 ff., *DCC*; WEKO, 6.12.2021, Rz 670 und 675, *Belagswerke Bern*, <www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html> (11.1.2024). In dieselbe Richtung geht die Rechtslage in der EU. Siehe überblicksartig dazu und mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen LINSEY MCCALLUM/INGE BERNAERTS/MASSIMILIANO KADAR et al., A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance, Competition policy brief, 1/2023, 2 f. Erforderlich, aber auch hinreichend, sind «*potential effects*». Bloss «*hypothetical effects*» genügen noch nicht, während «*actual anticompetitive effects*» nicht erforderlich sind. Zu berücksichtigen sind bei dieser Beurteilung die konkreten Umstände des Einzelfalls.

³²⁴ Die Rechtsauffassung des BLV als zuständige Behörde ist – entgegen der Meinung von Galexis (vgl. Act. V.36, Rz 62 ff.) – jedenfalls nicht offensichtlich unzutreffend.

C.5.3.2 Benachteiligung der Marktgegenseite (*Ausbeutungsmissbrauch*)

320. Im Vordergrund eines möglichen Ausbeutungsmissbrauchs steht vorliegend die Einschränkung der Möglichkeit, Waren oder Leistungen im Ausland zu den dortigen Konditionen beziehen zu können (Art. 7 Abs. 2 Bst. g 1 KG). Dieser Beispielstatbestand ist – unter dem Vorbehalt der Rechtfertigung – erfüllt, wenn zusätzlich zur relativ marktmächtigen Stellung kumulativ folgende Tatbestandsmerkmale vorliegen:

- Angebot in der Schweiz und im Ausland;
- Einschränkung der Nachfrager hinsichtlich Bezugsmöglichkeiten zu den Marktpreisen und den branchenüblichen Bedingungen im Ausland;
- unterschiedliche Marktpreise in der Schweiz und im Ausland.

321. Die ersten beiden Elemente des Beispieltatbestands von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG sind vorliegend gegeben: Fresenius Kabi bietet die strittigen Produkte in der Schweiz und im Ausland an. Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande weigern sich, Galexis zu beliefern, sondern verweisen auf die Schweizer Niederlassung (Rz 200 ff.). Damit schränkt Fresenius Kabi die Bezugsmöglichkeiten von Galexis im Ausland im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG ein.

322. Damit bereits auf ein missbräuchliches Verhalten von Fresenius Kabi zu schliessen, würde jedoch zu kurz greifen. Vielmehr muss Galexis durch die Lieferverweigerung von Fresenius Kabi im Ausland «benachteiligt» im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG sein.³²⁵

323. Wie die Sachverhaltsabklärungen gezeigt haben, sind die Konditionen von vergleichbaren Unternehmen in Deutschland oder den Niederlanden in Bezug auf die strittigen Produkte – wenn überhaupt – höchstens geringfügig besser als diejenigen von Galexis bei Fresenius Kabi Schweiz (Rz 204 ff.). Ein (allfälliger) geringfügiger Preisunterschied zwischen den Marktpreisen in der Schweiz und im Ausland ist wohl nicht ausbeuterisch, wie die nachfolgende Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Bst. g i.V.m. Abs. 1 KG ergibt:

- *Wortlaut und Gesetzesmaterialien*: Weder aus dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG noch aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, ob ein bloss geringfügiger Preisunterschied für die Bejahung eines Ausbeutungsmissbrauchs genügen kann.
- *Sinn und Zweck der Bestimmung* (teleologische Auslegung): Schliesslich ist die ratio legis von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG zu berücksichtigen. Von einem relativ marktmächtigen Unternehmen, das seine Leistungen im In- und Ausland anbietet, kann nicht verlangt werden, dass seine Preise gegenüber allen potenziell abhängigen Kundinnen in der Schweiz zu jedem Zeitpunkt mindestens gleich gut sind wie diejenigen, die ein vergleichbares Unternehmen im Ausland erhalten würde. Eine absolute Preisgleichheit wäre kaum zu bewerkstelligen. Relevante Elemente für die Beurteilung der Preisgleichheit wie Wechselkurse, Transportkosten und individuelle Kundeneigenschaften (z.B. Bezugsmengen, Verkaufsanstrengungen und Zahlungsfähigkeit) können sich fortlaufend verändern. Um sich nicht der Gefahr der Illegalität auszusetzen, müsste ein Unternehmen

³²⁵ Vgl. betreffend Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG HAKTANIR (Fn 285), Beschaffungsfreiheit, Rz 472. – Galexis vertritt die Auffassung, dass der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG keinen Preisunterschied voraussetze (Act. IV.36, Rz 156 ff.; Act. V.5, Beilage 1 Rz 50 ff.). Damit verkennt sie, dass Art. 7 Abs. 2 KG – so auch Bst. g – keine eigenständigen Verbote aufstellt, sondern Konkretisierungsbeispiele der Grundnorm von Art. 7 Abs. 1 KG darstellen. Der Ausbeutungsmissbrauch setzt gemäss Art. 7 Abs. 1 KG eine «Benachteiligung der Marktgegenseite» voraus. Wenn die Preise beim Bezug über die ausländische Gesellschaft gleich wären wie beim Bezug über die Gesellschaft in der Schweiz, kann keine preisliche Benachteiligung und damit auch kein Ausbeutungsmissbrauch vorliegen.

folglich ihren potenziell abhängigen Bezügerinnen in der Schweiz – im Sinne einer Sicherheitsmarge – substanziell bessere Konditionen gewähren als Bezügerinnen im Ausland. Ein solches Ergebnis, das auf eine Bevorzugung von potenziell abhängigen Schweizer Unternehmen hinausliefe, könnte in gewissen Fällen seinerseits zu Wettbewerbsverzerrungen führen und ist jedenfalls durch Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG nicht gedeckt.

324. Das Verhalten von Fresenius Kabi ist somit – falls sie relativ marktmächtig wäre – wohl nicht missbräuchlich. Allfällige Rechtfertigungsgründe für die Lieferweigerung brauchen vor diesem Hintergrund nicht geprüft zu werden.

C.5.4 Ergebnis

325. Die Lieferverweigerung von Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande gegenüber Galexis ist wohl nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG. Somit läge voraussichtlich auch dann kein unzulässiges Verhalten vor, wenn sich Fresenius Kabi – entgegen der vorliegenden Sachlage (Rz 308) – gegenüber Galexis in einer relativ marktmächtigen Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG befände.

C.6 Beweisanträge von Galexis

C.6.1 Inhalt der Beweisanträge von Galexis

326. Galexis beantragte mit Schreiben vom 21. März 2024³²⁶ verschiedene zusätzliche Ermittlungsmassnahmen. Diese Beweisanträge werden nachfolgend wiedergegeben.

327. In Bezug auf die **Regulierung von Parallelimporten** stellt Galexis die folgenden Beweisanträge:

- Es seien «*weitere Abklärungen zur Regulierung von Parallelimporten*» vorzunehmen, gegebenenfalls unter Einbezug von «*geeigneten, unabhängigen Fachleuten*».
- [N3] von Galexis, sei zur «*Regulierung von Parallelimporten*» zu befragen.

328. Zur Begründung führt Galexis aus, das Sekretariat stütze sich ausschliesslich auf eine Auskunft des BLV, wonach Parallelimporte der relevanten Produkte aufgrund einer Meldepflicht beim BLV nur mit dem Einverständnis der Herstellerin Fresenius Kabi möglich seien. Das Sekretariat habe diesbezüglich keine «*fundierte rechtliche Überlegungen*» angestellt.

329. In Bezug auf die Auswertung der vom Sekretariat durchgeführten **Apothekenbefragung** stellt Galexis den folgenden Antrag:

Die von den befragten Apotheken in einem Freitextfeld eingegebenen Bemerkungen (vgl. Rz 160) seien «*bei der Auswertung zu berücksichtigen*».

330. Zur Begründung führt Galexis aus, viele Apotheken hätten sich dahingehend geäussert, dass die Möglichkeit des Bezugs von Trinknahrung über Galexis von grosser Bedeutung sei. Im Antrag des Sekretariats vom 21. Februar 2024 seien diese Bemerkungen und Informationen nicht berücksichtigt worden.

331. In Bezug auf den **Konditionenvergleich Schweiz-Deutschland-Niederlande** stellt Galexis den folgenden Beweisantrag:

Es seien die in den Niederlanden üblichen Preise zu ermitteln und mit den für Galexis beim Bezug in der Schweiz geltenden Preisen zu vergleichen.

³²⁶ Act. IV.23.

332. Gemäss Tabelle 11 des Antrags des Sekretariats vom 21. Februar 2024 seien die tiefsten Nettopreise in den Niederlanden höher als in Deutschland. Aus der genannten Tabelle gehe aber nicht hervor, ob die höchsten Nettopreise in den Niederlanden ebenfalls höher seien als in Deutschland. Deshalb sei es möglich, dass die Durchschnittspreise in den Niederlanden für Galexis attraktiv wären.

333. Des Weiteren beantragt Galexis, ihre **Parteigutachter** seien zu den folgenden Themen «zu befragen bzw. es sei ihnen die Möglichkeit zu geben, die eigenen Auswertungen vor der WEKO zu präsentieren»:

- Auswertung der Apothekenbefragung;
- Quantifizierung der finanziellen Folgen der Auflösung der Lieferbeziehung zwischen Galexis und Fresenius Kabi;
- Konditionenvergleich Schweiz-Deutschland Niederlande.

C.6.2 Beurteilung der Beweisanträge von Galexis

C.6.2.1 Einleitende Bemerkungen

334. Ob einem Beweisantrag stattzugeben ist, beurteilt sich nach Art. 33 VwVG. Danach nimmt die Behörde oder das Gericht die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen. Im Rahmen der *antizipierten Beweiswürdigung* darf auf angebotene Beweismittel verzichtet werden, wenn die Behörde den rechtlich erheblichen Sachverhalt aufgrund bereits abgenommener Beweise für genügend abgeklärt erachtet oder wenn sie ihn aufgrund eigener Sachkenntnis ausreichend würdigen kann.³²⁷

C.6.2.2 Regulierung von Parallelimporten

335. Die Wettbewerbsbehörde hat geprüft, unter welchen Voraussetzungen Parallelimporte der relevanten Produkte möglich sind (Rz 48–50). Insbesondere hat das Sekretariat dazu den [N3] von Galexis [...] bereits einvernommen.³²⁸ Eine erneute Befragung von [N3] oder der Einbezug von «*geeigneten, unabhängigen Fachleuten*» sind aus den folgenden Gründen nicht zur Abklärung des vorliegend relevanten Sachverhaltes tauglich:

- Ob Parallelimporte der relevanten Produkte in die Schweiz zulässig sind, ist keine Sachverhalts-, sondern eine Rechtsfrage. Rechtsfragen sind nicht durch Sachverhaltsermittlungen zu klären, sondern durch Auslegung der einschlägigen Normen. Es obliegt grundsätzlich der rechtsanwendenden Behörde, die relevanten Bestimmungen auszulegen und anzuwenden (*iura novit curia*). Soweit sich – wie vorliegend – eine Rechtsfrage vorfrageweise stellt, die ausserhalb des Fachbereichs der betreffenden Behörde liegt und dessen Beantwortung nicht eindeutig scheint, kann es angezeigt sein, von der entsprechenden Fachbehörde eine Rechtsauskunft einzuholen.
- Das Sekretariat hat vorliegend die Einschätzung der Rechtslage durch das für die Umsetzung der einschlägigen Verordnung (VLBE) zuständige Bundesamt, dem BLV, eingeholt. Dieses ist im Ergebnis der Auffassung, dass die vorliegend relevanten Produkte ohne ausdrückliches Einverständnis der Herstellerin (vorliegend Fresenius Kabi) nicht parallel importiert werden dürfen (Rz 48–50). Selbst wenn diese Rechtsauffassung nicht korrekt wäre, wären deshalb Parallelimporte kaum eine zumutbare Ausweichmöglichkeit zum Bezug über Fresenius Kabi selber. Das damit einhergehende rechtliche Risiko wäre zu gross. Namentlich kann das BLV bei einer Verletzung der Meldepflicht nach

³²⁷ Vgl. betreffend Strafrecht statt vieler BGE 147 IV 534 E. 2.5.1. m.w.H.

³²⁸ Act. III.1, Zeilen 277–334.

Art. 27 VLBE verhältnismässige Massnahmen anordnen. Ausserdem sind Verstösse gegen die Meldepflicht nach Art. 64 Abs. 1 Bst. k LMG³²⁹ sanktionsbedroht.³³⁰

- Die von Galexis geforderten zusätzlichen Abklärungen betreffend Parallelimporte können ausserdem nicht zu einem anderen Ergebnis der Untersuchung führen. Wären Parallelimporte entgegen der Auffassung des Sekretariats eine zumutbare Ausweichmöglichkeit zum Bezug über Fresenius Kabi, wäre Fresenius Kabi gegenüber Galexis erst recht nicht relativ marktmächtig i.S.v. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG. Das Verfahren ist so oder anders einzustellen.

336. Aus diesen Gründen sind die Beweisanträge von Galexis betreffend die Regulierung von Parallelimporten zur Klärung des vorliegend relevanten Sachverhalts untauglich und deshalb abzuweisen.

C.6.2.3 Apothekenbefragung

337. Die Wettbewerbsbehörde hat die von den Apotheken im Freitextfeld angebrachten Bemerkungen und Informationen bei der Einschätzung der Reaktion der Apotheken auf einen Wegfall der Trinknahrung von Fresenius Kabi aus dem Sortiment von Galexis berücksichtigt, unter anderem auch bei der Auswertung der Apothekenumfrage.³³¹ Die Behörde hat Galexis sämtliche dieser Bemerkungen und Informationen bereits mit Schreiben vom 15. September 2023 zugestellt.³³² Trotzdem legt Galexis nicht dar, inwiefern diese Angaben zusätzlich zu berücksichtigen wären. Deshalb ist nicht ersichtlich, inwiefern solche zusätzlichen Auswertungen der Klärung des vorliegend relevanten Sachverhalts dienen könnten. Der entsprechende Antrag von Galexis ist deshalb abzuweisen.

C.6.2.4 Konditionenvergleich Schweiz-Deutschland-Niederlande

338. Die Wettbewerbsbehörde hat die Konditionen von Fresenius Kabi Niederlande bereits ermittelt. Dort gelten für alle Grosshändlerinnen die gleichen Listenpreise. Zusätzlich gewährt Fresenius Kabi Niederlande allen niederländischen Grosshändlerinnen einen Rabatt in der Höhe von rund [<40] % (vgl. Rz 215). Folglich bezahlen alle Grosshändlerinnen in den Niederlanden im Wesentlichen den gleichen Nettopreis. Der höchste Nettopreis entspricht also dem tiefsten Nettopreis, die Behörde hat bereits alle relevanten Preise ermittelt. Aus diesen Gründen ist der entsprechende Beweisantrag von Galexis abzuweisen.³³³

C.6.2.5 Anhörung der Parteigutachter von Galexis durch die WEKO

339. Mit Schreiben vom 21. Februar 2024 lud die Wettbewerbsbehörde Galexis dazu ein, zum Antrag des Sekretariats vom 21. Februar 2024 schriftlich Stellung zu nehmen. Zudem ersuchte die Behörde Galexis um Mitteilung, ob sie von der WEKO mündlich im Sinne eines Plädoyers

³²⁹ Bundesgesetz vom 20.6.2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0).

³³⁰ Act. II.39, Antwort auf Frage 7.

³³¹ Vgl. Rz 73 (Aussagen zur Lieferfrist); Rz 96 (Aussagen zur Bedeutung kurzfristiger Bestellmöglichkeiten); Rz 97 (Beispiel einer Aussage zum Bezug über die Zweitgrossistin); Rz 103 (Aussagen zum Direktbezug bei Fresenius Kabi); Rz 104 (Aussagen zum Bezug über andere Apotheken); Rz 111 (Aussagen zur Abgabe eines anderen als des ärztlich verschriebenen Produkts); Rz 142 (Aussage zu den Bezugsmöglichkeiten einer abgelegenen Apotheke); Rz 162 (Aussagen zum Direktbezug und dem Bezug über die Zweitgrossistin).

³³² Act. I.210.

³³³ Die in der ungeschwärzten Version von Tabelle 11 ausgewiesene Bandbreite der Nettopreise in den Niederlanden ist auf Wechselkursschwankungen zurückzuführen. Weil es sich bei der genauen Höhe des durch Fresenius Kabi in den Niederlanden gewährten Rabattes um ein Geschäftsgeheimnis handelt (vgl. Rz 342 ff.), ist die gegenüber Galexis offengelegte Bandbreite der Nettopreise in den Niederlanden grösser (vgl. Tabelle 11 im an Galexis verschickten Antrag, Act. IV.3).

angehört werden möchte (Art. 30 Abs. 2 KG).³³⁴ Mit Eingabe vom 21. März 2024 teilte Galexis mit, dass sie von der WEKO angehört werden möchte und stellte ihre schriftliche Stellungnahme in Aussicht.³³⁵

340. Die Möglichkeit der schriftlichen Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats und der mündlichen Anhörung durch die WEKO sind Ausfluss des rechtlichen Gehörs. Galexis steht es frei, ihren Parteigutachtern in diesem Rahmen die Gelegenheit einzuräumen, sich gegenüber der WEKO zu äussern. Insbesondere können diese die von Galexis genannten Auswertungen im Rahmen ihrer schriftlichen Stellungnahme und der Anhörung durch die WEKO präsentieren. Diese Möglichkeiten hat Galexis auch tatsächlich wahrgenommen.³³⁶ Es ist nicht ersichtlich, inwiefern zur Klärung des relevanten Sachverhalts darüberhinausgehende Ermittlungen erforderlich sein sollten. Deshalb sind die entsprechenden Beweisanträge von Galexis abzuweisen.

C.6.3 Ergebnis

341. Die Beweisanträge von Galexis vom 21. März 2024 werden abgewiesen.

C.7 Akteneinsichtsgesuch von Galexis

C.7.1 Inhalt des Akteneinsichtsgesuchs von Galexis

342. Mit Schreiben vom 6. März 2024 stellte Galexis den Antrag, Einsicht in die Quelldaten zu nehmen, welche das Sekretariat in seinem Antrag vom 21. Februar 2024 für die Berechnung der Konditionen von Fresenius Kabi in Deutschland und den Niederlanden verwendet hat.³³⁷ Mit E-Mail vom 8. März 2024 präzisierte Galexis, dass sich ihr Einsichtsgesuch *«insbesondere auf Act. II.44 und Act. II.11 sowie Act. II.16 und Act. II.30 sowie allfällige weitere Act. mit Bezug auf Konditionen von Fresenius Kabi im Ausland»* bezieht.³³⁸

343. In Bezug auf die konkrete Durchführung der Einsichtnahme beantragt Galexis, dass die vom Sekretariat in Bezug auf die Einsichtnahme in vertrauliche Daten im Zusammenhang mit der vom Sekretariat durchgeführten Apothekenbefragung definierten Regeln Anwendung finden sollen. Insbesondere solle die Einsichtnahme durch Mitarbeitende der [F1] in den Räumlichkeiten des Sekretariats und unter Aufsicht von Mitarbeitenden des Sekretariats erfolgen. Die Mitarbeitenden der [F1] seien bereit, *«ein entsprechendes NDA»* zu unterzeichnen.³³⁹

344. Galexis macht geltend, die genannte Einsichtnahme sei erforderlich, *«um die Berechnungen der Konditionen in Deutschland und den Niederlanden nachvollziehen zu können»*.³⁴⁰

C.7.2 Stellungnahme von Fresenius Kabi zum Akteneinsichtsgesuch von Galexis

345. Mit Schreiben vom 11. März 2024 fragte das Sekretariat Fresenius Kabi, ob sie mit der von Galexis beantragten Einsichtnahme einverstanden sei.³⁴¹ Mit Schreiben vom 25. März 2024 beantragte Fresenius Kabi, das Gesuch von Galexis sei abzuweisen. Sie begründet diesen Antrag im Wesentlichen folgendermassen:³⁴²

³³⁴ Act. IV.3.

³³⁵ Act. IV.23.

³³⁶ Act. IV.36 (schriftliche Stellungnahme); Act. V.5 (mündliche Stellungnahme).

³³⁷ Act. IV.7.

³³⁸ Act. IV.12.

³³⁹ Act. IV.7.

³⁴⁰ Act. IV.7.

³⁴¹ Act. IV.14.

³⁴² Act. IV.25.

- Das Akteneinsichtsgesuch von Galexis sei «zu unspezifisch und nicht begründet». Es sei nicht ersichtlich, was Galexis damit überprüfen wolle.
- Die von Galexis genannten Akten würden hochsensible Geschäftsgeheimnisse von Fresenius Kabi und ihrer Vertragspartner insbesondere zu konkreten Preisen, Absatzmengen, Vertragsbedingungen, Konditionen, Marktstrategien, Kunden, und Verhaltensweisen von Fresenius Kabi und ihrer Vertragspartner enthalten. Es sei davon auszugehen, dass Galexis diese Informationen zu «ihrem kaufmännischen Vorteil» und gegen Fresenius Kabi und ihre Vertragspartner einsetzen würde. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Galenica-Gruppe, zu welcher auch Galexis gehört, ihre Markstellung kontinuierlich ausbaue. Ausserdem sei die Galenica-Gruppe an der in den Niederlanden domizilierten Redcare Pharmacy N.V. (vormals Shop Apotheke) beteiligt. Dieses Unternehmen sei unter anderem auch in Deutschland und in den Niederlanden aktiv. Insbesondere aus diesem Grund habe die Galenica-Gruppe ein Interesse an Informationen zu diesen Märkten und könnte die entsprechenden Informationen gegen Fresenius Kabi und ihre Vertragspartner einsetzen.
- Die Mitarbeitenden der [F1] seien Parteigutachter von Galexis. Ihnen fehle die erforderliche Unabhängigkeit. Es bestehe die Gefahr, dass sie gegenüber ihrer Auftraggeberin «Informationen, Meinungen, Einschätzungen» offenbaren könnten, welche wettbewerblich hochsensible Informationen von Fresenius Kabi enthalten oder darauf basieren würden.

346. Eventualiter beantragt Fresenius Kabi im Wesentlichen, dass eine Einsichtnahme durch einen von beiden Parteien und dem Sekretariat der WEKO genehmigten unabhängigen Gutachter durchzuführen sei. Ausserdem fordert Fresenius Kabi verschiedene Anpassungen der von Galexis genannten Bedingungen der Einsichtnahme. Insbesondere sei diese in Anwesenheit eines Vertreters von Fresenius Kabi durchzuführen.³⁴³

C.7.3 Beurteilung des Akteneinsichtsgesuchs von Galexis

C.7.3.1 Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 VwVG)

347. Gemäss Art. 39 KG sind auf kartellrechtliche Verfahren die Bestimmungen des VwVG anwendbar, soweit das KG nicht davon abweicht.

348. Nach Art. 26 VwVG haben Parteien Anspruch auf Akteneinsicht. Galexis ist Partei des Verfahrens 32-0277: Fresenius Kabi. Damit hat sie grundsätzlich Anspruch auf Akteneinsicht. Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG sieht vor, dass die Behörde die Einsichtnahme insbesondere dann verweigern kann, wenn wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern. Erforderlich ist demnach im konkreten Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der Einsichtnahme einerseits und den entgegenstehenden Interessen andererseits. Allerdings dürfen die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben.³⁴⁴

C.7.3.2 Verweigerung der Einsicht zum Geschäftsgeheimnisschutz (Art. 25 KG)

349. Als Geschäftsgeheimnis gilt eine weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsache, die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat.³⁴⁵

350. Das zu beurteilende Einsichtsgesuch von Galexis bezieht sich «insbesondere auf Act. II.44 und Act. II.11 sowie Act. II.16 und Act. II.30 sowie allfällige weitere Act. mit Bezug auf

³⁴³ Act. IV.25.

³⁴⁴ Vgl. auch BVGer, B-5858/2014 vom 30.10.2017 E. 3.6; BVGer, B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 5.4.1.

³⁴⁵ BGE 142 II 268 E. 5.1; BVGer, B-5858/2014 vom 30.10.2017 E. 3.6.

Konditionen von Fresenius Kabi im Ausland». Darunter befinden sich gegenüber Galexis geheime Informationen, welche die Gegenpartei (Fresenius Kabi) dem Sekretariat eingereicht hat. So enthält zum Beispiel Act. II.44 in Rz 16 eine Tabelle mit Angaben zu den genauen individuellen Nettopreisen und Mengen sämtlicher Grosskundinnen von Fresenius Kabi Deutschland, differenziert nach den drei wichtigsten Produktgruppen im Bereich der Trinknahrung.

351. Fresenius Kabi macht geltend, dass es sich bei diesen Informationen um Geschäftsgeheimnisse handelt (vgl. Rz 345, zweiter Spiegelstrich). Insofern besteht ein Geheimhaltungswille. Tatsächlich befindet sich Galexis in Preisverhandlungen mit Fresenius Kabi in Bezug auf diese Produkte und könnte in diesem Rahmen die einzusehenden Informationen allenfalls zum Nachteil von Fresenius Kabi einsetzen. Ausserdem betreibt die Galenica-Gruppe, zu welcher auch Galexis gehört, eine strategische Partnerschaft mit der Redcare Pharmacy N.V. mit Sitz in den Niederlanden, welche unter anderem in den Niederlanden und in Deutschland Online-Apotheken betreibt.³⁴⁶ Die vorliegend relevanten Akten (namentlich Act. II.44, Rz 16) enthalten unter anderem auch Angaben zu den genauen Preisen und Mengen anderer Online-Apotheken in Deutschland, die mit der genannten strategischen Partnerin der Galenica-Gruppe im Wettbewerb stehen. Da die Nettopreise von Fresenius Kabi in Deutschland individuell ausgehandelt werden und teilweise stark unterschiedlich ausfallen, könnten diese Informationen die Verhandlungsposition von Fresenius Kabi Deutschland schwächen, falls die genannten Informationen über die Galenica-Gruppe zur Redcare Pharmacy N.V. gelangen sollten. Aus diesen Gründen hat Fresenius Kabi auch ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung der vorliegend relevanten Informationen.

352. Die Wettbewerbsbehörden dürfen daher die strittigen Daten gegenüber Galexis nicht offenlegen (Art. 25 Abs. 1 und 4 KG).

353. Galexis beantragt, dass die Einsichtnahme nur durch ihre Parteigutachter erfolgt, die sich verpflichten müssten, die erlangten Informationen nicht gegenüber Galexis oder Dritten offenzulegen. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wird ein solches Vorgehen in der Regel als «*Data room-Verfahren*» bezeichnet.

354. Im Rahmen der Einsichtnahme im «*Data room-Verfahren*» handeln die Parteigutachter im Namen und Auftrag der Partei, vorliegend Galexis. Das «*Data room-Verfahren*» würde also dennoch zur Offenlegung von geheimen Informationen gegenüber Galexis führen.

355. Fresenius Kabi hat ihr Einverständnis zum «*Data room-Verfahren*» nicht erteilt. Vielmehr macht sie geltend, dass die Parteigutachter von Galexis nicht ausreichend unabhängig seien und einen Interessenskonflikt hätten. Insofern hat Fresenius Kabi auch gegenüber den Parteigutachtern ihren Geheimhaltungswillen kundgetan.

356. Insbesondere bei den Preisen und Mengen der [...] deutschen Grosskundinnen von Fresenius Kabi handelt es sich um eine sehr überschaubare Menge an Informationen. Deshalb scheint es wahrscheinlich, dass sich die Einsicht nehmenden Parteigutachter auch ohne schriftliche Notizen relativ gut daran erinnern könnten. Dadurch besteht eine gewisse Gefahr, dass diese Informationen trotz der von Galexis vorgeschlagenen Massnahmen nicht geheim bleiben würden.³⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist das Geheimhaltungsinteresse von Fresenius Kabi auch gegenüber den Parteigutachtern nicht unberechtigt.

³⁴⁶ <www.galenica.com/galenica23Assets/bin/shared/ir-day-2023/joint-venture-redcare-pharmacy.pdf> (4.4.2024).

³⁴⁷ In der Zwischenverfügung B-3958/2019 stellte das Bundesverwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde eines Unternehmens gegen eine Einsichtnahme in seine Geschäftsgeheimnisse durch die Gutachter der Parteien eines Zusammenschlussvorhabens wieder her. Das Ge-

357. Für die Anordnung eines «*Data room-Verfahrens*» gegen den Willen des Unternehmens, das ein legitimes Interesse an der Geheimhaltung der strittigen Informationen hat, besteht keine gesetzliche Grundlage. Wie vorzugehen ist, damit die geheimen Informationen dennoch verwendet werden können, ist in Art. 28 VwVG geregelt (dazu sogleich Rz 359 ff.).

358. Das Akteneinsichtsgesuch von Galexis ist abzuweisen.³⁴⁸

C.7.3.3 Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts der geheimen Daten (Art. 28 VwVG)

359. Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ausserdem Gelegenheit zur Stellungnahme und zur Bezeichnung von Gegenbeweismitteln gegeben hat (Art. 28 VwVG).

360. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, sind diese Anforderungen vorliegend erfüllt. Daher kann offengelassen werden, ob die Behörde vorliegend überhaupt auf die geheimen Daten «*zum Nachteil einer Partei*» im Sinne von Art. 28 VwVG abstellt.

361. Die Ergebnisse der strittigen Berechnungen sind im vorliegenden Entscheid (Rz 204–256) wiedergegeben. Zudem hat die Behörde die betreffenden Berechnungen detailliert beschrieben (Rz 215–256 sowie Rz 393–396). Diese Erläuterungen zur Art und Weise der Berechnungen hat die Behörde gegenüber Galexis vollständig offengelegt.³⁴⁹ Zusätzlich zu den im vorliegenden Entscheid sowie im Antrag des Sekretariats vom 21. Februar 2024 enthaltenen Ausführungen hat die Behörde Galexis mit Schreiben vom 21. Februar 2024 den von der Behörde für die genannten Berechnungen verwendeten Programmcode sowie zusätzliche Erläuterungen zu den Datenauswertungen der Behörde zukommen lassen.³⁵⁰ Auch die von Fresenius Kabi eingereichten Akten sind nur stellenweise geschwärzt und wurden Galexis zugestellt (vgl. Rz 12). Auf dieser Grundlage kann Galexis genau nachvollziehen, welche Berechnungen die Behörde vorgenommen hat und kann prüfen, ob diese Berechnungen korrekt sind. Eine Einsichtnahme in die entsprechenden Quelldaten ist deshalb nicht erforderlich.

362. Selbst die Angaben zu Mengen und Preisen der Kundinnen von Fresenius Kabi in Deutschland hat die Behörde gegenüber Galexis soweit wie möglich offengelegt. So geht zum Beispiel aus Abbildung 9 des geschwärzten an Galexis verschickten Antrags vom 21. Februar 2024 die genaue Verteilung der durchschnittlichen Nettopreise der deutschen Grosskundinnen von Fresenius Kabi hervor. Einzig die Beschriftung der Achsen ist geschwärzt, damit die exakten Preise nicht ersichtlich sind.³⁵¹ Auch andere sensible von Fresenius Kabi eingereichte Informationen hat die Behörde soweit möglich z.B. in Form von Bandbreiten offengelegt. Damit hat die Behörde Galexis Kenntnis vom wesentlichen Inhalt betreffend die Konditionen von

richt hielt in der genannten Zwischenverfügung insbesondere fest, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass eine solche Einsichtnahme zu gravierenden irreversiblen Nachteilen für die Beschwerdeführerin führen könnte: «*Im Rahmen des vorliegenden superprovisorischen Verfahrens ist allein eine summarische Interessenabwägung vorzunehmen. Im Rahmen dieser Abwägung können irreversible Nachteile für die Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen werden. Angesichts der zur Verfügung gestellten Daten sowie des plausibel gemachten Interessenkonflikts erscheinen diese Nachteile sodann gravierend. Die aufschiebende Wirkung ist demzufolge wiederherzustellen*» (Rz 3).

³⁴⁸ Der obgenannte Eventualantrag von Fresenius Kabi (Rz 346) ist nicht zu beurteilen, weil das Einsichtsgesuch von Galexis abzulehnen ist.

³⁴⁹ Act. IV.3, Rz 207–247 sowie Rz 342–345.

³⁵⁰ Act. IV.3, Beilagen 3 (Act. IV.1) und 4 (Memory Stick mit Programmcode).

³⁵¹ Act. IV.3. Galexis bringt diesbezüglich Folgendes vor: «*Insbondere relevant für die Beurteilung wären Kenntnisse über die Verteilung der einzelnen Preispunkte innerhalb der vom Sekretariat erhobenen Bandbreiten bei den deutschen Kunden von Fresenius Kabi*» (Act. IV.36, Rz 183). In der genannten gegenüber Galexis mit Ausnahme der Achsenbeschriftungen offengelegten Abbildung 9 des Antrags vom 21. Februar 2024 sind die einzelnen Preispunkte der deutschen Kundinnen sichtbar. Galexis hatte also Zugang zu diesen gemäss Galexis besonders relevanten Informationen.

Fresenius Kabi in Deutschland und den Niederlanden gegeben. Galexis hatte ausserdem die Gelegenheit, dazu schriftlich und mündlich Stellung zu nehmen und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

363. Datenauswertungen bilden in vielen kartellrechtlichen Verfahren ein wichtiges und teils unerlässliches Ermittlungsinstrument. Häufig liegen den Datenauswertungen sensible Unternehmensinformationen zugrunde. Die Anforderungen an die Bekanntgabe des wesentlichen Inhalts geheimer Informationen im Sinne von Art. 28 VwVG dürfen daher nicht überspannt werden. Ansonsten würde das Akteneinsichtsrecht dazu führen, dass gewisse kartellrechtlich relevante Sachverhalte nicht mehr hinreichend abgeklärt werden könnten. Vorliegend ist ausserdem zu berücksichtigen, dass es sich bei Galexis um die Anzeigerin und nicht um das beschuldigte Unternehmen handelt. Ihr droht weder eine Sanktion noch die Auferlegung anderer Massnahmen.

364. Nach dem Gesagten dürfen die Ergebnisse der strittigen Berechnungen verwendet werden (Art. 28 VwVG). Das Akteneinsichtsrecht ist nicht verletzt.

C.7.4 Ergebnis

365. Das Akteneinsichtsgesuch vom 6. März 2024 bzw. 8. März 2024 von Galexis wird abgewiesen.

D Kosten

366. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

367. Die Gebührenpflicht entfällt für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn bestehenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.³⁵² Nachdem das gegen Fresenius Kabi eröffnete Verfahren ohne Folgen einzustellen ist, entfällt für sie die Gebührenpflicht. Galexis sind als Anzeigerin ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 2 Abs. 2 Bst. a GebV-KG).

368. Die Verfahrenskosten von rund 290 000 Franken gehen somit zu Lasten des Bundes. Eine Parteientschädigung ist im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht zu entrichten.³⁵³

³⁵² BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

³⁵³ BGE 132 II 47, 62 E. 5.2.

E Ergebnis

369. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu den folgenden Ergebnissen:

- Fresenius Kabi ist gegenüber Galexis in den Bereichen Trinknahrung, Sondennahrung und Hilfsmittel zur Verabreichung von Sondennahrung nicht relativ marktmächtig i.S.v. Art. 4 Abs. 2^{bis} KG (Rz 308). Damit scheidet ein Verstoss gegen die Bestimmungen zur relativen Marktmacht aus. Die Untersuchung ist ohne Folgen einzustellen.
- Die Lieferverweigerung von Fresenius Kabi Deutschland und Fresenius Kabi Niederlande gegenüber Galexis ist wohl nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG. Somit läge voraussichtlich auch dann kein unzulässiges Verhalten vor, wenn sich Fresenius Kabi gegenüber Galexis in einer relativ marktmächtigen Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2^{bis} KG befände (Rz 325).

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die Untersuchung 32-0277: Fresenius Kabi wird ohne Folgen eingestellt.
2. Die Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Bundes.

Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **Fresenius Kabi Aktiengesellschaft**, Else-Kröner-Strasse 1, 61352 Bad Homburg, Deutschland
Fresenius Kabi Deutschland GmbH, Else-Kröner-Strasse 1, 61352 Bad Homburg, Deutschland
Fresenius Kabi Nederland BV, Postbus 565, 3700 AN Zeist, Niederlande
alle vertreten durch Nicolas Birkhäuser, Niederer Kraft Frey AG, Bahnhofstrasse 53, 8001 Zürich
- **Galexis AG**, Industriestrasse 2, 4704 Niederbipp
vertreten durch Dr. Daniel Emch, Stefanie Karlen und Stefanie Alder, Kellerhals Carrard Bern KIG, Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Wettbewerbskommission

Dr. Danièle Wüthrich-Meyer
Vizepräsidentin

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

G Appendix

G.1 Abgrenzungen betreffend die von Galexis belieferten Apotheken

G.1.1 Einleitung

370. Der vorliegende Antrag enthält Auswertungen zu den nachfolgend genannten drei verschiedenen Teilmengen der von Galexis belieferten Apotheken:

- Galexis selber reichte Angaben zu den von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken ein. Die entsprechenden Zahlen befinden sich in Tabelle 3. Die Identifikation dieser Apotheken wird als erstes beschrieben und diskutiert (Rz 372 ff.).
- Das Sekretariat hat Umsatzzahlen derjenigen Apotheken ausgewertet, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die nicht zur Galenica-Gruppe gehören. Die entsprechenden Zahlen befinden sich in Rz 89 ff. und Appendix G.2. Die Abgrenzung dieser Teilmenge wird als nächstes beschrieben und diskutiert (Rz 373 ff.).
- Das Sekretariat hat Apotheken zur Teilnahme an einer Umfrage eingeladen. Die Ergebnisse der Umfrage befinden sich in Rz 149 ff. Diese Teilmenge entspricht im Wesentlichen der vorangehend beschriebenen, es gibt aber geringfügige Unterschiede. Diese werden in Rz 378 ff. beschrieben und diskutiert.

371. Schliesslich wird die von Galexis vorgenommene Identifikation der von ihr als Hauptgrossistin belieferten Apotheken insbesondere anhand der Umfrage des Sekretariats eingeschätzt (Rz 381 ff.).

G.1.2 Identifikation der von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken durch Galexis

372. Die in Tabelle 3 ausgewiesene Anzahl der [750–1250] von Galexis als Hauptgrossistin belieferten Apotheken entspricht gemäss Angaben von Galexis der Anzahl Apotheken, die im System von Galexis Stand 2022 als [...] eingestuft waren. Dabei handelt es sich um Apotheken, die jährlich Produkte im Wert von mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis einkaufen. Bei neuen Kundinnen [...].³⁵⁴

G.1.3 Auswertung der Umsatzzahlen der Apotheken durch das Sekretariat

373. Die in Rz 89 ff. und Appendix G.2 dargestellten Umsatzzahlen werden für [300–800] Apotheken ausgewertet, welche alle der nachfolgend angegebenen Voraussetzungen erfüllen:

- Stand 2023 hatten sie den Status [...].
- Sie gehören nicht zur Galenica-Gruppe.
- Im Jahr 2022 kauften sie für mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis ein.
- Im Zeitraum vom 1. Januar 2023 bis 31. Juli 2023 kauften sie für mindestens [...] Franken bei Galexis ein (entspricht einem jährlichen Umsatz von [250 000–500 000] Franken).

374. Das Sekretariat forderte detaillierte Umsatzzahlen nur für die nicht zur Galenica-Gruppe gehörenden Apotheken an, weil nur diese zu einer anderen Hauptgrossistin wechseln können (vgl. Rz 141 ff. für Erläuterungen zur genannten Wechselgefahr).

375. Galexis reichte für den Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 31. Juli 2023 für [400–900] Apotheken Umsatzzahlen ein, die Stand Juli 2023 den Status [...] hatten und die nicht zur

³⁵⁴ Act. II.45; Act. II.49; Act. II.51.

Galenica-Gruppe gehörten.³⁵⁵ Für diese Apotheken liegen die Umsätze von Galexis separat für jede einzelne Apotheke vor. [300–800] dieser Apotheken kauften sowohl im Jahr 2022 als auch im Jahr 2023 für mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis ein.³⁵⁶ [25–125] der genannten [400–900] [...] Kundinnen hatten hingegen in mindestens einem der beiden Jahre einen tieferen Umsatz. Diese Kundinnen hatten trotzdem den Status [...], insbesondere weil [...]. Damit die in Rz 89 ff. ausgewiesenen Umsatzzahlen nicht durch diese [...] verzerrt werden, beziehen sich die vom Sekretariat ausgewerteten Umsatzzahlen ausschliesslich auf diejenigen [300–800] Apotheken, die sowohl im Jahr 2022 als auch im Jahr 2023 jeweils für mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis eingekauft hatten. Bei diesen Apotheken ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass Galexis die Hauptgrossistin war (Rz 372 ff.) und es liegen Umsatzzahlen auf der Ebene der einzelnen Apotheken vor.

376. Die nur für die genannten [300–800] Apotheken berechneten durchschnittlichen Nettoumsätze sind leicht höher als die entsprechenden Durchschnittswerte aller [750–1250] Apotheken, die Stand 2022 den Status [...] hatten. Letztere kauften im Jahr 2022 durchschnittlich für rund [480–2400] Franken Trinknahrung von Fresenius Kabi bei Galexis ein (Rz 88 vorne). Im Vergleich dazu liegt der entsprechende Durchschnittswert bei den [300–800] Apotheken bei rund [500–3000] Franken im Jahr 2022 und bei rund [500–3000] Franken im Jahr 2023 (Rz 90).

377. Dieser Unterschied dürfte insbesondere auf die erwähnten [...] zurückzuführen sein. Diese sind in den [750–1250] [...] Kundinnen im Jahr 2022 eingeschlossen, nicht aber in den [300–800] Apotheken, die sowohl im Jahr 2022 als auch im Jahr 2023 tatsächlich einen jährlichen Umsatz von mindesten [250 000–500 000] Franken erzielten.

G.1.4 Auswahl der durch das Sekretariat befragten Apotheken

378. Das Sekretariat kontaktierte [250–450] Einzelapotheken, welche alle der nachfolgend angegebenen Voraussetzungen erfüllen (vgl. Act. IV.1 für weitere Erläuterungen zur Auswahl der vom Sekretariat kontaktierten Apotheken).

- Stand 2023 hatten sie den Status [...].
- Sie gehören nicht zur Galenica-Gruppe.
- Im Jahr 2022 kauften sie für mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis ein oder es liegen für das Jahr 2022 keine Umsatzzahlen vor.

379. Zusätzlich dazu kontaktierte das Sekretariat [5–10] Apothekenketten. Die Auswahl der vom Sekretariat kontaktierten Apotheken entspricht nicht exakt der vorangehend beschriebenen Auswahl zum Zweck der Auswertung der Umsatzzahlen: Es fehlt das Auswahlkriterium eines Einkaufsvolumens von mindestens [149 000–292 000] Franken im Zeitraum vom 1. Januar 2023 bis 31. Juli 2023. Diese Zahlen lagen dem Sekretariat zum Zeitpunkt der Umfrage noch nicht vor. Dabei handelt es sich um eine geringfügige Diskrepanz. Grund ist, dass diese Voraussetzung schon durch die erste Bedingung (Status [...] im Jahr 2023) annähernd erfüllt

³⁵⁵ Act. II.45; Act. II.51. Vgl. auch die Erläuterungen von Galexis zu den eingereichten Zahlen im Schreiben vom 11. September 2023, Antwort auf Frage II (Act. II.50).

Stand 2022 waren gemäss Angaben von Galexis [750–1250] Apotheken als [...] Kundinnen eingestuft. Von diesen gehörten 279 Apotheken zur Galenica-Gruppe (Act. II.23, Rz 15). Demnach gab es Stand 2022 [450–950] Apotheken, die als [...] Kundinnen eingestuft waren und die nicht zur Galenica-Gruppe gehörten. Im Jahr 2023 gab es gemäss Angaben von Galexis hingegen nur noch [400–900] solche Kundinnen. Die Anzahl dieser Apotheken ist also offenbar von [450–950] im Jahr 2022 auf [400–900] im Jahr 2023 gesunken. Das entspricht einer Reduktion um [<100] Apotheken, die entweder den Status [...] verloren haben, oder die neu zur Galenica-Gruppe gehören.

³⁵⁶ Die Umsatzzahlen für das Jahr 2023 liegen nur für die Monate Januar–Juli vor. Zur besseren Vergleichbarkeit werden sie auf das ganze Jahr hochgerechnet, indem sie mit dem Faktor 12/7 multipliziert werden.

ist. Mit Ausnahme von [...] werden schon dadurch grundsätzlich nur Apotheken ausgewählt, die auch im Jahr 2023 für mindestens [250 000–500 000] Franken bei Galexis einkaufen.

380. Ein weiterer Unterschied zur vorangehend beschriebenen Teilmenge besteht darin, dass auch Apotheken kontaktiert wurden, für welche für das Jahr 2022 keine Umsatzzahlen vorlagen. Die genannten Angaben fehlen für [<50] Apotheken, welche die übrigen Kriterien erfüllen. Diese Apotheken fliessen nicht in die vorangehend beschriebene Auswertung der Umsatzzahlen ein, weil es sich dabei mutmasslich um [...] handelt.

G.1.5 Einschätzung der von Galexis verwendete Methode anhand der Umfrage des Sekretariats

381. Bei grossen Apotheken kann es vorkommen, dass diese bei Galexis Produkte im Wert von mehr als [250 000–500 000] Franken jährlich einkaufen, obwohl eine andere Grossistin ihre Hauptgrossistin ist. Solche Apotheken werden gemäss der von Galexis verwendeten Auswahlmethode (Rz 372) fälschlicherweise als Apotheken eingestuft, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert wurden. Wie oft dieser Fall auftritt, kann aufgrund der Ergebnisse der vom Sekretariat durchgeführten Befragung der von Galexis belieferten Apotheken eingeschätzt werden (Rz 141 ff.).

382. Das Sekretariat hat wie erwähnt [250–450] Einzelapotheken kontaktiert. 209 dieser Apotheken nahmen an der Befragung teil. Von diesen gaben 26 (12,4 %) an, dass Galexis nicht ihre Hauptgrossistin sei. Die restlichen 183 Apotheken bestätigten, dass Galexis ihre Hauptgrossistin sei.³⁵⁷ Deshalb ist davon auszugehen, dass rund 10–15 % derjenigen Apotheken, die gemäss der Schätzung von Galexis von ihr als Hauptgrossistin beliefert werden, tatsächlich bei einer anderen Hauptgrossistin den grössten Teil ihrer Produkte einkaufen.

383. Umgekehrt ist davon auszugehen, dass es nur selten vorkommt, dass eine Apotheke zwar für weniger als [250 000–500 000] Franken pro Jahr bei Galexis einkauft, Galexis aber trotzdem die Hauptgrossistin ist. Der Grund dafür ist, dass die meisten Apotheken Produkte im Wert von mehr als [500 000–1 000 000] Franken jährlich einkaufen.³⁵⁸ Deshalb entspricht ein Einkaufsvolumen von [250 000–500 000] Franken pro Jahr bei den meisten Apotheken einem Anteil von weniger als 50 % des gesamten Einkaufsvolumens. Ausserdem beziehen die Apotheken in der Regel deutlich mehr als 50 % ihrer Produkte bei der Hauptgrossistin. Gerade bei kleinen Apotheken lohnt es sich in der Regel, den Grossteil bei der Hauptgrossistin zu beziehen (Rz 70). Folglich gibt es höchstens wenige Apotheken, die für weniger als [250 000–500 000] Franken pro Jahr bei Galexis einkaufen, bei welchen aber Galexis trotzdem die Hauptgrossistin ist.

384. Aus diesen Gründen dürfte die Anzahl der Apotheken, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden, leicht unter der von Galexis geschätzten in Tabelle 3 ausgewiesenen Zahl von [750–1250] liegen.³⁵⁹

³⁵⁷ Act. II.C.1; Act. II.C.3; Act. II.C.4.

³⁵⁸ Gemäss PharmaSuisse kauft eine durchschnittliche Apotheke jährlich Waren im Wert von rund 2,2 Millionen Franken ein (PharmaSuisse, Fakten und Zahlen Schweizer Apotheken 2022, S. 57 <www.pharmasuisse.org/data/docs/de/50040/Fakten-und-Zahlen-pharmaSuisse-2022.pdf?v=1.6>, 26.5.2023). Vgl. auch die Umsatzzahlen der von Galexis belieferten Apotheken in Rz 93.

³⁵⁹ Die Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi behaupten, es wecke «Zweifel an der korrekten Zusammenstellung der Kundenliste durch Galexis», dass 24 der vom Sekretariat kontaktierten Apotheken angaben, dass Galexis nicht ihre Hauptgrossistin sei (Act. II.55, Beilage 3, S. 5). Selbst wenn es Zweifel an der korrekten Zusammenstellung der Kundenliste durch Galexis geben sollte, dann jedenfalls nicht aus dem von den Parteigutachterinnen von Fresenius Kabi genannten Grund. Vielmehr wäre es nicht plausibel, wenn alle der kontaktierten Apotheken angegeben hätten, dass Galexis ihre Hauptgrossistin sei.

G.2 Bedeutung der Trinknahrung von Fresenius Kabi für Apotheken

385. Die nachfolgenden Darstellungen der Nettoumsätze von Galexis beziehen sich jeweils auf [300–800] Apotheken, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die nicht zur Galenica-Gruppe gehören (vgl. Appendix G.1 zur Auswahl dieser [300–800] Apotheken).

386. In Abbildung 11 ist die Verteilung der Nettoumsätze von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi an die genannten [300–800] Apotheken für die Jahre 2022 (linke Grafik) und 2023 (rechte Grafik) dargestellt. Daraus geht hervor, dass [<10 %] Apotheken mehr als 10 000 Franken pro Jahr für den Einkauf dieser Produkte ausgaben. Mehr als die Hälfte der Apotheken kaufte hingegen für weniger als [500–2500] Franken pro Jahr bei Galexis solche Trinknahrung ein. Rund ein Drittel der Apotheken gab pro Jahr sogar weniger als [<1000] Franken für Trinknahrung von Fresenius Kabi bei Galexis aus.

Abbildung 11: Verteilung des Nettoumsatzes von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung der Herstellerin Fresenius Kabi an Apotheken, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die nicht zur Galenica-Gruppe gehören, 2022 und 2023.

[...]

Quelle: Act. II.51, Beilage 1.

387. Die Verteilung des Anteils der Trinknahrung von Fresenius Kabi an den insgesamt von Galexis erzielten Nettoumsätzen ist für die genannten [300–800] Apotheken in Abbildung 12 dargestellt. Ähnlich wie bei den in Franken gemessenen Nettoumsätzen ist auch der Anteil der Trinknahrung von Fresenius Kabi am Einkaufsvolumen aller Produkte für die meisten Apotheken gering. Bei einer einzigen Apotheke liegt dieser Anteil bei über [<10 %].

Abbildung 12: Verteilung des Anteils der Trinknahrung von Fresenius Kabi an den insgesamt von Galexis erzielten Nettoumsätzen mit Apotheken, die von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden und die nicht zur Galenica-Gruppe gehören, 2022 und 2023.

[...]

Quelle: Act. II.51, Beilage 1.

G.3 Umsatzanteil ohne spezifische ärztliche Verschreibung

388. In Tabelle 14 ist der von Galexis mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi im Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2022 erzielte Nettoumsatz separat nach Absatzkanal angegeben (erste Spalte). Diese Zahlen entsprechen den in Tabelle 2 vorne abgebildeten Umsätzen. Zusätzlich ist aus

389. Tabelle 14 ersichtlich, welcher Anteil dieser Umsätze mit Verkäufen an Kundinnen und Kunden ohne ärztliche Verschreibung erzielt wurden (zweite Spalte). Diese Anteile entsprechen den in Rz 107 ff. vorne festgestellten Anteilen. Das Produkt von Umsatz und Anteil entspricht dem in der dritten Spalte angegebenen Nettoumsatz mit Verkäufen an Kundinnen und Kunden ohne ärztliche Verschreibung. Gemessen am insgesamt erzielten Nettoumsatz handelt es sich um [20–50] %. Umgekehrt liegt der Umsatzanteil mit Kundinnen und Kunden mit ärztlicher Verschreibung bei [50–80] %. Jedenfalls im Apothekenkanal beziehen sich rund 10 % dieser Verschreibungen nicht auf Trinknahrung einer spezifischen Herstellerin (Rz 110). Deshalb gehen rund [45–72] % (90 % von [50–80] %) der von Galexis verkauften Trinknahrung von Fresenius Kabi an Endkundinnen und Endkunden, denen spezifisch die Trinknahrung von Fresenius Kabi verschrieben wurden. Umgekehrt gehen rund [28–55] % an Endkundinnen

und Endkunden, die keine spezifische ärztliche Verschreibung haben und somit grundsätzlich auf vergleichbare Produkte anderer Herstellerinnen ausweichen könnten.

Tabelle 14: Nettoumsatz Galexis mit Verkäufen an Kundinnen ohne ärztliche Verschreibung, 1.1.2022–31.10.2022.

Absatzkanal	Nettoumsatz (Fr.)	Anteil ohne Verschreibung	Nettoumsatz ohne Verschreibung (Fr.)
Apotheken	[...]	30–50 %	[...]
Ärzterschaft	[...]	0 %	0
Spitäler	[...]	0 %	0
Drogerien	[...]	100 %	[...]
Verschiedene	[...]	0 %	0
Total	[...]	[20–50] %	[...]

Quelle: Act. II.23, Rz 14 (Umsatz nach Kundensegment, vgl. Rz 83); Act. II.5, Antwort auf Frage 3.b (Anteil ohne ärztliche Verschreibung, vgl. Rz 107 ff.).

G.4 Apothekenbefragung des Sekretariats

G.4.1 Einladungsemail

Abbildung 13: Einladungsemail für deutschsprachige Einzelapotheken.

Von:	Brunner Christoph WEKO
An:	[REDACTED]
Betreff:	Untersuchung der WEKO: Umfrage zu Trinknahrung
Datum:	Dienstag, 18. Juli 2023 14:04:00
Anlagen:	image001.png


Sehr geehrte Frau [REDACTED]

Die Wettbewerbskommission (WEKO) und ihr Sekretariat sind Bundesbehörden, die für den Schutz des Wettbewerbs zuständig sind (vgl. www.weko.admin.ch). Das WEKO-Sekretariat prüft im Rahmen einer Untersuchung, ob die Grossistin Galexis darauf angewiesen ist, von der Herstellerin Fresenius Kabi mit Trinknahrung beliefert zu werden. Die Beurteilung dieser Frage hängt unter anderem von der Reaktion der Apotheken ab, wenn Galexis keine Trinknahrung von Fresenius Kabi mehr liefern könnte. Deshalb führt das WEKO-Sekretariat eine Umfrage bei Apotheken durch. **Wir bitten Sie, an unserer Umfrage teilzunehmen.**

Das WEKO-Sekretariat hat Galexis um die Angabe der Adressen der Apotheken gebeten, welche von Galexis als Hauptgrossistin beliefert werden. Galexis hat uns Ihre Adresse angegeben.

Die Umfrage dauert etwa fünf Minuten. Sie können Ihre Antworten direkt per Internet eingeben. Damit wir die Antworten den Apotheken zuordnen können, werden Sie im Online-Formular aufgefordert, eine Identifikationsnummer einzugeben. Ihre Identifikationsnummer ist **51290**. Bitte geben Sie diese im Online-Formular als Antwort auf die erste Frage ein. Bitte geben Sie Ihre Antworten spätestens bis am 11. August 2023 ein.

Hier finden Sie den [Link](#) zur Umfrage. Alternativ verwenden Sie folgenden QR-Code:



Bei Rückfragen stehen Ihnen Christoph Brunner (christoph.brunner@weko.admin.ch, 058 461 41 22) oder Jürg Bickel (juerg.bickel@weko.admin.ch, 058 463 11 55) gerne zur Verfügung. Besten Dank im Voraus für Ihre Mitarbeit!

Wettbewerbskommission Sekretariat

Frank Stüssi Stellvertretender Direktor	Christoph Brunner Wissenschaftlicher Mitarbeiter
--	---

Wettbewerbskommission Sekretariat

Quelle: Act. II.A.1.

G.4.2 Repräsentativität der antwortenden Apotheken

390. In Abbildung 14 ist die geschätzte Dichtefunktion des Nettoumsatzes 2023 für diejenigen Apotheken eingetragen, welche an der Umfrage des Sekretariats teilgenommen haben (rot). Die von Galexis mit dem Verkauf sämtlicher Produkte an diese Apotheken erzielten Nettoumsätze sind sehr ähnlich verteilt wie bei denjenigen Apotheken, die nicht teilgenommen haben (blau). Die Nullhypothese, dass der Nettoumsatz bei beiden Gruppen der gleichen Verteilung folgt, kann nicht verworfen werden (Kolmogorov-Smirnov Test, $p=0.245$). Weitere Angaben zur Berechnung der Dichtefunktionen befinden sich in Act. IV.1.

Abbildung 14: Verteilung des Nettoumsatzes 2023 für Apotheken, die geantwortet haben (rot) und solche, die nicht geantwortet haben (blau).

[...]

Quelle: Act. II.51, Beilage 1 (Umsatzzahlen); Act. II.C.1 (Antworten).

391. Zusätzlich zum insgesamt von Galexis mit den kontaktierten Apotheken erwirtschafteten Nettoumsatz wird nachfolgend geprüft, ob der nur mit dem Verkauf von Trinknahrung von Fresenius Kabi erzielte Nettoumsatz im Jahr 2023 ebenfalls bei beiden Gruppen von Apotheken (Antwort / Keine Antwort) ähnlich verteilt ist. Wie aus Abbildung 15 hervorgeht, sind die entsprechenden Verteilungen erneut sehr ähnlich. Die Nullhypothese, dass der Nettoumsatz beider Gruppen die gleiche Dichtefunktion aufweist, kann nicht verworfen werden (Kolmogorov-Smirnov Test, $p=0.147$).

Abbildung 15: Verteilung des Nettoumsatzes mit Trinknahrung von Fresenius Kabi 2023 für Apotheken, die geantwortet haben (rot) und solche, die nicht geantwortet haben (blau).

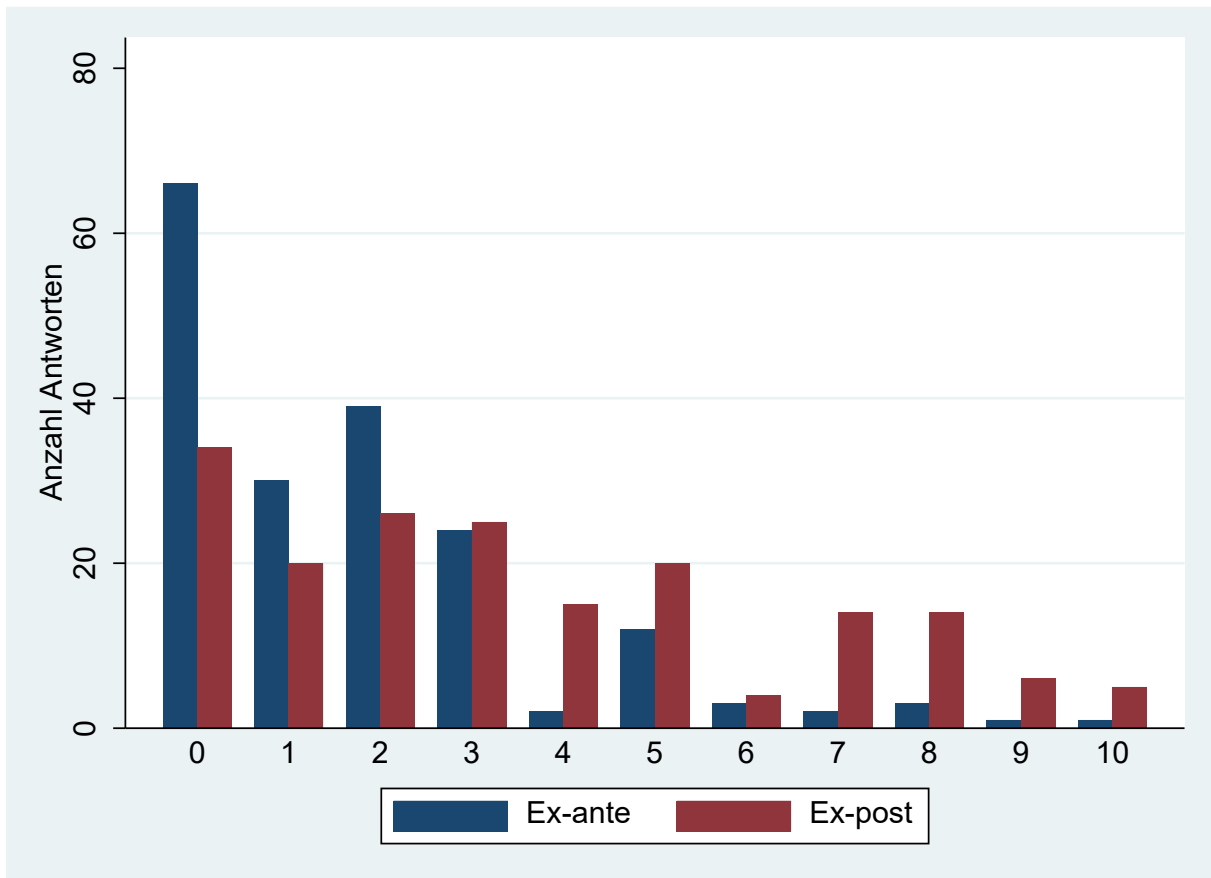
[...]

Quelle: Act. II.51, Beilage 1 (Umsatzzahlen); Act. II.C.1 (Antworten).

G.4.3 Antworten der Einzelapotheken auf Fragen 3 und 4

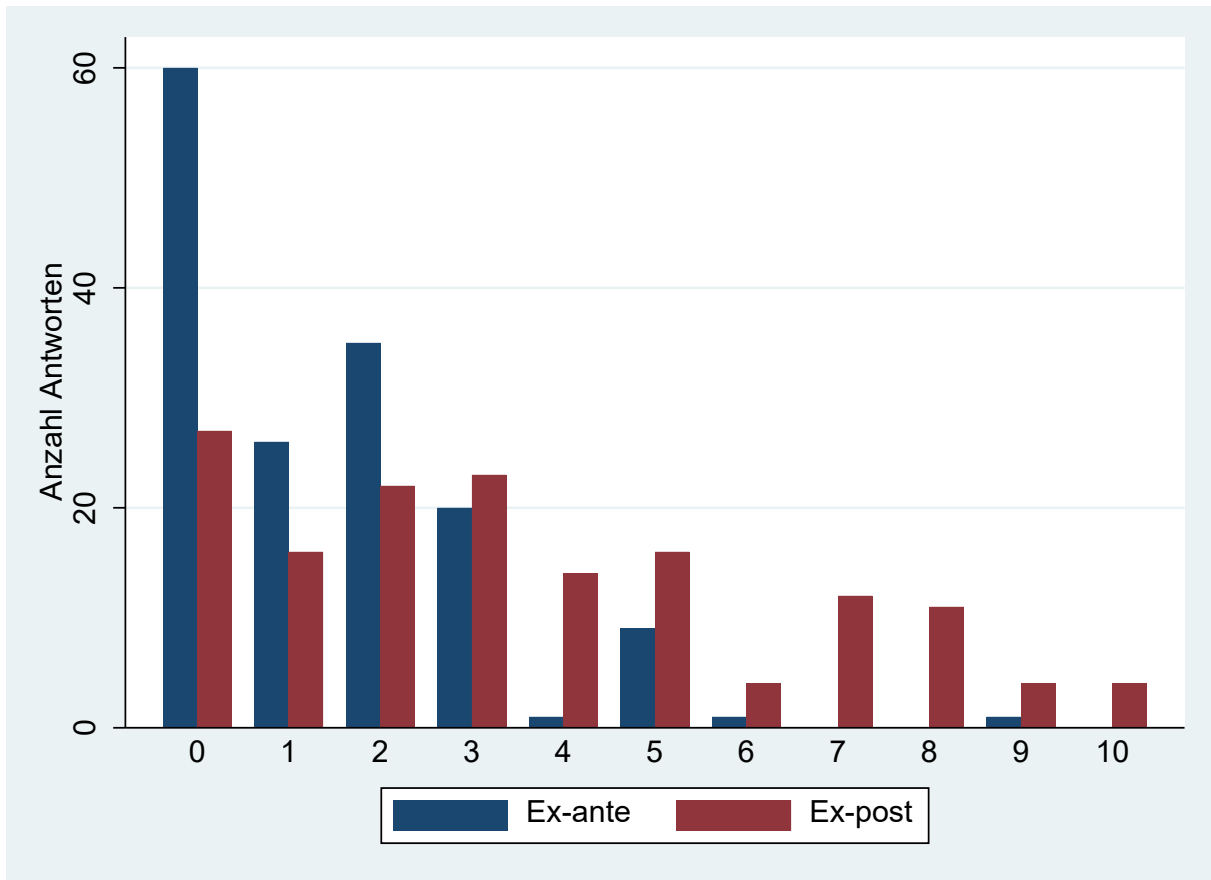
392. In Abbildung 16 ist die Verteilung der Antworten von 183 Einzelapotheken auf die Fragen 3 (Abbildung 5) und 4 (Abbildung 6) der Umfrage dargestellt. Wie erwähnt gaben alle dieser 183 Apotheken in ihrer Antwort auf Frage 2 an, dass Galexis ihre Hauptgrossistin sei. Abbildung 17 entspricht Abbildung 16, ausser das nur noch die 153 plausible Antworten berücksichtigt werden.

Abbildung 16: Wechselbereitschaft ex-ante (blau, Antworten auf Frage 3) und ex-post (rot, Antworten auf Frage 4), 183 Einzelapotheken mit Hauptgrossistin Galexis.



Quelle: Act. II.C.1.

Abbildung 17: Wechselbereitschaft ex-ante (blau, Antworten auf Frage 3) und ex-post (rot, Antworten auf Frage 4), 153 Einzelapotheken mit Hauptgrossistin Galexis (nur plausible Antworten).



Quelle: Act. II.C.1.

G.5 Preisvergleich Schweiz–Deutschland

G.5.1 Umsatzanteil der drei wichtigsten Produktgruppen

393. In Tabelle 15 sind die von Fresenius Kabi Schweiz mit dem Verkauf von Trinknahrung an Galexis erzielten Nettoumsätze der Jahre 2020–2022 angegeben (Spalte 2). Dabei ist zu berücksichtigen, dass für das Jahr 2022 nur die Verkäufe bis und mit Oktober 2022 eingeschlossen sind. Zusätzlich geht aus Tabelle 15 hervor, welcher Anteil dieser Umsätze auf Trinknahrung der drei wichtigsten Produktgruppen entfällt (Spalten 3 und 4). Diese sind für rund zwei Drittel des von Fresenius Kabi mit dem Verkauf von Trinknahrung an Galexis erzielten Umsatzes verantwortlich.

Tabelle 15: Anteil der drei wichtigsten Produktgruppen am von Fresenius Kabi Schweiz mit Verkäufen an Galexis erzielten Nettoumsatz, 2020–2022.

Jahr	Nettoumsatz Trinknahrung insgesamt (Fr.)	Nettoumsatz 3 wichtigste Produktgruppen (Fr.)	Anteil 3 wichtigste Produktgruppen
2020	[...]	[...]	[60–75] %
2021	[...]	[...]	[60–75] %
2022	[...]	[...]	[60–75] %

Quelle: Act. II.16, Rz 2 (Nettoumsatz Trinknahrung insgesamt); Act. II.11, Beilage 3 (Nettoumsatz der drei wichtigsten Produktgruppen).

G.5.2 Konditionen von Fresenius Kabi Schweiz

394. Die in Tabelle 7 enthaltenen Listenpreise und Rabatte sind mit den von Galexis für den Zeitraum vom 1. Juli 2022 bis 31. Oktober 2022 eingereichten Rechnungen für Trinknahrung konsistent.³⁶⁰

395. Gemäss Angaben von Fresenius Kabi entsprechen die Nettopreise der drei wichtigsten Produktgruppen im Bereich Trinknahrung bei Verkäufen an Galexis seit August 2022 den in Tabelle 7 angegebenen Preisen. Für den Monat Juli 2022 gibt Fresenius Kabi noch die vor Abschluss des Kooperationsvertrags gültigen Preise an.³⁶¹

396. Auch die von Galexis eingereichten Angaben betreffend die von Galexis an Fresenius Kabi Schweiz bezahlten Nettopreise für Trinknahrung stimmen für Lieferungen mit Datum der Entgegennahme nach Abschluss des Kooperationsvertrags am 1. Juli 2022 weitgehend mit den in Tabelle 7 aufgeführten Preisen überein.³⁶²

G.5.3 Konditionen von Fresenius Kabi Deutschland

Abbildung 18: Nettopreise für Trinknahrung der Produktgruppe Fresubin 2kcal Drink, Fresenius Kabi Deutschland, 2022.

[...]

Quelle: Act. II.44, Rz 16.

Abbildung 19: Nettopreise für Trinknahrung der Produktgruppe Fresubin 2kcal Fibre, Fresenius Kabi Deutschland, 2022.

[...]

Quelle: Act. II.44, Rz 16.

Abbildung 20: Nettopreise für Trinknahrung der Produktgruppe Fresubin Protein Energy, Fresenius Kabi Deutschland, 2022.

[...]

Quelle: Act. II.44, Rz 16.

³⁶⁰ Act. II.23, Beilage 3 [...].

³⁶¹ Act. II.11, Beilage 3.

³⁶² Act. II.26, Beilage 2 [...].