



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

2010/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 145.- Ausland

(Form: 701.000.10/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence

CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza

CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 145.- estero

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

2010/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2011

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

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

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

Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice	2010/4
B Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
1. EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte	640
B 2 Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1. Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra	649
2. Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/Publikation	703
3. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren	717
3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1. CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG	775
2. Apollo/Omega	784
3. Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG	785
4. Goldman Sachs/TPG/Ontex	787
5. BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH/Cognis Holding GmbH	788
7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen	789
C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung	793
2. Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend vorsorgliche Massnahmen (Kartell)	807
Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	810
Index (deutsch, français e italiano)	812

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte

Schlussbericht vom 31. Mai 2010 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 5 und 7 KG.

Rapport final du 31 mai 2010 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart sur les moyens informatiques pour aveugles et malvoyants, portant sur d'éventuels comportements illicites au sens des art. 5 et 7 LCart.

Rapporto finale del 31 maggio 2010 dell'inchiesta preventiva secondo l'art. 26 LCart sui mezzi informatici per ciechi e ipovedenti, che porta su eventuali comportamenti illeciti ai sensi degli articoli 5 e 7 LCart.

A Sachverhalt

A.1 Verfahren und Verfahrensgegenstand

1. Am 8. Juni 2007 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) Hinweise betreffend überhöhte Preisverrechnung gegenüber der Invalidenversicherung (IV) sowie auf möglicherweise fehlenden Wettbewerb im Markt für technische Hilfsmittel, insbesondere bei Produkten der elektronischen Datenverarbeitung (EDV) für Blinde und Sehbehinderte (nachfolgend EDV-Hilfsmittel). Im Weiteren wurde in der Anzeige im Zusammenhang mit der Wettbewerbssituation in diesem Bereich auf die starke Stellung der Accesstech AG (nachfolgend Accesstech) im Markt aufmerksam gemacht.

2. Des ersten Hinweises – der Preisverrechnung gegenüber der IV – hat sich der Preisüberwacher angenommen und 2007 wurde eine entsprechende Massnahme – namentlich die Einführung einer Preisobergrenze – bei der IV eingeleitet. Per 1. Januar 2009 führte die IV nochmals ein neues Regime ein, wonach Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte zum Einkaufspreis und die mit dem Produkt verbundenen Dienstleistungen nur im Rahmen eines festgelegten Tarifes von der IV finanziert werden (s. Rz. 12).

3. Aufgrund des Hinweises auf möglicherweise fehlenden Wettbewerb wurde eine Marktbeobachtung im Sinne von Art. 45 Abs. 1 KG¹ eingeleitet. Die vom Sekretariat von Juni 2007 bis Ende 2008 durchgeführte Marktbeobachtung zeigte, unter anderem, dass Accesstech in der Schweiz der einzige Vertreiber einiger EDV-Hilfsmittel ist. Ein Beispiel hierfür bildet das spezifische Softwareprodukt JAWS² (Screenreader) des US-amerikanischen Herstellers Freedom Scientific, welches sehr verbreitet ist.

4. Gestützt auf diese Erkenntnisse eröffnete das Sekretariat am 8. Januar 2009 eine Vorabklärung nach Art. 26 KG. Am selben Tag wurden Fragebögen an diverse Marktteilnehmer verschickt. So wurden in erster Linie Accesstech und die dem Sekretariat bekannten weiteren Anbieter von EDV-Hilfsmitteln angeschrieben (**Tools4theBlind GmbH, Invasupport, Low Vision International GmbH, Agentur Brogle und Baum Retec [Schweiz] AG**). In der Folge wurden Fragebögen an die US-amerikanische Herstellerfirma Freedom Scientific sowie an die verschiedenen Blinden- und Sehbehindertenorganisationen in der Schweiz versandt (Schweizerischer Blindenverband [SBV], Schweizerischer Blindenbund [SBb], Schweizerischer Zentralverein für das Blindenwesen [SZB], Sehbehindertenhilfe Basel sowie der Zürcher Blindenfürsorgeverein).

¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251).

² Job Access With Speech.

5. Ziel der Befragung war festzustellen, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige (vertikale) Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 und 4 KG zwischen Accesstech und Freedom Scientific im Zusammenhang mit EDV-Hilfsmitteln bestehen. Zudem wurde der Frage nachgegangen, ob Hinweise vorliegen, wonach Accesstech als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu betrachten ist und ob bejahendenfalls von diesem ein allfällig unzulässiges Verhalten im Sinne von Art. 7 KG an den Tag gelegt wird.

A.2 Hauptmarktteilnehmer

6. **Accesstech** ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Luzern und betreibt Niederlassungen in St. Gallen und Neuenburg. Der Tätigkeitsbereich des Unternehmens erstreckt sich auf den Import, den Vertrieb sowie den Service von EDV-Systemen und Hilfsmitteln für Blinde und Sehbehinderte. Accesstech bietet somit sowohl Produkte (Hardware und Software) als auch Dienstleistungen (Installation, Support, Schulung, Hotline etc.) an. Das Unternehmen erbringt einerseits seine Leistungen direkt gegenüber den sehbehinderten und blinden Endkunden und ist daher im Kontext der Sozialversicherungsleistungen Leistungserbringer. Andererseits betätigt sich Accesstech als Importeurin für Gross- und Zwischenhändler, indem sie Produkte importiert und an weitere Leistungserbringer innerhalb der Schweiz, so etwa andere kommerzielle Hilfsmittelanbieter oder gemeinnützige Organisationen des Blindenwesens, weiterverkauft.

7. **Freedom Scientific** ist ein US-amerikanischer Hersteller von Hilfsmitteln für Blinde und Sehbehinderte und betreibt in der Schweiz ein internationales Vertriebsbüro (Freedom Scientific GmbH) in Tägerwil (TG). Freedom Scientific bietet ausserhalb der USA keine Hilfsmittel direkt dem Endkonsumenten an und verkauft in der Schweiz seine Produkte für Blinde und Sehbehinderte über Accesstech. Im Weiteren arbeitet Freedom Scientific mit einem Optikergeschäft in Zürich zusammen, dies jedoch nur ausserhalb der EDV in den Bereichen vergrössernde Sehhilfen und Lese-Sprechgeräte. Im Bereich EDV bietet Freedom Scientific neben Hardware folgende Computersoftware für Blinde und Sehbehinderte an: JAWS (Screenreader), MAGic (Bildschirmvergrösserung) und Openbook (Vorleseprogramm).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die Hersteller von Hilfsmitteln für Blinde und Sehbehinderte, Accesstech und die weiteren Anbieter von EDV-Hilfsmitteln sowie die gemeinnützigen Verbände sind als Unternehmen im Sinne des KG zu qualifizieren, weil sie – sei es gegenüber den Endkunden, den weiteren Vertriebsunternehmen oder den gemeinnützigen Blindenorganisati-

onen – als Anbieter von EDV-Hilfsmitteln und verbundenen Dienstleistungen auftreten.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den 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). Dabei wird untersucht, inwieweit das KG in Wirtschaftsbereichen Anwendung findet, in welchen der Staat die Wettbewerbsfreiheit mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht ausreichend zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen) oder zu sozial unerwünschten Verteilungen (sog. Verteilungsproblemen) führt³.

10. Art. 21 Abs. 1 IVG⁴ hält fest, dass eine versicherte Person Anspruch auf jene Hilfsmittel hat, welche sie für die Ausübung der Erwerbstätigkeit oder der Tätigkeit im Aufgabenbereich, zur Erhaltung oder Verbesserung der Erwerbsfähigkeit, für die Schulung, die Aus- und Weiterbildung oder zum Zwecke der funktionellen Angewöhnung benötigt. Des Weiteren statuiert Art. 26^{bis} Abs. 1 IVG eine Wahlfreiheit für die versicherte Person, indem es dieser frei steht, welche Abgabestellen für Hilfsmittel sie berücksichtigt, sofern diese Lieferanten den kantonalen Vorschriften und den Anforderungen der Versicherung genügen. Grundsätzlich erstreckt sich der Anspruch auf die Hilfsmittel selber sowie auch auf die allfällig dazugehörenden Dienstleistungen. Im Bereich der EDV-Hilfsmittel sind dies in der Regel v.a. Beratungen, Schulungen und Support.

11. Vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Anspruchs auf Hilfsmittel und der Wahlfreiheit der versicherten Person ist Art. 27 Abs. 1 IVG als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG in Erwägung zu ziehen. Dieser Artikel hält fest, dass der Bundesrat befugt ist, u.a. mit den Abgabestellen von Hilfsmitteln Verträge abzuschliessen, um die Zusammenarbeit mit den Organen der IV zu regeln und die Tarife festzulegen. Im Weiteren sieht Art. 27 Abs. 3 IVG vor, dass der Bundesrat Höchstbeträge für die Kostenübernahme der Eingliederungsmassnahmen der Versicherten festsetzen kann. Dem in diesem Zusammenhang relevanten Art. 24 Abs. 2 IVV⁵ ist einerseits zu entnehmen, dass dem Bundesamt, vorliegend das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), das Recht zum Abschluss der Verträge nach Art. 27 IVG zusteht. Andererseits wird festgehalten, dass derartige Vereinbarungen dann auch eine Verbindlichkeit für alle weiteren Leistungserbringer beinhalten. Das heisst, dass sich sämtliche Anbieter von EDV-Hilfsmitteln, welche Leistungen erbringen, die von der IV

³ Vgl. RPW 2006/4, S. 632 Rz. 37.

⁴ Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20).

⁵ Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (SR 831.201).

für die betroffene Person finanziert werden, nach diesem Tarif zu richten haben. Aus dem Gesagten geht hervor, dass mit Art. 27 IVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 IVV die Grundlagen für eine staatliche Markt- und Preisordnung geschaffen werden. Von einem Ausschluss des Wettbewerbs im Bereich der EDV-Hilfsmittelabgabe ist jedoch nur soweit auszugehen, als dass einerseits der Bundesrat bzw. das BSV von dieser Befugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht hat und andererseits dadurch den Wettbewerb tatsächlich aufgehoben wird.

12. Im Bereich der Abgabe von Lese- und Schreibsystemen für Blinde und Sehbehinderte bestand bis Ende 2008 eine Vereinbarung zwischen dem BSV und der Sehbehindertenhilfe Basel über die Abgeltung von Informatikdienstleistungen. Per 1. Januar 2009 wurde eine neue Tarifvereinbarung für die Dienstleistungen im Bereich EDV abgeschlossen, welche sämtliche Kosten der Leistungserbringer auf Basis von Normwerten berücksichtigt. Unter Anwendung dieses Tarifes für Informatikdienstleistungen werden die EDV-Hilfsmittel zum Einkaufspreis der IV weiterverrechnet, da gemäss Aussage des BSV bereits alle Arbeitskosten mit dem Dienstleistungstarif erfasst werden. Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Bundesrat bzw. die IV von der Kompetenz von Art. 27 IVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 IVV zur Begründung einer staatlichen Markt- und Preisordnung Gebrauch gemacht hat. Im Folgenden ist zu klären, inwieweit diese staatlich begründete Markt- und Preisordnung den Wettbewerb verdrängt.

13. Die Verbindlichkeit des Tarifs für die Anbieter von Hilfsmitteln erstreckt sich nur auf erbrachte Leistungen, welche von der IV finanziert werden, d.h., ausserhalb der Finanzierung durch die Versicherung bestehen keine Vorgaben und der Wettbewerb kann frei spielen. In diesem Bereich wird die Finanzierung durch die betroffene Person selber getragen. An dieser Stelle sei aber darauf hingewiesen, dass laut Aussage eines bedeutenden Marktteilnehmers rund [...] % der Leistungen bei EDV-Hilfsmitteln durch die IV finanziert werden.

14. Neben der – gestützt auf verbindliche Tarife – finanziellen Abgeltung der Leistungsansprüche der einzelnen Versicherungsnehmer nach Art. 21 IVG gewährt die IV gemäss Art. 74 Abs. 1 Bst. a IVG den sprachregional oder national tätigen Dachorganisationen der privaten Invalidenfach- und Invalidenselbsthilfe Beiträge, insbesondere für die Betreuung und Beratung invalider Personen. Den Rahmen für diese staatlichen Beiträge an die Organisationen des Blindenwesens bilden die sog. Leistungsverträge zwischen der Versicherung und den einzelnen Organisationen. Privatwirtschaftlichen Unternehmen ist es nach bestehender Praxis nicht möglich, einen solchen Vertrag mit der IV abzuschliessen. Durch diese staatlichen Zuschüsse wird der Wettbewerb zumindest teilweise verdrängt, weil dadurch der Markt auf Stufe Leistungserbringer–Endkunde für privatwirtschaftliche Anbieter durch die finanziellen Zuwendungen der öffentlichen Hand zu Gunsten der Blindenorganisationen weniger attraktiv wird. Den Jahresberichten der verschiedenen gemeinnützigen Organisationen des Blindenwesens ist zu entnehmen, dass diese Beiträge der IV einen beachtlichen Teil des zur Verfügung stehenden Budgets ausmachen. Vor dem Hintergrund dieses doppelten Finanzierungsmechanismus der IV (versicherte

Person einerseits und Organisation andererseits) wird auch ersichtlich, dass die verschiedenen Verbände und Vereine im Blindenwesen sehr stark direkt und indirekt von Geldern der öffentlichen Hand abhängig sind.

15. Ob die erwähnten Bestimmungen als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu betrachten sind, kann indessen offen gelassen werden, denn diese Frage bezieht sich einzig auf das Verhältnis Leistungserbringer–Endkunde und nicht auf das hier relevante Verhältnis Produktion–Import und Zwischenhandel von EDV-Hilfsmitteln.

16. Hieraus folgt, dass, sollten Art. 27 IVG i.V.m. Art. 24 Abs. 2 IVV als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG gelten, sie die Anwendung des KG einzig auf den Bereich Leistungserbringer–Endkunde beschränken würden. Es liegen somit keine vorbehaltenen Vorschriften vor, welche Wettbewerb auf Stufe Produktion und Import bzw. Zwischenhandel von EDV-Hilfsmitteln nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Wettbewerbsabrede betreffend Import/Vertrieb von EDV-Hilfsmitteln

17. Die nachfolgende kartellrechtliche Prüfung wird sich auf den Bereich Business-to-Business fokussieren. Geprüft wird, ob zwischen Accesstech und Freedom Scientific eine unzulässige Abrede betreffend den Vertrieb von EDV-Hilfsmitteln besteht.

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

B.3.1 Wettbewerbsabrede

19. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

20. Um den Tatbestand der Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu erfüllen, muss im Ersten ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen nachgewiesen werden. Vorliegend steht die Handelsbeziehung zwischen Accesstech und Freedom Scientific im Zentrum der Betrachtung. Freedom Scientific beliefert in seiner Eigenschaft als ausländischer Hersteller Accesstech mit EDV-Hilfsmitteln aus eigener Produktion. Gemäss Aussage von Freedom Scientific besteht zwischen ihnen und Accesstech [...]. Neben Accesstech beliefert Freedom Scientific in der Schweiz auch ein zweites Unternehmen (ein Optikergeschäft in Zürich). Gegenstand dieser Lieferungen bilden jedoch nicht EDV-Produkte (vgl. Rz. 7), weshalb zurzeit EDV-Produkte von Freedom Scientific (nachfolgend FS-

Produkte) in der Schweiz nur von Accesstech vertrieben werden.

21. Für die Erfüllung des Tatbestands der Abrede ist nicht entscheidend, ob die Vereinbarung schriftlich festgehalten wurde oder bloss mündlich erfolgte. Es ist somit offensichtlich, dass die beiden Unternehmen in ihrer Eigenschaft als schweizerischer Vertreter bzw. als Produzent von EDV-Hilfsmitteln auf dem Markt bewusst und gewollt zusammenwirken, indem sie eine Partnerschaft verfolgen.

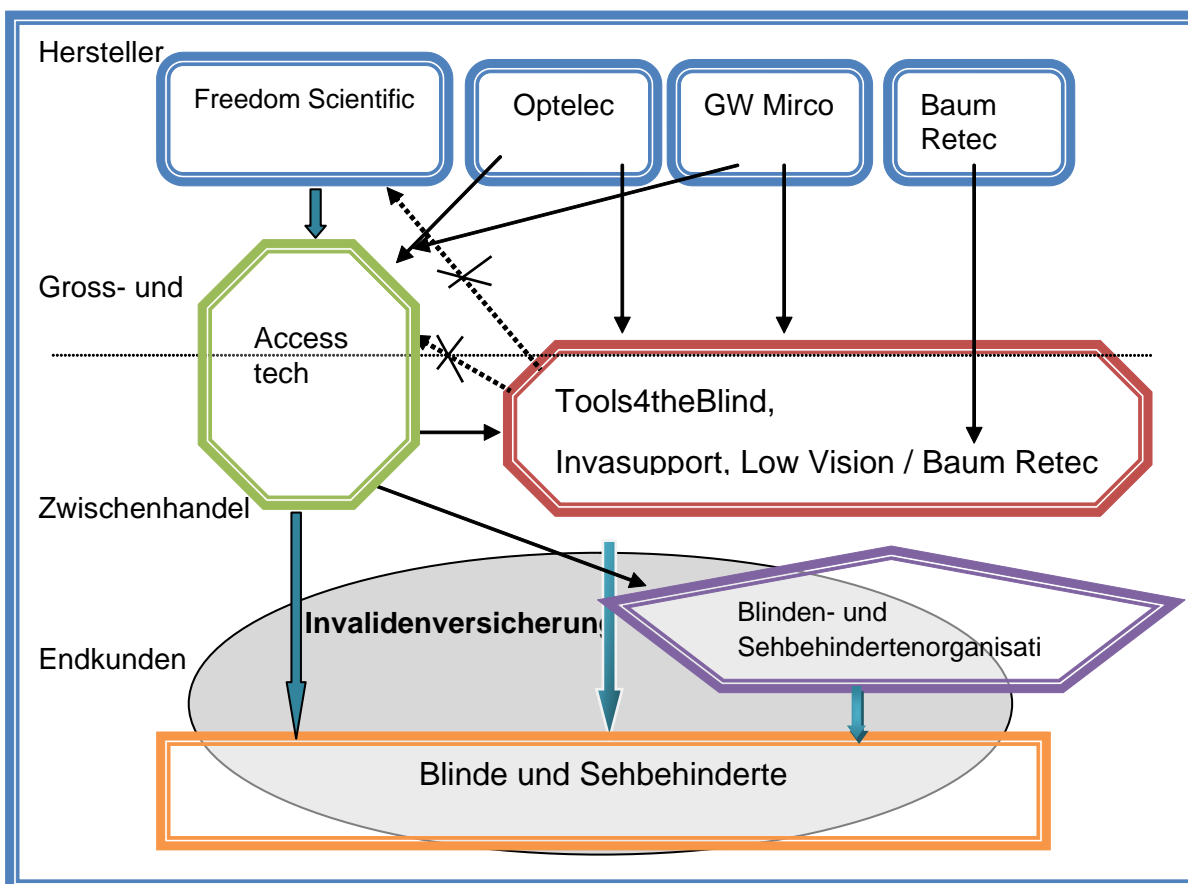
22. Im Weiteren muss aufgezeigt werden, dass die Unternehmen mit ihrer Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder eine solche bezwecken. Art. 4 Abs. 1 KG verlangt nicht, dass beide Elemente kumulativ vorliegen müssen; dementsprechend reicht das Vorhandensein eines Elements für die Erfüllung des Tatbestandes aus.

23. Wie erwähnt, beliefert Freedom Scientific Accesstech mit seinen EDV-Produkten und bereits im Rahmen der Marktbeobachtung hat sich gezeigt, dass auch andere Unternehmen (inkl. gemeinnützige Verbände) ein Interesse am Vertrieb von FS-Produkten bekun-

den und dies auch gegenüber Accesstech und Freedom Scientific kommunizierten. Die Weitergabe dieser Produkte zu Händlerkonditionen wurde den Interessenten aber verwehrt. Zwar beliefert Accesstech Mitbewerber mit FS-Produkten zu Sonderkonditionen (d.h. unter Gewährung von Rabatten und zu tieferen Verkaufspreisen als Endkundenverkaufspreise), jedoch nicht zu den gleichen Konditionen (Händlerkonditionen), zu welchen Accesstech ihre Produkte von Freedom Scientific bezieht. Folglich konnten die Interessenten von FS-Produkten diese nicht zu den gleichen Konditionen beziehen wie Accesstech. Diese Verhaltensweise könnte eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

24. Accesstech und Freedom Scientific agieren auf vertikal verbundenen Märkten. Die Herstellung von EDV-Hilfsmitteln stellt einen vorgelagerten Markt zum Vertrieb dieser Produkte dar. Der Vertrieb deckt sowohl den Import als auch den Zwischenhandel der Hilfsmittel ab. Gegenüber dem Vertrieb ist die Abgabe von EDV-Hilfsmitteln an Endkunden nachgelagert. Insoweit kann eine dreistufige Kette konstruiert werden, welche die Herstellung, den Vertrieb und den Endkundenverkauf von diesen Produkten umfasst (vgl. Darstellung 1).

Darstellung 1: Vertrieb vom FS-Produkte



25. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die Vereinbarung zwischen Accesstech und Freedom Scientific eine vertikale Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt. Um festzustellen, ob die zur Debatte stehende Abrede

den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt, gilt es vorab den relevanten Markt abzugrenzen.

B.3.2 Relevanter Markt

B.3.2.1 Sachlich relevanter Markt

26. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁶ umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

27. Im Fokus der Betrachtung steht vorliegend der Vertrieb von EDV-Hilfsmitteln für Blinde und Sehbehinderte. Die Marktgegenseite bilden somit diejenigen Unternehmen, welche als Gross- oder Zwischenhändler tätig sind und in dieser Eigenschaft diese EDV-Hilfsmittel beziehen und dann an Händler oder Endkunden vertreiben. Unabhängig davon bestimmt sich aber die Substituierbarkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU im Wesentlichen auf Stufe der Endkunden, weil diese nachgelagerten Marktakteure die EDV-Hilfsmittel verwenden und nur diese im Endeffekt entscheiden können, ob für ein bestimmtes Produkt alternative Angebote bestehen.

28. Der Bereich Software für Blinde und Sehbehinderte kann in verschiedene Submärkten unterteilt werden. Freedom Scientific bietet in der Schweiz in den folgenden Submärkten Software an: Screenreader-, Bildschirmvergrößerungs- sowie Vorleseprogramme. Neben den jeweiligen Produkten von Freedom Scientific sind auch Produkte anderer internationaler Anbieter (GW Micro, Dolphin, Baum Retec) auf jedem Marktsegment vorhanden.

29. Gegenüber den Endkunden werden diese Produkte in der Regel mit der dazugehörenden Beratung vertrieben. Da vorliegend der Vertrieb dieser Produkte auf Stufe Gross- und Zwischenhandel untersucht wird, wird die Beratung in der Marktabgrenzung nicht berücksichtigt.

30. Folglich wird von der Arbeitshypothese ausgegangen, dass ein sachlich relevanter Markt von Software für Blinde und Sehbehinderte besteht.

B.3.2.2 Räumlich relevanter Markt

31. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU umfasst der räumliche Markt dasjenige Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

32. Unternehmen, welche die den sachlich relevanten Markt umfassenden Produkte vertreiben, haben die Möglichkeit, diese entweder beim schweizerischen Importeur, bei der schweizerischen Tochtergesellschaft des Herstellers oder direkt beim Hersteller nachzufragen. Die bestellten Produkte werden dann ausschliesslich in der Schweiz vertrieben. Der Vertrieb dieser Produkte weist somit sowohl eine internationale als auch eine nationale Komponente auf. Die meisten Unternehmen, welche diese Produkte vertreiben, versuchen in der Regel, diese über schweizerische Unternehmen (Importeur, schweizerische Tochtergesellschaften der Hersteller, Grosshändler) zu beschaffen (vgl. Rz. 46). Da der Vertrieb dieser Produkte dann hauptsächlich in der Schweiz stattfindet, wird wiederum von einer Arbeitshypothese ausgegangen, dass in diesem Fall der schweizerische Markt räumlich relevant ist.

B.3.3 Vertikale Abrede

33. Im Folgenden wird zuerst geprüft, ob die Art und Weise, wie Freedom Scientific ihre eigene Produkte vertreibt, ein rein qualitatives Selektivvertriebssystem darstellt. Ist dies zu bejahen, ist gemäss Ziffer 14 VertBek⁷ von der Zulässigkeit der Abrede auszugehen.

B.3.3.1 Kein rein qualitativer Selektivvertrieb

34. Ziffer 4 Abs. 1 VertBek definiert selektive Vertriebssysteme allgemein als Vereinbarungen zwischen Lieferanten und Händlern, wonach (i) der Lieferant die Vertragswaren oder -dienstleistungen nur an Händler verkaufen darf, die aufgrund festgelegter Merkmale ausgewählt werden (zugelassene Händler) und (ii) diese Händler die betreffenden Waren oder Dienstleistungen nicht an Händler weiter verkaufen dürfen, die nicht zum Vertrieb zugelassen sind.

35. Ziffer 4 Abs. 2 VertBek bezieht sich auf den rein qualitativen Selektivvertrieb. Dieser wird als Vertriebssystem definiert, bei dem die Auswahl der Händler ausschliesslich nach objektiven qualitativen Kriterien erfolgt, die sich nach der Anforderung des betreffenden Produkts – z.B. in Bezug auf die Verkäuferschulung oder den in den Verkaufsstätten gebotenen Service – richten.

36. Vereinbarungen, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, erfüllen den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG mangels erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht, sofern kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sind (Ziff. 8 Abs. 4 VertBek):

- a) Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h. ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;
- b) Die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden;
- c) Die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.

Nachfolgend wird anhand dieser Voraussetzungen geprüft, ob die Vereinbarung zwischen Accesstech und Freedom Scientific als ein rein qualitativer Selektivvertrieb bezeichnet werden kann.

a) Notwendigkeit infolge Produktbeschaffenheit

37. Erste Bedingung des erwähnten Voraussetzungskatalogs von Ziffer. 8 Abs. 4 VertBek ist, dass die Beschaffenheit der in Frage stehenden Produkte einen selektiven Vertrieb aufgrund Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs erfordert. Im Konkreten stellt sich somit die Frage, ob die Beschaffenheit der unterschiedlichen Software für Blinde und Sehbehinderte einen selektiven Vertrieb erfordert.

⁶ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).

38. Aufgrund der Komplexität und des Supportbedarfs dieser EDV-Hilfsmittel sowie der Situation / Behinderung der Kunden kann dies bejaht werden, denn nicht jedes Unternehmen ist in der Lage, die weitgehenden Anforderungen, welche diese Produkte mit sich bringen, zu erfüllen. So ist es für die Wahrung der Qualität und des richtigen Gebrauchs erforderlich, dass das jeweilige EDV-Produkt von Fachleuten mit vertieftem Informatikhintergrund betreut wird, damit die volle Funktionalität gewährleistet werden kann⁸. Diese Betreuung umfasst neben der Beratung auch die Installation, die Schulung und den Support. Im Weiteren erfordert der Vertrieb von EDV-Hilfsmitteln Kenntnisse bezüglich der Bedürfnisse und der alltäglichen Schwierigkeiten von Blinden und Sehbehinderten, da diese die Endabnehmer und Nutzer dieser Produkte sind⁹. Die Beschaffenheit der EDV-Hilfsmittel stellt somit erhöhte Anforderungen an deren Vertrieb, weshalb ein selektiver Vertrieb durchaus erforderlich sein kann.

b) Diskriminierungsfrei angewandte objektive Kriterien qualitativer Art

39. Weiter müssen die Wiederverkäufer aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden, wobei diese einheitlich festzulegen und unterschiedslos anzuwenden sind. Von Seiten der Freedom Scientific wurde schon innerhalb der Marktbeobachtung angeführt, dass für den Vertrieb ihrer EDV-Hilfsmittel nicht unwesentliche Kapazitäten sowohl bezüglich Know-how als auch bezüglich Personal benötigt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, orientiert sich Freedom Scientific [...¹⁰].

40. [...] stellt an sich ein quantitatives Kriterium in der Auswahl der Händler dar und führt indirekt zu einer Beschränkung der Anzahl Händler, welche am von Freedom Scientific entwickelten Vertriebssystem teilnehmen können. Letzteres würde somit grundsätzlich der in Ziffer 8 Abs. 4 ii VertBek geforderten Händlerauswahl aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art nicht genügen.

41. Freedom Scientific führt in diesem Zusammenhang aus, dass [...].

42. Das selektive Vertriebssystem von Freedom Scientific gründet zwar grundsätzlich auf quantitativen Kriterien. Die quantitative Anforderung [...] könnte allerdings der Gewährleistung einer bestimmten Qualität dienen. Mit anderen Worten: Es ist denkbar, dass die geforderte Qualität der FS-Produkte und des damit zusammenhängenden Supports mittels dieses quantitativen Kriteriums sichergestellt werden kann. Trotzdem scheinen die Kriterien eines rein qualitativen Selektivvertriebes bei einer strikten Auslegung der VertBek-Bestimmungen nicht erfüllt zu sein. Die vorliegende Abrede wird deshalb unter dem Aspekt des Art. 5 Abs. 4 KG beurteilt.

B.3.3.2 Keine vertikale Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

43. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden vermutet, wenn durch Vertriebsverträge die Zuweisung von Gebieten bestimmt wird und dadurch Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden). Der passive Verkauf beinhaltet die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkun-

den oder Händler) aus einem fremden Gebiet (vgl. Ziffer 3 VertBek). Nicht unter den Vermutungstatbestand fällt hingegen das Verbot des aktiven Verkaufs. Der aktive Verkauf ist die aktive Ansprache einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) in einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat (Ziffer 2 VertBek).

44. Auch wenn die Endkunden – Blinde und Sehbehinderte – die Möglichkeit haben, die EDV-Produkte von Freedom Scientific im Ausland zu kaufen, werden durch die Vereinbarung zwischen Accesstech und Freedom Scientific die schweizerischen Anbieter im Handel mit FS-Produkten im schweizerischen Gebiet benachteiligt, da sie von Freedom Scientific – mangels Erfüllung der gestellten Anforderungen – nicht direkt beliefert werden und von Accesstech zwar beliefert werden, jedoch nicht zu Händlerkonditionen. Es bestehen somit unterschiedliche Konditionen für den Bezug von FS-Produkten bei Accesstech einerseits und den restlichen Händlern andererseits (vgl. Rz. 23). Diese Vereinbarung könnte somit grundsätzlich zu einer Marktabschottung führen. Anhaltspunkte, wonach diese auf ein Verbot von Passivverkäufen zurückzuführen ist, liegen dennoch keine vor¹¹. Die Befragungen haben keine Angaben geliefert, wonach schweizerische Leistungserbringer bei Zwischenhändlern von Freedom Scientific im Ausland versucht hätten, Produkte in die Schweiz zu importieren und diese Versuche untersagt worden wären.

45. Einzelne Unternehmen haben sich direkt bei Freedom Scientific um eine Vertriebslizenz für die Schweiz bemüht, was – mangels Erfüllung der Selektionskriterien – verweigert wurde. Bei dieser Konstellation handelt es sich jedoch nicht um ein Verbot von Passivverkäufen, da Gegenstand der Anfragen nicht der Parallelimport von Produkten aus dem Ausland bildete, sondern die Ermächtigung, die Produkte von Freedom Scientific in der Schweiz als offizieller Vertreter vertreiben zu können.

46. In diesem Zusammenhang ist auch zentral darauf hinzuweisen, dass FS-Produkte in der Schweiz billiger sind als im benachbarten Ausland (abgesehen von Italien)¹². Die mangelnden Angaben betreffend Versuche, FS-Produkte parallel zu importieren, könnten auch damit erklärt werden, dass der Anreiz für Zwischenhändler, diese Produkte im Ausland einzukaufen, klein ist. Dies nicht nur wegen der eher tiefen schweizerischen Preise, sondern auch wegen der regulierungsbedingten Ausgangslage (s. Verrechnung der IV zum Einkaufspreis; vgl. Rz. 12).

⁸ Gemäss Aussage von [...]. Sie ist auch die einzige Firma, die 15 Mitarbeiter hat (www.accesstech.ch), während die anderen Firmen eher kleiner sind (Low Vision International: 2 Mitarbeiter [www.lvi.com]), wie Baum Retec [www.baum.de], Agentur Brogle: 1 Mitarbeiter).

⁹ [...].

¹⁰ Freedom Scientific arbeitet [...].

¹¹ Im Rahmen der Internetrecherche wurde bei keinem ausländischen Vertreter von Freedom Scientific-Produkten eine dem Verkauf ins Ausland entgegenstehende Regelung gefunden.

¹² Eine allfällige Marktabschottung hätte *in casu* nicht die Preisdiskriminierung der Schweiz gegenüber anderen Ländern als Ziel und/oder als Auswirkung.

47. Es liegen somit keine Anhaltspunkte für die Annahme eines Verbots von Passivverkäufen und somit für eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vor. Im Folgenden ist zu prüfen, ob eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt. Bejahendenfalls muss abgeklärt werden, ob diese Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann.

B.3.3.3 Vertikale Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG

48. Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede erfolgt grundsätzlich anhand von quantitativen und qualitativen Kriterien. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt in der Regel einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. An Abreden, welche die Qualifizierungsmerkmale von Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen, sind grundsätzlich im Hinblick auf die Beurteilung von deren quantitativen Auswirkungen tiefe Anforderungen zu stellen.

49. Die zwischen Freedom Scientific und Accesstech geschlossene Vereinbarung erfüllt die Qualifizierungsmerkmale von Art. 5 Abs. 4 KG nicht und ist somit im Hinblick auf die Erheblichkeit nicht als qualitativ schwerwiegend¹³ zu betrachten. Sie kann dennoch erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, wenn sie sich in quantitativer Hinsicht besonders schädlich auswirkt.

50. Die Auswertung der Fragebögen hat einen Marktanteil von FS-Produkten auf dem relevanten Markt von [... %] (über alle EDV-Hilfsmittel hinweg) bis [... %] (auf dem Marktsegment für screenreader [Jaws]) ergeben¹⁴. Obwohl die Endkunden diese Produkte auch bei anderen Anbietern in der Schweiz oder im Ausland beziehen können (bestehender Intra-brand-Wettbewerb) und sich mehrere konkurrierende Produkte auf dem relevanten Markt befinden (bestehender Inter-brand-Wettbewerb), legen diese Zahlen nahe, dass die FS-Produkte die meistverkauften Produkte in der Schweiz sein dürften. Ob diese geschätzten quantitativen Auswirkungen der Abrede deren fehlende qualitative Schädlichkeit kompensieren und somit zu einer erheblichen Einschränkung des Wettbewerbs führen können, kann vorliegend offen bleiben. Denn wie den folgenden Ausführungen zu entnehmen ist, wäre eine allenfalls den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede mit Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen.

B.3.3.4 Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG

51. Die Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend erwähnt. Danach sind Abreden gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Darüber hinaus sollen sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).

52. Da vorliegend der Marktanteil von FS-Produkten am relevanten Markt die 30 %-Schwelle übersteigt, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die mit Accesstech abgeschlossene Abrede gerechtfertigt werden kann (vgl. Ziffer 15 Abs. 2 VertBek).

a) Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren

53. Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weitgefasst zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von Produkten. Darunter können sowohl die Verbreiterung des Angebots oder des Produktsortiments als auch die Erhöhung des Qualitätsniveaus verstanden werden. Weiter kann auch die Verbesserung des Vertriebs durch das Tatbestandsmerkmal 'Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren' erfasst werden. Beispiele für Abreden, die eine Verbesserung des Vertriebs bezwecken, sind etwa die Verpflichtung zu fachkundiger Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zur Gewährleistung eines guten Kundendienstes. Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn geeignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Sie stellen deshalb eine Verbesserung des Produkts dar¹⁵.

54. Wie oben erwähnt, setzt die Zulassung zum Vertrieb von FS-Produkten [...] Bei diesen Produkten handelt es sich um supportintensive Produkte, welche von ausgebildetem Personal vertrieben werden müssen und für welche auch nach dem Verkauf das Erbringen von Dienstleistungen beim Endkunden (Installation, Schulung, Fehlerbehebung) notwendig ist. Es ist plausibel, dass dies eine Voraussetzung für den Erfolg des Produkts auf dem Markt darstellt: Wir gehen davon aus, dass falls Freedom Scientific diese Produkte über Händler vertreiben würde, welche nicht bereit bzw. in der Lage sind, die Anforderungen von Freedom Scientific zu erfüllen, dies zu einer deutlichen Verschlechterung der angebotenen Produkte führen könnte, was sich direkt auf die Erfolgchancen derselben im Markt auswirken würde.

55. Das Erbringen der mit dem Produkt verbundenen Dienstleistungen setzt den Aufbau eines entsprechenden Supportteams voraus, dessen Rentabilität möglicherweise nur ab einer bestimmten Menge verkaufter Lizenzen gewährleistet werden kann. Deshalb ist es vorstellbar, dass erst die gestellten Anforderungen es dem zugelassenen Unternehmen das Anbieten eines solchen Supportteams ermöglicht. Solche Supportdienstleistungen können zu einer Verbesserung des Vertriebs sowie des dem Endkunden angebotenen Produkts beitragen.

56. Somit könnte die vorliegende Abrede möglicherweise sicherstellen, dass die FS-Produkte mit dem notwendigen Support vertrieben werden und dass folglich der erfolgreiche Einsatz durch den Endkunden gewährleistet und die Verbesserung der FS-Produkte ermöglicht wird.

¹³ Vgl. Ziffer 12 Abs. 2 VertBek.

¹⁴ Die Bestimmungen der KMU-Bekanntmachung finden deswegen keine Anwendung.

¹⁵ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., S. 559, im Sonderdruck S. 92; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 407 ff.

b) Notwendigkeit der Abrede

57. Die getroffene Abrede ist tatsächlich notwendig, um das damit angestrebte Ziel zu erreichen. Dies bedeutet, dass sie hierzu geeignet sein muss sowie dass kein anderes Mittel zur Verfügung stehen darf, welches das anvisierte Ziel mit einer kleineren Einschränkung des Wettbewerbs erreicht.

58. Die von Freedom Scientific für die Zulassung zum Vertrieb von FS-Produkten gestellten Anforderungen können u.U. problematisch sein. Doch in diesem Fall scheint es wegen der Marktgegebenheiten plausibel, dass [...] geeignet sind, um den Vertrieb sowie das angebotene Produkt zu verbessern, da dadurch die dafür notwendigen Kosten kompensiert werden können (vgl. Rz. 53). Anhaltspunkte, wonach diese Anforderungen unverhältnismässig sei oder bewusst so festgesetzt worden wäre, damit nur Accesstech diese Bedingung erfüllen kann, liegen aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung gesammelten Informationen keine vor.

c) Keine Möglichkeit, Wettbewerb zu beseitigen

59. In einem letzten Schritt ist zu prüfen, ob die zur Verbesserung der FS-Produkte notwendige Abrede den Parteien in keinem Fall die Möglichkeit eröffnet, den wirksamen Wettbewerb auf dem Markt zu beseitigen (s. Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG).

60. Die vorliegende Abrede führt dazu, dass Accesstech als einziges Unternehmen in der Schweiz die FS-Produkte direkt erhält, da neben ihm keine anderen Unternehmen die Zulassungskriterien erfüllen. Ob im relativ kleinen schweizerischen Markt für EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte andere Unternehmen in der Lage wären, die Anforderungen von Freedom Scientific zu erfüllen, wäre in einer Untersuchung abzuklären. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dies eher unwahrscheinlich sein wird [...].

61. Neben FS-Produkten befinden sich jedoch auch andere substituierbare Produkte auf dem relevanten Markt, auch wenn diese im Vergleich zu FS-Produkten über kleinere Marktanteile verfügen. Einige Hersteller (z.B. Baum Retec) sind jedoch erst im Jahr 2008 auf den schweizerischen Markt gekommen und – angesichts ihrer Etablierung im internationalen Kontext – ist ihnen eine günstige Entwicklung zuzutrauen. Es ist damit zu rechnen, dass zumindest einige dieser Produkte Marktanteile gewinnen und eine stärkere Stellung im Wettbewerb mit FS-Produkten spielen werden.

62. Zudem ist auch an dieser Stelle auf die starken Einflüsse der Regulierung hinzuweisen. Obwohl im vorliegend untersuchten Bereich keine staatlich vorbehaltenen Vorschriften vorliegen, wirkt sich das von der IV geregelte Verhältnis Leistungserbringer-Endkunde (s. Rz. 12) auch auf diese Stufe aus. Die Tatsache, dass die von den Zwischenhändlern angebotenen Produkte der IV zum Einkaufspreis verrechnet werden müssen, reduziert die Anreize und somit den Wettbewerb, welcher unter den Zwischenhändlern übrig bleibt. Dies relativiert auch die Bedeutung der Abrede zwischen Freedom Scientific und Accesstech.

63. Aus diesen Gründen geht hervor, dass zurzeit keine Anhaltspunkte vorliegen, wonach die getroffene Abrede

die Möglichkeit eröffnet, den wirksamen Wettbewerb (d.h. Inter- und Intra-Brandwettbewerb) zu beseitigen.

B.3.3.5 Ergebnis

64. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zwischen Freedom Scientific und Accesstech getroffene Vereinbarung eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hat. Für den Fall, dass diese Beeinträchtigung als erheblich zu betrachten ist, wäre sie aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz notwendig, damit in der Schweiz supportintensive FS-Produkte mit Erfolg vertrieben werden können.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

65. In den folgenden Abschnitten wird dem zweiten angezeigten Punkt nachgegangen und geprüft, ob Accesstech über eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte verfügt und ob sie allenfalls diese missbraucht hat.

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

66. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich 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 (Art. 7 Abs. 1 KG).

B.4.2 Marktstellung

67. Accesstech wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

B.4.2.1 Aktueller Wettbewerb

68. Aufgrund der in den Fragebögen angegebenen Umsätze wird ersichtlich, dass kein gewinnorientiertes Unternehmen (Tools4theBlind, Invasupport, Low Vision International, Agentur Brogle, Baum Retec) auf dem relevanten Markt auch nur annähernd an die Grössenordnung des Umsatzes von Accesstech herankommt. In diesem Sinn kann davon ausgegangen werden, dass Accesstech keinen nennenswerten Konkurrenzdruck auf dem relevanten Markt¹⁶ durch die anderen profitorientierten Unternehmen verspürt.

B.4.2.2 Potenzieller Wettbewerb

69. Die Disziplinierungswirkung bzw. die Wirksamkeit der potenziellen Konkurrenz hängt insbesondere von drei Faktoren ab: der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, der Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der selbigen und dem voraussichtlichen Mass der Marktzutritte.

¹⁶ Die Situation wäre anders zu beurteilen, wenn man den relevanten Markt auf die Dienstleistungen wie die Beratung, Schulung und / oder Support erweiterte, auf dem die wohltätigen Verbände stark aktiv und im Wettbewerb mit Accesstech sind.

70. Von den befragten Unternehmen gaben mehrere kommerzielle Anbieter an, dass die Gründung ihrer Firma erst kürzlich vorgenommen wurde (so etwa die Tools4theBlind, die Low Vision International oder die Baum Retec). Es ist in Zukunft damit zu rechnen, dass diese Konkurrenten von Accesstech Marktanteile dazugewinnen werden. Dies kann als Indiz gedeutet werden, dass eine gewisse Dynamik im Markt für EDV-Hilfsmittel vorhanden ist. Es ist aber nicht ersichtlich, dass sich diese Reihe von Markteintritten fortsetzen wird. Vielmehr wird von einem befragten Verbandsvertreter vorgebracht, dass "man in naher Zukunft keine Investoren und keine potentielle Wettbewerber sehe, die in den an sich kleinen und uninteressanten Markt eintreten würden". Insofern kann nicht davon ausgegangen werden, dass die potenzielle Konkurrenz eine genügend disziplinierende Wirkung zu erbringen vermag.

B.4.3 Zwischenergebnis

71. Im Rahmen einer Vorabklärung kann in der Regel nicht abschliessend beurteilt werden, ob sich Unternehmen auf gewissen Märkten unabhängig verhalten können. Aufgrund schwacher aktueller und potentieller Konkurrenz deutet vieles darauf hin, dass Accesstech zum heutigen Zeitpunkt in der Lage ist, sich auf dem relevanten Markt für EDV-Hilfsmittel von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Hieraus folgt, dass Accesstech im Zwischenhandel mit EDV-Hilfsmitteln eine marktbeherrschende Stellung nach Art. 4 Abs. 2 KG einnehmen dürfte.

B.4.4 Unzulässige Verhaltensweisen

72. Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende 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.

73. Accesstech gibt an, dass sie FS-Produkte an alle Mitbewerber diskriminierungsfrei und zu Sonderkonditionen (vgl. Rz. 23) weitergibt, so dass diese Unternehmen, die als Marktgegenseite in diesem Fall zu betrachten sind, nicht benachteiligt sind.

74. Jedoch haben mehrere Anbieter – sowohl kommerzielle Unternehmen als auch Non-Profit-Organisationen – innerhalb der Befragung angegeben, dass sie zumindest einmal versuchten, die FS-Produkte bei Accesstech zu Händlerpreisen zu bekommen. Diesen Begehren wurde aufgrund des von Freedom Scientific gewollten Selektivvertriebssystems nicht entsprochen. Aus der Beurteilung der Abrede zwischen Freedom Scientific und Accesstech geht abschliessend hervor, dass sie aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist, um die FS-Produkte, aber auch letztendlich alle EDV-Hilfsmittel, die von Accesstech auf dem relevanten Markt verkauft werden, mit dem notwendigen Support zu vertreiben. Der verweigerte Zugang zu den FS-Produkten zu Händlerkonditionen wäre als "legitimate business reason" zu beurteilen.

75. Dazu ist noch zentral zu erwähnen, dass mit der Einführung des neuen Regimes bei der IV die Situation ohnehin zusätzlich entschärft wird, da gegenüber der IV nur noch die Einkaufspreise verrechnet werden können und die damals interessierten Händler ohnehin keine eigene Marge auf das Produkt schlagen können. An dieser Stelle sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass rund [...] % des Marktvolumens durch die IV finanziert wird. Solange die interessierten Händler diskriminierungsfreien Zugang zu den FS-Produkten haben – wenn auch zum Endkundenpreis – erscheint der beschriebene Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 KG unproblematisch.

76. Zusammenfassend wird festgehalten, dass keine Anhaltspunkte für ein unzulässiges Verhalten von Accesstech vorliegen.

C Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen

- stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
- beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
- teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG. Verhängung von Bussen gemäss Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG. Enquête selon l'art. 27 ss LCart. Prononcé de sanctions selon l'art. 49a al. 1 en relation avec l'art. 5 al. 4 LCart. Inchiesta giusta gli art. 27 segg. LCart. Inflizione di sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 e l'art. 5 cpv. 4 LCart.

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 gemäss Art. 27 KG betreffend die Pharmaunternehmen Bayer, Eli Lilly und Pfizer, die Grossisten Galexis, Unione, Voigt und Amedis-UE, e-mediat sowie die Apotheken und selbstdispensierenden Ärzte in der Schweiz wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG. Abgabe von Publikumspreisempfehlungen (PPE) seitens der Herstellerinnen der nicht kassenpflichtigen Medikamente Cialis, Levitra und Viagra und weitgehende Einhaltung derselben durch die Verkaufsstellen führt als Bündel vertikaler Abreden zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

Décision de la Commission de la concurrence du 2 novembre 2009 selon l'art. 27 LCart concernant les entreprises pharmaceutiques Bayer, Eli Lilly et Pfizer, les grossistes Galexis, Unione, Voigt et Amedis-UE, e-mediat, ainsi que les pharmacies et les médecins en Suisse dispensant en raison d'accords cartellaires illicites selon l'art. 5 al. 4 LCart. La communication de prix publics recommandés (PPR) de la part des producteurs pour les médicaments Cialis, Levitra et Viagra qui ne sont pas à la charge des caisses-maladie et la large application de tels prix de la part des détaillants conduit, en tant que faisceau d'accords verticaux, à la suppression de la concurrence efficace.

Decisione della Commissione della concorrenza del 2 novembre 2009 giusta l'art. 27 LCart relativa alle imprese farmaceutiche Bayer, Eli Lilly e Pfizer, i grossisti Galexi, Unione, Voigt e Amedis-UE, e-mediat così come le farmacie e i medici dispensanti in Svizzera a causa di accordi cartellari illeciti ai sensi dell'art. 5 cpv. 4 LCart. La comunicazione di prezzi pubblici raccomandati (PPR) da parte dei produttori per i farmaci Cialis, Levitra e Viagra che non sono a carico delle casse malati e la larga applicazione di tali prezzi da parte dei dettaglianti porta, quale fascio d'accordi verticali, alla soppressione della concorrenza efficace.

A. Sachverhalt**A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Die vorliegende Untersuchung betrifft die von den Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG veröffentlichten unverbindlichen Publikumspreisempfehlungen (PPE) für deren Medikamente gegen erektile Dysfunktion Viagra, Cialis und Levitra (vgl. Anhang 1). Die Untersuchung soll aufzeigen, ob zwischen den einzelnen Pharmaunternehmen und den Apotheken bzw. selbstdispensierenden Ärzten (SD-Ärzte), welche mindestens eines dieser Medikamente verkaufen, vertikale Preisabreden bezüglich der Veröffentlichung und der Übernahme der PPE bestehen. Zusätzlich wird das Vorliegen einer horizontalen Preisabrede zwischen den genannten Pharmaunternehmen für die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra geprüft.

2. Die Untersuchung richtet sich gegen folgende Unternehmen:

- a) Die Pharmaunternehmen¹
 - Pfizer AG mit Sitz in Zürich, Herstellerin² von Viagra (Pfizer)
 - Eli Lilly (Suisse) SA mit Sitz in Vernier, Herstellerin von Cialis (Eli Lilly)
 - Bayer (Schweiz) AG mit Sitz in Zürich, Herstellerin von Levitra (Bayer)
- b) Die Grossisten³
 - Galexis AG, die zur Galenica Gruppe gehört, mit Sitz in Niederbipp (Galexis)

¹ Pharmaunternehmen bezwecken die Herstellung und den Handel mit chemischen und pharmazeutischen Produkten.

² Zwar werden die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra von den jeweiligen Muttergesellschaften von Eli Lilly (Suisse) SA, Bayer (Schweiz) AG und Pfizer AG hergestellt. Der Einfachheit halber werden jedoch vorliegend die Tochtergesellschaften als Herstellerinnen bezeichnet.

³ Grossisten sind für den Handel, den Vertrieb und das Erbringen von Dienstleistungen auf dem Gebiet der Pharmazie und den ihr verwandten Gebieten zuständig.

- Unione Farmaceutica Distribuzione SA, die zur Galenica Gruppe gehört, mit Sitz in Lugano (Unione Farmaceutica Distribuzione)
 - Voigt AG mit Sitz in Romanshorn (Voigt)
 - Amedis-UE AG mit Sitz in Unterentfelden (Amedis-UE)
- c) Die e-mediat AG, die zur Galenica Gruppe gehört, mit Sitz in Urtenen-Schönbühl (e-mediat)
- d) Die Apotheken und die SD-Ärzte.

A.2 Einführung

3. Gemäss Art. 52 Abs. 1 Bst. b KVG⁴ erstellt das Bundesamt für Gesundheit (BAG) eine Liste der pharmazeutischen Spezialitäten und konfektionierten Arzneimittel mit den jeweiligen Preisen (Spezialitätenliste, SL). Diese enthält auch die mit den Originalpräparaten austauschbaren preisgünstigeren Generika. Die Kosten der SL-Medikamente (auch als kassenpflichtige Medikamente bezeichnet) werden den Patienten durch die Krankenversicherungen im Rahmen der Grundversicherung vergütet. Die SL bestand bereits zu Zeiten der Margen- und

Rabattordnung Sanphar (dazu Rz. 5 ff.). Nach Auflösung der Margen- und Rabattordnung Sanphar wurde in Art. 67 Krankenversicherungsverordnung⁵ statuiert, dass die SL die massgebenden Höchstpreise zu enthalten hat.

4. Im vorliegenden Untersuchungsverfahren geht es um die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra. Diese Medikamente befinden sich nicht auf der SL⁶. Für diese Medikamente sind die Krankenversicherer nicht verpflichtet, den Patienten die Kosten im Rahmen der Grundversicherung zu vergüten, und es werden keine staatlich regulierten Höchstpreise festgesetzt. Die Verkaufsstellen sind somit bei der Festlegung der Publikumspreise für Hors-Liste Medikamente frei. Infolge der Auflösung der Margen- und Rabattordnung Sanphar (vgl. Rz. 7) sowie der Aufhebung der gesetzlichen Regelung im Regulativ über die Ausführung der interkantonalen Vereinbarung über die Kontrolle der Heilmittel (IKS-Regulativ) für den Preisaufrück (vgl. Rz. 5), sollten die Preise von Hors-Liste Medikamenten durch den funktionierenden Marktmechanismus zu Stande kommen.

Tabelle 1: Übersicht über die in der Schweiz im Jahr 2006 zugelassenen Medikamente, aufgeteilt in Medikamente auf der SL und Hors-Liste Medikamente

Anzahl zugelassener Medikamente in der Schweiz: 4857							
Davon auf der SL: 2146 / 44.0%				Davon als Hors-Liste (HL) genannte Medikamente: 2711 / 56.0%			
Rezeptpflichtig 1735 / 35.7%		Freiverkäuflich 411 / 8.5%		Freiverkäuflich 1656 / 34.1%		Rezeptpflichtig 1055 / 21.7%	
A	B	C	D	D	C	B	A
391 / 8.0%	1344 / 27.7%	161 / 3.3%	250 / 5.2%	1232 / 25.4%	414 / 8.5%	891 / 18.4%	164 / 3.4%

Quelle: IMS Health⁷. Erarbeitet durch das Sekretariat.

A.3 Vorgeschichte

5. Bis zum 31. Dezember 2000 waren die Pharmaunternehmen gemäss IKS-Regulativ verpflichtet, den Preis auf der Packung des Arzneimittels aufzudrucken.

6. Über das IKS-Regulativ hinaus wurde der Arzneimittelvertrieb durch den Verein Sanphar geregelt, welcher verschiedene Reglemente dazu erliess. Das "Reglement über die Selbstkontrolle im Arzneimittelhandel" enthielt eine Margen- und Rabattordnung, welche die Höchstmargen und die zulässigen Rabatte für alle Vertriebsstufen, von der Hersteller- bis zur Verkaufsstufe im Fachhandel reglementierte. Die Margen- und Rabattordnung Sanphar sorgte so für klar berechenbare Höchstpreise und Margen für sämtliche Arzneimittel. Dies selbst für Medikamente, deren Höchstpreise nicht durch das BAG festgelegt wurden. Durch die Margen- und Rabattordnung Sanphar wurde der Preis als Wettbewerbsparameter auf sämtlichen Vertriebsstufen, also auch für die Apotheken und SD-Ärzte, ausgeschaltet⁸.

7. Aufgrund der Verfügung der Wettbewerbskommission (Weko) vom 7. Juni 2000 betreffend den "Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar" (Sanphar), welche die Margen- und Rabattordnung Sanphar auf allen Vertriebsstufen als unzulässige Preisabrede qualifizierte und deren Praktizierung verbot, wurde diese aufgehoben⁹. Zudem

wurde auch die gesetzliche Verpflichtung, die Preise auf den Packungen aufzudrucken, aufgehoben.

A.4 Verfahren

8. Am 10. Mai 2005 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Vorabklärung in Sachen Preise der Hors-Liste Medikamente eröffnet. Gegenstand dieser Vorabklärung bildete u.a. die Frage der Anwendung von PPE im Bereich von Hors-Liste Medikamenten. In diesem Zusammenhang wurde die e-mediat zur Datenbank Pharmavista befragt¹⁰. Aus den Antworten ging hervor, dass die Pharmaunternehmen ihre PPE sowohl für SL-Präparate als auch für Hors-Liste Medikamente der e-mediat zukommen lassen, damit sie diese auf Pharmavista publiziert¹¹.

⁴ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

⁵ Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

⁶ Im Folgenden werden die Medikamente, welche sich nicht auf der SL befinden, als "Hors-Liste Medikamente" bezeichnet.

⁷ IMS Health GmbH (IMS Health).

⁸ RPW 2000/3, S. 379 Rz. 123 ff. (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

⁹ RPW 2000/3, S. 320 ff. (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁰ act. n° 1.

¹¹ Mit Schreiben vom 5. Juli 2005 hat die e-mediat AG den Fragebogen beantwortet.

9. In der Folge wurden am 28. bzw. 29. September 2005 die Pharmaunternehmen Bayer, Pfizer und Eli Lilly zu ihrer Preispolitik und den Gründen für die Publikation von PPE für nicht SL-Produkte befragt.¹²

10. Am 29. bzw. 30. September 2005 wurden 50 Apotheken nach dem Zufallsprinzip ausgewählt und allgemein zu ihrer Preispolitik und zu ihren Verkaufspreisen für die Hors-Liste Medikamente Panadol, Pretuval, Merfen, Baldriparan, NeoCitran, Triofan, ACC eco, Gynera, Cialis, Levitra und Viagra befragt. Es wurden je zehn Apotheken aus den Städten Genf, Zürich, Bern, St. Gallen und dem Kanton Tessin ausgewählt. Über die Eröffnung der Vorabklärung wurden sowohl der Schweizerische Apothekerverband (Pharmasuisse)¹³ als auch der Verband der forschenden pharmazeutischen Firmen der Schweiz (Interpharma)¹⁴ schriftlich informiert. Aus den Antworten der befragten Apotheker ging hervor, dass sie die PPE für die oben genannten Medikamente, insbesondere für Cialis, Levitra und Viagra, weitgehend übernehmen.¹⁵

11. Zusätzlich befragte das Sekretariat am 30. September 2005 die Grossisten Galexis¹⁶, PharmaFocus AG¹⁷, Voigt¹⁸, Amedis-UE¹⁹ sowie Unione Farmaceutica Distribuzione²⁰. Aus den Antworten der Grossisten ging hervor, dass sie ihre Wiederverkaufspreise frei festlegen können und von den Pharmaunternehmen keine Vorgaben oder Empfehlungen mehr erhalten, wie dies unter der Marktordnung Sanphar noch der Fall war.

12. Da Anhaltspunkte bestanden, wonach unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen könnten, hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 26. Juni 2006 eine Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG²¹ gegen die in Rz. 2 genannten Unternehmen eröffnet. Die Untersuchungseröffnung wurde in der Folge im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und im Bundesblatt (BBl)²² veröffentlicht. Diese Publikationen ersetzen die individuellen Untersuchungseröffnungen für die Apotheker und die SD-Ärzte. Den übrigen Parteien des Verfahrens wurde die Eröffnung der Untersuchung schriftlich mitgeteilt.²³

13. Mit Schreiben vom 26. Juni 2006 informierte das Sekretariat Pharmasuisse und die Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte (FMH) über die Untersuchungseröffnung.²⁴

14. Am 17. August 2006 stellte der Verein Ärzte mit Patientenapotheke (APA) den Antrag auf Verfahrensbeteiligung²⁵. Da die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt waren, wurde der Antrag der APA mit Schreiben vom 24. August 2006 abgelehnt.²⁶

15. Am 13. Oktober 2006 befragte das Sekretariat Pfizer, Eli Lilly und Bayer zu ihrer Preispolitik, dem Vertrieb für die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra sowie zur Publikation von PPE.²⁷ Die Unternehmen beantworteten die Fragen mit Schreiben vom 30. November 2006, 13. Dezember 2006 und 18. Dezember 2006.²⁸

16. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2006 wurde e-mediat zu Galdat und Pharmavista befragt.²⁹ Die Antworten der e-mediat sind am 15. Dezember 2006 eingegangen.³⁰

17. Mit Schreiben vom 31. Oktober 2006 verlangte Pfizer Einsicht in den Schlussbericht der Vorabklärung.³¹ Das

Sekretariat verweigerte am 8. November 2006 die Einsicht in den Schlussbericht mit der Begründung, dass im Rahmen der Vorabklärung kein Akteneinsichtsrecht bestehe (Art. 26 Abs. 3 KG).

18. Die Parteien haben mehrmals um Einsicht in die Akten ersucht, was ihnen stets gewährt wurde.³²

19. Mit Schreiben vom 16. November 2006 wurden die Grossisten Galexis, Amedis-UE, Voigt und Unione Farmaceutica Distribuzione sowie 23 weitere kleine Grossisten zum Vertrieb mit Cialis, Levitra und Viagra, zu ihren Einkaufs- und Verkaufspreisen und zu den PPE für die drei Medikamente befragt.³³ Zwischen September 2006 und Ende Januar 2007, zum Teil erst nach Mahnschreiben,³⁴ hat das Sekretariat alle Antworten erhalten.

20. Zusätzlich zu den in der Vorabklärung befragten Apotheken wurden mit Schreiben vom 7. und 8. Februar 2007 weitere Apotheker und SD-Ärzte befragt. Informationen über Gesamtzahl und Adressen der Apotheken bzw. SD-Ärzte holte das Sekretariat bei Pharmasuisse bzw. bei 16 Grossisten ein. Das Sekretariat berücksichtigte eine geschichtete Zufallsauswahl von 397 Apotheken und eine einfache, zufällige Auswahl von 423 SD-Ärzten³⁵. Zudem befragte das Sekretariat je 28 der umsatzstärksten Apotheken und SD-Ärzte. Die Apotheken und die SD-Ärzte wurden insbesondere zu ihrer Preispolitik mit Cialis, Levitra und Viagra befragt.

¹² Bayer, act. n° 5, Pfizer, act. n° 6 und act. n° 1; Eli Lilly, act. n° 7.

¹³ act. n° 9.

¹⁴ act. n° 12.

¹⁵ Statt vieler vgl. act. n° 43 bis 46.

¹⁶ act. n° 13.

¹⁷ act. n° 14.

¹⁸ act. n° 15.

¹⁹ act. n° 16.

²⁰ act. n° 19.

²¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251).

²² BBl 2006, S. 9123 (<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/9123.pdf> [Stand: 30.11.2009]).

²³ act. n° 93 bis 100.

²⁴ act. n° 101 und act. n° 102.

²⁵ act. n° 153.

²⁶ act. n° 157.

²⁷ act. n° 175 bis 177.

²⁸ Bayer, act. n° 221; Pfizer act. n° 235; Eli Lilly, act. n° 244.

²⁹ act. n° 184.

³⁰ act. n° 238.

³¹ Pfizer, act. n° 186.

³² Statt vieler vgl. act. n° 169, act. n° 171 und act. n° 173.

³³ act. n° 192 bis 196.

³⁴ act. n° 248 bis 251.

³⁵ Die Stichprobe für die Apotheken wurde so berechnet, dass aus einer Gesamtzahl von 1'637 Apotheken eine geschichtete Zufallsauswahl von 397 Apotheken gezogen wurde. Dabei wurden pro Sprachregion über 130 Apotheken befragt. Von den 397 verschickten Fragebogen sind 380 beantwortet worden. Die restlichen 17 Antworten waren nicht auswertbar (verstorben, weggezogen, Apotheke aufgegeben). Für die SD-Ärzte berücksichtigte das Sekretariat aus 3'038 SD-Ärzten eine einfache, zufällige Auswahl von 423 SD-Ärzten. Da der Kanton Tessin keine Selbstdispensation kennt, wurden die Ärzte aus diesem Gebiet nicht speziell erfasst. Von diesen 423 verschickten Fragebogen konnten 6 nicht ausgewertet werden (Praxisaufgabe, verstorben, weggezogen).

21. Mit Schreiben vom 19. März 2007 mahnte das Sekretariat diejenigen Apotheken und SD-Ärzte, welche den Fragebogen nicht beantwortet hatten³⁶. Mit Auskunftsverfügung vom 3. Juli 2007 wurden diejenigen SD-Ärzte und Apotheken, deren Antworten auf den Fragenbogen – trotz Mahnung – noch ausstanden, zur Beantwortung desselben aufgefordert³⁷. Alle Adressaten der Auskunftsverfügung haben in Folge den Fragebogen beantwortet.

22. Mit Schreiben vom 12. April 2007 wurden Pfizer³⁸, Eli Lilly³⁹ und Bayer⁴⁰ zum Parteiverhör gemäss Art. 42 KG i.V.m. Art. 62 Bundeszivilprozessordnung⁴¹ vorgeladen. Die Parteiverhöre fanden am 2. Mai 2007, am 9. Mai 2007 und am 30. Mai 2007 statt⁴².

23. Mit Schreiben vom 11. Juni 2007 wurden Eli Lilly sodann ergänzende Fragen im Nachgang zum Parteiverhör gestellt⁴³. Am 20. bzw. am 22. Juni 2007 wurden Pfizer⁴⁴ und Bayer⁴⁵ ebenfalls zusätzliche Fragen unterbreitet, welche mit Schreiben vom 5. Juli 2007, vom 11. Juli 2007 bzw. vom 17. August 2007 und vom 24. Juli 2007 beantwortet wurden⁴⁶.

24. Mit Schreiben vom 11. Juni 2007 wurden 11 Krankenversicherungen⁴⁷ bezüglich ihrer Vergütungspolitik im Zusammenhang mit Hors-Liste Medikamenten befragt. Die Versicherer haben die Fragen innert Frist beantwortet.

25. Mehrere Apotheken und SD-Ärzte wurden telefonisch gebeten, ihre Antworten zum Fragebogen zu konkretisieren. Dieser Aufforderung sind alle Befragten nachgekommen.

26. Mit Schreiben vom 9. Juni 2008 befragte das Sekretariat IMS Health zur Marktordnung Sanphar und zu den PPE⁴⁸. Mit Schreiben vom 12. Juni 2008 hat IMS Health die Fragen beantwortet⁴⁹.

27. Mit Schreiben vom 14. August 2008 wurden Pfizer⁵⁰, Eli Lilly⁵¹ und Bayer⁵² ergänzende Fragen zu Viagra, Cialis und Levitra gestellt. Pfizer wurde zusätzlich zu ihren beiden anderen Arzneimitteln gegen erektile Dysfunktion, Caverject und Caverject DC, befragt. Ebenso wurde die Meda Pharma GmbH⁵³ zu Muse, ihrem Medikament gegen erektile Dysfunktion, befragt. Alle Befragten haben die Fragen innert Frist beantwortet⁵⁴.

28. Am 9. und 22. Januar 2009 wurden Bayer⁵⁵, Eli Lilly⁵⁶ und Pfizer⁵⁷ zu den Umsätzen befragt, welche sie in der Schweiz in den Geschäftsjahren 2005, 2006, 2007 und – soweit vorhanden – 2008 erzielt haben, sowie auch spezifisch zu denjenigen Umsätzen, die sie mit ihren Medikamenten Levitra, Cialis und Viagra im Geschäftsjahr 2008 in der Schweiz erwirtschaftet haben. Diese Antworten wurden fristgerecht geliefert⁵⁸.

29. Am 9. Februar 2009 hat das Sekretariat die Rechtsvertreter der Pharmaunternehmen Pfizer, Bayer und Eli Lilly über seine Absicht informiert, am darauffolgenden Tag eine Pressemitteilung sowie eine Mitteilung im BBI und im SHAB zu publizieren und hat ihnen einen Entwurf derselben zukommen lassen⁵⁹. Am gleichen Tag haben die Vertreter von Eli Lilly und Pfizer beantragt, auf diese Publikationen zu verzichten⁶⁰. Letztere haben auch beantragt, dass Pfizer vor dem Versand des Antrags die Möglichkeit zu geben sei, sich zu möglichen Geschäfts-

geheimnissen zu äussern, sowie dass das Sekretariat eine anfechtbare Zwischenverfügung zu erlassen habe, falls es auf der angekündigten Vorgehensweise beharren sollte. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 13. Februar 2009 zu diesen Begehren Stellung genommen⁶¹.

30. Der Antrag des Sekretariats vom 2. Februar 2009 wurde Bayer, Eli Lilly, Pfizer, Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE, e-mediat sowie den anwaltlich vertretenen Verkaufsstellen und den Apothekenketten am 9. Februar 2009 zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme bis zum 10. März 2009 zugestellt⁶². Die anderen Verfahrensparteien – insbesondere die namentlich nicht bekannten Apotheken und SD-Ärzte – wurden am 10. Februar 2009 durch eine Mitteilung im BBI und im SHAB über die Möglichkeit informiert, den Antrag des Sekretariats zwecks Stellungnahme einfordern zu können⁶³. Gleichentags hat das Sekretariat auch eine Pressemitteilung publiziert, welche Auskunft über den aktuellen Verfahrensstand gab⁶⁴.

31. Um möglichst viele betroffene Apotheken und SD-Ärzte zu erreichen, hat das Sekretariat am 9. Februar 2009 der FMH, der APA sowie Pharmasuisse die im BBI und SHAB zu publizierende Mitteilung zugestellt⁶⁵.

32. In der Folge haben viele Verkaufsstellen den Antrag des Sekretariats angefordert⁶⁶. Mehrere Parteien haben Akteneinsicht verlangt, welche immer gewährt wurde⁶⁷.

³⁶ act. n° 290 bis 297.

³⁷ act. n° 347 bis 368.

³⁸ act. n° 304.

³⁹ act. n° 302.

⁴⁰ act. n° 303.

⁴¹ Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁴² Eli Lilly, act. n° 316; Pfizer act. n° 317; Bayer, act. n° 322.

⁴³ act. n° 334.

⁴⁴ act. n° 338.

⁴⁵ act. n° 340.

⁴⁶ Bayer, act. n° 370; Pfizer, act. n° 394; Eli Lilly, act. n° 390.

⁴⁷ Es handelt sich dabei um folgende Krankenversicherungen: Groupe Mutuel, KPT, Concordia, CSS Versicherungen, Helsana Versicherungen AG, ÖKK, Sanitas Versicherungen, Visana Services AG, SWICA, Intras, Assura assurance maladie et accident.

⁴⁸ act. n° 426.

⁴⁹ act. n° 427.

⁵⁰ act. n° 430.

⁵¹ act. n° 429.

⁵² act. n° 428.

⁵³ act. n° 431.

⁵⁴ act. n° 431a; Eli Lilly, act. n° 435; Bayer, act. n° 436; Pfizer, act. n° 437.

⁵⁵ act. n° 441.

⁵⁶ act. n° 440.

⁵⁷ act. n° 439.

⁵⁸ Eli Lilly, act. n° 443, 540, Pfizer, act. n° 444, 448; Bayer, act. n° 449.

⁵⁹ act. n° 454.

⁶⁰ Eli Lilly, act. n° 457; Pfizer, act. n° 458.

⁶¹ act. n° 485 und 486.

⁶² act. n° 459 bis 461 sowie 467 bis 478.

⁶³ Das Sekretariat hat am 9. Februar 2009 per Brief alle Apotheken und SD-Ärzte, welche im Rahmen der Untersuchung den Fragebogen beantwortet haben, über die Möglichkeit informiert, den Antrag des Sekretariats zwecks Stellungnahme einfordern zu können.

⁶⁴ <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/de/25250> (Stand: 30.11.2009).

⁶⁵ act. n° 462; act. n° 463; act. n° 464.

⁶⁶ act. n° 465.

⁶⁷ Statt vieler s. act. n° 495, 499, 532, 535, 555.

33. Mit Schreiben vom 27. Februar 2009 hat Eli Lilly ein Erläuterungsgesuch mit folgenden Anträgen gestellt: Das Sekretariat habe zu erläutern, 1) wie es zu seinen Schlussfolgerungen bezüglich des Befolungsgrades der Preisempfehlungen gelangt sei, 2) welcher angebliche Befolungsgrad für seine Beurteilung massgebend sei und 3) wie es zu seiner Schlussfolgerung gelangt sei, dass Verkäufe an Rabatt einräumende Verkaufsstellen zugenommen haben⁶⁸. Gleichzeitig hat Eli Lilly beantragt, die angesetzte Frist zur Stellungnahme zum Antrag abzunehmen und mit der Erstattung der verlangten Erläuterung neu anzusetzen, eventualiter die Frist um die Dauer zwischen Eingang des Erläuterungsgesuches und der Erstattung der Erläuterung zu verlängern. Das Sekretariat hat mit Schreiben vom 6. März 2009 Stellung zu diesem Gesuch genommen und mitgeteilt, dass seiner Ansicht nach der Antrag keiner Erläuterungen bedarf⁶⁹. Bezüglich einer neuen Fristansetzung hat das Sekretariat auf die Möglichkeit hingewiesen, eine Fristverlängerung gemäss Art. 22 Abs. 2 VwVG zu beantragen, und mitgeteilt, dass es bei einem allfälligen Fristerstreckungsgesuch die im Schreiben vom 27. Februar 2009 aufgeworfenen Fragen (s. Fn. 68) berücksichtigen wird.

34. Pfizer, Bayer und Eli Lilly haben mit Schreiben vom 27. Februar 2009, 3. März 2009 sowie 9. März 2009 eine Fristerstreckung beantragt⁷⁰. Das Sekretariat hat daraufhin Pfizer und Bayer eine Fristerstreckung bis zum 20. April 2009, Eli Lilly bis zum 30. April 2009 gewährt⁷¹. Pfizer hat mit Schreiben vom 2. April 2009 eine zweite Fristerstreckung beantragt, welche – da qualifizierte Gründe geltend gemacht wurden – am 3. April 2009 gewährt wurde. Das Sekretariat hat die Frist bis zum 15. Mai 2009 erstreckt⁷².

35. Mit Schreiben vom 14. Mai 2009 hat Bayer den Umstand beanstandet, dass das Sekretariat, bevor alle Parteien ihre Stellungnahmen eingereicht haben, Einsicht in die bereits eingereichten Stellungnahmen der Verkaufsstellen gewährt hat, und hat dieses Vorgehen als Missbrauch der gewährten Fristerstreckung sowie unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Parteien kritisiert⁷³. Das Sekretariat hat mit Antwortschreiben vom 28. Mai 2009 zur geäusserten Kritik Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass einerseits alle Pharmaunternehmen die Möglichkeit gehabt hätten, Einsicht in die eingegangenen Stellungnahmen der Verkaufsstellen zu nehmen und andererseits die Gewährung einer zweiten Fristerstreckung auf die Geltendmachung qualifizierter Gründe zurückzuführen sei⁷⁴.

36. Die Stellungnahmen der Parteien sind zwischen Februar und dem 15. Mai 2009 eingegangen. Die meisten Apotheken, welche Stellung zum Antrag genommen haben, haben hierfür eine von Pharmasuisse zur Verfügung gestellte Vorlage benützt⁷⁵. Die anderen Verfahrensparteien, insbesondere Bayer⁷⁶, Eli Lilly⁷⁷, Pfizer⁷⁸, Galexis⁷⁹, Unione Farmaceutica Distribuzione⁸⁰ und e-mediat⁸¹ haben dagegen individuelle Stellungnahmen eingereicht.

37. In ihren Stellungnahmen beantragen die Parteien die Einstellung der Untersuchung ohne Folgen und die Feststellung, dass sie nicht gegen Art. 5 Abs. 3 und 4

KG verstossen haben⁸². Zur Begründung der Anträge wird im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

- Das Veröffentlichen und Einhalten von PPE für Cialis, Levitra und Viagra stelle keine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Damit eine Abrede vorliege, müssten die PPE mit Druck oder Anreizen verbunden werden. Dies entspreche auch der klaren Rechtslage in der EU, welche – auch gemäss Aussagen der Weko – für das Schweizer Wettbewerbsrecht massgebend sein sollte. Zum gleichen Ergebnis komme man gestützt auf die Vertikalbekanntmachung sowie den Fall Scott Bikes⁸³.
- Das Sekretariat berufe sich in seinem Antrag hauptsächlich auf einen angeblich hohen Befolungsgrad. Dieser sei jedoch auf mangelhaft gestaltete Fragebögen und eine unverständliche Auswertung der Antworten zurückzuführen. Diesbezüglich wird dem Sekretariat auch vorgeworfen, gegen den Untersuchungsgrundsatz verstossen und das rechtliche Gehör der Parteien verletzt zu haben. Ein von Pfizer und Eli Lilly in Auftrag gegebenes Gutachten würde zum Schluss kommen, dass der tatsächliche Einhaltungsgang lediglich 40-50 % und nicht 70-80 % betrage.
- Der vom Sekretariat behauptete Einfluss von Sanphar auf die PPE sei falsch und nicht bewiesen.
- Auf dem relevanten Markt, welcher breiter als im Antrag abzugrenzen sei, herrsche starker Wettbewerb (sowohl Inter- als auch Intra-brand Wettbewerb), weshalb nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung die Rede sein könne. Im Falle einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung seien die PPE aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen.
- Selbst für den Fall, dass unzulässige vertikale Abreden vorliegen sollten, wäre eine Sanktionierung mangels Vorwerfbarkeit des Verhaltens ausgeschlossen.

38. Eine umfassendere Darstellung der Stellungnahmen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen vorgenommen.

⁶⁸ Eli Lilly, act. n° 500.

⁶⁹ act. n° 509.

⁷⁰ Pfizer, act. n° 501; Bayer, act. n° 504; Eli Lilly, act. n° 514.

⁷¹ act. n° 506, 507 und 523.

⁷² act. n° 547 und 548.

⁷³ act. n° 558.

⁷⁴ act. n° 563.

⁷⁵ Statt vieler s. act. n° 505.

⁷⁶ Bayer, act. n° 556.

⁷⁷ Eli Lilly, act. n° 557.

⁷⁸ Pfizer, act. n° 559.

⁷⁹ act. n° 518.

⁸⁰ act. n° 513.

⁸¹ act. n° 517.

⁸² Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 526; Bayer, act. n° 556; Eli Lilly, act. n° 557; Pfizer, act. n° 559.

⁸³ RPW 2008/3, S. 382 ff. (Scott Bikes).

39. Vor der Anhörung durch die Weko haben Pfizer, Bayer und Eli Lilly noch um Akteneinsicht ersucht⁸⁴. Diese wurde gewährt⁸⁵.

40. Am 7. September 2009 wurden Pfizer, Bayer und Eli Lilly von der Weko angehört. Diese haben in der Folge noch die Möglichkeit erhalten, Angaben zu an der Anhörung unvollständig beantworteten Fragen nachzuliefern⁸⁶. Alle drei Pharmaunternehmen haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht⁸⁷.

A.5 Veröffentlichung der PPE

41. Aus den Antworten der e-mediati und der befragten Apotheken bzw. SD-Ärzte ging hervor, dass die PPE für Hors-Liste Medikamente nicht nur in den Datenbanken der e-mediati (Pharmavista und Galdat) veröffentlicht werden. Diese sind vielmehr auch in den Lieferscheinen der Grossisten aufgeführt. Auf die Datenbanken sowie auf die in de Lieferscheinen enthaltenen PPE wird nachfolgend eingegangen.

42. Galdat ist eine Datenbank, die zum einen den Austausch von spezifischen Artikelstammdaten für den Betrieb von Drogerie- und Apothekensystemen am Verkaufspunkt (inkl. Kassensystem) ermöglicht (d.h. für Kundenbetreuung, Qualitätssicherung, Lagerbewirtschaftung, Materialwirtschaft, Verkaufsprozess) und zum anderen der Parametrisierung und Informatisierung der Bestellprozesse zwischen Gross- und Detailhandel ("Supply Chain") dient. Als Datenbank ist Galdat nicht direkt einsehbar, sondern fliesst in das jeweilige Informatiksystem ein. Dort werden je nach Softwareprodukt unterschiedliche Informationen aus Galdat extrahiert und in die Softwarelösung integriert. Diese Informationen sind, mit Ausnahme der Ex-factory Preise und der PPE, hauptsächlich technischer und wissenschaftlicher Natur (Zugehörigkeit zur SL, Kühlkettenpflicht, Rezeptpflicht, Abgabekategorie, Zugehörigkeit zu Betäubungsmitteln usw.). e-mediati bietet je nach Anwender verschiedene Artikelstämme an, wobei der Artikelstamm für Apotheken am ausführlichsten ist. Zudem ist Galdat ein Format zur direkten Übermittlung der jeweiligen spezifischen Produktinformationen der Grossisten an den Detailhandel (z.B. Detailhandel-Einstandspreise bzw. spezifische Konditionen für Grossisten, Verfügbarkeit). Diese Übermittlung erfolgt in der Regel direkt – ohne Bearbeitung durch e-mediati – zwischen den Grossisten und dem Detailhandel und kann von anderen Grossisten nicht eingesehen werden⁸⁸.

43. Zusätzlich sind im Galdat auch die EAN-Codes (europäischer Artikel Nummer Code, auch Strich- oder Barcode genannt) enthalten. Diese Codes sind heute auf fast allen Produkten zu finden, so auch auf den Verpackungen von Medikamenten. Die Befragung der e-mediati hat ergeben, dass die PPE manuell oder informatikbasiert in ein Kassensystem eingegeben und mit dem EAN-Code verbunden werden. Beim Scannen des EAN-Codes an der Kasse wird das Arzneimittel identifiziert und die entsprechende Publikumspreisempfehlung – sofern der Apotheker / die Apothekerin zuvor keinen anderen Publikumspreis eingegeben hat – automatisch in die Kasse eingelesen⁸⁹. Zugang zum Galdat wird mit einem kostenpflichtigen Abonnement gewährt. Die Befragung der Apotheken hat ergeben, dass eine überwie-

gende Mehrheit der Apotheker Galdat als Abonnenten nutzen⁹⁰.

44. Im Unterschied zu Galdat ist die Datenbank Pharmavista ein textorientiertes Abfrageinstrument, das eingesehen und gelesen werden kann⁹¹. Sie bietet ihren Nutzern Informationen im Gesundheitsbereich, wie z.B. Chargenrückrufe von Produkten, wissenschaftliche Neuigkeiten und aktuelle Hinweise zu Krankheitsbildern an. Schliesslich sind auch die Ex-factory Preise und die PPE auf Pharmavista zu finden. Die Informationen auf Pharmavista stammen teilweise von den Pharmaunternehmen und teilweise von gemeinnützigen und/oder öffentlichen Organisationen, wie z.B. der Weltgesundheitsorganisation oder Swissmedic, wobei die PPE der e-mediati von den Pharmaunternehmen übermittelt werden. Zugang zu Pharmavista gewährt e-mediati mittels CD-ROM oder über Internet mit einem kostenpflichtigen Abonnement.

45. Im Zusammenhang mit den Lieferscheinen gaben die befragten Grossisten an, dass diese die Stammdaten aus Galdat enthalten: Befindet sich eine PPE im Galdat, dann wird diese automatisch erfasst, in den Lieferschein aufgenommen und an die Kunden weitergegeben⁹².

B Erwägungen

B.1 Einleitung

46. Ziel des vorliegenden Verfahrens ist die Abklärung der Frage, ob die von den drei Pharmaunternehmen Eli Lilly, Bayer und Pfizer über e-mediati und den Grossisten an die Verkaufsstellen – d.h. Apotheken und SD-Ärzte – gerichteten PPE für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG darstellen. Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob direkte Sanktionen gegen die Beteiligten zu verhängen sind (Art. 49a Abs. 1 KG). Zusätzlich wird das Vorliegen einer horizontalen Preisabrede zwischen den genannten Pharmaunternehmen betreffend die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra geprüft.

B.2 Geltungsbereich und Verfügungsadressaten

47. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG; "persönlicher Geltungsbereich").

⁸⁴ Bayer, act. n° 561; Pfizer, act. n° 562; Eli Lilly, act. n° 565; act. n° 566; act. n° 567; act. n° 568; Eli Lilly, act. n° 569; act. n° 570.

⁸⁵ act. n° 566 bis 568; act. n° 570.

⁸⁶ act. n° 579; act. n° 580; act. n° 581.

⁸⁷ Eli Lilly, act. n° 582; Bayer, act. n° 583; Pfizer, act. n° 584.

⁸⁸ act. n° 238, Rz. 1a.

⁸⁹ act. n° 238; Rz. 18b.

⁹⁰ Statt vieler vgl. jeweils Antwort 13 b. in act. n° 279.424; act. n° 279.428; act. n° 279.429; act. n° 279.430.

⁹¹ act. n° 4.

⁹² act. n° 237, Antwort 13; act. n° 214, Antwort 13; act. n° 227, Antwort 13.

48. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

49. Die Parteien, gegen welche sich die vorliegende Untersuchung richtet (d.h. Pfizer, Bayer, Eli Lilly, emediat, Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE sowie die Apotheken und SD-Ärzte), sind als solche Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

50. In sachlicher Hinsicht gilt das Kartellgesetz u.a. für "Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden" (Art. 2 Abs. 1 KG; "sachlicher Geltungsbereich"). Diese Umschreibung erfasst alle Formen privat veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen⁹³. Dabei ist nicht entscheidend, ob eine horizontale oder vertikale, ob eine verbindliche oder unverbindliche Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen vorliegt. Entscheidend ist, dass mehrere Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen zusammenwirken, um sich oder andere hinsichtlich der Ausübung oder der Aufnahme des Wettbewerbs zu beschränken. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG gesetzlich definiert und vorliegend unter dem Titel "Wettbewerbsabrede" (Rz. 93 ff.) geprüft.

51. Hinsichtlich des örtlichen und zeitlichen Geltungsbereichs sind vorliegend keine Ausführungen notwendig.

52. Die sachliche Zuständigkeit der Weko zur Durchführung von Untersuchungen und zum Erlass von Verwaltungsanktionen ist gegeben (Art. 2, 18, 27 und 53 KG).

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

53. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

54. Art. 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften (vgl. Marginalie). Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem Markt seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen)⁹⁴ oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).

55. Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen⁹⁵.

56. Bei der Rechtsanwendung haben die Wettbewerbsbehörden nur zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen oder Verteilungsproblem ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften den Wettbewerb ausschalten wollte. Hingegen ist es nicht Sache der

Behörden, zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen oder Verteilungsprobleme gegeben sind⁹⁶.

57. Pfizer, Bayer und Eli Lilly machen keine staatlichen Vorschriften bezüglich der Preisgestaltung von Hors-Liste Medikamenten geltend⁹⁷. Unabhängig davon, ob die betroffenen Unternehmen sich auf den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG berufen, haben die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften zu prüfen. Denn hat der Gesetzgeber vorbehaltene Vorschriften erlassen, führt dies dazu, dass das Kartellgesetz in diesem Bereich keine Anwendung findet. Dabei gilt es, diese Regelung restriktiv anzuwenden⁹⁸.

58. Im Folgenden ist somit zu untersuchen, ob eine staatliche Markt- oder Preisordnung vorliegt (Rz. 59 ff.) bzw. ob die Unternehmen Pfizer, Bayer und Eli Lilly zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Gesetzgeber mit besonderen Rechten ausgestattet worden sind (Rz. 85 ff.).

B.3.1 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG

B.3.1.1 Allgemeines

59. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise und in Abweichung von den Grundsätzen des freien Marktes

⁹³ Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., S. 534, im Sonderdruck S. 67; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 244 ff.

⁹⁴ REKOM/WEF, in: RPW 2004/3, S. 873 ff., E. 3.2 (Unique [Flughafen Zürich AG]/Spranger Autobahn AG, Alternative Parking AG, Wettbewerbskommission; "Unique"); vgl. dazu MARINO BALDI, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zäch (Hrsg.), Zürich 1996, S. 8; Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 537 ff., im Sonderdruck, S. 70 ff.

⁹⁵ So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m. w. H.; REKOM/WEF, in: RPW 2003/4, S. 859 ff. Rz. 4.2 (Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau). Auch in der Literatur wird eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen; vgl. statt aller WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Fribourg 1994, S. 185 und 264 f.; BENOÎT CARRON, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (éd.), Genève/Bâle/Munich 2002, Art. 3 al. 1 N 35.

⁹⁶ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 281; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Art. 3 N 13 f.; vgl. auch JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 3 N 4 f.

⁹⁷ Pfizer, act. n° 235, Antwort 25; Eli Lilly, act. n° 244; Antwort 25; Bayer, act. n° 221, Antwort 24..

⁹⁸ CARRON (zit. in Fn. 95), Art. 3 al. 1 N 34.

durch öffentliches Recht festgelegt werden (z.B. Produktions- oder Handelskontingentierung)⁹⁹. Öffentliche Unternehmen oder Unternehmen, die im Rahmen von staatlichen Marktordnungen tätig sind, unterstehen jedoch dem Kartellgesetz (gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG), soweit die Interventionsgesetzgebung Wettbewerb zulässt. Selbst wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift einen Wettbewerbsparameter reguliert, bleibt zu prüfen, inwiefern dadurch die Anwendung des Kartellgesetzes zurückgedrängt und insofern Wettbewerb als Ordnungsprinzip tatsächlich ausgeschlossen wird¹⁰⁰.

60. Will der Staat den Preiswettbewerb in einem bestimmten Bereich beschränken, so hat er mittels einer gesetzlichen Grundlage ein Monopol zu schaffen oder einen Tarif zu fixieren¹⁰¹. Dabei kann genügen, wenn ein Markteingriff nur bei der Preisgestaltung erfolgt, da durch die Festlegung des Preises der Wettbewerb ebenfalls ausgeschlossen werden kann¹⁰². Von einer staatlichen Marktordnung gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG ist indessen nur dann auszugehen, wenn es "tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Bereich auszuschalten"¹⁰³.

61. Allfällige Vorschriften, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen, sind zunächst in den Spezialgesetzen betreffend Medikamente, d.h. im Krankenversicherungsgesetz sowie im Heilmittelgesetz¹⁰⁴ zu suchen.

B.3.1.2 Krankenversicherungsgesetz

62. Gemäss Art. 52 Abs. 2 Bst. b KVG erlässt das BAG die Spezialitätenliste (vgl. Rz. 3). Die auf der Spezialitätenliste aufgeführten Medikamente sind Pflichtleistungen in der obligatorischen Krankenversicherung. Für diese Medikamente setzt das BAG den (maximalen) Ex-factory- und Publikumspreis fest (vgl. auch Art. 67 KVV). Folglich ist für die SL-Medikamente – zumindest bis zu einem bestimmten Grad – von einem staatlichen Eingriff in die Preisordnung auszugehen, welcher die Anwendung des Kartellgesetzes in Frage stellt.

63. Diese Sondernormen über die Preisfestsetzung gelten indessen nur für die SL-Medikamente. *E contrario* sind nach dem Willen des Gesetzgebers die Preise für diejenigen Medikamente, die nicht in die Spezialitätenliste aufgenommen sind – die Hors-Liste Medikamente – vom freien Markt und im Wettbewerb zu bestimmen.

64. Die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra befinden sich nicht auf der Spezialitätenliste¹⁰⁵. Dementsprechend hat das BAG auch keine Preise für diese drei Medikamente festgelegt. Folglich stellt das KVG im vorliegenden Fall keine vorbehaltene Vorschrift dar, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen würde.

B.3.1.3 Heilmittelgesetz

65. Das Heilmittelgesetz gewährleistet zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier, dass nur qualitativ hochstehende, sichere und wirksame Heilmittel in Verkehr gebracht werden. Weiter sollen die Konsumenten vor Täuschung geschützt, die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und massvoll verwendet und eine sichere und geordnete Versorgung mit Heilmitteln im ganzen Land angeboten werden. Hinge-

gen enthält das HMG keine Vorschriften, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.

66. Bayer vertritt den Standpunkt, dass die im Heilmittelgesetz enthaltenen Vorschriften keinen oder keinen signifikanten Raum für Wettbewerb auf Stufe Apotheken lassen, da verschreibungspflichtige Arzneimittel nur in gesetzlich und behördlich definierten Verkaufsstellen, nur durch qualifiziertes Fachpersonal und nur auf der Grundlage einer vorangehenden ärztlichen Untersuchung, Diagnose und Verschreibung verkauft werden dürfen¹⁰⁶. Aus diesem Grund ist Bayer der Auffassung, dass das Kartellgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 KG in diesem Markt nicht anwendbar sei. Hinzu komme das absolute Publikumsverbot sowie die stark limitierte Möglichkeit von Fachwerbung.

67. Aussagen kann nicht gefolgt werden. Es stimmt zwar, dass der sachlich relevante Markt in einem gewissen Ausmass reguliert ist. Vorbehaltene Vorschriften liegen dennoch keine vor. Die erwähnten Bestimmungen des Heilmittelgesetzes beziehen sich hauptsächlich auf die Verkaufsbewilligung und auf die Verschreibungspflicht (Art. 23 ff. HMG), nicht aber auf die Preisfestsetzung. Im Bereich der Hors-Liste Medikamente sind keine staatlich regulierten Höchstpreise festgesetzt, diese müssen vielmehr durch den Markt bestimmt werden. Es stimmt somit nicht, dass Wettbewerb auf Stufe Apotheken nicht möglich ist. Auf Stufe Apotheken nicht möglich ist bloss der Interbrand Wettbewerb zwischen den verschiedenen Medikamenten innerhalb einer Apotheke ("in shop competition"¹⁰⁷). Die Apotheken stehen jedoch im Wettbewerb untereinander; Hauptwettbewerbsparameter bildet der Preis. Weiter ist dieser Auffassung zu entgegen, dass die Werbung für diese Medikamente nicht a priori verboten ist. Mit den gesetzlichen Einschränkungen vereinbar wäre z.B. eine allgemeine Werbung für Produkte gegen die erektile Dysfunktion ohne konkrete Nennung eines bestimmten Arzneimittels (wie sie gelegentlich für die "Anti-Baby Pille" zu sehen ist).

⁹⁹ Dazu und zum Folgenden Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 72 f.; STOFFEL (zit. in Fn. 95), S. 272 ff.; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 3 N 8; ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 284 m. w. Nw.; CARRON (zit. in Fn. 95), Art. 3 al. 1 N 29; und REKOWEF, in: RPW 2004/3, S. 874, E. 3.2 (Unique), als Beispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs wird die Landwirtschaft genannt.

¹⁰⁰ So REKOWEF, in: RPW 2004/3, S. 875, E. 3.2.2 (Unique); vgl. auch STOFFEL (zit. in Fn. 95), S. 279 f.

¹⁰¹ Vgl. – den Entscheid der Weko bestätigend – BGE 2A.520/2002, in: RPW 2003/4, S. 925 ff. (Entreprises Électriques Fribourgeoises [EEF]/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence) betreffend kantonale Preisordnungen bzw. Monopole.

¹⁰² Vgl. SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 3 N 8.

¹⁰³ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 3 N 13.

¹⁰⁴ Bundesgesetz vom 15.12.2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21).

¹⁰⁵ Vgl. www.bsv.e-mediat.net/sl/BSV_per_2008.01.01.xls (Stand: 12.09.2008).

¹⁰⁶ Bayer, act. n° 556, Rz. 33 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Rz. 221 ff.

B.3.1.4 Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb und Preisbekanntgabeverordnung

68. Des Weiteren könnte vorliegend vorgebracht werden, dass die Unternehmen laut Preisbekanntgabeverordnung (PBV)¹⁰⁸ generell ermächtigt sind, Preisempfehlungen zu erlassen. Denn gemäss Art. 18 Abs. 2 PBV dürfen Hersteller, Importeure und Grossisten den Konsumenten "Preise oder Richtpreise bekannt geben oder für Konsumenten bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandhabt werden".

69. Die PBV basiert auf Art. 16, 17 und 20 UWG¹⁰⁹, wonach für Waren, die dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden, der tatsächlich zu bezahlende Preis bekannt zu geben ist, soweit der Bundesrat keine Ausnahmen vorsieht. Ausnahmen sind insbesondere aus technischen Überlegungen oder Sicherheitsgründen zulässig.

70. Zunächst gilt es festzuhalten, dass dem Gesetz selbst, dem UWG, keinerlei Bestimmung zu entnehmen wäre, welche *in casu* als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG in Frage käme: Das UWG will gemäss seinem Zweckartikel nicht durch staatliche Interventionen den Wettbewerb behindern oder ausschliessen, sondern bezweckt im Gegenteil "den lauten und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten" (Art. 1 UWG). Der Begriff des unlauteren und unverfälschten Wettbewerbs bezieht sich dabei "sowohl auf Angriffe auf den Wettbewerb in Bestand und/oder Funktionsfähigkeit als auch auf Verstösse gegen die Regeln der Geschäftsmoral. Ob ein Marktverhalten den Grundsätzen des lauten und unverfälschten Wettbewerbs entspricht, ist daher umfassend an den Ergebnissen, die von einem System funktionierenden Wettbewerbs erwartet werden können, und an den Massstäben der Geschäftsmoral zu messen"¹¹⁰. Somit dient das UWG – wie auch das Kartellgesetz – dem Schutz der Institution Wettbewerb. Dies zeigt sich auch an den Schutzsubjekten des UWG, welche sowohl in den Mitbewerbern als auch den Anbietern und Abnehmern bestehen.

71. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass es sich beim UWG und Kartellgesetz um sich ergänzende Rechtserlasse zur umfassenden Absicherung der Wettbewerbsordnung handelt und entsprechend zwischen den beiden Gesetzen Anspruchskonkurrenz besteht¹¹¹.

72. Wenn auch das UWG grundsätzlich den Schutz der Institution Wettbewerb bezweckt, so ist doch dessen Art. 16 auf den Schutz der Konsumenten ausgerichtet. Denn Art. 16 UWG verfolgt das Ziel, dass der angegebene Preis dem zu bezahlenden Preis entsprechen soll, weshalb den Gewerbetreibenden eine selbstständige Pflicht zur Preisangabe auferlegt wird, sofern Waren dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden¹¹².

73. Nur solche Waren und Dienstleistungen sind von der Preisbekanntgabepflicht betroffen, die dem Konsumenten zum Kauf angeboten werden. Als Konsumenten gelten dabei gemäss Art. 2 Abs. 2 PBV Personen, die Waren oder Dienstleistungen für Zwecke kaufen, die

nicht im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen.

74. Diese Pflicht zur Preisangabe dient der Preisklarheit und -transparenz und damit dem Schutz des Konsumenten vor unlauterem Wettbewerb und irreführenden Preisen¹¹³. Hierfür legt das UWG eine grundsätzliche Pflicht zur Bekanntgabe der Preise fest. Hingegen sehen Art. 16 ff. UWG, welche als Grundlage für den Erlass der PBV dienen, keinerlei staatliche Markt- oder Preisordnung vor, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes generell oder speziell im Hinblick auf die vorliegenden Preisempfehlungen ausschliessen würde.

75. Überdies ist zu beachten, dass nach Art. 3 Abs. 1 KG öffentlich-rechtliche Preisvorschriften nur dann vorbehalten sind, "wenn sie einen Markt für bestimmte Waren oder Leistungen" regulieren. Art. 16 Abs. 1 UWG betrifft aber keinen solchen bestimmten Markt, sondern gilt allgemein für sämtliche Waren¹¹⁴.

76. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass durch die allgemeine Preisbekanntgabepflicht der Preiswettbewerb weder ausgeschaltet werden soll noch kann. Insofern wird der Schutz des Instituts Wettbewerb von der Preisbekanntgabepflicht nicht als Ganzes erfasst: Vielmehr gelangt das Kartellgesetz ergänzend zur Anwendung, so zum Beispiel, wenn die Preise durch horizontale oder vertikale Wettbewerbsabreden zustande kommen.

77. Das UWG enthält somit – zumindest im Zusammenhang mit der Preisbekanntgabe – keine vorbehaltenen Vorschriften i.S.d. Kartellgesetz¹¹⁵.

78. Eine andere Frage ist, ob Ausführungserlasse zum UWG, wozu namentlich die PBV zu zählen ist, als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu qualifizieren sind. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass es mehr als zweifelhaft ist, ob eine vom Bundesrat erlassene Ausführungsverordnung die Anwendbarkeit des KG aushebeln könnte, wenn der Vorbehalt nicht schon in der Delegationsnorm im formellen Gesetz zumindest im Ansatz enthalten ist. Da das UWG selber – wie dargelegt – keinen Vorbehalt enthält, ist somit davon auszugehen, dass auch allfällige in der PBV enthaltene Vorschriften – sollten sie denn inhaltlich effektiv eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu begründen versuchen – nicht als vorbehaltene Vorschriften i.S. des Kartellgesetzes qualifiziert werden können.

¹⁰⁸ Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (PBV; SR 942.211).

¹⁰⁹ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241).

¹¹⁰ CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel/Genf/München 2001, Art. 1 N 16.

¹¹¹ Vgl. BAUDENBACHER (zit. in Fn. 110), Art. 1 N 67 f.

¹¹² Vgl. BAUDENBACHER (zit. in Fn. 110), Art. 16 N 2. Dies geht im Übrigen auch aus Art. 1 PBV hervor, dessen Zweck darin besteht, dass Preise klar und miteinander vergleichbar sind und irreführende Preise verhindert werden.

¹¹³ Vgl. RPW 2003/1, S. 117 Rz. 64 (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

¹¹⁴ So schon RPW 2003/1, S. 118 Rz. 66 (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

¹¹⁵ RPW 2003/1, S. 118 Rz. 66 (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

79. Dennoch wird im Folgenden kurz aufgezeigt, dass die beiden in Frage stehenden Bestimmungen – Art. 13 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 2 PBV – auch inhaltlich für die vorliegend interessierenden drei Medikamente keine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.

80. Grundsätzlich bezweckt auch die PBV – gleich wie das UWG, auf welches sie sich stützt – den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten. Es kann nicht angenommen werden, dass der Bundesrat durch den Erlass der PBV den Wettbewerb in vertikaler oder in horizontaler Hinsicht behindern oder gar ausschliessen wollte, bildete doch die PBV bzw. der Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1972 betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne¹¹⁶ im Gegenteil einen Bestandteil der Massnahmen zur Teuerungskämpfung¹¹⁷. Durch diese Instrumente sollte das Preisbewusstsein gefördert und auf Preiserhöhungen aufmerksam gemacht werden¹¹⁸. Im Verlaufe der Zeit erlangten sie immer mehr an Bedeutung und wurden zu einem Mittel zur Förderung des lautereren Wettbewerbs und zur Verhinderung von Missbräuchen bei fehlenden oder irreführenden Preisangaben. Die Pflicht zur Bekanntgabe von Preisen wurde in der Folge im UWG und weiteren Ausführungserlassen verankert. Entsprechend seiner Entwicklung dient das in der PBV kodifizierte Instrument der Preisbekanntgabe nicht der Einschränkung oder gar Verhinderung des Wettbewerbs, sondern soll diesen im Gegenteil insofern fördern, als Konsumenten aufgrund der Preisbekanntgabe Produkte miteinander vergleichen und ihre Wahl treffen können. Weiter legen diese Vorschriften zur Bekanntgabepflicht bzw. zur Möglichkeit, Konsumenten Preise oder Richtpreise bekannt zu geben, keine massgeblichen ökonomischen Parameter (wie z.B. die Preisgestaltung) fest.

81. Schliesslich ist sogar fraglich, ob durch die Voraussetzung des Konsumenten als Person, welche Waren oder Dienstleistungen für Zwecke kauft, die nicht im Zusammenhang mit ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 PBV), die Abgabe von Preisempfehlungen im Bereich von rezeptpflichtigen Medikamenten überhaupt von der ratio legis der PBV erfasst wird oder nicht: Dies ist insofern unklar, als rezeptpflichtige Medikamente nicht ohne Weiteres in den Handel gelangen können. Vielmehr muss sich der Konsument bzw. Patient in einem ersten Schritt von einem Arzt untersuchen lassen; der Arzt hat eine Diagnose zu stellen und dem Patienten entsprechend ein bestimmtes Medikament zu verschreiben oder herauszugeben. Wenn auch gerade bei "Life style-Medikamenten", wozu bis zu einem bestimmten Grad auch Medikamente gegen erektile Dysfunktion zu zählen sind, der Patient selber ein Mitspracherecht bezüglich Wahl der Behandlungsmethode (z.B. Filmtablette [Viagra, Cialis, Levitra] oder intrakavernöser Injektion [Caverject]) haben dürfte, so ist es im Ergebnis doch der Arzt, der entscheidet, welches Medikament er dem jeweiligen Patienten verschreibt¹¹⁹. Die Preisempfehlungen richten sich somit nicht direkt an den Patienten bzw. Konsumenten, sondern vielmehr an diejenigen Personen, welche die Medikamente im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit verschreiben bzw. abgeben, d.h. die (SD-) Ärzte und Apotheken¹²⁰.

82. Aus den genannten Gründen kann im Bereich der hier in Frage stehenden rezeptpflichtigen Medikamente die PBV und somit auch deren Art. 18 Abs. 2 PBV nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG aufgefasst werden.

83. Daran ändert auch Art. 13 Abs. 2 PBV nichts, der vorsieht, dass Hersteller, Importeure und Grossisten für die Werbung "Richtpreise bekanntgeben" können. Denn gemäss Art. 14 Arzneimittel-Werbeverordnung (AWV)¹²¹ ist die Publikumswerbung nur für Arzneimittel der Verkaufskategorien C–E erlaubt. Bei den hier in Frage stehenden Medikamenten Cialis, Levitra und Viagra handelt es sich um Medikamente der Verkaufskategorie B, weshalb Publikumswerbung mit diesen Medikamenten nicht erlaubt ist. Somit gelangt für diese drei Medikamente Art. 13 Abs. 2 PBV, der in der PBV systematisch im 4. Kapitel "Werbung" eingeordnet ist und sich laut seinem Titel auf die "Preisbekanntgabe in der Werbung" bezieht, a priori nicht zur Anwendung.

84. Zusammenfassend wird festgestellt, dass weder das UWG noch die PBV Vorschriften enthalten, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen.

B.3.2 Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG

85. Einen Anwendungsvorbehalt begründen auch Rechtsvorschriften, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). Zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone anstelle einer staatlichen Markt- oder Preisordnung¹²² auch weniger weit reichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts *mit besonderen Rechten ausstatten*¹²³. Die Botschaft weist jedoch darauf hin, dass damit nicht der ganze wirtschaftliche Teilbereich der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird: Soweit sich Unternehmen ausserhalb des Ausnahmereichs bewegen, haben sie sich entsprechend nach wettbewerblichen Grundsätzen i.S. des Kartellgesetzes zu verhalten¹²⁴.

86. Es sind in der schweizerischen Gesetzgebung keinerlei Vorschriften ersichtlich, welche die Pharmaunternehmen Pfizer, Bayer und Eli Lilly, die Grossisten, e-mediat oder die SD-Ärzte und Apotheken zur Erfüllung

¹¹⁶ AS 1972 3059.

¹¹⁷ Vgl. Art. 1 ff. Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne (zit. in Fn. 40).

¹¹⁸ Vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 3 Bundesbeschluss betreffend Überwachung der Preise, Löhne und Gewinne (zit. in Fn. 40).

¹¹⁹ Vgl. auch Pfizer, act. n° 317, S. 18. Zusatzfragen 9 und 10.

¹²⁰ Zielpublikum der von e-mediat publizierten Daten, wozu auch die PPE gehören, sind die "Professionals im Gesundheitswesen" und nicht die Patienten bzw. Konsumenten.

¹²¹ Verordnung vom 17. Oktober 2001 über die Arzneimittelwerbung (AWV; SR 812.212.5).

¹²² Vgl. Rz. 59 ff.

¹²³ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 873 f. E. 3.2 (Unique).

¹²⁴ Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 539 f., im Sonderdruck S. 72 f.; REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff. E. 3.2.4 (Unique).

öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten bezüglich Preisfestsetzung von Cialis, Levitra und Viagra ausgestattet hätten. Somit bestehen auch keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG, welche die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ausschliessen würden¹²⁵.

B.3.3 Zwischenergebnis

87. Unter Berücksichtigung dieser Argumente ist zusammenfassend festzuhalten, dass im Bereich der drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra (Preis-) Wettbewerb nicht nur möglich, sondern auch gefordert ist. Weder existieren öffentlich-rechtliche Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG, welche den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung in wettbewerbsausschliessender Weise regulieren, noch bestehen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG, welche die Pharmaunternehmen, Zwischenhändler oder Verkaufsstellen ([SD-]Ärzte und Apotheken) der drei Medikamente zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Somit untersteht das vorliegend relevante Verhalten der Parteien der Anwendung des Kartellgesetzes.

88. Sollten die Verfahrensparteien die Ansicht vertreten, das Veröffentlichen und Einhalten von PPE für Cialis, Levitra und Viagra sei notwendig, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen, müssten sie gemäss Art. 8 i.V.m. Art. 31 KG versuchen, für ihr Verhalten eine ausnahmsweise Zulassung durch den Bundesrat zu erwirken¹²⁶.

89. Abschliessend stellt sich die Frage, inwiefern die Parteien den Einwand anbringen könnten, dass sie bei der Bekanntgabe der PPE für Cialis, Levitra bzw. Viagra auf die PBV vertraut hätten. Dieses allfällige enttäuschte Vertrauen hat jedoch keinerlei Einfluss auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes. Vielmehr kann dieses Argument im Zusammenhang mit der Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft werden¹²⁷.

B.4 Vertikale Wettbewerbsabrede über die Preise von Cialis, Levitra und Viagra

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

91. Die vom Sekretariat durchgeführte Vorabklärung hatte Mitte 2006 ergeben, dass Pfizer, Eli Lilly und Bayer der e-mediat die PPE für Cialis, Levitra und Viagra weiterleiten, damit diese die empfohlenen Publikumspreise auf ihren Datenbanken publiziert. Ein Grossteil der in der Vorabklärung befragten Apotheker hat angegeben, diese PPE zu übernehmen.

92. Ziel der vorliegenden Untersuchung ist die Klärung der Frage, ob die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten PPE sich tatsächlich wie Festpreise auswirken, indem sie von den Verkaufsstellen überwiegend eingehalten werden, und ob sie dadurch den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen oder gar beseitigen. Ebenfalls nachgegangen wird der Frage, ob zusätzlich zwischen Pfizer, Eli Lilly und Bayer eine horizontale

Preisabrede betreffend die Medikamente gegen erektile Dysfunktion besteht (vgl. Rz. 305 ff.).

B.4.1 Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG

B.4.1.1 Einleitung

93. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

94. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) Die an der Abrede beteiligten Unternehmen wirken bewusst und gewollt zusammen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Diese Definition umfasst sowohl Vereinbarungen als auch Empfehlungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

95. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die von den drei Pharmaunternehmen veröffentlichten, der Firma e-mediat überlassenen bzw. den Grossisten mitgeteilten und von den SD-Ärzten und Apotheken weitgehend befolgten PPE für Cialis, Levitra und Viagra als Wettbewerbsabreden zwischen den Pharmaunternehmen und den SD-Ärzten bzw. Apotheken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.4.1.2 Abgestimmte Verhaltensweisen

96. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen anpassen.

97. Vom unzulässigen bewussten Parallelverhalten zu unterscheiden ist das im Bereich von Art. 5 KG erlaubte Parallelverhalten: das strukturbedingte (auch natürliche, blosse, reine, nicht-kollusive) und das gewöhnliche Parallelverhalten¹²⁸. Dies gilt unbesehen der Tatsache, dass in beiden Fällen unter Umständen das gleiche Erscheinungsbild vorliegt, beispielsweise uniforme Preise. Das strukturbedingte Parallelverhalten stellt ein gleichförmiges Verhalten dar, das sich aus einer bestimmten Marktstruktur ergibt. Es fehlt somit an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Unternehmen.

98. Die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG setzt vielmehr ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bzw. ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus¹²⁹: Mehrere Unternehmen passen ihr Marktverhalten bewusst und

¹²⁵ So auch REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 876 ff. E. 3.2.4 (Unique).

¹²⁶ Vgl. etwa REKO/WEF, in: RPW 2004/3, S. 878 E. 3.4 (Unique).

¹²⁷ Vgl. dazu unten Rz. 332 ff.

¹²⁸ Vgl. zum erlaubten Parallelverhalten Rz. 308 ff. m. w. H.

¹²⁹ So BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 m. w. Nw. (= RPW 2002/4, S. 737 E. 6.3 [Buchpreisbindung]); vgl. zum Ganzen auch BGE 124 III 495 E. 2a; RPW 1997/4, S. 471 Rz. 13 (Auto Assistance Schweiz [AAS]); RPW 2001/3, S. 515 f. Rz. 23 (SUMRA/Distribution de montres); RPW 2002/1, S. 81 Rz. 16 (Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993 – 2000]); RPW 2003/2, S. 279 Rz. 33 (Fahrschule Graubünden); ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 367; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/David (Hrsg.), Band V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 68 f.

gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten anderer Unternehmen an, ohne dass Marktstrukturen gegeben sind, die ein solches Parallelverhalten erzwingen¹³⁰. Im Ergebnis tritt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs¹³¹.

99. Im Gegensatz zu Wettbewerbsabreden z.B. in Form von schriftlichen Verträgen, Gentlemen's Agreements und Beschlüssen liegt es gerade in der Natur der so genannten "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen", dass sie sich in der Regel nicht anhand von physisch vorhandenen Urkunden belegen lassen. Aus diesem Grund wird in der Literatur und der Judikatur hervorgehoben, dass die Wettbewerbsbehörden Hinweise auf ein unerlaubtes, bewusstes Parallelverhalten in vielen Fällen nur aus Indizien gewinnen können¹³². Dabei ist anerkannt, dass z.B. Gleichverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise indizieren¹³³, und die Existenz eines ehemaligen kollusiven Verhaltens einen kooperationsfördernden Faktor für ein späteres kollusives Verhalten darstellen kann¹³⁴.

100. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass der Nachweis eines eigentlichen Plans kein Erfordernis für das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise sein kann: "Das stillschweigende Abstimmen setzt lediglich voraus, dass ein Unternehmen ein bestimmtes Verhalten einschlägt in der Erwartung, dass ihm die anderen Marktteilnehmer folgen werden, und dass diese anderen Marktteilnehmer in Kenntnis der Erwartung eben dieser Erwartung folgen. Es sind also tatsächlich eigene Handlungen, gekoppelt mit bestätigten Erwartungen gleicher Handlungen anderer, die *mutatis mutandis* zur Gegenseitigkeit führen"¹³⁵. Als Paradebeispiel für eine Abstimmung des Verhaltens werden in der Literatur Empfehlungen genannt¹³⁶.

B.4.1.3 Preisempfehlungen: Allgemeines

101. Anders als im KG 1985 sind Empfehlungen im KG 1995 nicht mehr ausdrücklich aufgeführt, sondern fallen allenfalls unter den Begriff der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen¹³⁷. Als Empfehlungen gelten einseitige Anweisungen ohne rechtliche Durchsetzbarkeit, die z.B. von Verbänden oder Herstellern ihren Mitgliedern bzw. Händlern bekannt gegeben werden und einen wettbewerbsrechtlich relevanten Inhalt haben (z.B. Preisempfehlungen, -konditionen, -kalkulationsmethoden etc.)¹³⁸. Dabei ist anerkannt, dass z.B. Empfehlungen, beim Verkauf von Gütern Richt- oder Listenpreise einzuhalten, oder die öffentliche Bekanntgabe solcher Preise als "Preisinformationssystem" eine "kollusive Preisfestsetzung unter Wettbewerbern zur Folge haben können"¹³⁹. Da die Abgabe von Informationen an die Öffentlichkeit, insbesondere über Preise, auf der einen Seite ein Mittel der Unternehmen darstellen kann, zu Geschäftsabschlüssen zu kommen, aber auf der anderen Seite auch Grundlage für abgestimmtes Verhalten unter Wettbewerbern sein kann¹⁴⁰, sind Empfehlungen generell weder als volkswirtschaftlich nützlich noch schädlich zu werten.

102. In der Lehre ist die Frage, unter welchen Umständen eine Empfehlung den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt, umstritten¹⁴¹. Nach der einen Lehrmeinung, die restriktiver ist als der an sich offene Wortlaut des

Gesetzes, lassen sich Empfehlungen nur dann unter die gesetzliche Regelung subsumieren, wenn die Empfehlung von den betroffenen Unternehmen tatsächlich befolgt und damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken indiziert wird¹⁴². Wird die Empfehlung hingegen nicht befolgt, so fehlt es nach dieser Ansicht am wesentlichen Tatbestandselement des bewussten und gewollten Zusammenwirkens. Selbst wenn eine Empfehlung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, jedoch von den Empfehlungsempfängern nicht überwiegend befolgt wird, kann sie nicht als Wettbewerbsabrede gelten.

103. Eine zweite Lehrmeinung hält einer solchen Auslegung entgegen, dass dadurch das Bestreben des Gesetzgebers unterlaufen werde, den Begriff der Wettbewerbsabrede möglichst weit zu fassen. Empfehlungen seien als Wettbewerbsabreden zu betrachten, unabhängig davon, ob die Unternehmen sie befolgen oder nicht¹⁴³. Bei der Entscheidung, ob eine Empfehlung eine Wettbewerbsabrede darstelle, nur auf das Befolgen abzustellen, sei nicht mit dem Ziel des Gesetzgebers vereinbar, eine europakompatible Rechtslage zu schaffen. Schliesslich sei die Frage des Anwendungsbereiches des Kartellgesetzes nicht mit der Frage zu verwechseln, ob ein Verhalten nach dem Kartellgesetz erlaubt sei oder nicht¹⁴⁴.

¹³⁰ ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, in: Stämpflis Handkommentar zum KG, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 4 N 12.

¹³¹ Vgl. dazu und zum Folgenden statt aller BGE 129 II 18, S. 27 E. 6.3 (= RPW 2002/4, S. 737 E. 6.3 [Buchpreisbindung]); RPW 2005/1, S. 192 Rz. 6 (Betonsan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko); RPW 2004/4 S. 1057 ff. Rz. 48 ff. (Vertrieb von Tierarzneimitteln); RPW 2003/2, S. 278 f. Rz. 30 ff. (Fahrschule Graubünden); RPW 2002/2, S. 241 ff. Rz. 9–13 (Richtpreise für Heizöl); BORER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 14; sowie ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 202 und 367 m. w. H. auf EuGH, Rs. 52/69, Slg. 1972, 787 Rz. 26.

¹³² So explizit ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Rz. 1324; RPW 2004/4, S. 1059 Rz. 55 (Vertrieb von Tierarzneimitteln); vgl. auch KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 13; BGE 129 II 18, 27 E. 6.3; EuGH i.S. Geigy/Kommission (Farbstoff-Urteil), Slg. 1972, 836 E. 37.

¹³³ BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 m. w. H.

¹³⁴ Auf diese Pfadabhängigkeit weisen etwa hin: MATTHEW B. KREPPS, 1999, "Facilitating Practices and the Path-Dependence of Collusion", International Journal of Industrial Organization, 17, S. 887 ff.; National Economic Research Associates, "Merger Appraisal in Oligopolistic Markets", Office of Fair Trading, Research Paper 19, 1999, S. 86.

¹³⁵ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 46.

¹³⁶ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 46.

¹³⁷ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 545, im Sonderdruck S. 79; SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 36; KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 14.

¹³⁸ PIERRE-ALAIN KILLIAS, in: Commentaire romand (zit. in Fn. 95), Art. 4 Abs. 1 N 27; KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 14.

¹³⁹ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 374 m. w. H.

¹⁴⁰ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 367 m. w. H.

¹⁴¹ Vgl. dazu KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 14 ff. m. w. H.

¹⁴² SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 36 ff.; ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 246; KÖCHLI/REICH (zit. in Fn. 130), Art. 4 N 16; MANI REINERT, Preisgestaltung, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Band IX, Basel/Genf/München 2005, N 4.5.

¹⁴³ KILLIAS (zit. in Fn. 138), Art. 4 Abs. 1 N 26 ff.

¹⁴⁴ KILLIAS (zit. in Fn. 138), Art. 4 Abs. 1 N 28 f.

104. Einer dritten Lehrmeinung zufolge genügt die Befolgung bei vertikalen Preisempfehlungen nicht, um den Tatbestand der Abrede zu erfüllen. Gemäss dieser Auffassung müssten die Preisempfehlungen vielmehr mit zusätzlichen Elementen (wie z.B. der Ausübung von Druck oder der Gewährung von Anreizen) verbunden werden, damit von einer Abrede gesprochen werden kann¹⁴⁵. Einige Parteien haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag dem Sekretariat vorgeworfen, sich auf die falsche Literatur gestützt und diese dritte Lehrmeinung betreffend vertikale Abreden ignoriert zu haben¹⁴⁶. Gemäss Auffassung dieser Parteien ist die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen Voraussetzung für das Vorliegen einer vertikalen Abrede (bzw. einer Abrede über Festpreise).

105. In diesem Zusammenhang werfen diese Parteien dem Sekretariat auch vor, das europäische Recht nicht berücksichtigt zu haben¹⁴⁷. Sie sind der Auffassung, dass sowohl der Gesetzgeber als auch die Weko Verhaltensweisen, welche EU-konform seien, nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumieren wollten. Gemäss Art. 4 Bst. a Vertikal-GVO¹⁴⁸ würden unverbindliche Preisempfehlungen in der EU nicht unter Art. 81 Abs. 1 EG fallen, soweit nicht mit Druck oder Anreizen auf ihre Realisierung hingewirkt werde.

106. Voraussetzung sowohl für horizontal als auch für vertikal abgestimmte Verhaltensweisen ist das Vorliegen eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens, das eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Anlässlich der Prüfung einer vertikal abgestimmten Verhaltensweise ist es naheliegend, die bei der Prüfung von horizontalen Abreden angewendeten Kriterien – einschliesslich des Befolgungsgrades – zu berücksichtigen. Daneben können zusätzliche Elemente berücksichtigt werden, welche darlegen, dass die Befolgung auf eine Abstimmung zurückzuführen ist. Die Ausübung von Druck oder die Gewährung von Anreizen bilden solche Elemente, allerdings nicht die Einzigen. Vorliegend weisen denn auch andere Elemente auf eine abgestimmte Verhaltensweise hin.

107. In Zusammenhang mit Preisempfehlungen ist schliesslich Ziff. 11 Vert-BM¹⁴⁹ zu beachten: Abs. 1 dieser Bestimmung besagt, dass bei Preisempfehlungen von Herstellern an Weiterverkäufer oder Händler im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG vorliegt. Nach Abs. 2 fallen bei dieser Prüfung insbesondere die nachstehenden Umstände ins Gewicht, wobei selbstredend nicht alle Kriterien gleich schwer zu gewichten sind und nicht alle gleichzeitig erfüllt sein müssen:

- a. "der Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler;
- b. der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind;
- c. der Umstand, dass Preisempfehlungen, die von Herstellern oder Lieferanten in Schweizerfranken auf den Produkten, Verpackungen oder in Katalo-

gen etc. angebracht werden, nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet sind;

- d. der Umstand, dass das Preisniveau der von den Preisempfehlungen betroffenen Produkte bei vergleichbarer Gegenleistung deutlich höher liegt als im benachbarten Ausland;
- e. der Umstand, dass die Preisempfehlungen tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt werden."

108. Ziff. 11 Vert-BM enthält sowohl "Aufgreifkriterien", welche sich auf den Abredobegriff von Art. 4 Abs. 1 KG beziehen, als auch "Beurteilungskriterien", welche die Frage der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Abrede nach Art. 5 KG betreffen. Im Zusammenhang mit dem Abredobegriff sind insbesondere Bst. a, b, c und e von Bedeutung, wobei es zu beachten gilt, dass einige davon auch für die Frage der Erheblichkeit relevant sind.

109. An dieser Stelle kann die Streitfrage, ob bzw. inwieweit die Preisempfehlung für das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede befolgt werden muss, offen gelassen werden. Denn, entgegen den Behauptungen der Parteien, liegen verschiedene Elemente vor, welche das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise darlegen (vgl. Rz. 111 ff.).

B.4.1.4 Konkrete Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra

110. Die Parteien bestreiten das Vorliegen einer Abrede zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen¹⁵⁰. Sie sind der Auffassung, dass es zu keinem bewussten und gewollten Zusammenwirken gekommen sei und dass die praktizierten Verhaltensweisen weder zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen noch eine solche bezwecken. Auf die vorgebrachten Argumente wird in den folgenden Abschnitten eingegangen.

¹⁴⁵ MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 91; BORER (zit. in Fn. 96), S. 160; PETER MÜNCH/CHRISTOPHE MAILLEFER/PATRICK HUNGER, Vertriebssysteme, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Band IX, Basel/Genf/München 2005, Rz. 7.50.

¹⁴⁶ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 170 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 45 ff.

¹⁴⁷ Pfizer, act. n° 559, Rz. 155 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 160 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 51 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 550, Abschnitt "Keine Wettbewerbsabrede".

¹⁴⁸ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO).

¹⁴⁹ Bekanntmachung der Weko vom 2.7.2007 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikal-Bekanntmachung, Vert-BM); vgl. <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (Stand: 30.11.2009).

¹⁵⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 44 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 117 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 171 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 553, Abschnitt "Keine Wettbewerbsabrede"

B.4.1.4.1 Befolgungsgrad

111. Ein Element, welches auf das Vorliegen einer Abrede hinweisen kann, ist die Anzahl Adressaten, welche die Empfehlung grundsätzlich einhalten. In ihrer bisherigen Praxis im Rahmen horizontaler Abreden hat die Weko konkrete Empfehlungen, welche von 81 %¹⁵¹ und 74 %¹⁵² der Empfehlungsempfänger befolgt wurden, als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert

112. Die Auswertung der 799¹⁵³ Fragebögen hat Folgendes ergeben: In der Schweiz legten in den Jahren 2005 und 2006 81.7 %¹⁵⁴ der SD-Ärzte und 89.3 %¹⁵⁵ der Apotheken die Publikumspreise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis fest. Die restlichen 18.3 % bzw. 10.7 % legten die Preise unabhängig vom empfohlenen Publikumspreis fest, mehrheitlich mit Abweichungen nach unten von 1,5 % bis mehr als 5 %.

Tabelle 2: Preispolitik der SD-Ärzte und Apotheken in Zusammenhang mit Cialis, Levitra und Viagra in der Schweiz (Stand anfangs 2007)

Preispolitik	SD-Ärzte	Apotheken
Einhaltung der PPE (inkl. Rabatt)	81.7 %	89.3 %
Keine Einhaltung der PPE	18.3 %	10.7 %
Total	100.0 %	100.0 %

Quelle: Auswertung Fragebögen; Berechnung: Sekretariat.

113. Entgegen den Ausführungen der Parteien¹⁵⁶ sind an dieser Stelle diejenigen Verkaufsstellen, welche angegeben haben, die PPE grundsätzlich einzuhalten, als Abredeteilige zu berücksichtigen, auch wenn sie Rabatte gewähren. Die Tatsache, dass Rabatte gewährt werden, ist erst im Zusammenhang mit den Auswirkungen der Abreden auf dem Markt relevant, weshalb dieser Umstand auch dort berücksichtigt wird (s. Rz. 210 ff.). Es ist nämlich darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Analyse zwei Arten von Befolgungsgraden unterschieden werden müssen: Der erste Befolgungsgrad, der anlässlich der Beurteilung betreffend das Vorliegen einer Abrede relevant ist, bezieht sich auf die Anzahl Verkaufsstellen, welche angegeben haben, Viagra, Cialis und Levitra grundsätzlich zum empfohlenen Publikumspreis zu verkaufen. Der zweite Befolgungsgrad gibt dagegen die Anzahl Packungen wieder, welche von den Verkaufsstellen zum empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden, und spielt erst bei den Auswirkungen der Abreden auf dem Markt eine Rolle.

114. Pfizer und Eli Lilly haben zusammen RBB Economics (RBB) beauftragt, Stellung zum Antrag des Sekretariats und insbesondere zu dem vom Sekretariat berechneten Befolgungsgrad sowie zu den vom Sekretariat dargestellten Auswirkungen der PPE auf den Markt zu nehmen¹⁵⁷. In seinem Gutachten kommt RBB zum Schluss, dass der tatsächliche Einhaltungsgang in Wirklichkeit viel tiefer als der vom Sekretariat berechnete sei.

115. Die von RBB vorgebrachten Argumente beziehen sich hauptsächlich auf die Anzahl Packungen, welche zum empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Auf diese wird dementsprechend im Zusammenhang mit der Analyse der Auswirkungen der PPE auf den Markt eingegangen (s. Rz. 208). An dieser Stelle sind folgende Ausführungen betreffend das Gutachten RBB relevant:

116. RBB unterscheidet nicht zwischen zwei Arten von Befolgungsgraden und ist insbesondere der Auffassung,

dass auch im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Abrede vorliegt, auf die Auswirkungen auf dem Markt Bezug genommen werden muss¹⁵⁸. RBB berechnet dennoch auch einen Befolgungsgrad anhand der Anzahl Verkaufsstellen und kommt zu einem Befolgungsgrad für die Jahre 2004 bis 2006 für Viagra¹⁵⁹ (50mg x 12) von 68.1 %, 65 % und 66 % und für Cialis (20mg x 8) von 61.3 %, 57.7 % und 20.6 %¹⁶⁰.

117. Diese Zahlen unterscheiden sich von denjenigen in Tabelle 2. Die abweichenden Ergebnisse sind insbesondere darauf zurückzuführen, dass RBB bei diesen Berechnungen – zu Unrecht – auf die durchschnittlichen Verkaufspreise der tatsächlich verkauften Packungen abstellt, anstatt die von der jeweiligen Verkaufsstelle angegebene Preispolitik als massgebend zu betrachten (vgl. Rz. 113). Des Weiteren sind die unterschiedlichen Ergebnisse auch darauf zurückzuführen, dass RBB nur diejenigen Fragebögen ausgewertet hat, in welchen auch Angaben zu den tatsächlich verkauften Packungen

¹⁵¹ RPW 2001/3, S. 515 f. Rz. 23 (SUMRA/Distribution de montres).

¹⁵² RPW 2003/2, S. 280 Rz. 60 (Fahrschule Graubünden).

¹⁵³ Im Rahmen der Untersuchung wurden 417 Fragebögen durch SD-Ärzte und 380 durch Apotheken beantwortet. Anlässlich der Auswertung konnten nur 290 Fragebögen von SD-Ärzten und 373 Fragebögen von Apotheken berücksichtigt werden. In den anderen Fällen wurden von den jeweiligen Verkaufsstellen keine Medikamente verkauft.

¹⁵⁴ 237 SD-Ärzte von insgesamt 290 berücksichtigten Antworten haben auf die Frage "Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?" mit ja geantwortet.

¹⁵⁵ 333 Apotheken von 373 berücksichtigten Antworten haben auf die Frage "Entspricht der empfohlene Preis für die drei Medikamente dem Publikumspreis?" mit ja geantwortet.

¹⁵⁶ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 77 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 234; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 502, Abschnitt "Zu den einzelnen vom Sekretariat geprüften Kriterien".

¹⁵⁷ Das Gutachten RBB findet sich in folgenden Akten: Pfizer, act. n° 559, Beilage 1 sowie Eli Lilly, act. n° 557, Beilage 6.

¹⁵⁸ S. Eli Lilly, act. n° 582, S. 3.

¹⁵⁹ RBB (zit. in Fn. 157), S. A10.

¹⁶⁰ RBB (zit. in Fn. 157), S. A13.

(Umsatz und Menge) enthalten waren. An den in Tabelle 2 wiedergegebenen Befolgungsgraden von 81.7 % für die SD-Ärzte und 89.3 % für die Apotheken ist somit festzuhalten.

118. Insofern zeigt sich auch, dass die Argumente der Parteien, die PPE seien als nicht verbindliche "grobe Orientierungshilfe für den Apotheker, Drogisten oder den selbstdispensierenden Arzt gedacht"¹⁶¹ und die Apotheker würden "den effektiven Publikumspreis selbständig, ausgehend von den jeweiligen Rahmenbedingungen (Kostenstruktur des Betriebes, kaufmännisches Geschick des Geschäftsinhabers etc.)" festlegen¹⁶², nicht der gelebten Realität entsprechen. Die Pharmaunternehmen kennen aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung die Gegebenheiten auf dem Schweizer Medikamentenmarkt bestens. Auch wenn sie – wie sie geltend machen – keine Überprüfung der Befolgung der Publikumspreise durchgeführt haben¹⁶³, dürften sie kaum ernsthaft bestreiten, sich bewusst zu sein, dass die von ihnen veröffentlichten PPE von den Verkaufsstellen nicht bloss als grobe Orientierungshilfe, sondern häufig als Preisvorgabe wahrgenommen und auch verwendet werden (s. Rz. 126, Rz. 262 und Rz. 292).

119. Unter den gegebenen Umständen ist das Vertrauen darauf, dass die "Fachpersonen mit der gegenwärtigen Rechtslage vertraut sind und wissen, dass der effektive Publikumspreis durch die Abgabestelle (Apotheke, Drogerie, SD-Arzt) festgelegt wird"¹⁶⁴, sowie dass diese die empfohlenen Preise nicht einhalten, sondern den Preis selbständig festlegen, als wenig glaubwürdig zu betrachten. Dies auch aufgrund der Rolle einiger Datenbanken in diesem Sektor, welche die Kollusion zwischen den Marktakteuren begünstigen (Rz. 41 ff.). Die Versuchung für eine Apotheke, die an der Kasse eingelesene PPE tatsächlich einzuhalten, ist stark, zumal dieser Vorgang der Apotheke auch zugute kommt (vgl. Rz. 123 ff. und Rz. 134 ff.).

120. Auch die Hinweise, seit dem Markteintritt von Gruppen wie SunStore oder Amavita hätte sich der Wettbewerb generell intensiviert und es sei auch der "Verzicht auf Taxpunkte"¹⁶⁵ zu beobachten, um Marktvorteile zu erzielen¹⁶⁶, sind für das vorliegende Verfahren unbehilflich: [...¹⁶⁷; ...¹⁶⁸]. Andererseits sind für die Hors-Liste Medikamente Cialis, Levitra und Viagra keine Taxen vorgesehen. Die LOA darf nur bei SL-Medikamenten der Listen A und B (Rezeptpflicht) erhoben werden ("SL-Rx-Medikamente"). Bei Hors-Liste Medikamenten (sowohl Rx als auch OTC¹⁶⁹) darf keine Apotheker- oder Patientenpauschale verrechnet werden, also auch nicht für Cialis, Levitra und Viagra.

121. Ob eine bestimmte Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung effektiv bezweckt, ist für den Abredebegriff nach Art. 4 Abs. 1 KG im Übrigen nicht vorausgesetzt. Vielmehr ist es genügend, wenn die Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Als was die Empfehlungen von den Pharmaunternehmen "gedacht" sind und auf was die Pharmaunternehmen "vertrauen", ist für das Tatbestandsmerkmal der Abrede folglich irrelevant, sofern die Empfehlungen auf dem Markt – wie vorliegend (vgl. Rz. 112 und Rz. 202 ff.) – faktisch eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

122. Entgegen der Auffassung der Parteien¹⁷⁰ stellt vorliegend die Befolgung nicht das einzige Indiz für eine Abrede dar, sondern es liegen vielmehr zusätzliche Elemente vor, welche darlegen, dass die Befolgung eine Verhaltensabstimmung darstellt. Den folgenden Abschnitten (Rz. 123 ff., Rz. 134 ff. und Rz. 144 ff.) ist zu entnehmen, dass die Veröffentlichung von PPE und deren Befolgung aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen darstellen, welche als Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind.

B.4.1.4.2 Früheres kollusives Verhalten („Sanphar“)

123. Dass die Preisempfehlungen als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu betrachten sind, wird auch durch die Tatsache unterstützt, dass eine der Grundideen der damaligen Margenordnung Sanphar, wie im Folgenden gezeigt wird, zumindest zum Teil bis heute überlebt hat.

124. Im Rahmen des ehemaligen Vereins Sanphar wurden zwischen den Herstellern, Grossisten und Verkaufsstellen Vereinbarungen geschlossen, welche u.a. darin bestanden, auf Stufe der Fachhändler und der SD-Ärzte die Höchstmargen durch die zwischen allen Marktpartnern vereinbarte Margenordnung in Prozenten des Publikumspreises oder in festen Frankenbeträgen zu fixieren¹⁷¹. Schon im Jahre 2000 hielt die Weko in ihrer Verfügung fest, dass durch die zur Beurteilung stehende Abrede die Verkaufspreise der Fachhändler und SD-Ärzte direkt fixiert wurden: "Der Preis als Wettbewerbsparameter wird ausgeschaltet. Die Margenordnung der Sanphar führt unter den Fachhändlern und SD-n zu einer Ausschaltung des Preiswettbewerbs. Die Margenordnung bewirkt, dass die grosse Mehrzahl aller Medikamente in einer definierten Mengeneinheit (z.B. ein

¹⁶¹ Vgl. Bayer, act. n° 73, Antwort 2; Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 3.a.; Pfizer, act. n° 47, Antwort 2.

¹⁶² Bayer, act. n° 73, Antwort 3.a.

¹⁶³ Bayer, act. n° 73, Antwort 3.a. und b; Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 3.b.; Pfizer, act. n° 47, Antwort 3.b., 8.b.

¹⁶⁴ Bayer, act. n° 73, Antwort 2.

¹⁶⁵ Gemeint sind wohl primär die Apotheker- und die Patientenpauschale im Rahmen der LOA (Leistungsorientierte Abgeltung der Apothekerdienstleistungen). Vgl. Art. 25 Abs. 2 Bst. h KVG, Art. 4a Verordnung des EDI vom 29. September 1995 über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, Krankenpflege-Leistungsverordnung (KLV; SR 832.112.31) und den LOA-Tarifvertrag II (LOA II; www.pharmasuisse.org/de/media/themenschwerpunkte/LOA/SAVTarifvertragD.pdf [Stand: 30.11.2009]).

¹⁶⁶ So Bayer, act. n° 344, Antwort 5, 6.

¹⁶⁷ [act. n° ...]; [act. n° ...].

¹⁶⁸ Bayer weist darauf hin, dass es sich ihrer Kenntnis entziehe, ob es in den Apotheken auch Aktionen für Levitra gibt (Bayer, act. n° 344, Antwort 6).

¹⁶⁹ "Over The Counter" (über den Ladentisch) Medikamente sind in Apotheken, Drogerien, Arztpraxis sowie Spitäler ohne Rezept erhältlich.

¹⁷⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 44 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 106 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 171 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 553, Abschnitt "Keine Wettbewerbsabrede".

¹⁷¹ M. a. W. kam dem Fachhandel (Apotheken und Drogerien) eine bestimmte in Prozent des Verkaufspreises des Medikaments berechnete Marge zu. Vgl. die Verfügung der Weko vom 7. Juni 2000, RPW 2000/3, S. 320 ff. Rz. 1 ff., insb. S. 373 Rz. 132 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

Medikament oder ein ganzes Bündel), in einer festgelegten Qualität (eines bestimmten Herstellers, in einer bestimmten Darreichung) und zu einem gegebenen Zeitpunkt von den SD-Ärzten und Fachhändlern in der Schweiz den Konsumenten (Patienten) zum selben Preis angeboten werden"¹⁷². Die Weko stellte fest, dass die Festlegung der Margen für den gesamten Fachhandel und für die SD-Ärzte eine unzulässige Preisabrede darstellte¹⁷³. Entsprechend hat die Weko mit Verfügung vom 7. Juni 2000 die Margen- und Rabattordnung von Sanphar unter Sanktionsandrohung für den Widerhandlungsfall verboten¹⁷⁴.

125. Wie den folgenden Ausführungen entnommen werden kann, hat sich im Laufe des Verfahrens gezeigt, dass eine der Grundideen der damaligen Margenordnung – nämlich einheitliche Margen und somit im Ergebnis einheitliche Publikumspreise – bis heute überlebt hat. Dies zeigt sich daran, dass einerseits die Pharmaunternehmen die PPE für Cialis, Levitra und Viagra immer noch unter Anwendung der damaligen Margenordnung berechnen und andererseits die Verkaufsstellen die kommunizierten PPE erwarten und überwiegend immer noch einhalten.

126. Am 22. Juni 2004 hat Pfizer den Apotheken ihre Absicht mitgeteilt, die Berechnungsmethode für die PPE

umzustellen und diese nicht mehr nach der sogenannten "Marktordnung"¹⁷⁵, sondern nach der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) zu berechnen¹⁷⁶. Wie aus Tabelle 3 zu entnehmen ist, führt die Berechnung nach dieser Methode zu einer tieferen Marge und einem tieferen Verkaufspreis als nach der Margenordnung Sanphar (s. auch Tabelle 4). Die Verkaufsstellen reagierten sehr schnell, heftig und negativ auf die Herabsetzung der Preise und der Margen, was Pfizer dazu veranlasste, die PPE vorerst nicht mehr zu publizieren¹⁷⁷. Dies löste allerdings noch heftigere Reaktionen seitens der Verkaufsstellen aus (vgl. Rz. 136). In der Folge gab Pfizer nach, erhöhte die PPE auf den alten Stand – indem sie die PPE wieder nach der "alten Berechnungsformel" zur Verfügung stellte¹⁷⁸ – und veröffentlichte sie auch wieder¹⁷⁹. Pfizer berechnet die PPE für Viagra auch heute noch nach der Margenordnung Sanphar¹⁸⁰. Das Gleiche gilt auch für Eli Lilly und Bayer. Zwar bestreiten Bayer und Eli Lilly, die PPE für Levitra bzw. für Cialis nach der Methode Sanphar zu berechnen¹⁸¹. Aus Tabelle 3 geht jedoch klar hervor, dass die von Bayer und Eli Lilly empfohlenen Publikumspreise für Levitra und Cialis nicht unter Anwendung der SL-Methode haben zustande kommen können. Denn die Berechnung der PPE für Cialis, Levitra und Viagra nach der Formel des BAG für SL-Produkte führt zu den folgenden Resultaten:

Tabelle 3: Vergleich zwischen den von Bayer, Eli Lilly und Pfizer empfohlenen Publikumspreisen und den hypothetischen Preisen, welche in Anwendung der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) resultieren würden, für die zwei meistverkauften Medikamente jedes Pharmaunternehmens im Jahr 2006

in CHF	Empfohlene Publikumspreise*	Publikumspreise gemäss SL-System*	Δ
CIALIS (20x8)	165.47	149.02	-11.0 %
CIALIS (20x12)	245.13	215.53	-13.7 %
VIAGRA (50x12)	207.54	166.65	-24.5 %
VIAGRA (100x12)	237.87	201.15	-18.3 %
LEVITRA (10x12)	203.13	159.84	-27.1 %
LEVITRA (20x12)	232.42	189.89	-22.4 %

*ohne MWSt

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

¹⁷² RPW 2000/3, S. 379 Rz. 144 i.V.m. 168 und 197 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁷³ RPW 2000/3, S. 379 Rz. 143 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁷⁴ RPW 2000/3, S. 395 f., Dispositiv (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁷⁵ In einem Brief vom Juli 2004 an die Apotheken (act. n° 269, Beilage 2) erwähnt Pfizer, dass "in ihrem Schreiben vom August 2001 IHA [erwähnt], dass Galexis, Publikumspreise für nicht SL-Produkte, nach der sogenannten "Marktordnung" berechnet, welche notabene seit der Einführung des HMG's keine Gültigkeit mehr hat". Gemeint ist damit die im Rahmen von Sanphar angewendete Margenordnung; Vgl. auch Pfizer, act. n° 317, Antwort 5a.

¹⁷⁶ Pfizer, act. n° 269, Beilage 1.

¹⁷⁷ In ihrem Schreiben vom Juli 2004 (act. n° 269, Beilage 2) teilte Pfizer den Apotheken ihre Absicht mit, e-mediat die PPE nicht mehr zu kommunizieren.

¹⁷⁸ Pfizer, act. n° 269, Antwort 2a, Beilage 2 und Beilage 3.

¹⁷⁹ Zum Ganzen: Pfizer, act. n° 269, Antwort 2a; act. n° 317, Antworten 3, 9 und 10.

¹⁸⁰ Pfizer, act. n° 235, Antwort 23a.

¹⁸¹ Bayer gibt an, [...] (Bayer, act. n° 221, Antwort 22a sowie act. n° 556, Rz. 80). Eli Lilly macht geltend, [...] (Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 102).

127. Von der bis in das Jahr 2000 bestehenden Marktordnung Sanphar hatten – soweit ersichtlich – praktisch alle Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen Kenntnis. Zumindest waren sich die Marktteilnehmer bewusst, dass ein bestimmtes Produkt auf dem Markt weitgehend zum selben Preis angeboten wird.

128. Wie unten in Rz. 202 ff. ausgeführt, hat sich auch mehrere Jahre nach Auflösung des Vereins Sanphar das Verhalten dieser Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen nicht grundlegend geändert. Obwohl der Verein formell nicht mehr besteht, halten die Verkaufsstellen die von den Pharmaunternehmen veröffentlichten PPE *de facto* weitgehend ein.

129. Aufgrund der heterogenen Strukturen auf Seiten der Verkaufsstellen hätte die Aufhebung der unzulässigen Margen- und Rabattordnung Sanphar vor beinahe zehn Jahren bei funktionierendem Wettbewerb dazu führen müssen, dass ein nennenswerter Teil der Apotheken und SD-Ärzte unterschiedliche Preise für verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente verlangt. *De facto* blieb die starre Preisordnung aufgrund der PPE auch im Hors-Liste Bereich jedoch bis heute nahezu unverändert erhalten. Würde jede einzelne Apotheke und jeder SD-Arzt den Verkaufspreis für jedes einzelne dieser drei Hors-Liste Medikamente nach betriebswirtschaftlichen Kriterien berechnen, so wäre die Wahrscheinlichkeit gering, dass 81.7 % der SD-Ärzte und 89.3 % der Apotheken (vgl. Tabelle 2) zu einem identischen Verkaufspreis kommen: Namentlich zu dem Betrag, den die Pharmaunternehmen unter Anwendung der Margenordnung unverbindlich empfehlen. Vielmehr müssten die Verkaufsstellen je nach Gewichtung der verschiedenen Preisfaktoren wie Personalkosten, Mieta Verkaufsort, Umsatzvolumen mit den einzelnen Verkaufseinheiten der drei Medikamente zum Ergebnis kommen, dass diese zu höheren oder zu tieferen als den empfohlenen Publikumspreisen abgegeben werden können. Die weitgehende Befolgung der PPE und die daraus resultierende Einheitlichkeit der Preise ist folglich ein Indiz dafür, dass die Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen davon abgesehen haben, für die Verkaufseinheiten der drei Medikamente eine unternehmens- bzw. produktspezifische Preisberechnung vorzunehmen. Die vorliegende Einheitlichkeit spricht vielmehr für eine abgestimmte Verhaltensweise.

130. Entgegen der Auffassung der Parteien¹⁸², welche den Einfluss von Sanphar auf den vorliegenden Sachverhalt verneinen, belegen diese Umstände, dass die ehemalige Margenordnung Sanphar bzw. deren "ratio", die im Ergebnis auch einheitliche Publikumspreise vorsah, faktisch weiterhin das Verhalten wichtiger Marktteilnehmer massgeblich beeinflusst. Die ehemalige Preisabrede und somit die historische Gewissheit, dass ein bestimmtes Medikament in einer definierten Mengeneinheit, in einer festgelegten Qualität und zu einem gegebenen Zeitpunkt in der Schweiz zum gleichen Preis angeboten wurde¹⁸³, dienen auch heute noch als kooperationsförderndes Element, mit dessen Hilfe die Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen der drei Medikamente das Verhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und sich angleichen bzw. aufeinander abstimmen können¹⁸⁴.

131. Dabei steht heute nicht mehr eine Margen- und Rabattordnung im Zentrum, sondern die Veröffentlichung und die weitgehende Befolgung von PPE durch die Pharmaunternehmen und die Verkaufsstellen. Indem einerseits alle drei Pharmaunternehmen – gestützt auf die Margenordnung Sanphar – PPE für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra abgeben und andererseits fast alle Verkaufsstellen diese Empfehlungen in den meisten Fällen einhalten und dadurch abschätzen können, wie sich die Anderen verhalten, gelingt ihnen der Ausschluss des Risikos freien Wettbewerbs. Die ehemalige Preisabrede stellt somit zumindest eine Mitursache für das heute vorliegende System der weitgehend eingehaltenen PPE dar.

132. Auch aus diesen Gründen erhellt, dass das Verhalten der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra eine abgestimmte Verhaltensweise der Marktteilnehmer und damit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt.

133. Pfizer und Eli Lilly bestreiten den Einfluss von Sanphar auch anhand einer von RBB durchgeführten Margendispersionsanalyse. Auf dieses Argument wird in Rz. 138 eingegangen.

B.4.1.4.3 Berücksichtigung der Interessenlage der beteiligten Unternehmen

134. Zur Beantwortung der Frage, ob Preisempfehlungen eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen oder nicht, können weitere Kriterien herangezogen werden. Ein solches Kriterium bildet der Umstand, dass die Preisempfehlungen mit der Ausübung von Druck oder der Gewährung spezifischer Anreize verbunden sind (vgl. Ziff. 11 Abs. 2 Bst. b Vert-BM sowie Rz. 104 ff.). Als weiteres Kriterium wird in der Lehre ausgeführt, dass Preisempfehlungen, welche der Hersteller völlig einseitig und ohne Anregung von Seiten seiner Abnehmer abgibt, eher gegen eine Abstimmung des Verhaltens sprechen. Umgekehrt sind Empfehlungen eines Herstellers, welche auf Anregung gewisser Abnehmer erfolgen, tendenziell abgestimmte Verhaltensweisen¹⁸⁵.

135. Entsprechend dürfte es bei Preisempfehlungen, welche der Hersteller ausschliesslich in seinem Interesse abgibt, weil er vermeiden möchte, dass seine Produkte auf der Handelsstufe zu unterschiedlichen Preisen angeboten werden, an der Koordination fehlen. Bei Preisempfehlungen hingegen, die auch oder sogar überwiegend im Interesse der Empfehlungsempfänger abgegeben werden, liegt eine Abstimmung der Verhaltensweise nahe.

¹⁸² Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 98 ff., 108 ff., 183 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 120 ff., 285 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 80 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 526, Abschnitt "Zu den einzelnen vom Sekretariat geprüften Kriterien".

¹⁸³ RPW 2000/3, S. 379 Rz. 142 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

¹⁸⁴ Vgl. RPW 2003/2, S. 279 Rz. 33 m. w. Nw. (Fahrschule Graubünden).

¹⁸⁵ Vgl. ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 375.

136. Vorliegend ist es nicht so, dass die Pharmaunternehmen Druck auf die Verkaufsstellen ausüben, damit diese die PPE einhalten. Es ist vielmehr umgekehrt so, dass – zumindest nach der subjektiven Einschätzung mindestens eines Pharmaunternehmens – ein gewisses Drohpotenzial seitens der Verkaufsstellen aufgebaut worden ist: Pfizer führt aus, dass sie im Jahr 2004 die Kommunikation der PPE einstellen wollte, was Unverständnis und Proteste seitens der Apotheken auslöste (vgl. Rz. 126)¹⁸⁶. Die Verkaufsstellen stellten sich zur Wehr und drohten zum Teil damit, alle Medikamente von Pfizer, die Substitute haben, aus dem Sortiment zu nehmen, wenn Pfizer keine PPE für Hors-Liste Medikamente mehr angeben würde. Pfizer sah sich deshalb – nach eigenen Angaben – gezwungen, wieder "unverbindliche Publikumspreisempfehlungen" zu kommunizieren. Auch Bayer führt aufgrund eigener Erfahrungen¹⁸⁷ aus, dass sie es sich nicht erlauben könne, als Einzige auf die Bekanntgabe von PPE zu verzichten¹⁸⁸. Vorliegend kann offen bleiben, wie bedrohlich und nachteilhaft dieses Boykottpotenzial der Verkaufsstellen für die Pharmaunternehmen effektiv wäre.

137. Neben dem Aspekt der Drohung kommt hinzu, dass sich zwar die an den Abreden Beteiligten nicht gegenseitig spezifische Anreize setzen, sie aber alle davon ausgehen, dass die Abgabe und die Einhaltung der PPE mit Vorteilen verbunden ist. Denn es steht ausser Diskussion, dass die Pharmaunternehmen selbst ein Interesse an der Veröffentlichung von PPE haben¹⁸⁹: Einerseits sollen diese die Verkaufsstellen davon abhalten, für die Medikamente zu hohe Preise zu verlangen, was der Reputation des Medikaments schaden könnte (s. Rz. 292 ff.) und das Medikament gar "zerstören" würde¹⁹⁰. Andererseits dienen die PPE jedoch auch dazu, dass den Verkaufsstellen – ähnlich dem ehemaligen Sanphar-Modell – eine erhebliche Marge gesichert wird, welche höher ist als bei den SL-Medikamenten¹⁹¹ (s. Tabelle 4). Dies wiederum hat für die Pharmaunternehmen den Vorteil, dass die Verkaufsstellen die Höhe des Ex-factory Preises weniger in Frage stellen. Die Boykottdrohungen der Apotheken gegenüber Pfizer haben nämlich gezeigt, dass die Apotheken nicht nur die Kommunikation von PPE wollen, sondern vielmehr, dass sie PPE wollen, welche ihnen eine interessante Marge einräumen. Die Art und Weise, wie die Pharmaunternehmen die PPE berechnen, erfolgt im Hinblick auf diese Erwartungen und stellt für die Apotheken einen Anreiz dar, die PPE auch einzuhalten. Dank den PPE können die Verkaufsstellen ihre Position gegenüber den Kunden verbessern, Diskussionen über Rabatte vermeiden und dadurch höhere Preise durchsetzen. Neben der hohen Marge haben die Verkaufsstellen weitere Vorteile, wenn die PPE weitgehend eingehalten werden: Dank der Koordination laufen sie kaum Gefahr, an andere Verkaufsstellen, die für das Medikament einen tieferen Preis verlangen, Kundschaft zu verlieren. Es erstaunt somit wenig, dass sich Pfizer im Jahr 2004 mit energischen Protesten und sogar Boykottdrohungen konfrontiert sah, als sie versuchte, keine PPE mehr zu veröffentlichen. Sowohl die Pharmaunternehmen als auch die Verkaufsstellen profi-

tieren von diesem System und haben finanzielle Anreize, es aufrechtzuhalten.

138. RBB kommt in seiner Margendispersionsanalyse zum Schluss, dass die meisten Margen für Viagra und Cialis unterhalb der Sanphar Marge liegen, weshalb RBB keine Grundlage sehe, daraus zu schliessen, dass die Margen für diese zwei Medikamente eng um die Sanphar Marge gestreut seien¹⁹². Die von RBB durchgeführten Berechnungen sind allerdings vorliegend nicht massgebend. Denn RBB geht in seinen Berechnungen nicht von den PPE, sondern von den durchschnittlichen Verkaufspreisen aus. In der vorgenommenen Margendispersionsanalyse wird somit von RBB versucht, die tatsächlich einkassierten Margen wiederzugeben¹⁹³. Massgebend im Hinblick auf das Vorliegen einer Abrede ist jedoch die Art und Weise, wie die Margen von den Pharmaunternehmen berechnet werden (Vgl. auch Rz. 113). Die für Cialis, Levitra und Viagra von Eli Lilly, Bayer und Pfizer berechneten Margen sind in Tabelle 4 wiedergegeben.

139. Wie Tabelle 4 zu entnehmen ist, weichen die von Eli Lilly berechneten Margen für Cialis stärker von den Margen Sanphar ab, als diejenigen von Pfizer und Bayer. Dennoch sind auch die Margen für Cialis näher bei den Margen Sanphar als bei denjenigen für SL-Medikamente und sind aus Apothekensicht hoch und damit interessant genug, um das beschriebene System aufrechtzuerhalten.

¹⁸⁶ Zum Ganzen Pfizer, act. n° 235, Antwort 21d., 22a. und act. n° 317, Antwort 9b. Auch anlässlich der Anhörung hat Pfizer wiederholt, dass sie als "Hersteller [...] erheblichen Druck von Apotheken [haben], dass PPE kommuniziert werden" (Pfizer, act. n° 590, S. 8).

¹⁸⁷ Als Bayer ihre Produkte nicht mehr mit den Preisen beschriftete, erhielt sie deswegen "Schandbriefe" bis hin zu kompletten Boykottdrohungen seitens der Verkaufsstellen (vgl. Bayer, act. n° 344, Antwort 7a, 7d, 9b).

¹⁸⁸ Bayer, act. n° 344, Antwort 7e, 8.

¹⁸⁹ Bayer führt aus, ihr würden die PPE nichts bringen; sie könnte bloss nicht als Einzige darauf verzichten (Bayer, act. n° 344, Antwort 8 und 18).

¹⁹⁰ Eli Lilly, act no 244, Antwort 21a; Pfizer, act no 317, Antwort 15.

¹⁹¹ Gemäss Angaben von Bayer [...] (Bayer, act no 344, Antwort 11a).

¹⁹² RBB (zit. in Fn. 157), S. A19.

¹⁹³ S. auch Kritik an RBB in Rz. 208 f.

Tabelle 4: Vergleich der Margen der PPE mit den hypothetischen Margen, welche in Anwendung der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) und der Formel der Marktordnung Sanphar entstehen würden für die zwei meistverkauften Medikamente jedes Pharmaunternehmens im Jahr 2006

	Empfohlene Publikumspreise in CHF	Marge bei empfohlenen Publikumspreisen	Marge gemäss Sanphar	Δ	Marge gemäss SL-System	Δ
CIALIS (20x8)	165.47	31.73 %	39.28 %	7.5 %	22.38 %	-9.4 %
CIALIS (20x12)	245.13	30.88 %	35.03 %	4.2 %	19.50 %	-11.4 %
VIAGRA (50x12)	207.54	38.36 %	37.85 %	-0.5 %	21.39 %	-17.0 %
VIAGRA (100x12)	237.87	33.90 %	35.03 %	1.1 %	19.96 %	-13.9 %
LEVITRA (10x12)	203.13	39.87 %	38.67 %	-1.2 %	21.75 %	-18.1 %
LEVITRA (20x12)	232.42	36.47 %	35.03 %	-1.4 %	20.37 %	-16.1 %

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

140. Eli Lilly und Pfizer führen aus, dass es nicht stimme, dass die Pharmaunternehmen ein Interesse an einer hohen Marge hätten, damit die Verkaufsstellen den Ex-factory Preis nicht in Frage stellen¹⁹⁴. Ihrer Meinung nach sei genau das Gegenteil der Fall: Jedes Pharmaunternehmen wolle zu einem gegebenen Ex-factory Preis möglichst viele Einheiten verkaufen und deshalb die Margen des Gross- und Einzelhandels tief halten. Das Interesse der Pharmaunternehmen am faktischen Setzen einer Obergrenze, unabhängig davon, ob diese befolgt werde, liege darin, zu hohe Endverkaufspreise zu verhindern, was sich negativ auf die verkaufte Menge auswirken würde.

141. Diese Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Der Wettbewerb zwischen den drei Produkten findet auf Stufe Arzt statt und beruht hauptsächlich auf Qualität und Wirksamkeit des Produktes (s. Rz. 220 ff.). Der Preis spielt erst auf Stufe Apotheke eine wichtige Rolle, beim Kauf des Medikaments. Da auf dieser Stufe allerdings kein Interbrand Wettbewerb zwischen den Medikamenten ("in shop competition") möglich ist, wirken sich zu hohe Publikumsverkaufspreise primär negativ auf den Gewinn der Verkaufsstellen und nicht auf denjenigen der Hersteller aus, zumal der Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten gering ist. Überhöhte Verkaufspreise führen somit nicht dazu, dass das bereits verschriebene Medikament nicht gekauft wird, sondern dass dieses in einer anderen (billigeren) Apotheke gekauft wird. Wären die Pharmaunternehmen tatsächlich an tiefen Margen auf Stufe Einzel- und Grosshandel interessiert, würden sie die für diese Stufen vorgesehenen Margen nicht nach dem Modell Sanphar berechnen.

142. Entgegen den Vorbringen der Parteien¹⁹⁵ würde auch die Berücksichtigung der LOA-Apothekertaxen von 4.30 Franken pro Medikament (2006) zu keinem anderen Ergebnis führen. Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass die Margen der PPE von Viagra und Levitra lediglich 0.5 bis 1.4 %, diejenigen von Cialis 4.2 bis 7.5 % von den Sanphar Margen abweichen. Die Berücksichtigung der LOA-Apothekertaxen, welche zwischen 2 % (bei den teuersten Packungen) bis 4 % (bei den billigsten Packungen) ausmachen, hat keinen Einfluss auf diese Feststellung. Pfizer berücksichtigte die LOA-Taxen in ihrem Schreiben an die Verkaufsstellen entsprechend

auch nicht¹⁹⁶. Hinzu kommt, dass in der Praxis die Apothekertaxen für SL-Medikamente selten erhoben werden. Selbst unter Einbezug der LOA-Taxen geht hervor, dass sich die bei den PPE eingerechneten Margen näher an den Margen Sanphar als an denjenigen der SL-Medikamente befinden. Dies ergibt sich auch aus dem Gutachten RBB.

143. Das eigene wirtschaftliche Interesse von Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen an den PPE und der darüber hinaus aufgebaute Druck der Verkaufsstellen auf die Pharmaunternehmen sind weitere Indizien für eine abgestimmte Verhaltensweise.

B.4.1.4.4 Weitere Kriterien

144. Abschliessend ist in diesem Zusammenhang noch die Form der Publikation der PPE zu untersuchen. Ziff. 11 Abs. 2 Vert-BM erwähnt den Umstand, dass Preisempfehlungen in nicht allgemein zugänglicher Weise abgegeben werden, sondern nur an die Weiterverkäufer oder Händler (Bst. a) sowie den Umstand, dass Preisempfehlungen nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden (Bst. c).

145. Zwar werden die Preisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra an sich "öffentlich" im Internet publiziert; im "Arzneimittel-Kompendium der Schweiz" von Documed¹⁹⁷ sowie auf den Internetseiten der Pharmaunternehmen (Letzteres gilt nicht für Levitra)¹⁹⁸. Bei diesem Arzneimittel-Kompendium handelt es sich jedoch vielmehr um Fachinformationen für die betroffenen Kreise (insbesondere Ärzte, Apotheken, Spitäler etc.) als um eine Informationsquelle für das breite Publikum¹⁹⁹. Es ist

¹⁹⁴ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 106; Pfizer, act. n° 559, Rz. 287.

¹⁹⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 98 ff., 108 ff., 183 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 120 ff., 285 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 80 ff.

¹⁹⁶ Pfizer, act. n° 269, Beilage 1.

¹⁹⁷ Vgl. www.kompendium.ch/Search.aspx?lang=de (Stand: 30.11.2009). Ab 01.01.2008 sind die PPE für Cialis nicht mehr im Arzneimittel-Kompendium enthalten (Eli Lilly, act. n° 582, S. 4).

¹⁹⁸ Bayer, act. n° 221, Antwort 10a.

¹⁹⁹ Documed selbst bezeichnet das Arzneimittel-Kompendium als "Standardwerk für Arzneimittelfachinformation" (vgl. www.documed.ch/Documed/de/index.php [Stand: 30.11.2009]; Hervorhebung hinzugefügt).

davon auszugehen, dass nur ein enger Kreis von Patienten oder anderen interessierten Personen diese Preisinformationen sucht und findet. Zudem ist es gemäss Art. 14 AWW verboten, Publikumswerbung für rezeptpflichtige Arzneimittel der Verkaufskategorie B zu machen (vgl. Rz. 83): Weder den Pharmaunternehmen noch den Verkaufsstellen ist es somit erlaubt, Werbung für Cialis, Levitra und Viagra zu machen. Angesichts der verbreiteten Kommunikation der PPE mittels automatisierten Kassensystemen (vgl. Rz. 41 ff. sowie Rz. 119) tritt vorliegend die Information der Öffentlichkeit gegenüber der Preisfestsetzung für die Verkaufsstellen in den Hintergrund.

146. Das Kriterium der Verbindlichkeit (s. Ziff. 11 Abs. 2 Bst. c Vert-BM) ist zwar nicht erfüllt, da die Pharmaunternehmen im Arzneimittel-Kompendium in einer Fussnote auf Folgendes hinweisen: "Preis: Bei SL-Präparaten maximaler Publikumspreis inkl. MwSt., bei nicht SL-Präparaten unverbindliche Preisempfehlung gemäss Herstellerangaben inkl. MwSt.". Eine Empfehlung, die weitgehend eingehalten wird (vgl. Rz. 111 ff. und Rz. 202 ff.), ist zusammen mit den übrigen hier vorliegenden Umständen jedoch auch dann als Abrede zu qualifizieren, wenn sie als "unverbindlich" bezeichnet wird.

147. Die Parteien sind der Auffassung, dass ihr Verhalten mit Ziff. 11 Vert-BM konform sei²⁰⁰. Sie führen aus, dass von den fünf in Ziff. 11 Vert-BM aufgelisteten Kriterien für die Behandlung von Preisempfehlungen höchstens eins erfüllt sei (Befolgungsgrad; Bst. e), weshalb vorliegend die Veröffentlichung und die Einhaltung von PPE nicht zu beanstanden sei²⁰¹. Ihrer Ansicht nach handle es sich bei diesem Kriterium um ein Aufgreifkriterium, welches nicht an und für sich die Unzulässigkeit der PPE begründe²⁰². Entgegen den Ausführungen des Sekretariats sei zudem das Kriterium der Verbindlichkeit nicht bloss formeller Natur, sondern ein von der Weko selbst aufgestelltes Kriterium²⁰³. Weiter machen sie geltend, dass das Sekretariat im einzigen Entscheid über Preisempfehlungen zum Schluss gekommen sei, dass die PPE von Scott²⁰⁴ keine unzulässige Abrede darstellten, obwohl sie nicht allgemein zugänglich und ursprünglich auch nicht als unverbindlich bezeichnet waren und obwohl ein grosser Teil der Einzelhändler sich an die PPE hielt²⁰⁵. Gestützt auf das Vertrauensprinzip, könnten sie für das gleiche Verhalten nicht sanktioniert werden.

148. Durch die Publikation der Vert-BM und deren Ziff. 11 hat die Weko kundgegeben, dass sie Preisempfehlungen einer Einzelfallprüfung unterziehen wird, im Zuge welcher mehrere Kriterien berücksichtigt werden. Die Qualifikation der PPE als Abrede erfolgt jedoch nicht gestützt auf die in Ziff. 11 Abs. 2 Vert-BM enthaltenen Kriterien. Diese weisen "lediglich" darauf hin, dass die PPE einer näheren Prüfung zu unterziehen sind. Diese erfolgt im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG.

149. Keinen Einfluss auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt hat der Schlussbericht des Sekretariats i.S. Scott Bikes. Die Elemente, welche in casu darlegen, dass die Befolgung der PPE auf eine abgestimmte Verhaltensweise zurückzuführen ist (Einfluss von Sanphar, Druck seitens der Verkaufsstellen, Interessenlage der

Parteien), waren in dem Sachverhalt, welcher dem erwähnten Schlussbericht zugrunde lag, nicht vorhanden.

B.4.1.5 Zwischenergebnis

150. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Veröffentlichen von PPE durch Pfizer, Bayer und Eli Lilly an die Verkaufsstellen sowie das Verhalten der SD-Ärzte und Apotheken, welche die PPE weitgehend einhalten, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen verschiedener Marktstufen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen, welche nach Massgabe von Art. 5 KG auf ihre Zulässigkeit hin zu prüfen sind. Als an der Wettbewerbsabrede beteiligt gelten einerseits die Pharmaunternehmen Eli Lilly, Bayer und Pfizer, welche die PPE für Cialis, Levitra und Viagra veröffentlicht haben und andererseits diejenigen Verkaufsstellen, welche die PPE für diese Medikamente eingehalten haben, einschliesslich solcher, die ausgehend von den PPE Rabatte gewährt haben.

151. An dieser Feststellung der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ändert der Umstand nichts, dass etwa zwischen den Pharmaunternehmen und den SD-Ärzten bzw. Apotheken keine schriftlichen Vereinbarungen bestehen, die direkt auf eine Beteiligung an den Abreden schliessen lassen. Auch die allfällige Argumentation der Parteien, wonach keine Verpflichtungen seitens der Verkaufsstellen und keine Sanktionsmöglichkeiten seitens der an der Abrede Beteiligten bestehen, vermag die obigen Ausführungen nicht zu entkräften²⁰⁶.

152. Abschliessend ist zu erwähnen, dass die Grossisten und die e-mediast eine Art Bindeglied zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen darstellen: Das Weiterleiten der PPE durch die Grossisten sowie das Publizieren und Zurverfügungstellen der Empfehlungen in aufbereiteter Form (Galdat) durch die e-mediast stellen in einem gewissen Sinn Gehilfenhandlungen zu einer Wettbewerbsabrede dar²⁰⁷. Diese Gehilfenhandlungen sind – selbst wenn sie nur von untergeordneter Tragweite sein sollten – zukünftig zu unterlassen, sofern sich die Abrede als unzulässig erweisen sollte.

B.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die vertikale Abrede nach Art. 5 Abs. 4 KG

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

²⁰⁰ Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 550, Abschnitt "Keine Wettbewerbsabrede"; Pfizer, act. n° 559, Rz. 161 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 186 ff., 282 f.; Bayer, act. n° 556, Rz. 70 ff.

²⁰¹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 192.

²⁰² Bayer, act. n° 556, Rz. 71.

²⁰³ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 190.

²⁰⁴ RPW 2008/3, S. 382 ff.

²⁰⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 197; Pfizer, act. n° 559, Rz. 164.

²⁰⁶ Vgl. in diesem Sinne schon RPW 2000/3, S. 379 f. Rz. 144 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

²⁰⁷ Vgl. Art. 1, 2 und 5 VStrR (Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0]) und Art. 25 und 26 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]).

154. Nebenbei sei erwähnt, dass die KMU-Bekanntmachung²⁰⁸ vorliegend nicht massgebend ist, obwohl es sich bei zahlreichen Ärzten und Apotheken um mittlere oder kleine Unternehmen bzw. sogar um Kleinstunternehmen²⁰⁹ handelt: Grundsätzlich geht die Vert-BM der KMU-Bekanntmachung vor. Davon ausgenommen ist nach Ziff. 9 Abs. 2 Vert-BM Ziff. 5 Bst. b KMU-Bekanntmachung betreffend Kleinstunternehmen, der vorliegend jedoch nicht zur Anwendung gelangt: Denn die Weko erachtet selbst Wettbewerbsabreden, an denen ausschliesslich Kleinstunternehmen beteiligt sind – was vorliegend nicht der Fall ist –, ausschliesslich dann als unerheblich, wenn eine vertikale Wettbewerbsabrede zwischen Kleinstunternehmen keine Abrede über Mindest- oder Festpreise beinhaltet (vgl. Art. 5 Abs. 4 KG).

B.4.2.1 Vorliegen einer vertikalen Abrede über Festpreise

155. Wie bereits gezeigt, stellen die PPE der Pharmaunternehmen Bayer, Eli Lilly und Pfizer, welche von den Verkaufsstellen mehrheitlich eingehalten werden, vertikale Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

156. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG u.a. vermutet, wenn sie – wie vorliegend – die Festsetzung von Festpreisen zum Gegenstand haben. Als Festsetzung von Festpreisen gelten nach Ziff. 10 Abs. 1 Bst. a Vert-BM "auch in Empfehlungsform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen".

157. Eli Lilly ist der Auffassung, dass, falls tatsächlich eine Abrede vorliegen sollte, keine Abrede über Fixpreise sondern eine über Höchstpreise vorliegen würde, da sich die PPE als Preisobergrenzen auswirken²¹⁰. Eine solche würde aber nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen.

158. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Auswertung der Fragebögen hat ergeben, dass 63 % aller von Apotheken und 70 % aller von SD-Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra in den Jahren 2005 und 2006 zum empfohlenen Publikumspreis abgegeben wurden (vgl. Rz. 205). Unabhängig davon, wofür die PPE konzipiert wurden, wirken sich diese wie Festpreise und nicht wie Maximalpreise auf dem Markt aus.

159. Folglich handelt es sich vorliegend um Abreden, welche den Vermutungstatbestand gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen. Somit greift die gesetzliche Vermutung, dass die vorliegenden Abreden über die Festsetzung von Festpreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann.

B.4.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG

160. Gemäss Praxis der Weko kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer aktueller Innenwettbewerb sowie aktueller und potentieller Aussenwettbewerb besteht.

161. Die Begriffe "Innenwettbewerb" und "Aussenwettbewerb", wie sie im Zusammenhang mit horizontalen

Abreden gehandhabt werden, können jedoch nicht direkt auf vertikale Abreden übertragen werden. Denn an vertikalen Abreden sind Unternehmen verschiedener Marktstufen, die nicht direkt im Wettbewerb miteinander stehen, beteiligt. Deshalb ist mit Innen- und Aussenwettbewerb vorliegend der Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Verkaufsstellen (Innenwettbewerb) bzw. Wettbewerb durch diejenigen Verkaufsstellen, welche an der Abrede nicht beteiligt sind (Aussenwettbewerb), gemeint. Angesichts der Besonderheiten von vertikalen Abreden (gegenüber horizontalen Abreden) wird sich im Folgenden die wettbewerbsrechtliche Analyse auf die Prüfung von Intra²¹¹ (Innen- und Aussenwettbewerb) und Interbrand²¹² Wettbewerb konzentrieren.

162. Um die Intensität des Wettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

163. Als grundsätzliche Aussage im Zusammenhang mit der Wettbewerbsbeseitigung führen einige Parteien aus, dass auf Stufe Apotheke aus regulatorischen Gründen (Verschreibungspflicht) kein wirksamer (Interbrand) Wettbewerb möglich sei²¹³. Intra- und Interbrand Wettbewerb sei ihrer Meinung nach zudem nur dann möglich, wenn ein Kunde mehrere Apotheken aufsuche, um Preisvergleiche durchzuführen, was aber bei Medikamenten gegen erektile Dysfunktion nicht realistisch sei. Da aus diesen Gründen kein wirksamer Wettbewerb herrsche, erachten sie die PPE als ungeeignet, den Wettbewerb zu beseitigen.

164. Wie oben festgestellt, fällt der vorliegend untersuchte Markt in den Anwendungsbereich des KG (s. Rz. 53 ff., insb. Rz. 65 ff.). Zwar gibt es Vorschriften, welche einzelne Aspekte des betroffenen Marktes regulieren. Diese schliessen den Wettbewerb jedoch nicht aus. Dass auf Stufe Apotheken kein Interbrand Wettbewerb zwischen den Medikamenten mehr möglich ist, bedeutet nicht, dass auf dieser Marktebene gar kein Wettbewerb mehr spielen soll. Denn im Bereich der Hors-Liste Medikamente spielt auf Stufe Apotheken der Intra- und Interbrand Wettbewerb eine grosse Rolle. Da keine staatlich festgelegten Preise vorliegen, ist jede Verkaufsstelle frei, die Verkaufspreise gestützt auf ihre eigene Strategie festzusetzen und unter Einhaltung der Werbungseinschränkungen der Öffentlichkeit mitzuteilen. Dieser ist der wichtigste Bereich, innerhalb welchem Wettbewerb herrschen kann und soll. Gerade in diesem Bereich entfalten aber die Abreden ihre Wirkungen. Sie sind somit sehr wohl geeignet, den Wettbewerb auszuschalten und tun dies auch.

²⁰⁸ Bekanntmachung der Weko vom 19.12.2005 betreffend Abreden mit beschränkter Marktwirkung (KMU-Bekanntmachung); abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (Stand: 30.11.2009).

²⁰⁹ Dabei handelt es sich gemäss Ziff. 4 KMU-Bekanntmachung um "Unternehmen, welche weniger als 10 Personen (Mitarbeitende) beschäftigen und deren Jahresumsatz in der Schweiz CHF 2 Mio. nicht überschreitet".

²¹⁰ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 125.

²¹¹ Wettbewerb zwischen Erzeugnissen derselben Marke.

²¹² Wettbewerb von substituierbaren, demselben relevanten Markt zugehörigen Produkten anderer Anbieter.

²¹³ act. n° 551; Bayer, act. n° 556, Rz. 34 und 87.

B.4.2.2.1 Relevanter Markt

a) Sachlich relevanter Markt

165. Der sachlich relevante Markt umfasst bei analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU²¹⁴ alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der Begriff der "Marktgegenseite" bezeichnet die Gegenseite derjenigen Unternehmen, welchen die unzulässige Abrede bzw. das unzulässige Verhalten vorgeworfen wird²¹⁵.

166. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt stehen an der Abrede beteiligten Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen (SD-Ärzten und Apotheken) von Cialis, Levitra und Viagra die Patienten, die unter Erektionsstörungen leiden und deswegen ein Bedürfnis nach Erektionsmitteln haben, als Marktgegenseite entgegen.

167. In ihrer bisherigen Praxis (s. Rz. 169) hat die Weko bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bei Arzneimitteln auf den Anatomical Therapeutic Chemical Classification Index, die sog. "ATC-Klassifikation"²¹⁶, zurückgegriffen.

168. Die ATC-Klassifikation ist ein fünfstufiges Klassifikationssystem für Arzneimittel und wird zur Angabe von Indikationen verwendet. Die erste Stufe gibt die generellen therapeutischen Gruppen wieder. In den höheren Stufen (2, 3, 4 und 5) werden diese Therapiegruppen nach medizinischen Kriterien weiter aufgegliedert²¹⁷. Durch den hierarchischen Aufbau bietet dieses Klassifikationssystem die Möglichkeit, Arzneimittel differenziert zu betrachten. Ähnliche Stoffe lassen sich je nach Fragestellung sinnvoll zu Gruppen zusammenfassen. Arzneimittel derselben höheren Stufe sind in der Regel engere Substitute als diejenigen auf einer tieferen Stufe. Von den fünf ATC-Klassifikationsstufen ist die erste Stufe (ATC-1) die allgemeinste und die fünfte Stufe (ATC-5) die detaillierteste.

169. Die ATC-Klassifikation wird von der World Health Organization (WHO) anerkannt und wurde sowohl von der Weko für die Marktabgrenzung in den Zusammenschlussvorhaben Roche/Corange²¹⁸, Hoechst/Rhône-Poulenc²¹⁹, Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC²²⁰, Pfizer Inc./Pharmacia Corp.²²¹, Sanofi-Synthelabo/Aventis SA²²² als auch von der EU-Kommission und den deutschen Kartellbehörden herangezogen²²³.

170. Für die Abgrenzung der einzelnen sachlich relevanten Produktmärkte wird i.d.R. den therapeutischen Klassen der ATC-Klassifikation der Stufe 3 gefolgt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Medikamente innerhalb der höheren ATC-Klassen funktional austauschbar sind, selbst wenn sie nicht immer den Wirkstoffanteilen innerhalb der therapeutischen Gruppen des Arzneimittel-Kompodiums entsprechen. Die konkreten Eigenschaften der zu untersuchenden Medikamente können jedoch eine zusätzliche – von der ATC Stufe 3 ausgehende – Abgrenzung rechtfertigen. Eine zusätzliche Abgrenzung kann auch von der Verfahrensart erfordert werden, in welcher die Marktabgrenzung vorzunehmen ist. Denn die für Marktabgrenzungen im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens relevanten

Kriterien können sich von denjenigen unterscheiden, welche anlässlich der vorläufigen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens berücksichtigt werden, werden doch Marktabgrenzungen innerhalb einer Untersuchung i.d.R. einer umfassenderen Analyse unterzogen.

171. Es können indessen zusätzliche, nachfrageseitige Kriterien zur Marktabgrenzung beigezogen werden: Etwa die Unterscheidung zwischen rezeptpflichtigen und nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln oder Arzneimitteln, die von Krankenkassen rückvergütet bzw. nicht rückvergütet werden.

172. Früher gehörten Produkte gegen Erektionsstörungen der breit gefassten ATC-3-Kategorie G4B ("Andere urologische Präparaten") an. Diese Kategorie umfasste die folgenden ATC-4-Klassen: (i) Produkte zur Behandlung von Prostata-Krankheiten (G4B2), (ii) Produkte zur Behandlung von Erektionsstörungen (G4B3), (iii) Produkte zur Behandlung von Inkontinenz (G4B4) und (iv) andere urologische Produkte (G4B9). Seit 2008 bilden Produkte gegen Erektionsstörungen nun eine eigene ATC-3-Kategorie (G04BE)²²⁴. Die Abgrenzung der Produkte gegen Erektionsstörungen in eine eigene ATC-3-Kategorie und die Eigenschaften der in den anderen ATC-3-Kategorien (Harnantiseptika und urologische Antiinfektiva [G4A], Benigne Prostata-Hyperplasie Produkte [G4C], Harninkontinenzprodukte [G4D], alle sonstigen Urologika [G4X]) enthaltenen Produkte einschliesslich solcher, die sich bis 2008 in der gleichen ATC-3-Klasse G4B mit den Produkten zur Behandlung von Erektionsstörungen befanden, sprechen deutlich dafür, dass sie untereinander nicht substituierbar sind und somit verschiedene sachlich relevante Märkte darstellen²²⁵.

173. Laut Patienteninformation einer Herstellerin²²⁶ hat einer von zehn Männern gelegentlich Probleme, eine Erektion zu bekommen oder beizubehalten. Als Gründe können körperliche und/oder psychische Ursachen vorliegen. Unabhängig von der Ursache sind die Auswirkungen gleich: Veränderungen in Muskeln und Blutgefässen führen dazu, dass nicht genügend Blut im Penis ist, um eine ausreichende Erektion zu bekommen oder beizubehalten.

²¹⁴ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²¹⁵ Vgl. RPW 2001/4, S. 660 Rz. 54 (Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung).

²¹⁶ Vgl. <http://www.ephmra.org> (Stand: 30.11.2009).

²¹⁷ Stufe 1 = anatomische Hauptgruppe, Stufe 2 = therapeutische Hauptgruppe, Stufe 3 = pharmakologische Hauptgruppe, Stufe 4 = chemischtherapeutische Untergruppe, Stufe 5 = Untergruppe für chemische Substanzen.

²¹⁸ RPW 1998/1, S. 64 f. Rz. 17 ff. (Roche/Corange).

²¹⁹ RPW 1999/3, S. 513 ff. (Hoechst/Rhône-Poulenc).

²²⁰ RPW 2001/2, S. 338 ff. (Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC).

²²¹ RPW 2003/2, S. 316 f. Rz. 15 ff. (Pfizer Inc./Pharmacia Corp.).

²²² RPW 2004/3, S. 815 f. Rz. 15 ff. (Sanofi-Synthelabo/Aventis SA).

²²³ Vgl. z.B. IV/M.781, Schering/Gehe-Jenapharm vom 13.9.1997; IV/M.737, Ciba-Geigy/Sandoz vom 17.7.1996; IV/M.631, Upjohn/Pharmacia, vom 28.9.1995; IV/M. 632, Rhône Poulenc Rorer/Fisons vom 21.9.1995; Beschluss des KG Berlin vom 18.10.1995, Kart 18/93 (Fresenius/Schiwa), WuW OLG 5549.

²²⁴ Neben Sildenafil (Viagra), Tadalafil (Cialis) und Vardenafil (Levitra) befindet sich in dieser Kategorie auch Alprostadil (Schwellkörperinjektion [Caverject, Caverject DC] und Minizäpfchen bzw. Gel für die Harnröhre [Muse]).

²²⁵ So schon RPW 2003/2, S. 327 Rz. 47 (Pfizer Inc./Pharmacia Corp.).

174. Die Standardtherapie bei Erektionsstörungen hat während der letzten fünfzig Jahre eine beeindruckende Entwicklung erfahren. Während zunächst rein psychologische Methoden angewendet wurden, folgten in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts die ersten einfachen Schwellkörperprothesen. Anfang der siebziger Jahre waren Gefäßoperationen der Standard. 1982 wurde die Wirksamkeit direkt in den Penis eingespritzter gefäßaktiver Substanzen entdeckt. Durch die Einführung der sogenannten Phosphodiesterasehemmer (PDE5-Inhibitoren) – zunächst im Jahr 1998 durch Pfizer, dann durch Bayer und Eli Lilly – konnte die Effektivität und Akzeptanz der Therapie bei Erektionsstörungen dramatisch verbessert werden. Diese PDE5-Inhibitoren stellen eine neuartige orale Behandlung der erektilen Dysfunktion dar.

175. Die Wirkstoffe bzw. Präparate von Pfizer, Eli Lilly und Bayer in der Kategorie G04BE sind Sildenafil (Viagra), Tadalafil (Cialis) und Vardenafil (Levitra). Die drei Medikamente haben ein gemeinsames Wirkprinzip: Erektionen werden durch ein Gleichgewicht zwischen zwei körpereigenen Substanzen gesteuert. Die erste Substanz führt Erektionen herbei; die zweite lässt sie abklingen. Wenn dieses Gleichgewicht gestört ist, bleibt die Erektion aus oder lässt vorzeitig nach. Cialis, Levitra und Viagra wirken durch Hemmung der zweiten Substanz (sog. Phosphodiesterase-Typ 5, PDE5). Durch Hemmung des Enzyms PDE5 werden Gefäße im Penis erweitert und ermöglichen so eine verbesserte Durchblutung. Dadurch ermöglichen sie Männern mit Erektionsstörungen auf sexuelle Stimulation zu reagieren. Die drei Medikamente zeichnen sich innerhalb der Gruppe der therapeutisch nutzbaren PDE5-Inhibitoren durch eine hohe Selektivität und gute Wirksamkeit aus, was in unterschiedlichen Studien nachgewiesen werden konnte.

176. Die Ermöglichung der oralen Behandlung von erektiler Dysfunktion war für die Patienten ein wichtiger Entwicklungsschritt: Die drei PDE5-Inhibitoren Cialis, Levitra und Viagra sind als Filmtabletten erhältlich und können somit geschluckt werden. Ein weiterer Vorteil der oralen Therapie für den Patienten liegt darin, dass sowohl Basisabklärung sowie Einleitung einer Medikation in den Kompetenzbereich des Grundversorgers, d.h. Nichturologen, fallen.

177. Die drei Medikamente unterscheiden sich zwar – kurz zusammengefasst – bezüglich folgender Kriterien: Standarddosierung, Einnahme bzw. Kontraindikationen²²⁷, Wirkungseintritt, Wirkungsdauer²²⁸, Halbwertszeit und Nebenwirkungen²²⁹. Hingegen sind die drei Wirkstoffe²³⁰ wie auch die Indikation und der Wirkungsmechanismus bei allen drei PDE5-Inhibitoren ähnlich bzw. vergleichbar²³¹.

178. Es ist somit davon auszugehen, dass Cialis, Levitra und Viagra – wenn auch nicht absolut, so doch im Wesentlichen – substituierbar sind, "alle ungefähr ebenbürtig" sind²³² und zum selben sachlichen Markt gehören²³³. Vorliegend würde eine engere Marktabgrenzung – ("one mark one market") – zu kurz greifen. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass eine solche in Zusammenhang mit anderen Medikamenten vorzunehmen ist.

179. Als alternative Therapieformen zur oralen Behandlung von Erektionsstörungen mittels PDE5-Inhibitoren

bioten sich weitere Präparate und Hilfsmittel an, wie z.B.:

180. *Schwellkörperinjektion ("Penisspritze", "SchwellkörperAutoinjektionsTherapie" [SKAT], z.B. Caverject, Caverject DC²³⁴)*: Das Medikament (Prostanoid, Alprostadil) wird vom Patienten selbst unmittelbar vor dem Geschlechtsverkehr mittels Solvensspritze und Stechampulle in die Schwellkörper des Penis injiziert. Der Wirkmechanismus ist anders als bei den PDE5-Inhibitoren: Er führt direkt, d.h. unabhängig von einer Nervenstimulation bzw. sexuellen Reizen, zu einer Gefäßdilataion²³⁵. Obwohl sich nach einer genauen Instruktion des Patienten gute Resultate erzielen lassen, haben viele Patienten Vorbehalte gegenüber diesem Produkt. Einerseits geben 10–15% der Patienten Schmerzen in den Schwellkörpern an, die auf die Substanz selbst zurückzuführen sind. Andererseits drohen bei unsachgemäßer Applikation mehrstündige schmerzhafte Dauererektionen, Verletzungen der Harnröhre, der Gefäße oder der Nerven, Deformationen des Penis²³⁶ etc. Im Ergebnis ist die Penisspritze bedeutend umständlicher und schmerzhafter zu handhaben als ein Medikament in Tablettenform²³⁷. Deshalb wird die Penisspritze i.d.R. nur angewendet, wenn die Behandlung mit Filmtabletten nicht angezeigt ist und oder keine Resultate zeitigt, d.h. vor allem bei sehr schweren Formen der erektilen Dysfunktion, z.B. nach radikaler Prostatektomie oder bei Querschnittlähmung²³⁸.

²²⁶ Patienteninformation von Bayer im Arzneimittel-Kompendium der Schweiz bzgl. Levitra, vgl. <http://www.kompendium.ch/MonographieTxE.aspx?lang=de&MonType=pi> (Stand: 30.11.2009).

²²⁷ Interaktionen mit fetthaltigen Mahlzeiten bzw. Alkohol.

²²⁸ Viagra und Levitra: 4–10 Stunden; Cialis als "Wochenendpille": bis 36 Stunden.

²²⁹ Vgl. zum Ganzen Pfizer, act. n° 47, Antwort 12, und act. n° 235, Antwort 28; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b; Bayer, act. n° 221, Antwort 27a., 27b.

²³⁰ Die Wirkstoffe sind zwar verschieden (vgl. Rz. 175) und haben jeweils unterschiedliche pharmakologische Eigenschaften, es handelt sich jedoch bei allen drei um PDE5-Inhibitoren. (vgl. Bayer, act. n° 73, Antwort 12).

²³¹ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28a; Bayer, act. n° 221, Antwort 27a.; vgl. auch Pfizer, act. n° 47, Antwort 12 und act. n° 235, Antwort 28.

²³² Bayer, act. n° 344, Antwort 13b.

²³³ So – z.T. explizit, z.T. implizit – auch Pfizer, Eli Lilly und Bayer (Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 10a; Pfizer, act. n° 47, Antwort 10a; Bayer, act. n° 73, Antwort 10a; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28); zurückhaltender bzw. sogar widersprüchlich Bayer: "es scheint ... keine wirkliche Produkttreue zu geben, sondern der Patient scheint eher einem try-and-error Verfahren zu folgen" und "Wechselpatienten scheinen selten zu sein", "es findet vor allem ein Kampf um den Neukunden statt", die Produkte seien jedenfalls nach den Ärzten "alle ungefähr ebenbürtig" (Bayer, act. n° 221, Antwort 27a und act. n° 344, Antworten 13a., 13b.). Eli Lilly hingegen kann die Frage nach der Produkttreue der Patienten nicht beantworten (Eli Lilly, act. n° 316, Antwort 21).

²³⁴ Caverject 10 µg und Caverject DC sind keine Hors-Liste Medikamente, sondern sie befinden sich auf der SL-Liste (Pfizer, act. n° 437, Antwort 19b).

²³⁵ Pfizer, act. n° 235, Antwort 28a.

²³⁶ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b.

²³⁷ Pfizer, act. n° 235, Antwort 28a.

²³⁸ Pfizer, act. n° 437, Antwort 30a. Vgl. schon RPW 2003/2, 327 Rz. 48 (Pfizer Inc./Pharmacia Corp.) und Pfizer, act. n° 235, Antwort 28.

181. *Minizäpfchen bzw. Gel für die Harnröhre (transurethrale Therapie, z.B. Muse)*: Die Substanz (Prostanoid, Alprostadil), die auch in Caverject enthalten ist, wird vor dem Geschlechtsverkehr mittels eines Applikators in die Harnröhre eingebracht und breitet sich von dort in die Schwellkörper des Penis aus, wo sie eine Gefässerweiterung und in der Folge – ohne Nervenstimulation bzw. sexuelle Reize – eine Erektion bewirkt. Einige Patienten klagen nach der Applikation über ein Brennen in der Harnröhre. Das Medikament hat eine deutlich weniger hohe Erfolgsrate als Cialis, Levitra und Viagra: Es wirkt nur bei etwa 65% der Patienten. Zudem ist die Handhabung umständlicher und unangenehmer als eine orale Therapie²³⁹. Schliesslich ist das Medikament auch teurer als Cialis, Levitra und Viagra.

182. *Vakuumpumpe*: Durch eine Vakuumpumpe wird am Penis ein Unterdruck erzeugt, damit sich die Blutgefässe füllen und es zu einer Gliedversteifung kommt. Mittels Gummiband an der Penisbasis wird der Abfluss des venösen Bluts verhindert und die Erektion aufrecht erhalten. Voraussetzung für eine erfolgreiche Therapie sind genaue Instruktion und Partnereverständnis. Zudem ist eine gewisse Geschicklichkeit notwendig. In den letzten Jahren haben Vakuumsysteme gegenüber anderen (medikamentösen) Behandlungsformen deutlich an Attraktivität eingebüsst.

183. *Penisprothese*: Als letzte und definitive Behandlung der erektilen Dysfunktion wird heute die mechanische Schwellkörperprothese angesehen. Durch die operative Implantation wird eine irreversible Schädigung des intrakavernösen sinusoidalen Gewebes erzielt, und es kommt zum völligen Verlust der erektilen Funktion des Schwellkörpers. Deshalb erfordert die Indikationsstellung ein hohes Mass an diagnostischer Sicherheit, wobei besonders psychogene Störungen als Ursache einer erektilen Dysfunktion ausgeschlossen sein sollten. Während die Schwellkörperprothesenimplantation in den USA eine Therapie der ersten Wahl in der Behandlung der erektilen Dysfunktion darstellt, wird die Indikation in Europa sowie speziell in der Schweiz nur gestellt, wenn alle anderen Behandlungsvarianten fehlschlagen²⁴⁰.

184. Andere Behandlungsformen erektiler Dysfunktion wie z.B. Hormontherapien (bei hormonellen Störung wie z.B. Testosteronmangel), chirurgische Massnahmen (z.B. bei "venösen Lecks") oder psychosexuelle Therapie (z.B. bei Versagensangst, Partnerschaftskonflikten und Depressionen) sind nur bei besonderen, vom Facharzt diagnostizierten Krankheitsformen indiziert und stellen keine Alternative zu Cialis, Levitra und Viagra dar.

185. Seit der Einführung wirksamer oraler Medikamente haben sich sowohl Abklärung als auch Behandlung der Erektionsstörungen vereinfacht. Aufgrund der verschiedenen Indikationsarten (Spritze, Gel in Harnröhre etc.), der unterschiedlichen Nebenwirkungen und der Irreversibilität gewisser Eingriffe (Prothese, Operation) erhellt, dass es sich bei den genannten Therapieformen nicht um Hilfsmittel oder Medikamente handelt, die Viagra, Cialis oder Levitra zu jeder Zeit und in jedem Fall ersetzen könnten²⁴¹. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei den anderen Behandlungsmethoden, welche seit dem Markteintritt der oralen Medikamente zurückgedrängt²⁴² wurden, um Therapiealternativen bzw. "an-

dere Therapiekonzepte"²⁴³ handelt. Der behandelnde Arzt hat immer auch die individuelle Situation des Patienten zu berücksichtigen²⁴⁴ und zu klären, welche die am wenigsten einschneidende, aber dennoch wirksamste Therapieform darstellt.

186. Aus dem Gesagten geht hervor, dass die orale Behandlung mit Cialis, Levitra oder Viagra oftmals die von den Patienten und behandelnden Ärzten bevorzugte Therapieform sein dürfte und dass auf die Alternativen (Harnröhren-Gel, Penisspritze, Vakuumpumpe, Penisprothese) erst ausgewichen wird, wenn die orale Behandlung nicht die erwünschten Ergebnisse bringt²⁴⁵. Andere Therapieformen sind demnach höchstens beschränkt mit den drei PDE5-Inhibitoren austauschbar²⁴⁶ und können somit nicht als (nahe) Substitute von Cialis, Levitra und Viagra betrachtet werden.

187. Eli Lilly und Pfizer stellen sich auf den Standpunkt, dass auch Caverject, Muse sowie Psychotherapie zum sachlich relevanten Markt gehören²⁴⁷. Sie führen aus, dass verschiedene Patienten verschiedene Medikamente aus Gründen der Zuverlässigkeit, Sicherheit der Erektion usw. bevorzugen würden und dass Patienten unterschiedlich auf Behandlungen ansprechen, weshalb sie verschiedene Behandlungsmethoden benötigen würden²⁴⁸. Weiter weisen sie darauf hin, dass 30 % der Fälle erektiler Dysfunktion auf psychische Probleme zurückzuführen seien und dass 20 % der Fälle sowohl organische als auch psychologische Ursachen hätten, weshalb in diesen Fällen Psychotherapie substituierbar sei²⁴⁹.

²³⁹ Pfizer, act. n° 235, Antwort 28; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b.

²⁴⁰ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28b.

²⁴¹ Diese Beurteilung wurde ursprünglich auch von Eli Lilly gestützt (Eli Lilly, act. n° 37, Antwort 10a). Nach Pfizer und Bayer (Pfizer, act. n° 47, Antwort 10a; Bayer, act. n° 73 Antwort 10a) und nun auch Eli Lilly (Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 28c) stehen auch Carverject, Carverject DC und Muse mit Cialis, Levitra und Viagra im Wettbewerb. Hingewiesen wird auch auf "diverse Alternativtherapien" wie Yohimbin, gemahlenes Horn vom Nashorn, Potenzmittel aus Sexshops und ähnliches sowie auf "illegale Kopien" von Viagra, Cialis oder Levitra auf dem Schwarzmarkt.

²⁴² Gemäss Schätzungen von Pfizer (Pfizer, act. n° 47, Antwort 11) betrug im Jahr 2002 der Marktanteil von Caverject, Caverject DC, Muse und Uprima 12 %, im Jahr 2005 nur noch 5 % (Uprima ist seit 2004 nicht mehr auf dem Markt). Die restlichen 95 % des Marktes gehörten Cialis, Levitra und Viagra.

²⁴³ Bayer, act. n° 221, Antwort 27a.

²⁴⁴ Eine Rolle spielen können dabei z.B. die Anamnese des Patienten, Dosierung, Applikation und Handhabung, Häufigkeit der Einnahme, Nebenwirkungen, Wirkungseintritt, Wirkungsdauer etc. (vgl. Pfizer, act. n° 235, Antwort 28).

²⁴⁵ Vgl. auch die Homepage von Eli Lilly (Deutschland): Die Penisspritze "gehört seit der Einführung moderner anderer Medikamente in Tablettenform nicht mehr zur Standard-Therapie" und eine Schwellkörperimplantation wird "nur als letzte Möglichkeit durchgeführt, wenn andere Behandlungen keinen Erfolg hatten"; vgl. www.lilly-pharma.de/gesundheit/erektionsstoerungen/therapie/skat.html und www.lilly-pharma.de/gesundheit/erektionsstoerungen/therapie/implante.html (Stand: 30.11.2009).

²⁴⁶ Bayer, act. n° 221, Antwort 27a.

²⁴⁷ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 26 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 201 ff.

²⁴⁸ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 27.

²⁴⁹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 29; Pfizer, act. n° 559, Rz. 202.

188. Diese Argumente überzeugen nicht und vermögen eine breitere Marktabgrenzung nicht zu rechtfertigen. Allerdings würde selbst ein Einbezug von Caverject und Muse in den sachlich relevanten Markt keine Folgen haben, da Viagra, Cialis und Levitra zusammen 98 % des Umsatzes generieren, welcher auf dem Markt von Medikamenten gegen erektile Dysfunktion (ED-Medikamente) erzielt wird.

189. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist von einem sachlich relevanten Markt der oral eingenommenen Medikamente für die Behandlung erektiler Dysfunktion auszugehen, welcher die Arzneimittel Cialis, Levitra und Viagra umfasst.

b) *Räumlich relevanter Markt*

190. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog zur Anwendung gelangt).

191. Die drei Medikamente, welche den sachlich relevanten Markt bilden, werden vorrangig durch Apotheken und SD-Ärzte verkauft. Der Hauptvertriebskanal ist derjenige über die Apotheken, gefolgt vom Verkauf durch SD-Ärzte. Die Abgabe von Cialis, Levitra und Viagra wird auch über die Spitäler vorgenommen, ist aber in der Menge beschränkt (zwischen 0.1 und 0.7 %) und kann im weiteren Verlauf der Analyse als vernachlässigbar angesehen werden. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, diese Medikamente per Internet zu kaufen. Beim Kauf per Internet handelt es sich allerdings um einen inoffiziellen Vertriebsweg, der rechtlich umstritten ist²⁵⁰. Dieser Vertriebskanal wird nicht mehr berücksichtigt (s. aber Rz. 197).

192. Aus Konsumenten-/Patientensicht ist der geografisch relevante Markt für den Kauf von Medikamenten lokal, da beim Tätigen von Einkäufen Transaktionskosten (Suchkosten, Transportkosten, Opportunitätskosten) anfallen, die typischerweise von den Nachfragern minimiert werden. Wie beim Kauf von Gütern des täglichen Bedarfs²⁵¹ wird folglich ein Nachfrager eine Apotheke in der näheren Umgebung bevorzugen; oft fällt die Wahl sogar auf die Nächstgelegene. Um jede Verkaufsstelle lässt sich somit ein Marktkreis ziehen, welcher ihr die typischen Nachfrager zuordnet.

193. Bezieht man zudem die SD-Ärzte mit ein, so ist der Markt immer noch lokal, obwohl die Distanz, welche die Patienten zu durchlaufen bereit sind, von anderen Kriterien beeinflusst wird, wie beispielsweise der Spezialisierung des SD-Arzt, seiner Reputation, der Verfügbarkeit für die Aufnahme neuer Patienten und der Zeitspanne für die Festlegung eines Termins. Diese Elemente weiten den Radius des unter Berücksichtigung der Apotheken festgesetzten Marktkreises (s. Rz. 192) für die Besorgung eines dieser drei Medikamente aus.

194. Obwohl der relevante Markt aus Sicht der Nachfrager lokal ist, soll die wettbewerbsrechtliche Analyse aus den folgenden Gründen in einem grösseren als nur dem lokalen Zusammenhang stattfinden:

- i. Erstens gibt es in besiedelten Gebieten dichte und flächendeckende Vertriebsnetze für Medikamente. In der Schweiz ist seit den siebziger Jahren die Anzahl der Apotheken pro Einwohner leicht gewachsen (von 1.8 Apotheken pro 10'000 Einwohner im Jahr 1970 auf 2.3 Apotheken im Jahr 2006)²⁵². Die im Jahr 2005 in der Schweiz tätigen 3'693 SD-Ärzte²⁵³ erhöhen diese Dichte und/oder ergänzen die geographische Abdeckung der Versorgung mit Medikamenten. Dadurch entsteht eine Substitutionskette, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt;
- ii. Zweitens betreffen die PPE nicht eine spezielle Region (z.B. geografische Region oder Sprachregion), sondern sie sind für die ganze Schweiz gültig;
- iii. Letztlich hat die Analyse der Befragung der Verkaufsstellen, welche nach den drei Sprachregionen erfolgt ist, keine nennenswerten Unterschiede bezüglich der Anwendung der Empfehlungen ergeben.

195. Gemäss einer Einkaufstourismusstudie ist der Direktimportwert der im Ausland gekauften Lebensmittel und Güter des täglichen Bedarfs angestiegen. Dieser Anstieg sei das Resultat steigender Frequenzen nach Deutschland, zunehmender Fleischimporte, wachsender Fahrtenkilometer sowie deutlich überschätzter Ersparnispotenziale der Einkaufstouristen²⁵⁴. Entsprechend ist es folgerichtig anzunehmen, dass die Konsumenten ihre Präsenz im Ausland nutzen werden, um auch Medikamente zu kaufen²⁵⁵. Zur Bestimmung der geografischen Dimension des relevanten Marktes ist es jedoch aus den folgenden Gründen nicht notwendig, auch den grenznah liegenden ausländischen Apotheken Rechnung zu tragen: Einerseits sind die Publikumspreise von Cialis, Levitra und Viagra in den uns umgebenden Ländern aus Sicht der Konsumenten nicht besonders interessant und stark vom Wechselkurs abhängig. Andererseits haben die Apotheken aus den Grenzregionen, die auf den Fragebogen geantwortet haben, die Konkurrenz der angrenzenden ausländischen Apotheken nicht als ein Motiv zur anderweitigen Bestimmung der durch die Produzenten empfohlenen Publikumspreise erwähnt.

196. Pfizer und Eli Lilly sind der Auffassung, dass der Markt weiter als national abzugrenzen sei²⁵⁶. Zur Begründung Ihrer Behauptungen berufen sich diese Parteien hauptsächlich auf die Rolle des legalen/illegalen Internetvertriebs sowie auf die Bedeutung von zulässigen

²⁵⁰ Der Vertrieb von Medikamenten über das Internet verzeichnete in den letzten Jahren grosse Wachstumsraten. Aufgrund der zahlreichen Produktfälschungen kann er sich allerdings als gefährlich erweisen. Vgl. auch "Heilmittel per Internet boomen", Neue Luzerner Zeitung, 20. August 2008.

²⁵¹ RPW 2008/1, S. 156 ff. Rz. 235 ff. (Migros/Denner).

²⁵² <http://www.obsandaten.ch/indikatoren/d> (Stand: 30.11.2009).

²⁵³ Vgl. DOMINIQUE JORDAN/DIDIER RAY, in: Gesundheitswesen Schweiz 2007 – 2009, Eine aktuelle Übersicht, Kocher/Oggier (Hrsg.), Bern 2007, S. 22. Diese Zahl unterscheidet sich von derjenigen, welche die Grossisten und Pharmasuisse angegeben hatten (vgl. Fn. 35).

²⁵⁴ RPW 2008/1 S. 149 Rz. 197 (Migros/Denner).

²⁵⁵ Eine Privatperson kann grundsätzlich für den Eigenbedarf in der Schweiz zugelassene Medikamente in der Menge eines Monatsbedarfes importieren (vgl. Art. 20 Abs. 2 HMG).

²⁵⁶ Pfizer, act. n° 559, R. 209 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 32.

Importen für den Eigengebrauch²⁵⁷. Der Markt ist ihrer Meinung nach auch deswegen international zu definieren, weil Anreize, ED-Medikamente zu entwickeln, von der Erwartung weltweiter Verkaufsmöglichkeiten beeinflusst würden²⁵⁸.

197. Diese Argumente überzeugen nicht und vermögen die vorgenommene Marktabgrenzung nicht in Frage zu stellen. Entgegen der Auffassung der Parteien ist der Kauf von diesen Produkten über Internet nicht zu berücksichtigen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern die Internetkäufe die Pharmaunternehmen unter Druck setzen und einen Zusammenhang mit der hier zu prüfenden Problematik aufweisen. Denn der vorliegend massgebliche Wettbewerb spielt zwischen den Verkaufsstellen, welche die drei Medikamente über offizielle Vertriebskanäle beziehen und nicht zwischen den Pharmaunternehmen. Illegale Vertriebskanäle, welche Käufe ohne Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen erlauben, stellen keine Alternative zum Medikamentenkauf in Apotheken oder per Versandapotheken dar und gehören somit nicht zum relevanten Markt. Zudem ist es sehr schwierig, diese Käufe zu messen.

198. Die Anreize betreffend die Entwicklung von ED-Medikamenten haben keinen Zusammenhang mit deren Vertrieb und sind somit vorliegend nicht von Bedeutung.

199. Folglich rechtfertigt es sich, im Rahmen der vorliegenden Untersuchung den Markt national abzugrenzen²⁵⁹. Diese Marktdefinition trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass diese drei Medikamente aus patentrechtlichen Gründen nicht parallel importiert werden dürfen.

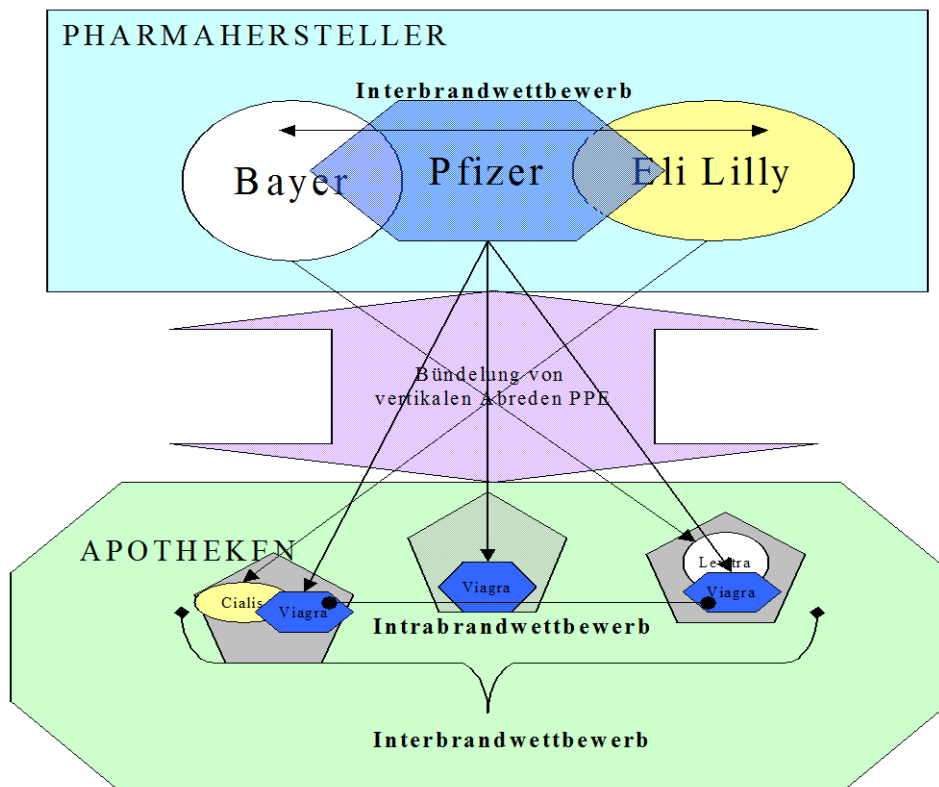
c) Fazit

200. Als relevanter Markt ist folglich derjenige der oral einzunehmenden Medikamente gegen erektile Funktionsstörungen in der Schweiz zu bezeichnen, welcher die Produkte Cialis, Levitra und Viagra umfasst. Die Prüfung der Auswirkungen der vorliegenden Abreden wird sich auf die Vertriebskanäle der drei Medikamente konzentrieren.

B.4.2.2 Intra- und Interbrand Wettbewerb

201. Da gemäss Rechtsprechung der Weko²⁶⁰ die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand Wettbewerb widerlegt werden kann, wird sich die Analyse der Wettbewerbsintensität zunächst auf den Intra- und Interbrand Wettbewerb konzentrieren.

Abbildung 1: Marktstruktur und vertikale Abreden



Quelle: Sekretariat.

²⁵⁷ Pfizer, act. n° 559, Rz. 215 ff.

²⁵⁸ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 32.

²⁵⁹ Vgl. auch RPW 1998/4, S. 552 Rz. 17 (Versandapotheke MediService AG), wo der räumliche Markt für rezeptpflichtige Arzneimittel grundsätzlich national abgegrenzt wurde.

²⁶⁰ RPW 2009/2, S.146 Rz. 39 (Sécateurs et cisailles).

a) *Auswirkungen der Abreden auf den Markt*

202. Die Weko hat aufgrund der Aussagen der Parteien und gestützt auf das Gutachten RBB²⁶¹ die Methodik des Sekretariats bei der Bestimmung der Anzahl verkaufter Packungen überprüft. Die Analyse hat ergeben, dass an dieser Vorgehensweise zu beanstanden ist, dass sie die Anzahl der von einer Verkaufsstelle abgesetzten Packungen nicht berücksichtigt und somit den Umstand ausser Acht lässt, ob eine Verkaufsstelle viele oder wenige Packungen abgesetzt hat.

203. Um die Auswirkungen der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE auf den Markt zu untersuchen, spielt die Tatsache, ob eine Verkaufsstelle viele oder wenige bis gar keine Packungen eines dieser drei Medikamente verkauft hat, eine wichtige Rolle, geht es in diesem Zusammenhang doch darum, die Anzahl der zum empfohlenen Preis verkauften Packungen zu eruieren. Aus diesem Grund hat die Weko entschieden, die Berechnungen des Sekretariats mit dem Ansatz der Gewichtung anzupassen. Eine gewichtete Berechnung der Daten der Fragebogenauswertung in Bezug auf die verkauften Packungen führt zu folgenden Ergebnissen:

204. Wie Tabelle 2 zu entnehmen ist (vgl. Rz. 112), hat die Auswertung der Fragebögen ergeben, dass in der Schweiz in den Jahren 2005 und 2006 89.3 % der Apotheken und 81.7 % der SD-Ärzte die Publikumspreise für die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra in Übereinstimmung mit dem empfohlenen Preis festlegten.

205. Bei näherer Betrachtung der Ergebnisse derjenigen Apotheken, welche angaben, ihre Publikumspreise gestützt auf die empfohlenen Preise festgesetzt haben, geht hervor, dass auf die Frage "Der empfohlene Preis dient als Referenzpreis, um Rabatte festzulegen?" 52 % dieser Apotheken (Absatz: 33.9 % [2005] bzw. 33.6 % [2006] der insgesamt verkauften Packungen), mit nein geantwortet haben. Diese Apotheken haben den empfohlenen Publikumspreis stets ohne Abweichungen übernommen. 37.3 % der Apotheken, welche ihre Publikumspreise gestützt auf die empfohlenen Preise festgesetzt haben (Absatz: 48.5 % [2005] bzw. 48.9 % [2006] aller verkauften Packungen), haben diese Frage mit ja beantwortet und auf einen Teil der von ihnen verkauften Packungen – vom empfohlenen Publikumspreis ausgehend – Rabatte eingeräumt. Diese Apotheken gaben auf die Frage "In wie viel Prozent der Fälle weichen Sie vom empfohlenen Publikumspreis ab?" Prozentsätze an. Anhand dieser Angaben konnte die Weko feststellen, dass im gewichteten²⁶² Durchschnitt 39 % der von diesen Apotheken verkauften Packungen mit einem Rabatt abgesetzt wurden. Dies bedeutet, dass 61 % der von diesen Apotheken verkauften Packungen ohne Rabatt und somit zu dem empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Dies entspricht 29.6 % bzw. 29.8 % aller durch Apotheken im Jahr 2005 bzw. 2006 verkauften Packungen. Somit beträgt der Anteil der entsprechend den PPE verkauften Packungen 63.5 % (= 33.9 % plus 29.6 %) im Jahr 2005 bzw. 63.4 % (= 33.6 % plus 29.8 %) im Jahr 2006, wie die folgende Tabelle zusammenfasst²⁶³:

Tabelle 5: Einhaltung der PPE seitens der Apotheken für die drei Medikamente in den Jahren 2005 und 2006 gemessen an der Anzahl verkaufter Packungen

	PPE	PPE mit Rabatt	Keine PPE	Total
2005	63.5 %	18.9 %	17.6 %	100.0 %
2006	63.4 %	19.1 %	17.5 %	100.0 %

Quelle: Antworten Fragebögen; Berechnung: Weko.

206. Das gleiche Vorgehen ist für die Auswertung der Daten der SD-Ärzte angewendet worden. Auf die Frage "Der empfohlene Preis dient als Referenzpreis, um Rabatte festzulegen?" haben 75.5 %²⁶⁴ der SD-Ärzte mit nein geantwortet. Nur 6.2 % haben diese Frage bejaht und für einen Teil der von ihnen verkauften Packungen – vom empfohlenen Publikumspreis ausgehend – Rabatte eingeräumt. Dieser Teil entspricht im Durchschnitt 31 % der von diesen SD-Ärzten abgesetzten Packungen. Dies bedeutet, dass 69 % der von diesen SD-Ärzten verkauften Packungen (= 6 % im Jahr 2005 und 6.8 % im Jahr 2006 aller durch SD-Ärzte verkauften Packungen) ohne Rabatt und somit zu dem empfohlenen Publikumspreis verkauft wurden. Zusammenfassend beträgt der Anteil der zu PPE durch SD-Ärzte abgesetzten Packungen 72.8 % (= 66.8 % plus 6 %) im Jahr 2005 und 70.6 % (= 63.8 % plus 6.8 %) im Jahr 2006. Die folgende Tabelle fasst die Ergebnisse der Auswertung der Fragebögen betreffend die Preispolitik der SD-Ärzte zusammen:

²⁶¹ RBB (zit. in Fn. 157), S. 11, S. A9.

²⁶² Hierbei entspricht das Gewicht einer Apotheke dem Anteil der von dieser Apotheke verkauften Packungen am Total der verkauften Packungen durch alle Apotheken, die auf die PPE teilweise einen Rabatt gewähren. In Fällen, in denen die befragte Apotheke keine Antwort auf die Frage "In wie viel Prozent der Fälle weichen Sie vom empfohlenen Publikumspreis ab?" gibt, wird der gewichtete Durchschnitt der Apotheken, deren Antwort bekannt ist, angewendet. Dieser beträgt 39 % (sog. Ansatz der Mittelwert-Imputation oder Mittelwertersetzung bei fehlenden Daten).

²⁶³ Eine separate Auflistung nach Medikamenten kann nicht durchgeführt werden, weil detaillierte Angaben betreffend die Rabattpolitik der Verkaufsstellen für die einzelnen Medikamente nicht systematisch vorhanden sind. Eine solche würde allerdings kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen betreffend die drei Medikamente führen, da die Rabattpolitik der Verkaufsstellen grundsätzlich gleich für alle drei Medikamente ist.

²⁶⁴ Dies entspricht 66.8 % im Jahr 2005 bzw. 63.8 % im Jahr 2006 der von den befragten SD-Ärzten abgesetzten Packungen.

Tabelle 6: Einhaltung der PPE seitens der SD-Ärzte für die drei Medikamente in den Jahren 2005 und 2006 gemessen an der Anzahl verkaufter Packungen

	PPE	PPE - Rabatt	Keine PPE	Total
2005	72.8 %	2.7 %	24.5 %	100.0 %
2006	70.6 %	3.1 %	26.3 %	100.0 %

Quelle: Auswertung Fragebögen; Berechnung: Weko.

207. Gestützt auf das Gutachten RBB behauptet Pfizer, dass sich für Viagra, was die Einhaltung der PPE angehe, folgendes Bild ergebe: Einhaltung nach verkauften Packungen Viagra (50mg x 12) seitens der Apotheken in den Jahren 2005 und 2006 44.2 % bzw. 44.6 %²⁶⁵. Eli Lilly führt aus, dass die richtige – gewichtete – Berechnung der Einhaltung der PPE für Cialis dazu führe, dass von den meistverkauften Packungen von Cialis (20mg x 8) in den Jahren 2004 und 2005 in Apotheken nur etwa 38.2 % bzw. 37.8 % zum empfohlenen Preis verkauft wurden²⁶⁶. 2/3 seien fast ausschliesslich zu niedrigeren Preisen verkauft worden, was dafür spreche, dass sich die PPE als Preisobergrenze auswirken und dass Intradand Wettbewerb herrschte.

208. Die von Pfizer und Eli Lilly geltend gemachten Einhaltungsggrade unterscheiden sich von der vorliegend durchgeführten gewichteten Berechnung. RBB konzentriert seine Analyse auf die "tatsächlichen Verkaufsdaten", welche die Verkaufsstellen anlässlich der Fragebogenbeantwortung geliefert haben²⁶⁷. Um die Anzahl der mit Rabatt auf den PPE verkauften Packungen zu bestimmen, verwendet RBB implizite Durchschnittspreise (Umsatz geteilt durch Verkaufsmengen) und kommt zum Schluss, dass 2006 die Mehrheit der Packungen zu einem tieferen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft würden.

209. Die Verwendung von impliziten Durchschnittspreisen führt zu verzerrten Ergebnissen. Dieses Vorgehen vermischt nämlich die von einer Verkaufsstelle mit Rabatt verkauften Packungen mit denjenigen Packungen, welche ohne Rabatt verkauft wurden. Es ist jedoch verfehlt, diese gemeinsam zu betrachten, da es bei der Analyse gerade darum geht, zu unterscheiden, wie viele Packungen mit Rabatt und wie viele ohne Rabatt verkauft worden sind²⁶⁸. An den in Tabelle 5 und 6 wiedergegebenen Zahlen ist entsprechend festzuhalten.

b) Innen- und Aussenwettbewerb

210. Da eine gewisse Stabilität betreffend die Einhaltung der Abreden über die berücksichtigte Periode festgestellt werden kann, wird in den folgenden Ausführungen keine Differenzierung zwischen den beiden Jahren vorgenommen. Ferner ändern sich diese Zahlen auch dann nicht, wenn man die drei Medikamente separat betrachtet und folglich die Auswirkungen der drei unterschiedlichen vertikalen Abreden separat berücksichtigt (vgl. Fn. 263). Somit wurden rund 63 % von allen in der Schweiz über die Apotheken ausgehändigten Cialis-, Levitra- und Viagra-Packungen zum empfohlenen Publikumspreis

verkauft. Dieser Prozentsatz beläuft sich auf 70 % betreffend die von SD-Ärzten verkauften Medikamente. Im Zusammenhang mit den SD-Ärzten und Apotheken, welche angaben, auf den empfohlenen Publikumspreis Rabatte zu gewähren, hat die Auswertung der Fragebögen – aufgrund der durch diese Apotheken und SD-Ärzte angegebenen Praxis (vgl. Tabelle 5 und Tabelle 6) – ergeben, dass die effektiv mit einem Rabatt verkauften Packungen (3.1 % für die SD-Ärzte und 19.1 % für die Apotheken) nur 31 % bzw. 39 % der durch diese SD-Ärzte bzw. Apotheken abgegebenen Packungen entsprechen.

211. Was den Innen-Intradand Wettbewerb betrifft, spielen somit diejenigen Apotheken und SD-Ärzte, die auf die empfohlenen Publikumspreise Rabatte gewährten und dadurch die Stichhaltigkeit der vertikalen Abreden wieder in Frage stellen sollten, eine sehr marginale Rolle. Hinzu kommt, dass es sich bei den von diesen Verkaufsstellen gewährten Rabatten weitgehend um Kundenrabatte (z.B. Rabatte gestützt auf Treuekarte, Barzahlung usw.) handelt, welche nichts mit dem Produkt als solchem zu tun haben.

212. In Zusammenhang mit dem Aussen-Intradand Wettbewerb ist den obigen Ausführungen zu entnehmen, dass in der berücksichtigten Periode nur noch 18.3 % der SD-Ärzte und 10.7 % der Apotheken ihre Preise in Abweichung von den empfohlenen Publikumspreisen festsetzten und somit als nicht an der Abrede beteiligt gelten können. Im Jahr 2006 verkauften diese Verkaufsstellen in der Schweiz lediglich 26.3 % aller durch die SD-Ärzte und 17.5 % aller durch die Apotheken verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra.

²⁶⁵ RBB (zit. in Fn. 157), Tabelle 9, S. A10.

²⁶⁶ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 91 ff.

²⁶⁷ RBB (zit. in Fn. 157), S. A3.

²⁶⁸ Wenn beispielsweise angenommen wird, dass eine Apotheke zwei Packungen mit einem Rabatt von 50 % (auf die PPE) und zwei Packungen zum empfohlenen Publikumspreis (ohne Rabatt) verkauft hat, wobei die PPE = 40 CHF beträgt, würde nach der Methodik von RBB der implizite Durchschnittspreis CHF 30 [= Umsatz / Verkaufte Menge = (20 + 20 + 40 + 40)/4 = 120 / 4] betragen. Dies würde einem Rabatt von 25 % auf die PPE [= (40-30) / 40] entsprechen. Gemäss der Interpretation von RBB würde man dann in diesem Fall davon ausgehen, dass die Durchschnittspreise dieser 4 Packungen 25 % niedriger ausfallen als die PPE. Mit anderen Worten würde man die Schlussfolgerung ziehen, dass keine dieser vier Packungen zur PPE verkauft wurde. Tatsächlich gäbe es jedoch nur 2 Packungen, die nicht zur PPE abgesetzt wurden, während auf die zwei anderen Packungen die PPE angewendet wurde.

213. Aufgrund dieser Zahlen folgt, dass die Intensität des Innen- und Aussen-Intrabrand Wettbewerbs alleine nicht ausreicht, um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen. Auch der Verkauf über Internet zeigt keine disziplinierende Wirkung und vermag an dieser Schlussfolgerung nichts zu ändern.

c) *Restwettbewerb*

214. Anlässlich der Beurteilung einer horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG hat das Bundesgericht²⁶⁹ festgehalten, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist, und es daher trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (z.B. Qualität der Beratung, Lage der Verkaufsstelle usw.)²⁷⁰ noch zu einem – wenn auch allenfalls erheblich beeinträchtigten – (Rest- oder Teil-) Wettbewerb kommt. Es ist fraglich, ob diese zusätzlichen Elemente auch bei der Prüfung der Wettbewerbsbeseitigung im Rahmen von vertikalen Abreden zu berücksichtigen sind. Dies kann vorliegend jedoch offen bleiben, denn, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgeht, die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann selbst unter Berücksichtigung von Rest- oder Teilwettbewerb nicht widerlegt werden.

215. Die Medikamente Cialis, Levitra und Viagra sind verschreibungspflichtige Medikamente der Abgabekategorie B und dürfen somit nur gegen ärztliches Rezept an die Patienten abgegeben werden. Die im Zusammenhang mit der Einnahme des Medikaments erforderliche Fachberatung findet anlässlich der ärztlichen Sprechstunde statt. Dort erhält der Patient alle erforderlichen Informationen betreffend Dosierung, Nebenwirkungen usw. Zudem können diese sowie zusätzliche Informationen auch den Packungsbeilagen entnommen werden. Entgegen der Auffassung, welche mehrere Apotheken im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag vertreten haben²⁷¹, besteht am Verkaufspunkt Apotheke kein Aufklärungsbedarf mehr, weshalb sich eine Verkaufsstelle nicht durch eine besonders kompetente Beratung gegenüber ihren Konkurrenten profilieren kann. Selbst wenn die Beratung tatsächlich eine Rolle spielen würde, wäre diese nur anlässlich des ersten Kaufs eines dieser drei Medikamente von Bedeutung, nicht jedoch bei künftigen Käufen. Da diese drei Medikamente über eine längere Zeit verschrieben und eingenommen werden, wäre auch in einem solchen Fall die Bedeutung der Beratung als Wettbewerbsparameter minim.

216. Andere Wettbewerbsparameter, welche die Wettbewerbsintensität zwischen den an den Abreden beteiligten Verkaufsstellen beim Verkauf von Cialis, Levitra und Viagra zu erhöhen vermögen und sich nicht auf den Preis beziehen, sind nicht ersichtlich. Zwar könnte neben dem Preis auch der Schamfaktor von Bedeutung sein. Bei diesem handelt es sich jedoch nicht um einen Parameter, welcher von den einzelnen Verkaufsstellen in entscheidender Weise beeinflusst werden kann²⁷². Dieser Faktor hängt vielmehr vom potentiellen Käufer ab.

d) *Zwischenergebnis*

217. Daraus folgt, dass die Intensität des Intrabrand Wettbewerbs (Innen-, Aussen- und Restwettbewerb) nicht ausreicht, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vermutung gestützt auf Interbrand Wettbewerb, welcher zum schwachen Intrabrand Wettbewerb hinzukommen könnte, widerlegt werden kann.

B.4.2.2.3 Interbrand Wettbewerb

218. Einzelne Parteien führen aus, dass die Pharmaunternehmen wirksamen Interbrand Wettbewerb ausgesetzt seien und dass dieser – entgegen Ziff. 10 Abs. 2 Vert-BM – ausreiche, um die Vermutung zu widerlegen²⁷³. Ihrer Ansicht nach müsse der Interbrand Wettbewerb auf Stufe Arzt und nicht auf Stufe Apotheke gemessen werden, weil die Wahl des Medikaments dort erfolge. Dass dort starker Interbrand Wettbewerb herrsche, sei an der Entwicklung der Marktanteile zu sehen. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag werfen sie dem Sekretariat weiter vor, den Interbrand Wettbewerb (trotz der Behauptung, wonach Wettbewerb hauptsächlich in Bezug auf Wirksamkeit und Sicherheitsüberlegungen erfolge) auf die Frage nach Preiswettbewerb zu reduzieren und andere Parameter sowie die Käufe über Internet nicht untersucht zu haben.

219. e-mediat führt aus, dass aufgrund wirksamen Interbrand Wettbewerbs und des Umstandes, dass den Pharmaunternehmen keine horizontale Koordination zur Last gelegt werden könne, industrieökonomisch nicht zu erwarten sei, dass diese mittels vertikaler Abreden den Wettbewerb auf Endkundenstufe in volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Weise verzerren könnten²⁷⁴. Die Pharmaunternehmen seien vielmehr durch den Druck des Interbrand Wettbewerbs gezwungen, die Vermarktung ihrer Produkte mit den Händlern zu koordinieren. Weiter sieht e-mediat insofern einen Widerspruch in den Ausführungen des Sekretariates, als es bei der Prüfung einer horizontalen Abrede zum Schluss kommt, dass zwischen den drei Medikamenten Interbrand Wettbewerb herrsche, dieses Argument jedoch bei der Prüfung der vertikalen Abreden nicht berücksichtigt.

220. Das zentrale Element, welches an dieser Stelle berücksichtigt werden muss, ist an die Tatsache gebunden, dass die hier in Frage stehenden drei Medikamente

²⁶⁹ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, S. 747 [Buchpreisbindung]).

²⁷⁰ Pfizer macht geltend, dass Restwettbewerb in Form von Beratung, diskreter Bedienung, Lage, Grösse und Öffnungszeiten durchaus vorhanden sei (Pfizer, act. n° 559, Rz. 243 ff.).

²⁷¹ Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 521, Abschnitt "Allgemeine Vorbemerkungen".

²⁷² Für einen Kunden dürfte diesbezüglich entscheidend sein, dass er am Verkaufspunkt nicht persönlich bekannt ist und dort anlässlich seines Kaufs nicht allzu viele anderen Kunden antrifft.

²⁷³ Pfizer, act. n° 559, Rz. 187 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 89 ff.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 115 ff.

²⁷⁴ act. n° 517, S. 2.

²⁷⁵ Vgl. Rz. 215.

der Abgabe-Kategorie B angehören und somit nur gegen ärztliches Rezept an die Patienten abgegeben werden dürfen (Verschreibungspflicht)²⁷⁵. Somit hat der Patient nur eine eingeschränkte Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Erektionsmitteln. Es ist letztlich der behandelnde Arzt, welcher dem Patienten ein bestimmtes Medikament verschreibt²⁷⁶. Die Verschreibung erfolgt überwiegend aufgrund der medizinischen Beurteilung des Arztes, der selbst weiss, welches Medikament – unter Berücksichtigung der Wünsche und Bedürfnisse des Patienten – indiziert ist. Der Preis des Medikaments dürfte dabei – zumal früher gar keine und auch heute nur eine relativ geringe Preisdifferenz zwischen den Medikamenten besteht (vgl. Tabelle 8) – kaum eine entscheidende Rolle für die Wahl des Präparats spielen²⁷⁷. Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, inwiefern der Druck des Interbrand Wettbewerbs die Pharmaunternehmen dazu zwingen soll, den Absatz dieser Produkte mittels PPE zu koordinieren. Denn solange die Preise von Cialis, Levitra und Viagra nicht wesentlich voneinander abweichen, sind diese für die Auswahl eines Präparats nicht entscheidend.

221. Sobald der Arzt das Rezept einmal ausgestellt hat, kann der Patient nicht mehr frei zwischen den verschiedenen Erektionsmitteln wählen: Vielmehr kann er mit diesem Rezept ausschliesslich das im Rezept namentlich genannte Medikament beziehen.

222. Die (SD-) Ärzte spielen daher eine zentrale Rolle bei der Auswahl eines der drei Medikamente sowie auch in Zusammenhang mit dem Interbrand Wettbewerb zwischen den Pharmaunternehmen. Die Pharmaunternehmen sind sich bewusst, dass der Publikumspreis von ihren Produkten bloss eine untergeordnete Rolle für die Wahl des Patienten spielt, umso mehr, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Preise der drei Medikamente sehr ähnlich sind. Der Wettbewerb, welchem sich Pfizer, Bayer und Eli Lilly für den Verkauf ihrer Produkte gegen erektile Funktionsstörungen aussetzen, gründet folglich in erster Linie auf deren Wirksamkeit und Verträglichkeit²⁷⁸.

223. Unter den wettbewerbswidrigen Effekten, welche von vertikalen Abreden herrühren können, kann die Reduktion des Intra-brand Wettbewerbs kartellrechtlich unzulässiges Verhalten zwischen Vertreibern begünstigen. Entgegen der Auffassung der Parteien ist die Intensität des Interbrand Wettbewerbs somit auf Verteilerstufe zu messen, insbesondere zwischen den Apotheken. Denn vertikale Abreden über die Preise zwischen Herstellern und Verkaufsstellen schränken zwangsläufig die Intra-brand Wettbewerbsfähigkeit der Verkaufsstellen ein und wirken sich dadurch auch horizontal aus (Wettbewerb zwischen Verkaufsstellen); dies unabhängig vom Ausmass des Interbrand Wettbewerbs zwischen den einzelnen Herstellern. Im vorliegenden Fall koordinieren die drei Pharmaunternehmen ihr Verhalten mit den Verkaufsstellen auf dieselbe Art, was dazu führt, dass der Vertrieb der drei Medikamente keine Unterschiede aufweist und diesbezüglich somit kein Wettbewerb herrscht. Dass zwischen den drei Pharmaunternehmen Wettbewerb besteht, ist im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Medikamente folglich ohne Bedeutung.

224. Wie bereits ausgeführt, ist am Verkaufspunkt Apotheke jedoch faktisch keine Substituierbarkeit der Medikamente mehr gegeben. Die Apotheken haben somit nicht die Möglichkeit, den Wettbewerb zwischen den drei Medikamenten (in-shop competition) spielen zu lassen, indem beispielsweise tiefere Preise für Viagra im Vergleich zu Levitra oder Cialis verlangt würden. Von Bedeutung im Zusammenhang mit dem Interbrand Wettbewerb ist auch, in welchem Masse der Patient/Kunde die Möglichkeit hat, unter den Apotheken diejenige auszuwählen, welche das verordnete Produkt zu einem tieferen als dem empfohlenen Preis anbietet. Denn falls sich der Preis bei der Wahl des zweckmässigsten Produkts effektiv als sekundär erweist, ist er es nicht mehr, wenn es sich um den Wiederkauf dieses Produktes handelt.

225. Wie aus den obigen Ausführungen erhellt, wurden 63.4 % aller durch die Apotheken abgesetzten Packungen im Jahr 2006 zum empfohlenen Publikumspreis verkauft (vgl. Tabelle 5). Die Veröffentlichung und die Einhaltung der PPE für die drei Medikamente verhindert den Preiswettbewerb, welchem die Verkaufsstellen mangels PPE ausgesetzt wären. Die Apotheken könnten mit tieferen Preisen als den empfohlenen Publikumspreisen versuchen, mehr Konsumenten von Cialis, Levitra und Viagra zu gewinnen. Die Herabsetzung des einheitlichen Preises pro Packung würde durch eine Erhöhung der Verkäufe wettgemacht. Es ist sehr wahrscheinlich, dass ein Kunde, der den Preiswettbewerb heute nicht spielen sieht, mehr Zeit in die Recherche nach dem tiefsten Medikamentenpreis investieren würde, wenn die Verkaufsstellen die PPE nicht mehr einhalten würden.

226. Nur 10.7 % der Apotheken, die Cialis, Levitra und Viagra verkaufen, wenden grundsätzlich einen anderen als den empfohlenen Publikumspreis an. Diese Verkaufsstellen haben insgesamt 17.5 % Packungen verkauft. Erschwerend kommt hinzu, dass drei gleichartige, nebeneinander bestehende und den ganzen sachlich relevanten Markt umfassende vertikale Vertriebsnetze vorliegen, die sich kumulativ auf den Markt auswirken (sog. kumulativer Effekt²⁷⁹). Die Apotheken haben ein grosses Interesse daran, die empfohlenen Publikumspreise einzuhalten. Denn die vertikalen Abreden reduzieren nicht nur das Risiko, sich über die Apothekerpreise zu konkurrenzieren, sondern sie garantieren auch eine interessante und fixe Gewinnmarge im Verlauf der Jahre.

227. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Interbrand Wettbewerb, welcher zum schwachen Intra-brand Wettbewerb hinzukommt, nicht ausreicht, um die Vermutung zu widerlegen. Die drei vertikalen Abreden beseitigen folglich den wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt.

²⁷⁶ Bayer führt aus, dass der Arzt den grössten Einfluss auf den Kaufentscheid des Patienten haben dürfte (Bayer, act. n° 370, Antwort 3.a).

²⁷⁷ S. Bayer, act. n° 370, Antwort 4a, [...].

²⁷⁸ Vgl. Bayer, act. n° 370, Antwort 4.

²⁷⁹ Vgl. auch Ziff. 13 Abs. 2 Vert-BM.

B.4.2.3 Zwischenergebnis

228. Den obigen Ausführungen ist zu entnehmen, dass vorliegend die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden kann.

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

229. Selbst wenn man – entgegen der Auffassung der Weko – zum Schluss kommen würde, dass sich vorliegend die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt, zeigen die folgenden Ausführungen, dass die hier zu prüfenden Abreden mindestens eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben.

230. Im Zusammenhang mit der Erheblichkeit berufen sich die Parteien weitgehend auf die bereits anlässlich der Wettbewerbsbeseitigung geltend gemachten Argumente²⁸⁰. Insbesondere wird ausgeführt, dass aus den vom Sekretariat berechneten Zahlen hervorgehe, dass der Wettbewerb – sofern aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen überhaupt möglich – spiele und nicht erheblich beschränkt sei. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag werfen die Parteien dem Sekretariat vor, seine Ausführungen auf die Vert-BM (insb. auf Ziff. 10 Abs. 2 Vert-BM) und nicht auf die einschlägige ökonomische Literatur zu stützen²⁸¹. Sie fordern, dass die Beseitigung bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs unabhängig von der Vert-BM rechtsgenügend nachzuweisen sei.

231. Pfizer ist der Auffassung, dass die Aussage über den kumulativen Abschottungseffekt²⁸² falsch und aus der Luft gegriffen sei; das ökonomische Expertengutachten zeige gerade, dass die Preise in der Schweiz tiefer als im Ausland seien²⁸³. Weiter wirft sie dem Sekretariat vor, den potentiellen Wettbewerb in Form von neuen Marktzutritten sowie Generika nicht berücksichtigt zu haben [(...)]²⁸⁴. Potentieller Wettbewerb besteht ihrer Meinung nach auch für die Apotheken: Die Marktanteile von Versandapotheken würden ständig steigen; diese seien effizienter als herkömmliche Apotheken²⁸⁵.

232. Die Beurteilung der Erheblichkeit einer Abrede erfolgt grundsätzlich anhand von quantitativen und qualitativen Kriterien. Vertikale Abreden über Festpreise gemäss Art. 5 Abs. 4 KG erfüllen in der Regel in qualitativer Hinsicht den Tatbestand der Erheblichkeit²⁸⁶. An besagte Abreden sind im Hinblick auf die quantitative Beurteilung der Erheblichkeit tiefe Anforderungen zu stellen²⁸⁷. Diese brauchen vorliegend nicht näher definiert zu werden, denn wie den folgenden Ausführungen zu entnehmen ist, ist aufgrund der Auswirkungen der vorliegend zu beurteilenden Abreden auf den Markt ohne Weiteres von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung auszugehen.

233. Vorliegend liegen drei nebeneinander bestehende vertikale Abreddebündel gemäss Art. 5 Abs. 4 KG vor, welche die Anforderungen im Hinblick auf die Erheblichkeit in qualitativer Hinsicht erfüllen. Die Erheblichkeit ist auch in quantitativer Hinsicht zu bejahen. Zusätzlich zu den folgenden Ausführungen wird in diesem Zusammenhang auf Rz. 202 ff. verwiesen, welche *mutatis mutandis* auch für die Frage der Erheblichkeit gelten.

B.4.3.1 Spezifische Kriterien zur Beurteilung von in Empfehlungsform gekleideten Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen

234. Neben dem Ausgeführten (s. Rz. 202 ff.) kann für die Beurteilung der Auswirkungen der vorliegenden Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen auch ein Vergleich zwischen den Preisen, welche in der Schweiz und im vergleichbaren Ausland herrschen, herangezogen werden (vgl. auch Ziff. 11 Abs. 2 Bst. d Vert-BM).

235. Dieser Vergleich ist im Zusammenhang mit rezeptpflichtigen Medikamenten allerdings nur beschränkt durchführbar. Denn der Medikamentenmarkt ist in jedem Land stark reguliert und aufgrund der unterschiedlichen Gesetzgebungen ist ein aussagekräftiger Preisvergleich zwischen den einzelnen Ländern schwierig. Vorliegend wurden die Publikumspreise für Cialis²⁸⁸, Levitra und Viagra in der Schweiz mit denjenigen in Deutschland, Italien und Grossbritannien verglichen. In Deutschland und Italien sind die meistverkauften Packungen billiger²⁸⁹, die Margen für Grossisten und Apotheken werden jedoch staatlich festgelegt. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer sind die drei Medikamente in Grossbritannien preiswerter²⁹⁰. Der Preisunterschied ist allerdings nicht massiv, weshalb – auch aufgrund der obigen Ausführungen – dieses Kriterium nicht aussagekräftig ist.

236. Für die Beurteilung der Schädlichkeit dieser Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen ist vielmehr die Tatsache entscheidend, dass diese „tatsächlich von einem bedeutenden Teil der Weiterverkäufer oder Händler befolgt“ werden (vgl. Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e Vert-BM).

²⁸⁰ Für die Apotheken statt vieler s. act. n° 522, Abschnitt "Keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung"; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 221; Bayer, act. n° 556, Rz. 94.

²⁸¹ Bayer, act. n° 556, Rz. 96 f.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 223; Pfizer, act. n° 559, Rz. 260.

²⁸² Vgl. Rz. 226. Mit kumulativem Abschottungseffekt ist vorliegend die Tatsache gemeint, dass der ganze sachliche Markt von der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE betroffen ist. Entgegen der Auffassung Pfizers, beruht diese Aussage nicht auf einem Preisvergleich mit dem Ausland.

²⁸³ Pfizer, act. n° 559, Rz. 266.

²⁸⁴ Pfizer, act. n° 559, Rz. 295 ff. sowie 301 ff.

²⁸⁵ Pfizer, act. n° 559, Rz. 305.

²⁸⁶ S. auch RPW 2009/2, S. 153 Rz. 75 (Sécateurs et cisailles).

²⁸⁷ RPW 2009/2, S. 153 Rz. 75 (Sécateurs et cisailles).

²⁸⁸ Eli Lilly weist darauf hin, [...] (Eli Lilly, act. n° 390, Antwort 3, S. 3.).

²⁸⁹ Eli Lilly macht darauf aufmerksam, dass [...] (Eli Lilly, act. n° 390, Antwort 3, S. 4.).

²⁹⁰ Eli Lilly weist darauf hin, dass die für Grossbritannien für Cialis angegebenen Preise die Listenpreise der National Health Service (NHS) seien (Eli Lilly, act. n° 390, Antwort 3, S. 4 f.). Diese Preise würden die sog. "dispensing fee", welche die Apotheken zusätzlich zum behördlich genehmigten Preis erhalten, nicht enthalten. Ähnlich argumentiert Pfizer, wonach es sich bei den in Grossbritannien für Viagra veröffentlichten Preisen nicht um eigentliche PPE handle, sondern um die Ex-factory Preise zuzüglich der üblichen NHS-Marge (Pfizer, act. n° 394, Antwort 14). Die Endverkaufspreise dürften demnach um einiges höher sein.

237. Wie gezeigt, werden nur 36 % bzw. 28 % der von Apotheken und SD-Ärzten verkauften Packungen von Cialis, Levitra und Viagra zu einem anderen als dem empfohlenen Publikumspreis verkauft. Dies führt dazu, dass jede einzelne Abrede den Wettbewerb zwischen den Verkaufsstellen auf dem relevanten Markt zumindest erheblich beeinträchtigt. Erschwerend kommt hinzu, dass drei gleichartige, nebeneinander bestehende und den ganzen sachlich relevanten Markt umfassende vertikale Vertriebsnetze vorliegen, die sich kumulativ auf den Markt auswirken. Das Interesse, die empfohlenen Publikumspreise einzuhalten, ist sowohl bei den Apotheken als auch bei den SD-Ärzten gross (s. Tabelle 4).

B.4.3.2 Zwischenergebnis

238. Für den Fall der Widerlegung der Vermutung wäre festzuhalten, dass die Wettbewerbsabreden der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken, die gemäss Art. 5 Abs. 1 KG mindestens als erheblich zu qualifizieren ist. Wie den folgenden Ausführungen entnommen werden kann, könnten besagte Abreden nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.4.4 Keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

B.4.4.1 Einleitende Bemerkungen

239. Eine erhebliche Beschränkung wirksamen Wettbewerbs ist grundsätzlich unzulässig, ausser sie ist aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG). In der einschlägigen Literatur wird hervorgehoben, dass hinter dieser Ausnahmebestimmung der Gedanke steht, dass im Einzelfall positive Wirkungen die schädlichen Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen auf den Wettbewerb kompensieren können²⁹¹. Bei der Prüfung der Ausnahmen darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich das Kartellgesetz auf zwei verfassungsrechtliche Pfeiler stützt: die individualrechtlich ausgestaltete Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und den Kartellartikel (Art. 96 BV). Beide Normen stellen einen Teil der Grundsätze dar, welche die schweizerische Wirtschaftsordnung prägen²⁹². Eine marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaftsordnung ist auf eine funktionierende Wettbewerbsordnung angewiesen, weshalb das KG das Ziel des "wirksamen Wettbewerbs" verfolgt. Eine zentrale Voraussetzung des Systems ist die Garantie der Offenheit der Märkte. Wird diese z. B. durch Marktzutrittsschranken gestört, hat das KG als ordnungspolitisches Instrument in die Privatautonomie einzugreifen, um sicherzustellen, dass das Funktionieren der freien Wirtschaftsordnung nicht gestört wird.

240. Aufgrund dieser Konzeption der schweizerischen Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung dürfen Wettbewerbsbeschränkungen aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nur ausnahmsweise und unter folgenden beiden Voraussetzungen zugelassen werden²⁹³: Einerseits müssen die positiven Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung merklich spürbar sein und die schädlichen Wirkungen tatsächlich kompensieren. Andererseits muss die Effizienzsteigerung wirtschaftlicher Art sein, weshalb in die Beurteilung der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG ausschliesslich ökonomische Aspekte

einfließen dürfen. Im Folgenden werden somit ausschliesslich ökonomische Gründe berücksichtigt. Sollten sich die Parteien auf den Standpunkt stellen, dass die Veröffentlichung von PPE für Cialis, Levitra und Viagra und deren Einhaltung aus anderen (nicht ökonomischen) Gründen zu rechtfertigen ist, müssten sie eine ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen beim Bundesrat beantragen (Art. 8 und 31 KG).

241. Für den Fall der Widerlegung der Vermutung wäre zu prüfen, ob die Festlegung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

B.4.4.2 Rechtfertigung gemäss KG

242. Die Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend erwähnt. Danach sind Abreden gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Darüber hinaus sollen sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Sind keine Effizienzgründe ersichtlich, ist die Abrede unzulässig (vgl. Art. 5 Abs. 1 KG).

243. Vertikale Abrede können i.d.R. ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt gelten, wenn der Anteil des Lieferanten am relevanten Markt 30 % nicht überschreitet (s. Ziff. 15 Abs. 2 Vert-BM). Dabei handelt es sich um eine Art summarische Effizienzprüfung aufgrund der Marktanteilsschwellen, welche auf der Vorstellung basiert, dass bei tiefen Marktanteilen (unter 30 %) davon ausgegangen werden kann, dass die positiven Effekte einer Abrede die negativen überwiegen. Vorliegend kommt diese Rechtfertigung aufgrund tiefer Marktanteile jedoch nicht zur Anwendung. Denn sie setzt voraus, dass keine qualitativ erhebliche Abrede sowie keine Abrede, die sich zusammen mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt und den Wettbewerb aus diesem Grund erheblich beeinträchtigt, vorliegt. Die vorliegenden Abreden über die Festlegung von Verkaufspreisen sind erheblich sowohl aufgrund ihres Gegenstandes (Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG) als auch aufgrund ihrer kumulativen Marktauswirkungen (vgl. Rz. 226 sowie Ziff. 12 Vert-BM)²⁹⁴.

244. Aus diesen Gründen ist vorliegend im Einzelfall zu prüfen, ob die Abreden für Cialis, Levitra und Viagra gerechtfertigt werden können (vgl. auch Ziff. 15 Abs. 3 Vert-BM). Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM enthält einen Beispieldatensatz von Rechtfertigungsgründen, welche Unternehmen – in Zusammenhang mit vertikalen Abreden – im

²⁹¹ Vgl. Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 557, im Sonderdruck S. 90, und von BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 132), Rz. 1425.

²⁹² Dazu und zum Folgenden statt vieler von BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 132), Rz. 1235 ff.; sowie ausführlich ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 122 ff.

²⁹³ Zum Ganzen von BÜREN/MARBACH/DUCREY (zit. in Fn. 132), Rz. 1426 f.

²⁹⁴ Die Marktanteile von Pfizer, Eli Lilly und Bayer auf dem sachlich relevanten Markt betragen im Jahr 2008 [40-50 %] für Viagra, [40-50 %] für Cialis und [10-20 %] für Levitra (s. Tabelle 7).

Rahmen von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG geltend machen können. Die Beispiele von Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM lassen sich im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG wie folgt einordnen: Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um

- Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, wie zum Beispiel:
 - Schutz vertragsspezifischer Investitionen, die ausserhalb der Geschäftsbeziehung nicht oder nur mit hohem Verlust verwendet werden können (Hold-up Problem; Ziff. 15 Abs. 4 Bst. c Vert-BM);
 - Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Hold-up Problem; Ziff. 15 Abs. 4 Bst. f Vert-BM);
- Produkte oder Produktionsverfahren (oder Vertriebssysteme und -verfahren) zu verbessern, wie zum Beispiel:
 - Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschliessung neuer räumlicher Märkte oder neuer Produktmärkte (Ziff. 15 Abs. 4 Bst. a Vert-BM);
 - Sicherung der Einheitlichkeit und Qualität der Vertragsprodukte (Ziff. 15 Abs. 4 Bst. b Vert-BM);
 - Vermeidung von ineffizient tiefen Verkaufsförderungsmassnahmen (z.B. Beratungsdienstleistungen), die resultieren können, wenn ein Hersteller oder Händler von den Verkaufsförderungsbemühungen eines anderen Herstellers oder Händlers profitieren kann (Trittbrettfahrerproblem; Ziff. 15 Abs. 4 Bst. d Vert-BM);
 - Vermeidung eines doppelten Preisaufschlags, der sich ergeben kann, wenn sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen (Problem der doppelten Marginalisierung; Ziff. 15 Abs. 4 Bst. e Vert-BM);
 - Die Sicherung von finanziellen Engagements (z.B. Darlehen), die durch den Kapitalmarkt nicht zur Verfügung gestellt werden (Ziff. 15 Abs. 4 Bst. g Vert-BM);
- Forschung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern, wie zum Beispiel:
 - Förderung der Übertragung von wesentlichem Know-how (Ziff. 15 Abs. 4 Bst. f Vert-BM);
- Ressourcen rationeller zu nützen.

245. Für die Rechtfertigung ist überdies vorausgesetzt, dass die Wettbewerbsabreden zur Erreichung des Effizienzziels notwendig sind und die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit haben, den wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

246. Wie bereits ausgeführt, sind die in Rz. 242 genannten Gründe im Gesetz abschliessend aufgezählt, wobei es sich um offene Begriffe handelt, die ein breites Spektrum an Kooperationsabreden zulassen²⁹⁵. Zur Rechtfertigung

genügt, dass einer von ihnen gegeben ist²⁹⁶. Einschränkung ist an dieser Stelle anzumerken, dass ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, das aus Sicht der einzelnen Unternehmen effizient ist, nicht notwendigerweise auch zu einem gesamtwirtschaftlich effizienten Ressourceneinsatz führt²⁹⁷. Der Effizienzbegriff des KG ist volkswirtschaftlich zu verstehen. Die Effizienzgewinne dürfen nicht nur im Sinne eines betriebswirtschaftlichen Effizienzgewinns den an der Abrede beteiligten Unternehmen in der Form einer Kartellrente zugute kommen²⁹⁸. Zudem darf der Wettbewerb im Verhältnis zum angestrebten Ziel nicht übermässig eingeschränkt werden²⁹⁹.

B.4.4.3 Wirtschaftliche Effizienz bei vertikalen Wettbewerbsabreden

247. Wirtschaftliche Effizienz bedeutet ein Maximum an Bedürfnisbefriedigung aus den gegebenen Mitteln bzw. die Befriedigung der vorhandenen Bedürfnisse mit einem Minimum an Aufwand. Grundsätzlich kann wirtschaftliche Effizienz in Form von allokativer Effizienz, Produktionseffizienz oder dynamischer Effizienz auftreten³⁰⁰. Die einzelnen im KG angeführten Effizienzgründe beinhalten dabei jeweils in unterschiedlichem Umfang Elemente der allokativen Effizienz, der Produktionseffizienz und der dynamischen Effizienz.

248. Auf Märkten, auf welchen wirksamer Wettbewerb herrscht, sind die Hersteller in der Regel gezwungen, eine Vertriebsform zu wählen, die den Effizienzgesichtspunkten in wesentlichem Umfang Rechnung trägt. So ist es denkbar, dass die Marktteilnehmer ohne Verhaltenskoordination dieselbe (effiziente) Vertriebsform bzw. vertikale Restriktion wählen.

249. Die Frage, inwiefern die Anwendung von empfohlenen Publikumspreisen ökonomisch effizient und deswegen prokompetitiv zu beurteilen ist, ist – wie im Allgemeinen bei vertikalen Restriktionen – noch nicht klar beantwortet worden. Einerseits könnte es sich um einen verhaltensbezogenen Grund handeln, der die Hersteller zwingt, PPE bekannt zu geben. Wenn die Konsumenten stark gegen "loss aversion"³⁰¹ reagieren und der effektive Preis den empfohlenen Preis überschreitet, werden die Verkaufsstellen die PPE freiwillig anwenden³⁰². Andererseits werden in der Anwendung von empfohlenen

²⁹⁵ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 558, im Sonderdruck S. 91; BORER (zit. in Fn. 96), Art. 5 N 33.

²⁹⁶ ZACH (zit. in Fn. 93), Rz. 286.

²⁹⁷ "Vertical restraints may both be privately desirable and decrease aggregate surplus, and therefore should not be legal per se" (PATRICK REY/JEAN TIROLE, The Logic of Vertical Restraints, The American Economic Review, Vol. 76, No. 5, December 1986, S. 922).

²⁹⁸ BORER (zit. in Fn. 96), Art. 5 N 46.

²⁹⁹ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 560, im Sonderdruck S. 93.

³⁰⁰ Zum Ganzen RPW 2005/2, S. 278 Rz. 57 ff. (Sammelrevers 1993).

³⁰¹ AMOS TVERSKY/DANIEL KAHNEMAN, Loss aversion in riskless choice: A reference-dependent model, Quarterly Journal of Economics 106(4), 1991, S. 1039 bis 1061.

³⁰² CLEMENS PUPPE/STEPHANIE ROSENKRANZ, Why suggest non-binding retails prices?, Working Papers 06-10, 2006 (Utrecht School of Economics).

Preisen antikompetitive Ziele gesehen. PPE können die Kollusion unter Herstellern und/oder Verkaufsstellen fördern, so dass letztere den PPE freiwillig folgen³⁰³. Eine neue Studie³⁰⁴ folgt einem dritten Weg und kommt zum Schluss, dass PPE Teil eines impliziten Vertrags sein können und als Instrument für die Kommunikation von privaten Informationen zwischen Hersteller und Verkaufsstelle dienen können, die zentral für die Maximierung des gemeinsamen Surplus sind.

250. Im vorliegenden Fall greifen diese Argumente indes nicht, denn die Anwendung von PPE für Cialis, Levitra und Viagra sowie allgemein für Hors-Liste Medikamente ist auf das System Sanphar zurückzuführen, welches die betroffenen Parteien (Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen) in der Festsetzung der Vertriebsmargen mittels PPE beeinflusst hat³⁰⁵. Dieses System war nicht Ergebnis eines wirtschaftlichen Prozesses zur Bestimmung des besten Vertriebssystems. Im vorliegenden Fall der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE gilt es zu beachten, dass sich die drei Hersteller in ihrer Gesamtheit über eine Vertriebsform bzw. vertikale Restriktion koordiniert (vgl. Rz. 305 ff.) und den Wettbewerb als Verfahren zur Entdeckung der effizientesten Vertriebsform dadurch beeinträchtigt haben. Diese Feststellung schliesst indes nicht von vornherein aus, dass im vorliegenden Fall

Rechtfertigungsgründe bestehen und dass diese nur durch die organisatorische Bündelung, welche die Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE ermöglicht, zur Geltung gebracht werden können.

251. Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass die die Preisempfehlungen herausgebenden Pharmaunternehmen bei ihrem unternehmerischen Handeln unter anderem auch an effizienten Vertriebsstrukturen, die ein dichtes und qualitativ hochstehendes, aber auch möglichst kostengünstiges Vertriebsnetz gewährleisten, interessiert sind. Für die Pharmahersteller besteht dabei ein gewisser Interessenskonflikt zwischen den Vor- und Nachteilen von mittels PPE festgesetzten Endverbraucherpreisen (z.B. infolge Preisbindung eingeschränkte Möglichkeiten zur Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Kundengruppen).

252. Die Apotheken sind primär an einem effizienten Vertrieb in Bezug auf das eigene Geschäft interessiert. Sie sind ebenfalls daran interessiert, dass insgesamt absatzfördernde Massnahmen durchgeführt werden, die sich in erster Linie positiv auf den eigenen Absatz auswirken. Aus ihrer betrieblichen Optik haben sie jedoch auch ein Interesse an effizienten Vertriebswegen auf dem Medikamentenmarkt insgesamt.

253. Teilweise andere Überlegungen gelten für SD-Ärzte. Obwohl deren Haupttätigkeit die Patientendiagnose und andere, mit ihrem Beruf verbundene Behandlungsleistungen bilden und der Medikamentenverkauf bloss zweitrangig ist, spielen SD-Ärzte dennoch eine wichtige Rolle beim Verkauf von rezeptpflichtigen Medikamenten. Denn die pharmazeutischen Unternehmen versuchen, die Kunden durch die Vermittlung der (SD-) Ärzte auf ihr Produkt aufmerksam zu machen³⁰⁶, da diese nicht direkt durch Werbung erreicht werden können³⁰⁷. Die pharmazeutischen Unternehmen verkaufen somit nicht über die (SD-) Ärzte, sondern mit den (SD-)

Ärzten. Für diese Dienstleistung können die (SD-) Ärzte eine Entschädigung (geldwerte Vorteile von bescheidenem Wert für Ärzte sowie handelsübliche und betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Rabatte für SD-Ärzte) erhalten, welche den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen³⁰⁸ genügen muss. Zudem werden die Kosten, welche den SD-Ärzten aus der Abgabe der Medikamente entstehen, durch die von der PPE sichergestellte – im Vergleich mit derjenigen der Apotheken noch höhere – Marge gedeckt³⁰⁹. Obwohl die Medikamentenabgabe für die SD-Ärzte nicht deren Haupttätigkeit darstellt, sind sie dennoch an Massnahmen interessiert, welche den eigenen Medikamentenabsatz steigern.

254. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbsbehörden das Vorliegen von Effizienzgründen im Rahmen der Untersuchungsmaxime von Amtes wegen zu prüfen haben. Die Aussagen der Parteien werden nachfolgend insoweit wiedergegeben, als sie einen Bezug zu den zu prüfenden Effizienzgründen aufweisen.

255. Als allgemeine Feststellung in diesem Zusammenhang weisen einige Parteien darauf hin, dass die Effizienzgewinne aller Hors-Liste Medikamente zu berücksichtigen seien und nicht nur diejenigen für die drei untersuchten Medikamente³¹⁰.

256. Eine – pauschale – Berücksichtigung der Effizienzgründe für alle Hors-Liste Medikamente scheint jedoch nicht angebracht zu sein. Grundsätzlich müssen Rechtfertigungsgründe spezifisch für die vom sachlich relevanten Markt umfassten Medikamente geprüft werden, da nur so den Einzelheiten jedes Medikaments Rechnung getragen werden kann (z.B. im Hinblick auf spezielle Lager-, Beratungs-, Abgabekosten usw.). Dies schliesst indes eine allgemeine Betrachtung derjenigen Rechtfertigungsgründe, welche tendenziell für mehrere Hors-Liste Medikamente gelten könnten, nicht aus. Eine solche erfolgte bereits (s. Rz. 267 ff.).

³⁰³ PATRICK REY/THIBAUD VERGÉ, Economics of vertical restraints, in: Handbook of Antitrust Economics, Buccirosi (Hrsg.), Cambridge 2007 (MIT Press), S. 353-390. RIEMER P. FABER/MARTIN C.W. JANSSEN, On effects of advisory prices in gasoline markets, Mimeo, Rotterdam 2008 (Erasmus University Rotterdam).

³⁰⁴ STEFAN BÜHLER/DENNIS L. GÄRTNER, Making Sense of Non-Binding Retail-Price Recommendations, Working Paper No. 0902, 2009 (University of Zurich).

³⁰⁵ Vgl. Rz. 128 ff. sowie RPW 2000/3, S. 320 ff. (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar).

³⁰⁶ Bayer, act. n° 591, Protokoll der Anhörung, S. 10.

³⁰⁷ Vgl. JORDAN/RAY (zit. in Fn. 253), S. 16; FRIDOLIN MARTY, in: Gesundheitswesen Schweiz 2007 – 2009 (zit. in Fn. 253), S. 189

³⁰⁸ Vgl. Art. 33 HMG.

³⁰⁹ Die eingerechnete Marge der PPE berücksichtigt auch die Kosten, welche einer Apotheke im Zusammenhang mit der Abgabe des Medikaments entstehen. Die einem SD-Arzt im Zusammenhang mit der Medikamentenabgabe anfallenden Kosten sind tiefer als diejenigen einer Apotheke und die ärztliche Beratung im Hinblick auf die Handhabung des Medikaments ist bereits durch das Arzthonorar gedeckt. Aus diesem Grund resultiert einem SD-Arzt eine grössere Marge als den Apotheken.

³¹⁰ Eli Lilly, act. n° 557, Rz 135; Bayer, act. n° 556, Rz. 102.

B.4.4.3.1 Keine Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten

257. Eine Rechtfertigung aufgrund der Senkung der Vertriebskosten ist namentlich bei vertikalen Vereinbarungen denkbar, die dem Vertrieb eines neuen Produktes förderlich sind. Um eine Amortisation der Investitionen für die Markteinführung zu ermöglichen, können wettbewerbsbeeinträchtigende Abreden in einem gewissen Umfang erforderlich sein. Mit dem Kriterium der Senkung der Vertriebskosten soll angedeutet werden, dass exklusive oder selektive Vertriebssysteme aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.

258. Aufgrund der Korrelationen und Überschneidungen werden die im Zusammenhang mit der Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten stehenden Gründe anlässlich der Prüfung der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren behandelt (s. B.4.4.3.2). Davon ausgenommen und bereits an dieser Stelle zu prüfen ist das Hold-up Problem, welches in Zusammenhang mit beziehungspezifischen Investitionen und der Unvollständigkeit von Verträgen steht (vgl. Ziff. 15 Abs. 4 Bst. c Vert-BM)³¹¹.

259. Die Verkaufsstellen müssen grundsätzlich keine spezifischen Investitionen für den Verkauf von Hors-Liste Medikamenten tätigen. Vorliegend gibt es denn auch keine Indizien, welche den Schluss nahe legen, dass die Festlegung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE bei der Lösung einer solchen Problematik helfen könnten. Es gibt somit keine direkte Verbindung zwischen den PPE für diese drei Medikamente und einem allfälligen Hold-Up Problem.

B.4.4.3.2 Keine Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren

260. Der Begriff der Verbesserung von Produkten ist weit zu verstehen. Er beschränkt sich nicht auf technische oder funktionelle Belange, sondern erfasst z.B. auch die Umweltverträglichkeit von Produkten. Darunter können sowohl die Verbreiterung des Angebots oder des Produktesortiments als auch die Erhöhung des Qualitätsniveaus verstanden werden. Weiter kann auch die Verbesserung des Vertriebs durch das Tatbestandsmerkmal 'Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren' erfasst werden. Beispiele für Abreden, die eine Verbesserung des Vertriebs bezwecken, sind etwa die Verpflichtung zur fachkundigen Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zur Gewährleistung eines guten Kundendienstes. Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn geeignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Sie stellen deshalb eine Verbesserung des Produkts dar³¹².

261. Die Unternehmen können in Zusammenhang mit der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren mehrere Rechtfertigungsgründe geltend machen (vgl. Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM, Rz. 244 und Rz. 258). Vier der in Ziff. 15 Abs. 4 Vert-BM aufgelisteten Rechtfertigungsgründe – namentlich Bst. a, b, f, g³¹³ – stehen in keinem Zusammenhang mit der Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE und werden deshalb vorliegend nicht behandelt. Nachfolgend werden somit einer-

seits allgemeine Gründe geprüft, welche in Zusammenhang mit der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren stehen und nicht in der Vert-BM erwähnt sind [vgl. nachfolgend a)], sowie andererseits die in Ziff. 15 Abs. 4 Bst. d (Trittbrettfahrerproblem) und Bst. e (Problem der doppelten Marginalisierung) Vert-BM aufgelisteten Gründe [vgl. nachfolgend b) und c)].

a) Allgemeine Gründe

262. Die Parteien erwähnen folgende Gründe, die allgemein in Verbindung mit der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren stehen könnten und nicht zugleich von der Trittbrettfahrerproblematik oder der Doppelmarginalisierung erfasst werden:

263. Erleichterung des Informationszugangs für die Verkaufsstellen³¹⁴, Servicegedanken / Dienstleistung³¹⁵, grobe Orientierungshilfe für die Verkaufsstellen³¹⁶ und Hinweis auf den Wert des Produktes³¹⁷: Die Verkaufsstellen, welche z.T. über 20'000 Artikel am Lager halten, seien oft nicht in der Lage, für jedes einzelne Produkt, das sie im Angebot haben, eine Preisberechnung durchzuführen³¹⁸. Übernahme der PPE wegen Unmöglichkeit, jedes Mal für alle Produkte die Verkaufspreise zu berechnen³¹⁹ (eine eigene Kalkulation oder eine Verifizierung der PPE aufgrund von eigenen Marktanalysen sei für eine Apotheke nicht möglich)³²⁰; der zeitliche und finanzielle Aufwand sei für die geringen verkauften Mengen nicht gerechtfertigt³²¹; einer Apotheke fehlten die hierzu benötigten Kenntnisse; die kleinen Umsatzmengen mit Cialis, Levitra und Viagra würden grundsätzlich keinen Spielraum für Preisanpassungen erlauben; Benützung eines automatisierten Verfahrens³²² wie für SL-Medikamente, denn eine Ausdifferenzierung in der Preisauszeichnung zwischen KVG- und nicht KVG-Bereich wäre viel zu aufwendig³²³.

³¹¹ RPW 2005/2, S. 280 Rz. 65 f. (Sammelrevers 1993).

³¹² Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 559, im Sonderdruck S. 92; ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 407 ff.

³¹³ Mitteilung der EU-Kommission - Leitlinien für vertikale Beschränkungen, Amtsblatt Nr. C 291 vom 13/10/2000, Rz. (116), Pt. 2, 5, 7 und 8.

³¹⁴ Da Pfizer die PPE auf ihrer Homepage publiziert, sieht sie keinen Anlass, jemanden von diesen Informationen auszuschliessen und stellt diese somit auch der Firma e-mediat zur Verfügung.

³¹⁵ Bayer, act. n° 73, Antwort 2 und act. n° 221, Antwort 20a; Pfizer, act. n° 235, Antwort 10, 21.a und act. n° 317, Antwort 4; Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21c.

³¹⁶ Bayer, act. n° 73, Antwort 2.

³¹⁷ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21a und act. n° 316, Antwort 15. Eli Lilly rechtfertigt das Mitteilen der PPE auch 2 Jahre nach dem Markteintritt von Cialis mit der Notwendigkeit, die Preise infolge Preisveränderungen der Konkurrenz anpassen zu müssen.

³¹⁸ Bayer führt in diesem Zusammenhang aus, dass wenn jede Abgabestelle für sich durch eine vollständige Kalkulation die Verkaufspreise für jeden einzelnen Artikel bestimmen müsste, ein erheblicher Aufwand und zusätzliche Kosten entstünden, welche den Patienten weiterbelastet werden müssten (Bayer, act. n° 221, Antwort 20a).

³¹⁹ act. n° 279.457, Antwort 6; act. n° 279.466, Antwort 9, 11c; act. n° 279.483, Antwort 9; act. n° 279.491, Antwort 12; act. n° 279.627, Antwort 12; act. n° 279.649, Antwort 12; act. n° 279.694, Antwort 17.

³²⁰ S. act. n° 279.789, Antwort 11b, wo ausgeführt wird, dass als Medizinalperson das Augenmerk primär bei fachlichen Fragen läge und es ohne betriebswirtschaftliches Wissen nicht möglich sei, Verantwortungsbewusst ein eigenes Preisberechnungssystem zu kreieren.

³²¹ act. n° 279.627, Frage 11a; act. n° 279.491, Antwort 11a.

³²² Auch act. n° 279.429, Vorb. 7 weist darauf hin, dass die Verwaltung der in der Apotheke vorhandenen Artikel nur mit (automatisierten) EDV-Lösungen möglich sei.

³²³ act. n° 279.437, Antwort 6, 9 sowie 11b.

264. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag haben die Parteien grundsätzlich keine neuen Argumente geltend gemacht, welche in Zusammenhang mit der Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren stehen³²⁴. Als einzig neues Argument wird ausgeführt, dass, um Produkte billiger verkaufen zu können, eine Rationalisierung nötig sei³²⁵. Diese erfordere eine Vergrößerung der Verkaufsstellen (flächen-, volumen-, umsatz- und gewinnmässig) und führe dazu, dass Apotheken nur noch in den grossen Städten zu finden seien³²⁶.

265. Zusammenfassend machen die Parteien geltend, dass die PPE durch eine Vereinfachung der Fakturierung sowie durch eine Kostenreduktion eine Verbesserung des Medikamentenvertriebs zur Folge haben würden. Diese Kostenreduktion könne als Zeitersparnis betrachtet werden, weil die PPE schon in den an die Vertreiber gelieferten EDV-Programmen integriert seien und der Apotheker oder der SD-Arzt so nicht verpflichtet sei, einen mit seiner Kostenstruktur übereinstimmenden Preis zu berechnen.

266. Diese Überlegungen beziehen sich jedoch in allgemeiner Weise auf die Gesamtheit der verkauften Medikamente in der Schweiz und nicht nur auf die drei im Rahmen dieser Untersuchung berücksichtigten Produkte. Für die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra kann nicht bestritten werden, dass die Festlegung der Publikumspreise, ohne den durch die Herstellerfirmen gemachten Empfehlungen Rechnung zu tragen, eine Handlung ist, welche den Apotheken und den SD-Ärzten eine minimale Investition abverlangt. Umso mehr als die Fakturierung der Medikamente praktisch gänzlich über EDV abgewickelt wird. Dieses Argument fällt nicht unter die Verbesserung des Vertriebs (-verfahrens) und kann daher nicht als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG geltend gemacht werden. Die vorliegend aus den vertikalen Abreden herrührenden negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb werden auf keinen Fall durch Einsparungen der Vertreiber, welche die PPE gleichermassen anwenden, wettgemacht.

267. Die Problematik kann sich möglicherweise auf eine andere Art stellen, wenn man die Gesamtheit der verschreibungspflichtigen Hors-Liste Medikamente berücksichtigt. So könnte die generelle Anwendung der PPE bei der Festsetzung der Publikumspreise für alle Hors-Liste Medikamente die den Vertreibern entstehenden Kosten in einem grösseren Umfang reduzieren, als dies für Cialis, Levitra und Viagra der Fall ist. Jedoch ist den folgenden Ausführungen zu entnehmen, dass auch in diesem Fall der tiefere Aufwand die Festsetzung der Publikumspreise mittels PPE nicht zu rechtfertigen vermag.

268. Einleitend muss Folgendes präzisiert werden: Entgegen den Ausführungen einiger Parteien umfasst das Arzneimittelsortiment einer Apotheke durchschnittlich 7'500 und nicht mehr als 20'000 Medikamente (verschiedene Darreichungsformen, Packungsgrössen usw. eingerechnet)³²⁷. Je nach Fachrichtung ist die Zahl benötigter Präparate in der Praxisapotheke eines SD-Arztes unterschiedlich gross. Ein Augenarzt kann z.B. mit einem Sortiment von 50 spezifischen Produkten auskommen. Ein SD-Allgemeinmediziner führt je nach Pati-

entengut einige hundert verschiedene Arzneimittel und Darreichungsformen³²⁸. Dabei hat man sich allerdings vor Augen zu halten, dass nur 21.7 % der in der Schweiz zugelassenen Medikamente verschreibungspflichtige Hors-Liste Medikamente sind (vgl. Tabelle 1), so dass der Aufwand für die selbständige Festlegung von deren Publikumspreisen gesamthaft noch tiefer eingestuft werden muss. Hinzu kommt, dass nicht nur die Apotheken und SD-Ärzte mit diesem Problem konfrontiert sind, sondern dass vielmehr in jeder Branche die Verkaufsstellen ein mehrere Produkte umfassendes Sortiment verwalten und die Publikumspreise für jedes einzelne Produkt selbständig berechnen müssen. Daraus erhellt, dass die Verwaltung des Sortiments und der damit verbundene Aufwand im Falle einer generellen Aufhebung der PPE sowohl SD-Ärzten als auch Apotheken – auch unter Berücksichtigung der durch die Informatik angebotenen Unterstützungsmöglichkeiten – ohne Weiteres zumutbar sind. Die Apotheken berechnen ausserdem bereits heute selbständig die Publikumspreise für diejenigen Produkte des Sortiments, welche keine Medikamente sind. Der von den Parteien erwähnte Aufwand, der aus einer separaten Berechnung der Publikumspreise für Hors-ListeMedikamente entstehen würde, fällt demnach bereits heute an.

269. Weiter überprüfen mehrere Apotheken schon heute für jedes Hors-Liste Medikament die von der PPE gewährleistete Marge³²⁹. Ist diese zu klein, wird die PPE nicht übernommen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Sanphar-Faustregel, welche eine 30 %-Marge vorsah, immer noch angewendet wird (vgl. Tabelle 4). Diese Regel stammt aber aus Jahren, in denen die Informatik die Verkaufsstellen beim Vertrieb von Medikamenten nur beschränkt unterstützen konnte. Dieser Umstand ist für die folgenden Ausführungen von Bedeutung:

270. Die Wettbewerbsabreden führen zu einer Standardisierung der Vertriebsmargen, welche sich auf die Publikumspreise überträgt. Dank der Festlegung von Verkaufspreisen müssen die Verkaufsstellen nicht Margen ausrechnen, die ihrer Kostenstruktur entsprechen (z.B. die einer Apotheke am Bahnhof Zürich anfallenden Kosten entsprechen nicht denjenigen einer Apotheke auf dem Land). Für die grosse Mehrheit der Verkaufsstellen fehlen somit Anreize, um die Kosten tiefer zu halten und/oder das Vertriebssystem effizienter zu gestalten. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass es sich bei den Verkaufsstellen um privatwirtschaftliche Unternehmen handelt, die sich nach ökonomischen Kriterien organisieren sollten, um im freien Wettbewerb zu bestehen.

³²⁴ Vgl. Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 134 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 327 ff.; act. n° 517, S. 2 f.

³²⁵ act. n° 545, S. 1.

³²⁶ Für die Antwort auf dieses Argument s. Rz. 270 f.

³²⁷ JORDAN/RAY (zit. in Fn. 253), S. 28.

³²⁸ CHRISTOPH HÄNGGELI/SIMON STETTLER/JÜRIG JAU/MARTINA HERSPERGER/SVEN BRADKE, in: Gesundheitswesen Schweiz 2007 – 2009 (zit. in Fn. 253), S. 57.

³²⁹ Vgl. folgende beispielhafte Aufzählung: act. n° 279.424, Antwort 11; act. n° 279.428, Antwort 9; act. n° 279.447, Antwort 11; act. n° 279.448, Antwort 9; act. n° 279.475, Antwort 9.

271. Die Abreden führen somit zu einer Preisnivellierung: Apotheken und SD-Ärzte verlangen unabhängig von Qualität, Standort, Kostenstruktur und Wettbewerbsfähigkeit grundsätzlich die gleichen Preise. Dies birgt die Gefahr, dass dank Einheitspreisen wirtschaftlich ineffiziente Marktakteure überleben können. Im vorliegenden Fall sichern die Abreden das wirtschaftliche Überleben derjenigen Verkaufsstellen, welche im Wettbewerb nicht oder nicht zu diesen Bedingungen ihre Kosten decken könnten. Hinzu kommt, dass sie zu einem ungenügenden Preis-Leistungsverhältnis führen, da keine Anpassung an die Präferenzen der Kunden stattfindet.

272. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass der Aufwand für die Festlegung der Publikumspreise ohne PPE kleiner wäre als die volkswirtschaftlichen Kosten, welche das jetzige System wegen seiner wirtschaftlichen Ineffizienz verursacht (z.B. fehlende Innovation, Strukturhaltung etc.). Die Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE kann somit nicht mit diesem Argument gerechtfertigt werden.

b) Trittbrettfahrerproblematik

273. Die bei den folgenden Betrachtungen zentrale Problematik eines externen Effekts auf Händlerstufe lässt sich wie folgt verdeutlichen: Ein Händler vertreibt ein beratungsintensives Produkt und lässt seinen Kunden diesbezüglich eine professionelle Beratung angeeignen. Für einen anderen Händler könnte es lukrativ erscheinen, dasselbe Produkt zu einem günstigeren Preis, aber ohne Beratung, anzubieten. Die Konsumenten erhalten den Anreiz, die Beratung beim Händler, der diese "gratis" anbietet, in Anspruch zu nehmen, das Produkt aber anschließend beim günstigeren Händler zu kaufen. Es kann demzufolge für alle Händler individuell rational sein, ihr Beratungsniveau zu reduzieren. Die Trittbrettfahrerproblematik kann deshalb dazu führen, dass die Unternehmen ein ineffizient tiefes Service- und Beratungsniveau anbieten. Die Reduktion der Service- und Beratungsleistungen kann dazu führen, dass der Absatz zurückgeht, was die Konsumentenrente i.d.R. negativ beeinflusst.

274. Die Preisbindung zweiter Hand (Resale price maintenance, RPM³³⁰) ist ein Mittel, um der Trittbrettfahrerproblematik zu begegnen. Zwar stellen die PPE als solche keine RPM dar, da aber die vorliegenden PPE der Festsetzung von Verkaufspreisen dienen und sich somit im konkreten Fall wie RPM auswirken, könnten sie auch aus den gleichen Gründen gerechtfertigt sein. Deshalb ist es angezeigt, mögliche Effizienzgründe zu überprüfen, die spezifisch mit RPM in Verbindung stehen, wie z.B. die Erhöhung des Serviceniveaus (Point-of-sale-services/Pre-sale-services), die Qualitätssignalisierung oder die Erhöhung der Verkaufsstellenzahl³³¹. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass sich vertikale Restriktionen wie RPM aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz am ehesten bei Produkten rechtfertigen lassen, welche folgende Merkmale aufweisen³³²: Bei Produkten mit einem hohen Komplexitätsgrad bzw. technischen Produkten, bei Produkten aus dem höheren Preissegment, bei Produkten, die nur selten gekauft werden, bei Produkten, die spezielle Vertriebsformen verlangen, bei Produkten über welche die Konsumenten schlecht informiert sind, bei Erfahrungs- und

Vertrauensgütern, bei Produkten ohne oder mit einem unbedeutenden Markennamen, bei neu in den Markt eingeführten Produkten, sowie in Fällen mit geringen Eintrittsbarrieren und unbedeutenden Verbundvorteilen auf Handelsstufe³³³.

275. Cialis, Levitra und Viagra erfüllen einige dieser Kriterien. Im Allgemein benötigen die Medikamente ein separates Vertriebssystem. Nur die Apotheken, die SD-Ärzte, die Spitäler und in bestimmten Fällen die Drogerien können rechtmässig Medikamente verkaufen. Medikamente sind Produkte, über welche die Konsumenten bei der Markteinführung wenig oder gar nicht informiert sind. Medikamente werden gewöhnlich als Beispiel für Vertrauensgüter betrachtet, weil deren Wirksamkeit schwierig einzuschätzen ist (die Genesung kann auch von anderen Faktoren als dem eingenommenen Medikament abhängen). Im konkreten Fall sind die drei Medikamente Cialis, Levitra und Viagra jedoch unter den Erfahrungsgütern einzustufen, da deren Qualität und Wirksamkeit erst unmittelbar nach deren Verwendung bekannt ist. Die RPM könnte die Vertriebseffizienz dieser drei Medikamente steigern.

276. In den folgenden Abschnitten werden die spezifisch in Verbindung mit RPM stehenden Effizienzgründe berücksichtigt und soweit notwendig vertieft.

277. Ein erstes Argument, das für die möglichen Effizienzvorteile von RPM in Frage kommt, ist das Point-of-sale-services-Argument³³⁴ (Erhöhung des Serviceniveaus). Das Point-of-sale-services-Argument ist auf Produkte anwendbar, bei denen absatzfördernde Massnahmen (insbesondere Service- und Beratungsleistungen) von Bedeutung sind, die von den Händlern umgesetzt werden.

278. Eli Lilly sowie mehrere Apotheken machen im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag geltend, dass die PPE ein effizientes Mittel seien, um das Serviceniveau zu erhöhen³³⁵.

279. Zentral für die Anwendbarkeit des Point-of-sale-services-Arguments sind die konkreten Gegebenheiten des untersuchten Marktes³³⁶, wie Komplexität und Beschaffenheit der Produkte, Art und Umfang der Serviceleistungen, Informationsstand und -möglichkeiten der

³³⁰ RPM kann wie folgt definiert werden: "(...) is a provision according to which the final price charged to consumers is not set by the distributor but imposed by the producer." (REY/VERGÉ [zit. in Fn. 303], S. 354).

³³¹ RPW 2005/2, S. 285 f. Rz. 84 ff. (Sammelrevers 1993).

³³² PAUL DOBSON/MICHAEL WATERSON, Vertical Restraints and Competition Policy, Office of Fair Trading, Research Paper 12, December 1996, S. 55.

³³³ RPW 2005/2, S. 284 Rz. 77 ff. (Sammelrevers 1993).

³³⁴ RPW 2005/2, S. 285 Rz. 84 ff. (Sammelrevers 1993).

³³⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 148; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 522, Abschnitt "Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz".

³³⁶ JEAN TIROLE, The Theory of Industrial Organization, MIT 1988, S. 182, nennt Automobile, Kameras und Stereo-Ausrüstung als typische Produkte, bei denen das Point-of-Sale-Services-Argument in Betracht kommt. Eine umfassende Liste mit Produkten, auf die das Point-of-sale-services-Argument angewendet werden könnte, findet sich in Pauline M. Ippolito, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, Journal of Law and Economics, Vol. XXXIV, October 1991, S. 284 f.

Konsumenten, zeitliche Abstände bei Wiederholungskäufen sowie Suchkosten (Transaktionskosten) im Vergleich zur möglichen Kosteneinsparung.

280. Die drei Medikamente werden nur auf Rezept verkauft. Zwar handelt es sich um "komplexe" Produkte, welche gewisse Kenntnisse seitens der Anwender verlangen, doch erhalten die Patienten im Rahmen ihres Arztbesuches eine Beratung über die Verwendung und die Nebenwirkungen des verschriebenen Medikaments. SD-Ärzte geben dem Patienten das Medikament bereits unmittelbar nach der Sprechstunde ab. Am Verkaufspunkt Apotheke ist die Erteilung von spezifischen Ratschlägen zu diesen Medikamenten somit nicht notwendig. Die Apotheker beschränken sich vielmehr auf die Kontrolle des Rezeptes und auf die Abgabe des Medikaments. Des Weiteren sind diese Medikamente seit Jahren auf dem Schweizer Markt bekannt und regelmässig wird über ihre Wirksamkeit und ihre Nebenwirkungen berichtet. Dies auch aufgrund der Tatsache, dass diese Medikamente immer mehr der Kategorie der Komfort- oder Lifestyle-Produkte zugerechnet werden. Die Beratung im Zusammenhang mit dem verschriebenen Medikament, welche vollständig beim Arzt stattfindet, wird bereits durch das Arzthonorar abgegolten und muss somit nicht zusätzlich durch den Medikamentenpreis abgegolten werden.

281. Entgegen der Auffassung einiger Parteien findet das Point-of-sale-services-Argument im vorliegenden Fall keine Anwendung und die Festlegung von Verkaufspreisen mittels PPE kann somit nicht mit diesem gerechtfertigt werden.

282. Ein zweiter Ansatz für die Rechtfertigung von RPM im Zusammenhang mit der Trittbrettfahrerproblematik besteht im Quality-Certification-Argument³³⁷. Die Idee dieses Ansatzes besteht darin, dass Händler, die über ein gutes Image verfügen, den Konsumenten signalisieren können, dass ein Gut, das die Konsumenten nicht hinreichend beurteilen können, bestimmten Ansprüchen (z.B. Qualitätsansprüchen) genügt. Das Quality-Certification-Argument dürfte vor allem bei neu in den Markt eingeführten Produkten (insbesondere Mode- und Designprodukten) zum Zuge kommen.

283. Dieses Argument findet im konkreten Fall keine Anwendung: Erstens gibt es im Absatzmarkt für Medikamente neben den Apotheken (und SD-Ärzten) keine weiteren autorisierten Händler. Zweitens wird der Medikamentenverkauf durch eidgenössische und kantonale Normen geregelt, welche einen Minimalstandard für alle Apotheken festlegen.

284. Die Häufigkeit, mit welcher die Verkaufsstellen in der Schweiz beliefert werden, schliesst eine Rechtfertigung der RPM im Zusammenhang mit Nachfrageunsicherheiten und der Notwendigkeit zur Haltung eines bestimmten Warenbestandes (Risikoallokation) aus. Die von einigen Parteien ausgeführte Begründung, wonach die nicht voraussehbaren Verkäufe die Apotheken zwingen würden, nur minimale Vorräte am Lager zu halten, was keinen Spielraum für Kostenoptimierung zulasse, greift ins Leere³³⁸.

285. RPM sichert die (risikoaversen) Händler gegen Nachfrageschocks ab, da der Endverkaufspreis unab-

hängig von den Nachfragebedingungen vorgegeben ist. Konkret kann RPM bei Gütern, für die Unsicherheiten über die künftige Nachfrage, z.B. aufgrund von saisonalen Nachfrageschwankungen, charakteristisch sind, nicht nur eine Steigerung der Produzentenrente, sondern auch eine Steigerung der Konsumentenrente bewirken und somit insgesamt wohlfahrtssteigernd sein³³⁹.

286. Alle in der Schweiz verkauften Medikamente (und somit auch Cialis, Levitra und Viagra) sind sofort, oder – aufgrund der täglichen Lieferungen durch die Grossisten – innerhalb kurzer Zeit in den Apotheken erhältlich³⁴⁰. Die Möglichkeit der täglichen Belieferungen schützt Apotheker und SD-Ärzte vor unvorhersehbaren Nachfrage- und Publikumspreisschwankungen. Die Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE lässt sich dadurch somit nicht rechtfertigen.

287. Ein vierter und letzterer Ansatz im Zusammenhang mit RPM besteht in der Outlets-Hypothese. Die Outlets-Hypothese ist auf Märkten relevant, auf denen die Endverbrauchernachfrage mit der Anzahl Verkaufsstellen steigt und auf denen sich der Absatz mit Preissenkungen nur schwerlich erhöhen lässt. Da die Hersteller ein Interesse an einer Erhöhung der Nachfrage nach ihren eigenen Produkten und damit gemäss Outlets-Hypothese auch an einer Steigerung der Anzahl Verkaufsstellen haben, schalten sie den Preiswettbewerb unter den Händlern mittels RPM aus, um eine aus ihrer Sicht optimale Verkaufsstellendichte zu erreichen³⁴¹.

288. Gemäss Eli Lilly würden die PPE die Marktdurchdringung erhöhen und somit zu einer Erhöhung der Anzahl Verkaufsstellen führen, da ohne die PPE die Verkaufsstellen Cialis mangels Ressourcen für eine individuelle Preisgestaltung aus dem Lagerbestand streichen würden³⁴².

³³⁷ HOWARD P. MARVEL/STEPHEN MCCAFFERTY, Resale Price Maintenance and Quality Certification, Rand Journal of Economics, 1984, S. 346 ff.

³³⁸ act. n° 279.437, Antwort 6b, 9 und 11.c.

³³⁹ RPW 2005/2, S. 291 Rz. 107 bis 114 (Sammelrevers 1993).

³⁴⁰ Vgl. act. n° 223 und act. n° 230, jeweils Antwort 5, wonach die meisten Kunden bis zweimal täglich beliefert werden. Für mehr Hinweise betreffend die Belieferungsfrequenzen, vgl. RPW 2006/3, S. 504 Rz. 43 ff. (Galenica/Unione).

³⁴¹ RPW 2005/2, S. 292 Rz. 115 bis 122 (Sammelrevers 1993).

³⁴² Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 235 f.

289. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Die drei Medikamente sind rezeptpflichtig und deren Nachfrage wird von einer Erhöhung der Verkaufsstellen nicht beeinflusst. Aus diesem Grund erübrigt sich die Prüfung dieses Ansatzes.

290. Aus dem Gesagten folgt, dass die Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE nicht durch die drohende Gefahr ineffizienter Medikamentenvertriebskanäle gerechtfertigt werden kann sowie eine Aufhebung der PPE für diese drei Medikamente somit nicht zu einer Trittbrettfahrerproblematik führen wird: Einerseits ist die Bedeutung der Beratung bei der Abgabe dieser drei Medikamente sehr gering. Andererseits gibt es weder Umstände, die dafür sprechen, dass sich die verkaufte Menge an Cialis, Levitra und Viagra im Fall einer Aufhebung der PPE reduzieren würde, noch Anzeichen, dass andere Probleme in der Vertriebskette auftreten würden.

c) *Doppelte Marginalisierung*

291. Mittels vertikalen Restriktionen wird i.d.R. keine Verringerung des Outputs oder der Qualität angestrebt³⁴³. Vertikale Restriktionen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die im Wesentlichen komplementäre Güter (z.B. Herstellung und Vertrieb) bereitstellen. Bei der doppelten Marginalisierung stellt sich das Problem, dass sowohl der Hersteller als auch der Händler über Marktmacht verfügen und der Endkonsument sowohl für die Rente des Herstellers als auch für diejenige des Händlers aufkommen muss, d.h. es entsteht eine vertikale Externalität (weder der Händler noch der Hersteller berücksichtigen bei der Preissetzung die Auswirkungen auf die vor- resp. nachgelagerte Marktstufe). Wenn sowohl der Lieferant als auch der Verkäufer über Marktmacht verfügen, so werden beide einen Aufschlag zu ihren jeweiligen Grenzkosten hinzuberechnen. Beide erweitern ihre Gewinnspanne über das unter Wettbewerbsbedingungen gegebene Niveau hinaus. Dies kann – zum Nachteil der Verbraucher wie auch des Gesamtgewinns der beteiligten Unternehmen – zu einem Endverkaufspreis führen, der sogar über dem Monopolpreis liegt, den ein integriertes Unternehmen berechnen würde. In diesem Fall kann der Lieferant durch Druck zur Abnahme von Mindestmengen oder die Festsetzung von Einzelhandelshöchstpreisen helfen, den Preis auf dem genannten Monopolniveau zu halten³⁴⁴.

292. Die Parteien haben in diesem Zusammenhang Folgendes erwähnt:

- Information des Patienten/"In-Schach-Halten" der Verkaufsstellen³⁴⁵: Die PPE stellen ein Instrument dar, dem Endabnehmer eine Vergleichsgrösse zur Verfügung zu stellen. Der Abnehmer müsse eine Idee bzw. eine Richtschnur betreffend den Wert des Produktes im Markt haben. Es sei mit Anfragen von verunsicherten und verärgerten Kunden zu rechnen, wenn die Verkaufsstellen die Preise erhöhten, um ihre Margen zu verbessern³⁴⁶. Pfizer befürchtet, zu hohe Endverkaufspreise könnten sich negativ auf ihr Image auswirken und zu einem Rückgang der Absatzzahlen führen³⁴⁷.
- Profitabilität abhängig von Absatzzahlen³⁴⁸: Die Profitabilität eines Produktes hänge von den Absatzzahlen ab (zu hohe Endverkaufspreise könn-

ten die Absatzzahlen negativ beeinflussen), welche wiederum davon abhängen, wie konkurrenzfähig ein Produkt ist. Der Wettbewerbsdruck im Medizinalbereich sei sehr hoch und werde vor allem auf der Ebene der Wirksamkeit des Produkts geführt. Neben der Qualität und den Nebenleistungen sei jedoch auch der Endverkaufspreis ein Wettbewerbsparameter. Das Pricing eines Produktes basiere auf komplizierten Berechnungen, bei denen auch der Endverkaufspreis eine gewisse Rolle spiele.

- Im Rahmen der Stellungnahmen zum Antrag haben einige Parteien erneut darauf hingewiesen, dass die PPE das Problem der doppelten Marginalisierung reduzieren würden³⁴⁹. Sie sind der Ansicht, dass bei den Grosshändlern – welche marktmächtig seien – ein grosses Ausmass an Konzentration bestehe. Die meisten Einzelhändler dagegen würden aufgrund der geringen Absatzmengen vermutlich keine Nachfragemacht haben. Eli Lilly führt aus, [...]. Diese Parteien sind der Auffassung, dass die PPE den Spielraum der Grosshändler einschränken könnten, eine höhere Marge aufzuschlagen.

293. Es mag zutreffen, dass die Pharmaunternehmen daran interessiert sind, dass die Apotheker und SD-Ärzte die Verkaufspreise nicht erhöhen und damit den Absatz ihrer Produkte verringern. Das Festsetzen von Verkaufspreisen mittels PPE ist hierzu allerdings nicht erforderlich. Dieses Problem ist aufgrund der relativ geringen Marktmacht der einzelnen Akteure vorliegend nicht zentral. Denn es ist höchst unwahrscheinlich, dass nach der Aufhebung der PPE Apotheken und SD-Ärzte unkoordiniert über eine längere Periode erheblich höhere Publikumspreise für Cialis, Levitra und Viagra als zum heutigen Zeitpunkt durchsetzen könnten, dies auch weil die PPE heute die Publikumspreise auf einem höheren Niveau führen, als dies im Wettbewerb der Fall wäre (vgl. Tabelle 3 und Tabelle 4).

³⁴³ Vgl. z.B. ROBERT H. BORK, The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Yale Law Journal, Vol. 74, No. 5, April 1965, S. 775 ff.

³⁴⁴ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln auf vertikale Beschränkungen (Amtsblatt Nr. C 291 vom 13/10/2001), Rz. 111 f.

³⁴⁵ Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21; Pfizer, act. n° 235, Antwort 21.a. und act. n° 317, Antwort 4.

³⁴⁶ Pfizer, act. n° 235, Antwort 22.a. sowie act. n° 317, Antwort 4. Auf die konkrete Frage des Sekretariats, ob die PPE auch dazu dienen sollen, dass die Apotheken nicht zu hohe Preise verlangen, verweigerte Pfizer die Antwort, da es sich angeblich um eine "Suggestivfrage" handle.

³⁴⁷ Pfizer, act. n° 317, Antwort 6 und 15 und act. n° 235, Antwort 21.a., 22.a. und 22.d. Gemäss Eli Lilly würden zu hohe Verkaufspreise eine Zerstörung des Produktes zur Folge haben (Eli Lilly, act. n° 244, Antwort 21.a.).

³⁴⁸ Pfizer, act. n° 235, Antwort 21.a.

³⁴⁹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 144 ff.; Pfizer, act n° 559, Rz. 319 ff.

294. Ausserdem gibt es keine Hinweise, wonach auf Grosshandelsstufe kein Wettbewerb herrschte oder dieser eingeschränkt sei. Die Grossisten stehen untereinander im Wettbewerb und können es sich nicht erlauben, nicht marktkonforme Margen aufzuschlagen. Es stimmt auch nicht, dass die meisten Einzelhändler aufgrund der geringen Absatzmengen an Cialis, Levitra und Viagra keine Nachfragemacht haben und den marktmächtigen Grossisten ausgeliefert sind. Denn ihre Stellung gegenüber den Grossisten muss unter Berücksichtigung aller Medikamente analysiert werden. Dass die Verkaufsstellen nicht hilflos dastehen, hat Pfizer bereits zu spüren bekommen (s. Rz. 126). Wären die Pharmaunternehmen tatsächlich an tiefen Margen auf Stufe Einzel- und Grosshandel interessiert und würden sie zu diesem Zweck PPE berechnen und kommunizieren, würden sie die für diese Stufen vorgesehenen Margen nicht nach dem Modell Sanphar berechnen (vgl. Tabelle 3 und Tabelle 4).

295. Die Festsetzung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE zwischen den Pharmaunternehmen und den Verkaufsstellen kann somit nicht mit dem Argument der Doppelmarginalisierung gerechtfertigt werden.

B.4.4.3.3 Keine Förderung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen

296. Unter das Argument der Förderung oder Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen fallen beispielsweise Abkommen zur Entwicklung von neuen Produkten oder allgemein über Forschung und Entwicklung, aber auch um den Abschluss von Patent- oder Know-How-Lizenzverträgen. Als konkrete Beispiele werden in der Literatur Vereinbarungen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen, welche die fachgerechte Ausbildung der Händler bezwecken, sowie Vereinbarungen zur Zusammenarbeit bei der Erstellung von Statistiken im Versicherungsbereich genannt³⁵⁰: "Dans le cadre des accords de distribution, le fournisseur peut contribuer à la diffusion de connaissances, notamment en accordant au distributeur son assistance, en lui transférant un savoir-faire et en participant à la formation de son personnel. La collaboration entre les parties peut aussi permettre au distributeur de relayer au producteur des informations sur la demande des consommateurs ou favoriser l'amélioration des produits, ce qui contribue à stimuler l'innovation"³⁵¹.

297. Im vorliegenden Fall besteht kein direkter Zusammenhang zwischen der Festsetzung von Verkaufspreisen mittels PPE und dem Medikamentenvertrieb in der Schweiz im Allgemeinen auf der einen, und der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG auf der anderen Seite, weshalb sich zusätzliche Ausführungen erübrigen.

B.4.4.3.4 Keine rationellere Nutzung von Ressourcen

298. Die Botschaft³⁵² spricht davon, dass die Rechtfertigung einer Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz auch dann möglich sei, wenn die Abrede zu einer ökologisch sinnvollen und gesellschaftspolitisch erwünschten rationelleren Nutzung von Ressourcen oder von öffentlichen Gütern führt. Als effizienzsteigernd

werden m.a.W. nicht nur Abreden angesehen, die zu einem verbesserten Einsatz von unternehmerischen Ressourcen führen, sondern auch solche, die den unternehmerisch erforderlichen Einsatz von allgemeinen Ressourcen oder den Gebrauch von öffentlichen Gütern optimieren. Dieser Rechtfertigungsgrund soll es den Unternehmen insbesondere ermöglichen, unter der erwähnten Voraussetzung der Effizienzförderung allgemeine öffentliche Anliegen (wie Umweltschutz, rationelle Nutzung von Energie, Gesundheit, Ausbildung, Sicherheit) im Sinne einer Selbstregulierung auf der Basis der Kooperation zu verwirklichen³⁵³.

299. Dieser Rechtfertigungsgrund hat keinen Zusammenhang mit den vorliegenden Abreden und findet deshalb keine Beachtung.

B.4.4.4 Fazit

300. Es kann festgehalten werden, dass die Festsetzung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE durch keinen der in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden kann. Eine der kumulativ zu erfüllenden Bedingungen für die Feststellung der Zulässigkeit einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 2 KG ist somit nicht erfüllt. Ausführungen zur Notwendigkeit der Abreden und zur Frage, ob sie den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind somit hinfällig.

301. Die Wettbewerbsabreden der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra können nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden.

B.4.5 Ergebnis

302. Die von Pfizer, Eli Lilly und Bayer veröffentlichten und von den Verkaufsstellen weitgehend befolgten PPE für Cialis, Levitra und Viagra stellen drei nebeneinander bestehende vertikale Wettbewerbsabreden (abgestimmte Verhaltensweise) im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG dar, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen. Sollte die Vermutung wider Erwarten widerlegt werden können, würde eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegen, welche sich nicht nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG rechtfertigen lässt.

303. Die Wettbewerbsabreden der Pharmaunternehmen und Verkaufsstellen von Cialis, Levitra und Viagra sind daher nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 bzw. nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG unzulässig, dürfen nicht mehr praktiziert werden und sind nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (dazu Rz. 322 ff.).

³⁵⁰ ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 414.

³⁵¹ JULIA XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, Diss., Genf/Zürich 2002, S. 329.

³⁵² Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 559, im Sonderdruck S. 92.

³⁵³ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 559, im Sonderdruck S. 92.

304. Die Grossisten und e-mediat dürfen bezüglich dieser PPE keine Gehilfenhandlungen (z.B. durch das Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen (vgl. Rz. 150).

B.5 Horizontale Wettbewerbsabrede über Preise von Cialis, Levitra und Viagra

305. Die vom Sekretariat durchgeführte Vorabklärung hatte Mitte 2006 neben Indizien für eine vertikale Wettbewerbsabrede auch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die PPE für Cialis, Levitra und Viagra nahezu identisch waren (vgl. Anhang 1) und somit eine horizontale Preisabrede zwischen den drei Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer vorliegen könnte.

B.5.1 Wettbewerbsabrede

306. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken³⁵⁴.

307. Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen Unternehmen anpassen. Vorausgesetzt ist ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bzw. ein Mindestmass an Verhaltenskoordination³⁵⁵. Dabei ist zu beachten, dass ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten an sich noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass sich die übrigen Marktteilnehmer gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen.

308. Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist von den Fällen des erlaubten Parallelverhaltens (strukturbedingtes und gewöhnliches Parallelverhalten)

und der Preisführerschaft sowie von einseitigen Verhaltensweisen, die allenfalls von Art. 7 KG erfasst werden, abzugrenzen³⁵⁶. Weil in diesen Fällen das Element der Abstimmung fehlt, stellen sie keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Dies gilt unbesehen der Tatsache, dass in beiden Fällen unter Umständen das gleiche Erscheinungsbild vorliegt, namentlich uniforme Preise³⁵⁷.

309. *Preisführerschaft* liegt vor, wenn andere Unternehmen dem Preisführer bezüglich der Preise ohne Abstimmung folgen. Preisführerschaft wird etwa damit erklärt, dass der Preisführer am wirtschaftlichsten produziert und seine Preise so angesetzt hat, dass die anderen Unternehmen gerade noch kostendeckend verkaufen können. In einem solchen Fall kann der Preisführer seine Preise erhöhen und dabei davon ausgehen, dass seine (schwächeren) Konkurrenten aus Furcht vor einem Preiskampf folgen, das heisst es nicht wagen werden, die Preise vorerst nicht zu erhöhen, um ihm dadurch Marktanteile abzunehmen.

310. Das *strukturbedingte Parallelverhalten* stellt ein gleichförmiges Verhalten dar, das sich aus einer bestimmten Marktstruktur³⁵⁸ ergibt. Es fehlt somit an einem bewussten und gewollten Zusammenwirken der Unternehmen³⁵⁹. Das *gewöhnliche (gleichförmige) Parallelverhalten* zeichnet sich als gleichförmiges Verhalten aus, das auf exogenen Faktoren beruht³⁶⁰. Solche Faktoren können u.a. Kostenschübe für Inputfaktoren oder neue gesetzliche Bestimmungen sein. Typischerweise liegt keine Abstimmung vor, sondern es handelt sich lediglich um "die Folge wechselseitiger Nachahmung"³⁶¹.

311. Um die Situation auf dem relevanten Markt zu analysieren, ist zuerst die Entwicklung der Marktanteile und die Preisentwicklung der drei Produzenten zu untersuchen.

a) Entwicklung der Marktanteile

312. Die Entwicklung der Marktanteile der drei Medikamente ist die Folgende:

Tabelle 7: Entwicklung der Marktanteile von 2003 bis 2008 (in Prozentsätzen)

%	2003	2004	2005	2006	2007	2008
LEVITRA	[0-10 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
CIALIS	0.0	[10-20 %]	[20-30 %]	[30-40 %]	[30-40 %]	[40-50 %]
VIAGRA	[90-100 %]	[60-70 %]	[50-60 %]	[50-60 %]	[50-60 %]	[40-50 %]

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

³⁵⁴ Vgl. dazu und zum Folgenden Rz. 93 ff.

³⁵⁵ Vgl. Rz. 98 f. m. w. Nw.

³⁵⁶ Zum Ganzen statt vieler ZÄCH (zit. in Fn. 93), Rz. 368 ff.

³⁵⁷ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 46.

³⁵⁸ Unter der Marktstruktur sind beispielsweise folgende Elemente zu subsumieren: Anzahl der Anbieter und Nachfrager, Grad der Produktdifferenzierung, Markteintrittsbarrieren, Kostenstrukturen, Grad der vertikalen Integration (vgl. FREDERICK MICHAEL SCHERER/DAVID ROSS,

Industrial Market Structure and Economic Performance, 3. Aufl., Boston 1990, S. 5).

³⁵⁹ Vgl. auch Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 545, im Sonderdruck S. 78.

³⁶⁰ Wettbewerbsabreden beruhen dagegen auf endogenen Faktoren, d.h. Faktoren, welche die Unternehmen beeinflussen können.

³⁶¹ SCHMIDHAUSER (zit. in Fn. 96), Art. 4 N 47 m. w. Nw.

313. Die Entwicklung der Marktanteile deutet darauf hin, dass die Einführung von Levitra im Jahr 2003 und insbesondere diejenige von Cialis im Jahr 2004 mit einer wichtigen Reduktion der Marktanteile von Viagra einhergingen. Diese Reduktion, die auch die Umsätze von Pfizer auf diesem Markt berührte und die sich im Verlauf der Jahre akzentuiert hat, zeigt eine gewisse Korrelation zwischen der Entwicklung der Verkäufe dieser drei Produkte, welche bestätigt, dass sich diese Produkte tatsächlich auf dem gleichen Markt befinden. In einem stark wachsenden Markt hat der Wettbewerb zwischen diesen drei Medikamenten zu einer Übertragung von Marktanteilen zugunsten von Eli Lilly geführt.

b) Preisentwicklung

314. Die Preisunterschiede zwischen den drei Medikamenten Cialis, Levitra und Viagra waren anfänglich marginal (s. Tabelle 8). Erst seit dem Zeitpunkt der Eröffnung des vorliegenden Verfahrens gehen die Preise etwas auseinander: Während Bayer den Preis für Levitra nicht und Pfizer denjenigen für Viagra nur moderat erhöht hat, hat Eli Lilly mehrere Preiserhöhungen für Cialis vorgenommen. Seit kurzer Zeit besteht somit ein gewisser Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten, wenn auch kein gewichtiger.

Tabelle 8: Entwicklung der empfohlenen Publikumspreise pro Tablette der zwei meistverkauften Packungen für Cialis, Levitra und Viagra

CHF	2003	2004	2005	10.2005	04.2006	10.2006
VIAGRA (50mgx12)	17.36	17.36	17.36	17.36	17.71	17.71
LEVITRA (10mgx12)	17.33	17.33	17.33	17.33	17.33	17.33
CIALIS (20mgx8)		17.36	18.05	18.05	19.70	21.18
CIALIS (20mgx12)				17.32	18.35	20.92
VIAGRA (100mgx12)	19.90	19.90	19.90	19.90	20.30	20.30
LEVITRA (20mgx12)	19.83	19.83	19.83	19.83	19.83	19.83

Quelle: Berechnungen Sekretariat.

315. Es zeigt sich zunächst, dass die Präsenz von Viagra auf dem Markt die Preisbestimmung der Neueintretenden beeinflusst hat. Pfizer, als sie 1998 ihr Produkt gegen erektile Funktionsstörungen auf den Markt gebracht hat, konnte den Ex-factory Preis selbst bestimmen, ohne Konkurrenz Rechnung tragen zu müssen und sicherte sich dadurch eine Monopolrente. Weiter konnte Pfizer bei der Festsetzung der Publikumspreise die durch die Vertreiber nachgefragte handelsübliche³⁶² Marge einplanen. Sie hat während Jahren von den Informationen bezüglich des Verhaltens der Konsumenten und deren Einstellungen gegenüber dem Medikament profitiert.

316. Seit der Markteinführung von Levitra hat sich Bayer die Preispolitik von Pfizer angeeignet. Bayer konnte den Verteilern nicht eine geringere Marge vorschlagen als diejenige von Pfizer, denn diese hätten ansonsten Viagra bevorzugt. Dieselbe Strategie wählte in der Anfangsphase auch Eli Lilly für ihr Produkt. Später hat sich dieses Unternehmen von dieser Praxis losgelöst und die Ex-factory Preise unter Beibehaltung einer interessanten Marge für die Verkaufsstellen erhöht (vgl. Tabelle 8 sowie Tabelle 4).

317. Auffällig war also, dass die Preise für die jeweiligen empfohlenen Tagesdosierungen für Cialis, Levitra und Viagra über längere Zeit praktisch identisch waren. Im Ergebnis dürfte aufgrund der vorliegenden Anhaltspunkte jedoch kein Nachweis möglich sein, dass die drei Pharmaunternehmen die Preise effektiv horizontal abgesprochen haben. Denkbar ist vielmehr, dass „nur“ ein erlaubtes Parallelverhalten bzw. eine Preisführerschaft vorliegt: Eli Lilly und Bayer sind beim Markteintritt (noch

unter altem KG) bei der Festlegung der Preise ihrer Medikamente dem Price-Maker (Pfizer) gefolgt. Wären die PPE von Cialis bzw. Levitra beim Markteintritt, d.h. an einem Zeitpunkt, in welchem die Eigenschaften und Wirkungen dieser Produkte noch unbekannt waren, deutlich über denjenigen des damaligen – praktisch alleinigen – Marktführers Pfizer gelegen, hätte dies möglicherweise verhindert, dass die neuen Medikamente überhaupt zu einem nennenswerten Marktanteil gekommen wären. Wäre der Preis für die neuen Medikamente umgekehrt deutlich unterhalb des Preises von Viagra festgesetzt worden, hätte das möglicherweise anfänglich zu einem gewissen Wechsel der Konsumenten von Viagra weg zu Cialis oder Levitra geführt. Als Reaktion hätten die Konkurrenten die Preise reduzieren müssen, was schliesslich eine Margenschmälerung für alle nach sich gezogen hätte.

318. Als sich mit der Zeit aufgrund der Erfahrung die Vor- und Nachteile von Cialis, Levitra und Viagra zeigten (z.B. unterschiedliche Wirkungsdauer, Nebenwirkungen etc.) und für die Patienten neben dem Preis auch andere Kriterien für den Kaufentscheid massgebend wurden, hat insbesondere Eli Lilly beschlossen, eine eigenständige Preispolitik zu verfolgen: Um die Vorteile von Cialis (insb. längere Wirkungsdauer) zu betonen und sich von

³⁶² Als Viagra 1998 auf den Markt kam, war Sanphar immer noch in Kraft. Die von Pfizer für Viagra in den PPE eingerechnete Marge entsprach somit der Marge von Sanphar (vgl. Rz. 126).

der Konkurrenz abzuheben, hat Eli Lilly bewusst den Preis höher angesetzt und seither auch höher beibehalten³⁶³. Trotzdem ist es Eli Lilly gelungen, Marktanteile – auch auf Kosten der Konkurrenz – zu gewinnen.

319. Im Übrigen haben sich die PPE für die drei Medikamente in den letzten Jahren unterschiedlich entwickelt:

- Pfizer hat für Viagra seit der Markteinführung im Jahr 1998 eine substanzielle Preiserhöhung per 1. Januar 2006 durchgeführt³⁶⁴. Gründe dafür waren die Erhöhung des Ex-factory-Preises aufgrund höherer Zusatzkosten im Zusammenhang mit erhöhten Sicherheitsmassnahmen für Patienten (Schutz vor Fälschungen, Hologramm) sowie der Inflationsausgleich. Diese Preiserhöhung war nach Angaben von Pfizer unabhängig vom Markteintritt anderer Produkte³⁶⁵. Die anderen Preisänderungen (per 1. Juli 1998, 1. und 4. Dezember 1998, 28. September 2000 und 1. Juli 2001) betrafen bloss Anpassungen an die Erhöhung der Vignettengebühr durch Swissmedic³⁶⁶.
- Eli Lilly hat die PPE für Cialis seit der Markteinführung im Jahr 2004 per 1. März 2005, 1. April 2006 und 1. Oktober 2006 angehoben. Die Erhöhung beträgt insgesamt 15–22 % (abhängig von der Packungsgrösse). Nach Angaben von Eli Lilly [...] ³⁶⁷.
- Bayer hatte seit der Markteinführung von Levitra im Jahr 2003 keine Veranlassung für eine Preiserhöhung³⁶⁸. [...] ³⁶⁹.

320. Aufgrund der vorliegenden Beweismittel und Indizien kann nicht gesagt werden, eine horizontale Preisabrede sei mit der notwendigen Sicherheit nachgewiesen.

B.5.2 Ergebnis

321. Die dargelegten Erkenntnisse genügen nicht, um die anfänglich aufgrund praktisch identischer Preise bestehenden Anhaltspunkte für eine horizontale Preisabrede zu erhärten. Mangels Nachweises einer Abrede erübrigen sich weitere Ausführungen.

B.6 Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 1 KG

B.6.1 Allgemeines

322. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen *Verwaltungssanktionen* – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern³⁷⁰. Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden³⁷¹.

B.6.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

B.6.2.1 Unternehmen

324. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird dabei auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt³⁷². Die Parteien, gegen welche sich die vorliegende Untersuchung richtet – d.h. Pfizer, Bayer, Eli Lilly, e-mediat, die Grossisten sowie die Apotheken und SD-Ärzte – sind als Unternehmen i.S. des Kartellgesetzes zu qualifizieren³⁷³.

B.6.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

325. Die neue Regelung sieht entsprechend der verfassungsrechtlichen Ausgangslage in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Es handelt sich dabei um Wettbewerbsverstösse, welche sich für Konsumenten, Unternehmen und die Gesamtwirtschaft besonders schädlich auswirken und aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren³⁷⁴.

326. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung gestützt auf den ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestand – die Beteiligung an Abreden – ist an zwei Voraussetzungen gebunden³⁷⁵: 1) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und 2) die Unzulässigkeit dieser Abrede. Dabei stellt sich die Frage, ob eine Abrede nur dann gemäss dieser Bestimmung unzulässig ist, wenn sie den Wettbewerb beseitigt oder aber auch, wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zwar widerlegt wird, aber dennoch eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, welche nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Gemäss Rechtsprechung der Weko³⁷⁶ ist dieser zweiten Auslegung der Vorzug zu geben (s. Rz. 327 ff.).

³⁶³ Eli Lilly, act. n° 316, Antwort 15.

³⁶⁴ Vgl. Pfizer, act. n° 235, Antwort 18 und Beilage 6.

³⁶⁵ Pfizer, act. n° 235, Antwort 20.

³⁶⁶ Pfizer, act. n° 235, Antwort 12 und 19.a.

³⁶⁷ Eli Lilly, act. n° 421, Beilage 1. Zum Ganzen s. act. n° 244, Antwort 19 und act. n° 316, Antwort 2 bis 6.

³⁶⁸ Bayer, act. n° 221, Antwort 18, 19.a. sowie 19.b.; vgl. aber Bayer, act. n° 344, Antwort 2 und 3.

³⁶⁹ Bayer, act. n° 344, Antwort 17.b.

³⁷⁰ Statt vieler Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 619 f., im Sonderdruck S. 152 f.; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2003), BBl 2002, S. 2022 ff., insb. S. 2023, 2033 ff., 2041; DUCREY, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1, sowie STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Freiburg 2002, S. 92.

³⁷¹ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2034.

³⁷² Statt aller: BORER (zit. in Fn. 96), Art. 49a N 6, und DUCREY (zit. in Fn. 370), Art. 50 N 8.

³⁷³ Vgl. Rz. 49.

³⁷⁴ Vgl. dazu Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2036 f.

³⁷⁵ Vgl. ROGER ZÄCH, Die Sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 34.

³⁷⁶ RPW 2009/2, S. 155 Rz. 85 ff. (Sécateurs et cisailles).

327. Einige Parteien sind der Ansicht, dass Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden anwendbar sei, die den Wettbewerb beseitigen³⁷⁷. Unter dem Gleichbehandlungsaspekt (Diskriminierungsverbot) sei es ihrer Meinung nach nicht einzusehen, weshalb im Falle der Anwendung von Art. 49a KG auch auf Abreden, die den Wettbewerb erheblich beschränken und sich nicht rechtfertigen lassen, dann nicht auch alle weniger schädlichen Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 KG die gleiche Folge nach sich ziehen könnten³⁷⁸. Sie machen weiter geltend, dass Art. 49a KG explizit auf Art. 5 Abs. 3 und 4 KG und nicht auf Abs. 1 und 2 verweise³⁷⁹. Dieser Ansicht kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden³⁸⁰:

328. Einerseits ergibt sich dies bereits aus dem Gesetzestext: In Art. 49a Abs. 1 KG ist nämlich nicht von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, *die den Wettbewerb beseitigt*, die Rede, sondern "lediglich" von einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG³⁸¹. Gemeint dürfte somit eine unzulässige Abrede über Preise, Mengen oder Gebiete sein, unabhängig davon, ob sie den Wettbewerb beseitigt oder "nur" erheblich beschränkt. Andererseits führt die Botschaft aus, dass vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen unzulässige Verhaltensweisen nach Art. 5 Abs. 1 KG ausgenommen sind, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben, sowie Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen bzw. die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind³⁸². Darin ist der klare Wille des Gesetzgebers zu erkennen, Abreden über Preis, Mengen oder Gebiete, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind, den direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG zu unterstellen. Eine strengere Auslegung von Art. 49a Abs. 1 KG würde weiter zu einer Vereitelung eines mit der Einführung der direkten Sanktionen verfolgten Hauptzieles führen, nämlich einer Erhöhung der bislang ungenügenden Abschreckungswirkung³⁸³ des Gesetzes. Denn würde sich Art. 49a Abs. 1 KG nur auf Abreden beschränken, welche den Wettbewerb beseitigen, würde diese Bestimmung in der Praxis sehr selten zur Anwendung gelangen und somit ihren präventiven Charakter verlieren³⁸⁴.

329. Daraus folgt, dass Art. 49a Abs. 1 KG sowohl auf Abreden nach Art. 5 Abs. 4 KG anwendbar ist, die den Wettbewerb beseitigen als auch auf solche, die den Wettbewerb erheblich beschränken und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.

330. Vorne in Rz. 90 ff. wurde eingehend dargelegt, dass das Verhalten der drei Pharmaunternehmen sowie derjenigen Verkaufsstellen, die sich an die PPE gehalten haben, eine Abrede (abgestimmte Verhaltensweise) im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG darstellt, die den Wettbewerb beseitigt. Folglich ist das entsprechende Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Dieses Tatbestandsmerkmal wäre auch dann erfüllt, wenn entgegen der Auffassung der Weko die Widerlegung der Vermutung zu bejahen wäre. Denn dann würde eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vorliegen, die nach Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG unzulässig wäre (vgl.

Rz. 229 ff.). Das entsprechende Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG ist somit in jedem Fall erfüllt.

B.6.2.3 Kein vollständiger bzw. teilweiser Sanktionserlass infolge Bonusprogramm

331. Im vorliegenden Verfahren hat kein Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung so mitgewirkt, dass auf eine Belastung mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG ganz oder teilweise verzichtet werden könnte. Insbesondere liegt seitens der Parteien weder ein Fall der Eröffnungskooperation noch der Feststellungskooperation vor (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b SVKG³⁸⁵). Folglich ist kein Bonus angezeigt.

B.6.2.4 Vorwerfbarkeit

332. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selbst und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) *kein Verschulden voraussetzt*³⁸⁶. Da keine Verwaltungssanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, vertrat die Weko die Auffassung, dass für die Verhängung einer Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist³⁸⁷.

³⁷⁷ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 249 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 109 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 352 ff.

³⁷⁸ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 250 f.

³⁷⁹ Bayer, act. n° 556, Rz. 110; Pfizer, act. n° 559, Rz. 254.

³⁸⁰ S. auch Erläuterungen zur Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12.3.2004 (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5), publiziert unter <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de> (Stand: 30.11.2009), Art. 5 und 6 ("Erläuterungen-SVKG"), wo ausgeführt wird, dass für die Sanktionierung nicht entscheidend ist, ob sich die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG enthaltene Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestätigt oder ob sie umgestossen wird und "bloss" eine unzulässige Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG vorliegt. Dieser Umstand ist erst bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

³⁸¹ Vgl. ZÄCH (zit. in Fn. 375), S. 34 f.

³⁸² Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2037.

³⁸³ Vgl. Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2033 ff. insb. 2036.

³⁸⁴ Vgl. auch CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Diss., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 36 sowie S. 52 i.V.m. S. 35 ff. Für weitere Hinweise vgl. auch ZÄCH (zit. in Fn. 375), S. 33 ff.

³⁸⁵ KG-Sanktionsverordnung (zit. in Fn. 380).

³⁸⁶ Botschaft 2003 (zit. in Fn. 370), S. 2034. Schon die Botschaft 1994 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, "weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden" (Botschaft 1994 [zit. in Fn. 93], S. 620, im Sonderdruck S. 153).

³⁸⁷ Vgl. etwa bereits die Entscheide der Weko "BNP/Paribas", RPW 2001/1, S. 152 Rz. 35; "X/C-AG und D-AG", RPW 2000/2, S. 262 f. Rz. 30, und "Curti & Co. AG", RPW 1998/4, S. 617 f. Rz. 21 ff.; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, S. 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, von Büren/David (Hrsg.), Band V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 520.

333. In ihrer aktuellen Praxis zum neuen Art. 49a Abs. 1 KG³⁸⁸ nahm die Weko Bezug auf die Rechtsprechung der ehemaligen REKO/WEF zu Art. 51 KG, welche den Schluss nahelegt, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen³⁸⁹. Demnach liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können³⁹⁰. Somit muss nach dieser Ansicht ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen: Den betroffenen Unternehmen muss die Teilnahme an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG und somit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 4 KG als eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können³⁹¹.

334. In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 102 StGB (bzw. vor der Revision aArt. 100^{quater} aStGB) betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden können, auch ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann³⁹². Ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetzen.

335. In seinem neusten Entscheid führt das BVGer zu dieser Frage lediglich aus, dass es nicht zu beanstanden sei, wenn die Weko i.S.d. Rechtsprechung der REKO/WEF eine "subjektive Vorwerfbarkeit" der Verhaltensweise der Beschwerdeführerin feststellt³⁹³.

336. Tatsächlich liegt auch im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel i.S. einer Vorwerfbarkeit seitens der an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen vor. Alle Beteiligten mussten sich bewusst sein, dass das Veröffentlichen bzw. das Befolgen einer Preisempfehlung kartellrechtlich problematisch ist, wenn sich die Empfehlung auf den Markt – infolge einer Verhaltensabstimmung – wie ein Festpreis auswirkt. Die Pharmaunternehmen und die Verkaufsstellen hätten alles Mögliche und Notwendige dazu vorkehren müssen, um sicherzustellen, dass die Empfehlungen nicht den Charakter von Festpreisen erhalten. Dies ist vorliegend unterblieben: Die Pharmaunternehmen stellten sich auf den Standpunkt, es sei für sie von untergeordnetem Interesse³⁹⁴ und liege nicht in ihrer Verantwortung, was die Verkaufsstellen mit der Preisempfehlung machen. Auch die Verkaufsstellen, die u.a. aus Gründen der Bequemlichkeit die im Galdat gespeicherten Informationen direkt übernehmen und die Preisempfehlungen befolgen, nehmen in Kauf bzw. müssen jedenfalls damit rechnen, dass viele andere Verkaufsstellen dasselbe tun. Dies gilt umso mehr, weil das Verhalten der Pharmaunternehmen und der Verkaufsstellen auf das System Sanphar zurückzuführen ist (vgl. Rz. 123 ff.), welches allen Marktteilnehmern bekannt war.

337. Weiter vermag das von einigen Parteien geltend gemachte Argument, wonach die PPE gestützt auf Art. 18 PBV zulässig sein sollten³⁹⁵, – wie im Folgenden gezeigt wird – nicht zu genügen, um die Vorwerfbarkeit

gestützt auf den Vertrauensschutz zu verneinen. Hingegen ist das betreffende Argument unter dem Titel der Art und Schwere des Verstosses zu berücksichtigen (vgl. dazu unten Rz. 368 ff.).

338. Im Verwaltungsrecht gilt, dass Vertrauen nur insoweit geschützt wird, als es berechtigt ist³⁹⁶. Eine Vertrauensgrundlage, die bei den Betroffenen berechtigtes Vertrauen auszulösen vermag, ist nur unter bestimmten Voraussetzungen anzunehmen. Rechtsetzungsakte stellen nur ausnahmsweise eine Vertrauensgrundlage dar, nämlich in bestimmten Fällen von unvorhersehbaren Rechtsänderungen³⁹⁷. Dies liegt vorliegend nicht vor, weshalb Art. 18 PBV als solcher keine Vertrauensgrundlage darstellt.

339. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag haben mehrere Parteien das Vorhandensein eines vorwerfbaren Verhaltens verneint. Sie sind der Auffassung, dass ihr Verhalten weder fahrlässig noch in einer anderen Art vorwerfbar sei. Sie stützen sich dabei auf folgende Argumente:

- Vertrauensprinzip³⁹⁸: Die Weko habe die Vert-BM im Juli 2007 mit dem Ziel erlassen, die Rechtssicherheit im Bereich der vertikalen Abreden zu erhöhen und den Marktteilnehmern verbindliche Leitlinien insbesondere für den Umgang mit PPE zu geben. Die Parteien hätten sich auf diese Informationen gestützt, als sie die PPE veröffentlicht haben. Im Gegensatz zu den Ausführungen des Sekretariats in seinem Antrag hat der Erlass der Vert-BM die Parteien nicht sensibilisiert, sondern

³⁸⁸ Vgl. RPW 2007/2, S. 233 Rz. 307 (Richtlinien VSW); RPW 2007/2, S. 298 Rz. 393 (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/4, S. 660 Rz. 229 (Flughafen Zürich AG [Unique]/Valet Parking; "Unique/Valet Parking").

³⁸⁹ Vgl. den Entscheid REKO/WEF i.S. "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff., 398 ff. und entsprechend Entscheid Weko i.S. "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 533 f. Rz. 47 ff.

³⁹⁰ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f. Im erwähnten Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, dass Unternehmen beispielsweise dann schuldhaft handeln, wenn sie wider besseren Wissens – im beurteilten Fall trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften – während der vorgesehenen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörde von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen.

³⁹¹ I.d.S. BORER (zit. in Fn. 96), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m. w. H.

³⁹² Dazu und zum Folgenden BORER (zit. in Fn. 96), Art. 49a N 10 ff. m. w. H.

³⁹³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.10.2007, B-2157/2006 (= RPW 2007/4, S. 653 ff., insb. S. 672 E. 4.2.6 [Flughafen Zürich AG [Unique]/Wettbewerbskommission; "Flughafen/Weko"]).

³⁹⁴ Pfizer, act. n° 317, S. 7, Antwort 6.

³⁹⁵ Pfizer, act. n° 317, S. 18, Antwort 6; act. n° 279.433, Antwort 12.

³⁹⁶ Dazu und zum Folgenden ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 627.

³⁹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (zit. in Fn. 396), Rz. 631 ff., insb. Rz. 641 ff.

³⁹⁸ Bayer, act. n° 556, Rz. 120 f.; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 241 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 380 ff.; für die Apotheken statt vieler s. act. n° 522, Abschnitt "Keine Ausfällung einer Busse".

ihnen die Gewissheit gegeben, nichts Unzulässiges zu machen³⁹⁹. Denn Ziff. 11 Vert-BM enthalte Verhaltens- (Fehlen von Druck und Anreizen sowie Transparenz und Unverbindlichkeit der Empfehlung) und Marktkriterien (signifikant höheres schweizerisches Preisniveau und tatsächlich einheitliche Endkundenpreise). Gemäss Aussagen der Weko seien die Marktkriterien für sich allein i.d.R. nicht problematisch; erst in Kombination mit den Verhaltenskriterien könne eine PPE problematisch sein⁴⁰⁰. Vorliegend seien die Verhaltenskriterien jedoch nicht erfüllt. Da im Zusammenhang mit PPE in der Schweiz keine sichere Praxis bestehe, bloss eines von fünf Kriterien (Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e) der Vert-BM erfüllt sei und die PPE nach europäischem Recht zulässig seien, sei die Vorwerfbarkeit nicht gegeben.

- Falsche Information⁴⁰¹: Das Vertrauensprinzip bezüglich einer falschen Information einer Behörde sei unter folgenden Voraussetzungen gegeben: 1) Information ist geeignet, Vertrauen zu begründen, 2) erfolgt durch die zuständige Behörde, 3) erfolgt unbedingt, 4) deren Falschheit ist nicht offensichtlich, 5) gestützt darauf wird eine nachteilige Verfügung getroffen, 6) keine Änderung der Rechts- oder Tatsachenlage und 7) das Interesse am Vertrauensschutz muss das Interesse an richtiger Rechtsanwendung überwiegen. Alle diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt.
- Legalitätsprinzip (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)⁴⁰²: Eine Sanktionierung wäre gestützt auf den klaren Wortlaut insbesondere von Ziff. 11 Vert-BM, auf die zur Verfügung stehende Literatur und auf die Absicht des Gesetzgebers und der Weko, eine europakompatible Praxis einzuführen, mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar.

340. Erstens ist darauf hinzuweisen, dass die Vert-BM erst seit Juli 2007 in Kraft ist und somit erst ab diesem Zeitpunkt für das Verhalten der Parteien von Relevanz sein kann. Die Pharmaunternehmen haben dieses Verhalten jedoch bereits vorher praktiziert. Ihre Argumente im Zusammenhang mit dem Vertrauensprinzip könnten somit nur für die Periode Juli 2007 – Dezember 2008 von Bedeutung sein. Wie den folgenden Ausführungen zu entnehmen ist, schliesst die Vert-BM die Vorwerfbarkeit für die Periode ab deren Erlass nicht aus.

341. Den von den Parteien erwähnten und bejahten Voraussetzungen für das Vorliegen eines schutzwürdigen Vertrauens gegenüber den angeblich falschen Informationen einer Behörde kann nicht gefolgt werden. Weder die Vert-BM noch die Aussage im Zusammenhang mit der angestrebten EU-Kompatibilität sind geeignet, eine Vertrauensgrundlage zu schaffen. Denn sie sind nicht vorbehaltlos erfolgt. Die Weko hat durch die Vert-BM kommunizieren wollen, wie sie vertikale Abreden zu behandeln gedenkt. Der Erlass der Vert-BM als solcher stellt allerdings keine Vertrauensgrundlage dar. Denn die von den Parteien erwähnte Ziff. 11 Vert-BM ist sehr offen und nicht abschliessend formuliert und somit per se nicht geeignet, vorbehaltlose Zusicherungen zu machen. Auch die Aussage im Zusammenhang mit der angestrebten EU-Kompatibilität ist nicht geeignet, eine

Vertrauensgrundlage zu schaffen. Dies bereits aufgrund der fundamentalen Unterschiede in der Konzeption der beiden Gesetzgebungen, stellt das europäische Recht doch eine Verbotsgesetzgebung dar. Ausserdem ist es nicht ersichtlich, inwiefern die vorliegenden Abreden über die Festsetzung von Verkaufspreisen für Cialis, Levitra und Viagra mittels PPE nach europäischem Recht zulässig sein sollten, sind Preisempfehlungen doch auch nach europäischem Recht als Abreden zu betrachten, wenn deren Handhabung die Folge einer Verhaltensabstimmung darstellt und sie der Festsetzung von Verkaufspreisen dienen. Auch die Aussagen der Parteien betreffend eine angebliche Konformität ihres Verhaltens mit Ziff. 11 Vert-BM sind nicht stichhaltig (s. Rz. 148)⁴⁰³.

342. Wie bereits ausgeführt (vgl. Rz.136 ff. sowie Rz. 336), wussten die Pharmaunternehmen, dass die Verkaufsstellen ein grosses Interesse an den PPE haben, und dass sie die PPE weitgehend einhalten würden. Sie wussten somit, dass keine bloss einseitige Verhaltensweise vorlag, sondern dass der hohe Befolgungsgrad Ausdruck einer Verhaltensabstimmung war. Vor diesem Hintergrund konnten die Parteien nicht in gutem Glauben beziehungsweise ohne Sorgfaltspflichtverletzung von der Unbedenklichkeit des praktizierten Verhaltens ausgehen. Sie konnten sich insbesondere nicht in gutem Glauben auf dem Standpunkt stellen, ihr Verhalten sei rein einseitig und kartellrechtlich unbedenklich. Die Vorwerfbarkeit ist somit für die gesamte untersuchte Periode zu bejahen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass an die Voraussetzungen bzw. an das Vorliegen der Vorwerfbarkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden; eine bloss Sorgfaltspflichtverletzung genügt. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes greifen die Ausführungen der Parteien bereits aufgrund der geschilderten Interessenlage nicht.

343. Eine zweite Vertrauensgrundlage stellt aus Sicht der Parteien die PBV dar⁴⁰⁴. Sie sind der Auffassung, dass die PBV PPE für Hors-Liste Medikamente zulasse. Sie machen weiter geltend, dass im Gegensatz zu den Ausführungen des Sekretariats Rechtserlasse auch dann als Vertrauensgrundlage zu betrachten seien, wenn ein Gesetz nicht angewendet wird, weil es im Widerspruch zu einem anderen Gesetz stehe; vorliegend überwiege das Interesse am Vertrauensschutz dasjenige an einer richtigen Rechtsanwendung⁴⁰⁵. Weiter sehen sie im Umstand, dass das Sekretariat in seinem Antrag die PBV bei der Sanktionsbemessung berücksichtige und deren Änderung anstrebe, weil diese kartellrechtlich relevantes Verhalten begünstigen könne, den Beweis dafür, dass sie auch bei pflichtgemässer und sachkundiger Beurteilung die PPE als zulässig betrachten dürften, weshalb die Vorwerfbarkeit ausgeschlossen sei⁴⁰⁶.

³⁹⁹ Bayer, act. n° 556, Rz. 120; Pfizer, act. n° 559, Rz. 380 ff.

⁴⁰⁰ Pfizer, act. n° 559, Rz. 382.

⁴⁰¹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 242 ff.

⁴⁰² Bayer, act. n° 556, Rz. 73 ff.

⁴⁰³ Zudem erfüllen die PPE von Cialis, Levitra und Viagra neben Ziff. 11 Abs. 2 Bst. e Vert-BM zumindest teilweise auch deren Bst. a und b.

⁴⁰⁴ Pfizer, act. n° 559, Rz. 90, 364 ff. und 386; Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 245 f.; act. n° 539, S. 1.

⁴⁰⁵ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 245 f.

⁴⁰⁶ Pfizer, act. n° 559, Rz. 367 f.

344. Wie eingehend dargelegt wurde (s. Rz. 68 ff.), schliesst die PBV die Anwendung des KG nicht aus. Bereits aufgrund der Normstufe ist dem KG Vorrang einzuräumen. Unabhängig davon, ob die PBV die Publikation von PPE für rezeptpflichtige Medikamente zulässt, können sich die Parteien nicht auf dieses Argument berufen. Das vorliegend untersuchte Verhalten stellt nämlich unzulässige Abreden über die Festsetzung von Verkaufspreisen dar. Selbst wenn die PBV die Veröffentlichung von PPE für Hors-Liste Medikamente erlauben sollte, hätte dies keinen Einfluss auf diese festgestellte kartellrechtliche Unzulässigkeit.

345. Zutreffend ist, dass die Wettbewerbsbehörden die unglückliche Formulierung der PBV anerkannt und diese anlässlich der Sanktionsbemessung berücksichtigt haben. Daraus ist aber nicht zu folgen, dass auch bei pflichtgemässer und sachkundiger Betrachtung von der Zulässigkeit der PPE auszugehen war. Denn die kartellrechtliche Zulässigkeit/Unzulässigkeit eines Verhaltens ist – vor allem von einer anwaltlich vertretenen Partei beziehungsweise von einem Unternehmen – anhand der einschlägigen kartellrechtlichen Bestimmungen und nicht gestützt auf eine allgemeine, sehr offen formulierte Verordnung zu beurteilen.

346. Bayer und Pfizer führen weiter aus, dass entgegen der Auffassung des Sekretariats in dessen Antrag auch die Eröffnung einer Vorabklärung und einer Untersuchung sie nicht dazu veranlassen musste, eine sowohl im In- als auch Ausland zulässige Geschäftspraxis aufzugeben⁴⁰⁷. Dies umso mehr, als laut dem Evaluationsbericht bei einer überwiegenden Mehrheit der im Bereich der vertikalen Abreden eröffneten Verfahren keine unzulässigen Abreden zum Vorschein kamen. Es würde ihrer Auffassung nach gegen die Unschuldsvermutung verstossen, von einem Marktteilnehmer die Aufgabe einer vermutungsweise zulässigen Praxis zu erwarten, nur weil diese Gegenstand eines laufenden Verfahrens sei, zumal das Sekretariat keine Einsicht in den Schlussbericht der Vorabklärung gewährt hat.

347. Bayer führt weiter aus, dass das blosses Wissen, dass PPE problematisch seien, wenn sich diese wie Festpreise auswirken, nicht genüge, um Vorwerfbarkeit anzunehmen⁴⁰⁸. Sollten sich die PPE wie Festpreise auswirken, wäre für Bayer nicht deren Veröffentlichung, sondern deren Einhaltung als Ursache zu betrachten. Die Pharmaunternehmen hätten jedoch alles Mögliche und Notwendige vorgekehrt, um dies zu verhindern.

348. Entgegen diesen Ausführungen ist die Vorwerfbarkeit vorliegend nicht allein gestützt auf die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verfahrens zu bejahen. Wie den obigen Ausführungen zu entnehmen ist, hätten die Parteien bereits vor dem Eingriff des Sekretariats merken sollen, dass das von ihnen praktizierte Verhalten kartellrechtlich problematisch ist. Die Eröffnung zuerst einer Vorabklärung und anschliessend einer Untersuchung hätten stärkere Bedenken auslösen müssen.

349. Aus dem Gesagten folgt, dass eine zumindest fahrlässige Verhaltensweise vorliegt, wodurch die (subjektive) Vorwerfbarkeit begründet wird⁴⁰⁹. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen sind von den Parteien "verschuldetermassen" bewirkt worden.

B.6.2.5 Zwischenergebnis

350. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die drei Unternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer, welche die PPE veröffentlicht haben, sowie diejenigen Verkaufsstellen, welche die Empfehlungen befolgt haben, aus den genannten Gründen mit ihrem Verhalten, welches seit dem 1. April 2004 stattfand, den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben und somit grundsätzlich zu sanktionieren sind.

B.6.3 Sanktionsbemessung

B.6.3.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

351. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 bzw. Art. 5 Abs. 1, 2 und 4 KG ist gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 KG-Sanktionsverordnung⁴¹⁰). Die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG werden von der KG-Sanktionsverordnung geregelt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Diese geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann⁴¹¹. Als allgemeingültiger Grundsatz ist festzuhalten, dass die Festsetzung des Sanktionsbetrages im pflichtgemässen Ermessen der Weko steht⁴¹². Eingeschränkt wird das Ermessen durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung.

352. Die Wirksamkeit der Sanktionen hängt entscheidend von deren Präventivwirkung ab⁴¹³. Sanktionen sollen für ein Unternehmen spürbar sein und eine abschreckende Wirkung entfalten⁴¹⁴. Die effektive Höhe der Sanktion wird auch nach dem revidierten Kartellgesetz anhand der konkreten Umstände bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist. Überdies ist die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung zu berücksichtigen, wobei auch subjektive Elemente gewürdigt werden können. Die Fachliteratur verweist zudem auf die wettbewerbsrechtliche Praxis der Europäischen Kommission⁴¹⁵, wobei zu beachten ist, dass die neue

⁴⁰⁷ Bayer, act. n° 556, Rz. 116 ff.; Pfizer, act. n° 559, Rz. 375 ff.

⁴⁰⁸ Bayer, act. n° 556, Rz. 117.

⁴⁰⁹ So im Ergebnis auch der Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f., sowie der Entscheid "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 533 f.

⁴¹⁰ S. Fn. 380.

⁴¹¹ Vgl. zum Ganzen die Erläuterungen SVKG (zitiert in Fn. 380).

⁴¹² RPW 2007/2, S. 299 Rz. 400 (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/1, S. 175 Rz. 240 (Sanktionsverfahren Unique).

⁴¹³ Vgl. schon Botschaft 1994 (zit. in Fn. 93), S. 620, im Sonderdruck S. 153.

⁴¹⁴ S. RPW 2006/4, S. 661 Rz. 236 (Unique/Valet Parking).

⁴¹⁵ Vgl. LAURENT MOREILLON, in: Commentaire romand (zit. in Fn. 95), Art. 50 N 9 ff.; DUCREY (zit. in Fn. 370), Art. 50 N 15; vgl. zur europäischen Praxis die Nachweise in RPW 2006/4, S. 662 Fn. 267 (Unique/Valet Parking).

KG-Sanktionsverordnung über weite Strecken von der EU-Regelung inspiriert ist⁴¹⁶. Insgesamt ergibt sich auch durch die in der europäischen Praxis genannten Umstände eine rechtliche und wirtschaftliche Berücksichtigung aller relevanten Gegebenheiten. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis der Reko/WEF bzw. des BVGer überein⁴¹⁷.

353. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen reinen Rechengvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände⁴¹⁸.

354. Die Sanktionen müssen für jedes einzelne Unternehmen, welchem ein tatbestandsmässiges Verhalten vorgeworfen wird, separat berechnet werden. Der Einfachheit halber werden im Folgenden – unter Berücksichtigung unternehmensspezifischer Einzelheiten – die Sanktionen gegen die drei Pharmaunternehmen und diejenigen gegen die an den Abreden beteiligten Verkaufsstellen jeweils im gleichen Abschnitt berechnet.

B.6.3.2 Sanktion gegen die drei Pharmaunternehmen Pfizer, Eli Lilly und Bayer

a) Maximalsanktion

355. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom jeweiligen Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen; Art. 4 und 5 VKU finden analog Anwendung⁴¹⁹.

356. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu be-

rücksichtigen sind. Der Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren beträgt CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer. Die Maximalsanktion beläuft sich somit auf CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer.

b) Konkrete Bemessung im vorliegenden Fall

357. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Als erster Schritt muss der Basisbetrag berechnet werden. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3 bis 6 SVKG).

aa) Basisbetrag

358. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

aa)1 Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

359. Im vorliegenden Verfahren wurde der relevante Markt definiert als Markt der oral eingenommenen Medikamente für die Behandlung erektiler Dysfunktionen in der Schweiz. Dieser Markt umfasst die Arzneimittel Cialis, Levitra und Viagra (vgl. Rz. 200).

360. Die Umsätze, welche Pfizer, Eli Lilly und Bayer in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt erzielt haben, ergeben sich aus der von den Pharmaunternehmen in der Schweiz verkauften Menge an Cialis, Levitra und Viagra und sind in Tabelle 9 aufgeführt:

Tabelle 9: Umsätze auf dem relevanten Markt (2006 – 2008)

	Pfizer	Eli Lilly	Bayer
2006	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]
Total	[...]	[...]	[...]

Quelle: Fragebögen.

⁴¹⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 380), S. 1.

⁴¹⁷ Auch die REKO/WEF hat in einem Entscheid teilweise auf ähnliche Kriterien abgestellt, wie dies in der europäischen Praxis getan wird (Entscheid REKO/WEF vom 7.3.2002 i.S. "Rhône-Poulenc S.A./Merck & Co. Inc.", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 400 ff. Erw. 4). Vgl. zum Ganzen auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.10.2007, B-2157/2006 (= RPW 2007/4, S. 673 ff. E. 4.3.3, E. 5 [Flughafen Zürich AG/Weko]).

⁴¹⁸ RPW 2007/2, S. 235 Rz. 320 (Richtlinien VSW); RPW 2007/2, S. 299 Rz. 401 (Terminierung Mobilfunk); RPW 2006/1, S. 176 Rz. 246 (Sanktionsverfahren Unique).

⁴¹⁹ RPW 2006/4, S. 662 Rz. 243 (Unique/Valet Parking).

361. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Daraus ergibt sich, dass diese Obergrenze für Pfizer CHF [...], für Eli Lilly CHF [...] und für Bayer CHF [...] beträgt.

aa)2 Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

362. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen. Wie oben dargelegt, haben sich Pfizer, Eli Lilly und Bayer unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Im Folgenden ist zu bestimmen, ob dieses Verhalten als schwerwiegend zu qualifizieren ist.

363. Im Rahmen ihrer Stellungnahmen zum Antrag führt Bayer zur Art und Schwere des Verstosses aus, dass aufgrund der Bestimmungen des HMG, welche den Wettbewerb verunmöglichen, sie hätte in Treu und Glauben davon ausgehen können, dass Wettbewerb, insbesondere Preiswettbewerb, nicht oder nur in einem sehr engen Rahmen erwünscht sei⁴²⁰. Dieses enttäuschte Vertrauen wirke sich bei der Strafzumessung zu ihren Gunsten aus

364. Gemäss Eli Lilly muss bei der Art und Schwere berücksichtigt werden, dass kein schwerer Verstoss vorliege, da eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG Voraussetzung für die Sanktionierung sei, weshalb der Betrag erheblich zu reduzieren sei⁴²¹. Sie führt weiter aus, dass das Verschulden sehr gering sei, der angebliche Verstoss keine Auswirkungen auf die Publikumspreise oder die Wirtschaft gehabt habe und dass die Parteien weder ein Interesse an der Einhaltung noch davon profitiert hätten.

365. Pfizer ist der Auffassung, dass, wenn überhaupt, eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliege, was zu einer mildereren Bemessung als bei einer Beseitigung führen müsse⁴²². Neben der PBV müssten ihrer Meinung nach auch die Vert-BM, die Konformität der PPE gemäss europäischem Recht, die Unklarheit bzgl. der rechtlichen Lage, der Umstand, dass sie keinen Einblick in den Schlussbericht des Sekretariats nehmen durfte sowie die Äusserungen der Weko berücksichtigt werden.

366. Diese Aussagen beziehen sich auf bereits behandelte Argumente und vermögen die folgenden Ausführungen nicht zu beeinflussen.

367. Im Allgemeinen ist davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, grundsätzlich schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen⁴²³. Weiter ist anzunehmen, dass Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, die – wie vorliegend – zur Beseitigung des Wettbewerbs führen, schwerwiegender einzustufen sind als solche, die den Wettbewerb erheblich beschränken und sich nicht durch Effizienzgründe rechtfertigen lassen. Gemäss den Erläuterungen SVKG wird sich der Basisbetrag bei schweren Verstössen gegen das KG, insbesondere bei marktum-

fassenden Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG sowie bei Missbräuchen von marktbeherrschenden Unternehmen nach Art. 7 KG regelmässig im oberen Drittel des Rahmens bewegen⁴²⁴. Dies ist allerdings nicht als ausnahmslose Regel zu verstehen. Wenn die konkreten Umstände es rechtfertigen, z.B. bei einem besonders leichten Verstoss, dürfte auch für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG der Festsetzung eines tieferen Basisbetrags nichts entgegenstehen.

368. Im vorliegenden Fall sind die beiden bereits oben erwähnten Bestimmungen der PBV zu beachten, welche zwar – wie dargelegt⁴²⁵ – keine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG begründen und somit keinerlei Einfluss auf die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes haben, aber dennoch das Vertrauen und das Verhalten der Parteien zu beeinflussen vermögen.

369. Gemäss Art. 18 Abs. 2 PBV dürfen Hersteller, Importeure und Grossisten den Konsumenten "Preise oder Richtpreise bekanntgeben oder für Konsumenten bestimmte Preislisten, Preiskataloge und dergleichen zur Verfügung stellen, sofern die betreffenden Preise im zu berücksichtigenden Marktgebiet für die überwiegende Menge tatsächlich gehandhabt werden"; in dieselbe Richtung geht Art. 13 Abs. 2 PBV, der Folgendes festhält: "Hersteller, Importeure und Grossisten können Richtpreise bekanntgeben."

370. Obwohl diese Bestimmungen die festgestellte Unzulässigkeit nicht in Frage stellen können (vgl. Rz. 344) und das enttäuschte Vertrauen der Parteien nicht genügend hoch ist, um die Vorwerfbarkeit im Sinne einer Fahrlässigkeit gänzlich zu verneinen (vgl. Rz. 332 ff.), so dürfen diese Umstände umgekehrt doch auch nicht gänzlich ignoriert werden. Die beiden erwähnten Bestimmungen der PBV mildern den von Pfizer, Eli Lilly und Bayer begangenen Verstoss.

aa)3 Zwischenergebnis

371. Wenn einerseits die Art des Verstosses – das Vorliegen einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG – als schwer einzustufen ist, muss andererseits die Schwere desselben als mittel eingestuft werden. Unter Berücksichtigung dieser beiden Kriterien – einschliesslich des Verhältnismässigkeitsprinzips – wird der Basisbetrag der Sanktion gemäss Art. 3 SVKG auf fünf Prozent des Umsatzes festgesetzt, den die involvierten Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt haben. Der Basisbetrag beläuft sich somit auf CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer.

⁴²⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 126 ff.

⁴²¹ Eli Lilly, act. n° 557, Rz. 335.

⁴²² Pfizer, act. n° 559, Rz. 395 ff.

⁴²³ Vgl. Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 380), Art. 3.

⁴²⁴ Erläuterungen SVKG (zit. in Fn. 380), Art. 3.

⁴²⁵ Vgl. oben Rz. 68 ff.

bb) Dauer des Verstosses

372. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrags um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat. Für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich. Beim Umfang der Erhöhung steht der Weko ein breites Ermessen zu.

373. In Zusammenhang mit der Dauer des Verstosses kritisiert Pfizer die lange Dauer des Verfahrens und insbesondere den Umstand, dass obwohl die Parteien nichts dafür könnten, dass das Verfahren so lange gedauert habe, dennoch eine 30-40-prozentige Sanktionserhöhung wegen der Dauer stattfände⁴²⁶. Sie ist weiter der Auffassung, dass wenn überhaupt, die Vorwerfbarkeit erst ab Erlass der Vert-BM zu bejahen sei, weshalb für die Dauer des Verstosses die Periode ab Juli 2007 zu berücksichtigen sei⁴²⁷.

374. Wie oben dargelegt, ist die Vorwerfbarkeit für die gesamte untersuchte Periode zu bejahen. Die anderen Argumente sind nicht stichhaltig und vermögen die nachstehenden Ausführungen nicht zu verändern.

375. Pfizer, Eli Lilly und Bayer erlassen PPE für Cialis, Levitra und Viagra seit diese Medikamente auf den Markt sind. Art. 49a Abs. 1 KG und die KG-Sanktionsverordnung sind jedoch erst am 1. April 2004 in Kraft getreten. Für die Höhe der Sanktion kann somit nur die Dauer des Verstosses ab dem 1. April 2004 bis am 31. Dezember 2008 massgebend sein. Eli Lilly ist im Mai 2004 mit Cialis auf den Markt gekommen, während Pfizer und Bayer ihre Medikamente Viagra und Levitra schon vor diesem Datum eingeführt haben. Dieser minimale Unterschied von einem Monat rechtfertigt jedoch keine separate Berücksichtigung der Verstossdauer für Eli Lilly.

376. Der Basisbetrag ist für alle Pharmaunternehmen somit um 40 % zu erhöhen. Dieser beläuft sich demnach

für Pfizer auf CHF [...], für Eli Lilly auf CHF [...] und für Bayer auf CHF [...].

cc) Erschwerende und mildernde Umstände

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

378. Als mögliche mildernde Umstände geben die Parteien Folgendes an⁴²⁸: Die aktive und konstruktive Haltung und Kooperation während des Verfahrens⁴²⁹, das Compliance Programm⁴³⁰, das rein passive Verhalten im Zusammenhang mit den PPE (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG)⁴³¹ sowie die Nichtvorhersehbarkeit der Praxisänderung des Sekretariats zu den PPE⁴³². Bayer macht zudem geltend, [...] ⁴³³. Pfizer beruft sich auch auf eine Vorverurteilung in den Medien sowie auf die Tatsache, dass nur die Pharmaunternehmen sanktioniert werden sollen⁴³⁴.

379. Diese geltend gemachten Gründe können nicht berücksichtigt werden. Insbesondere die Parteien, welche sich auf ihr Compliance Programm berufen, haben es versäumt, darzulegen, inwiefern ihr Compliance Programm geeignet gewesen sein soll, Verstössen gegen das Kartellgesetz, wie den Vorliegenden, vorzubeugen.

380. In Zusammenhang mit dem Verhalten von Pfizer, Eli Lilly und Bayer sind weder erschwerende noch mildernde Umstände ersichtlich, weshalb von einer Erhöhung bzw. Reduktion der Sanktion abzusehen ist.

c) Zusammenfassung

381. Die Verhaltensweisen von Pfizer, Eli Lilly und Bayer, welche unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellen, führen nach Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. KG-Sanktionsverordnung zu einer Busse von CHF [...] für Pfizer, CHF [...] für Eli Lilly und CHF [...] für Bayer. Diese Bussen setzen sich wie folgt zusammen:

Tabelle 10: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in CHF für die drei Pharmaunternehmen

	Pfizer	Eli Lilly	Bayer
Maximalhöhe der Sanktion	[...]	[...]	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt	[...]	[...]	[...]
Obergrenze des Basisbetrags	[...]	[...]	[...]
Berücksichtigung der Art und Schwere	5 %	5 %	5 %
Basisbetrag	[...]	[...]	[...]
Dauer	40 %	40 %	40 %
Erschwerende und mildernde Umstände	0 %	0 %	0 %
Total	[...]	[...]	[...]

⁴²⁶ Pfizer, act. n° 559, Rz. 399 ff.

⁴²⁷ Auch Bayer macht dieses Argument geltend.

⁴²⁸ Pfizer, act. n° 559, Rz. 403 ff.; Bayer, act. n° 556, Rz. 130 ff.

⁴²⁹ Bayer, act. n° 556, Rz. 130.

⁴³⁰ Bayer, act. n° 556, Rz. 131; Pfizer, act. n° 559, Rz. 405.

⁴³¹ Pfizer, act. n° 559, Rz. 404.

⁴³² Pfizer, act. n° 559, Rz. 406.

⁴³³ Bayer, act. n° 556, Rz. 134.

⁴³⁴ Pfizer, act. n° 559, Rz. 410 f.

B.6.3.3 Sanktionen gegen die Verkaufsstellen

382. Im Zusammenhang mit der Sanktionierung der Verkaufsstellen ist Folgendes zu beachten: Die Untersuchung wurde zwar gegen alle auf dem Schweizer Markt tätigen 1'672 Apotheken und 3'693 SD-Ärzte (Vgl. Fn. 253) eröffnet. Es ist jedoch schon kaum vorstellbar, wie die Verfahrensrechte (z.B. Recht auf Akteneinsicht, auf Stellungnahme etc.) einer so grossen Anzahl Parteien überhaupt vollumfänglich gewahrt werden könnten. Im Hinblick auf eine Sanktionierung bedarf es keiner weiteren Erörterungen, dass es de facto ausgeschlossen ist, für jedes einzelne Unternehmen separat festzustellen, ob es die PPE befolgt hat oder nicht. Da Ermittlungsinstrumente wie Hausdurchsuchungen, Partei- und Zeugenbefragungen etc. bei mehr als 5'000 Parteien abgeschlossen sind, wären die Wettbewerbsbehörden auf die blossen Auskünfte der Verkaufsstellen in Fragebögen angewiesen. Hier stellte sich die Frage, wie vertrauenswürdig die ungeprüfte Selbstdeklaration der Parteien für eine Sanktionierung wäre. Selbst wenn eine Liste derjenigen Verkaufsstellen erstellt werden könnte, die gegen das Kartellgesetz verstossen haben, so müsste der Sanktionsbetrag für jedes Unternehmen separat berechnet werden. Dass dies unverhältnismässig wäre, ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass zahlreiche Verkaufsstellen nur einige wenige Schachteln Erektionsmittel verkauft haben und sich die aufwändig berechnete Sanktion somit jeweils nur auf wenige Franken beliefe.

383. Im Ergebnis würde es jeden vernünftigen Rahmen sprengen, rechtsgenüchlich und unter Nennung von konkreten Namen festzustellen, welche Verkaufsstellen eine Preisempfehlung befolgt haben und welche nicht und individualisierte Sanktionen gegen fast 5'000 Parteien auszusprechen. Die durchschnittliche Höhe der zu verhängenden Bussen steht in keinem Verhältnis zu dem dafür erforderlichen Aufwand.

384. Eine exemplarische Bestrafung beispielsweise nur einer bestimmten Anzahl Verkaufsstellen – z.B. der 100 grössten oder von 100 zufällig ausgewählten – könnte dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechen und würde dennoch nichts an der Tatsache ändern, dass die grosse Mehrheit der Unternehmen, welche gegen das KG verstossen haben, nicht bestraft würde. Eine Sanktionierung der Berufsverbände – quasi als Stellvertreter der Verkaufsstellen – erscheint ebenfalls nicht angezeigt, da *in casu* weder Pharmasuisse noch der FMH noch der APA in irgendeiner ersichtlichen Weise dazu beigetragen haben, dass die Preisempfehlungen befolgt wurden⁴³⁵.

385. Bayer führt in diesem Zusammenhang aus, dass der Verzicht auf eine Sanktion gegenüber den Verkaufsstellen mit dem Legalitätsprinzip nicht zu vereinbaren sei⁴³⁶: Dieses verwirkliche im Verwaltungsstrafrecht den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz und diene überdies der Generalprävention und schränke die Weko nicht nur bei der Sanktionsbemessung sondern auch bei der Sanktionierung ein. Sie führt weiter aus, dass dies mit dem Willkürverbot unvereinbar sei, denn man könne nicht feststellen, dass sich die Pharmaunternehmen an einer Abrede mit den Verkaufsstellen beteiligt hätten und gleichzeitig darauf verzichten, rechtsgenüchlich und unter Nennung von konkreten Namen festzustellen, welche Verkaufsstellen die PPE befolgt hätten.

386. Pfizer ist der Ansicht, dass eine Sanktionierung der Pharmaunternehmen das Gleichbehandlungsgebot verletze, auch weil der Entscheid – wie von Vertreter des Sekretariats angedeutet – Signalwirkung für die ganze Branche haben solle⁴³⁷.

387. Bayer stellt sich zudem auf den Standpunkt, [...] ⁴³⁸. Ein allfälliger Tatbeitrag Bayers sei nicht schwerer zu gewichten als jener der Grossisten und e-mediat. Zudem ist ihrer Meinung nach unklar, auf welcher Grundlage Letztere straffrei ausgehen sollten, wo sie doch Gehilfenhandlungen geleistet hätten.

388. Diese Argumente vermögen die obigen Ausführungen nicht in Frage zu stellen. Somit bleibt aus faktischen und praktischen Gründen wohl nur die Lösung, welche sich nur aufgrund der singulären Ausgangslage im vorliegenden Fall verantworten lässt, auf die Berechnung der Sanktion und somit auch auf deren Eintreibung zu verzichten. Das ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass das Verhalten derjenigen Apotheken und SD-Ärzte, welche die PPE eingehalten haben, eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG darstellt, die nach Art. 49a Abs. 1 i.V.m. KG-Sanktionsverordnung sanktionierbar ist.

389. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass der konkrete Tatbeitrag der Grossisten und der e-mediat (s. Rz. 152) nicht genügend schwer wiegt, um eine Sanktionierung dieser Gehilfinnen in Betracht zu ziehen.

B.7 Ergebnis

390. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Weko die folgenden Verwaltungssanktionen als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Pfizer	Eli Lilly	Bayer
Sanktion CHF	[...]	[...]	[...]

⁴³⁵ Anders wäre die Sachlage freilich, wenn z.B. ein Verband selbst seinen Mitgliedern Preislisten abgegeben hätte.

⁴³⁶ Bayer, act. n° 556, Rz. 137 ff.

⁴³⁷ Pfizer, act. n° 559, Rz. 418.

⁴³⁸ Bayer, act. n° 556, Rz. 141 ff.

C Kosten und Eröffnung des Entscheids

C.1 Kosten

391. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁴³⁹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Verfahren nach Art. 26 ff. bzw. Art. 49a ff. KG besteht eine Gebührensspflicht insbesondere, wenn ein Verfahren durchgeführt wird und dieses ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen⁴⁴⁰.

392. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, wenn sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (RPW 2002/3, S. 546 f. Rz. 6.1 *e contrario*, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG).

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

394. Der Zeitaufwand für vorliegende Untersuchung belief sich auf insgesamt 3'919.40 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich für 1'208.90 Stunden ein Ansatz von CHF 120.– (Praktikanten), 2'611.50 Stunden à CHF 200.– (wissenschaftliche Mitarbeiter) sowie die Verrechnung von 99 Stunden zu CHF 250.–. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 692'118.–.

395. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV⁴⁴¹).

396. Im vorliegenden Fall konnte den Parteien – Pfizer, Bayer, Eli Lilly, e-mediati, Grossisten, Apotheken und SD-Ärzten, welche die Preisempfehlungen eingehalten haben – die Beteiligung bzw. Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 4 KG nachgewiesen werden. Die Parteien haben somit grundsätzlich die Kosten zu tragen.

397. Dies gilt in erster Linie für die drei Pharmaunternehmen, welche Urheberinnen der PPE für Cialis, Levitra und Viagra sind. Aus Praktikabilitätsgründen (s. Rz. 382 ff.) werden gegenüber den Verkaufsstellen keine Kosten erhoben. Entsprechendes gilt für die Grossisten und e-mediati, deren Tatbeiträge vernachlässigbar klein waren und keine nennenswerten zusätzlichen Kosten verursacht haben.

398. Somit haben nur Pfizer, Eli Lilly und Bayer Kosten zu tragen. Aus diesem Grund sind die auf sie entfallenden Kosten auszuscheiden. Da in etwa dem tatsächlichen Aufwand entsprechend, wird der Einfachheit halber davon ausgegangen, dass die an den Abreden beteiligten beiden Seiten – die Pharmaunternehmen einerseits und die Verkaufsstellen andererseits – je die Hälfte der Verfahrenskosten verursacht haben. Pfizer, Eli Lilly und Bayer haben somit jeweils einen Drittel der auf die Pharmaunternehmen entfallenden Hälfte, m.a.W. je einen Sechstel der gesamten Kosten zu tragen, ausmachend CHF 115'353.–.

399. Die auf die Pharmaunternehmen entfallende Gebührehälfte wird Pfizer, Eli Lilly und Bayer unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

C.2 Eröffnung des Entscheids

400. Den Verfahrensparteien⁴⁴² Pfizer, Eli Lilly, Bayer, e-mediati, Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt, Amedis-UE, Apotheke Drogerie Strättligen AG, Brunnen-Apotheke AG, Drogama AG, Leimbach Apotheke, Neumarkt Apotheke Drogerie, Odeon Apotheke AG, Tauben Apotheke Dr. Stauber AG, Turm Apotheke Hörning AG, Wildbach-Apotheke, GaleniCare AG, Sun-Store SA, Pharcap Management SA Groupe Capitole, Coop Vitality AG und Pharmacie Populaire wird dieser Entscheid per Lettre signature mit Rückschein individuell eröffnet.

401. Den nicht namentlich bekannten SD-Ärzten (3'693) und Apotheken (1'672)⁴⁴³ hingegen kann der Entscheid aus praktischen Gründen nicht individuell und persönlich eröffnet werden.

402. Für gewisse Ausnahmefälle sieht das VwVG das Ausweichen auf eine amtliche Publikation vor. Nach Art. 36 VwVG kann die Behörde ihre Verfügungen durch Veröffentlichung in einem amtlichen Blatt eröffnen: u.a. "in einer Sache mit zahlreichen Parteien" (Bst. c) und "in einer Sache, in der sich die Parteien ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollzählig bestimmen lassen" (Bst. d).

403. Da im vorliegenden Fall beide Ausnahmefälle gegeben sind, der Text der Verfügung aber sehr lang ist, drängt sich folgende Lösung auf: Das Dispositiv der Entscheidung wird im BBl und im SHAB amtlich publiziert mit dem Hinweis, dass die Parteien, welchen diese Verfügung nicht individuell eröffnet wird (den nicht namentlich genannten Grossisten, Apotheken und SD-Ärzten), innert 30 Tagen ab Publikation beim Sekretariat die komplette Verfügung beantragen können.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass das Veröffentlichende und das Befolgen von Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra in der bisherigen Form und im bisherigen Umfang eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG darstellt.
2. Den Herstellern Pfizer, Eli Lilly und Bayer wird verboten, die Publikumspreisempfehlungen für Cialis, Levitra und Viagra weiterhin zu veröffentlichen.

⁴³⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁴⁴⁰ BGE 128 II 247 E. 6.1 (= RPW 2002/3, S. 546 f. E. 6.1 [BKW FMB Energie AG]).

⁴⁴¹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

⁴⁴² S. Ziff. 9 des Dispositivs für die genauen Adressangaben.

⁴⁴³ Vgl. Fn. 253.

3. Die Grossisten Galexis, Unione Farmaceutica Distribuzione, Voigt und Amedis-UE und e-mediat dürfen bezüglich dieser Publikumspreisempfehlungen keine Gehilfenhandlungen (z.B. Weiterleiten, Aufbereiten, Publizieren von Preisempfehlungen etc.) mehr vornehmen.
4. Die Hersteller Pfizer, Bayer und Eli Lilly werden für das unter Ziff. 1 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Dezember 2008 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit folgenden Beträgen belastet:
 - Pfizer: CHF [...]
 - Eli Lilly: CHF [...]
 - Bayer: CHF [...]
5. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.
7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 692'118.- Franken werden den drei Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly SA und Bayer (Schweiz) AG jeweils zu einem Sechstel, d.h. je CHF 115'353.- Franken, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
8. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
9. Die Verfügung wird folgenden Verfahrensparteien einzeln eröffnet:
 - Pfizer AG
 - Eli Lilly (Suisse) SA
 - Bayer (Schweiz) AG
- Galexis AG
- Unione Farmaceutica Distribuzione SA
- Voigt AG
- Amedis-UE AG
- e-mediat AG
- Odeon Apotheke AG, Limmatquai 2, 8001 Zürich
- Tauben Apotheke Dr. Stauber AG, Oberstadt 8, 8200 Schaffhausen
- Apotheke Drogerie Strättligen AG, Schulstrasse 27, 3604 Thun
- Drogama AG, Birmensdorferstrasse 320, 8055 Zürich
- Turm Apotheke Hörning AG, Jurastrasse 18, 4900 Langenthal
- Leimbach Apotheke, Leimbachstrasse 200, 8041 Zürich
- Neumarkt Apotheke Drogerie, Pireva AG, Altstetterstrasse 145, 8048 Zürich
- Brunnen Apotheke AG, Brunnenstrasse 9, 8610 Uster
- Wildbach-Apotheke AG, Dorfstrasse 111, 8424 Embrach
- GaleniCare Management AG, Untermattweg 8, Postfach, 3001 Bern
- SunStore SA, Chemin des Jordils 38, 1025 St-Sulpice
- Pharcap Management SA Groupe Capitole, Rue du Centre 6, 1752 Villars-sur-Glâne
- Coop Vitality AG, Untermattweg 8 Postfach, 3001 Bern
- Pharmacie Populaire, Route d'Oron 4, 1010 Lausanne
10. Den anderen Verfahrensparteien wird diese Verfügung durch amtliche Publikation eröffnet.

Anhang 1: Entwicklung der empfohlenen Preise für Cialis, Levitra und Viagra

VIAGRA						
Datum	1998	2001	2005	2006	2007	2008
Packungen						
25mgx4	69.97	69.97	69.97	69.97	69.97	69.97
50mgx4	80.70	80.70	80.70	82.31	82.31	82.31
100mgx4	92.58	92.58	92.58	94.45	94.45	94.45
25mgx12	180.41	180.41	180.41	180.41	180.41	180.41
50mgx12	208.33	208.33	208.33	212.52	212.52	212.52
100mgx12	238.82	238.82	238.82	243.58	243.58	243.58

LEVITRA						
Datum	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Packungen						
10mgx4	80.00	80.00	80.00	80.00	80.00	80.00
20mgx4	92.00	92.00	92.00	92.00	92.00	92.00
5mgx12	180.00	180.00	180.00	180.00	180.00	180.00
10mgx12	208.00	208.00	208.00	208.00	208.00	208.00
20mgx12	238.00	238.00	238.00	238.00	238.00	238.00

CIALIS							
Datum	05.2004	03.2005	09.2005	04.2006	10.2006	2007	2008
Packungen							
10mgx4	80.70	84.60	84.60	88.80	93.27	93.27	93.27
20mgx4	80.70	84.60	84.60	88.80	93.27	93.27	93.27
20mgx8	138.90	144.40	144.40	157.60	169.44	169.44	169.44
20mgx12			207.80	220.20	251.01	251.01	251.01

B 2.2

2. Hors-Liste Medikamente: Verfügung betreffend Geschäftsgeheimnisse/ Publikation

Verfügung des Sekretariats der Wettbewerbskommission und eines Mitglieds des Präsidiums vom 27. August 2010 gemäss Art. 24 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 46 VwVG in Sachen Geschäftsgeheimnisse/Publikation der Verfügung Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra vom 2. November 2009. Meinungsverschiedenheit zwischen Sekretariat und Bayer Schweiz AG betreffend den Geschäftsgeheimnischarakter zahlreicher Textstellen. Keine Einigung möglich.

Décision du Secrétariat de la Commission de la concurrence en accord avec un membre de la Présidence du 27 août 2010, conformément à l'art. 24 al. 1 LCart et à l'art. 46 PA, relative aux secrets d'affaires/Publication de la décision médicaments hors-liste: prix de Cialis, Levitra et Viagra du 2 novembre 2009. Divergence d'opinion entre le Secrétariat et Bayer Schweiz AG concernant la qualification de secret d'affaires de nombreux passages. Pas d'accord possible.

Decisione della segretaria della Commissione della concorrenza e un membro della Presidenza del 27 agosto 2010 secondo l'art. 24 cpv. 1 LCart in relazione con l'art. 46 PA relativa ai segreti d'affari/Pubblicazione della decisione Farmaci fuori-lista: Prezzi per il Cialis, Levitra e Viagra del 2 novembre 2009. Differenza di opinioni tra la segreteria e Bayer Schweiz AG sul carattere di segreti d'affari di diversi passaggi della decisione. Nessuna intesa possibile.

A. Sachverhalt

1. Die Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) im Untersuchungsverfahren betreffend Hors-Liste Medikamente erging am 2. November 2009¹. Darin kam die WEKO zum Schluss, dass zwischen den die Publikumspreisempfehlungen (PPE) herausgebenden Pharmaunternehmen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG und den jeweiligen, die PPE grundsätzlich einhaltenden Verkaufsstellen Bündel in Empfehlungsförmig gekleideter vertikaler Abreden vorlagen, welche den Preiswettbewerb auf Stufe der Verkaufsstellen beeinträchtigten. Den Parteien wurde dieses Verhalten für die Zukunft untersagt und Sanktionen gegen die drei Pharmaunternehmen verhängt. In der Folge reichten fünf Parteien beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der WEKO ein. Unter den Beschwerdeführerinnen befindet sich auch Bayer. Weiter kam es im folgenden Verlauf zum Ersuchen Bayers, vorliegende Verfügung in Sachen Geschäftsgeheimnisse zu erlassen.

2. Die Parteien hatten während des Untersuchungsverfahrens wiederholt² und fortlaufend Gelegenheit, allfällige Geschäftsgeheimnisse in den Akten zu kennzeichnen. Bayer, Pfizer, Eli Lilly wie auch e-mediat AG, Galexis AG und Unione Farmaceutica Distribuzione SA machten von ihrem Recht Gebrauch und nahmen Einsicht in die Akten.

3. Die Verfügung der WEKO vom 2. November 2009 wurde den Parteien sodann am 4. Februar 2010 zwecks Kontrolle und Kennzeichnung der Geschäftsgeheimnisse bis zum 19. Februar 2010 im Hinblick auf die anschließende Publikation der Verfügung zugestellt. Sie enthielt die Abdeckungen all derjenigen Passagen, welche im Verlaufe des bisherigen Verfahrens bereits als Geschäftsgeheimnisse deklariert und akzeptiert wurden. Für den Fall, dass die Parteien die Abdeckung weiterer Textstellen als Geschäftsgeheimnisse beantragen und sich hinsichtlich der Qualifikation dieser Passagen Differenzen in der Beurteilung seitens der Parteien und des Sekretariates ergeben sollten, stellte das Sekretariat den Parteien das folgende Vorgehen in Aussicht: Es würde nach Ablauf der Frist den Publikationstext unter Abdeckung der als Geschäftsgeheimnis anerkannten Passagen zuzüglich der noch strittigen Textstellen im Sinne einer vorläufigen Beurteilung auf seiner Homepage aufschalten. Der definitiv bereinigte Text würde sodann nach Klärung der noch fraglichen Punkte im Rahmen einer anfechtbaren Verfügung publiziert³.

4. Mit Schreiben vom 19. Februar 2010⁴ reichte Bayer eine um diverse weitere Textstellen bereinigte Version der Verfügung vom 2. November 2009 ein. Daraufhin teilte das Sekretariat Bayer mit Schreiben vom 24. Februar 2010⁵ mit, dass es die von Bayer markierten Passagen, abgesehen von Fussnote 277, als nicht den an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen genügend erachte. Insbesondere würden mehrere Passagen Aussagen Bayers betreffen, welche bereits im Rahmen des Untersuchungsverfahrens nicht als Geschäftsgeheimnisse betrachtet wurden. Das Sekretariat forderte Bayer unter Beilage des "Merkblattes Geschäftsgeheimnisse"⁶ auf, bis zum 5. März 2010 darzulegen, inwiefern die markierten Passagen ihres Erachtens Geschäftsgeheimnischarakter aufwiesen.

¹ Parteien waren drei Pharmaunternehmen, vier Grossisten, e-mediat AG sowie Apotheken und selbstdispensierende Ärzte (vgl. Verfügung vom 2. November 2009).

² Vgl. beispielhaft für Bayer act. n° 234 (Aufforderung zur Bereinigung des Fragebogens), act. n° 560 (Stellungnahme Bayer ohne Geschäftsgeheimnisse und Antrag um Akteneinsicht) und act. n° 591 (Zustellungnahme unterschriebenes Protokoll und Angaben zum Protokoll ohne Geschäftsgeheimnisse; Antrag um Akteneinsicht).

³ act. n° 640.

⁴ act. n° 645.

⁵ act. n° 646.

⁶ <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>.

5. Bayer kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 5. März 2010 nach⁷. Bei den meisten von ihr markierten Passagen macht Bayer sinngemäss geltend, diese seien der Öffentlichkeit nicht bekannt und die Öffentlichkeit hätte diesbezüglich auch kein schützenswertes Informationsinteresse. Bayer wolle darüber hinaus aus Reputationsgründen die Textstellen geheim halten. Auf die Argumentation im Detail wird sodann, sofern nötig, unter den Erwägungen eingegangen.

6. Das Sekretariat kontaktierte die Gesuchstellerin am 17. März 2010 telefonisch und teilte ihr mit, dass das Sekretariat ihre Auffassung *prima vista* streng genommen nicht teilen könne. Sollte Bayer auf dem Geschäftsgeheimnischarakter der markierten Stellen beharren, würde es eine Verfügung erlassen. Die Gesuchstellerin war der Ansicht, auf Letzteres würde sie es nicht ankommen lassen, und erläuterte im Hinblick auf die Prüfung ihrer Argumentation nochmals die Ansicht und zentralen Vorbringen Bayers bezüglich einzelner Textstellen. Das Sekretariat stellte eine Überprüfung der Passagen und schriftliche Antwort in Aussicht.

7. Unter Bezugnahme auf das Schreiben Bayers vom 5. März 2010 sowie das Telefonat vom 17. März 2010 teilte das Sekretariat Bayer mit, dass es drei weitere Passagen als Geschäftsgeheimnisse akzeptieren könne. Es handelt sich dabei um die Fussnoten 168, 233 und 276, welche auf die im Schreiben dargelegte Art bereinigt würden⁸. Die übrigen Textstellen würden offengelegt.

8. Mit Schreiben vom 12. April 2010⁹ erklärte sich Bayer mit dem angekündigten Vorgehen nicht einverstanden und unterbreitete dem Sekretariat einen unpräjudiziellen Vorschlag. Sollte das Sekretariat diesem Vorschlag nicht zustimmen können, beantrage Bayer den Erlass einer Verfügung auf Basis ihres Schreibens vom 5. März 2010.

9. Mit Schreiben vom 16. April 2010¹⁰ teilte das Sekretariat Bayer mit, dass es eine anfechtbare Verfügung zur Klärung der Frage des Geschäftsgeheimnischarakters der von Bayer bezeichneten Passagen erlassen werde. Mit der definitiven Publikation der Verfügung würde bis zur Rechtskraft der entsprechenden Verfügung zugewartet.

10. Mit dem Erlass vorliegender Verfügung vom 27. August 2010 kommen die Wettbewerbsbehörden diesem Ansinnen Bayers ersuchungsgemäss nach. Auf allgemeine Ausführungen zur Behandlung von Geschäftsgeheimnissen folgt eine Prüfung der einzelnen Voraussetzungen je fraglicher Randziffer und Fussnote.

B. Erwägungen

B.1. Rechtliches

11. Gemäss Art. 48 Abs. 1 KG¹¹ können die Wettbewerbsbehörden ihre Entscheide veröffentlichen. Die Publikationstätigkeit dient der Transparenz der behördlichen Praxis, der Prävention¹² sowie der Erhöhung der Rechtssicherheit¹³. Entsprechend wird der Abschluss einer Untersuchung mittels Verfügung regelmässig in der Schriftenreihe Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) veröffentlicht. Dies unabhängig von einem allfälligen laufenden Rechtsmittelverfahren¹⁴. Weiter hält

Art. 49 Abs. 1 KG die Pflicht des Sekretariates und der WEKO fest, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu orientieren. Es handelt sich dabei – wie dies auch in anderen Gesetzen geregelt ist – um einen verbindlichen gesetzlichen Auftrag, Öffentlichkeitsarbeit zu leisten¹⁵. Die Offenlegungstätigkeit dient der Information der Allgemeinheit und liegt entsprechend im öffentlichen Interesse.

12. Die Veröffentlichungen der Wettbewerbsbehörden dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben (Art. 25 Abs. 4 KG). Diese Vorschrift geht davon aus, dass den Behörden gegenüber offengelegte geheimhaltungswürdige innerbetriebliche Daten und Informationen über den Stand oder die Entwicklung eines Unternehmens weder in Publikationen noch Verfügungen der Wettbewerbsbehörden enthalten sein dürfen. Der Öffentlichkeit dürfen nur Tatsachen publik gemacht werden, welche auch zur Begründung der Verfügung herangezogen werden dürfen¹⁶.

13. Sind geheime Tatsachen rechtserheblich, so ist deren wesentlicher Inhalt in geeigneter Weise offenzulegen. Dabei ist nicht massgeblich, ob der Entscheid effektiv auf die geheimen Fakten abstellt, sondern einzig, ob sich diese eignen, den zu treffenden Entscheid zum Nachteil einer der beteiligten Parteien (allenfalls indirekt) zu beeinflussen¹⁷. Weiter dient die Umschreibung rechtserheblicher Tatsachen der Gewährleistung der Nachvollziehbarkeit der Entscheidungen für die Öffentlichkeit und damit der Rechtssicherheit¹⁸. Diese Vorgehensweise ist aber auf Tatsachen zu beschränken, für welche effektiv Geheimhaltungsgründe bestehen, weshalb es einen strengen Massstab anzuwenden gilt. Bezüglich derselben hat der Betroffene aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips allenfalls eine Umschreibung zu dulden¹⁹.

⁷ act. n° 647.

⁸ Vgl. act. n° 648.

⁹ act. n° 649.

¹⁰ act. n° 650.

¹¹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, Kartellgesetz; SR 251.

¹² Vgl. dahingehend RPW 2002/4, 698 ff. (Beschwerdeentscheid i.S. Vertrieb von Tierarzneimitteln), C.

¹³ Vgl. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010 (nachfolgend: BSK-KG), Art. 48 N. 7.

¹⁴ Vgl. THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, BSK-KG, Art. 48 N. 8. Bezüglich der Verfügung vom 2. November 2009 wurde auf der Homepage explizit auf die noch fehlende Rechtskraft hingewiesen.

¹⁵ Vgl. auch RENÉ HUBER, in: Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basel 2006 (nachfolgend: BSK-DSG), Art. 30 N. 12. Art. 30 DSG (Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz; SR 235.1) ist ähnlich formuliert und begründet einen Informationsauftrag des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten.

¹⁶ Vgl. auch RPW 2002/4 (Vertrieb von Tierarzneimitteln), E. 3.1.4.

¹⁷ RPW 2002/4 (Vertrieb von Tierarzneimitteln), C.

¹⁸ Vgl. RPW 2001/2, 373 ff. (Zwischenverfügung vom 19. April 2001 in Sachen Untersuchung "Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau" betreffend Qualifizierung und Umschreibung von Geschäftsgeheimnissen), Rz. 16.

¹⁹ Vgl. dahingehend RPW 2001/2 (Zwischenverfügung in Sachen Untersuchung "Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau"), Rz. 15.

14. Für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses sind nach ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden in Anlehnung an Art. 162 StGB die folgenden kumulativen Voraussetzungen vonnöten: Es muss sich erstens um eine geheime Tatsache handeln. Geheim bedeutet, dass a) die Tatsache weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist (Mangel an Offenkundigkeit und Zugänglichkeit), b) der Geheimnisherr, also diejenige Person, der die Verbreitungsbefugnis zukommt, die Tatsache geheim halten will (subjektiver Geheimhaltungswille) und c) der Geheimnisherr an der Geheimhaltung einer Tatsache ein berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse)²⁰. Nicht geheimnismässig (fehlendes berechtigtes Interesse) sind beispielsweise rechts- und sittenwidrige Tatsachen. Auch das eigentliche kartellrechtlich unzulässige Verhalten, das Gegenstand von Abklärungen bildet, kann selbst bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen mangels objektivem Geheimhaltungsinteresses regelmässig nicht geheim sein. Zweitens muss es sich um ein innerbetriebliches Geheimnis handeln, das heisst, dass dieses sich vom Gegenstand her entweder auf einen Fabrikationsvorgang beziehen oder eine geschäftlich relevante Information betreffen muss. Als Geschäftsgeheimnisse gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Informationen, die Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, Preiskalkulation etc. betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen²¹. Die fragliche Tatsache muss einen wirtschaftlichen Wert für das Unternehmen aufweisen sowie sich auf ein einzelnes Unternehmen beziehen und Rückschlüsse auf dieses zulassen²².

15. Mit dem Gesagten wird den betroffenen Unternehmen vor einer Publikation regelmässig Gelegenheit gegeben, den um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Publikationstext auf seine Übereinstimmung mit Art. 25 Abs. 4 KG zu überprüfen²³ und dem Sekretariat allfällige Mängel zu signalisieren²⁴. Ist das Sekretariat mit einer Deklaration einer Textpassage als Geschäftsgeheimnis nicht einverstanden, versucht es, mit dem Unternehmen eine gemeinsame Lösung zu finden²⁵. Kann keine Einigung erzielt werden, erlässt das Sekretariat gemäss Lehre und Praxis zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums eine anfechtbare Verfügung betreffend die Identifikation von Geschäftsgeheimnissen gestützt auf Art. 23 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 46 VwVG²⁶.

16. Streitig ist in casu, ob den von Bayer mit Schreiben vom 5. März 2010 im Hinblick auf die Publikation der Verfügung²⁷ als Geheimnis deklarierten Textstellen Geschäftsgeheimnischarakter zukommt oder nicht. Unstrittig ist hingegen die Frage der Rechtserheblichkeit und damit der Art und Weise einer allfälligen Umschreibung. Auf die einzelnen Passagen wird im Folgenden nach einigen allgemeinen Ausführungen zu den vorgebrachten Argumenten Bayers eingegangen.

B.2. Einzelfallprüfung

B.2.1. Informationsinteresse der Öffentlichkeit

17. Bei den meisten Textstellen, welche Bayer als Geschäftsgeheimnis ansieht, bringt sie neben anderem vor, dass kein schützenswertes Informationsinteresse seitens der Öffentlichkeit vorliege. Dazu kann vorweg in allgemeiner Weise angemerkt werden, dass ein schüt-

zenswertes Informationsinteresse seitens der Öffentlichkeit keine für die Frage des Vorliegens eines Geschäftsgeheimnisses zu prüfende Voraussetzung ist²⁸ und dass es weitgehend im Ermessen der Wettbewerbsbehörden liegt zu entscheiden, über welche Tatsachen sie die Öffentlichkeit informiert²⁹. Hierbei ist von einem grundsätzlichen Informationsinteresse der Öffentlichkeit auszugehen, demgegenüber ein besonderes berechtigtes Geheimhaltungsinteresse seitens der Unternehmung vorliegen muss, um im Einzelfall eine Information zurückzuhalten. Dies ist Ausfluss des den Wettbewerbsbehörden zustehenden Informationsrechts³⁰ sowie des durch das Öffentlichkeitsgesetz³¹ gesetzlich verankerten Grundsatzes der Öffentlichkeit der Verwaltung. Eine Unterbrechung des Informationsflusses kann demnach nur dann erzwungen werden, wenn bezogen auf eine Tatsache die kumulativ an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Voraussetzungen erfüllt sind. Für die Qualifikation als Geschäftsgeheimnis ist demnach weder eine Interessenabwägung vorzunehmen noch ein spezifisches öffentliches Interesse nachzuweisen.

B.2.2. Reputationsgründe

18. Weiter nimmt Bayer mehrmals auf Reputationsgründe Bezug, denen zufolge sie nicht möchte, dass die jeweilige Information publiziert wird. Die Wettbewerbsbehörden verstehen dies dahingehend, dass Bayer bei Publik-Werden der Information einen Reputationsschaden befürchtet und deswegen von einem berechtigten objektiven Geheimhaltungsinteresse an der jeweiligen Information ausgeht. Hierbei nimmt Bayer irrtümlicherweise an, dass Tatsachen, die geeignet sind, den Ruf einer Unternehmung zu gefährden, berechtigtes Geheimhaltungsinteressen im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB darstellen würden.

19. Diesbezüglich ist vorab festzuhalten, dass Art. 25 Abs. 4 KG nicht dem Schutz der Unternehmen vor jedweder sich möglicherweise auf den Ruf einer Unternehmung auswirkenden Information seitens der Behörden dient. Nur geheime Tatsachen, welche die Behörden

²⁰ RPW 2006/1, S. 65 ff. (Kreditkarten – Interchange Fee), Rz. 111.

²¹ SIMON BANGERTER, BSK-KG, Art. 25 N. 53 unter Verweis auf BGE 103 IV 283 E, 2b.

²² Vgl. Merkblatt Geschäftsgeheimnisse, S. 2; s.a. SIMON BANGERTER, BSK-KG, Art. 25 N. 53.

²³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 i.S. SAP-Wartungspreiserhöhungen – Rechtsverweigerungsbeschwerde – vorsorgliches Verbot der Veröffentlichung des Schlussberichts (B-1612/2010), 6.3.1.

²⁴ Vgl. auch SIMON BANGERTER, BSK-KG, Art. 25 N. 64.

²⁵ Vgl. auch Merkblatt Geschäftsgeheimnisse, S. 2, wonach das Sekretariat allfällige Differenzen hinsichtlich der Qualifikation von Geschäftsgeheimnissen mit den Parteien und nötigenfalls im Rahmen einer Verfügung klärt.

²⁶ Art. 39 KG sieht vor, dass auf das Kartellverwaltungsverfahren die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) ergänzend Anwendung finden.

²⁷ act. n° 647.

²⁸ Vgl. vorne, Rz. 14.

²⁹ Art. 49 Abs. 1 KG

³⁰ Vgl. vorne, Rz. 11.

³¹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

gestützt auf ein Verwaltungsverfahren erlangen, insbesondere solche, die ihnen im Rahmen der den Parteien obliegenden Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG mitgeteilt und gleichsam anvertraut werden³², können geschützt sein³³.

20. Die Reputation als öffentliche Wahrnehmung einer Unternehmung ist hingegen das Gegenteil einer inneren, auf Geschäftsabläufe bezogenen Tatsache und als solche nicht Geschäftsgeheimnis im Sinne von Art. 25 Abs. 4 KG. Art. 25 Abs. 4 KG schützt nicht die Reputation eines Unternehmens, sondern berechnete Geheimhaltungsinteressen. Dies setzt zunächst voraus, dass bezüglich einer Tatsache die kumulativ für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Es muss sich um eine betriebsinterne, geschäftsbezogene, nicht allgemein bekannte respektive nicht öffentlich zugängliche Tatsache handeln. Der Geheimnisherr muss diese geheim halten wollen. Schlussendlich muss das Geheimhaltungsinteresse aus Sicht der Allgemeinheit ein berechtigtes und damit objektives sein. Blosser Partikularinteressen stellen kein berechtigtes Interesse im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB dar und sind entsprechend nicht relevant. Sind diese Anforderungen gegeben, so ist es denkbar, dass im Einzelfall mit dem Geschäftsgeheimnisschutz ein Reputationsschutz einhergeht. Ein Kriterium, das für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses spricht, sind Reputationsgründe aber nicht. Sie können es regelmässig in Zusammenhang mit einem Untersuchungsverfahren vielmehr gar nicht sein, bringt doch in der Regel der Wettbewerbsverstoss an sich eine Gefährdung der Reputation mit sich und liegt gerade die Aufdeckung und der Nachweis von Wettbewerbsverstössen im öffentlichen Interesse, wobei Art. 49 Abs. 1 KG eine entsprechende Informationspflicht der Behörden und Art. 48 Abs. 1 KG deren Recht statuiert, ihre Entscheide zu veröffentlichen. Unternehmen, welche sich kartellrechtswidrig verhalten, müssen bei Entdeckung mit einer entsprechenden Rufschädigung rechnen³⁴.

B.2.3. Weitere allgemeine Vorbringen Bayers

21. Von berechtigten Geheimhaltungsgründen kann grundsätzlich nur ausgegangen werden, wenn die Offenlegung einer Tatsache (mit hoher Wahrscheinlichkeit) mit einem unternehmerischen Schaden im Hinblick auf technische oder betriebliche Belange³⁵ verbunden wäre, die Geheimhaltung derselben also einen Wert für die Unternehmung hat³⁶. Darüber hinaus sind die Wettbewerbsbehörden der Ansicht, dass nach Abschluss eines Verfahrens beispielsweise mittels Verfügung kein grösseres Geheimhaltungsinteresse bestehen kann, als während des Verfahrens. Es ist immer anhand derselben Kriterien zu prüfen, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt oder nicht, weshalb die Geschäftsgeheimnisqualität entweder gegeben ist oder eben nicht. Der Stand des Verfahrens wie auch die Frage des "Gegenübers" sind in diesem Zusammenhang gänzlich irrelevant.

22. Hingegen vermischt Bayer das für den Geschäftsgeheimnischarakter erforderliche objektiv berechnete Geheimhaltungsinteresse mit dem schützenswerten Interesse der Verfahrensparteien vor Vorverurteilung und damit dem Geheimhaltungsinteresse der Verfahrensbeteiligten in einem frühen Verfahrensstadium³⁷. Diesem

generellen Geheimhaltungsinteresse während des Verfahrens wird durch die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses (Art. 25 Abs. 1 KG) Rechnung getragen. Nach Abschluss desselben kommt den Wettbewerbsbehörden ein Informationsrecht zu und beschränkt sich der Schutz durch das Amtsgeheimnis auf Geschäftsgeheimnisse gemäss Art. 25 Abs. 4 KG. Insofern greift das Vorbringen der Gesuchstellerin zu kurz, welche im Stadium der Publikation der Entscheide ein weitergehendes Geheimhaltungsinteresse zu erblicken scheint, als dies während des Verfahrens der Fall gewesen ist.

23. Die Frage, ob wegen fehlender Rechtskraft mit der Publikation unliebsamer Passagen zuzuwarten ist, beschlägt ebenfalls nicht die Frage nach der Geschäftsgeheimnisqualität einzelner Passagen. Dem Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 KG ist eine solche Voraussetzung für die Publikation des Entscheides jedenfalls nicht zu entnehmen und auch die an das Vorliegen von Geschäftsgeheimnissen zu stellenden Anforderungen differenzieren nicht danach. Entsprechend wurde der Abschluss einer Untersuchung mittels Verfügung bislang regelmässig in der RPW publiziert³⁸. Die Wettbewerbsbehörden haben *in casu* den Sachverhalt abgeklärt und die WEKO ist gestützt darauf zu den im Entscheid genannten Schlüssen gekommen, deren gerichtliche Überprüfung möglich ist. *In casu* wurde auf die noch ausstehende Rechtskraft auf der Homepage zudem einleitend explizit hingewiesen³⁹. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes wird sodann ebenfalls publiziert. Damit kann den Interessen der Parteien regelmässig Genüge getan und können auch noch nicht rechtskräftige Entscheide gemäss Art. 48 Abs. 1 KG publiziert werden.

24. Schlussendlich bleibt bezüglich der mit Schreiben vom 5. März 2010⁴⁰ beantragten Geschäftsgeheimnisse anzumerken, dass, würde man der Argumentation Bayers und den von ihr vorgebrachten Kriterien folgen, die Verfügung grundsätzlich nicht publiziert werden könnte. Dies würde Art. 48 Abs. 1 KG entgegenstehen und diesen seines Sinnes entleeren.

³² Vgl. auch vorne, Rz. 12.

³³ Ähnlich ROLF DÄHLER, Wettbewerbsbehörden, in Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2 Kartellrecht, Basel 2000, S. 587 (E. 4. a).

³⁴ Das Kartellrecht schützt vor volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Art. 1 KG). Die gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmen auch noch vor einer allfälligen Reputationsschädigung infolge ihres bereits nicht im öffentlichen Wohl liegenden Verhaltens zu schützen, kann nicht Sinn und Zweck von Art. 25 Abs. 4 KG sein.

³⁵ ANDREAS DONATSCH, in: StGB, SVG, BetrMG und ANAG mit Kommentar, A. Donatsch et al. (Hrsg.), Zürich 2006, zu Art. 162.

³⁶ Vgl. im Bezug auf Art. 7 BGO BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in: Öffentlichkeitsgesetz, Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Bern 2008, Art. 7 Rz. 43.

³⁷ Vgl. act. n° 647, S. 3 unten.

³⁸ Vgl. dazu vorne, Rz. 11.

³⁹ Vgl. dazu www.weko.admin.ch, "letzte Entscheide", Entscheid Hors-Liste.

⁴⁰ act. n° 647.

B.2.4. Zu den von Bayer deklarierten Textstellen der Verfügung

B.2.4.1. Ad Randziffer 10

25. In Randziffer 10 der Verfügung werden die Namen der im Rahmen der der Untersuchung vorausgehenden Vorabklärung betrachteten Hors-Liste Medikamente aufgezählt. Betreffend drei der insgesamt 11 namentlich genannten Produkte wurde sodann die vorliegende Untersuchung eröffnet. Bayer ist der Ansicht, dass die übrigen Namen – darunter zwei Medikamente Bayers – als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln sind. Diese Auffassung teilt das Sekretariat nicht. Vielmehr erachtet es, wie im Folgenden gezeigt wird, mehrere der für die Geschäftsgeheimnisqualität erforderlichen Kriterien als nicht gegeben.

26. Zwar trifft es zu, dass beim Abschluss der Vorabklärung kein Schlussbericht veröffentlicht und entsprechend die Namen der einzelnen Medikamente der Öffentlichkeit (noch) nicht kommuniziert wurden. Auch hat Bayer ihren subjektiven Geheimhaltungswillen mit Schreiben vom 5. März 2010⁴¹ gegenüber dem Sekretariat zum Ausdruck gebracht.

27. Hingegen bestreitet auch Bayer nicht, dass die Namen der zwei weiteren Medikamente Bayers an sich der Öffentlichkeit bekannt sind. Beim Umstand, dass diese Gegenstand einer Vorabklärung des Sekretariates waren, handelt es sich demgegenüber weder objektiv, vom Gegenstand her, um ein Geschäftsgeheimnis, noch besteht an dessen Geheimhaltung ein berechtigtes objektives Interesse im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB. Denn dass diese Medikamente Gegenstand der Vorabklärung waren, stellt keine geschäftsbezogene betriebsinterne Angabe Bayers dar, über welche ihr die "Verbreitungsbefugnis" zukommt und die in diesem Sinne geheim ist. Die Anwendung und Umsetzung des Wettbewerbsrechtes liegt in der Zuständigkeit der Behörden. Diese entscheiden im Rahmen des Opportunitätsprinzips selbstständig, wann und bezogen worauf sie ermitteln. Folgerichtig können der Gegenstand des Verfahrens, die Verfahrensgeschichte etc. nicht der Verbreitungskontrolle und dem Geheimbereich der (betroffenen) Unternehmen obliegen. Am eigentlichen Gegenstand der Vorabklärung besteht zudem regelmässig kein objektives berechtigtes Geheimhaltungsinteresse⁴². Dieser ist folglich nicht als Geschäftsgeheimnis zu behandeln⁴³. Auch die von Bayer ins Feld geführten Reputationsgründe vermögen zum derzeitigen Verfahrensstadium kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zu begründen und damit keine Geheimhaltung zu rechtfertigen⁴⁴.

28. Den Wettbewerbsbehörden kommt zudem bei ihrer Informationspolitik ein gewisses Ermessen zu. Schlussberichte werden beispielsweise regelmässig publiziert, wenn die Vorabklärung zwar eingestellt wird, der Schlussbericht aber wichtige Neuerungen gegenüber der bisherigen Praxis enthält, nicht aber, wenn eine Vorabklärung der vertieften Abklärung der erstellten Anhaltspunkte wegen in eine Untersuchung übergeführt wird⁴⁵. Dies steht einer späteren Preisgabe einzelner Informationen bis hin zur Publikation des vollständigen Berichtes indes nicht entgegen. Die Wettbewerbsbehörden informieren vielmehr entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag in unabhängiger Art und Weise über die

ihnen wichtig erscheinenden Anliegen⁴⁶. Betreffend den Verfahrensgegenstand ist davon auszugehen, dass die Publikation desselben grundsätzlich bereits aus den oben genannten Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz⁴⁷ im Interesse der Öffentlichkeit liegt und demgegenüber ein qualifiziertes objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vonnöten wäre, um eine Geheimhaltung zu rechtfertigen⁴⁸. Auch die von Bayer ins Feld geführten Reputationsgründe vermögen kein derartiges Interesse zu begründen und damit eine Geheimhaltung dieser Information zu rechtfertigen⁴⁹. In einer derartigen Konstellation rechtfertigt sich aus Sicht der Wettbewerbsbehörden keine Geheimhaltung respektive Umschreibung der Tatsachen.

B.2.4.2. Ad Randziffer 35

29. Randziffer 35 beginnt mit folgendem, von Bayer als Geschäftsgeheimnis deklarierten Satz: "Mit Schreiben vom 14. Mai 2009 hat Bayer den Umstand beanstandet, dass das Sekretariat, bevor alle Parteien ihre Stellungnahmen eingereicht haben, Einsicht in die bereits eingereichten Stellungnahmen der Verkaufsstellen gewährt hat, und hat dieses Vorgehen als Missbrauch der gewährten Fristerstreckung sowie unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Parteien kritisiert⁵⁰". Bayer bringt diesbezüglich vor, dass der Inhalt des Schreibens vom 14. Mai 2009 der Öffentlichkeit nicht bekannt sei, diese diesbezüglich kein schützenswertes Informationsinteresse hätte und dass Bayer nicht möchte, dass dieser Aspekt ihrer Verteidigung publiziert werde⁵¹.

30. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben Geschäftsgeheimnisse Daten zum Gegenstand, welche Einkaufs- und Bezugsquellen, Betriebsorganisation, die Preiskalkulation usw. betreffen, also einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter besitzen, unternehmensbezogen sind und für das einzelne Unternehmen einen wirtschaftlichen Wert aufweisen⁵². Es muss sich um betriebsinterne Daten handeln, welche den Behörden offengelegt wurden⁵³ und welche einen Wert für die Unternehmung haben.

⁴¹ act. n° 647.

⁴² Vgl. vorne, Rz. 14.

⁴³ Vgl. Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG. Weiter in Bezug auf kartellrechtswidriges Verhalten RPW 2002/4 (Vertrieb von Tierarzneimitteln), E. 3.1.2. (S. 712).

⁴⁴ Vgl. auch vorne, Rz. 18 ff.

⁴⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Juli 2010 (zit. in Fn. 23), E. 4 (S. 12); s.a. PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Thomas Geiser/Patrick Krauskopf/Peter Münch (Hrsg.), Basel 2005, Rz. 12.29 f.

⁴⁶ Siehe dazu auch vorne, Rz. 11. Dies in Analogie auch zu Art. 30 DSGVO (vgl. RENÉ HUBER, BSK-DSG, Art. 30 N. 12).

⁴⁷ Vgl. vorne, Rz. 13.

⁴⁸ Vgl. auch vorne, Rz. 17.

⁴⁹ Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen in Rz. 18 ff.

⁵⁰ act. n° 558.

⁵¹ act. n° 647, ad. Rz. 35.

⁵² Vgl. BGE 103 IV 283 f., E. 2b.

⁵³ Vgl. vorne, Rz. 12.

31. Der vorgebrachte Aspekt der Verteidigung, welchen Bayer geheimhalten möchte, bezieht sich inhaltlich auf einen Aspekt der Verfahrensgeschichte – welche regelmässig nicht geheim ist und grundsätzlich publiziert wird⁵⁴ – und genügt insofern den in gegenständlicher Hinsicht an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht. Die Verfahrensleitung obliegt dem Sekretariat (Art. 23 Abs. 1 KG, Art. 12 Abs. 1 Geschäftsreglement⁵⁵). Entsprechend besteht auch aus objektiver Sicht kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse an dieser Textstelle. Diese stellt demnach kein Geschäftsgeheimnis dar und stand den Parteien entsprechend bereits während des Untersuchungsverfahrens im Rahmen ihrer Einsichtsrechte offen. Waren damals diesbezüglich die an ein Geschäftsgeheimnis zu stellenden Voraussetzungen nicht erfüllt, so können diese auch heute im Zeitpunkt der Publikation nicht gegeben und ein stärkerer Schutz nicht angezeigt sein⁵⁶.

32. Bleibt anzumerken, dass die Verteidigung eines in ein Kartellverwaltungsverfahren involvierten Unternehmens an sich aus den oben genannte Gründen ebenso wenig Geschäftsgeheimnischarakter aufweisen kann, wie die Reputation eines Unternehmens⁵⁷. Würde hingegen der Argumentation Bayers gefolgt, so wäre eine Publikation der Verfügungen der WEKO nicht mehr möglich und die kartellrechtliche Informationspflicht von Art. 48 Abs. 1 und 49 Abs. 1 KG *ad absurdum* geführt.

B.2.4.3. Ad Fussnote 168

33. In besagter Fussnote wird eine Aussage Bayers in Zusammenhang mit dem Befolgungsgrad wiedergegeben, wonach es sich ihrer Kenntnis entziehe, ob es in den Apotheken auch Aktionen für Levitra gibt. Bayer bringt vor, diese Aussage sei der Öffentlichkeit nicht bekannt, diese habe diesbezüglich kein schützenswertes Informationsinteresse und Bayer würde nicht wollen, dass dieser Aspekt ihrer Verteidigung publiziert werde⁵⁸.

34. Das Sekretariat hat infolge summarischer Prüfung der Begründung Bayers und in dem Bestreben, eine Einigung zu finden, Bayer mit Schreiben vom 26. März 2010 die Abdeckung des zweiten Satzteiles und damit des Inhalts der Aussage in Aussicht gestellt. Die nun im Hinblick auf Erlass der Verfügung vorgenommene detaillierte Prüfung unter strenger Anwendung der Kriterien⁵⁹ hat hingegen ergeben, dass diese erste Beurteilung seitens des Sekretariates unzutreffend war. Die Aussage erfüllt die für die Geschäftsgeheimniseigenschaft erforderlichen Kriterien nicht.

35. Zwar handelt es sich diesbezüglich um eine unternehmensbezogene Tatsache, betreffend welche Bayer die Verbreitungsbefugnis grundsätzlich zukommt⁶⁰. Hingegen ist diese nicht geschäfts- oder fabrikationsbezogen und hat entsprechend nicht den für die Geschäftsgeheimnisqualität erforderlichen unternehmerischen Wert. Bayer bezeichnet diese Aussage gar als einen Aspekt der Verteidigung, welche, wie bereits erwähnt⁶¹, an sich überhaupt nicht schützenswert ist. Ebensowenig muss, wie von Bayer gefordert, ein explizites schützenswertes öffentliches Interesse für eine Offenlegung vorliegen. Ein solches ist an einer entscheiderelevanten Information aufgrund von Art. 49 Abs. 1 KG per Gesetz stets gegeben⁶². Auch ist kein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse zu erblicken. Schliesslich stand

diese Textstelle den Parteien auch im Rahmen der Akteneinsicht bereits offen und wurde nicht bemängelt. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern im Hinblick auf die Publikation des Entscheides ein weitergehendes Schutzinteresse gegenüber der breiten Öffentlichkeit vorliegen soll⁶³.

36. Nach dem Gesagten ist die entsprechende Textstelle weder vom Gegenstand her ein Geschäftsgeheimnis, noch besteht an ihr ein objektives Geheimhaltungsinteresse. Fussnote 168 ist folglich nicht abzudecken.

B.2.4.4. Ad Randziffer 126/Tabelle 3, Randziffer 139/Tabelle 4 sowie Randziffer 142

37. Bayer deklariert folgenden Abschnitt aus Randziffer 126 als Geschäftsgeheimnis: "Das Gleiche [dass die PPE nach der Margenordnung Sanphar berechnet werden] gilt auch für Eli Lilly und Bayer. Zwar bestreiten Bayer und Eli Lilly, die PPE für Levitra bzw. für Cialis nach der Methode Sanphar zu berechnen, aus Tabelle 3 geht jedoch klar hervor, dass die von Bayer und Eli Lilly empfohlenen Publikumspreise für Levitra und Cialis nicht unter Anwendung der SL-Methode haben zustande kommen können".

38. Bayer bringt vor, dass der Öffentlichkeit nicht bekannt sei, wie Bayer die PPE für Levitra berechnet, dass diesbezüglich kein schützenswertes Informationsinteresse bestehe und der Satz "insinuiert, dass die PPE für Levitra eigentlich nach der SL-Methode berechnet werden müssten, stattdessen aber nach der Methode Sanphar berechnet werden. Dem ist nicht so und Bayer möchte aus Reputationsgründen nicht, dass diese Aussage so publiziert wird".

39. Weiter soll den auf Levitra bezogenen Zahlen in folgender Tabelle Geschäftsgeheimnischarakter zukommen:

⁵⁴ Vgl. auch die Ausführungen zu Rz. 10 der Verfügung vom 2. November 2009 vorne, Rz. 27.

⁵⁵ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996, SR 251.1.

⁵⁶ Vgl. auch die allgemeinen diesbezüglichen Ausführungen vorne, Rz. B.2.3.

⁵⁷ Vgl. dazu vorne, Rz. 20.

⁵⁸ Vgl. act. n° 647, S. 2, ad Rz. 168, wonach die Argumentation zu Randziffer 35 analog für Fussnote 168 gelten soll.

⁵⁹ Vgl. vorne, Rz. 13.

⁶⁰ Hingegen handelt es sich dabei nicht um eine ausschliessliche Verbreitungsbefugnis. Gestützt auf Art. 48 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 KG kommt auch den Wettbewerbsbehörden eine gesetzlich verankerte Verbreitungsbefugnis zu.

⁶¹ Vgl. vorne, Rz. 32.

⁶² Vgl. dazu vorne, Rz. 17.

⁶³ Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen vorne, Rz. 21.

Tabelle 3: Vergleich zwischen den von Bayer, Eli Lilly und Pfizer empfohlenen Publikumspreisen und den hypothetischen Preisen, welche in Anwendung der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) resultieren würden, für die zwei meistverkauften Medikamente jedes Pharmaunternehmens im Jahr 2006

in CHF	Empfohlene Publikumspreise*	Publikumspreise gemäss SL-System*	Δ
CIALIS (20x8)	165.47	149.02	-11.0 %
CIALIS (20x12)	245.13	215.53	-13.7 %
VIAGRA (50x12)	207.54	166.65	-24.5 %
VIAGRA (100x12)	237.87	201.15	-18.3 %
LEVITRA (10x12)	203.13	159.84	-27.1 %
LEVITRA (20x12)	232.42	189.89	-22.4 %

*ohne MWSt

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

40. Diese von Bayer als Geschäftsgeheimnisse deklarierten Daten der Tabelle betreffen den seitens der Wettbewerbsbehörden angestellten Vergleich der von Bayer herausgegebenen PPE mit den hypothetischen Preisen, welche in Anwendung der Formel des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) für SL-Medikamente resultieren würden. Diese Daten erfüllen die für den Geschäftsgeheimnischarakter einer Tatsache erforderlichen Voraussetzungen nicht.

41. Für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses müssen, wie erwähnt, die obgenannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Die PPE sind respektive waren öffentlich zugänglich⁶⁴. Die Publikumspreise gemäss SL-System beruhen auf Berechnungen des Sekretariates, welche dieses anhand der allgemein zugänglichen Formel des BAG für SL-Medikamente⁶⁵ anstellte. Betreffend die in diese Formel eingesetzten Ex-Factory Preise hat die Gesuchstellerin implizit ein subjektives Geheimhaltungsinteresse⁶⁶ verneint. Weiter sagen diese weder über die effektiven Herstellungskosten, die Produkt- und Rabattpolitik noch die Marge Bayers etwas aus. Entsprechend könnten derartige Berechnungen auch von Dritten angestellt werden und auch die Offenlegung des Deltas ist unproblematisch.

42. Es handelt sich bei den Daten in der Tabelle damit weder um Unternehmensinterna, die Bayer den Wettbewerbsbehörden im Laufe des Verfahrens offengelegt hat, noch sind diese, wie von Bayer behauptet, geheim. Diese Auffassung wird auch durch den Umstand bestätigt, dass die anderen beiden Pharmaunternehmen die Offenlegung dieser Stellen akzeptierten.

43. Stellen die Daten in der Tabelle ihrerseits aber keine Geschäftsgeheimnisse dar, so können auch die seitens der Wettbewerbskommission daraus gezogenen Schlüsse nicht Geschäftsgeheimnisse sein. Dies ist auch bei der allgemein gehaltenen Aussage in Rz. 126 der Fall.

44. Darüber hinaus bringt Bayer betreffend den Geschäftsgeheimnischarakter von Randziffer 126 vor, dass die zu schwärzende Passage zu falschen Schlüssen verleiten würde. Auch wenn die Wettbewerbsbehörden keinen Zusammenhang dieses Vorbringens mit der Frage der Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse sehen,

bleibt klarerweise festzuhalten, dass die entsprechenden Aussagen keinesfalls so zu verstehen sind, dass die Preise für Levitra nach der SL-Methode zu berechnen wären. Dies geht aus dem Entscheid nicht hervor. Weder die in Tabelle 3 dargestellten Daten noch die Textstelle in Randziffer 126 sind mit dem Gesagten als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren.

45. Zum gleichen Resultat kommt man betreffend die in Zusammenhang mit der Margenberechnung stehende Textpassage, welche Bayer in Randziffer 139 abgedeckt haben möchte. Es handelt sich um folgende Aussage: "Wie Tabelle 4 zu entnehmen ist, weichen die von Eli Lilly berechneten Margen für Cialis stärker von den Margen Sanphar ab, als diejenigen von Pfizer und Bayer".

46. Alsdann soll den Daten bezüglich Levitra in Tabelle 4 Geschäftsgeheimnischarakter zukommen.

⁶⁴ Diese waren bis zum Erlass der Verfügung vom 2. November 2009 allgemein über Documed zugänglich. Documed publizierte die PPE in gedruckter Form im Arzneimittelkompendium Schweiz (vgl. beispielsweise für Levitra: Arzneimittelkompendium Schweiz 2007, 28. Auflage, Basel 2006, S. 1886), welches elektronisch über <http://www.documed.ch/Documed/de/index.php> zugänglich war.

⁶⁵ Vgl. beispielsweise Interpharma, Le marché du médicament en Suisse Edition 2005, 12^e édition, Bâle 2005, p 74. Diese Broschüre kann durch jedermann bezogen werden.

⁶⁶ act. n° 649.

Tabelle 4: Vergleich der Margen der PPE mit den hypothetischen Margen, welche in Anwendung der Formel des BAG für SL-Medikamente (LOA) und der Formel der Marktordnung Sanphar entstehen würden für die zwei meistverkauften Medikamente jedes Pharmaunternehmens im Jahr 2006

	Empfohlene Publikumspreise in CHF	Marge bei empfohle- nen Publikumspreisen	Marge gemäss Sanphar	Δ	Marge gemäss SL-System	Δ
CIALIS (20x8)	165.47	31.73 %	39.28 %	7.5 %	22.38 %	-9.4 %
CIALIS (20x12)	245.13	30.88 %	35.03 %	4.2 %	19.50 %	-11.4 %
VIAGRA (50x12)	207.54	38.36 %	37.85 %	-0.5 %	21.39 %	-17.0 %
VIAGRA (100x12)	237.87	33.90 %	35.03 %	1.1 %	19.96 %	-13.9 %
LEVITRA (10x12)	203.13	39.87 %	38.67 %	-1.2 %	21.75 %	-18.1 %
LEVITRA (20x12)	232.42	36.47 %	35.03 %	-1.4 %	20.37 %	-16.1 %

Quelle: Bayer, Eli Lilly und Pfizer; Berechnung: Sekretariat.

47. Auch die in dieser Tabelle abgedruckten Daten zu den unterschiedlichen Margen je nach System stellen keine Geschäftsgeheimnisse dar. Die Marge bei den PPE stellt die addierte, standardisierte Marge des Handels und Grosshandels dar, welche Bayer in ihre unverbindlichen PPE einberechnet. Über die effektiven Herstellungskosten, die Produkt- und Rabattpolitik sowie die Marge Bayers sagt diese nichts aus. Es handelt sich vielmehr um die Marge Dritter und damit nicht um eine geschäftsbezogene unternehmensinterne Tatsache Bayers. Die Marge gemäss Sanphar ergibt sich aus der Addition der Grosshandels- und Fachhandelsmargen in Prozent vom Publikumspreis, welche im Rahmen der Untersuchung "Sanphar" aufgedeckt und publiziert wurden⁶⁷ und folglich bekannt sind. Die Margen gemäss SL-System setzen sich aus den der öffentlich zugänglichen Formel des SL-Systems⁶⁸ zu entnehmenden folgenden beiden Werten zusammen: den in Prozent umgerechneten Packungszuschlägen und der prozentualen Vertriebsmarge jeweils in Abhängigkeit vom Fabrikabgabepreis (Ex-Factory Preis). Die PPE ihrerseits waren ebenfalls öffentlich zugänglich⁶⁹ und damit nicht geheim. Auch die Ex-Factory Preise⁷⁰ sind nicht geheim, hat Bayer doch diesbezüglich ein subjektives Geheimhaltungsinteresse implizit verneint⁷¹. Die Daten in der Tabelle stellen somit keine Geschäftsgeheimnisse dar.

48. Wie bereits in Bezug auf Randziffer 126 ausgeführt, können Schlüsse aus nicht geheimen Daten ihrerseits keine Geschäftsgeheimnisse darstellen. Selbst wenn hingegen den zugrunde liegenden Daten Geschäftsgeheimnischarakter zukäme (was nicht der Fall ist), würde durch die Aussage in Randziffer 139, welche keine konkreten zahlenmässigen Rückschlüsse zulässt, kein Geschäftsgeheimnis offengelegt. Entsprechend könnte sogar dann die entsprechende Aussage publiziert werden.

49. Mit dem Gesagten ist davon auszugehen, dass weder die Textstelle in Randziffer 139 noch die in Tabelle 4 wiedergegebenen Zahlen Geschäftsgeheimnisse Bayers darstellen. Folglich können diese ebenso wie die Angaben gemäss Tabelle 3 und Randziffer 126 offengelegt werden.

B.2.4.5. Ad Randziffer 136, Fussnote 187 und 189

50. In der Verfügung konnte ein gewisses Drohpotential und Druck seitens der Verkaufsstellen gegenüber den Herstellerinnen nachgewiesen werden. In der genannten Randziffer sowie den Fussnoten werden zentrale Ausführungen Bayers in diesem Zusammenhang wiedergegeben, welche belegen, dass ein solcher Druck nicht nur gegenüber Pfizer, sondern eben erwiesenermassen auch gegenüber Bayer besteht⁷². Bayer möchte in Randziffer 136 den folgenden Satz abgedeckt wissen: "Auch Bayer führt aufgrund eigener Erfahrungen aus, dass sie es sich nicht erlauben könne, als Einzige auf die Bekanntgabe von PPE zu verzichten". Fussnote 187 ist sodann folgender Text zu entnehmen: "Als Bayer ihre Produkte nicht mehr mit den Preisen beschriftete, erhielt sie deswegen "Schandbriefe" bis hin zu kompletten Boykottdrohungen seitens der Verkaufsstellen⁷³". Fussnote 189 lautet: "Bayer führt aus, ihr würden die PPE nichts bringen; sie könnte bloss nicht als Einzige darauf verzichten⁷⁴".

51. Mit Schreiben vom 5. März 2010⁷⁵ macht Bayer geltend, dass diese Tatsachen und die darauf beruhende Beurteilung der Öffentlichkeit nicht bekannt seien und die Öffentlichkeit diesbezüglich kein schützenswertes Informationsinteresse hätte. Bayer wolle aus Reputationsgründen nicht, dass sie publiziert werden.

⁶⁷ RPW 2000/3 (Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar), Rz. 132.

⁶⁸ Vgl. vorne, Rz. 40 sowie Fn. 65.

⁶⁹ Vgl. vorne, Rz. 40, insbesondere Fn. 64.

⁷⁰ Vgl. auch vorne, Rz. 41.

⁷¹ Vgl. act. n° 649 sowie vorne Rz. 40.

⁷² Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen in Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 134 ff.

⁷³ Vgl. act. n° 344, Antwort 7a, 7b, 9b).

⁷⁴ act. n° 344, Antwort 8 und 18.

⁷⁵ act. n° 647.

52. Wenn auch dem Kriterium des Druckes bei asymmetrischer Interessenlage der Hersteller und Verkaufsstellen noch stärkere Bedeutung zugekommen wäre, so war der Nachweis eines gewissen Drohpotentials sowie Druckes seitens der Verkaufsstellen gegenüber den Herstellerinnen doch eines der Elemente, die *in casu* das Vorliegen von Abreden belegten⁷⁶. An diesem Umstand besteht kein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse⁷⁷.

53. Auch die weiteren, an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen sind im Übrigen nicht erfüllt. Die Tatsache, dass Bayer wegen des Verzichts auf eine Beschriftung ihrer Produkte Schandbriefe erhielt, weist keinen geschäftsinternen Bezug auf. Bayer kommt folglich bezüglich diesem Umstand nicht die Verbreitungsbeugnis zu.

54. Der Umstand, dass Bayer subjektiv den Eindruck hat, nicht als einzige auf die PPE verzichten, daraus aber auch keinen Nutzen ziehen zu können, stellt zwar eine betriebsinterne Tatsache dar, ein wirtschaftlicher Wert kommt dieser aber nicht zu. Insofern fehlt es auch diesbezüglich an einem berechtigten objektiven Geheimhaltungsinteresse. Schliesslich ist dieser Umstand nicht nur Bayer, sondern erwiesenermassen auch Pfizer geläufig und entsprechend nicht geheim. Letztere hat gegenüber den Wettbewerbsbehörden den Druck, dem sie seitens der Verkaufsstellen ausgesetzt war, detailliert beschrieben und ist diesbezüglich korrekterweise nicht von einem Geschäftsgeheimnis ausgegangen. Pfizer hat eine Offenlegung der entsprechenden Tatsachen akzeptiert.

55. In Bezug auf die vorgebrachten Reputationsgründe ist anzumerken, dass diese, wie erwähnt⁷⁸, keine einen Geschäftsgeheimnisschutz begründenden Umstände sind. Ob eine Tatsache ein Geschäftsgeheimnis darstellt oder nicht ist vielmehr stets anhand der gleichen Kriterien zu prüfen und vom Stand des Verfahrens unabhängig⁷⁹. Publiziert werden darf, was auch im Rahmen der Akteneinsicht den Parteien als *nota bene* direkten Konkurrenten offengelegt werden konnte.

56. Aus dem Gesagten erhellt, dass es sich auch beim Text in Randziffer 136 der Verfügung vom 2. November 2009 nicht um ein Geschäftsgeheimnis handeln kann. Randziffer 136 wie auch die Fussnoten 187 und 189 werden offengelegt.

B.2.4.6. Ad Randziffer 178/Fussnote 233

57. Im Rahmen der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes wird in Randziffer 178 festgehalten, "dass davon auszugehen ist, dass Cialis, Levitra und Viagra – wenn auch nicht absolut, so doch im Wesentlichen – substituierbar sind, alle ungefähr ebenbürtig sind und zum selben sachlichen Markt gehören". Der unterstrichene Satzteil soll gemäss Bayer Geschäftsgeheimnis sein. Der am Ende des Satzes angehängten Fussnote sind zunächst die Verweise auf die entsprechenden Fundstellen bei Pfizer, Eli Lilly und Bayer zu entnehmen. Sodann folgende Aussage: "zurückhaltender bzw. sogar widersprüchlich Bayer: «es scheint ... keine wirkliche Produkttreue zu geben, sondern der Patient scheint eher einem try-and-error Verfahren zu folgen» und «Wechselpatienten scheinen selten zu sein», «es findet vor

allem ein Kampf um den Neukunden statt», die Produkte seien jedenfalls nach den Ärzten «alle ungefähr ebenbürtig»". Bayer bringt bezüglich dem Fussnotentext sowie dem unterstrichen dargestellten Satzteil von Randziffer 178 vor, dass diese Angaben der Öffentlichkeit nicht bekannt seien, diese diesbezüglich kein schützenswertes Informationsinteresse habe und Bayer aus Reputationsgründen nicht wolle, dass diese Angaben publiziert werden.

58. Das Sekretariat hat infolge summarischer Prüfung der Begründung Bayers und in dem Bestreben, eine Einigung zu finden, Bayer mit Schreiben vom 26. März 2010⁸⁰ in Bezug auf die Fussnote 233 die Abdeckung des Namens "Bayers"/"Levitra" und damit des Urhebers der Aussage in Aussicht gestellt. Den Rest beabsichtigte es offenzulegen. Die nun im Hinblick auf Erlass der Verfügung vorzunehmende detaillierte Prüfung unter strenger Anwendung der Kriterien⁸¹ hat hingegen ergeben, dass diese erste Beurteilung seitens des Sekretariates unzutreffend war. Auch die Aussage in Fussnote 233 erfüllt die für die Geschäftsgeheimniseigenschaft erforderlichen Kriterien nicht und kann folglich offengelegt werden.

59. Diese Textstellen geben zwar eine innere Tatsache, nämlich die Einschätzung Bayers betreffend die Substituierbarkeit der drei Medikamente wieder. Hingegen ist diese Information, wie im Folgenden zu zeigen sein wird weder geheim, noch weist sie den für die Qualifikation als Geschäftsgeheimnis in gegenständlicher Hinsicht notwendigen Geschäftsbezug auf. Auch ein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht an diesen Aussagen nicht.

60. Alle Unternehmen, die auf dem *in casu* abgegrenzten Markt für oral eingenommene Medikamente für die Behandlung erektiler Dysfunktion⁸² tätig sind, haben explizit oder implizit angegeben⁸³, dass die drei Medikamente in etwa ebenbürtig und zum selben sachlich relevanten Markt zu zählen sind. Damit ist dieser Umstand, welcher die Beurteilung aus Sicht der Marktgegenseite widerspiegelt, auch den Pharmaunternehmen, welche auf diesem Markt tätig sind, bekannt und folglich nicht geheim. Weiter betrifft dieser Umstand keinen Fabrikationsvorgang oder geschäftsinterne Abläufe, beziehungsweise die Geschäftsstrategie⁸⁴. Auch für Dritte hätte die Geheimhaltung dieses Umstandes keinen Wert, weshalb es an einem berechtigten objektiven Geheimhaltungsinteresse ebenfalls mangelt.

⁷⁶ Einige der Beschwerdeführerinnen messen diesem gar entscheidende Bedeutung bei, demzufolge es nun doch zumindest fraglich erscheint, diese Tatsache der Öffentlichkeit nun über den Umweg von Art. 25 Abs. 4 KG vorenthalten zu wollen.

⁷⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 21. Vgl. auch die Ausführungen zu Reputationsgründen in Rz. 19.

⁷⁸ Vgl. vorne, Rz. 18 ff.

⁷⁹ Vgl. dazu vorne, Rz. 21 f.

⁸⁰ act. n° 648.

⁸¹ Vgl. vorne, Rz. 13.

⁸² Vgl. Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 189.

⁸³ Vgl. die Aktenverweise in Verfügung vom 2. November 2009, Fn. 233.

⁸⁴ BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER (zit. in Fn. 36), Art. 7 Rz. 43.

61. Dass Bayer die festgestellte und mittels der beiden in der Fussnote wiedergegebenen Aussagen belegte Widersprüchlichkeit verheimlichen möchte, ist zwar verständlich, andererseits aber Ausdruck eines reinen Partikularinteresses. Ein objektives Geheimhaltungsinteresse fehlt demgegenüber und auch den erforderlichen Geschäftsbezug weisen diese Aussagen, wie erwähnt, nicht auf.

62. Damit kann in Bezug auf Randziffer 178 sowie Fussnote 233 festgehalten werden, dass die kumulativ erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind und diesen somit keine Geschäftsgeheimnisqualität zukommt. Randziffer 178 und Fussnote 233 können im Rahmen der Publikation offengelegt werden.

B.2.4.7. Ad Fussnote 276 und 277

63. Bayer möchte zwei Fussnoten, in welchen Aussagen ihrerseits in Zusammenhang mit den wichtigsten Einflussfaktoren auf den Kaufentscheid der Konsumenten wiedergegeben werden, als Geschäftsgeheimnisse anerkannt sowie geschwärzt haben. Gemäss Fussnote 276 führt Bayer "aus, dass der Arzt den grössten Einfluss auf den Kaufentscheid des Patienten haben dürfte". In Fussnote 277 wird auf eine Textstelle Bayers verwiesen, "wonach die wichtigsten Motive für die Wahl eines der 3 Medikamente Wirkung und Verträglichkeit seien".

64. Auch betreffend diese Fussnoten fiel die erste summarische Beurteilung des Sekretariates unzutreffend aus⁸⁵. Diese von Bayer als Geschäftsgeheimnis deklarierten Passagen stellen bei detaillierter Prüfung unter strenger Anwendung der kumulativ erforderlichen Kriterien keine Geschäftsgeheimnisse dar.

65. Bei beiden Fussnoten handelt es sich weder um geschäftsinterne noch geheime Tatsachen. Dies geht betreffend Fussnote 277 bereits aus deren Inhalt hervor. Es wird eine Einschätzung Bayers betreffend die Motive der Konsumenten und damit Dritter wiedergegeben. Dabei handelt es sich um keine geschäftsrelevante interne Tatsache, welcher ein unternehmerischer Wert zukommt; auch andere Personen können gerade bei verschreibungspflichtigen Produkten zu einer solchen Einschätzung gelangen. Bei einer derart allgemein gehaltenen Tatsache fehlt es zudem am objektiven Geheimhaltungsinteresse.

66. Selbst wenn dieser Passage hingegen Geschäftsgeheimnischarakter zukäme – so möglicherweise, sofern sie das Ergebnis einer internen Marktstudie und grundlegend für eine neue Verkaufsstrategie wäre oder ähnliches –, so könnte dem Ersuchen Bayers nicht gefolgt und nicht der gesamte Fussnotentext abgedeckt werden. Denn es wäre ausreichend und damit gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip grundsätzlich angezeigt, ausschliesslich den Urheber und damit den Namen Bayer abzudecken. Diese mildeste aller möglichen Vorgehensweisen würde dem Verhältnismässigkeitsprinzip genügen.

67. Auch in Fussnote 276 wird eine Annahme Bayers wiedergegeben, nämlich dass der Arzt den grössten Einfluss auf den Kaufentscheid der Konsumenten hat. Es handelt sich dabei nicht um unternehmensinternes Wissen⁸⁶, das für den Geschäftsgang Bayers relevant ist und entsprechend einen speziellen unternehmerischen

Wert für sie hat. Vielmehr ist dieser Umstand im schweizerischen Gesundheitswesen systemimmanent und Folge der u.a. für die Medikamente der Abgabekategorie B vorgesehenen Verschreibungspflicht⁸⁷. Die Textstelle stellt daher weder vom Gegenstand her ein Geschäftsgeheimnis dar, noch handelt es sich um eine geheime Tatsache. Auch wenn Bayer ihren subjektiven Geheimhaltungswillen mit Schreiben vom 5. März 2010⁸⁸ (hingegen nicht mit Schreiben vom 12. April 2010⁸⁹) zum Ausdruck gebracht hat, ein objektives Geheimhaltungsinteresse an dieser Information besteht nicht.

68. Zusammenfassend kann bezüglich Fussnote 276 und 277 festgehalten werden, dass abgesehen vom subjektiven Geheimhaltungswillen die Voraussetzungen für den Geschäftsgeheimnischarakter der Textstellen nicht erfüllt sind. Die beiden Fussnoten werden im Rahmen der Publikation offengelegt.

B.2.4.8. Ad Fussnote 294, Randziffern 312 bis 319

69. Bayer unterstreicht weiter den Geschäftsgeheimnischarakter der Fussnote 294, welche wie folgt lautet: "Die Marktanteile von Pfizer, Eli Lilly und Bayer auf dem sachlich relevanten Markt betragen im Jahr 2008 [...] für Viagra, [...] für Cialis und [...] für Levitra (s. Tabelle 7)". Tabelle 7 in Randziffer 312 gibt die Entwicklung der Marktanteile von 2003 bis 2008 (in Prozentsätzen) an, welche sodann in Randziffer 313 ausformuliert dargestellt wird. Die errechneten Marktanteile und damit die Angaben in der Tabelle sowie in Fussnote 294 in eckigen Klammern wurden vom Sekretariat bereits als Geschäftsgeheimnis anerkannt. Folglich beziehen sich die vorliegenden Ausführungen nur noch auf die übrigen Angaben. Da aber allgemein bekannt ist, dass die drei Hersteller Viagra, Cialis und Levitra herstellen, handelt es sich bei den übrigen Angaben um allgemein bekannte Tatsachen und nicht Geschäftsgeheimnisse.

70. In Randziffer 313 soll dem zweiten Teil des ersten Satzes (unterstrichen) Geschäftsgeheimnischarakter zukommen. Dieser lautet wie folgt: "Die Entwicklung der Marktanteile deutet darauf hin, dass die Einführung von Levitra im Jahr 2003 und insbesondere diejenige von Cialis im Jahr 2004 mit einer wichtigen Reduktion der Marktanteile von Viagra einhergingen".

71. Die Randziffern 314 bis 319 beschlagen sodann die Analyse der Preisentwicklung der drei Medikamente. Die unterstrichenen Textstellen der im Folgenden wiedergegebenen Passagen möchte Bayer aufgrund ihres angeblichen Geschäftsgeheimnischarakters abgedeckt haben:

⁸⁵ Siehe auch vorne, Rz. 34 und 58.

⁸⁶ Es handelt sich dabei nicht um Geschäftsstrategien, Produktionsdetails etc., wie sie gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Gegenstand von Geschäftsgeheimnissen sein können (vgl. vorne, Rz. 14).

⁸⁷ Vgl. die Ausführungen in Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 220.

⁸⁸ act. n° 647.

⁸⁹ act. n° 649.

72. Randziffer 314: "Die Preisunterschiede zwischen den drei Medikamenten Cialis, Levitra und Viagra waren anfänglich marginal (s. Tabelle 8). Erst seit dem Zeitpunkt der Eröffnung des vorliegenden Verfahrens gehen die Preise etwas auseinander: Während Bayer den Preis für Levitra nicht und Pfizer denjenigen für Viagra nur moderat erhöht hat, hat Eli Lilly mehrere Preiserhöhungen für Cialis vorgenommen. Seit kurzer Zeit besteht

somit ein gewisser Preisunterschied zwischen den drei Medikamenten, wenn auch kein gewichtiger". In der folgenden Tabelle 8, welche die Entwicklung der empfohlenen Publikumspreise pro Tablette der zwei meistverkauften Packungen für Cialis, Levitra und Viagra wiedergibt, erachtet Bayer die PPE für Levitra als Geschäftsgeheimnis, obwohl diese öffentlich zugänglich waren⁹⁰.

Tabelle 8: Entwicklung der empfohlenen Publikumspreise pro Tablette der zwei meistverkauften Packungen für Cialis, Levitra und Viagra

CHF	2003	2004	2005	10.2005	04.2006	10.2006
VIAGRA (50mgx12)	17.36	17.36	17.36	17.36	17.71	17.71
LEVITRA (10mgx12)	17.33	17.33	17.33	17.33	17.33	17.33
CIALIS (20mgx8)		17.36	18.05	18.05	19.70	21.18
CIALIS (20mgx12)				17.32	18.35	20.92
VIAGRA (100mgx12)	19.90	19.90	19.90	19.90	20.30	20.30
LEVITRA (20mgx12)	19.83	19.83	19.83	19.83	19.83	19.83

Quelle: Berechnungen Sekretariat.

73. Randziffer 316: "Seit der Markteinführung von Levitra hat sich Bayer die Preispolitik von Pfizer angeeignet. Bayer konnte den Verteilern nicht eine geringere Marge vorschlagen als diejenige von Pfizer, denn diese hätten ansonsten Viagra bevorzugt. Dieselbe Strategie wählte in der Anfangsphase auch Eli Lilly für ihr Produkt. Später hat sich (...)".

74. Randziffer 317: "(...). Denkbar ist vielmehr, dass "nur" ein erlaubtes Parallelverhalten bzw. eine Preisführerschaft vorliegt: Eli Lilly und Bayer sind beim Markteintritt (noch unter altem KG) bei der Festlegung der Preise ihrer Medikamente dem Price-Maker (Pfizer) gefolgt. Wären die PPE von Cialis bzw. Levitra beim Markteintritt, d.h. an einem Zeitpunkt, in welchem die Eigenschaften und Wirkungen dieser Produkte noch unbekannt waren, deutlich über denjenigen des damaligen – praktisch alleinigen – Marktführers Pfizer gelegen, hätte dies möglicherweise verhindert, dass die neuen Medikamente überhaupt zu einem nennenswerten Marktanteil gekommen wären. Wäre der Preis für die neuen Medikamente umgekehrt deutlich unterhalb des Preises von Viagra festgesetzt worden, hätte das möglicherweise anfänglich zu einem gewissen Wechsel der Konsumenten von Viagra weg zu Cialis oder Levitra geführt. (...)".

75. Randziffer 318: "(...). Um die Vorteile von Cialis (insb. längere Wirkungsdauer) zu betonen und sich von der Konkurrenz abzuheben, hat Eli Lilly bewusst den Preis höher angesetzt und seither auch höher beibehalten⁹¹. Trotzdem ist es Eli Lilly gelungen, Marktanteile – auch auf Kosten der Konkurrenz – zu gewinnen".

76. In Randziffer 319 wird sodann die Entwicklung der PPE je Unternehmen beschrieben. Bezüglich Bayer wird im dritten Bullet folgender Text wiedergegeben, welchen Bayer als Geschäftsgeheimnis erachtet: "Bayer hatte seit der Markteinführung von Levitra im Jahr 2003 keine Veranlassung für eine Preiserhöhung⁹²". [...].

77. Die Begründung Bayers deckt sich betreffend diese Textstellen in den Randziffern 312 bis 319 mit derjenigen bei den meisten anderen Passagen, denen angeblich Geschäftsgeheimnischarakter zukommen soll. Bayer führt abermals in knapper und pauschaler Weise aus, diese Angaben zu den Marktanteilen und zur PPE-Politik von Bayer seien der Öffentlichkeit nicht bekannt, diese hätte diesbezüglich kein schützenswertes Informationsinteresse und Bayer wolle aus Reputationsgründen nicht, dass sie publiziert würden.

78. In Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis hat das Sekretariat von vornherein die Marktanteile der einzelnen Medikamente als Geschäftsgeheimnisse deklariert⁹³. Darüber hinaus besteht in Randziffer 312 und Fussnote 294 kein Abdeckungsbedarf, fehlt es doch – abgesehen vom subjektiven Geheimhaltungswillen – an sämtlichen erforderlichen Voraussetzungen zur Qualifikation als Geschäftsgeheimnis.

79. Im Übrigen kann in Zusammenhang mit den Randziffern 313 bis 319 das Folgende angeführt werden: Dass es zu Marktanteilsentwicklungen kam und dass die PPE von Pfizer und Eli Lilly, nicht aber Bayer erhöht wurden, stellen keine unternehmensinternen, geschäftsbezogenen Tatsachen dar, welchen ein wirtschaftlicher Wert für

⁹⁰ Vgl. unten, Rz. 79.

⁹¹ Eli Lilly, act. n° 316, Antwort 15.

⁹² Bayer, act. n° 221, Antwort 18, 19.a. sowie 19.b.; vgl. aber Bayer, act. n° 344, Antwort 2 und 3.

⁹³ Vgl. vorne, Rz. 69.

die Unternehmung zukommt. Betreffend die PPE ist abermals anzumerken, dass diese bis zum Erlass der Verfügung frei zugänglich (beispielsweise über Documed⁹⁴) und entsprechend nicht geheim waren⁹⁵. Entsprechend kann auch die Preisentwicklung kein Geschäftsgeheimnis darstellen.

80. Auch lässt die gewählte Formulierung keine konkreten zahlenmässigen Rückschlüsse auf die Marktanteile und Marktanteilsverschiebungen zu, welche sich allenfalls für Bayer negativ auswirken könnten. Es mangelt entsprechend am berechtigten objektiven Geheimhaltungsinteresse. Die Angaben betreffend die Marktanteile stellen keine Geschäftsgeheimnisse dar.

81. Was die Aussage zur Preisführerschaft Pfizers in Randziffer 317 angeht ist anzumerken, dass es sich dabei um allgemeine Aussagen der WEKO handelt, welche diese in Zusammenhang mit der Frage nach allfälligen horizontalen Preisabsprachen machte. Sie bezeichnete das Vorliegen einer Preisführerschaft explizit nur als denkbar und zitiert sodann in diesem Zusammenhang keinerlei Aussagen der Parteien. An der Geheimhaltung dieser Textstelle besteht somit kein berechtigtes objektives Interesse.

B.2.4.9. Ad Randziffer 347

82. Randziffer 347 steht in Zusammenhang mit der Frage der Vorwerfbarkeit. Inhaltlich lautet sie wie folgt: "Bayer führt weiter aus, dass das blosses Wissen, dass PPE problematisch seien, wenn sich diese wie Festpreise auswirken, nicht genüge, um Vorwerfbarkeit anzunehmen⁹⁶. Sollten sich die PPE wie Festpreise auswirken, wäre für Bayer nicht deren Veröffentlichung, sondern deren Einhaltung als Ursache zu betrachten. Die Pharmaunternehmen hätten jedoch alles Mögliche und Notwendige vorgekehrt, um dies zu verhindern".

83. Bayer macht geltend, insbesondere bezüglich des zweiten Satzteiles bestünde kein schützenswertes Informationsinteresse. Bayer wolle nicht, dass diese Aussage, durch die sich andere Marktteilnehmer angegriffen fühlen könnten, publiziert wird. Dazu kann das Folgende ausgeführt werden:

84. Das Vorbringen, es liege kein schützenswertes Informationsinteresses vor, geht ins Leere, wie bereits den obigen Ausführungen zu entnehmen ist⁹⁷. Ein solches ist für die Frage des Geschäftsgeheimnischarakters einer Information nicht von Relevanz.

85. Weiter weist die Aussage Bayers inhaltlich keinen Fabrikations- respektive geschäftsinernen Bezug auf, sondern bringt in allgemeiner Weise deren subjektive Einschätzung eines Vorganges (Ursache der Auswirkung der PPE als Festpreise), welcher an sich keinen Wert für die Unternehmung hat, zum Ausdruck. Demgegenüber konnten die Wettbewerbsbehörden nachweisen, dass die Publikation und Einhaltung der PPE Ausdruck aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind, an welchen die drei Herstellerinnen gleichsam wie die Verkaufsstellen beteiligt sind. Entsprechend kann auch nicht gesagt werden, dass die Einhaltung ursächlich ist, sondern es sind beide Seiten gleichermaßen an den Abreden und damit auch deren Wirkung beteiligt. Geschützt von Art. 25 Abs. 4 KG sind aber in Anlehnung an

Art. 162 StGB nur Tatsachenbehauptungen⁹⁸. Bei der Aussage Bayers kann es sich folglich nicht um eine geheime Tatsache, welche den Behörden offengelegt wurde, handeln.

B.2.4.10. Ad Randziffern 385 und 387

86. Unter dem Titel "Sanktionen für die Verkaufsstellen" wird in der Verfügung vom 2. November 2009 abgehandelt, aus welchen Gründen *in casu* auf die Berechnung und Ausfällung der Sanktionen gegenüber den Verkaufsstellen verzichtet wurde. Der folgenden Aussage zu Beginn von Randziffer 385 soll dabei gemäss Bayer Geschäftsgeheimnischarakter zukommen: "Bayer führt in diesem Zusammenhang aus, dass der Verzicht auf eine Sanktion gegenüber den Verkaufsstellen mit dem Legalitätsprinzip nicht zu vereinbaren sei". In Randziffer 387 hat das Sekretariat bereits einen Teilsatz als Geschäftsgeheimnis anerkannt, welcher in eckigen Klammern dargestellt wird⁹⁹. Bayer bezeichnet nun im Weiteren den auf diese Auslassung folgenden Rest von Randziffer 387 als Geschäftsgeheimnis¹⁰⁰, welcher wie folgt lautet: "Ein allfälliger Tatbeitrag Bayers sei nicht schwerer zu gewichten als jener der Grossisten und e-mediate. Zudem ist ihrer Meinung nach unklar, auf welcher Grundlage Letztere straffrei ausgehen sollten, wo sie doch Gehilfenhandlungen geleistet hätten". Bayer verweist diesbezüglich auf seinen Kommentar zu Randziffer 347 und führt weiter aus, dies gelte insbesondere bezüglich Randziffer 387, da Bayer befürchte, dass sich die Publikation dieser Stelle für die betreffenden Parteien und für Bayer geschäftsschädigend auswirken könnte.

87. Diese in ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 20 April 2009¹⁰¹ und damit im Rahmen der Verteidigung¹⁰² vorgebrachten, sich auf das Verfahren und die Würdigung seitens der Wettbewerbsbehörden beziehenden Passagen stellen keine Geschäftsgeheimnisse dar. Es handelt sich weder vom Gegenstand her um geschäftsinterne geheime Tatsachen, noch besteht an ihnen ein objektives Geheimhaltungsinteresse. Bayer scheint fälschlicherweise davon auszugehen, dass Tatsachen, welche ihrer Meinung nach geeignet sind, Vertriebspartner zu brüskieren, berechnete Geheimhaltungsinteressen zu begründen vermögen. Entsprechend stehen vorliegend Partikularinteressen im Vordergrund, welche kein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse zu begründen vermögen.

88. Auch diesen Passagen kommt entsprechend kein Geschäftsgeheimnischarakter zu. Sie sind bei Publikation des Entscheides offen zu legen.

⁹⁴ Vgl. dazu vorne, Fn. 64.

⁹⁵ Das jetzige Bestreben, die PPE als Geschäftsgeheimnisse abzudecken, steht zudem der Behauptung, dass diesen eine Funktion als grobe Orientierungshilfe zukommen solle, in gewissem Sinne entgegen (vgl. dazu auch unten, Rz. 94).

⁹⁶ Bayer, act. n° 556, Rz. 117.

⁹⁷ Vgl. Rz. 17 f.

⁹⁸ Vgl. STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, Trechsel et al. (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 162 N. 3.

⁹⁹ Vgl. Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 387.

¹⁰⁰ Vgl. act. n° 647.

¹⁰¹ act. n° 556.

¹⁰² Vgl. dazu auch vorne, Rz. 32.

B.2.4.11. Ad Dispositiv, Ziffer 7

89. Ziffer 7 des Dispositives beziffert die Verfahrenskosten und auferlegt diese jeweils zu einem Sechstel, ausmachend je CHF 115'353.-, den drei Pharmaunternehmen. Zwar sind die Verfahrenskosten bislang nur den Parteien bekannt¹⁰³. Abgesehen vom subjektiven Geheimhaltungswillen Bayers liegen aber die übrigen an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht vor. Weder handelt es sich inhaltlich um eine geschäfts- oder fabrikationsbezogene, unternehmensinterne Tatsache, welcher ein gewisser Wert für die Unternehmung zukommt, noch ist Bayer diesbezüglich Geheimnisherrin. Auch ein objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse fehlt.

90. Die Höhe der Verfahrenskosten ist, wie bereits aus dem Wort hervorgeht, keine unternehmensinterne Tatsache, welche den Behörden offenbart wird, sondern die Summe des behördenlicherseits entstandenen Aufwandes des durch die Parteien verursachten Verfahrens. Die Zusammenstellung der Kosten, welche sodann indirekt gewisse Facetten des Verfahrens wie den Umfang der Ermittlungen, Zeitaufwand, Grösse des Falles etc. widerspiegelt, erfolgt seitens der Behörden. Es liegt damit weder ein geschäftsbezogenes Internum vor, noch besteht an diesem ein berechtigtes objektives Geheimhaltungsinteresse.

91. Ein schützenswertes Informationsinteresse seitens der Öffentlichkeit ist, wie erwähnt, kein Element, welches in Zusammenhang mit der Frage der Qualifikation der Geschäftsgeheimnisse zu prüfen ist¹⁰⁴. Entscheide beinhalten regelmässig Ausführungen betreffend die Verfahrenskosten und deren Verlegung, welche damit grundsätzlich gemäss Art. 48 Abs. 1 KG publiziert werden können.

B.2.4.12. Ad Anhang 1, mittlere Tabelle

92. Im Anhang zur Verfügung vom 2. November 2009 wird die Entwicklung der empfohlenen Preise über die Jahre für Cialis, Levitra und Viagra je Packungsgrösse in Tabellenform dargestellt. Bayer betrachtet diese Zusammenstellung der Höhe und Entwicklung der PPE als Geschäftsgeheimnis und ist mit deren Publikation nicht einverstanden. Auf die einzelnen Erfordernisse für das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses geht Bayer hingegen nicht ein.

93. Die Wettbewerbsbehörden haben die Zahlen gemäss Anhang 1 zusammengetragen. Es handelt sich dabei um die bekannten PPE betreffend Levitra (ab 2003), Viagra (seit 1998) und Cialis (seit 2004)¹⁰⁵. Die Herstellerinnen haben diese PPE in allgemeiner Weise nicht nur den Verkaufsstellen publik gemacht. Sie waren neben der Software von e-mediat¹⁰⁶ beispielsweise auch dem Arzneimittelkompendium Documed zu entnehmen¹⁰⁷ und können folglich nicht mehr als geheim gelten. Auch ist nicht ersichtlich, worin das objektiv berechtigtes Geheimhaltungsinteresse liegen soll. Bayer macht denn bezeichnenderweise auch kein solches explizit geltend. Diese Einstufung seitens der Wettbewerbsbehörden wird durch den Umstand bestätigt, dass auch die beiden anderen Herstellerinnen diese Angaben nicht als Geschäftsgeheimnis betrachtet haben.

94. Neben dem Umstand, dass diese Angaben nicht geheim sind, beisst sich das Ansinnen, diese nun als Geschäftsgeheimnis deklarieren zu wollen, im Übrigen mit der während des Untersuchungs- wie auch des Beschwerdeverfahrens vorgebrachten Behauptung Bayers, die PPE hätten den Verkaufsstellen als unverbindliche grobe Orientierungshilfe und Preisobergrenze dienen sollen¹⁰⁸. Über den verschreibenden Arzt könne bei Weitergabe der PPE eine gewisse Preistransparenz erzielt werden¹⁰⁹. Um diese Wirkung erzielen zu können, müssten die PPE aber offengelegt beziehungsweise weitergegeben werden.

B.2.5. Ergebnis

95. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung der Vorbringen von Bayer erachtet die WEKO keine der von Bayer propagierten Textstellen als Geschäftsgeheimnis. Die entsprechenden Anträge Bayers werden abgelehnt und die Verfügung kann in der Bayer mit Schreiben vom 4. Februar 2010¹¹⁰ zugestellten Form publiziert werden.

C. Kosten

96. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹¹¹ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die Gesuchstellerin hat den Erlass einer Verfügung betreffend die Identifikation von Geschäftsgeheimnissen anbegehrt und damit den Erlass vorliegender Verfügung verursacht. Die Geschäftsgeheimnisqualität wurde bezüglich aller geltend gemachten Textstellen seitens der Wettbewerbsbehörden verneint. Eine Gebührenpflicht ist somit zu bejahen. Da über die Kosten in der Hauptsache bereits mit Verfügung vom 2. November 2009 entschieden wurde, sind die Kosten für die vorliegende Verfügung separat mit dieser zu verlegen.

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

98. Der Zeitaufwand für vorliegende Verfügung belief sich auf insgesamt 24 Stunden. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.-. Auslagen gemäss Art. 6 Allgemeine Gebührenverordnung¹¹² sind keine angefallen und zu erstatten. Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 4'800.-.

¹⁰³ Diese Angabe stand den Parteien bereits im Rahmen der Akteneinsicht offen (zu der damaligen Höhe) und ist insofern nicht geheim.

¹⁰⁴ Vgl. vorne, Rz. 17.

¹⁰⁵ Vgl. auch vorne, Rz. 41 und insbesondere Fn. 64.

¹⁰⁶ Vgl. Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 8/41 ff.

¹⁰⁷ Vgl. auch vorne, Fn. 64.

¹⁰⁸ Vgl. Verfügung vom 2. November 2009, Rz. 118 sowie Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Januar 2010, statt vieler Rz. 121.

¹⁰⁹ Vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde Bayers vom 18. Januar 2010, Rz. 103 ff.

¹¹⁰ act. n° 640.

¹¹¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹¹² Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

D. Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Gesuchstellerin bezeichneten Angaben die an Geschäftsgeheimnisse zu stellenden Anforderungen nicht erfüllen und folglich im Rahmen der Publikation nicht abgedeckt werden. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 2. November 2009 wird in der der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 4. Februar 2010 vorgelegten Form veröffentlicht.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 4'800.- werden der Gesuchstellerin auferlegt.
3. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Bayer Schweiz AG, vertreten durch Dr. Patrick Sommer und Stefan Brunnschweiler, CMS von Erlach Henrici AG, Dreikönigstrasse 7, Postfach, 8022 Zürich.

B 2.2

3. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

Décision de la Commission de la concurrence du 18 octobre 2010 en l'affaire enquête selon l'art. 27 LCart concernant les ferrements pour fenêtres et portes-fenêtres relative à des accords en matière de concurrence illicites selon l'art. 5 al. 3 LCart.

Decisione della Commissione della concorrenza del 18 ottobre 2010 nell'inchiesta secondo l'art. 27 LCart relativa ai serramenti per finestre e portefinestre a cause di accordi cartellari illeciti secondo l'art. 5 cpv. 3 LCart.

A. Sachverhalt**A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Untersuchungsgegenstand sind die in der Zeitspanne 2004–2007 durch die im Verfahren involvierten Unternehmen auf dem Schweizer Markt erfolgten Preiserhöhungen von Fenster- und Fensterturbeschlagen. Es wird insbesondere geprüft, ob die geschilderten Sachverhalte unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellen. Gegebenenfalls wird zusätzlich die Verhängung von direkten Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG gegen die Untersuchungsadressaten geprüft.

2. Die nachfolgenden Ausfuhungen stützen sich auf die eingegangenen Bonusmeldungen,¹ die beschlagnahmten Daten, die im Rahmen des Verfahrens getätigten Ermittlungen sowie die Stellungnahmen der in das Verfahren involvierten Unternehmen.

A.2 Marktbeschreibung**A.2.1 Marktteilnehmer**

3. Die Roto Frank AG, Dietikon (nachfolgend: Roto), ist eine Tochtergesellschaft der Roto Frank AG, Leinfelden-Echterdingen Deutschland (nachfolgend: Roto D). Roto ist ausschliesslich im Vertrieb tätig und stellt selber keine Beschläge her. Neben der Beschlagstechnik (Tür- und Fensterbeschläge) ist Roto im Geschäftsbereich der Bauelemente (Wohndachfenster, Dachausstiege und Bodentreppen) tätig.

4. Die Siegenia-Aubi AG, Uetendorf (nachfolgend: Siegenia), ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Siegenia-Aubi KG, Wilnsdorf Deutschland (nachfolgend: Siegenia D). Die Tätigkeit der Siegenia konzentriert sich seit der Neuorganisation der Vertriebsstrukturen im Jahre 2004² auf die technische Beratung, IT-Systemsupport, den Handel von Fenster- und Fensterturbeschlagen sowie den Bereich Lüftungstechnik. Seit her werden Siegenia-Produkte aus Deutschland in der Schweiz fast ausschliesslich über die Koch-Gruppe vertrieben.

5. Die Paul Koch AG, Wallisellen (nachfolgend: Koch), ist die grösste Händlerin für Fenster- und Fensterturbe-

schläge in der Schweiz. Koch vertreibt fast ausschliesslich Siegenia-Beschläge. Nur auf Wunsch von Kunden werden auch Produkte anderer Hersteller geliefert. Koch gehört zur Koch-Gruppe, zu welcher neben Koch auch die Paul Koch AG, Birsfelden, die Eugen Koch AG, St. Gallen, die KWB AG, Bern sowie die KWB AG, Bulle gehören. Daneben ist Koch in anderen Bereichen tätig, z.B. Eisenwaren.

6. Die SFS unimarket AG, Heerbrugg (nachfolgend: SFS),³ gehört zur SFS Holding AG, Heerbrugg,⁴ und ist Zwischenhändlerin von der Mayer & Co Beschläge GmbH in der Schweiz für Fenster- und Fensterturbeschlage. Des Weiteren wurde bis vor einiger Zeit SFS von Koch mit Siegenia-Produkten beliefert, welche SFS ausschliesslich in der Romandie an diverse Fensterverarbeiter vertrieb. Auf Kundenwunsch hin werden Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren anderer Hersteller geliefert. Daneben ist SFS eine bedeutende Herstellerin von Eisenwaren wie z.B. Schrauben, Werkzeugen und Sonderteilen sowie von chemischtechnischen Artikeln in der Schweiz und im angrenzenden Ausland.

7. Die Winkhaus Fenstertechnik GmbH & Co. KG, Zweigniederlassung Winterthur, wurde Ende Juni 2007 aufgelöst.⁵ Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Deutschland ist in der Schweiz seither lediglich noch mit zwei Aussendienstmitarbeitern am Markt tätig. Winkhaus hat im Untersuchungszeitraum keine eigenen Umsätze in der Schweiz realisiert. Winkhaus realisierte allerdings während dem Untersuchungszeitraum Umsätze in der Schweiz.⁶ In den nachfolgenden Ausfuhungen wird die Bezeichnung Winkhaus sowohl für die Zweigniederlassung als auch für die Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, verwendet.

8. Mayer & Co Beschläge GmbH, Salzburg (nachfolgend: Maco), ist in der Produktion von Dreh- und Drehkipp-Fenster(tür)beschlägen, Turschlossern, Fenstergriffen und Ladenbeschlagen tätig. Als bedeutendste Vertriebshandlerin von Maco-Produkten in der Schweiz fingiert die SFS unimarket AG. Lediglich ein Kunde wird in der Schweiz von Maco direkt beliefert.

¹ Es handelt sich dabei um die Bonusmeldungen der Roto Frank AG, der SFS unimarket AG sowie der Paul Koch AG.

² Damals bezog die Paul Koch AG ein neues vollautomatisiertes Logistikcenter, welches eine schnellere und kurzfristigere Belieferung zu wesentlich günstigeren Konditionen ermöglichte (vgl. act. 181).

³ SFS verfügt über eine Tochtergesellschaft, die einen Sport- und Hobbymarkt betreibt, die SFS Zehntfeld AG, Heerbrugg.

⁴ Zur SFS Holding gehören neben SFS auch SFS services, SFS intec und SFS Locher; vgl. auch <http://www.sfsholding.biz/internet/sfsholding.nsf/PageID/Komp> (besucht am 15. Oktober 2010).

⁵ Die Löschung im Handelsregister des Kantons Zürich erfolgte am 12. März 2009.

⁶ Act. 197.

9. Gretsch-Unitas AG, Rütlingen bei Kirchberg (nachfolgend: GU), ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Gretsch-Unitas GmbH, Ditzingen, Deutschland⁷ (nachfolgend: GU D). GU ist in den Bereichen Fenstertechnik, Türtechnik und automatische Eingangssysteme tätig. GU ist eine reine Vertriebsgesellschaft und stellt selber keine Produkte her, vielmehr bezieht sie diese von den Produktionsunternehmen der GU D.⁸

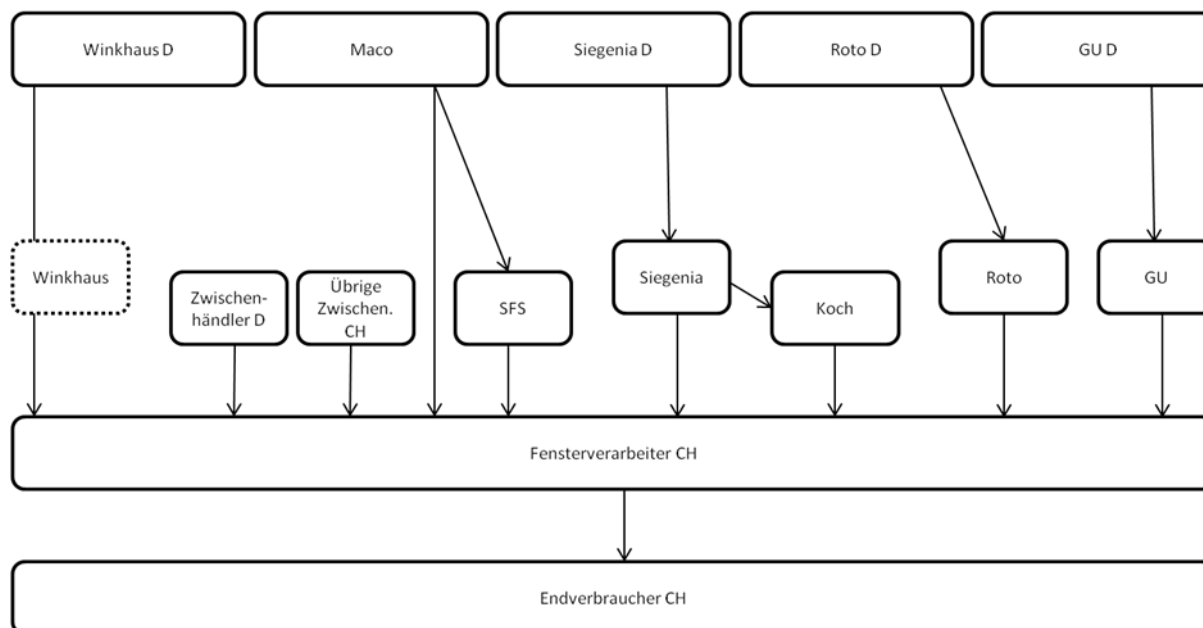
A.2.2 Struktur des Marktes

10. Die führenden Hersteller von Baubeschlägen für Fenster(türen) sind Roto D, Siegenia D, Winkhaus, GU D und Maco.⁹ Auf diese fünf Hersteller von Baubeschlägen entfällt nahezu der gesamte schweizerische Markt

für Fenster- und Fenstertürbeschläge. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren werden durch diese Hersteller entweder unmittelbar oder über Vertriebsgesellschaften oder über den Zwischenhandel an Fenster- beziehungsweise Fenstertürverarbeiter geliefert (vgl. dazu Rz. 15).

11. Die Abbildung 1 gibt einen schematischen Überblick über die Vertriebsstrukturen der in der Schweiz in den Bereichen Herstellung und Vertrieb von Baubeschlägen für Fenster- und Fenstertüren tätigen Unternehmen. Die Abbildung 1 soll den grundsätzlichen Vertriebsweg von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren aufzeigen und verzichtet deshalb auf das Aufführen jeder einzelnen Lieferbeziehung.

Abb. 1: Vertriebsstruktur Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren



Quelle: Angaben der Parteien

12. Die Endverbraucher sind im vorliegenden Fall Kunden, welche den Einbau eines montagefertigen Fensters nachfragen (z.B. Architekten, Bauunternehmen, Private etc.).

13. Als Fensterverarbeiter werden Unternehmen bezeichnet, welche Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren zum Endprodukt, dem Fenster beziehungsweise der Fenstertür verarbeiten und diese an die Endverbraucher verkaufen.

14. Die auf der obersten Stufe stehenden ausländischen Hersteller von Baubeschlägen sind allesamt in ganz Europa am Markt tätig. Neben den aufgeführten Herstellern gibt es europaweit nur noch wenige weitere Hersteller von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren. Diese sind jedoch nicht in der Schweiz geschäftstätig (z.B. Hautau) und vorwiegend in Nischenmärkten aktiv.

15. Die ausländischen Hersteller von Baubeschlägen haben den Vertrieb ihrer Produkte in der Schweiz grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten organisiert:

- Einige Hersteller vertreiben ihre Produkte über eigene, in der Schweiz domizilierte Tochtergesell-

schaften, sog. Vertriebsgesellschaften. Diese wiederum beliefern sowohl kleinere Zwischenhändler¹⁰ als auch Fensterverarbeiter direkt. Diese Vertriebsform wird beispielsweise von Roto D und GU D praktiziert.

- Andere Hersteller von Baubeschlägen vertreiben ihre Produkte über Schweizer Grosshändler, insbesondere über Koch und SFS. Die Grosshändler wiederum beliefern sowohl kleinere Zwischenhändler als auch Fensterverarbeiter direkt. Diese Vertriebsform wird beispielsweise von Maco über den Grosshändler SFS praktiziert.

⁷ Diese ist Teil der Gretsch-Unitas Gruppe, einem Verbund einzelner Unternehmen mit verschiedenen Aufgaben, vgl. <http://www.g-u.ch/index.php?cset=23&id=605&Lang=24> (besucht am 15. Oktober 2010).

⁸ Vgl. act. 114.

⁹ Wobei Maco (vgl. Rz. 8) und seit 2007 auch Winkhaus (vgl. Rz. 7) keinen Geschäftssitz in der Schweiz haben.

¹⁰ Z.B. Rudolf Geiser AG, Immer AG, Fritz Blaser & Cie. AG. Diese sind jedoch sowohl hinsichtlich des Umsatzes wie auch der abgesetzten Mengen nicht vergleichbar mit Koch oder SFS.

16. Siegenia D hat ihren Vertrieb grundsätzlich nach der ersten Art organisiert. Im Unterschied zu Roto D und GU D arbeitet Siegenia (D) jedoch schwergewichtig und sehr eng mit dem Grosshändler Koch zusammen, welcher die Produkte dann an kleinere Zwischenhändler und Fensterverarbeiter liefert. Siegenia vertreibt den Grossteil der Produkte demnach via Koch und nur noch in geringem Umfang an (kleinere) Zwischenhändler und Fensterverarbeiter direkt. Die Vorgehensweise der Siegenia (D) stellt somit eine Mischform der beiden oben beschriebenen Vertriebsarten dar.

17. Der Hersteller Winkhaus wählte ursprünglich dieselbe Vertriebsart wie Roto D und GU D, war aber nicht mit einer Tochtergesellschaft, sondern mit einer Zweigniederlassung am Schweizer Markt präsent. Die Zweigniederlassung von Winkhaus wurde im Jahr 2007 aufgelöst. Seither ist Winkhaus in der Schweiz nur noch mit zwei Aussendienstmitarbeitern am Markt tätig und beliefert sowohl kleinere Zwischenhändler als auch Fensterverarbeiter direkt aus Deutschland.

18. Vereinzelt beliefern auch in Deutschland ansässige Zwischenhändler Fensterverarbeiter in der Schweiz. Zudem kommt es vor, dass sich die Zwischenhändler gegenseitig mit ihren Produkten beliefern. So beliefern sich beispielsweise Koch und SFS gegenseitig.

19. Im Verlaufe des Verfahrens wurde eine Anzahl Fensterverarbeiter befragt. Diese unterscheiden sich hinsichtlich Betriebsgrösse, realisierter Umsätze sowie bezüglich des Produktesortiments deutlich voneinander. Deshalb wurden die befragten Fensterverarbeiter – gemessen am realisierten Umsatz – in folgende Kategorien eingeteilt: grosse (>20 Mio. CHF Umsatz), mittelgrosse (10–20 Mio. CHF Umsatz) und kleinere Unternehmen (<10 Mio. CHF Umsatz).¹¹ Bei den kleineren Unternehmen handelt es sich mehrheitlich um Schreinereibetriebe, während grosse Unternehmen überwiegend Fenster und Fenstertüren in grösseren Stückzahlen und automatisiert herstellen.

20. Die grosse Mehrheit der Fensterverarbeiter bezieht Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren stets vom gleichen Lieferanten. Ein Wechsel des Lieferanten/Herstellers (in der Branche auch *Umstellen* genannt) kommt eher selten vor und hängt von verschiedenen Faktoren ab (vgl. zum Ganzen Rz. 253 ff.).

A.2.3 Produktkategorien

21. Die vorliegende Verfügung untersucht die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. Unter Fenster(tür-)beschlägen werden alle mechanischen Teile verstanden, welche Fensterflügel und -rahmen verbinden und die Öffnungs- und Schliessfunktion eines Fensters beziehungsweise einer Fenstertüre steuern. Bei einer Fenstertüre handelt es sich im Wesentlichen um ein Fenster mit Türfunktion (i.d.R. Balkontür).

22. Für die Herstellung eines Beschlags werden vorwiegend nichtrostende metallische Stoffe wie Stahl, Zamak¹² und Aluminium eingesetzt.

23. Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren umfassen demnach sämtliche Beschlagskomponenten, die ein(e) Fenster(tür) funktionsfähig machen. In Abbildung

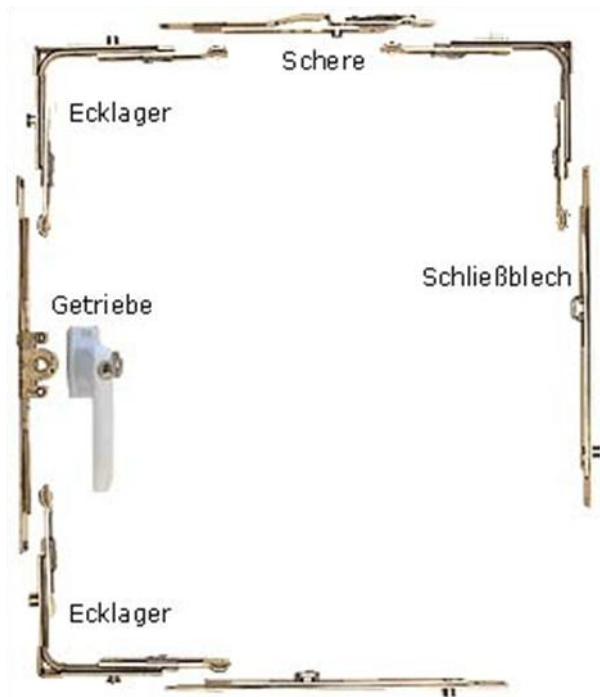
2 wer den die klassischen Beschlagskomponenten, welche als Basisbeschlagssystem für Fenster(türen) gelten, illustriert:

- Das Getriebe: Der Teil des Beschlags, der durch die Betätigung des Fenstergriffes bewegt wird. Über das Bewegen der Verriegelungspunkte wird das Fenster geöffnet und geschlossen.
- Die Eckumlenkungen samt Ecklagern: Drehpunkt des Fensters, auf welchem das Gewicht des Fensterflügels ruht.
- Die Schere: Am Blendrahmen befestigtes Beschlagsteil, welches im Beschlag des Flügels eingehängt ist. Zusammen mit dem Ecklager bildet die Schere die Drehachse des Fensters und steuert die Umschaltung von Dreh- und Kippstellung.
- Schliessblech: Befindet sich am Fensterrahmen. Die Getriebeverriegelung erfolgt über alle Schliessbleche des Fensters.

¹¹ Vgl. act. 75.

¹² Dabei handelt es sich um eine Druckgusslegierung aus Zink (>90 %), Aluminium, Magnesium und Kupfer. Die Bezeichnung setzt sich aus den Initialen der Legierungsbestandteile zusammen.

Abb. 2: Fensterbeschlag



Quelle: <http://www.baumarkt.de/lexikon/Fensterbeschlag.htm> (besucht am 15. Oktober 2010)

24. Die verschiedenen Einzelkomponenten eines Baubeschlags für Fenster und Fenstertüren bilden eine funktionale Einheit, welche die Öffnungsfunktion eines Fensters oder einer Fenstertür steuert und deren Einzelkomponenten aufeinander abgestimmt sind (Bohrungen etc.). Die einzelnen Beschlagskomponenten werden deshalb zu sog. Beschlagsgarnituren zusammengesetzt. Die verschiedenen Beschlagskomponenten werden jeweils nach Funktion, Grössenabmessung¹³ und Profilsystem/Werkstoff des Fensters zusammengestellt. Beschlagsgarnituren wiederum werden für den Bau und die Montage eines Fensters beziehungsweise einer Fenstertür verwendet.

25. Von den Beschlagsgarnituren zu unterscheiden ist das Beschlagszubehör, zu welchem Fenstergriffe, Bänder, Bauchemie, Schwellen und Regenschienen, Dichtungen, Schrauben, Getriebe, Einreiber, Griffschlitz etc. zu zählen sind. Bezugsquelle für Zubehör ist in der Regel eine andere als diejenige für Beschlagsgarnituren (vgl. im Einzelnen Rz. 221 ff.).

26. Es existieren verschiedene Baubeschlagsarten für Fenster und Fenstertüren. Diese werden durch die Öffnungsfunktion bestimmt. Dreh(kipp)beschläge sind die am häufigsten verwendeten Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. Dreh- und Drehkippsbeschläge werden bei ungefähr 80 bis 90 % der in Zentraleuropa üblichen Fenstern verwendet.¹⁴ Die Drehkipp-Technologie ermöglicht das mühelose Drehen und Kippen des Fensterflügels mit nur einem Handgriff. Durch Betätigung des Fenstergriffs kann das Fenster in eine Drehlage oder eine durch die Scherenausführung begrenzte Kippstellung gebracht werden.¹⁵ Abbildung 3 zeigt die Funktionsweise von einerseits Dreh- und Kipp-Beschlägen und

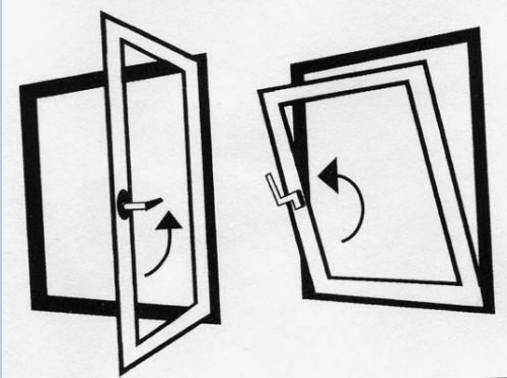
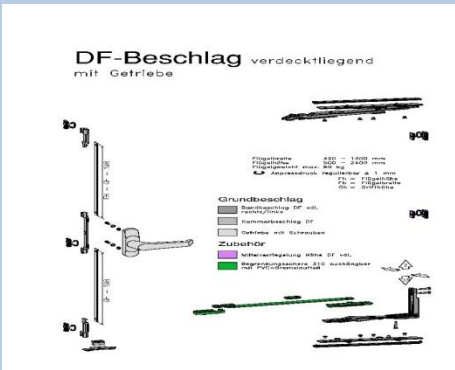
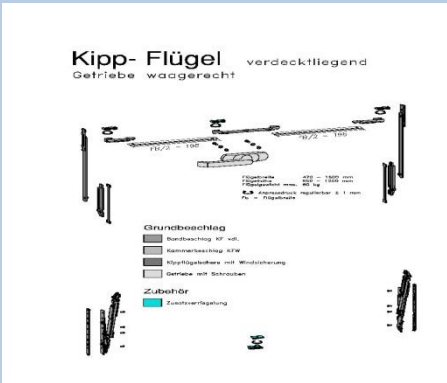
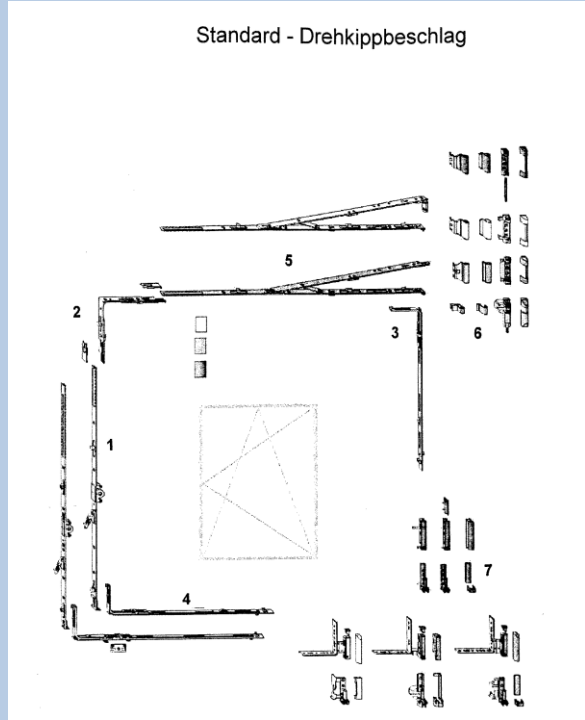
andererseits von der kombinierten Form, den Drehkippsbeschlägen, auf (vgl. Rz. 236).

¹³ Aufgrund der unterschiedlichen Grösse der Fenster(türen) unterscheiden sich die Komponenten insbesondere in den Ausmassen.

¹⁴ Einzig in England und den skandinavischen Ländern kommen mehrheitlich andere Beschlagstypen zum Einsatz; vgl. auch act. 114.

¹⁵ Vgl. http://www.baunetzwissen.de/glossar_begriffe/Beschlaege_Drehkippsbeschlaege_47309.html?layout=popup (besucht am 15. Oktober 2010).

Abb. 3: Beschlagssysteme

Dreh- oder Kipp-Beschlagssysteme	Drehkipp-Beschlagssysteme
<p>Dienen dazu, Fenster und Fenstertürflügel unter Betätigung eines Handhebels in eine Drehlage oder in eine durch die Scherenausführung begrenzte Kippstellung zu bringen.</p>  <p style="display: flex; justify-content: space-around;"> Drehfenster Kippfenster </p> <p>Quelle: http://www.baunetzwissen.de/standardartikel/Beschlaege_Allgem_eines-zu-oeffnungsarten_150162.html (besucht am 15. Oktober 2010)</p>  <p>DF-Beschlag verdecktfliegend mit Getriebe</p> <p>Drehbeschlag</p> <p>Quelle: http://www.notterbeschlaege.de/images/beschlaege/3v_1.jpg (besucht am 15. Oktober 2010)</p>  <p>Kipp- Flügel verdecktfliegend Getriebe waagrecht</p> <p>Kippbeschlag</p> <p>Quelle: http://www.notterbeschlaege.de/images/beschlaege/5v_1.jpg (besucht am 15. Oktober 2010)</p>	<p>Ermöglichen es, einen Fenster- beziehungsweise Türflügel sowohl in Kippstellung zu öffnen, wobei die unteren Verbindungspunkte von äusserem und innerem Fenster- beziehungsweise Türrahmen die Drehpunkte bilden, als auch in herkömmlicher Weise zu öffnen, wobei die Fenster- beziehungsweise Türseitenfläche als Drehpunkt dient.</p>  <p>Standard - Drehkippbeschlag</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Drehkipp-Getriebe 2. Winkeltriebe 3. Mittelverschlüsse / Kippverschlüsse waagrecht 4. Kippverschlüsse waagrecht 5. Winkelbandscheren 6. Scherenlager 7. Ecklager <p>Quelle: act. 182</p> <p>Drehkippbeschläge werden im Wesentlichen eingesetzt für senkrecht eingebaute ein- oder mehrflüglige¹⁶ Fenster(türen). Sie sind die am häufigsten gewählten Beschläge an Fenstern im Wohnungs- und Objektbau. Gebräuchliche Fenster-Drehkippbeschläge verschliessen Fenster und Fensterflügel und bringen sie in verschiedene Lüftungsstellungen.</p>

¹⁶ Fensterflügel werden am Blockrahmen beweglich befestigt. Fensterflügel können entweder nach innen oder nach aussen geöffnet werden, wenn lassen sich bei entsprechendem technischem Aufwand auch in

beide Richtungen öffnen. Je nach Fensterart werden ein-, zwei oder dreiflüglige Fenster unterschieden.

27. Eine weitere Öffnungsart sind Parallelschiebe- und Parallelschiebekippbeschläge. Dabei handelt es sich um Beschläge für schiebbare Flügel von Fenstertüren, die vorwiegend als Aussenabschlüsse verwendet werden. Fensterverarbeiter stellen Fenstertüren aus denselben Fensterprofilen her, die auch bei Drehkippfenstern verwendet werden (gleiches Profil und ähnlicher Herstellungsprozess). Unterschiede gibt es lediglich hinsichtlich der Grössendimension.¹⁷

28. Hebeschiebebeschläge werden vor allem bei Terrassentüren verwendet und sind ebenfalls Beschläge von Schiebetüren. Im Unterschied zu den Parallelschiebebeschlägen benötigen sie jedoch spezielle Profile.¹⁸

29. Davon zu unterscheiden sind die Spezialbeschläge beziehungsweise Sonderbeschläge, unter welche z.B. Senkkippfenster fallen. Im Wesentlichen übernehmen diese aber die gleichen Funktionen wie Dreh(kipp)beschläge und Schiebebeschläge, sie sind jedoch für grundsätzlich andere Fenstertypen konzipiert.¹⁹

A.3 Informationsaustausche

A.3.1 Einleitung

30. Erhöhte Stahl-, Zink- und Aluminiumpreise führten in der Regel zu Preiserhöhungen auf Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren. Infolge von gestiegenen Rohstoffpreisen haben die führenden Hersteller von Baubeschlägen für Fenster(türen) die Preise erhöht. Aufgrund dessen kam es auch in der Schweiz in der Vergangenheit zu Preiserhöhungen bei Fenster(tür)beschlägen.²⁰ Anlass war in der Regel, dass die Beschlagshersteller in Deutschland und Österreich eine Preiserhöhung vornahmen und ihre schweizerischen Vertriebsgesellschaften oder Grosshändler anwiesen, in der Schweiz ebenfalls die Preise zu erhöhen.²¹ Die Preiserhöhungen für den Schweizer Markt erfolgten in den Jahren 2004 und 2006/2007.

31. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Preiserhöhungen in den Jahren 2004 und 2006/2007 stützt sich im Wesentlichen auf die eingegangenen Bonusmeldungen, die Antworten auf die Fragebögen des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat), die beschlagnahmten Beweismittel sowie die Stellungnahmen der Untersuchungsadressaten zu den Verfügungsanträgen des Sekretariats vom 11. Februar 2010 und 14. Juli 2010.

32. Im Zentrum der Ermittlungen standen die im untersuchungsrelevanten Zeitraum erfolgten Preiserhöhungen (vgl. A.3.2) sowie diverse Kontakte zwischen einzelnen Untersuchungsadressaten (vgl. A.3.3 und A.3.4).

A.3.2 Preiserhöhungen

33. Fensterverarbeiter erhalten in der Regel Preislisten von den Vertriebsgesellschaften/Grosshändlern beziehungsweise den Lieferanten, von denen sie Beschläge beziehen. Auf den darauf enthaltenen Bruttopreisen werden einzelnen Fensterverarbeitern jeweils grössere Rabatte gewährt.

34. Die Preiserhöhungen erfolgten auf unterschiedliche Art und Weise: Zum einen, und dies war der Regelfall,

wurde die Preisbasis, namentlich die Einkaufspreise, erhöht, indem sie mit einem Materialteuerungszuschlag (nachfolgend: MTZ) versehen wurden. Zum anderen blieb die Preisbasis vereinzelt dieselbe und die Preiserhöhung manifestierte sich in individuellen, mit den einzelnen Kunden verhandelten Rabattanpassungen.²²

35. Wie nachstehende Ausführungen im Einzelnen aufzeigen, fanden im untersuchungsrelevanten Zeitraum regelmässig Kontakte zwischen den Untersuchungsadressaten statt. Diese erfolgten nach folgendem Muster: Die von den ausländischen Beschlagsherstellern geplanten Preiserhöhungen wurden ihren Vertriebsgesellschaften, respektive Grosshändlern, kommuniziert. Danach haben die Untersuchungsadressaten Informationen vorgängig zu den Preiserhöhungsankündigungen ausgetauscht. Diese Kontakte dienten i.d.R. dazu, sich gegenseitig hinsichtlich der Vorgehensweise in Bezug auf Preiserhöhungen in Kenntnis zu setzen. Ankündigungsschreiben wurden z.T. vor, aber auch nach dem Versand an die Kunden unter den Untersuchungsadressaten zum Zweck der Vertrauensbildung ausgetauscht.²³ Der Austausch diente der Sicherstellung des abgemachten Verhaltens.²⁴ Im untersuchungsrelevanten Zeitraum fanden verschiedene Kontakte zwischen den Untersuchungsadressaten statt bezüglich der Höhe und dem Umsetzungszeitpunkt der ihnen für den Schweizer Markt kommunizierten Preiserhöhungen. Auf die wettbewerbsrechtliche Bedeutung dieser Kontakte wird weiter unten eingegangen (vgl. Rz. 165 ff).

36. SFS und Koch bestreiten, regelmässige Kontakte nach einem allgemeinen Muster zu den übrigen Untersuchungsadressaten gehabt zu haben, welche dazu dienten, sich gegenseitig hinsichtlich der geplanten Vorgehensweise bei Preiserhöhungen zu informieren und durch den Austausch das vereinbarte Verhalten sicherzustellen. Diese Aussage treffe nicht auf SFS und Koch, sondern auf die Hersteller, welche die Preiserhöhungen lancierten, zu.

¹⁷ Vgl. act. 135; act. 174; act. 178.

¹⁸ Vgl. act. 174; act. 178.

¹⁹ Weitere Informationen dazu auf <http://www.bau beschlag.net/fensterbeschlaege/sonderbeschlaege/> (besucht am 15. Oktober 2010).

²⁰ Act. 2, S. 3.

²¹ Vgl. z.B. act. 17, A-13.

²² Act. 31, S. 9, Rz. 30; vgl. auch act. 2, S. 12, Anlage 5.

²³ Vgl. z.B. act. 17, A-4 / act. 17, A-0029.1; act. 17, A-16; act. 18, D-0045.1; vgl. auch act. 18, D-0039.1; act. 2, Anlagen 5, 15 und 22.

²⁴ Act. 55.

37. Dem ist entgegenzuhalten, dass – wie die nachfolgenden Ausführungen illustrieren – der Umsetzung der von den ausländischen Herstellern beschlossenen Preiserhöhungen in der Schweiz im untersuchungsrelevanten Zeitraum Informationsaustausche zwischen den Untersuchungsadressaten vorausgingen. Fest steht, dass die Untersuchungsadressaten – und insbesondere auch SFS und Koch – Preiserhöhungen an ihre Kunden nicht ankündigten, ohne dies den übrigen Untersuchungsadressaten vorgängig oder nach der Ankündigung mitzuteilen. Würde man dieser Argumentation folgen, dann wäre unerklärlich, weshalb SFS und Koch (i) überhaupt Informationen mit den übrigen Untersuchungsadressaten ausgetauscht hat und (ii) weshalb SFS am Treffen vom 22. September 2006 zunächst Preiserhöhungen kategorisch ablehnte, dann aber schliesslich ihren Kunden trotzdem ankündigte (vgl. Rz. 87 und 92 f.).

38. Bevor auf die einzelnen Preiserhöhungen eingegangen wird, ist hervorzuheben, dass die ausländischen Hersteller von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren Preiserhöhungen für die Schweiz beschlossen hatten und erst danach entweder über ihre Vertriebsgesellschaften oder über Grosshändler umsetzten. Bei dieser Umsetzung in der Schweiz haben sich die Vertriebsgesellschaften beziehungsweise Grosshändler über die Höhe und den Zeitpunkt ausgetauscht, nicht aber über die Preiserhöhungen an sich, die grundsätzlich bereits feststanden.

A.3.2.1 Preiserhöhungen 2004

39. Im Jahre 2004 wurden von den Herstellern von Baubeschlägen für Fenster- und Fenstertüren auf europäischer Ebene Preiserhöhungen in Form eines MTZ vorgenommen. Sämtliche Hersteller erhöhten die Verkaufspreise ihrer Baubeschläge auf den gleichen Zeitpunkt.²⁵ Daraufhin wurden die Schweizer Vertriebsgesellschaften und Grosshändler angewiesen, die Preise in der Schweiz ebenfalls zu erhöhen und diese an ihre Kunden zu überwälzen.²⁶

40. Nachdem Roto D [eine deutsche Herstellerin von Baubeschlägen] eine Preiserhöhung für den deutschen Markt ihren Kunden kommuniziert hat, fanden am 8. April 2004 diesbezüglich Telefonate zwischen den Marktführern Roto und Siegenia einerseits und Roto und SFS andererseits statt. Aus einer Telefonnotiz vom 8. April 2004 geht hervor, dass Siegenia Roto darüber informierte, dass Koch bei einer Preiserhöhung "nicht mitmachen werde". Gleichentags telefonierte Roto mit SFS und wurde dahingehend orientiert, dass Maco und GU abwarten wollten und keine Preiserhöhung planen.²⁷

41. Einer E-Mail vom 13. April 2004 ist zu entnehmen, dass SFS "auf ein gemeinsames Vorgehen mit Siegenia und Roto nicht eingehen" werde.²⁸

42. Aus einem Gespräch zwischen Roto, Koch und Siegenia vom 14. April 2004 geht hervor, dass SFS (als bedeutendster Zwischenhändler von Maco) "von Maco noch keine verlässliche Aussage" zur Preisentwicklung erhalten habe. Des Weiteren geht aus dem Gespräch hervor, dass das Verhalten auch bei GU noch "unklar" sei sowie dass Winkhaus beabsichtige, keine Preiserhö-

hung vorzunehmen und dass Koch den MTZ generell ablehne und dies in einem Schreiben an Siegenia mitteilen wolle.²⁹ Wie angekündigt, hat Koch den Widerstand gegen die geplante Preiserhöhung in einem Schreiben festgehalten. Koch führte darin aus, weshalb sie die Preiserhöhung nicht akzeptieren könne und nennt insbesondere die schwierige Umsetzbarkeit ("die letzte Preiserhöhung vom 01.07.2003 von 4.3 % konnte nur mit grösster Mühe umgesetzt werden [...], was uns trotz gewährter Konditionenverbesserung eine Margenverschlechterung eingebracht hat"). Das Schreiben hat Koch zur Begutachtung vorab als Anhang per E-Mail Roto zukommen lassen.³⁰ Es ist schliesslich am 20. April 2004 bei Siegenia eingegangen.³¹

43. Ebenfalls am 14. April 2004 fand ein Telefongespräch zwischen Roto und Siegenia statt, bei dem vereinbart worden ist, die weitere Entwicklung abzuwarten.³² Dies, obwohl Roto bereits ein Ankündigungsschreiben vorbereitet hatte betreffend Einführung eines MTZ in der Höhe von 6 % per 23. April 2004. Dieses Schreiben wurde indes nicht an die Kunden versendet.³³ Handschriftlich wurde darauf notiert, dass GU und Maco die Preiserhöhung "nicht umgesetzt" haben.³⁴

44. Aus einer SFS-internen E-Mail vom 14. April 2004 geht hervor, dass Siegenia ein "einheitliches Vorgehen" wünscht. Siegenia äusserte sich insbesondere dahingehend, dass die Preise im Schweizer Markt gemeinsam erhöht werden sollten. GU, Roto und Winkhaus seien mit 6 % ab dem 30. April 2004 einverstanden.³⁵

45. Aus einer internen E-Mail von Siegenia vom 15. April 2004 geht hervor, dass Siegenia vermutet, dass Winkhaus die Preiserhöhung "anscheinend angekündigt" habe.³⁶ Nachdem Siegenia Winkhaus ersucht hat, "aufgrund der Gespräche mit den anderen Anbietern, das Datum der Anwendung eventuell auf den 30.4. oder sogar 3.5. zu legen", habe Winkhaus diesem Vorgehen zugestimmt. Zudem geht aus der internen E-Mail ein gemeinsames Vorgehen von Roto und Siegenia hervor ("wir machen es gemeinsam gleich"). Roto wolle auf Siegenia warten. Des Weiteren habe GU "im Moment keine Zeit einen MTZ-Brief zu verfassen." Das Schreiben werde erst nächste Woche verschickt, "mit Termin 30.4. oder 3.5."³⁷

²⁵ Act. 31, S. 10, Rz. 35, Beilage 19 / act. 18, D-0044.1.

²⁶ Act. 31, Beilage 20.

²⁷ Act. 2, S. 12, Anlage 3.

²⁸ Act. 31, Beilage 24 / act. 18, D-14.

²⁹ Act. 2, S. 12, Anlage 4.

³⁰ Act. 2, S. 12, Anlage 5 / act. 15, B-12.

³¹ Act. 17, A-0033.1.

³² Act. 2, S. 12.

³³ Vereinzelt wurden Kunden durch Roto D über einen MTZ in der Höhe von 6 % per 23. April 2004 vorgängig in Kenntnis gesetzt (act. 141, Beilage 14.1).

³⁴ Act. 2, S. 12, Anlage 6.

³⁵ Act. 31, Beilage 21 / act. 18, D-0011.1.

³⁶ Act. 109.

³⁷ Vgl. zum Ganzen act. 17, A-6.

46. Siegenia hat ihren Kunden mittels Schreiben die Einführung eines MTZ in der Höhe von 6 % für Lieferungen ab dem 3. Mai 2004 angekündigt.³⁸ Ein solches Ankündigungsschreiben befand sich u.a. auch in den Unterlagen von Roto.³⁹ Dort befand sich ausserdem ein Blankoschreiben ohne Datum und Briefkopf, in welchem Winkhaus einen MTZ in der Höhe von 6 % per 19. April 2004 ankündigte.⁴⁰ Dasselbe Schreiben wurde bei Winkhaus gefunden, datiert auf den 13. April 2004 und adressiert "an alle Kunden".⁴¹ Es konnte allerdings nicht ermittelt werden, ob das bereits verfasste Preiserhöhungsschreiben von Winkhaus versendet worden ist. Ebenso wenig konnte ermittelt werden, ob das Umsetzungsdatum tatsächlich auf den 30.4. respektive 3.5. verschoben worden ist, wie dies von Siegenia verlangt wurde (vgl. Rz. 45). In einem Schreiben betreffend Nachtrag zur Offerte vom März 2005 informierte Winkhaus ausserdem einen Kunden dahingehend, dass die Rabattstufe zzgl. eines MTZ in der Höhe von 6 % erhöht werde (von 36 % auf 47 %), "um die gleiche Preisgrundlage wie die Mitbewerber zu erhalten".⁴² Somit sollte der MTZ direkt in die Rabatte integriert werden. Auch bei diesem Schreiben ist allerdings unklar, ob es tatsächlich verschickt worden ist.

47. Maco hat ihren Kunden schlussendlich am 15. April 2004 eine Preiserhöhung in der Höhe von 6 % per 23. April 2004 angekündigt.⁴³

48. Am 20. April 2004 teilte Siegenia Roto mit, dass sich Koch vehement gegen die 6 %-ige Preiserhöhung per 3. Mai 2004 wehre.⁴⁴ Dies geht ebenfalls aus einem Schreiben von Koch an Siegenia hervor sowie aus einer E-Mail von Koch an SFS.⁴⁵ Einer internen Mitteilung von Siegenia ist zu entnehmen, dass auch die übrigen Siegenia Kunden nicht bereit sind, den MTZ in der Höhe von 6 % zu zahlen.⁴⁶ Siegenia orientierte Roto ausserdem darüber, dass Maco "noch unsicher sei, wie man preislich verfahren wolle".⁴⁷ Gegenüber SFS kündigte Maco am 29. April 2004 schliesslich dieselbe Preiserhöhung (vgl. Rz. 47) rückwirkend per 23. April 2004 an.⁴⁸ Tatsächlich erfolgte dann nur eine teilweise Umsetzung des MTZ durch Maco.⁴⁹

49. Einem Protokoll vom 28. April 2004 betreffend einer Besprechung zwischen Maco und SFS ist zu entnehmen, dass "Maco von SFS erwartet, den MTZ in der Höhe von 6 % unbedingt weiterzugeben". [...] SFS beabsichtigte folglich, ihren Kunden gegenüber auf Maco Beschlügen eine Preiserhöhung ab 1. Juli 2004 in Form von individuellen Rabattanpassungen anzukündigen.⁵¹ Mit Schreiben vom 7. Juli 2004 informierte SFS Maco denn auch, den MTZ ihren Kunden gegenüber per 15. Juli 2004 "abmachungsgemäss" umzusetzen.⁵² In Bezug auf Siegenia Beschlügen, die durch SFS vertrieben werden, wird die Preiserhöhung von Koch als dem bedeutendsten Zwischenhändler von Siegenia vorgekommen werden (vgl. Rz. 55). In Bezug auf Maco-Beschlügen ist einer SFS-internen E-Mail zu entnehmen, dass SFS noch mit Roto telefonieren werde, "um zu erfahren, was Roto macht".⁵³ Es wurden keine Hinweise dafür gefunden, dass SFS die Preiserhöhung überwältigt beziehungsweise auf ihre Kunden übertragen hat.⁵⁴

50. GU kündigte ebenfalls eine Preiserhöhung in Form eines MTZ in der Höhe von 6 % per 15. Mai 2004 an.⁵⁵ Diese wurde in der Folge tendenziell umgesetzt.⁵⁶

51. In einer internen E-Mail von SFS vom 12. Mai 2004 wird ein Telefongespräch mit Siegenia festgehalten. Daraus geht hervor, dass Siegenia bezüglich MTZ noch nichts Definitives entschieden habe. Der entsprechende Entscheid werde "am Mittwoch nächster Woche" von Siegenia gefällt. Roto warte diesen ab. Dementsprechend schlägt SFS vor, ebenfalls abzuwarten "bis nächsten Mittwoch" sowie Maco noch nicht zu informieren; "erst wenn wir mehr von Siegenia beziehungsweise Koch wissen".⁵⁷

52. In einer weiteren E-Mail von SFS mit Datum vom 12. Mai 2004 wird ein Telefongespräch mit GU wiedergegeben. Die E-Mail enthält den Betreff "GU Preisverhalten MTZ" und beinhaltet eine Information, dass GU die Gültigkeit des MTZ auf den 1. Juni 2004 verschieben wird. Die Verschiebung wird damit begründet, dass noch "keine Einigkeit am Schweizer Markt ist." GU wolle ausserdem noch die Reaktion von Siegenia abwarten.⁵⁸

53. Aus der verzögerten Umsetzung der Preisanpassung durch GU resultierte schlussendlich ein MTZ in der Höhe von 6 % per 1. Juli 2004.⁵⁹

54. Aus einem Telefonat vom 19. Mai 2004 zwischen Maco und Siegenia geht hervor, dass Siegenia definitiv einen 6 %-igen MTZ einführen werde. Siegenia werde diesen "Ende nächster/Anfang übernächster Woche [...] ab 1. Juli schriftlich mitteilen und auch durchsetzen." Anlässlich dieses Telefongesprächs informierte Siegenia Maco ausserdem, dass Roto "dies ebenso durchziehen werde".⁶⁰

³⁸ Act. 133; act. 148; vgl. auch act. 18, D-7 / act. 18, D-0005.1 / act. 2, Anlage 14.

³⁹ Act. 2, S. 13, Anlage 7.

⁴⁰ Act. 2, S. 13, Anlage 8; vgl. auch act. 17, A-7; act. 109.

⁴¹ Act. 16, C-1; act. 109.

⁴² Act. 16, C-3.

⁴³ Act. 116.

⁴⁴ Vgl. act. 15, B-0020.3; act. 15, B-3.

⁴⁵ Act. 15, B-12; act. 18, D-0010.6; vgl. auch act. 17, A-21.

⁴⁶ Act. 17, A-0014.4.

⁴⁷ Act. 2, S. 13, Anlage 9.

⁴⁸ Act. 18, D-0011.6; act. 116.

⁴⁹ Act. 2, S. 13.

⁵⁰ Act. 18, D-0011.7.

⁵¹ Act. 31, S. 11, Rz. 39, Beilage 23.

⁵² Act. 18, D-0009.1.

⁵³ Act. 18, D-1.

⁵⁴ Act. 31, S. 11, Rz. 40.

⁵⁵ Act. 100 / act. 114.

⁵⁶ Act. 76–78; act. 83–85; act. 87–90; act. 93; act. 96; act. 98; act. 102; act. 104; act. 106–108; act. 109; act. 113; act. 115; act. 116; act. 117; act. 121–123; act. 126–144; act. 148; act. 149; act. 152; act. 154–163; act. 165–169.

⁵⁷ Act. 18, D-5.

⁵⁸ Act. 18, D-4; vgl. dazu auch act. 18, D-3.

⁵⁹ Act. 91.

⁶⁰ Act. 18, D-6.

55. In einer E-Mail vom 23. Mai 2004 informierte Maco SFS "nach Telefonat mit [Siegenia]" über einen definitiven MTZ von 6 % (vgl. Rz. 48). Des Weiteren wird SFS von Maco darüber in Kenntnis gesetzt, dass "nach den Siegenia-Koch Gesprächen vom Mittwoch, den 19. Mai 2004 entschieden worden ist, den MTZ ab 1. Juli 2004 umzusetzen!". Die schriftlichen Benachrichtigungen betreffend die Preiserhöhungen der Siegenia Beschläge an die Verarbeiter würden Ende KW 22 oder Anfang KW 23 von Koch aus erfolgen. Maco informierte SFS, dass gemäss Siegenia "auch Roto und GU die Verarbeiter zu diesem Zeitpunkt informieren" werden.⁶¹

56. Zwischen Roto und Siegenia fand am 24. Mai 2004 ein weiteres Telefongespräch statt, anlässlich welchem beschlossen wurde, in der Schweiz einen MTZ in zwei Schritten einzuführen. Namentlich wurde beschlossen, dass Siegenia die Preise per 1. Juli 2004 und 1. Oktober 2004 um jeweils 3 % erhöhen werde.⁶² Diese zweistufige Erhöhung wurde den Siegenia Kunden unter Bezugnahme auf die vorgängig bereits angekündigte 6 %-ige Preiserhöhung kommuniziert (vgl. Rz. 45).⁶³

57. Aus dem Telefongespräch vom 24. Mai 2004 zwischen Roto und Siegenia geht weiter hervor, dass die gleiche zweistufige Erhöhung für Koch gegenüber ihren Kunden gelten sollte (vgl. Rz. 56). Diese Erhöhung dokumentieren diverse Schreiben, in welchen Koch eine Preiserhöhung in Form eines MTZ von je 3 % per 1. Juli 2004 respektive 1. Oktober 2004 ankündigte.⁶⁴ Aus dem vorgenannten Telefonat zwischen Roto und Siegenia ging ausserdem hervor, dass Roto ihrerseits ihre Preise per 1. Juli 2004 um 3.5 % und per 1. September 2004 um weitere 2.5 % erhöhen werde.⁶⁵ Mit Schreiben vom Juni 2004 kommunizierte Roto ihren Kunden den mit Siegenia vereinbarten zweistufigen MTZ in der Höhe von 6 % (3.5 % per 1. Juli 2004 und 2.5 % per 1. September 2004).⁶⁶

58. Einer SFS-internen E-Mail vom 26. Mai 2004 ist zu entnehmen, dass Koch SFS direkt über die zweistufige Preiserhöhung informiert hatte.⁶⁷

59. Bei einigen Kunden mit Jahresverträgen liess sich der MTZ erst per 1. Januar 2005 umsetzen.⁶⁸

Vorbringen der Untersuchungsadressaten

60. SFS bestreitet, an Abreden zwischen den Herstellern beteiligt gewesen zu sein; die erwähnten Kontakte der SFS betreffen das vertikale Verhältnis, d.h. Kontakte von SFS zu ihren Zulieferern. Weiter macht SFS geltend, dass sie sich vehement gegen die Preiserhöhung der Hersteller gewehrt habe und nicht aktiv in die Gespräche unter den Herstellern involviert gewesen sei. Und schliesslich bestreitet SFS, einen MTZ in der Höhe von 6 % vereinbart zu haben, sie habe diese Information der Hersteller lediglich entgegengenommen.

61. Koch bestreitet ebenfalls, an Abreden zwischen den Herstellern beteiligt gewesen zu sein. Die Belege, welche auf eine relevante Beteiligung der Koch am Informationsaustausch hinweisen, seien nicht vorgelegt worden. Ferner macht Koch geltend, dass sie sich vehement gegen die Preiserhöhung der Hersteller gewehrt habe und nicht aktiv in die Gespräche unter den Herstellern involviert gewesen sei. Als Partnerin von Siegenia in der Schweiz habe sie lediglich die anderen Siegenia-

Händler (Kunden der Koch) über die Absichten des Herstellers aufgeklärt. Zum Schluss bestreitet Koch, einen MTZ in der Höhe von 6 % vereinbart zu haben, sie habe diese Information der Hersteller lediglich widerwillig akzeptiert.

62. GU führt ins Feld, dass es sich nicht um unmittelbare Kontakte mit den Wettbewerbern gehandelt habe, sondern diese vom "Hörensagen" aus Kontakten von GU mit Dritten herrührten. Die Informationen über das Verhalten von GU würden überwiegend von Kunden von GU, wie beispielsweise SFS, stammen. GU beanstandet zudem, dass nicht zwischen Kontakten horizontaler und vertikaler Natur differenziert werde. Und schliesslich bringt GU vor, dass GU im Jahr 2004 autonom eine Preiserhöhung geplant und angekündigt habe.

63. Maco hält fest, dass nicht alle Untersuchungsadressaten im Jahr 2004 einen MTZ von 6 % zum gleichen Zeitpunkt eingeführt hätten. Koch, Roto und Siegenia hätten die Preise erhöht; Maco, GU und Winkhaus hingegen nicht. Ferner macht Maco geltend, dass sie, mit einer Ausnahme, nur mit ihrem Schweizer Vertriebshändler SFS Kontakt hatte. Informationen zur Preispolitik gegenüber SFS seien immer von Letzterer und ohne Wissen von Maco an ihre Schweizer Konkurrenten weitergeleitet worden. Maco habe kein, SFS aber ein sehr erhebliches Interesse an einer Absprache mit den Untersuchungsadressaten gehabt. Maco hält deswegen fest, dass sie sich weder aktiv noch passiv an einem Austausch von Preisinformationen beteiligt habe. Auch aus den Akten könne zumindest für Maco nicht entnommen werden, dass sie an einer Abrede beteiligt gewesen sei.

64. Siegenia bestreitet die Sachverhaltsdarstellung grundsätzlich nicht, macht aber im Wesentlichen die wirtschaftliche Notwendigkeit der Preiserhöhungen geltend und betont, dass sie nicht versucht hätte, dadurch höhere Gewinne zu erzielen. Die Margen von Siegenia seien rückläufig gewesen.

65. Winkhaus macht geltend, dass eine Beteiligung an einem abgestimmten Verhalten bezüglich Preiserhöhungen im Jahr 2004 nicht erstellt sei.

Zwischenfazit Preiserhöhungen 2004

66. Die im Recht liegenden Beweismittel belegen, dass im Hinblick auf die Preiserhöhungen 2004 Informationen ausgetauscht wurden. Der Austausch fand bi-, tri- und multilateral statt und hat sich insbesondere auf die Art und Weise der Preiserhöhungen bezogen sowie auf

⁶¹ Act. 18, D-3.

⁶² Vgl. act. 17, A-21; act. 56, S. 5, Rz. 13.

⁶³ Act. 17, A-9; act. 133; act. 144; vgl. auch act. 17, A-0014.1; act. 17, A-0014.2 / act. 17, A-0014.3; act. 91; act. 139; act. 148.

⁶⁴ Act. 2, S. 14, Anlage 13; act. 15, B-1; act. 15, B-2; act. 15, B-4; act. 15, B-10; act. 15, B-11; act. 15, B-13; act. 15, B-0019.7; act. 15, B-0020.2; act. 18, D-1; act. 18, D-2; act. 31, Beilage 22; act. 91; act. 100; act. 108; act. 123; act. 165.

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen act. 2, S. 13, Anlage 11.

⁶⁶ Act. 2, S. 14, Anlage 12; act. 15, B-0020.5; act. 93; act. 102, Beilage 1; act. 113; act. 167.

⁶⁷ Act. 18, D-2.

⁶⁸ Act. 2, S. 14.

deren Höhe und Umsetzung. Unter den Untersuchungsadressaten fanden verschiedene Austausche statt, welche unterschiedlich intensiv ausfielen. So fand insbesondere zwischen den Marktführern Roto und Siegenia ein reger Austausch statt, der die eigene Preispolitik betraf.

67. Fest steht, dass rund um die Preiserhöhungen im Jahre 2004 verschiedene Austausche zwischen den Untersuchungsadressaten stattgefunden haben. Nicht nachgewiesen werden konnte jedoch, ob diese Austausche direkt zu den angekündigten respektive umgesetzten Preiserhöhungen führten. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass

- unklar ist, ob Winkhaus überhaupt Preiserhöhungsschreiben verschickt hat;
- die Untersuchungsadressaten die Umsetzung nicht einheitlich vornahm; einige setzten diese einstufig, andere zweistufig um und SFS erhöhte die Preise mittels individuellen Rabattanpassungen und schliesslich
- auch die geplanten und angekündigten Zeitpunkte für die Umsetzung der Preiserhöhungen nicht einheitlich kommuniziert wurden.

68. Bezüglich Maco ist festzuhalten, dass sie sich zwar in Bezug auf die Einführung eines MTZ sowie das Umsetzungsdatum ausgetauscht hat, allerdings hat sie eine gewisse Eigenständigkeit an den Tag gelegt, indem sie die Ankündigungsschreiben vor den übrigen Untersuchungsadressaten verschickt hat. Gestützt auf die Stellungnahmen von Maco und SFS ist jedoch unklar, wie intensiv die Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen tatsächlich ist beziehungsweise im untersuchungsrelevanten Zeitraum war, sodass es zweifelhaft scheint, ob SFS die Funktion als Sprachrohr für Maco wahrgenommen hat (vgl. auch Rz. 100 f.).

69. Zurückzuweisen ist jedoch das Vorbringen von SFS und Koch bezüglich der Beteiligung an einer horizontalen Abrede. Denn es bleibt die Tatsache stehen, dass diese beiden Unternehmen an den Informationsaustauschen (aktiv) teilgenommen haben. Dass sich SFS und Koch gegen die Preiserhöhungen der Hersteller gewehrt haben, deutet darauf hin, dass diese beiden Unternehmen in der Lage waren, auf die Umsetzung der feststehenden Preiserhöhungen Einfluss zu nehmen. Im Übrigen fanden die Austausche nicht nur zwischen SFS und ihrem Hauptzulieferer statt, sondern auch zwischen SFS und GU, Winkhaus, Roto und Siegenia. Bezüglich Koch ist einzuwenden, dass es zwar nicht auszuschliessen ist, dass sie andere Händler von Siegenia über die Absichten des Herstellers aufgeklärt hat, doch ändert dies nichts an der Tatsache, dass sich Koch auch mit GU, Winkhaus, Roto und Maco ausgetauscht hat.

70. Als erstellt zu betrachten ist, dass zwischen Roto und Siegenia bilaterale Informationsaustausche rund um die Preiserhöhungen im Jahre 2004 stattgefunden haben. Diese stehen in einem direkten und kausalen Zusammenhang mit den von Roto und Siegenia ihren jeweiligen Kunden gegenüber angekündigten respektive umgesetzten Preiserhöhungen. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass

- Roto und Siegenia gemeinsam aktiv um die Sammlung von Informationen bemüht waren, welche für die (koordinierte) Umsetzung der Preiserhöhungen im Jahre 2004 von Bedeutung sind (vgl. Rz. 40, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 51, 52, 54 und 56);
- Roto und Siegenia sich im Ergebnis darauf einigten, je einen zweistufigen MTZ in der Höhe von insgesamt 6 % einzuführen (vgl. Rz. 56 f.) und
- Roto und Siegenia den vereinbarten MTZ in der beschlossenen Form ihren Kunden gegenüber auch tatsächlich kommuniziert haben (vgl. Rz. 56 f.).

71. Auf die wettbewerbsrechtliche Relevanz der Absprache zwischen Roto und Siegenia wird weiter unten eingegangen (vgl. Rz. 194 ff.). Neben dieser konnten im Jahre 2004 keine weiteren Absprachen oder abgestimmte Verhaltensweisen nachgewiesen werden.

A.3.2.2 Preiserhöhung 2005

72. Im Jahre 2005 wurden die Baubeschlagspreise in der Schweiz nicht erhöht. Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass gewisse Kunden eine Preiserhöhung nicht akzeptiert hätten.⁶⁹

73. Aus einem Schreiben von Maco an SFS vom 11. März 2005, welches Bezug auf ein kurz davor geführtes Gespräch zwischen Maco und SFS nimmt, geht hervor, dass *"eine Preisanpassung im April/Mai 2005 voraussichtlich erforderlich sein wird, Maco eine solche von den entsprechenden Anpassungen der Mitbewerber abhängig machen wird"*.⁷⁰ Schliesslich sah einzig Maco eine Preiserhöhung per 1. April 2005 vor und orientierte ihren Schweizer Vertriebspartner SFS für das Jahr 2005 über einen MTZ in der Höhe von 6 % bei einer gleichzeitigen Rabatterhöhung, d.h. Integration des MTZ in die Rabatte.⁷¹ Die auf April/Mai 2005 angekündigte Preiserhöhung wurde indes nie vollzogen.⁷²

74. Die übrigen Untersuchungsadressaten sahen im Jahre 2005 von einer Preiserhöhung ab.

75. Für GU-Produkte erfolgte per 4. April 2005 anstelle einer Preiserhöhung eine Senkung der Bruttopreise.⁷³ Auch Siegenia nahm im Jahre 2005 Preiskorrekturen nach unten vor.⁷⁴

76. Mit Ausnahme der aus einem Lieferverhältnis resultierenden bilateralen Kontakte zwischen Maco und SFS rund um eine allfällige Preiserhöhung im Jahr 2005 konnten keine weiteren Kontakte respektive Informationsaustausche unter den Wettbewerbern festgestellt werden.

⁶⁹ Act. 2, S. 14; auch act. 114.

⁷⁰ Act. 18, D-0011.5.

⁷¹ Act. 56, Rz.17, Beilage 29 f. / act. 18, D-13; vgl. auch act. 18, D-0011.2; act. 18, D-0011.5.

⁷² Vgl. act. 56, Beilage 30; auch act. 114 sowie act. 18, D-11.

⁷³ Act. 114.

⁷⁴ Act. 17, A-14.

77. Insgesamt liegen keine Beweismittel vor, die auf abgestimmte Verhaltensweisen unter den Untersuchungsadressaten im Jahr 2005 hinweisen würden. Auch die dem Sekretariat eingereichten Selbstanzeigen von Roto, SFS und Koch förderten diesbezüglich keine weiterführenden Informationen zu Tage.

Zwischenfazit Preiserhöhung 2005

78. Ob im Hinblick auf eine allfällige Preiserhöhung für das Jahr 2005 Gespräche unter den Untersuchungsadressaten stattgefunden haben, ist nicht bekannt, spielt letztendlich aber auch keine Rolle, da in jenem Jahr die Beschlagspreise insgesamt nicht erhöht worden sind und – mit Ausnahme eines bilateralen Kontaktes zwischen Maco und SFS – keine weiteren Informationsaustausche nachgewiesen werden konnten. Maco hat zwar eine Preiserhöhung angekündigt, diese wurde indessen nie vollzogen (vgl. Rz. 73).

A.3.2.3 Preiserhöhungen 2006/07 – Treffen vom 22. September 2006

79. Aufgrund der ansteigenden Preise, insbesondere der Rohmaterialien Stahl, Zink und Aluminium, waren Anfang 2006 Preisaufschläge absehbar.⁷⁵

80. Gemäss Traktandum 2 "Wettbewerb" einer internen Notiz von Siegenia vom März 2006 fand zwischen den beiden Markführern Roto und Siegenia ein Gespräch statt, anlässlich dessen letztere darüber informiert wurde, dass "Roto auf den 1. Juli 2006 eine Preiserhöhung geplant hat".⁷⁶

81. An einem bei Koch in Wallisellen stattgefundenen Treffen vom 15. März 2006 zwischen Roto und Koch wurde die weitere Markt- und Preisentwicklung thematisiert und beschlossen, mit einer Preiserhöhung erst einmal zuzuwarten.⁷⁷

82. Aus einem Telefongespräch zwischen Roto und Siegenia vom 2. Mai 2006 ging hervor, dass GU keine Preiserhöhung vornehme,⁷⁸ Maco hingegen die Preise um 4 % erhöhen werde, jedoch ohne ein Ankündigungsschreiben an die Kunden zu schicken.⁷⁹

83. Anlässlich eines Telefongesprächs zwischen SFS und Roto vom 4. Mai 2006 wurde letztere dahingehend informiert, dass Maco im Jahre 2006 (nun doch) keinen MTZ erheben werde, im 2007 sei dies eventuell geplant.⁸⁰

84. Aus einer internen E-Mail von Siegenia mit Versanddatum vom 17. Mai 2006 geht hervor, dass auch "Roto, GU zur Zeit keine Preiserhöhung machen, vielleicht auf den 1.1.2007, ist aber noch offen." Die E-Mail hält fest: "Koch hat mit Roto gesprochen".⁸¹

85. Ein am 1. Juni 2006 erfolgtes Telefonat zwischen Roto und Siegenia brachte hervor, dass Siegenia nur auf dem Nischenmarkt Aluminiumbeschläge (im Bereich Schiebebeschläge) einen MTZ in der Höhe von 6 % einzuführen beabsichtigte, nicht jedoch bei den übrigen Beschlägen. Diese Erhöhung wurde schliesslich Koch, dem bedeutendsten Händler von Siegenia, mitgeteilt.⁸² Entsprechend erfolgten die Ankündigungsschreiben an die Kunden durch Siegenia und Koch Ende Juni/Anfang Juli 2006.⁸³ Bei den übrigen Beschlägen wollte Siegenia vorerst nicht erhöhen. Aus dem Telefongespräch ging

weiter hervor, dass Siegenia allenfalls eine Erhöhung um 4-5 % nach Absprache mit seinem bedeutendsten Zwischenhändler Koch per 1. Januar 2007 vornehmen werde.⁸⁴ Gesprächsinhalt bildete ausserdem der Umstand, dass Roto mit GU über deren Preiserhöhungsabsichten gesprochen habe und letztere ebenfalls nur im Bereich der Schiebebeschläge einen MTZ einführen werde. Bei den übrigen Beschlägen würde GU ebenfalls von einer Preiserhöhung absehen.⁸⁵ Gestützt darauf hat Roto ihr diesbezügliches Verhalten entsprechend angepasst und ebenfalls vorerst keine Preiserhöhung vorgenommen.⁸⁶ Dieser von Roto gefasste Entschluss geht auch aus einer internen Telefonnotiz vom 26. Mai 2006 hervor.⁸⁷

86. Anlässlich eines Telefongesprächs im August 2006 zwischen Roto und Siegenia schlug letztere vor, in der Schweiz die Preise per 1. Januar 2007 um 5–6 % zu erhöhen.⁸⁸

87. Am 24. August 2006 trafen sich Vertreter von Roto und Koch zum Golfen im Golf Club Breitenloh in Oberwil (ZH). Dabei kamen sie überein, die übrigen Wettbewerber zu einem multilateralen Treffen am 22. September 2006 bei Koch in Wallisellen einzuladen. Mit E-Mail vom 7. September 2006 lud Koch mit Ausnahme von Maco und GU sämtliche Untersuchungsadressaten zu diesem Treffen ein. Die E-Mail enthielt den Betreff "Terminanfrage Umsetzung MTZ 2007" und beinhaltete u.a. Folgendes: "Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen, um dem Internationalen Preisniveau etwas näher zu kommen."⁸⁹ Mit E-Mail vom Folgetag bestätigte Koch den Gesprächstermin vom 22. September 2006. Es wird darin informiert, "dass sich GU entschuldigen lässt, diese hätten ohnehin einen MTZ von 4.2 % per 01.09.2006 umgesetzt".⁹⁰ Ausserdem werde SFS versuchen, einen Gesprächspartner von Maco "in die Runde mitzubringen".⁹¹ Am Treffen vertreten waren schliesslich Koch, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus.⁹² Der wesentliche Inhalt der Besprechung

⁷⁵ Act. 31, S. 5, Rz. 14; vgl. auch act. 18, D-0011.4 sowie act. 18, D-0030.1.

⁷⁶ Act. 17, A-8.

⁷⁷ Vgl. act. 2, S. 14.

⁷⁸ Vgl. act. 16, C-2.

⁷⁹ Vgl. zum Ganzen act. 2, S. 15, Anlage 16.

⁸⁰ Vgl. act. 2, S. 15, Anlage 17.

⁸¹ Act. 17, A-11.

⁸² Act. 17, A-11.

⁸³ Act. 17, A-12; act. 100; act. 108; act. 123; act. 124; act. 165.

⁸⁴ Act. 2, S. 15, Anlage 18.

⁸⁵ Allerdings hat GU im August 2006 schliesslich einen MTZ von 4.2 % auf Drehkippbeschlägen und einen solchen von 5.9 % auf HST/PSK angekündigt; vgl. act. 114.

⁸⁶ Vgl. zum Ganzen act. 2, S. 15, Anlage 18.

⁸⁷ Vgl. act. 2, S. 15, Anlage 20.

⁸⁸ Act. 2, S. 15, Anlage 20.

⁸⁹ Act. 15, B-6; act. 18, D-0036.3; act. 31, S. 6, Rz. 16, Beilage 5.

⁹⁰ Vgl. act. 2, S. 16, Anlage 22 (vgl. Handnotiz Koch bzgl. Nichtumsetzung); act. 18, D-0037.1; act. 18, D-0037.2; vgl. auch act. 15, B-0024.3; act. 91; act. 114.

⁹¹ Vgl. zum Ganzen act. 2, S. 16, Anlage 21; act. 15, B-7 / act. 18, D-0010.4.

⁹² Act. 2, S. 16 f.; act. 31, S. 6, Rz. 18, Beilage 7.

geht aus diversen handschriftlichen Notizen sowie Aktennotizen von Sitzungsteilnehmern hervor. U.a. ist dieses folgendes Sitzungsthema zu entnehmen: *"Preiserhöhung auf 2007, wenn ja, wie hoch"*.⁹³ Zunächst tauschten sich die Gesprächsteilnehmer gegenseitig über Verkaufspreise, Marktsituation sowie Preiserhöhungen aus und informierten sich diesbezüglich über ihre Absichten. Koch, Siegenia und Roto kamen schliesslich überein, bis Ende Oktober 2006 einen MTZ in der Höhe von mindestens 5 % mit Wirkung per 1. Februar 2007 anzukündigen.⁹⁴ SFS hat anlässlich dieses Treffens die Absicht bekundet, ihre Preise nicht zu erhöhen, und begründete dies mit dem *"unterschiedlichen Preisniveau in Europa"*.⁹⁵

88. Anlässlich eines Treffens vom 29. September 2006 zwischen Winkhaus und Roto wurde letztere darüber informiert, dass Winkhaus die Preise per 1. Januar 2007 um 6 % anheben werde. Diese Preiserhöhung kommunizierte Winkhaus in einer E-Mail vom 16. Oktober 2006 gegenüber Roto und Siegenia (*"Preiserhöhung 6 % umgesetzt bis spätestens 1.2.2007"*). Das entsprechende Preiserhöhungsschreiben ist der Anlage besagter E-Mail zu entnehmen. Aus der E-Mail geht ebenfalls die Aufforderung zum gegenseitigen Austausch der Preiserhöhungsschreiben hervor.⁹⁶

89. Die geplanten Preiserhöhungen wurden von Roto anlässlich des Treffens wie folgt zusammengetragen: Koch und Siegenia um 5.7 % per 1. Februar 2007,⁹⁷ Winkhaus um 6 % per 1. Januar 2007,⁹⁸ Roto um 5.8 % per 1. Februar 2007.⁹⁹

90. Sämtliche vier Unternehmen, d.h. Koch, Siegenia, Roto und Winkhaus hielten ihre Zusagen ein und kündigten die Preiserhöhungen tatsächlich so an, wie dies an der Sitzung vom 22. September 2006 vereinbart worden beziehungsweise an der bilateralen Sitzung vom 29. September 2006 kommuniziert worden war.¹⁰⁰

91. Die Preiserhöhung von Roto liess sich jedoch nicht in vollem Umfang gegenüber den Kunden durchsetzen.¹⁰¹

92. Wie anlässlich des Treffens vom 22. September 2006 kommuniziert wurde, hat SFS die Preise vorerst nicht erhöht.¹⁰² Nichtsdestotrotz wurden die Einstandspreise auch ihr gegenüber per 1. Februar 2007 erhöht.¹⁰³ Maco kommunizierte SFS eine Preiserhöhung in der Höhe von 5.6 % ursprünglich per 1. Februar 2007,¹⁰⁴ schliesslich per 1. Mai 2007.¹⁰⁵ Siegenia kündigte SFS eine Preiserhöhung von 5.7 % per 1. Februar 2007 an.¹⁰⁶

93. In der Folge setzte SFS ihrerseits ihre Kunden über die entsprechenden Erhöhungen der Herstellerpreise in Kenntnis.¹⁰⁷ Bei den durch SFS vertriebenen Maco-Produkten wurde die Preisbasis per 1. Februar 2007 um 5.6 %¹⁰⁸ und bei den durch SFS verkauften Siegenia-Produkten generell um 5.7 % per 1. Februar 2007 erhöht.¹⁰⁹ Bei Maco-Produkten sollte die Preiserhöhung (bei gleichbleibender Preisbasis) durch individuell mit den einzelnen Kunden verhandelte Rabattanpassungen umgesetzt werden.¹¹⁰ In der Folge führten die individuellen Preisverhandlungen mit Kunden von Maco-Produkten gemessen am Umsatz zu einer durchschnittlichen Preiserhöhung von ca. [0–5] %.¹¹¹

94. Bei den durch SFS vertriebenen Siegenia-Produkten konnte ein Teil der erhöhten Einkaufskosten auf die Kunden überwältigt werden. Insgesamt konnte indes gemessen am Umsatz lediglich eine Preiserhöhung von ca. [0–5] % umgesetzt werden.¹¹² Die Umsetzung der Preiserhöhung von Siegenia-Produkten konnte von Koch gegenüber ihren Kunden zu 100 % weitergegeben werden.¹¹³ Bis auf 2-3 Kunden hat Siegenia den Preisaufschlag von 5.7 % bei allen Kunden durchgeführt.¹¹⁴

Vorbringen der Untersuchungsadressaten

95. Dagegen führten die Untersuchungsadressaten im Wesentlichen Folgendes an:

96. SFS bestreitet nicht, am Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen zu haben. Anlässlich der Stellungnahme zum Antrag vom 14. Juli 2010 bringt SFS jedoch vor, sie habe am Treffen vom 22. September 2006 keinerlei Informationen bezüglich allfälliger Preiserhöhungen mit ihren Wettbewerbern ausgetauscht und sich als einzige Teilnehmerin stets vehement gegen die Einführung eines MTZ gewehrt. Im Übrigen hätten die Hersteller die Preiserhöhungen beschlossen und für die einzelnen Länder festgelegt. SFS habe auf diese Entscheidungen keinen Einfluss nehmen können und sei gezwungen gewesen, die ihr gegenüber angekündigten Preiserhöhungen an ihre Kunden (zumindest teilweise) weiterzugeben. Im Gegensatz zu SFS würden die Hersteller und die vertikal integrierten Vertriebsgesellschaften von Preiserhöhungen profitieren, da sie einen höheren Preis und damit eine höhere Marge erzielen könnten.¹¹⁵ SFS macht ferner geltend, dass sie keine Entscheidungsfreiheit gehabt habe und lediglich versuchen konnte, die ihr auferlegten Preiserhöhungen möglichst zeitnah ihren Kunden weiterzugeben. Alles andere hätte ihrerseits zu Verlusten geführt. SFS rügt schliesslich, dass ihr Verhalten keine stabilisierende Wirkung auf die Abmachung gehabt hätte.

⁹³ Act. 15, B-0024.1; act. 15, B-0024.2; act. 18, D-0010.1; act. 18, D-0010.2; act. 31, S. 7, Beilagen 7 f.

⁹⁴ Act. 2, S. 17, Anlage 23; act. 31, S. 7, Rz. 22, Beilagen 7 f.

⁹⁵ Act. 31, S. 7, Beilagen 7 f.

⁹⁶ Act. 17, A-4 / act. 17, A-0029.1.

⁹⁷ Act. 15, B-5.

⁹⁸ Act. 17, A-16.

⁹⁹ Act. 2, S. 17, Anlage 24.

¹⁰⁰ Vgl. act. 2, S. 17, Anlage 25 / act. 18, D-0045.1; act. 17, A-3; act. 17, A-5; act. 17, A-10; act. 18, D-0010.3; act. 31, S. 7 f., Rz. 25, Beilagen 9–11; act. 91; act. 93; act. 100; act. 102; act. 108; act. 109; act. 113; act. 123; act. 124; act. 133; act. 139; act. 144; act. 148; act. 155; act. 165.

¹⁰¹ Act. 2, S. 17; act. 15, B-15; act. 15, B-16; act. 15, B-17.

¹⁰² Vgl. auch act. 18, D-0030.1.

¹⁰³ Vgl. act. 18, D-9; act. 18, D-12.

¹⁰⁴ Act. 18, D-0011.3; act. 31, S. 8, Beilage 15; act. 116; vgl. auch act. 18, D-8.

¹⁰⁵ Act. 18, D-0027.1; act. 18, D-8; act. 116.

¹⁰⁶ Act. 31, S. 8, Beilage 14.

¹⁰⁷ Act. 15, B-0003.2; act. 31, S. 8, Beilagen 15 und 16.

¹⁰⁸ Act. 31, S. 8, Beilage 15; act. 15, B-0003.2; act. 18, D-10.

¹⁰⁹ Act. 149, Beilage 2.

¹¹⁰ Act. 31, S. 9, Rz. 30, Beilage 17.

¹¹¹ Act. 31, S. 9, Rz. 33.

¹¹² Act. 31, S. 9, Rz. 31.

¹¹³ Act. 18, D-0030.1.

¹¹⁴ Act. 18, D-0045.2; act. 17, A-1; act. 17, A-22.

¹¹⁵ Act. 318, S. 3 f.

97. Winkhaus rügte, dass zunächst von einer einheitlichen Abrede beziehungsweise einem dauerhaften Verstoss ausgegangen wurde. Dies sei für Winkhaus unhaltbar. Relevant sei für Winkhaus einzig eine Beteiligung an einem Informationsaustausch in Bezug auf eine einmalige Erhebung des MTZ im Hinblick auf die Bruttopreisliste auf den 1. Januar 2007.

98. Koch führte ebenfalls ins Feld, dass nicht von einem dauerhaften Verstoss über einen Zeitraum von zweieinhalb Jahren ausgegangen werden könne. Dies insbesondere, weil Koch am Informationsaustausch im Jahre 2004 nicht beteiligt gewesen sei. Koch sei einzig am Informationsaustausch im Zeitraum 2006/2007 beteiligt gewesen. Koch bringt ferner vor, dass sie kein Interesse an der Umsetzung eines MTZ hatte und habe sich stets dagegen gewehrt. Sie habe keine Möglichkeit gehabt, den Entscheid des Herstellers (Siegenia) zu beeinflussen, ob und in welcher Höhe ein MTZ umgesetzt wird. Eine Verhaltensabstimmung sei eindeutig unter den Herstellern erfolgt. Die Rolle beziehungsweise die Bedeutung von Koch im Rahmen der Verhandlungen über Preiserhöhungen werde überschätzt und falsch interpretiert. Es treffe insbesondere nicht zu, dass Koch sich mit den Herstellern auf ein gemeinsames Vorgehen verständigt haben soll.

99. Roto und Siegenia bestreiten hingegen weder am Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen zu haben, noch die Sachverhaltsdarstellung.

100. Maco bringt vor, dass der Nachweis nicht erbracht sei, wonach sie an einem Informationsaustausch zur Angleichung des Marktverhaltens in der Schweiz beteiligt gewesen sei. Vielmehr sei es so, dass SFS die Informationen über die zukünftige Preispolitik von Maco, welche SFS aus bilateralen Gesprächen mit Maco erhalten habe, unter ihren Mitbewerbern ohne Wissen von Maco verteilte, um am Informationsaustausch über die Preise auf dem Schweizer Markt mitwirken zu können. Im Gegensatz zu Maco habe SFS ein Interesse an einem solchen Informationsaustausch gehabt. Maco macht weiter geltend, dass sie ihre Preiserhöhungen in autonomer Weise vorgenommen habe. Zwar entspreche die Höhe und der Zeitpunkt ihrer Preiserhöhung der beziehungsweise demjenigen von Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus, doch habe Maco keine Informationen mit den genannten Untersuchungsadressaten ausgetauscht. Maco sei nie mit den in der Schweiz tätigen Unternehmen in Kontakt getreten, um Informationen auszutauschen, ausser in einem Fall (im Jahre 2004), wo SFS Maco zur Kontaktaufnahme faktisch gedrängt hätte. Nur SFS hätte ein Interesse gehabt, Preiserhöhungen mit anderen Untersuchungsadressaten abzusprechen und entsprechende Massnahmen zu ergreifen.

101. Erst im Rahmen der Anhörungen vor der WEKO am 20. September 2010 legte Maco ein Beweismittel ins Recht, wonach sie von den angekündigten Preiserhöhungen von Koch über einen (Neu-)Kunden erfahren habe. Maco hat von der [...] ein Preiserhöhungsschreiben von Koch erhalten (Datum: 27. Oktober 2006) mit dem Vermerk "Was passiert bei den Maco-Fritzen?".¹¹⁶ Diese Preiserhöhung von Koch (als dem grössten Händler in der Schweiz) habe für Maco Signalwirkung gehabt, sodass Maco ihrerseits die Preiserhöhung von Koch

lediglich nachvollzogen habe. Deshalb bewege sich die Preiserhöhung von Maco im Rahmen des am Treffen von Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus Vereinbarten. Am 15. November 2006 kündigte Maco denn auch gegenüber SFS eine Preiserhöhung von 5,6 % an.

102. GU macht geltend, dass sie nicht an der massgeblichen Absprache beteiligt gewesen sei und bereits lange vor dem multilateralen Treffen über die Absprache eines MTZ autonom Preiserhöhungen angekündigt und umgesetzt habe.

Dazu ist Folgendes zu sagen:

103. Die Vorbringen bezüglich des Vorliegens eines dauerhaften Verstosses sind zunächst einmal hinfällig geworden, da aufgrund zusätzlicher Sachverhaltselemente, welche nach dem Verfügungsentwurf vom 11. Februar 2010 ans Licht kamen, nicht mehr von einem dauerhaften Verstoss ausgegangen wird.

104. Alle Untersuchungsadressaten, welche am Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen haben, bestreiten weder (i) ihre Teilnahme, noch (ii) dass an diesem Treffen über Preiserhöhungen Informationen ausgetauscht wurden; insbesondere bezüglich deren Höhe und Umsetzungsdatum. Somit kann festgehalten werden, dass gestützt auf die Sachverhaltsermittlungen und die Stellungnahmen der Untersuchungsadressaten erstellt ist, dass sich Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus am Treffen vom 22. September 2006 über Preiserhöhungen untereinander ausgetauscht haben.

105. Das Vorbringen von SFS und Koch, wonach die Preiserhöhungen gegen ihren Willen erfolgt seien und sie folglich gezwungen gewesen wären, die Preiserhöhungen weiterzugeben, mag zwar grundsätzlich zutreffend sein, ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass SFS und Koch am Treffen teilgenommen haben und sich dabei über Preiserhöhungen untereinander und mit den übrigen drei Teilnehmern ausgetauscht haben. Richtig ist, dass SFS zu Maco und Koch zu Siegenia ein besonderes, enges Verhältnis haben, das über eine gewöhnliche Lieferbeziehung hinausgeht. Entscheidend ist aber, dass SFS sich auch mit Roto, Winkhaus und Siegenia ausgetauscht hat beziehungsweise Koch mit Roto und Winkhaus (vgl. z.B. Rz. 83). Darüber hinaus ist bezüglich unterschiedlicher Interessenlagen der Untersuchungsadressaten darauf hinzuweisen, dass Roto, Siegenia, GU und Winkhaus keine Produkte in der Schweiz herstellen, sondern diese lediglich vertreiben und damit genau dasselbe tun wie SFS (für Maco-Produkte) und Koch (für Siegenia-Produkte). In diesem Sinne äusseren sich auch verschiedene Untersuchungsadressaten. So sagten beispielsweise Roto und Siegenia aus, dass die Vertriebsgesellschaften in der Schweiz eigentlich eine Händlerfunktion ausüben würden.¹¹⁷ Mehrere der Untersuchungsadressaten sind zudem der Ansicht, dass alle am Treffen vom 22. September 2006 anwesenden Unternehmen ähnliche Interessen gehabt hätten.¹¹⁸

¹¹⁶ Act. 344.

¹¹⁷ Act. 355, S. 6, 15 und 37.

¹¹⁸ Act. 355, S. 6, 8 und 11.

106. Massgeblich ist einzig, dass SFS und Koch die Preiserhöhungen wie am Treffen vom 22. September 2006 vereinbart ihren Kunden gegenüber kommuniziert und umgesetzt haben. Ob die Teilnahme von SFS und Koch am Treffen eine stabilisierende Wirkung hatte oder nicht kann letztlich dahingestellt bleiben, denn ungeachtet der Beweggründe und Auswirkungen des am Treffen Vereinbarten auf SFS und Koch, ist nicht einzusehen, weshalb SFS und Koch gezwungen gewesen sein sollten, am Treffen teilzunehmen und sich insbesondere mit Roto auszutauschen. Angesichts der Abwesenheiten von GU und Maco deutet die Teilnahme von SFS und Koch am Treffen eher darauf hin, dass sie sich aktiv am Austausch beteiligen wollten.

107. Erstellt ist weiter, dass weder GU noch Maco am Treffen vom 22. September 2006 selber teilgenommen haben. In Bezug auf GU kann, gestützt auf die im Recht liegenden Beweise sowie auf die Stellungnahmen der Untersuchungsadressaten, festgehalten werden, dass nicht nachgewiesen werden kann, ob sich GU bezüglich der Preiserhöhungen 2006/2007 mit den übrigen Untersuchungsadressaten ausgetauscht hat. GU hat insbesondere die Preiserhöhung autonom und unabhängig von den übrigen Untersuchungsadressaten sowie vorgängig zum Treffen vom 22. September 2006 vorgenommen (vgl. Rz. 87).

108. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass den aufgeführten Beweismitteln zwar zu entnehmen ist, dass GU ihre Preiserhöhungsabsichten auf Anfrage hin gegenüber einzelnen Untersuchungsadressaten kommuniziert hat. Nichtsdestotrotz weist das Verhalten von GU eine gewisse Eigenständigkeit auf. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass GU ihre Preise unabhängig von den Preiserhöhungen der Untersuchungsadressaten festgelegt hat. Namentlich hatte GU bereits vorgängig zum genannten multilateralen Treffen einen MTZ in der Höhe von 4.2 % per 1. September 2006 umgesetzt. Damit hat GU ihre Preiserhöhung – im Gegensatz zu den anderen Untersuchungsadressaten – sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch bezüglich der Höhe unabhängig umgesetzt.

109. Aus den Stellungnahmen von Maco sowie der übrigen Untersuchungsadressaten kann das Verhältnis zwischen Maco und SFS nicht klar beurteilt werden. Gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel ging die WEKO ursprünglich davon aus, dass SFS sozusagen die Funktion als Sprachrohr für Maco wahrnahm, doch angesichts der Darstellung von Maco scheint diese Schlussfolgerung zumindest fraglich. Erstellt ist, dass Maco am Treffen vom 22. September 2006 selber nicht teilgenommen hat. Dennoch kündigte Maco – im Gegensatz zu GU – SFS nach dem Treffen vom 22. September 2006 eine Preiserhöhung im Rahmen des anlässlich des Treffens zwischen Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus Beschlossenen an. Maco kommunizierte SFS einen MTZ in der Höhe von 5.6 % per 1. Februar 2007 respektive 1. Mai 2007 an. Dies wurde als Indiz dafür gewertet, dass sich Maco bei der Festlegung ihrer Preiserhöhung im Jahre 2006/2007 am Vorgehen von Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus orientierte, sodass diese Vorgehensweise nicht als autonome Preisfestlegung qualifiziert werden konnte. Für die Annahme des Gegenteils lagen zu diesem Zeitpunkt keine

hinreichenden Beweismittel vor. Es war daher nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Preiserhöhung von Maco kausal auf das am Treffen vom 22. September 2006 Vereinbarte zurückzuführen ist und Maco – entgegen ihrer ersten Darstellung – sich (wenn auch indirekt) mit den genannten Untersuchungsadressaten über Preiserhöhungen austauschte.

110. Im Rahmen der Anhörungen vor der WEKO stellte sich dann aber heraus, dass Maco weder von Koch noch von SFS eine Einladung zur Teilnahme am Treffen vom 22. September 2006 erhalten hatte. Überdies wurde Maco von SFS auch nicht angegangen, am Treffen teilzunehmen.¹¹⁹ Zudem belegte Maco ihre Behauptung, dass sie von Preiserhöhungen der übrigen Untersuchungsadressaten von Fensterverarbeitern direkt (und nicht von Roto, Siegenia, Koch, SFS oder Winkhaus) informiert wurde, indem sie ein Preiserhöhungsschreiben eines ehemaligen Koch-Kunden ([...]) einreichte, welches diesem von Koch zugestellt wurde).

111. Schliesslich bleibt anzufügen, dass nicht nachgewiesen werden kann, ob Maco und SFS Informationen rund um das Treffen vom 22. September 2006 untereinander ausgetauscht haben. Diesbezüglich bestanden Indizien, dass SFS die Interessen von Maco in der Schweiz wahrnahm, doch stellte sich anlässlich der Anhörungen vor der WEKO heraus, dass Maco in der Schweiz mit technischen Aussendienstmitarbeitern am Markt tätig ist, welche mit Verkaufsleuten von SFS Kundenbesuche durchführen. Dies stützt die Aussage von Maco, dass sie (in der Regel) über Preiserhöhungsabsichten anderer Untersuchungsadressaten von den betreuten Kunden direkt informiert wurden.

112. Daher ist es als erstellt zu betrachten, dass Maco im Hinblick auf die von ihr angekündigte Preiserhöhung im Jahre 2006/2007 über Preiserhöhungen anderer Untersuchungsadressaten über Kunden informiert gewesen war und ihre Preiserhöhung nicht direkt und kausal auf das von Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus am Treffen vom 22. September 2006 Vereinbarte zurückgeführt werden kann.

Zwischenfazit Preiserhöhungen 2006/2007 – Treffen vom 22. September 2006

113. Die Unternehmen Roto, Siegenia, Winkhaus, SFS und Koch haben im Hinblick auf die Preiserhöhungen 2006/07 Informationen ausgetauscht. Der Austausch fand bi-, tri- und multilateral statt und hat sich insbesondere auf die Art und Weise der Preiserhöhungen sowie deren Höhe und Umsetzung bezogen. Die Informationen wurden mittels Telefonaten sowie E-Mail Verkehr zwischen Untersuchungsadressaten ausgetauscht.

¹¹⁹ Vgl. act. 355, S. 18.

114. Hinzu kam im Jahre 2006 ein multilaterales Treffen, welches am 22. September 2006 bei Koch in Wallisellen stattfand. Zu jenem Treffen wurden mit Ausnahme von Maco sämtliche Untersuchungsadressaten eingeladen. Die Unternehmen Koch, Roto, SFS, Siegenia und Winkhaus haben schliesslich an der Sitzung teilgenommen, d.h. abgesehen von GU waren alle eingeladenen Unternehmen am Treffen vertreten. Roto, Siegenia, Koch und Winkhaus kamen anlässlich dieses Treffens überein, bis Ende Oktober 2006 einen MTZ in der Höhe von mindestens 5 % mit Wirkung per 1. Februar 2007 anzukündigen. Ein weiteres bilaterales Treffen fand am 29. September 2006 zwischen Winkhaus und Roto statt. Anlässlich dieses Treffens teilte Winkhaus ihrerseits im Nachgang zum Treffen vom 22. September 2006 ihre geplante Preiserhöhung mit, welche ebenfalls der vorgenannten Abmachung in Bezug auf die Höhe entsprach. Diese Preiserhöhung wurde in der Folge per E-Mail Roto und Siegenia mitgeteilt mit Umsetzungsdatum bis spätestens 1. Februar 2007. Dieses Datum deckt sich mit dem am 22. September 2006 vereinbarten Umsetzungsdatum, welches ebenfalls auf den 1. Februar 2007 angesetzt worden ist. Die anlässlich der Sitzungen vom 22. September 2006 und 29. September 2006 vereinbarte Höhe des MTZ (mind. 5 %) sowie dessen angekündigtes Umsetzungsdatum wurden von all diesen Unternehmen, namentlich Roto, Siegenia, Koch und Winkhaus eingehalten.

115. SFS hat anlässlich des Treffens kommuniziert, dass sie die Preise nicht erhöhen werde. In der Folge setzte SFS aber dennoch ihre Kunden über die entsprechenden Erhöhungen der Herstellerpreise in Kenntnis.¹²⁰ Bei den durch SFS vertriebenen Maco-Produkten wurde

die Preisbasis per 1. Februar 2007 um 5.6 %¹²¹ und bei den durch SFS verkauften Siegenia-Produkten generell um 5.7 % per 1. Februar 2007 erhöht.¹²²

116. In Bezug auf GU und Maco ist Folgendes festzuhalten: Beide Untersuchungsadressaten haben nicht am massgeblichen Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen. Zudem ist nicht erstellt, dass ihre Preiserhöhungen kausal auf das von Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus am genannten Treffen Vereinbarte zurückzuführen und auch sonst nicht durch die getroffene Vereinbarung verursacht worden sind.

117. Die Preiserhöhungen aller am Treffen anwesenden Untersuchungsadressaten wurden ihren Kunden so angekündigt, wie sie vorgängig anlässlich der diversen Kontakte koordiniert worden sind (vgl. Tabelle 1). Entscheidend ist dabei, dass

- alle Teilnehmer des Treffens vom 22. September 2006 eine Preiserhöhung um mindestens 5 % angekündigten und auch umsetzen;
- das geplante Umsetzungsdatum einheitlich als Ziel festgelegt und den Kunden auch dementsprechend angekündigt wurde.

118. Die im Markt umgesetzten Preiserhöhungen im Jahre 2006/2007 können somit direkt und kausal auf das Treffen vom 22. September 2006 zurückgeführt werden. Dies illustriert Tabelle 1, welche die von den Untersuchungsadressaten vereinbarten Preiserhöhungen (in Form eines MTZ) zusammenfassend aufführt. Tabelle 1 gibt das geplante Umsetzungsdatum, die gegenüber den Fensterverarbeitern angekündigten Preiserhöhungen sowie deren angekündigtes Umsetzungsdatum wieder.

Tabelle 1: Übersicht über die Preiserhöhungen 2006/2007

Unternehmen	Höhe des vereinbarten MTZ (in %)	Geplantes Umsetzungsdatum	Angekündigte Preiserhöhung (in %)	Angekündigtes Umsetzungsdatum
Roto	5.8 %	1. Februar 2007	5.8 %	1. Februar 2007
Siegenia ¹²³	5.7 %	1. Februar 2007	5.7 %	1. Februar 2007
Koch	5.7 %	1. Februar 2007	5.7 %	1. Februar 2007
SFS (Siegenia-Produkte)	5.7 %	1. Februar 2007	5.7 %	1. Februar 2007
SFS (Maco-Produkte)	5.6 %	1. Februar 2007	5.6 %	1. Februar 2007
Maco ¹²⁴	5.6 %	1. Februar 2007	5.6 %	1. Februar 2007
Winkhaus	6 %	1. Januar 2007	6 %	1. Januar 2007

¹²⁰ Act. 31, S. 8, Beilagen 15, 16; act. 15, B-0003.2.

¹²¹ Act. 31, S. 8, Beilage 15.

¹²² Act. 149, Beilage 2.

¹²³ Bezieht sich einzig auf die Preiserhöhungen gegenüber dem wichtigsten Händler Koch. Siegenia Beschlüge werden auch an grössere Kunden via Koch und grundsätzlich nicht direkt an die Fensterverarbeiter geliefert (vgl. act. 49).

¹²⁴ Bezieht sich im Wesentlichen auf die Preiserhöhungen gegenüber dem wichtigsten Händler SFS.

A.3.3 Informelle Kontakte

119. Am Rande der grössten Schweizer Baummesse "Swissbau"¹²⁵ im Jahre 2005 fanden insbesondere bilaterale Gespräche zwischen gewissen Untersuchungsadressaten¹²⁶ über die Marktsituation allgemein sowie über Preiserhöhungen respektive die Umsetzung des MTZ 2004 statt. Zudem wurde über an Kunden kommunizierte Preiserhöhungen sowie deren allfällige Nichtumsetzung beziehungsweise den Zeitpunkt der Umsetzung gesprochen.¹²⁷ Der genaue Inhalt der jeweiligen Gespräche ist indes unbekannt.

120. Der bilaterale Informationsaustausch zwischen einzelnen Untersuchungsadressaten umfasste teilweise neben den oben umschriebenen Inhalten weitere Themen.¹²⁸ So orientierte Winkhaus beispielsweise anlässlich ihres Besuchs bei Roto am 29. September 2006 über die geplante Akquisition von vier bis fünf Neukunden.¹²⁹

121. Weiter wurde anlässlich eines Telefonats vom 23. Mai 2007 zwischen Roto und SFS zunächst über den Markt allgemein gesprochen. Gesprächsinhalt war ausserdem der Umstand, dass SFS Roto einen Kunden abgeworben hatte. Aus der entsprechenden Telefonnotiz geht hervor, dass Maco SFS die Differenz zwischen dem bisherigen von Roto bezahlten Preis und dem von SFS ausgehandelten tieferen Preis bezahlt ("Salzburg bezahlt Differenz").¹³⁰

Zwischenfazit

122. Erstellt ist, dass vereinzelt unter den Untersuchungsadressaten Gespräche über den Markt allgemein sowie über Kundenakquisitionen beziehungsweise – abwerbungen stattgefunden haben. Es liegen gewisse Dokumente vor, welche den Inhalt solcher Informationsaustausche wiedergeben (vgl. Rz. 120 und 121); insgesamt liegen indes keine Beweismittel vor, die einen über die oben beschriebenen Kontakte (vgl. A.3.2 und A.3.3) hinausgehenden Austausch dokumentieren.

A.3.4 Kunden

123. Nachfolgend werden Sachverhalte aufgeführt, die sich ausschliesslich zwischen einzelnen Untersuchungsadressaten im bilateralen Verhältnis abspielten. Gegenstand der einzelnen Abmachungen waren stets Kunden. Die übrigen Untersuchungsadressaten waren vom Informationsaustausch nicht betroffen.

A.3.4.1 Koch – SFS

124. Koch und SFS haben im Jahre 2003 anlässlich eines Treffens im Rahmen der Neuorganisation für das Jahr 2004 eine Abmachung "zur Absicherung des gemeinsamen Fensterbeschlagmarktes mit Siegenia Beschlägen" getroffen. Einem in der Folge des Gesprächs verfassten Schreiben von Koch an SFS beziehungsweise an einen grösseren Kunden ist zu entnehmen, dass "Solche Allianzen für die Zukunft immer wichtiger" werden würden. Insbesondere wurde darin festgehalten, dass "die bestehenden Kundenstrukturen beibehalten werden sollen." Hierfür und zwecks Transparenz sollte gegenseitig eine Kundenliste erstellt werden, "aus welcher ersichtlich wird wer wo Lieferpartner ist und mit welchen Produkten der Verarbeiter beliefert wird. Diese Regelung soll eine Doppelbelieferung nicht ausschlies-

sen", [...]. Dem genannten Schreiben von Koch an SFS ist ausserdem zu entnehmen, dass [...].¹³¹

125. In einem Schreiben vom 7. Januar 2004 bestätigte Koch gegenüber SFS die geltenden Rabatt- und Lieferkonditionen für Siegenia-Produkte [...].¹³²

126. Ob die umschriebene Abmachung im untersuchungsrelevanten Zeitraum tatsächlich zum Tragen kam, ist unklar und konnte vorliegend nicht nachgewiesen werden. Fest steht jedoch, dass Koch auf Anfrage die ganze Schweiz beliefert hat.¹³³ Es ist davon auszugehen, dass SFS als wichtigste Vertreiberin von Maco-Baubeschlägen seit geraumer Zeit eigene Strategien verfolgt. Eine Allianz in dieser Form besteht dem Anschein nach heute nicht mehr.¹³⁴

Zwischenfazit

127. Es liegen somit Beweismittel vor, dass zwischen Koch und SFS eine Vereinbarung getroffen worden ist, mittels welcher ein Verbot bezüglich aktivem Abwerben von bestehenden Kunden festgelegt worden ist.

128. Die Vereinbarung stammt aus dem Jahre 2003 respektive 2004. Ein Beweis dafür, ob sie jemals zum Tragen kam beziehungsweise ob sich die Unternehmen entsprechend verhalten haben, kann aufgrund der Aktenlage nicht erbracht werden.

A.3.4.2 Roto – Winkhaus

129. Anlässlich des am 29. September 2006 stattgefundenen Besuchs von Winkhaus bei Roto in Dietikon erklärte sich Winkhaus mit einem Moratorium einverstanden, wonach [...]. Diese Abmachung wurde in einem sog. Gentleman's Agreement festgehalten. Die Vereinbarung sah vor, das Agreement Ende Oktober 2006 in Kraft treten und bis Ende März 2007 andauern zu lassen. [...].¹³⁵

Zwischenfazit

130. Es liegen keine Beweismittel vor, wonach die umschriebene Abmachung tatsächlich zum Tragen kam. Erstellt ist hingegen die Existenz einer Abmachung an sich, welche vorsah, dass zum einen [...] und zum anderen, dass [...].

A.3.4.3 Roto – Koch

131. Im Rahmen von Auftragsvergaben wurden zwischen Roto und Koch die Offerten für einzelne Grosskunden vorgängig abgestimmt.¹³⁶ Diesbezüglich sprachen die beiden Wettbewerber von sog. *Schutzofferten*.

¹²⁵ Vgl. www.swissbau.ch. Die Fachmesse fand während dem untersuchungsrelevantem Zeitpunkt an folgenden Daten statt: 25.–29. Januar 2005; 25.–27. Januar 2007.

¹²⁶ Mindestens Winkhaus, Roto und GU haben an der Swissbau 2005 teilgenommen (vgl. act. 18, D-0011.8).

¹²⁷ Act. 2, S. 14; vgl. auch act. 17, A-0014.4.

¹²⁸ Act. 17, A-2.

¹²⁹ Act. 2, S. 17.

¹³⁰ Vgl. act. 2, S. 18, Anlage 26.

¹³¹ Act. 15, B-8; act. 15, B-14; act. 181, Beilage 13.

¹³² Vgl. act. 181, S. 10, Beilage 15 / act. 15, B-0019.3; act. 18, D-0010.5.

¹³³ Act. 181, S. 9.

¹³⁴ Vgl. Act. 181, S. 10.

¹³⁵ Act. 2, S. 17.

¹³⁶ Act. 2, S. 11.

132. Namentlich wurde Koch verschiedentlich von Roto über Anfragen grosser Fensterverarbeiter orientiert. [...].¹³⁷

133. Die diesbezüglichen Aussagen der beiden Untersuchungsadressaten sind uneinheitlich. Gemäss einer Untersuchungsadressatin fanden solche Abmachungen mit einer gewissen Regelmässigkeit statt [...],¹³⁸ gemäss Angaben der anderen Untersuchungsadressatin habe es sich dabei um einen Einzelfall gehandelt.¹³⁹ Beweismittel, welche die Existenz mindestens einer solchen Schutzofferte zwischen den beiden Wettbewerbern belegen, liegen der WEKO lediglich für die Zeitspanne Ende Januar 2007 bis Anfang Februar 2007 vor.¹⁴⁰

Zwischenfazit

134. Gestützt auf die Aktenlage kann bewiesen werden, dass mindestens für den Zeitraum Ende Januar bis Anfang Februar 2007 zwischen Roto und Koch eine Abmachung bezüglich Kundenzuteilung mittels einer sog. Schutzofferte getroffen worden ist. Es liegt nahe, dass diese Abmachung zumindest für jenen Zeitpunkt umgesetzt worden ist. Ein Beweis dafür liegt indes nicht vor.

A.3.4.4 Ergebnis

135. Vor dem Hintergrund der im Recht liegenden Beweismittel sowie angesichts der Erkenntnisse der Stellungnahmen der Untersuchungsadressaten kommt die WEKO zum Schluss, dass es als erstellt betrachtet werden kann, dass sich Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus am Treffen vom 22. September 2006 in Wallisellen über Preiserhöhungen ausgetauscht haben und dabei insbesondere die Höhe und das Datum der Umsetzung untereinander koordiniert haben. Das gemeinsam koordinierte Vorgehen wurde gegenüber den Kunden im Anschluss an das Treffen angekündigt und umgesetzt.

136. Als erstellt zu betrachten ist zudem, dass zwischen Roto und Siegenia bilaterale Informationsaustausche rund um die Preiserhöhungen im Jahre 2004 stattgefunden haben. Diese stehen in einem direkten und kausalen Zusammenhang mit den von Roto und Siegenia ihren jeweiligen Kunden gegenüber angekündigten respektive umgesetzten Preiserhöhungen.

137. Bezüglich der übrigen Informationsaustausche in den Jahren 2004 und 2005 liegen Beweismittel vor, welche belegen, dass solche Austausch bi-, tri- oder multilateral zwischen sämtlichen Untersuchungsadressaten erfolgt sind, jedoch kann aufgrund der Akten- und Beweislage sowie der Stellungnahmen der Untersuchungsadressaten nicht nachgewiesen werden, dass Austausch über Preiserhöhungen oder ein damit verbundenes, koordiniertes Vorgehen sämtlicher Untersuchungsadressaten stattgefunden haben. Das Gleiche gilt für die informellen Kontakte.

138. Somit ist für die nachfolgenden Ausführungen von einer beweismässig erstellten einmaligen Absprache zwischen Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus bezüglich der Preiserhöhungen im Jahre 2006/2007 sowie von einer bilateralen Absprache zwischen Roto und Siegenia bezüglich der Preiserhöhungen im Jahre 2004 auszugehen.

A.4 Verfahren

139. Am [Datum] wurde der Sachverhalt (betreffend den europäischen Wirtschaftsraum) bei der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb) gemeldet. Auf europäischer Ebene fanden am 3./4. Juli 2007 Nachprüfungen bei diversen Beschlagsherstellern in mehreren Mitgliedstaaten statt.¹⁴¹ Das Verfahren vor der Europäischen Kommission ist derzeit noch nicht abgeschlossen.

140. Am 10. Juli 2007 ging beim Sekretariat eine Selbstanzeige in Form einer schriftlichen Unternehmensklärung von Roto ein. Die rechtliche Vertretung von Roto hat dem Sekretariat ein Zustelldomizil in der Schweiz angegeben.

141. Am 16. Juli 2007 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 KG gestützt auf die eingangs erwähnte Selbstanzeige. Das Verfahren wurde mittels Hausdurchsuchungen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 KG bei einem Grossteil der Untersuchungsadressaten eingeleitet. Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurde umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt und dieses in Beschlagnahmungsprotokollen unter Angabe von Gegenstand, Fundort etc. dokumentiert.¹⁴² Die Server der Unternehmen wurden gespiegelt.¹⁴³ Eine Siegelung wurde nicht beantragt. Den übrigen, nicht von den Hausdurchsuchungen betroffenen Unternehmen wurde die Eröffnung der Untersuchung auf schriftlichem Weg mitgeteilt.¹⁴⁴

142. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung unter Hinweis auf die 30-tägige Frist, innert welcher Dritte eine allfällige Verfahrensbeteiligung anmelden können (Art. 28 Abs. 2 KG) mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 30. Juli 2007 (Nr. 145, S. 38) und im Bundesblatt vom 7. August 2007 (BBI 2007 6007) bekannt. Es haben sich keine Dritten im Sinne von Art. 28 Abs. 2 KG gemeldet.¹⁴⁵

¹³⁷ Act. 2, S. 11; vgl. auch act. 181, S. 6, das allerdings von einem Einzelfall spricht.

¹³⁸ Act. 2, S. 11.

¹³⁹ Act. 181, S. 6.

¹⁴⁰ Act. 15, B-9.

¹⁴¹ Vgl. act. 1; <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/276&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> (besucht am 15. Oktober 2010).

¹⁴² Vgl. act. 15-18.

¹⁴³ Für Ergebnisse der Auswertung vgl. act. 15-18.

¹⁴⁴ Act. 12-14.

¹⁴⁵ Act. 22.

143. Am 26. Juli 2007 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums Roto den Eingang ihrer am 10. Juli 2007 eingegangenen Selbstanzeige bestätigt und ihr unter Vorbehalt von Art. 11 Abs. 1 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (KG-Sanktionsverordnung, nachfolgend: SVKG; SR 251.1) den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die angezeigten Sachverhalte zugesichert (vgl. Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG).¹⁴⁶ Roto hat mit Schreiben vom 15. August 2007 ergänzende Beweismittel eingereicht.¹⁴⁷ Mit Eingabe vom 14. April 2008 hat Roto die Antworten zu einem vom Sekretariat versandten Fragebogen eingereicht.¹⁴⁸ Weitere vom Sekretariat gestellte Fragen wurden von Roto mit Schreiben vom 23. Januar 2009 beziehungsweise vom 10. Juli 2009 beantwortet.¹⁴⁹

144. Winkhaus hat im Anschluss an die Eröffnung der Untersuchung volle Kooperationsbereitschaft angekündigt,¹⁵⁰ diese jedoch mit Schreiben vom 6. August 2007 zurückgezogen.¹⁵¹ Nachdem die Zweigniederlassung Winterthur im Jahr 2007 aufgelöst wurde, richtet sich die Untersuchung nunmehr gegen Winkhaus. Deren rechtliche Interessen werden durch einen schweizerischen Rechtsvertreter wahrgenommen.

145. Nach vorgängig angekündigter voller Kooperationsbereitschaft reichte SFS dem Sekretariat mit Datum vom 6. September 2007 eine Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG samt Beilagen ein.¹⁵² Mit Schreiben vom 14. Dezember 2007 hat das Sekretariat den Eingang der Beweismittel im Sinne von Art. 13 SVKG bestätigt.¹⁵³

146. Koch hat dem Sekretariat anlässlich ihrer Protokollerklärung vom 2. Oktober 2008 volle Kooperationsbereitschaft gemäss Art. 12 ff. SVKG zugesichert.¹⁵⁴ Die entsprechende Bestätigung des Sekretariats erfolgte am 10. Oktober 2008.¹⁵⁵ Am 18. Februar 2009 hat Koch anlässlich eines Gesprächs im Sekretariat im Rahmen ihrer Kooperation zusätzliche Informationen zum Sachverhalt geliefert.¹⁵⁶

147. Nach Durchsicht der Papierdokumente fand die Sichtung der elektronischen Daten statt. Die Untersuchungsadressaten wurden entsprechend darüber informiert und hatten die Möglichkeit, der Sichtung beizuwohnen.¹⁵⁷

148. Die Untersuchungsadressaten wurden vom Sekretariat ab dem 12. März 2008 schriftlich befragt.¹⁵⁸ Die entsprechenden Antworten gingen zwischen dem 26. März 2008 und dem 18. Januar 2010 ein.¹⁵⁹ Des Weiteren wurden 55 Fensterverarbeiter, neun Zwischenhändler, zwei schweizerische Fachverbände sowie Dritte um Auskünfte gebeten.¹⁶⁰ Sämtliche Antworten gingen zwischen dem 12. Februar 2009 und dem 22. Mai 2009 beim Sekretariat ein.¹⁶¹

149. Im Rahmen der Ermittlungen zeichnete sich die Bereitschaft einzelner Untersuchungsadressaten zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 29 KG ab. Mit Schreiben vom 21. Oktober 2009 unterbreitete das Sekretariat sämtlichen Untersuchungsadressaten einen Vorschlag einer einvernehmlichen Regelung inkl. einer voraussichtlichen Sanktions-

berechnung. Eine einvernehmliche Regelung kam jedoch nicht zustande.

150. Am 11. Februar 2010 wurde den Untersuchungsadressaten ein erster Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zugestellt. Gleichzeitig wurde ihnen ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zugestellt und auf die Möglichkeit einer Akteneinsichtnahme hingewiesen, welche sie im Zeitraum vom 18. Februar 2010 bis am 8. März 2010 wahrnahmen.

151. Die Untersuchungsadressaten reichten dem Sekretariat in den Monaten März und April 2010 Gesuche um Fristerstreckung für das Einreichen der Stellungnahme ein (wobei GU, SFS, Koch und Siegenia um eine zweite ersuchten), welchen jeweils entsprochen wurde.

152. Mit Schreiben vom 16. April 2010 (Roto), 23. April 2010 (GU), 30. April 2010 (Maco, Siegenia, SFS sowie Winkhaus) und vom 10. Mai 2010 (Koch) reichten die Untersuchungsadressaten innert der behördlich angesetzten Frist die Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf des Sekretariats vom 11. Februar 2010 ein. Gleichzeitig hat die Mehrheit der Untersuchungsadressaten ihr grundsätzliches Interesse an einer einvernehmlichen Verfahrenserledigung geäussert.

153. Am 6. Mai 2010 liess das Sekretariat den Untersuchungsadressaten sämtliche seit der Akteneinsichtnahme neu zu den Akten genommenen Dokumente zukommen sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis.

154. Am 14. Juli 2010 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten den überarbeiteten Verfügungsentwurf zur Stellungnahme zu sowie die Stellungnahmen der übrigen Untersuchungsadressaten zum Antrag des Sekretariats vom 11. Februar 2010 und ein aktualisiertes Aktenverzeichnis.

155. Ebenfalls am 14. Juli 2010 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten einen neuen Entwurf für eine einvernehmliche Regelung zu.

156. Die Untersuchungsadressaten reichten dem Sekretariat in den Monaten Juli und August 2010 Gesuche um Fristerstreckung für das Einreichen der Stellungnahme ein, welchen jeweils entsprochen wurde.

¹⁴⁶ Act. 24.

¹⁴⁷ Act. 29.

¹⁴⁸ Act. 55.

¹⁴⁸ Act. 65; act. 180.

¹⁵⁰ Vgl. act. 23.

¹⁵¹ Act. 27.

¹⁵² Vgl. act. 28; act. 31.

¹⁵³ Act. 33.

¹⁵⁴ Act. 62.

¹⁵⁵ Act. 63.

¹⁵⁶ Act. 80.

¹⁵⁷ Act. 34, act. 40; act. 42; act. 57.

¹⁵⁸ Act. 46–48; act. 66; act. 67; act. 68; act. 170; act. 171; act. 187; act. 207–212.

¹⁵⁹ Act. 53–69; act. 92; act. 109; act. 116; act. 139; act. 180–182; act. 185; act. 186; act. 191–199; act. 215–223.

¹⁶⁰ Act. 69–72.

¹⁶¹ Act. 74; act. 76–78; act. 81; act. 83–85; act. 87–93; act. 96; act. 98–102; act. 104–107; act. 109; act. 110; act. 112–113; act. 115; act. 117; act. 119; act. 121–124; act. 126–144; act. 148; act. 149; act. 151 und 152; act. 154–169.

157. Mit Schreiben vom 29. Juli 2010 (Maco), 5. August 2010 (Roto), 11. August 2010 (Winkhaus), 13. August 2010 (Siegenia), 24. August 2010 (Koch) und vom 30. August 2010 (SFS) reichten die Untersuchungsadressaten innert der behördlich angesetzten Frist die Stellungnahmen zum Verfügungsentwurf des Sekretariats vom 14. Juli 2010 ein.

158. Am 26. August 2010 wurden die Untersuchungsadressaten Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus aufgefordert, mitzuteilen, ob sie mit dem Vorschlag des Sekretariats für eine einvernehmliche Regelung (Version vom 14. Juli 2010) einverstanden sind und falls ja, ein unterzeichnetes Exemplar der einvernehmlichen Regelung einzureichen. Maco, welche im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Verfügungsantrag vom 14. Juli 2010 ausdrücklich auf den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung verzichtete,¹⁶² und GU, gegen die zu diesem Zeitpunkt der Verfügungsantrag des Sekretariats auf Einstellung der Untersuchung lautete, erhielten keine solche Aufforderung.

159. Die einvernehmliche Regelung mit übereinstimmendem Wortlaut für Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus lautet – ergänzt mit dem jeweiligen Namen der Unternehmung – wie folgt:

"Vorbemerkungen:

Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0358 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Weko) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

Dem Willen und der Bereitschaft der [Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus] zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der Weko eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...] ¹⁶³ zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der Weko. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.

Sollte die vorliegende einvernehmliche Regelung von der Weko nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5) durch die Weko festgelegt.

Die [Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus] erwägt im Falle der Genehmigung vorliegender einvernehmlicher Regelung durch die Weko und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. b) im Sinne von Bst. a) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln zu verzichten.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens 22-0358 gehen die Verfahrenskosten zu gleichen Teilen zu Lasten der Parteien.

Vereinbarungen:

Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren. Die [Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus] verpflichtet sich,

- 1) *mit ihren Konkurrenten keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Bruttopreiserhöhungen und sonstigen Preiserhöhungen auszutauschen.*
- 2) *keine anderen preisrelevanten Informationen mit ihren Konkurrenten zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens auszutauschen.*
- 3) *sich nicht mit Konkurrenten über Offertpreise, Rabatte und Konditionen allgemein sowie die Zuteilung von Kunden auszutauschen.*
- 4) *keine Kundeninformationen mit Konkurrenten auszutauschen zum Zwecke der Koordination des Wettbewerbsverhaltens."*

160. Mit Schreiben vom 27. August 2010 sowie 30. August 2010 haben Roto, Winkhaus und Siegenia dem Sekretariat ein unterzeichnetes Exemplar der einvernehmlichen Regelung zugestellt. Maco, SFS sowie Koch lehnten den Abschluss vorliegender Untersuchung mittels einvernehmlicher Regelung ab.

161. Mit Schreiben vom 3. September 2010 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressaten die Stellungnahmen der übrigen Untersuchungsadressaten zum Antrag des Sekretariats vom 14. Juli 2010 sowie ein aktualisiertes Aktenverzeichnis zu.

162. Am 7. September 2010 stellte das Sekretariat Roto, Winkhaus und Siegenia eine Kopie des vom Sekretariat gegengezeichneten Exemplars der einvernehmlichen Regelung zu.

163. Am 8. September 2010 verschickte das Sekretariat die Einladungsschreiben für die Anhörungen vom 20. September 2010 an Roto, Koch, SFS, Maco und Siegenia. Winkhaus verzichtete auf eine entsprechende Teilnahme.¹⁶⁴

164. Am 20. September 2010 wurden Maco, Roto, Siegenia, Koch sowie SFS von der WEKO angehört.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

165. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

¹⁶² Act. 311.

¹⁶³ Vgl. die Höhe der Bandbreiten: Act. 312, act. 317 sowie act. 319.

¹⁶⁴ Act. 330.

166. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die in das vorliegende Verfahren involvierten Unternehmen fallen ohne weiteres unter den Unternehmensbegriff des Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

167. Dem KG 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).

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

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen

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

170. Dementsprechend wird im Folgenden vorab beurteilt, ob die Verhaltensweisen der Beteiligten im relevanten Zeitraum überhaupt als Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Erst dann kann über die (Un-)zulässigkeit und damit über das Bestehen der Voraussetzungen von Art. 5 KG befunden werden.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

171. Als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

172. Nachfolgend wird das Vorliegen dieser drei Tatbestandsmerkmale im Zusammenhang mit den vorne beschriebenen ausgeübten Verhaltensweisen (vgl. Rz. A.3.2.1 ff.) geprüft.

B.3.1.1 Informationsaustausch in Bezug auf Preiserhöhungen im Jahr 2006/2007 zwischen Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus

Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

173. Die Untersuchungsadressaten tauschten vorliegend Informationen über Preiserhöhungen aus, insbesondere wurde gegenseitig vorgängig zu den Preiserhöhungen 2006/07 der Zeitpunkt der Ankündigung, die Höhe sowie

das geplante Umsetzungsdatum der jeweiligen Erhöhung kommuniziert (vgl. Rz. 30 ff.).¹⁶⁵

174. Die Frage, ob es sich beim beschriebenen Verhalten um eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt, kann dahingestellt bleiben, zumal mindestens das Tatbestandselement des abgestimmten Verhaltens erfüllt ist.

175. Das schweizerische Bundesgericht und die WEKO orientieren sich bei dieser Abgrenzungsfrage an der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (nachfolgend: EuGH)¹⁶⁶ und definieren eine abgestimmte Verhaltensweise als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Unternehmen. Im Unterschied zum erlaubten spontanen Parallelverhalten, bei dem Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen, liegt bei den abgestimmten Verhaltensweisen ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vor. Die Wettbewerbsteilnehmer lassen hierbei bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten. *"Entscheidend ist, dass das Gleichverhalten nicht durch exogene Marktfaktoren erzwungen, sondern planmässig aufgrund ausgetauschter Marktinformationen erfolgt"*.¹⁶⁷

176. Von abgestimmten Verhaltensweisen ist demnach dann auszugehen, wenn die Unternehmen bewusst und gewollt zusammenwirken und die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt.¹⁶⁸ Dementsprechend ist das Unterscheidungskriterium, ob die Parteien mit ihrem Verhalten einen bestimmten "Plan" verfolgen (wobei sich die Planmässigkeit nicht in der Existenz eines eigentlichen Plans äussern muss)¹⁶⁹ und somit durch ihre Handlungsweise vorübergehend bei den Preisen einige Wettbewerbsbedingungen des Marktes ausschalten.¹⁷⁰ Darin besteht gewissermassen die Gegenseitigkeit der Vorgehensweise.¹⁷¹

¹⁶⁵ Act. 55; vgl. auch act. 49.

¹⁶⁶ Vgl. Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-64/69 Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission, Slg. 1972 619 Rz. 64/67; Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-52/69 Geigy/Kommission, Slg. 1972 787 Rz. 26. In BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 zitiert das Bundesgericht ZÄCH, welcher in seinem Lehrbuch dafür plädiert die EuGH-Definition der abgestimmten Verhaltensweisen für das schweizerische Kartellrecht zu übernehmen; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 366 (zit. ZÄCH).

¹⁶⁷ BGE 129 II 18, 27 E. 6.3 m. w. Nw. (RPW 2002/4, 737 E. 6.3 [Buchpreisbindung]); vgl. zum Ganzen auch BGE 124 III 495, 497 ff. E. 2a.

¹⁶⁸ Vgl. RPW 2009/2, 130 Rz. 77. Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY mit weiteren Hinweisen; RPW 1997/4, 471 Rz. 13, Auto Assistance Schweiz [AAS]; RPW 2001/3, 515 f. Rz. 23, SUMRA/Distribution de montres; RPW 2002/1, 81 Rz. 16, Benzinmarkt Schweiz [Zeitraum 1993 – 2000]; RPW 2003/2, 279 Rz. 33 f., Fahrschule Graubünden; ZÄCH (Fn 168), Rz. 367; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Basel/Genf/München 2000, 68 f. (zit. STOFFEL); ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE REICH, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Kartellgesetz-Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, Art. 4 N 11 mit Verweis auf die Rechtsprechung.

¹⁶⁹ BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerisches Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 4 N 46.

¹⁷⁰ RPW 2003/2, 279 Rz. 33, Fahrschule Graubünden; Stoffel (Fn 170), 69.

¹⁷¹ Vgl. WALTER SCHLUEP, Kommentierung Art. 4 KG, in: Schürmann/Schluep (Hrsg.), KG und PüG, Zürich 1988, 273.

177. Ergänzend sei an dieser Stelle auf die europäische Rechtsprechung hingewiesen: Demnach sind aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen eine "Form der Koordinierung zwischen Unternehmen [...], die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lässt".¹⁷² So verstösst es gemäss dem EuGH "gegen die Wettbewerbsregeln des Vertrages, wenn ein Hersteller mit seinen Konkurrenten – in welcher Form auch immer – zusammenwirkt, um für eine Preisbewegung ein koordiniertes Verhalten festzulegen und den Erfolg dieser Bewegung im Voraus hinsichtlich der wesentlichen Faktoren dieses Vorgehens – wie Prozentsatz, Gegenstand, Zeitpunkt und Ort der Bewegung – jede Unsicherheit über das wechselseitige Verhalten beseitigt wird."¹⁷³ Abgestimmtes Verhalten setzt demnach zunächst eine Abstimmung zwischen den beteiligten Unternehmen voraus, sodann ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten dieser Unternehmen und schliesslich einen ursächlichen Zusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten, ohne dass sich aber dieses Marktverhalten als solches in einer konkreten Wettbewerbseinschränkung niederschlagen müsste.¹⁷⁴ Demzufolge entfällt bei einer abgestimmten Verhaltensweise die Selbständigkeit der Handlungsweise von beteiligten Unternehmen. Das Gericht der Europäischen Union (nachfolgend: EuG) hielt in diesem Zusammenhang in einem kürzlich ergangenen Urteil fest, dass davon ausgegangen werden kann, dass Unternehmen, die ihr Verhalten im vorgenannten Sinne abstimmen und weiterhin auf dem Markt tätig bleiben, die mit ihren Konkurrenten ausgetauschten Informationen beim Festlegen ihres eigenen Marktverhaltens berücksichtigen werden. Das EuG führte damit eine Umkehr der Beweislast ein: Es muss nicht nachgewiesen werden, dass betroffene Unternehmen ihr Marktverhalten aufgrund der mit ihren Konkurrenten ausgetauschten Informationen festgelegt haben, sondern betroffene Unternehmen haben den Gegenbeweis zu erbringen.¹⁷⁵

178. Ein Verhalten kann auch dann als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden, wenn die Parteien nicht ausdrücklich einen gemeinsamen Plan verfolgen, der ihr Marktverhalten festlegt, sondern bewusst Absprachen treffen oder einhalten, welche die Abstimmung ihres Geschäftsverhaltens erleichtern und damit die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert.¹⁷⁶

179. Dementsprechend beraubt das Postulat der Selbständigkeit die Unternehmen zwar nicht des Rechts, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen. Indessen steht jenes Postulat der Selbständigkeit streng jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder diesen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das zu zeigen man entschlossen ist oder in Erwägung zieht.¹⁷⁷

180. Die Untersuchungsadressaten haben vorliegend jeweils nach vorgängiger gegenseitiger Kontaktaufnahme beziehungsweise nach Erhalt der Konkurrenzinforma-

tionen ihr Verhalten in Bezug auf eine bestimmte Preiserhöhung angepasst. Dieser Anpassung ging *ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken* der Untersuchungsadressaten voraus. Nicht nur die direkte Kontaktaufnahme steht dem erwähnten Postulat der Selbständigkeit der Handlungsweise der Konkurrenten entgegen, sondern vor allem auch deren darauf gestütztes Handeln bezüglich des eigenen Verhaltens respektive vorliegend der eigenen Preispolitik. Der gegenseitige Austausch verschaffte den Untersuchungsadressaten Einsicht in das künftige Handeln der Konkurrenz und beseitigte dadurch die durch eine einseitige unkoordinierte Preiserhöhung bedingte Ungewissheit des Wettbewerbs. Durch die Verhaltenskoordination entfiel das Risiko, welches mit jeder selbständigen Änderung des Verhaltens auf dem Markt einhergeht, weitestgehend.¹⁷⁸

181. Der vorliegende Informationsaustausch zwischen den Untersuchungsadressaten wurde durch das Zustellen von Preiserhöhungsschreiben abgerundet. Dies erfolgte zum Zweck der Vertrauensbildung. Damit wollte der jeweilige Versender beweisen, dass er sich absprachegemäss verhalten hat. Somit geschah das Übersenden der Preiserhöhungsschreiben letztlich zwecks Dokumentation der Umsetzung der Absprache (vgl. Rz. 35).¹⁷⁹ Im vorliegenden Fall liegt daher eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

182. Dagegen bringt Siegenia vor, dass die Preiserhöhungen nicht als kartellrechtswidrige Abstimmung zur Erzielung eines abgestimmten Marktverhaltens zu werten seien. Vielmehr sei von erlaubtem Parallelverhalten auszugehen, da die (von den deutschen Herstellern beschlossenen) Preiserhöhungen (MTZ) auf exogene Faktoren (insbesondere Kostensteigerungen bei Rohstoffen) zurückzuführen seien. Siegenia habe von ihrer Muttergesellschaft Vorgaben erhalten, die Preiserhöhungen einzuhalten. Siegenia habe diesbezüglich keinen Handlungsspielraum gehabt. Siegenia vermutet, dass sich dies auch bei den übrigen Untersuchungsadressaten ähnlich verhalten habe. Es sei den Schweizer Marktteilnehmern nichts anderes übrig geblieben, als zu versuchen, die von aussen gewünschten Preiserhöhungen umzusetzen – dies jedoch zum überwiegenden Teil erfolglos.¹⁸⁰

¹⁷² Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-64/69 Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission, Slg. 1972 619 Rz. 64; Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-52/69 Geigy/Kommission, Slg. 1972 787 Rz. 26.

¹⁷³ Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-64/69 Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission, Slg. 1972 619 Rz. 10.

¹⁷⁴ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 O-Anic Partecipazioni, Slg. 1999 I-1425 Rz. 118 ff.

¹⁷⁵ Urteil des EuGH vom 4.7.2009 C-8/08 T-Mobile Netherlands, noch nicht publiziert, Rz. 51.

¹⁷⁶ KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 180, 190, Kautschukchemikalien.

¹⁷⁷ Urteil des EuGH vom 16.12.1975 verb. C-40-48/73 Suiker Unie, Slg. 1975 1663 Rz. 173/174 auch zitiert in KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 181, Kautschukchemikalien.

¹⁷⁸ Vgl. dazu die Entscheidverweise in Fn 168; vgl. auch Urteil des EuGH vom 14.7.1972 C-64/69 Imperial Chemical Industries Ltd./Kommission, Slg. 1972 619 Rz. 99/103.

¹⁷⁹ Act. 55; vgl. auch Rz. 35.

¹⁸⁰ Act. 302, S. 3 und act. 360.

183. Dieses Vorbringen stösst jedoch insofern ins Leere, als es zwar zutreffen mag, dass die von den (deutschen) Muttergesellschaften beschlossenen Preiserhöhungen ursächlich auf exogene Faktoren zurückgeführt werden können. Doch stellt die in Frage stehende Abrede rund um das Treffen vom 22. September 2006 dennoch kein erlaubtes Parallelverhalten dar, denn es ist nicht nachvollziehbar, weshalb sich die Unternehmen Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus über die Art und Weise der Umsetzung der Preiserhöhungen in der Schweiz untereinander abzusprechen haben.

184. Für eine solche Absprache gäbe es zudem keine logische Erklärung, denn wenn es sich so verhalten würde, dass

- (i) die Preiserhöhungen der (deutschen) Hersteller den Schweizer Marktteilnehmern vorgegeben wären;
- (ii) die Schweizer Marktteilnehmer bezüglich der Weitergabe der Preiserhöhungen keinen Spielraum gehabt hätten und gezwungen gewesen wären, die Preiserhöhungen tel quel an ihre Kunden weiterzugeben,

dann hätte sich Siegenia gar nicht mit Roto, SFS, Koch und Winkhaus über die Umsetzung in der Schweiz absprechen müssen. Die Schweizer Marktteilnehmer hätten dann einfach die Preiserhöhungsankündigungen ihrer Lieferanten in der vorgegeben Form weitergeben können. Wenn sich die Schweizer Marktteilnehmer dagegen hätten wehren wollen, so hätten sie dies direkt bei ihrem jeweiligen Lieferanten tun können respektive müssen. Eine Absprache mit den übrigen Marktteilnehmern ist daher – im Lichte der Argumentation von Siegenia – weder stichhaltig begründet noch gerechtfertigt und widerspricht im Übrigen den im Recht liegenden Beweisen.

185. Die in den Jahren 2006/2007 zwischen Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus stattgefundene Absprache geht deutlich über erlaubtes Parallelverhalten hinaus. Dem ist anzufügen, dass ein Vertreter der Siegenia D anlässlich der Anhörungen vor der WEKO versichert hat, dass im aktuellen Jahr (2010) keinerlei Kontakte zu Mitbewerbern stattgefunden hätten. Im Jahr 2010 sei es dann zu Preiserhöhungen der verschiedenen Unternehmen im Markt zwischen 5.8 % und 7.7 % gekommen. Siegenia habe als erstes erhöht und die anderen Unternehmen hätten später alle nachgezogen.¹⁸¹ Im Gegensatz dazu fielen die Ankündigungen der Preiserhöhungen im Jahr 2007 auf genau denselben Tag (mit Ausnahme von Winkhaus) und unterschieden sich in ihrer Höhe um lediglich 0.4 % (vgl. Rz. 118 respektive Tabelle 1). Dies verdeutlicht, dass sich Preiserhöhungen im relevanten Markt, den Ausführungen von Siegenia zufolge – wenn keine Absprachen vorliegen – offenbar bezüglich Höhe und Zeitpunkt durchaus (und deutlich) voneinander unterscheiden. Die Betrachtung der Preiserhöhungen in den Jahren 2006/2007 von Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus legen deshalb den Schluss nahe, dass in diesem Falle eine Koordination vorlag.

Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

186. Der Informationsaustausch fand zwischen den Untersuchungsadressaten statt. Diese standen sich als

Vertriebsgesellschaften respektive grosse Zwischenhändler in einem insgesamt horizontalen Verhältnis als Konkurrenten gegenüber. Wenn sich die Untersuchungsadressaten teilweise auch gegenseitig beliefen, was auf einen zusätzlichen vertikalen Aspekt der Beziehungen hindeutet, ist das Verhältnis untereinander doch insgesamt als ein horizontales zu qualifizieren (vgl. Rz. 10 ff.).

187. SFS und Koch bringen vor, dass es sich vorliegend nicht um eine Abrede von Unternehmen gleicher Marktstufe handle. Vielmehr seien sie als Grosshändler nicht auf derselben Marktstufe tätig wie die Vertriebsgesellschaften der ausländischen Hersteller.

188. Dieses Vorbringen stösst indes ins Leere, da Roto, Siegenia, GU und Winkhaus keine Produkte in der Schweiz herstellen, sondern diese lediglich vertreiben und damit genau dasselbe tun wie SFS (für Maco-Produkte) und Koch (für Siegenia-Produkte). In diesem Sinne äusserten sich auch verschiedene Untersuchungsadressaten. So sagten beispielsweise Roto und Siegenia aus, dass die Vertriebsgesellschaften in der Schweiz eigentlich eine Händlerfunktion ausüben würden. Mehrere der Untersuchungsadressaten sind zudem der Ansicht, dass alle am Treffen vom 22. September 2006 anwesenden Unternehmen ähnliche Interessen gehabt hätten (vgl. Rz. 105). Wie vorstehend bereits beschrieben wurde, differenziert sich das Vertriebssystem der ausländischen Hersteller einzig darin, ob sie über eine eigene Vertriebsgesellschaft (wie beispielsweise Roto) oder eine (grosse) Zwischenhändlerin (wie beispielsweise Maco) organisiert sind. Es ist zwar zutreffend, dass SFS zu Maco und Koch zu Siegenia ein besonderes, enges Verhältnis haben (vgl. Rz. 105). Dass sich SFS und Koch jedoch auch mit Roto, Winkhaus und Siegenia beziehungsweise Roto und Winkhaus ausgetauscht haben, spricht dafür, dass das Verhältnis zwischen SFS und Koch zu den übrigen Untersuchungsadressaten gesamthaft betrachtet als ein horizontales zu qualifizieren ist.

189. Die Abrede zwischen den Untersuchungsadressaten stellt demnach eine solche zwischen Unternehmen derselben Marktstufe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

Eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken

190. Indem vorliegend die Untersuchungsadressaten Kontakt zueinander aufnahmen, um die Höhe und den Zeitpunkt von bevorstehenden Preiserhöhungen zu diskutieren, zielten sie darauf ab, ihr eigenes Handeln am künftigen Verhalten der Konkurrenz auszurichten. Dadurch wurde die in funktionierendem Wettbewerb vorhandene Ungewissheit über das bevorstehende Handeln der Konkurrenz beseitigt (vgl. auch Rz. 180).

191. Der Zweck des gegenseitigen Informationsaustausches bestand darin, sich Gewissheit über die Preissetzung der Konkurrenz zu verschaffen und damit den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck untereinander zu verringern oder gar auszuschalten.

¹⁸¹ Vgl. act. 360, S. 34.

192. Damit ist auch das dritte Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede erfüllt, welches voraussetzt, dass durch die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird.

Zwischenfazit

193. Das im untersuchungsrelevanten Zeitraum praktizierte Verhalten der Untersuchungsadressaten in Bezug auf Preiserhöhungen stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

B.3.1.2 Informationsaustausch in Bezug auf Preiserhöhungen im Jahr 2004 zwischen Roto und Siegenia

Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

194. Entsprechend den obigen Ausführungen (vgl. Rz. 173 ff.) handelt es sich – wie nachfolgend aufgezeigt wird – bei den Austauschen im Jahre 2004 zwischen Roto und Siegenia ebenfalls mindestens um eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

195. Erstens tauschten Roto und Siegenia zwischen April 2004 und Ende Mai 2004 regelmässig und nachweisbar Informationen untereinander aus. Diese Austausche (telefonisch und per E-Mail [vgl. Rz. 40, 43, 45, 48 und 56]) erfolgten vorgängig zu den tatsächlich angekündigten und umgesetzten Preiserhöhungen im Jahre 2004. Im Ergebnis einigten sich Roto und Siegenia (bilateral) darauf, einen zweistufigen MTZ in der Höhe von insgesamt 6 % jeweils im Sommer 2004 und im Herbst 2004 anzukündigen respektive umzusetzen.

196. Die Austausche zwischen Roto und Siegenia sind als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zu qualifizieren, was belegt wird durch den Umstand, dass sich Roto und Siegenia per Telefon konsensual auf Folgendes einigten:

- Siegenia sollte die Preise per 1. Juli 2004 und 1. Oktober 2004 um jeweils 3 %¹⁸² und
- Roto ihre Preise per 1. Juli 2004 um 3.5 % und per 1. September 2004 um weitere 2.5 %¹⁸³ erhöhen.

197. Diese direkten Kontakte zwischen Roto und Siegenia respektive die dementsprechend angekündigten und umgesetzten Preiserhöhungen sind nicht das Ergebnis eigenständigen Verhaltens, sondern sind Ausfluss der bilateralen Austausche. Der gegenseitige Austausch zielte darauf ab, die geplanten Preiserhöhungen im Jahre 2004 gegenseitig zu koordinieren, um dadurch die Ungewissheit des Wettbewerbs zu eliminieren. Durch die Verhaltenskoordination entfiel das Risiko, welches mit jeder selbständigen Änderung des Verhaltens auf dem Markt einhergeht, weitestgehend und an seine Stelle trat ein "planmässiges" Verhalten der anderen Partei. Dabei fällt ins Gewicht, dass es sich bei Roto und Siegenia um die mit Abstand grössten Unternehmen im relevanten Markt handelt.

198. Die vorliegende Absprache zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004 ist somit als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren.

Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

199. Im Lichte vorstehender Ausführungen (vgl. Rz. 186) ist es als erstellt zu betrachten, dass das Verhältnis zwischen Roto und Siegenia ein horizontales ist.

Eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken

200. Indem Roto und Siegenia Kontakt zueinander aufnahmen, um die Höhe und den Zeitpunkt der bevorstehenden Preiserhöhungen im Jahre 2004 zu diskutieren, zielten sie darauf ab, ihr eigenes Handeln am künftigen Verhalten ihres (grössten) Mitbewerbers auszurichten. Der Zweck des gegenseitigen Informationsaustausches bestand darin, die bevorstehenden Preiserhöhungen gegenseitig zu koordinieren und damit den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck untereinander zu verringern oder gar auszuschalten. In diesem Sinne äusserte sich auch Siegenia anlässlich der Anhörungen vor der WEKO.¹⁸⁴

201. Damit ist auch das dritte Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsabrede erfüllt, welches voraussetzt, dass durch die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird. Im Übrigen wird diese Sachverhaltsdarstellung von Roto und Siegenia auch nicht bestritten.¹⁸⁵

Zwischenfazit

202. Die bilateralen Austausche zwischen Roto und Siegenia in Bezug auf die Preiserhöhungen im Jahre 2004 stellen demnach eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

B.3.1.3 Informationsaustausch während informellen Kontakten

203. Im Rahmen der diversen informellen Treffen und Kontakte zwischen den Untersuchungsadressaten wurde gegenseitig insbesondere über an Kunden kommunizierte Preiserhöhungen sowie deren allfällige Nichtumsetzung beziehungsweise den Zeitpunkt der Umsetzung orientiert (vgl. Rz. 119 ff.).

204. Der Austausch von derartigen Informationen kann vorliegend nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr muss er im Zusammenhang mit dem Austausch in Bezug auf die Preiserhöhung (vgl. Rz. 173 ff.) beziehungsweise im Gesamtkontext betrachtet werden, wo er Teil der beschriebenen abgestimmten Verhaltensweise war. So wurden Angaben unterstützend zum Austausch bezüglich MTZ kommuniziert, was die Abstimmung des Marktverhaltens der Untersuchungsadressaten zusätzlich erleichterte. Dadurch wurde den Untersuchungsadressaten ermöglicht, die erlangten Informationen bei ihrem eigenen Marktverhalten zu berücksichtigen beziehungsweise möglicherweise Einfluss auf das Verhalten ihrer Wettbewerber zu nehmen. Dieser Austausch untereinander führte zu einer Verbesserung der Vorhersehbarkeit und verringerte dadurch die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber.¹⁸⁶

¹⁸² Vgl. act. 17, A-21, act. 56, S. 5 Rz. 13.

¹⁸³ Vgl. zum Ganzen act. 2, S. 13, Anlage 11.

¹⁸⁴ Vgl. act. 355, S. 5.

¹⁸⁵ Vgl. act. 355, S. 5.

¹⁸⁶ Vgl. auch KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 190, Kautschukchemikalien.

B.3.1.4 Informationsaustausch in Bezug auf Kunden / Roto – Winkhaus; Roto – Koch

205. Gemeinsamer Zweck und ursprüngliche Idee der bilateralen Vereinbarungen in Bezug auf Kunden ist die Beibehaltung bestehender Kundenstrukturen. Der hierzu stattgefundenen Austausch respektive die entsprechenden Abmachungen zwischen den oben aufgeführten Untersuchungsadressaten verschaffte ihnen Transparenz hinsichtlich dem Vorgehen bei Kundenanfragen (vgl. Rz 123 ff.). Die aufgeführten bilateralen Beziehungen, namentlich das Verbot des aktiven Abwerbens von bestehenden Kunden wie auch die Anpassung von Offerten im Sinne von Schutzofferten, müssen im Gesamtzusammenhang sämtlicher zwischen den Untersuchungsadressaten bestehenden Kontakte betrachtet werden. Dieser umfasste schwergewichtig ein koordiniertes Verhalten bezüglich Preiserhöhungen (vgl. Rz. 173 ff.). Durch den Austausch beziehungsweise die Abmachungen in Bezug auf Kunden wurde jenes Verhalten insgesamt gefestigt und dementsprechend stabilisiert.

206. Auf die Prüfung der rechtlichen Qualifikation der bilateralen Kontakte zwischen den obgenannten Untersuchungsadressaten wird im Folgenden verzichtet, zumal der Austausch respektive deren Umsetzung in Bezug auf die Kunden mangels entsprechender Beweismittel nicht nachgewiesen werden kann.

B.3.1.5 Fazit

207. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die zwischen Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus erfolgten Austausche rund um das Treffen vom 22. September 2006 sowie die bilateralen Austausche im Jahre 2004 zwischen Roto und Siegenia bezüglich Preiserhöhungen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen. Im Folgenden soll geprüft werden, ob der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt ist.

B.3.2 Preiserhöhungen 2006/2007: Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

208. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

209. Die geschilderte Wettbewerbsabrede betraf den Informationsaustausch der Untersuchungsadressaten bezüglich der Koordination von Preiserhöhungen, namentlich deren Einführungszeitpunkt sowie deren Höhe. Nachfolgend wird deshalb der Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG im Einzelnen geprüft.

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

210. Der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preis- elementen oder -komponenten. Die Preisfestsetzung

kann auf direktem Weg erfolgen oder bloss indirekt, indem der Preis über die Festsetzung von Gewinnmargen fixiert wird.¹⁸⁷ Erfasst werden auch Preisabreden innerhalb einer gewissen Bandbreite, wobei das Preis- element nicht direkt vorgegeben werden muss.¹⁸⁸

211. Gemäss dem EuGH stellt der Preiswettbewerb eine ganz wesentliche Form des Wettbewerbs dar, die niemals vollständig beseitigt werden darf. Beschränkungen der Preisbildungsfreiheit beziehungsweise mittelbare oder unmittelbare Einschränkungen autonomer Preisfestsetzung unter konkurrierenden Unternehmen stellen den augenscheinlichsten Eingriff in die Handlungsfreiheit von Unternehmen dar.¹⁸⁹ Gemäss europäischer Rechtsprechung liegen Preisabsprachen auch bei Verabredung von gleichzeitigen und einheitlichen Preiserhöhungen vor. Da Preisabsprachen alle Mitglieder des Kartells in die Lage versetzen, mit hinreichender Gewissheit vorauszusehen, welche Preispolitik ihre Wettbewerber verfolgen, beeinträchtigen gerade Preisabsprachen den Wettbewerb (selbst wenn die Preise nur als Ziel vorgegeben werden) besonders.¹⁹⁰ Im Allgemeinen bedingen derartige Kartelle ein direktes Eingreifen in die wesentlichen Bezugsgrößen des Wettbewerbs in dem betreffenden Markt.¹⁹¹ Damit wird der Grundgedanke des freien Wettbewerbs ausgehöhlt.¹⁹²

212. Die vorliegende Abrede zwischen den Untersuchungsadressaten bestand in der Koordination der Preiserhöhungen bezogen auf deren Einführung, Umsetzungszeitpunkt und Höhe (vgl. Rz. 79 ff. und Tabelle 1) anlässlich des Treffens vom 22. September 2006. Dies stellt eine Verhaltenskoordination in Bezug auf die Preiserhöhungen auf von den Untersuchungsadressaten vertriebenen Produkten dar. Das Verhalten der Untersuchungsadressaten bezweckte die Ausschaltung der mit dem einseitigen Versuch einer Preiserhöhung verbundenen Risiken, insbesondere dem Risiko, Marktanteile zu verlieren.¹⁹³ Der Austausch von Informationen zu Preisen ermöglichte den involvierten Unternehmen, diese Informationen bei ihrem eigenen Verhalten auf dem Markt zu berücksichtigen.¹⁹⁴

¹⁸⁷ PATRIK DUCREY, in: Pedrazzini/von Büren/Marbach (Hrsg.), Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Bern 2008, Rz. 1354 (zit. DUCREY); CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 32 (zit. MEIER-SCHATZ).

¹⁸⁸ Vgl. z.B. ZÄCH (Fn 168), Rz. 454; JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 5 N 34 (zit. BORER).

¹⁸⁹ HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, 10. Aufl., München 2006, Art. 81 EGV N 79.

¹⁹⁰ Urteil des EuGH vom 17.10.1972 Vereinigung van Cemenhandela- ren/Kommission, Slg. 1972 977 Rz. 21; bestätigt in KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 227, Kautschukchemikalien.

¹⁹¹ Urteil des EuG vom 11.3.1999 T-141/94 Thyssen Stahl/Kommission, Slg. 1999 II-347, Rz. 675.

¹⁹² Urteil des EuGH vom 14.5.1998 T-311/94 Kartonfabrik de Eendracht/Kommission, Slg. 1998 II-129 Rz. 192; bestätigt in KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 227, Kautschukchemikalien.

¹⁹³ MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge University Press (2004), 154 (zit. MOTTA).

¹⁹⁴ KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 190, Kautschukchemikalien. Vgl. ferner zum Informationsaustausch allgemein KAI-UWE KÜHN, Fighting Collusion, Economic Policy 2001 (32), 169-199 (zit. KÜHN); PAOLO BUCCIROSSI, Facilitating Practices, in: Paolo Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, 311 ff. (zit. BUCCIROSSI).

213. Angesichts der von den Untersuchungsadressaten im Rahmen ihrer Stellungnahmen vorgebrachten Argumente sowie der im Recht liegenden Beweismittel ist erstellt, dass das anlässlich des Treffens vom 22. September 2006 Vereinbarte mit Ausnahme von GU und Maco von sämtlichen Untersuchungsadressaten vereinbarungsgemäss umgesetzt wurde, wobei sowohl die Höhe des MTZ als auch das geplante und angekündigte Umsetzungsdatum koordiniert wurden. Damit steht fest, dass die koordinierten Preiserhöhungen im Jahre 2006/2007 als horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren sind.

214. SFS bringt diesbezüglich vor, sie habe am Treffen vom 22. September 2006 keine Preisinformationen ausgetauscht. Daher sei zu Unrecht eine Verhaltenskoordination mit den übrigen Untersuchungsadressaten festgestellt worden. Mangels Abredeobjekt sei SFS an keiner horizontalen Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt gewesen.

215. Dieses Argument ist jedoch zurückzuweisen, denn aufgrund der im Recht liegenden Beweise ist davon auszugehen, dass SFS preisrelevante Informationen mit den übrigen Teilnehmern ausgetauscht hat. Dies, weil sonst nicht nachvollziehbar wäre, weshalb SFS überhaupt am Treffen vom 22. September 2006 hätte teilnehmen sollen. Vielmehr hätte SFS, wenn sie sich nur gegen die beschlossenen Preiserhöhungen hätte zur Wehr setzen wollen, sich jeweils bilateral mit ihren Lieferanten Maco beziehungsweise Siegenia auseinandersetzen können. Darüber hinaus hat SFS im Vorfeld des Treffens Roto telefonisch preisrelevante Informationen (betreffend Maco) weitergegeben (vgl. Rz. 83). Und schliesslich entspricht ihre Preiserhöhung dem am Treffen vom 22. September 2006 Vereinbarten.

216. Gestützt auf die im Recht liegenden Beweismittel sowie angesichts des Umstandes, dass GU am Treffen vom 22. September 2006 nicht anwesend war und zudem die Preiserhöhungen autonom und unabhängig von den übrigen Untersuchungsadressaten bereits vorgängig zum Treffen vom 22. September 2006 vornahm, ist festzuhalten, dass GU nicht als an der horizontalen Preisabrede involviertes Unternehmen anzusehen ist.

217. Da Maco ebenfalls nicht am Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen hat und beweismässig nicht erstellt ist, dass ihre Preiserhöhung auf das am Treffen vom 22. September 2006 zwischen Roto, Siegenia, Winkhaus, SFS sowie Koch Vereinbarte zurückzuführen ist, ist festzuhalten, dass auch Maco nicht als an der horizontalen Preisabrede involviertes Unternehmen anzusehen ist.

218. Ob es sich bei der dargelegten Preisabsprache um eine direkte oder indirekte handelt, kann vorliegend offen gelassen werden, zumal die damit verbundene gesetzliche Rechtsfolge gemäss Art. 49a Abs. 1 KG für alle Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG dieselbe ist.

219. Die vorliegende Abrede zwischen den daran beteiligten Untersuchungsadressaten zielte auf eine gleichgesteuerte Erhöhung der Preise und damit auf eine Aushöhlung des freien Wettbewerbs ab. Daraus folgt, dass eine Preisabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gegeben ist und somit die gesetzliche Vermu-

tung, wonach der Wettbewerb beseitigt ist, zum Tragen kommt.

B.3.2.2 Keine Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

220. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller oder potenzieller – Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen (Aussenwettbewerb) oder Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) besteht. Um beurteilen zu können, ob Aussen- und/oder Innenwettbewerb im untersuchungsrelevanten Zeitraum trotz Abrede bestand, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

a. Sachlich relevanter Markt

221. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.¹⁹⁵

222. Die direkte Marktgegenseite der Untersuchungsadressaten sind zum einen Zwischenhändler (vgl. Rz. 18), welche wiederum Fensterverarbeiter beliefern, und zum anderen die Fensterverarbeiter selbst (vgl. Rz. 19). Die Fensterverarbeiter verwenden Beschläge als Inputfaktoren bei der Herstellung von Fenster(türen). Weitere Inputfaktoren zur Herstellung von Fenster(türen) sind u.a. Fensterrahmen und Fensterglas. Die gebrauchsfertigen Fenster(türen) werden in der Regel von den Fensterverarbeitern vor Ort bei den Endverbrauchern montiert.

223. Die Endverbraucher von Baubeschlägen – Architekten und/oder Bauherren – fragen in aller Regel gebrauchsfertige Fenster(türen) nach. Sie haben keinen Einfluss darauf, welche Beschläge oder welche anderen Inputs für die Herstellung eines Fensters/einer Fenstertüre verwendet werden. Beschläge machen zudem nur einen sehr geringen Anteil am Preis eines Fensters aus (ungefähr 5-10 %).¹⁹⁶ Aus diesen Gründen wird für die Marktabgrenzung davon ausgegangen, dass die Fensterverarbeiter die Marktgegenseite der Untersuchungsadressaten darstellen.

224. Bei der Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte stellt sich zunächst die Frage, inwieweit der Grobbereich Baubeschläge für Fenster(türen) in Teilmärkte unterteilt werden muss.

¹⁹⁵ Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (nachfolgend VKU; SR 251.4).

¹⁹⁶ Vgl. act. 172; act. 174; act. 178; act. 179.

Segmentierung nach Öffnungsart

225. Fenster(türen) unterscheiden sich insbesondere durch die unterschiedlichen Öffnungsfunktionen. Dabei sind bei Fenstern u.a. Drehkipplügel, Drehflügel, Kippflügel und Schwingflügel, bei Fenstertüren u.a. Drehkipplügel, Drehflügel, Hebeschiebetür, Parallelschiebe(kipp)tür und Faltschiebetür zu unterscheiden (vgl. Rz. 26 ff.).

226. Die Herstellung jeder der oben aufgelisteten Fenster(türen) erfordert eine eigene spezifische Beschlags-garnitur (vgl. Rz. 24).¹⁹⁷ Für die Marktgegenseite der Untersuchungsadressaten, die Fensterverarbeiter, ist beispielsweise eine Beschlags-garnitur für ein Drehkippenfenster nicht durch eine Beschlags-garnitur für ein Kippenfenster substituierbar. Die Fensterverarbeiter fragen somit abhängig von der von ihnen produzierten Fenster einer bestimmten Öffnungsart unterschiedliche Beschlags-garnituren nach. Demzufolge ist für jede Öffnungsart ein eigener Markt abzugrenzen.

Segmentierung in Einzelkomponenten

227. Die einzelnen Beschlagskomponenten (z.B. Getriebe, Schere) machen ein Fenster beziehungsweise eine Fenstertür funktionsfähig (vgl. im Einzelnen Rz. 22). Nachfolgend wird geprüft, ob die sachlich relevanten Märkte weiter in die Einzelkomponenten eines Beschlags zu segmentieren sind.

228. Gegen eine Abgrenzung in Märkte von Einzelkomponenten spricht, dass die verschiedenen Einzelkomponenten eines Beschlags zusammen eine funktionale Einheit bilden (vgl. Rz. 24). Die Mehrheit der befragten Fensterverarbeiter gibt an, dass Komponenten verschiedener Hersteller nicht gemischt werden, da sie nicht kompatibel seien.¹⁹⁸ Die Ermittlungen haben ergeben, dass aufgrund der aufeinander abgestimmten Einzelkomponenten in der Regel jeweils eine gesamte Beschlags-garnitur eines Herstellers integral verwendet wird (vgl. Rz. 24). Eine Segmentierung in Einzelteile drängt sich deshalb nicht auf.

229. Weitere Einzelkomponenten stellen Fenstergriffe, Bänder, Bauchemie, Schwellen und Regenschienen, Dichtungen, Schrauben, Getriebe, Einreiber, Griffschlitz etc. dar. Diese gelten gemeinhin als Beschlagszubehör und sind nicht Bestandteil einer Beschlags-garnitur (vgl. hierzu Rz. 24).

230. Die Mehrheit der Fensterverarbeiter gibt in Bezug auf Fenstergriffe denn auch an, diese seien kompatibel mit einer Beschlags-garnitur eines anderen Herstellers. Griffe gehören demnach nicht zur oben erwähnten funktionellen Einheit einer Beschlags-garnitur. Zudem beziehen Fensterverarbeiter Griffe grundsätzlich bei spezialisierten Griffherstellern.

231. Insgesamt ist eine Beschlags-garnitur deshalb als eine Einheit zu betrachten, von einer Segmentierung in Beschlags-Einzelkomponenten ist abzusehen. Beschlagszubehör ist nicht Teil einer Beschlags-garnitur und entsprechend vom sachlich relevanten Markt auszuklammern.

Baubeschläge für Aluminiumfenster(türen)

232. Fenster beziehungsweise Fenstertüren werden hauptsächlich aus den Werkstoffen Holz und Kunststoff hergestellt. Holz ist der älteste Werkstoff für Fenster(-türen) und zeichnet sich durch eine gute Wärmedämmung aus. Holz ist ausserdem leicht zu bearbeiten. Kunststofffenster(türen) zeichnen sich durch hohe Stabilität, eine lange Lebensdauer sowie geringe Instandhaltungskosten aus. Neben den reinen Holz- und Kunststofffenstern existieren auch Mischformen wie Holz-Aluminium-Fenster(türen) und Kunststoff-Aluminium-Fenster(türen). Bei diesen Mischformen kommt, im Unterschied zur Herstellung von reinen Holz- beziehungsweise Kunststofffenster(türen), ein zusätzlicher Produktionsschritt hinzu. Dieser besteht darin, die äussere Wetterabdeckung mit einem Aluminiumüberzug zu versehen. Holz- und Kunststofffenster(türen) sowie Mischformen davon werden vorwiegend im privaten Haus- und Wohnungsbau eingesetzt.¹⁹⁹

233. Daneben werden auch Fenster(türen) hergestellt, welche komplett aus Aluminium bestehen. Diese sog. reinen Aluminiumfenster(türen) weisen eine hohe Strapazierfähigkeit, Wetterfestigkeit sowie gute statische Eigenschaften auf. Reine Aluminiumfenster(türen) werden deshalb hauptsächlich für grosse Fensterflächen im Fassadenbau bei gewerblichen Bauten eingesetzt. Baubeschläge für reine Aluminiumfenster(türen) werden im Unterschied zu Baubeschlägen für Holz- und Kunststofffenster(türen) hauptsächlich an Metallbaubetriebe, Fassadenbauer und Schlosser geliefert.²⁰⁰

234. Der Anteil reiner Aluminiumfenster(türen) – und demnach auch der Beschläge für diese – macht nur gerade ca. [0-5] %²⁰¹ am gesamten Bereich der Fenster(türen) in der Schweiz aus.²⁰²

235. Neben einem unterschiedlichen Verwendungszweck und Vertriebsweg haben reine Alufenster(türen) demnach auch nur eine marginale Bedeutung im Bereich der Fenster(türen). Aus diesen Gründen werden Beschlags-garnituren für reine Aluminiumfenster(türen) vom sachlich relevanten Markt ausgenommen.

Zwischenergebnis

236. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Beschlags-garnituren für Holz- und Kunststofffenster je nach Öffnungsart einzelne relevante Märkte bilden.

¹⁹⁷ Die Beschlags-garnituren können hinsichtlich Grössendimension für dieselben Öffnungsarten variieren.

¹⁹⁸ Wenige grössere Fensterverarbeiter präzisieren, dass gewisse Komponenten eines Beschlags gemischt werden könnten, insbesondere die aufgesetzten oder isolierten Teile. So würden z.B. Drehlager oder Bänder oder die Schwelle bei HS-Türen zum Teil gemischt. Dies scheint aber bei einer Gesamtbetrachtung des Marktes die Ausnahme zu sein.

¹⁹⁹ Vgl. auch act. 172; act. 173; act. 175-177.

²⁰⁰ Die befragten grösseren Schweizer Fensterverarbeiter stellen denn auch keine reinen Aluminiumfenster her.

²⁰¹ Act. 139; act. 180; act. 182.

237. Aus nachfolgend aufgeführten Gründen konzentrieren sich die weiteren Ausführungen jedoch lediglich auf den Vertrieb für Baubeschläge der Öffnungsart Drehkipp:

- Drehkippbeschläge stellen in der Schweiz die am weitesten verbreitete Öffnungsart für Fenster(türen) dar. Angaben der Untersuchungsadressaten zufolge machen Drehkippbeschläge durchschnittlich 75 % aller abgesetzten Beschläge aus (vgl. auch Rz. 26).²⁰³ Der Anteil Drehkippbeschläge am Umsatz des Gesamtbereichs Fenster(türen) in der Schweiz machte im untersuchungsrelevanten Zeitraum zwischen 70-80 % aus.
- Drehkippbeschläge sind sowohl für Fenster als auch für Fenstertüren einsetzbar. Unterschiede gibt es lediglich hinsichtlich der Grössendimension.²⁰⁴ Infolgedessen haben Drehkippbeschläge von der Produktionsmenge her eine überaus grosse Bedeutung.
- Drehkippbeschläge werden von sämtlichen Untersuchungsadressaten vertrieben.

238. Drehkippbeschläge gelten somit schweizweit als Standard-/Referenzprodukt für die gesamte Fensterbranche. Gestützt darauf wird der sachlich relevante Markt auf Baubeschläge der Öffnungsart Drehkipp beschränkt.

b. Räumlich relevanter Markt

239. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

240. Der Grossteil der befragten Fensterverarbeiter bezieht Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren²⁰⁵ ausschliesslich in der Schweiz, sei es über die Schweizer Vertriebsgesellschaften der ausländischen Hersteller oder über den Schweizer Zwischenhandel. Dies gilt insbesondere auch für die grossen Fensterverarbeiter. Nur eine kleine Minderheit kauft einen Teil der benötigten Beschläge im umliegenden Ausland bei Zwischenhändlern oder direkt beim Hersteller ein.²⁰⁶ Das tatsächliche Kaufverhalten der Fensterverarbeiter beschränkt sich somit fast ausschliesslich auf die Schweiz. Dementsprechend ist von einem geographisch relevanten Markt Schweiz auszugehen.

241. Für eine nationale Marktangrenzungen spricht auch, dass bei Fenster- und Fenstertürbeschlägen Preisdifferenzen zum umliegenden Ausland bestehen.²⁰⁷ In Deutschland und Österreich sind die Preise für Beschläge tiefer als in der Schweiz. Die Schätzungen der grössten schweizerischen Fensterverarbeiter zu Preisunterschieden zum angrenzenden Ausland betragen 0-25 %.²⁰⁸ Ein exakter Preisvergleich ist für die Fensterverarbeiter jedoch schwierig, da diesen kaum je direkte Vergleichsofferten mit Nettopreisen vorliegen.²⁰⁹ Auch der Zwischenhändler SFS schätzt die Preisunterschiede zum Ausland auf 5-10 %.²¹⁰

242. Insgesamt scheinen die Preise von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren im umliegenden Ausland

somit tiefer zu sein als in der Schweiz. Dies dürfte insbesondere für kleinere Fensterverarbeiter stärker zutreffen, da diese deutlich kleinere Mengen an Baubeschlägen beziehen als die dazu befragten grössten Fensterverarbeiter.

243. Trotz dem tatsächlichen Kaufverhalten gibt ungefähr die Hälfte der befragten Fensterverarbeiter an, die Möglichkeit zum Auslandsbezug sei gegeben. Aufgrund des tatsächlichen Kaufverhaltens, welches sich auf die Schweiz konzentriert, wird der Möglichkeit zum Bezug im Ausland im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz Rechnung getragen (vgl. Rz. 252 ff.).

244. Der geographisch relevante Markt ist demnach national abzugrenzen.

245. SFS bringt vor, dass neben dem Markt für Drehkippbeschläge ein weiterer Markt für den Vertrieb von Drehkippbeschlägen definiert werden müsste und die Wettbewerbsverhältnisse dieses Marktes analysiert werden müssten. SFS sei lediglich im Vertrieb tätig und stelle keine Baubeschläge her. Zudem sei der geographisch relevante Markt für den Vertrieb von Drehkippbeschlägen aufgrund der Möglichkeit zum Auslandsbezug weiter zu fassen als die Schweiz.

246. Dagegen ist einzuwenden, dass Roto, Siegenia, GU, Maco und Winkhaus in der Schweiz auch keine Baubeschläge herstellen, sondern diese lediglich vertreiben. SFS (für Maco-Produkte) und Koch (für Siegenia-Produkte) üben daher grundsätzlich dieselbe Tätigkeit wie Roto, Siegenia, GU, Maco und Winkhaus aus (vgl. dazu auch Rz. 188). Insofern ist SFS in der Schweiz auf demselben Markt tätig wie Roto, Siegenia, GU, Winkhaus, Maco und Koch. Betreffend Auslandsbezug ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass gerade die Tatsache, dass die Untersuchungsadressaten vorliegend über Preiserhöhungen *in der Schweiz* Informationen ausgetauscht haben, darauf hindeutet, dass der Markt national abzugrenzen ist. Auf den Auslandsbezug wird deshalb im Rahmen der Analyse der potentiellen Konkurrenz eingegangen.

²⁰² Gemäss dem "Branchenpanel Fenster 2008" des Schweizerischen Fachverbands Fenster- und Fassadenbranche (FFF) machte der Umsatzanteil von Aluminiumfenster(türen) in den letzten Jahren zwischen 2,2 und 6,5 % aus.

²⁰³ Vgl. act. 65; act. 74; act. 76-78; act. 81; act. 83-85; act. 87-93; act. 96; act. 98-102; act. 104-107; act. 109; act. 110; act. 112-113; act. 114; act. 115; act. 116; act. 117; act. 119; act. 121-124; act. 126-144; act. 148; act. 149; act. 151 und 152; act. 154-169.

²⁰⁴ Vgl. act. 135; act. 138.

²⁰⁵ Die folgenden Ausführungen beziehen sich der Einfachheit halber z.T. auf den gesamten Bereich Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, z.T. auf den relevanten Markt Drehkippbeschläge. Grundsätzlich haben die Ausführungen zu den Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren auch Geltung für den relevanten Markt. Vom relevanten Markt wird lediglich dort ausgegangen, wo die Unterscheidung zu den Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren ins Gewicht fällt.

²⁰⁶ Act. 2, S. 6, Rz. 20, Anlage 6.

²⁰⁷ Vgl. act. 18, D-0030.1; act. 2, S. 6, Rz. 20, Anlage 6.

²⁰⁸ Act. 172; act. 178; act. 179.

²⁰⁹ Act. 173; act. 177; act. 179.

²¹⁰ Act. 92; act. 182.

B.3.2.2.2 Aussenwettbewerb

247. Im Folgenden wird geprüft, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden.

Aktueller Wettbewerb

248. Folgende Unternehmen sind auf dem relevanten Markt in der Schweiz tätig (vgl. auch Rz. 3 ff.):

- Siegenia (v.a. via die Zwischenhändler Koch respektive SFS)
- Roto
- GU

- Maco (v.a. via den Zwischenhändler SFS)
- Winkhaus

249. Tabelle 2 gibt Auskunft über die auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen inkl. deren Marktanteile im untersuchungsrelevanten Zeitraum (beziehungsweise für das Jahr 2007). Daraus geht hervor, dass beinahe der gesamte Markt von den an der Abrede beteiligten Unternehmen abgedeckt wird. Neben den Unternehmen Siegenia, Roto und Winkhaus sind einzig GU und Maco noch in der Schweiz präsent. Der besseren Übersicht halber werden die Marktanteile für den Handel zusätzlich separat ausgewiesen (vgl. dazu im Einzelnen Rz. 5 f. sowie 10 ff.).

Tabelle 2: Marktanteile in der Schweiz 2007

Nach Beschlagsmarke	
Siegenia	[40–50] %
Roto	[40–50] %
Maco	[0–10] %
Winkhaus	[0–10] %
GU	[0–10] %
Total	100 %

Nach Händler	
Koch	[30–40] %
SFS	[0–10] %
Weitere Zwischenhändler	[0–10] %
Direktvertrieb	[40–50] %
Total	100 %

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats²¹¹

250. Daraus folgt, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen Siegenia, Roto und Winkhaus deutlich über 80 % des Marktes auf sich vereinen. Einzig GU und Maco verbleiben als Mitbewerber, welche nicht an der Abrede beteiligt waren. GU und Maco haben indes in der Schweiz mit einem Marktanteil von je lediglich [0–10] % eine geringe Bedeutung. Es sind zudem keine Indizien vorhanden, wonach die Anbieter GU und Maco den Wettbewerb in der Schweiz belebt hätten. In diesem Zusammenhang liegen Hinweise vor, dass sich diese beiden Unternehmen verschiedentlich mit den übrigen Untersuchungsadressaten ausgetauscht haben (vgl. Rz. 79 ff.). In Bezug auf Maco ist überdies darauf hinzuweisen, dass sie – eigenen Angaben zufolge – beispielsweise ihre Preiserhöhungen im Jahre 2006/2007 an diejenigen der führenden Unternehmen im relevanten Markt orientiert und ihre Preiserhöhungen auf den genau gleichen Zeitpunkt in der genau gleichen Höhe angekündigt habe.²¹² GU und Maco kann die Beteiligung an der in Frage stehenden Abrede zwar nicht nachgewiesen werden, jedoch können diese beiden Unternehmen nicht als reelle Aussenwettbewerber betrachtet werden, welche den Markt belebt respektive die anderen Untersuchungsadressaten diszipliniert hätten. Es kann deshalb ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass der aktuelle Aussenwettbewerb durch die Abrede weitestgehend beseitigt war. Eine tiefergehende Prüfung des aktuellen Wettbewerbs erübrigt sich demnach.

251. Nachfolgende Ausführungen konzentrieren sich deshalb auf die Prüfung der Existenz von potenziellem Wettbewerb.

Potenzieller Wettbewerb

252. Gemäss den befragten Marktteilnehmern kam es in den vergangenen fünf Jahren zu keinen Markteintritten im Bereich Produktion von Baubeschlägen für Fenster(türen). Ebenso wenig werden in Zukunft Markteintritte in der Schweiz erwartet.²¹³ Im Folgenden werden die vorhandenen Markteintrittsbarrieren kurz analysiert.

253. In der Produktion von Baubeschlägen für Fenster(türen) scheinen sich beachtliche Grössenvorteile zu ergeben, d.h. die Durchschnittskosten pro Beschlags-garnitur sinken mit zunehmendem Output eines Herstellers.²¹⁴ Bereits auf dem Markt tätige Unternehmen produzieren deshalb in der Regel zu tieferen Kosten als ein Markteintriter, welcher vorerst kleinere Volumen absetzen dürfte. Dies stellt für etablierte Anbieter einen grossen Vorteil gegenüber Neueinsteigern dar.

²¹¹ Act. 92; act. 109; act. 114; act. 116; act. 139; act. 180–182; act. 197; act. 215–220; sowie die von den Untersuchungsadressaten eingereichten Präzisierungen der Umsatzzahlen, vgl. act. 270–273; act. 278–279; act. 282.

²¹² Act. 355, S. 25 f.

²¹³ Als Gründe dafür wurden u.a. folgende aufgeführt: geringe Marktgrösse und geringes Marktwachstum; alle grösseren europäischen Hersteller sind bereits in der Schweiz vertreten; geringe Bruttomargen; Notwendigkeit individueller Lösungen für den schweizerischen Markt (act. 92; act. 109; act. 114; act. 116; act. 139; act. 180).

²¹⁴ Act. 180; act. 182.

254. Eine weitere mögliche Markteintrittsbarriere stellen mit dem Wechsel des Hauptlieferanten verbundene Kosten dar (sog. switching costs; vgl. Rz. 19). Die Untersuchungsadressaten geben an, dass ein Wechsel des Baubeschlagherstellers mit erheblichen Kosten verbunden ist. [...].²¹⁵

255. Die technisierten Betriebe der Fensterverarbeiter, respektive der mit einem Wechsel des Hauptlieferanten verbundene IT-Aufwand, führen gemäss Koch zu Schwierigkeiten bei der Umstellung: "Sämtliche Beschlagteile des jeweiligen Fabrikates sind in stark technisierten Betrieben in der EDV erfasst. Das bedeutet, dass der Fensterverarbeiter jeweils bei jeder Produktion eigene EDV-Stücklisten mit Einzelteilen erstellt. Damit kalkuliert er seine Kosten. Daneben werden auch die Produktionsanlagen (Bohren, Fräsen etc.) aufgrund des gewählten Fabrikates und der definierten Einzelteile online gesteuert".²¹⁶ Bei einer Umstellung müssen diese EDV-Daten an das neue Beschlagsfabrikat angepasst werden.

256. Die Befragung der Fensterverarbeiter bestätigt dieses Bild. Nahezu sämtliche befragten Marktteilnehmer gaben an, dass die Umstellung mit einem grossem (Kosten-)Aufwand verbunden sei. Auch für die Fensterverarbeiter stehen dabei die zusätzlichen Aufwendungen im Zusammenhang mit der Programmierung der Maschinen und Anpassungen des IT-Systems im Vordergrund.²¹⁷

257. Roto weist in diesem Zusammenhang auf weitere Umstellungsschwierigkeiten im kaufmännischen Bereich und auf der Vertriebsebene hin. So müssten die Kataloge neu angefertigt, die Einkaufs-EDV auf die neuen Produkte umgestellt und die Vertriebsmitarbeiter geschult werden.²¹⁸ Diese Aufwände haben auch etliche der befragten Fensterverarbeiter als Umstellungshindernis genannt.²¹⁹

258. Roto gibt zudem an, dass die Umstellungskosten bei grossen Fensterverarbeitern in der Regel sehr viel höher seien als bei kleineren Verarbeitern, da die Betriebe letzterer einen geringeren Automatisierungsgrad hätten und auch die Aufwände im kaufmännischen Bereich und auf der Vertriebsebene geringer ausfielen.²²⁰

259. Diese Umstellungskosten mögen mit ein Grund sein, weshalb Fensterverarbeiter ihre Lieferanten selten wechseln. So haben in den letzten fünf Jahren von den befragten Fensterverarbeitern weniger als 10 % den Hauptlieferanten gewechselt. Diese hohe Kundentreue in Verbindung mit einem schrumpfenden Markt²²¹ machen es für einen potenziellen Neueintreter schwierig, eine grosse Anzahl an Kunden zu gewinnen.²²² Dies gilt insbesondere für die grösseren Kunden mit stärker automatisierten Betrieben. Die Erfolgsaussichten eines Markteintritts sinken dadurch. Die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten ist aus den oben genannten Gründen insgesamt gering.

260. Neben eigentlichen Markteintritten könnten auch ausländische Zwischenhändler von Baubeschlägen für Fenster(türen) eine disziplinierende Wirkung auf die in der Schweiz tätigen Beschlagshersteller ausüben. So beziehen zumindest einige wenige Fensterverarbeiter

einen Teil der benötigten Beschläge von Zwischenhändlern im Ausland (vgl. Rz. 240).²²³

261. Lieferungen aus dem Ausland werden nicht durch Handelshemmnisse erschwert. Im Bereich Baubeschläge für Fenster(türen) scheinen weder administrative Hürden wie z.B. Produktprüfungen oder Zulassungen, noch Patente vorzuliegen. Der Handel wird auch nicht durch Zölle erschwert. Die Standardprodukte aus den umliegenden Ländern könnten deshalb theoretisch problemlos in der Schweiz verkauft werden.²²⁴

262. Gegen eine disziplinierende Wirkung ausländischer Zwischenhändler spricht hingegen der Umstand, dass die grosse Mehrheit der Fensterverarbeiter – trotz der Abwesenheit von Handelshemmnissen – die benötigten Beschläge in der Schweiz bezieht (vgl. Rz. 240). Die Fensterverarbeiter geben insbesondere folgende Gründe für ihren Nichtbezug aus dem Ausland an (vgl. Rz. 240).²²⁵

- Direktbezug bei ausländischen Lieferanten, die eine Tochtergesellschaft in der Schweiz haben, ist nicht möglich.
- Fehlende Lagerkapazität, da nur palettenweise bestellt werden kann.
- Bezug von zu kleinen Mengen.

263. Die bestehenden Preisdifferenzen zwischen der Schweiz und dem umliegenden Ausland (vgl. Rz. 240) vermögen offenbar keine disziplinierende Wirkung auf die in der Schweiz tätigen Baubeschlagshersteller zu entfalten. Falls es tatsächlich realistisch wäre, dass schweizerische Fensterverarbeiter in grossem Umfang regelmässig bei ausländischen Zwischenhändlern beziehen würden, müssten sich die Preise in der Schweiz denjenigen der umliegenden Länder stärker angleichen.

²¹⁵ Act. 2, S. 5.

²¹⁶ Act. 92.

²¹⁷ Act. 76–78; act. 83–85; act. 87–90; act. 93; act. 96; act. 98; act. 102; act. 104; act. 106–108; act. 109; act. 113; act. 115; act. 116; act. 117; act. 121–123; act. 126–144; act. 148; act. 149; act. 152; act. 154–163; act. 165–169.

²¹⁸ Act. 254.

²¹⁹ Act. 76–78; act. 84, act. 85; act. 87–90; act. 93; act. 96; act. 98; act. 102; act. 104; act. 107, act. 108; act. 113; act. 115; act. 117; act. 121–123; act. 126–144; act. 148–149; act. 152; act. 154–163; act. 165–169.

²²⁰ Act. 254.

²²¹ Der relevante Markt wies zwischen 2006 und 2009 ein Wachstum von -9 % aus (vgl. auch Rz. 287).

²²² Vgl. Act. 180.

²²³ Act. 100: Grosser Fensterverarbeiter, welcher dahingehend antwortete, dass er Offerten von ausländischen Zwischenhändlern eingeholt habe, um Preiserhöhungen des schweizerischen Lieferanten abzuwenden.

²²⁴ Act. 114; act. 180; act. 182.

²²⁵ Act. 76–78; act. 83–85; act. 87–90; act. 93; act. 96; act. 98; act. 102; act. 104; act. 106–108; act. 109; act. 113; act. 115–117; act. 121–123; act. 126–144; act. 148–149; act. 152; act. 154–163; act. 165–169; act. 178.

264. Winkhaus bringt dagegen vor, die Tatsache, dass die Mehrheit der Schweizer Fensterverarbeiter vom Bezug aus dem Ausland absehe, spreche nicht gegen eine disziplinierende Wirkung ausländischer Zwischenhändler. Es werde unterstellt, dass nur bei einer starken Angleichung der Preise in der Schweiz an diejenigen in den umliegenden Ländern ausreichender Wettbewerbsdruck auf die Preise in der Schweiz vorliegen würde. Dafür fehle der Nachweis. Zudem sei nicht berücksichtigt worden, dass die Schweiz ein kleiner Markt sei und plausible Gründe wie der Bezug von zu kleinen Mengen sowie die fehlende Lagerkapazität existierten, warum nicht in grossem Umfang Bezüge bei ausländischen Zwischenhändlern getätigt werden.

265. Dieses Vorbringen ist dahingehend zu präzisieren, dass die Argumentation wie folgt zu verstehen ist: Bestehende Preisdifferenzen zum umliegenden Ausland sind ein Indiz dafür, dass die ausländischen Zwischenhändler keine disziplinierende Wirkung auf die Anbieter in der Schweiz entfalten. Sähen sich die Schweizer Anbieter nämlich mit der realistischen Drohung von Kunden konfrontiert, Baubeschläge künftig günstiger im Ausland zu beziehen, hätten die Schweizer Anbieter Anreize, ihre Preise denjenigen des umliegenden Auslands anzupassen. Da aber Preisdifferenzen zum Ausland weiterhin bestehen, deutet dies stark darauf hin, dass der Auslandsbezug – obwohl theoretisch möglich – für die grosse Mehrheit der Schweizer Fensterverarbeiter keine realistische Option darstellt. Umgekehrt wäre eine Angleichung des Preisniveaus an dasjenige der umliegenden Ländern ein Indiz dafür, dass die disziplinierende Wirkung ausländischer Zwischenhändler zunimmt. Die von Winkhaus erwähnten plausiblen Gründe, welche gegen einen Auslandsbezug sprechen, unterstützen die Aussage, dass ein Bezug aus dem Ausland eben für viele Fensterverarbeiter keine realistische (potentielle) Option ist. Winkhaus hat überdies ihre Vorbringen weder spezifiziert noch belegt.

266. Roto macht geltend, dass verschiedene Fensterverarbeiter in erheblichem Umfang Baubeschläge aus dem Ausland beziehen würden. Die ausländischen Zwischenhändler würden demnach – zumindest potentiell – eine disziplinierende Wirkung auf die Schweizer Anbieter entfalten.

267. Hierzu ist anzumerken, dass die grosse Mehrheit der Fensterverarbeiter nicht aus dem Ausland bezieht, obwohl solche Bezüge theoretisch möglich wären. Die von Roto aufgeführten (drei) Fensterverarbeiter, welche in erheblichem Umfang im Ausland Baubeschläge beziehen würden, beziehen zwischen [0-5] % und [10-20] % ihrer Bezüge von einem Zwischenhändler in Deutschland. Vereinzelt Lieferungen aus dem Ausland vermögen jedoch die Einschätzung der WEKO, wonach die disziplinierende Wirkung der ausländischen Zwischenhändler gering ist, nicht umzustossen.

268. Damit besteht auf dem relevanten Markt kein wirksamer potenzieller Aussenwettbewerb.

269. SFS und Koch bringen vor, dass auf der Handelsstufe intensiver Aussenwettbewerb herrsche. Koch führt aus, dass sich in der Schweiz eine grosse Anzahl Händler intensiv um die Kunden bemühe. SFS führt diesbezüglich aus, dass viele in- und ausländische Händler in

der Schweiz mit Baubaubeschlägen handeln und es in den letzten Jahren zu verschiedenen Markteintritten ausländischer Händler gekommen sei. Zudem sei es für Fensterverarbeiter möglich, den Händler zu wechseln, ohne die Beschlagsmarke umzustellen. Weiter sei für die Schweizer Fensterverarbeiter die Möglichkeit zum Auslandsbezug gegeben und mittels (günstigen) Offerten ausländischer Händler könnten die Fensterverarbeiter Druck auf die Schweizer Händler ausüben. SFS behauptet schliesslich, dass die Preise in der Schweiz in den letzten Jahren gesunken seien. SFS und Koch machen geltend, dass auf der Handelsstufe wirksamer Aussenwettbewerb herrsche.

270. Die Ausführungen von Koch und SFS betreffend der Verhältnisse im Bereich des Handels mit Baubeschlägen wurden zur Kenntnis genommen. Vorliegend werden jedoch die Verhältnisse auf dem relevanten Markt für Drehkippsbeschläge analysiert (vgl. Rz. 245 f.). Betreffend dem Vorbringen zum Auslandsbezug sei auf Rz. 264 ff. verwiesen. Die Behauptung, wonach die Preise in der Schweiz in den letzten Jahre gesunken seien, hat SFS in keiner Weise belegt. Diese Behauptung widerspricht denn auch den im Sachverhalt ausführlich dargelegten Preiserhöhungen für Baubeschläge über die letzten Jahre.

Fazit

271. Auf dem relevanten Markt besteht kein wirksamer aktueller Aussenwettbewerb. In den letzten fünf Jahren kam es zudem zu keinen Marktzutritten. Eine hohe Kundentreue in Verbindung mit einem schrumpfenden Markt und Grössenvorteilen in der Produktion stellen Marktzutrittsschranken dar. Zukünftige Markteintritte sind deshalb unwahrscheinlich und werden von den Marktteilnehmern auch nicht erwartet. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann somit nicht durch funktionierenden aktuellen oder potenziellen Aussenwettbewerb widerlegt werden.

B.3.2.2.3 Innenwettbewerb

272. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs und damit die Unzulässigkeit der Abrede mittels verbleibendem Innenwettbewerb widerlegt werden kann. Ein funktionierender Innenwettbewerb besteht, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht.²²⁶

273. Bei der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse stellt sich zunächst einmal die Frage, ob die Endkunden von Drehkippsbeschlägen (Architekt, Bauherr etc.) die Beschlagshersteller, respektive deren Vertriebsgesellschaften in der Schweiz zu disziplinieren vermögen. Diesbezüglich wird geprüft, ob die Endkunden von Drehkippsbeschlägen einen direkten Einfluss auf die Beschlagshersteller, respektive deren Vertriebsgesellschaften ausüben. Nachfolgende Gründe sprechen dagegen:

²²⁶ BGE 129 II 18, 35 E. 8.1.

- Ein Endkunde von Drehkippbeschlägen erwirbt in der Regel ein komplettes Produkt, d.h. ein Fenster beziehungsweise eine Fenstertür und nicht einzelne Teile davon. Der Beschlag ist nur ein Bestandteil des fertigen Produkts.
- Die Beschläge machen am Endverkaufspreis eines "Standardfensters" lediglich 5-10 % aus.²²⁷ Die Beschlagskosten dürften dem Endkunden in der Regel nicht bekannt sein.
- Die Entscheidung, welcher Beschlag in ein Fenster montiert wird, liegt normalerweise beim Fensterverarbeiter und nicht beim Endkunden. Für diesen dürften deshalb die Beschläge beim Erwerb von Fenstern kaum von Belang sein.

274. Daraus folgt, dass die Endabnehmer von Drehkippbeschlägen die Beschlagshersteller, respektive deren Vertriebsgesellschaften nicht direkt zu disziplinieren vermögen.

275. Für die direkte Marktgegenseite der Untersuchungsadressaten hingegen, die Fensterverarbeiter, sind Baubeschläge ein wichtiger Inputfaktor bei der Produktion von Fenster(türen). Die Fensterverarbeiter entscheiden gezielt, von welchem Hersteller beziehungsweise Vertreter sie Baubeschläge beziehen wollen.

Fensterverarbeiter sind denn auch in Bezug auf Baubeschläge für die von ihnen verarbeiteten Fenster oder Fenstertüren relativ preissensibel (vgl. Rz. 284 ff.).

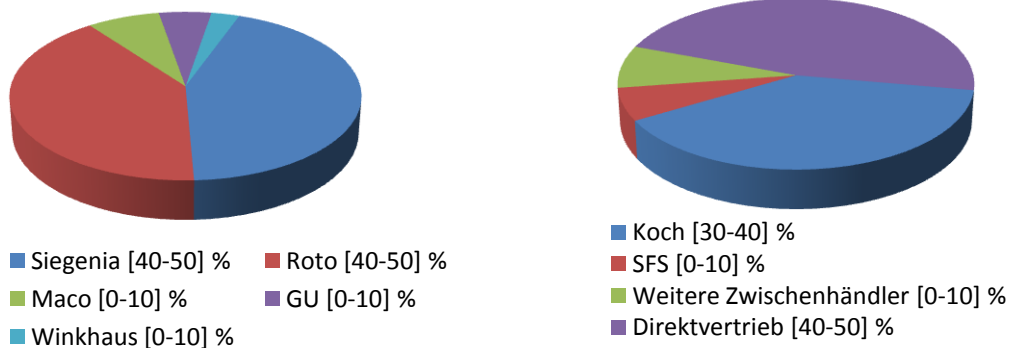
276. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Verhältnis zwischen Beschlagshersteller, respektive Vertriebsgesellschaft und den Fensterverarbeitern.

Marktanteile

277. Wie Abbildung 4 illustriert, ist der relevante Markt geprägt von Siegenia und Roto, welche beide über sehr hohe Marktanteile verfügen. Diese beiden Anbieter bedienen über 80 % des relevanten Marktes. Die restlichen drei Beschlagsmarken zusammen vereinen weniger als 20 % Marktanteile auf sich. Es handelt sich demnach vorliegend um einen stark konzentrierten Markt.

278. Betrachtet man die Handelsstufe, fällt auf, dass Koch klar der grösste Händler in der Schweiz ist. Mit einigem Abstand folgt SFS. Daneben existiert eine Reihe weiterer, kleinerer Zwischenhändler wie Rudolf Geiser AG, Immer AG, Wilhelm Fehr AG, Pfefferlé Cie. SA etc, welche addiert einen Marktanteil von [0–10] % auf sich vereinen. Die restlichen Anteile ([40–50] %) entfallen auf den Direktvertrieb von Roto, Siegenia, GU und Winkhaus.

Abb. 4: Marktanteile 2007 nach Beschlagsmarken und Händler in der Schweiz



279. SFS bringt in diesem Zusammenhang vor, dass ausländische Zwischenhändler einen Marktanteil von rund [0–10] % hätten. Da keine ausländischen Zwischenhändler befragt wurden, kann diese Aussage nicht verifiziert werden. Die Antworten der befragten Fensterverarbeiter lassen jedoch auf einen deutlich geringeren Anteil schliessen.

Wettbewerbsintensität

280. Trotz der vorliegenden Preisabrede gehen die befragten Fensterverarbeiter im Wesentlichen davon aus, dass der Wettbewerb zwischen den Herstellern von Fenster(tür)beschlägen eher intensiv ist. 34 von 55 Fensterverarbeitern haben die Aussage "Der Wettbewerb zwischen den Herstellern ist intensiv" mindestens mit *trifft eher zu* gewertet. 15 Fensterverarbeiter gaben an, dass diese Aussage *eher nicht*, respektive *überhaupt nicht* zutreffe.²²⁸

281. Diese Einschätzung könnte einerseits darauf zurückgeführt werden, dass die befragten Marktteilnehmer nicht in der Lage sind, eine objektive Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem gesamten relevanten Markt vorzunehmen. Andererseits ist nicht auszuschliessen, dass gewisse der befragten Fensterverarbeiter strategisch geantwortet haben.

²²⁷ Vgl. act. 172; act. 174; act. 178–179.

²²⁸ Act. 74; act. 76–78; act. 81; act. 83–85; act. 87–93; act. 96; act. 98–102; act. 104–107; act. 109; act. 110; act. 112–113; act. 115; act. 117; act. 119; act. 121–124; act. 126–144; act. 148; act. 149; act. 151–152; act. 154–169.

282. SFS, Roto und Winkhaus bringen vor, dass die Aussagen der Fensterverarbeiter durchaus relevant seien. Diese Angaben dürften nicht abgeschwächt oder ausgeblendet werden, die diesbezüglichen in Rz. 281 genannten Gründe seien nicht nachvollziehbar. Die Antworten der Fensterverarbeiter würden vielmehr zeigen, dass auf dem relevanten Markt intensiver Innenwettbewerb herrsche.

283. Dazu ist anzufügen, dass die Auswertung der Antworten der befragten Fensterverarbeiter zwar ergab, dass die Mehrheit die Wettbewerbsintensität als eher hoch einschätzte, die befragten Fensterverarbeiter demgegenüber auch die Verhandlungsmacht ihrer Lieferanten als eher hoch beurteilten. Diese sich entgegenstehenden Aussagen der Fensterverarbeiter illustrieren, dass die Einschätzungen der befragten Unternehmen zu diesen zwei Punkten doch als eher subjektiv zu beurteilen sind.

Wettbewerbsparameter

284. Gemäss den befragten Fensterverarbeitern und den Untersuchungsadressaten scheint der Preis mit

Abstand der wichtigste Wettbewerbsparameter zu sein, vor der Innovation und der Qualität. Die Marktteilnehmer hatten die Aussage "Der Wettbewerb zwischen den Herstellern von Beschlägen funktioniert hauptsächlich über den Preis (respektive Innovation, respektive Qualität)" einzuschätzen. Ordnet man den Angaben Werte von 1 (trifft voll und ganz zu) bis 4 (trifft überhaupt nicht zu) zu, ergibt sich bei den Antworten der Fensterverarbeiter ein Durchschnitt von 2 für den Preis, 2,3 für Innovation und 2,5 für Qualität. Bei den Untersuchungsadressaten ergibt sich aus den Antworten ein Durchschnitt von 1,6 für den Preis, 2,2 für Innovation und 2,4 für Qualität. Dies verdeutlicht, dass der Preis von den Marktteilnehmern als wichtigster Wettbewerbsparameter eingeschätzt wird (vgl. auch hierzu Rz. 315 ff.). Gerade bezüglich dieses Parameters haben sich die Untersuchungsadressaten abgesprochen.

285. Tabelle 3 gibt des weiteren die Faktoren wieder, die aus Sicht der Fensterverarbeiter für eine mögliche Umstellung des Hauptlieferanten ins Gewicht fallen. Aufgeführt wird die Anzahl Nennungen der befragten Fensterverarbeiter.²²⁹

Tabelle 3: Faktoren für eine mögliche Umstellung des Hauptlieferanten

	Ausschlaggebend	Relevant
Preis	19	26
Qualität	14	7
Innovation	1	11
Service, Betreuung	5	6

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats

286. Tabelle 3 zeigt auf, dass der Preis am häufigsten als Grund für eine allfällige Umstellung genannt wird. Die Faktoren Qualität, Innovation und Service/Betreuung scheinen für die Fensterverarbeiter ebenfalls relevante Wettbewerbsparameter zu sein (vgl. hierzu auch Rz. 253 ff.).

Marktdynamik

287. Der relevante Markt ist zwischen 2006 und 2009 um ca. 9 % geschrumpft. Es kann also von einem schrumpfenden Markt ausgegangen werden.

288. Gemäss den oben gemachten Ausführungen zu den Umstellungskosten (vgl. Rz. 253 ff.) wechseln Fensterverarbeiter ihren Hauptlieferanten selten. So haben in den letzten fünf Jahren von den befragten Fensterverarbeitern weniger als 10 % den Hauptlieferanten gewechselt. Es liegen deshalb eher stabile Marktverhältnisse vor. Eine deutliche Marktanteilsverschiebung innert kurzer Frist ist im Bereich der Fenster(tür)beschläge nicht zu erwarten. Die weiter oben (vgl. Rz. 277 f.) sowie die unten in Tabelle 4 ausgewiesenen Marktanteile der Unternehmen haben eine entsprechend hohe Aussagekraft.

289. Tabelle 4 zeigt denn auch über den gesamten Untersuchungszeitraum ein ziemlich stabiles Bild des Marktes. Es gibt zwar gewisse Marktanteilsbewegungen, diese bewegen sich aber in einem bescheidenen Rahmen. Insbesondere konnte Roto die Marktanteile auf Kosten von Siegenia über die letzten Jahre langsam erhöhen [...].

²²⁹ Tabelle 3 umfasst nur Faktoren, welche von mehr als zehn Befragten genannt wurden. Insgesamt wurden 55 Fensterverarbeiter befragt.

Tabelle 4: Marktanteilsentwicklung auf dem relevanten Markt

	2006	2007	2008	2009
Siegenia	[40–50] %	[40–50] %	[30–40] %	[30–40] %
Roto	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %	[40–50] %
Maco	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
GU	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %
Winkhaus	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %	[0–10] %

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats

290. SFS bringt vor, dass die Marktdynamik im Bereich des *Handels* mit Baubeschlägen nicht geprüft wurde. So hätten Koch und ausländische Zwischenhändler ihre Stellung verbessern können. Zu diesem Vorbringen sei auf Rz. 245 f. verwiesen.

Stellung der Marktgegenseite

291. Im Folgenden soll die Stellung der Fensterverarbeiter als Marktgegenseite der Untersuchungsadressaten aufgezeigt werden. Die Stellung der Marktgegenseite ist zu beachten, weil sie Wettbewerbsabsprachen destabilisieren kann.

292. Die Einführung respektive Umsetzung der vorne geschilderten Preiserhöhungen funktionierte folgendermassen (vgl. Rz. 33 ff.): Nachdem die europäischen Hersteller von Baubeschlägen für Fenster und Fenstertüren Preiserhöhungen vollzogen hatten, wiesen sie die Vertriebsgesellschaften respektive Händler in der Schweiz an, die Preise ebenfalls zu erhöhen und diese an ihre Kunden zu überwälzen. Daraufhin fanden verschiedene Kontakte zwischen sämtlichen Untersuchungsadressaten statt, deren Zweck es war, die Höhe der Preiserhöhungen sowie den jeweiligen Zeitpunkt für die Einführung gemeinsam zu koordinieren.

293. Die an der vorliegenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten kündigten daraufhin ihren Kunden die vorgesehenen Preiserhöhungen zunächst schriftlich an. Dabei ist insbesondere erwähnenswert, dass die Ankündigungen der Preiserhöhungen von den genannten Untersuchungsadressaten gegenüber ihren Kunden dergestalt vorgenommen wurden, wie sie vorgängig anlässlich des Informationsaustausches abgestimmt worden sind (vgl. Tabelle 1).

294. Es gab allerdings Kunden, welche sich gegen die angekündigten Preiserhöhungen zur Wehr setzten, sodass die Untersuchungsadressaten mit einigen von ihnen individuelle Lösungen ausarbeiteten. Dabei wurde – je nach Kunde – entweder die angekündigte Preiserhöhung angepasst (in der Regel tiefer angesetzt) – oder mittels Rabattanpassungen abgefedert. Solche individuellen Lösungen wurden vor allem mit grösseren (bedeutenderen) Kunden vereinbart.²³⁰

295. Von einigen Untersuchungsadressaten wird geltend gemacht, dass die abgesprochenen Preiserhöhungen

z.T. nicht in vollem Umfang auf die Fensterverarbeiter überwälzt werden konnten.²³¹ Dies geht auch aus den Sachverhaltsschilderungen zu den Preiserhöhungen hervor und wird durch die Befragungen der Fensterverarbeiter teilweise bestätigt.²³² Aus den Antworten geht hervor, dass der Grossteil der Fensterverarbeiter versuchte, sich gegen angekündigte Preiserhöhungen zur Wehr zu setzen.²³³

296. Bei rund einem Drittel der befragten Fensterverarbeiter wurden die Preiserhöhungen schliesslich nicht im angekündigten Umfang umgesetzt (vgl. Rz. 324 ff.).²³⁴ Dies bedeutet jedoch grundsätzlich nicht, dass bei diesen Fensterverarbeitern keine Preiserhöhungen erfolgten, sondern lediglich, dass diese nicht im angekündigten Umfang umgesetzt wurden. Entscheidend ist, dass bei den restlichen Fensterverarbeitern die Preiserhöhungen offenbar umgesetzt werden konnten. Fest steht somit, dass die Preiserhöhungen signifikante Auswirkungen auf dem relevanten Markt zeitigten.

297. Siegenia bringt vor, die Branche sei preisaggressiv und aufgrund der Macht der Händler und Fensterverarbeiter hätten im Ergebnis gar keine Preiserhöhungen stattgefunden. Vielmehr habe man den Kunden Rabatte oder Preisnachlässe eingeräumt, die dazu führten, dass die Preise inflationsbereinigt sogar gesunken seien. Siegenia macht weiter geltend, dass den Ausführungen über die Umsetzung von Preiserhöhungen eine schmale Datenbasis zugrunde liege. Zudem sei davon auszugehen, dass der bisher nicht befragte Teil der Fensterverarbeiter auf Befragung hin angegeben hätte, dass angekündigte Preiserhöhungen regelmässig über andere Nachlässe kompensiert worden seien.

²³⁰ Act. 31, Beilage 24; act. 80.

²³¹ Act. 2; act. 31, S. 17, Rz. 31 ff.: SFS gibt z.B. an, dass die angekündigte Preiserhöhung 2007 von 5.6 %, resp. 5.7 % nur teilweise umgesetzt werden konnte. Bei den Abnehmern von Maco-Produkten sei im Durchschnitt um [ca. 0–5 %] aufgeschlagen worden, bei den Kunden von Siegenia-Beschlägen um durchschnittlich [ca. 0–5 %].

²³² Act. 76–77; act. 87; act. 93; act. 96; act. 100; act. 102; act. 104; act. 107; act. 108; act. 115; act. 127; act. 128; act. 129; act. 132; act. 136; act. 141; act. 143; act. 144; act. 148; act. 155; act. 158; act. 161.

²³³ Vgl. auch act. 17, A-17 und A-18.

²³⁴ Act. 76–78; act. 83–85; act. 87–90; act. 93; act. 96; act. 98; act. 102; act. 104; act. 106–108; act. 109; act. 113; act. 115; act. 116; act. 117; act. 121–123; act. 126–144; act. 148; act. 149; act. 152; act. 154–163; act. 165–169.

298. Dem ist zu entgegenen, dass Siegenia in einer früheren Eingabe angab, dass die angekündigten Preiserhöhungen im Durchschnitt bei rund 75 % der Kunden umgesetzt werden konnten.²³⁵ Dies widerspricht der Aussage, wonach keine Preiserhöhungen stattgefunden hätten, respektive die Preise gesunken seien, komplett. Bei der Befragung der Marktteilnehmer musste eine Auswahl getroffen werden, damit der Aufwand in einem den Verhältnissen entsprechenden Mass gehalten werden konnte. Es wurde eine möglichst repräsentative Auswahl an Fensterverarbeitern befragt. Zur Auswahl der befragten Fensterverarbeiter ist anzufügen, dass insbesondere auch die grossen Fensterverarbeiter – bei welchen angenommen werden durfte, dass sie sich eher gegen angekündigte Preiserhöhungen zur Wehr gesetzt haben – bei der Befragung berücksichtigt wurden. Die Aussage von Siegenia, dass derjenige Teil der befragten Fensterverarbeiter, welcher nicht geantwortet hat, angeben würde, dass Preiserhöhungen regelmässig mit anderen Nachlässen kompensiert würden, ist als blosser Behauptung zurückzuweisen.

299. Roto hält fest, dass im relevanten Zeitraum intensiver Innenwettbewerb herrschte. Dies würden die intensiven Bemühungen der Hersteller, Kunden umzustellen zeigen. So habe Roto zwischen 2004 und 2007 vier Kunden verloren und vier neue hinzugewonnen. In diesem Zeitraum sei es auch zwischen den anderen Herstellern zu Umstellungen gekommen.

300. Die Tatsache, dass Roto in vier Jahren vier Kunden gewonnen, respektive verloren hat, untergräbt die Ansicht der WEKO, wonach der Markt eher stabil ist, in keiner Weise. Der Verlust/Gewinn von durchschnittlich einem Kunden pro Jahr ist nicht unbedingt ein Indiz intensiven Innenwettbewerbs.

301. Roto macht weiter geltend, dass die Preiserhöhungen nicht mehrheitlich umgesetzt worden seien. Die Umsetzung der Preiserhöhungen sei scheinbar vor allem bei grösseren Kunden gescheitert. Es sei deshalb davon auszugehen, dass jenes Drittel der Fensterverarbeiter, bei welchem die Erhöhungen nicht im angekündigten Umfang umgesetzt werden konnten, einen Marktanteil von über 50 % halte. Dies lege nahe, dass jedenfalls die Hälfte des relevanten Marktes nicht (voll) von den Preiserhöhungen betroffen gewesen sei. Roto selber habe die angekündigten Preiserhöhungen nur zu ca. 40 bis 50 % (bezogen auf die Absatzmenge) umsetzen können. Dies spreche dafür, dass der Wettbewerb nicht beseitigt worden sei.

302. Dem ist zu entgegenen, dass es zwar richtig ist, dass die Preiserhöhungen bei Grosskunden weniger gut umgesetzt werden konnten als bei kleineren Fensterverarbeitern. Entscheidend ist jedoch, dass es selbst bei jenem Drittel der Fensterbauer, bei welchem die Preiserhöhungen nicht in vollem Umfang durchgesetzt werden konnten, in der Regel zu Preiserhöhungen kam, einfach nicht im angekündigten Ausmass.

303. Winkhaus bringt vor, dass sich die Wettbewerber nicht über die tatsächlichen Endkundenpreise abgesprochen, sondern sich diesbezüglich aggressiv konkurrenziert hätten. Winkhaus belegt diese Aussage anhand eines Protokolls einer Besprechung zwischen Koch und Siegenia vom April 2006, in welchem zur Preissituation

vermerkt ist: "[...] Eugen Koch AG erläutert, dass er praktisch wöchentlich ein Preisgespräch mit Verarbeitern hat. Speziell aggressiv ist im Moment Winkhaus [...]"²³⁶ Der intensive Wettbewerb werde auch dadurch belegt, dass sich Kunden gegen die geplanten Preiserhöhungen zur Wehr gesetzt hätten.

304. Hierzu ist einschränkend festzuhalten, dass es sich um eine subjektive Einschätzung eines Mitarbeiters von Koch handelt, welche zudem keinen Beweis für intensiven Wettbewerb darzustellen vermag.

305. Winkhaus macht weiter geltend, dass der Preiswettbewerb vorliegend nicht ausgeschaltet wurde, da der Materialteuerungszuschlag lediglich ein Element des Bruttopreises sei. Es habe jedoch keine Koordination der Endkundenpreise stattgefunden.

306. Dem ist zu entgegenen, dass Bruttopreise die Berechnungsgrundlage der Nettopreise, respektive der Rabatte sind und somit auch der Endkundenpreise. Steigen also die Bruttopreise, hat dies in aller Regel auch einen Einfluss auf die Nettopreise, respektive Endkundenpreise. Schlussendlich ist es jedoch nicht entscheidend über welchen Preisbestandteil sich die verschiedenen Akteure abgesprochen haben. Zu betonen ist vielmehr, dass sich der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG explizit auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten bezieht.²³⁷ Die Festlegung von Bruttopreisen betrifft zudem nicht nur unbedeutende Preisbestandteile, sondern die Berechnungsgrundlage der Nettopreise, sodass diese Festlegung geeignet ist, den wirksamen Preiswettbewerb zu beeinflussen.

307. SFS bringt vor, dass die an ihre Kunden gewährten durchschnittlichen Rabatte zwischen [...] und [...] % ein Indiz für spielenden Wettbewerb seien und verweist auf die frühere Praxis der WEKO [Entscheid in Sachen ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlungen), RPW 2004/2, S. 331 ff.].²³⁸ Weiter macht SFS geltend, dass lediglich ein Bruchteil der angekündigten Preiserhöhungen an die Kunden habe weitergeben werden können (vgl. Fn 231). Insgesamt herrsche wirksamer Innenwettbewerb auf der Handlungsebene.

²³⁵ Act. 139.

²³⁶ Act. 17 A-23.

²³⁷ Botschaft KG 1994, BBl 1995 468, 100.

²³⁸ Vgl. act. 318, Rz. 27.

308. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Bezüglich dem von SFS genannten Fall in Sachen ASTAG Preisempfehlungen/Kalkulationshilfen (inkl. Dieselpreisempfehlung) ist festzuhalten, dass sich dabei die Frage stellte, ob die Kalkulationshilfen Abreden darstellen, wobei die Gewährung von Rabatten keine Rolle spielte. Demgegenüber wurden in casu die Preiserhöhungen so ausgestaltet, dass entweder auf die Preisbasis ein MTZ erhoben wurde oder die Preisbasis gleich blieb, wobei sich die Preiserhöhung durch Rabattanpassungen manifestierte (vgl. Rz. 34). Diese Preiserhöhungen sind konstitutive Voraussetzung für die vorliegenden Wettbewerbsabreden. Im Übrigen spezifizierte SFS weder die Art noch die Voraussetzungen der von ihr gewährten Rabatte. Der Fall ASTAG ändert daher die vorliegende Beurteilung nicht, da andere Gesamtumstände herrschen.

309. Abschliessend ist zu den Vorbringen betreffend Innenwettbewerb folgender, entscheidender Punkt festzuhalten: Wenn auf dem relevanten Markt tatsächlich intensiver Innenwettbewerb geherrscht hätte, respektive herrschen würde, hätten sich die an der Abrede beteiligten Unternehmen kaum über Preiserhöhungen abgesprochen. Vielmehr hätte jedes Unternehmen selber, respektive unabhängig von den restlichen Anbietern, und ohne vorgängige Koordination mit den Mitbewerbern, ihren Kunden Preiserhöhungen angekündigt.

Fazit

310. Auf dem relevanten Markt besteht kein wirksamer Innenwettbewerb und der Markt ist stark konzentriert. Die beiden grössten Unternehmen Roto und Siegenia vereinigen Marktanteile von über [80–100%] auf sich. Überdies sind die Marktanteile weitgehend stabil.

311. Der Preis ist der wichtigste Wettbewerbsparameter auf dem relevanten Markt. Die an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten haben sich gerade bezüglich diesem Parameter abgesprochen. Die abgesprochenen Preiserhöhungen konnten von den Untersuchungsadressaten mehrheitlich umgesetzt werden.

B.3.2.2.4 Zwischenergebnis

312. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im relevanten Markt weder wirksamer Aussen- noch Innenwettbewerb herrscht. Die in Art. 5 Abs. 3 statuierte Vermutung kann deshalb nicht widerlegt werden. Die horizontale Abrede beseitigt folglich den Wettbewerb auf dem relevanten Markt.

B.3.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

313. Selbst wenn man zum Schluss kommen würde, dass sich vorliegend die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt, zeigen die folgenden Ausführungen, dass die hier zu prüfende Abrede mindestens eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zur Folge hat.

314. Bei der damit verbundenen Prüfung werden kumulativ sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien berücksichtigt. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt grundsätzlich einzelfallweise in einer Gesamtbe-

urteilung.²³⁹ Gegebenenfalls wäre dann in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob eine solche Abrede zu rechtfertigen ist.

B.3.2.3.1 Qualitatives Element

315. Für das Vorliegen des qualitativen Elementes der Erheblichkeit ist es ausreichend, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. In casu liegt eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor. Dass horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.²⁴⁰ Bezüglich der Frage der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber diesbezüglich eine Wertung vorgenommen hat, zumal horizontale Preisabreden vermutungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen. Überdies illustrieren sowohl die Praxis der WEKO wie auch der Europäischen Kommission, dass – im horizontalen Kontext – der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig erachtet wird.²⁴¹ Es stellt sich jedoch die Frage, welche Anforderungen an das qualitative Element der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu stellen sind, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

316. Zu dieser Frage hat die WEKO bei der Beurteilung von vertikalen Wettbewerbsabreden Stellung genommen: In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat die WEKO im Fall "*Sécateurs et cisailles*" festgehalten, dass die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 KG Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, die grundsätzlich schädlich sind für einen wirksamen Wettbewerb, auch wenn die Vermutung umgestossen werden kann: "*...Le législateur a, à cet égard, considéré qu'en cas de renversement de la présomption d'illicéité d'un cartel dur au sens de l'art. 5 al. 3 LCart, l'analyse de son effet déboucherait en général sur un constat de notabilité...*"²⁴² Damit hat die WEKO festgehalten, dass bei Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Falle von sog. Hardcore-Kartellen, die qualitativen Kriterien für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich gegeben sind. In casu liegt somit eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor.

²³⁹ ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, Rz. 8.47.

²⁴⁰ Vgl. STOFFEL (Fn 170), 71; vgl. ZÄCH (Fn 168), Rz. 446; BORER (Fn 189), Art. 1 N 20; vgl. auch MOTTA (Fn 194), 32 i.V.m. Kap. 4.; PAUL BELLEFLAMME/MARTIN PEITZ, Industrial Organization, Markets and Strategies, Cambridge University Press 2010, 335 ff. (zit. BELLEFLAMME/PEITZ)

²⁴¹ Vgl. RPW 2001/4, 678 Rz. 121, Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung; zur europäischen Praxis vgl. PETER STOCKENHUBER, Art. 81 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, München 2008, Rz. 177 (zit. STOCKENHUBER).

²⁴² RPW 2009/2, 151 Rz. 69, *Sécateurs et cisailles*; Botschaft KG 1994, BBI 1995 468, 472; vgl. auch PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN, CR Concurrence, Art. 5 LCart N 82 welche weniger hohe quantitative Erfordernisse an die Erheblichkeit stellen, sofern die Vermutung widerlegt wurde; FRANZ HOFFET, Komm. KG, Art. 5 N 113; OLIVIER SCHALLER, Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, Dissertation Fribourg 2002, 328 ff.

B.3.2.3.2 Quantitatives Element

317. Bevor auf die Frage des quantitativen Elementes der Erheblichkeit eingegangen wird, folgen der besseren Übersicht halber zunächst einige Ausführungen zur europäischen Praxis. Entsprechend der europäischen Praxis brauchen die konkreten Auswirkungen einer abgestimmten Verhaltensweise (oder einer Vereinbarung) nicht im Einzelnen berücksichtigt zu werden. Die Existenz einer Hardcore-Einschränkung bringt de facto mit sich, dass der Beweis einer Rechtfertigung im Einzelnen basierend auf Art. 81 Abs. 3 CE²⁴³ zu erfolgen hat.²⁴⁴ Nach ständiger Praxis des EuGH brauchen die konkreten Auswirkungen einer abgestimmten Verhaltensweise, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt, nicht berücksichtigt zu werden.²⁴⁵ Für den wettbewerbswidrigen Zweck reicht es bereits aus, wenn die abgestimmte Verhaltensweise das Potenzial hat, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten. Demgemäss muss die abgestimmte Verhaltensweise also lediglich konkret geeignet sein, zu einer Wettbewerbsbeschränkung zu führen.²⁴⁶ Damit steht fest, dass in der europäischen Praxis horizontale (Preis-)Abreden als besonderes schädliche Formen von Abreden angesehen werden.²⁴⁷

318. Demgegenüber basiert die schweizerische Kartellgesetzgebung auf dem sog. Missbrauchsprinzip²⁴⁸, wonach grundsätzlich die schädlichen Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen unzulässig sind.²⁴⁹ Dies schliesst jedoch nicht aus, dass eine Abrede bereits dann als unzulässig qualifiziert werden kann, wenn sie geeignet ist, schädliche Auswirkungen herbeizuführen. Nachfolgend wird geprüft, ob die vorliegende Abrede Auswirkungen auf den Markt hatte.

319. Horizontalen Wettbewerbsabreden kommt ein hohes Schädigungspotenzial für den Wettbewerb zu.²⁵⁰ Daher sind an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. Für die Erfüllung der Voraussetzung des quantitativen Elements genügt entsprechend der Nachweis, dass die in Frage stehende Abrede Auswirkungen im relevanten Markt hatte.

320. Wie vorstehend ausführlich dargelegt wurde, tauschten die Untersuchungsadressaten Informationen über Preiserhöhungen aus, namentlich wurde gegenseitig vorgängig zu den Preiserhöhungen im Jahr 2006/7 der Zeitpunkt der Einführung, die Höhe sowie die geplante Umsetzung der jeweiligen Erhöhung kommuniziert (vgl. Rz. 33 ff.). Die Einführung respektive Umsetzung von Preiserhöhungen funktionierte in der Regel nach folgendem allgemeinen Muster: Nachdem die europäischen Hersteller von Baubeschlägen Preiserhöhungen vollzogen hatten, wiesen sie ihre Vertriebsgesellschaften respektive Grosshändler in der Schweiz an, die Preise ebenfalls zu erhöhen und diese an ihre Kunden zu überwälzen. Daraufhin fanden jeweils verschiedene Kontakte und ein multilaterales Treffen zwischen den Untersuchungsadressaten Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus statt, deren Zweck es war, die Höhe der Preiserhöhungen sowie den jeweiligen Zeitpunkt für die Einführung gemeinsam zu koordinieren. Die Vorgehensweise sah dabei grundsätzlich so aus, dass die Untersuchungsadressaten ihren Kunden die vorgesehe-

ne Preiserhöhung zunächst schriftlich ankündigten. Es gab Kunden, welche sich gegen die angekündigten Preiserhöhungen zur Wehr setzten. Dies hat dazu geführt, dass die Untersuchungsadressaten zuweilen mit den betreffenden Kunden individuelle Lösungen ausarbeiteten. Dabei wurde – je nach Kunde – entweder die angekündigte Preiserhöhung angepasst (i.d.R. tiefer angesetzt) – oder mittels Rabattanpassungen abgefedert.

321. Zur Klärung der Frage, ob und inwiefern die Preiserhöhungen Auswirkungen auf den Markt hatten, wurde eine Anzahl Marktteilnehmer, namentlich Zwischenhändler und Fensterverarbeiter, sowie in einem weiteren Schritt die Untersuchungsadressaten befragt. Nachfolgend werden die Auswertungen der Befragungen wiedergegeben, wobei die Antworten der Untersuchungsadressaten ausgeklammert werden, weil sie keine objektive Beurteilung der Sachlage zulassen.

322. Die Befragung der kleineren Zwischenhändler (ausgenommen SFS und Koch) hat folgendes Bild ergeben:

- Die überwiegende Mehrheit gab an, dass ihnen gegenüber Preiserhöhungen angekündigt und umgesetzt worden sind.
- Diese Preiserhöhungen seien grundsätzlich (unverändert) direkt oder indirekt an ihre Kunden weitergegeben worden.

²⁴³ Seit dem Inkrafttreten der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (Vertrag von Lissabon), ABl. C 115 vom 9.5.2008 S. 47 (im Folgenden: AEUV) neu Art. 101 AEUV.

²⁴⁴ GIORGIO MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University Press 2007, 360, "The black list mostly prohibits various types of market segmentation [...]. It also prohibits resale price maintenance (RPM) and clauses that restrict the sale of spare parts to repairers or other service providers. The exclusion of RPM can be disputed on the basis that, according to economists, it is just one method of creating incentives for the distributor to market goods aggressively. However, the view might legitimately be taken that there are other, less intrusive ways of obtaining the distributor's commitment to engage in active marketing of the products (e.g. exclusive distributorships, express contractual commitments); accordingly RPM is black-listed because it is not the least restrictive way to achieve distributional efficiencies."; vgl. zum Ganzen RPW 2009/2, 152 Rz. 73, *Sécateurs et cisailles*.

²⁴⁵ Urteil des EuGH vom 13.7.1966 verb. C-56/64 und 58/64 *Consten und Grundig*, Slg. 1966 322, 390; Urteil des EuGH vom 21.9.2006 C-105/04 *P-Niederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*, Slg. 2006 I-8725; Urteil des EuGH vom 20.11.2008 C-209/07 *Beef Industry and Barry Brothers*, Slg. 2008 I-8637 Rz. 16; Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz. 29 f.

²⁴⁶ Urteil des EuGH vom 4.6.2009 C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, Slg. 2009 I-4529 Rz. 31; Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG (nun Artikel 101 Absatz 3 AEUV), ABl. 2004 C 101/97, Rz. 21.

²⁴⁷ Vgl. STOCKENHUBER (Fn 241).

²⁴⁸ Vgl. BGE 135 II 60 E. 3.1.1.

²⁴⁹ Vgl. ZÄCH (Fn 168), Rz. 127; BORER (Fn 188), Art. 1 N 7; BERNHARD RUBIN, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), *Handkommentar zum Kartellgesetz-Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, Kartellgesetz, Bern 2007, Art. 1 N 4.

²⁵⁰ Vgl. MOTTA (Fn 194), 32 i.V.m. Kap. 4.; BELLEFLAMME/PEITZ (Fn 244), 335 ff.

323. Auffällig ist, dass sich diese Zwischenhändler (i) gegen die von den Untersuchungsadressaten angekündigten Preiserhöhungen nicht zur Wehr gesetzt und (ii) die Preiserhöhungen mehrheitlich unverändert an ihre Kunden weitergegeben haben. Dies verdeutlicht, dass die von den Untersuchungsadressaten angekündigten und umgesetzten Preiserhöhungen Auswirkungen im Markt hatten.

324. Die Befragung der Fensterverarbeiter ergab folgendes Bild:

- Ein Teil der befragten Fensterverarbeiter wehrte sich gegen die von den Untersuchungsadressaten angekündigten Preiserhöhungen.
- Die überwiegende Mehrheit der befragten Unternehmen gab an, dass ihnen gegenüber angekündigte Preiserhöhungen umgesetzt worden sind.²⁵¹

325. Dies zeigt, dass die Untersuchungsadressaten die Preiserhöhungen bei einer Mehrheit ihrer Abnehmer umzusetzen vermochten. Obwohl die von den Untersuchungsadressaten angekündigten Preiserhöhungen teilweise nicht vollständig umgesetzt wurden, zeitigten die Preiserhöhungen spürbare Auswirkungen im relevanten Markt.

326. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die in Frage stehenden Preiserhöhungen der Untersuchungsadressaten Auswirkungen im relevanten Markt hatten. Somit ist auch das quantitative Element der Erheblichkeit gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorliegend gegeben.

B.3.2.4 Zwischenergebnis

327. Für den Fall der Widerlegung der Vermutung wäre festzuhalten, dass die Abrede zwischen den daran beteiligten Untersuchungsadressaten eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirkt, die gemäss Art. 5 Abs. 1 KG mindestens als erheblich zu qualifizieren ist. Wie den folgenden Ausführungen entnommen werden kann, könnte besagte Abrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

328. SFS macht geltend, dass sie an keiner horizontalen Preisabrede beteiligt gewesen sei und ihr Verhalten deshalb keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung bewirkt habe. SFS wehrt sich zudem dagegen, dass bei (potentiell besonders schädlichen) horizontalen Kartellen an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Gewichte man nämlich das qualitative Element zu stark, führe dies zu einer perse Erheblichkeit.

329. Bezüglich dem Vorbringen von SFS, dass sie an keiner horizontalen Preisabrede beteiligt gewesen sei, sei auf die Ausführungen unter Rz. 188 verwiesen. Dem anderen Vorbringen von SFS ist entgegenzuhalten, dass in der ökonomischen Theorie und der juristischen Lehre das besondere Schädigungspotenzial von horizontalen Abreden (sog. "Hardcore"-Kartellen) über den in aller Regel entscheidenden Wettbewerbsparameter Preis unbestritten ist.²⁵² Die WEKO hatte in ihrer jüngsten Praxis mehrere Fälle vertikaler Abreden zu beurteilen, bei denen sich die Frage der Erheblichkeit stellte. Die WEKO stellte dabei fest, dass an das quantitative Element der Erheblichkeit im Falle von Preisbindungen

zweiter Hand keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Im Lichte dieser Praxis der WEKO und insbesondere auch der Europakompatibilität ist die Hürde für die Anforderungen an das quantitative Element im Falle von *Hardcore*-Preiskartellen zwangsläufig tiefer zu setzen.

330. Winkhaus rügt, dass die Aussagen der Untersuchungsadressaten ausgeklammert worden seien, da sie keine objektive Beurteilung der Sachlage zulassen würden. Die Untersuchungsadressaten seien gemäss Art. 40 KG – mit Ausnahme der Selbstbelastung – grundsätzlich zur Auskunft verpflichtet. Winkhaus führt weiter aus, dass der einmalige MTZ bloss ein Element des Bruttopreises betroffen habe und zu keiner Koordination der tatsächlichen Endkundenpreise geführt habe. In casu liege deshalb keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor.

331. Bezüglich dem Vorbringen von Winkhaus, dass sie an keiner unzulässigen (Preis-)Abrede beteiligt gewesen sei, sei ebenfalls auf die Ausführungen unter Rz. 79 ff sowie 212 f. verwiesen. Zutreffend ist zwar, dass die Untersuchungsadressaten zur Auskunft verpflichtet sind, dem steht jedoch das aus Art. 6 Abs. 2 EMRK abgeleitete Selbstbelastungsverbot entgegen. Demzufolge steht respektive stand den Untersuchungsadressaten ein Aussageverweigerungsrecht nach Massgabe von Art. 16 VwVG zu.²⁵³ Die Befragung der Untersuchungsadressaten zu den Auswirkungen der Preiserhöhungen auf den Markt erfolgte in erster Linie zur Klärung der von Roto, SFS und Koch dargelegten Sachverhalte, welche teilweise nicht übereinstimmend waren. Im Lichte des Selbstbelastungsverbots sind die Aussagen der Untersuchungsadressaten indes aus beweistechnischen Gründen aus objektiver Sicht nicht (gleich) aussagekräftig wie diejenigen (unabhängiger) Dritter, in casu die befragten Marktteilnehmer. Im Übrigen ändert sich am Ergebnis nichts substantiell, wenn man die Einschätzungen der Untersuchungsadressaten mitberücksichtigt.

B.3.2.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

332. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichen Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

²⁵¹ Von den insgesamt 55 befragten Unternehmen verfügten lediglich 33 über entsprechende Informationen.

²⁵² Vgl. Fn 240.

333. Anzufügen ist jedoch, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können (vgl. RPW 2005/2, S. 276, Rz. 46).

Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten

334. Auf diesen Effizienzgrund können sich Unternehmen berufen, wenn sie durch Kooperation gewisse Grössenvorteile (*economies of scale*) erreichen. Zu denken ist hier etwa an die Zusammenlegung der Produktion, an gemeinsame Forschung und Entwicklung oder an einen gemeinsamen Vertrieb und Einkauf. Erfasst werden von diesem Effizienzgrund aber auch Spezialisierungsvereinbarungen, mit denen Kosten gespart werden (z.B. durch Vermeidung der Duplikation von Forschungs- und Entwicklungskosten) und die Produktion gleichzeitig erhöht wird sowie grundsätzlich auch Vereinbarungen, die dem Vertrieb eines neuen Produkts förderlich sind. Massgebend sind jedoch, und das gilt für sämtliche Effizienzgründe, die Umstände des jeweiligen Einzelfalles.

335. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass es sich bei sämtlichen Untersuchungsadressaten um Vertriebsgesellschaften oder grosse Händler handelt. Es liegen keine Indizien dafür vor, dass die Untersuchungsadressaten mit der Preisabrede Skaleneffekte realisieren wollten. Im übrigen haben die Untersuchungsadressaten diesen Effizienzgrund auch nicht geltend gemacht.

336. SFS macht geltend, dass die Kontakte mit den anderen Untersuchungsadressaten einzig mit dem Ziel erfolgten, die anderen Akteure auf dem Markt zu überzeugen, keine Preiserhöhungen durchzuführen. Es sei mit den Kontakten deshalb bezweckt worden, die Vertriebskosten zu senken.

337. Das Vorbringen von SFS stösst ins Leere, denn selbst wenn SFS sich erfolgreich gegen eine anstehende Preiserhöhung hätte wehren können, ist nicht ersichtlich, wie dadurch die Vertriebskosten für Baubeschläge hätten gesenkt werden können.

Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren

338. Dieser weitere von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG genannte Effizienzgrund steht im Zusammenhang mit technischen oder funktionellen Belangen, worunter auch die Verbreiterung des Angebots von Dienstleistungen oder die Erweiterung des Produktesortiments sowie die Anhebung des Qualitätsniveaus von Dienstleistungen beziehungsweise Produkten und die Verbesserung des Vertriebs fallen können.²⁵⁴

339. Es liegen auch diesbezüglich keinerlei Indizien vor, welche das Vorliegen dieses Effizienzgrundes im vorliegenden Fall nahe legen würden. Überdies haben die Untersuchungsadressaten nichts Entsprechendes geltend gemacht.

Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen

340. Unter diesen Effizienzgrund fallen Abreden zur Entwicklung neuer Produkte oder allgemein Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung. Daneben kön-

nen grundsätzlich auch Patent- oder Know-how-Lizenzverträge gerechtfertigt werden sowie Franchise-Verträge oder Vereinbarungen zur fachgerechten Ausbildung von Händlern, namentlich in Selektiv- und Alleinvertriebsverträgen.²⁵⁵

341. Auch bezüglich dieses gesetzlichen Effizienzgrundes liegen weder entsprechende Indizien vor, noch haben die Untersuchungsadressaten Entsprechendes vorgebracht.

Rationellere Nutzung von Ressourcen

342. Von diesem Effizienzgrund erfasst werden sowohl unternehmerische als auch natürliche Ressourcen sowie öffentliche Güter. Ob eine Ressourceneinsparung möglich ist, bestimmt sich dabei jeweils im Vergleich der Nutzung mit und ohne der in Frage stehenden Wettbewerbsabrede. Erforderlich ist ein genügend enger Bezug der Ressourceneinsparung zum Betrieb der an der Abrede beteiligten Unternehmen oder zum in Frage stehenden Produkt.²⁵⁶

343. Auch für das Vorliegen dieses Effizienzgrundes liegen weder entsprechende Indizien vor, noch haben die Untersuchungsadressaten entsprechende Gründe vorgebracht.

Zwischenfazit

344. Da weder Indizien für das Bestehen von Rechtfertigungsgründen vorliegen, noch entsprechende Vorbringen der Untersuchungsadressaten geltend gemacht wurden, kann die beschriebene Preisabrede nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.3.2.6 Zwischenergebnis

345. Im vorliegenden Fall haben die Untersuchungsadressaten keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG geltend gemacht. Ebenso wenig liegen entsprechende Indizien vor. Die Preisabrede zwischen den Untersuchungsadressaten kann somit nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.3.3 Preiserhöhungen 2004: Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

346. Den obigen Ausführungen entsprechend ist die hier interessierende Abrede zwischen Roto und Siegenia als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu beurteilen (vgl. Rz. 208 f.).

²⁵³ Vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 5 N 641.

²⁵⁴ Vgl. RPW 2005/2, 276 Rz. 51, Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz.

²⁵⁵ Vgl. RPW 2005/2, 307 Rz. 186, Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz.

²⁵⁶ Vgl. RPW 2005/2, 266 Rz. 92, Swico/Sens.

B.3.3.1 Vorliegen einer Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

347. Wie bereits vorstehend dargelegt wurde (Rz. 210 ff.), bezieht sich der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder -komponenten. Die Preisfestsetzung kann auf direktem Weg erfolgen oder bloss indirekt, in dem der Preis über die Festsetzung von Gewinnmargen fixiert wird.²⁵⁷ Erfasst werden auch Preisabreden innerhalb einer gewissen Bandbreite. Auch bei Nichtvorliegen von identischen Preisen kann diese Art der Abrede gegenüber einer Wettbewerbssituation zu einem erhöhten Preisniveau führen.²⁵⁸

348. Die vorliegende Abrede zwischen Roto und Siegenia bezweckte, die Preiserhöhungen gegenseitig zu koordinieren. Dabei stimmten sich Roto und Siegenia hinsichtlich der Höhe sowie der Umsetzungszeitpunkte der bevorstehenden Preiserhöhungen gegenseitig ab (vgl. Rz. 56 f.). Dies stellt eine Verhaltenskoordination in Bezug auf Preiserhöhungen der von Roto und Siegenia vertriebenen Produkte dar. Roto und Siegenia bezweckten die Ausschaltung der mit einer autonomen Preiserhöhung verbundenen Risiken, vor allem das Risiko, Marktanteile zu verlieren.²⁵⁹ Der Austausch von Informationen zu Preisen ermöglichte Roto und Siegenia, diese Informationen bei ihrem eigenen Verhalten auf dem Markt zu berücksichtigen.²⁶⁰ Dies insbesondere auch deshalb, weil es sich bei Roto und Siegenia um die beiden grössten Marktteilnehmer handelt (siehe Rz. 249 und 278).

349. Die vorliegende Abrede zwischen Roto und Siegenia zielte auf eine gleichgesteuerte (koordinierte) Erhöhung der Preise und damit auf eine Aushöhlung des freien Wettbewerbs ab. Daraus folgt, dass eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gegeben ist und somit die gesetzliche Vermutung, wonach der Wettbewerb beseitigt ist, zum Tragen kommt.

B.3.3.2 Keine Umstossung der gesetzlichen Vermutung

350. Zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann bezüglich der Marktabgrenzung auf die Ausführungen in den Rz. 220 ff. verwiesen werden.

351. Hierzu ist anzufügen, dass die beiden (mit Abstand) grössten Unternehmen Roto und Siegenia, welche beide an der in Frage stehenden Abrede beteiligt waren, Marktanteile von über 80 % auf sich vereinen. Die neben Roto und Siegenia auf dem Markt tätigen Unternehmen sind vorliegend nicht als reelle Aussenwettbewerber anzusehen. In Bezug auf die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen konnte zwar nicht nachgewiesen werden, dass deren Preiserhöhungen im Jahre 2004 kausal auf die beschriebenen Kontakte zurückzuführen sind (vgl. Rz. 66 f.). Nichtsdestotrotz liegen in Bezug auf die Preiserhöhungen im Jahre 2004 etliche Kontakte respektive Informationsaustausche zwischen den verschiedenen auf dem Markt tätigen Unternehmen vor. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass die nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen in einem realen Wettbewerbsverhältnis zu Roto und Siegenia gestanden respektive diese diszipliniert hätten.

352. Roto und Siegenia haben sich bezüglich dem auf dem relevanten Markt wichtigsten Wettbewerbsparameter Preis abgesprochen. Die abgesprochenen Preiserhöhungen wurden von Roto und Siegenia hinsichtlich Höhe und Umsetzungsdatum koordiniert und in der vereinbarten Form mehrheitlich umgesetzt.

353. Aus diesen Gründen scheint auf dem relevanten Markt in Bezug auf die Preiserhöhungen im Jahr 2004 insgesamt kein wirksamer Wettbewerb zu herrschen.

B.3.3.2.1 Zwischenergebnis

354. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass im relevanten Markt weder wirksamer Aussen- noch Innenwettbewerb herrscht. Die Frage kann aber letztlich offen gelassen werden, da die erstellte Abrede zwischen Roto und Siegenia auf jeden Fall als erheblich einzustufen ist und dadurch die materielle Beurteilung der vorliegenden Sachverhalte nicht verändert wird.

B.3.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

355. Wie oben festgehalten (vgl. Rz. 315 f.), sind die qualitativen Kriterien für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss jüngster Praxis der WEKO bei der Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Falle von sog. *Hardcore*-Kartellen grundsätzlich gegeben. Bei der Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahr 2004 handelt es sich um eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, also um einen besonders schädlichen Kartellrechtsverstoss. Für das Vorliegen des qualitativen Elementes der Erheblichkeit ist in solchen Fällen ausreichend, dass der von der in Frage stehenden Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Auf dem in Frage stehenden relevanten Markt ist der Preis der mit Abstand wichtigste Wettbewerbsparameter (vgl. Rz. 284 ff.) und somit von zentraler Bedeutung. Das qualitative Element der Erheblichkeit ist vor dem Hintergrund vorstehender Ausführungen bezüglich der in Frage stehenden Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004 auf jeden Fall gegeben.

356. Bei horizontalen Wettbewerbsabreden sind an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. Diesbezüglich sei auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (vgl. Rz. 317 ff.). Daneben fällt bezüglich der Abrede zwischen Roto und Siegenia folgender Umstand ins Gewicht: Die beiden an der Abrede beteiligten Unternehmen vereinigen mehr als [80–100%] der Marktanteile auf sich. Es handelt sich also um die bezüglich Umsatz mit Abstand grössten Unternehmen im Markt. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass der grösste Teil des Marktvolumens, nämlich gut [80–100%], von den koordinierten Preiserhöhungen von Roto und Siegenia im Jahr 2004 betroffen war.

²⁵⁷ DUCREY (Fn 188), Rz. 1354; MEIER-SCHATZ (Fn 188), 32.

²⁵⁸ Vgl. z.B. ZÄCH (Fn 168), Rz. 454; BORER (Fn 189), Art. 5 N 34.

²⁵⁹ MOTTA (Fn 194), 154.

²⁶⁰ KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 190, Kautschukchemikalien. Vgl. ferner zum Informationsaustausch allgemein KÜHN, (Fn 195), 169-199; PAOLO BUCCIROSSI (Fn 195), 311 ff.

357. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Diesbezüglich sei auf voranstehende Ausführungen verwiesen (vgl. Rz. 332 ff.). Auch betreffend der Abrede im Jahre 2004 liegen keine Indizien vor, wonach diese notwendig wäre, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen. Es liegen folglich keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vor.

B.3.3.4 Zwischenergebnis

358. Aus den genannten Gründen ist bezüglich der bilateralen Abrede zwischen Roto und Siegenia mindestens von einer erheblichen Beeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen.

B.3.4 Ergebnis

359. Durch die in Frage stehende Wettbewerbsabrede unter den Unternehmen Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus betreffend Preiserhöhungen in den Jahren 2006/2007 wird der Wettbewerb auf dem relevanten Markt beseitigt. Selbst wenn die in Art. 5 Abs. 3 KG statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden könnte, läge eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vor, welche nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könnte. Die Preisabrede ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

360. Die Wettbewerbsabrede zwischen Siegenia und Roto betreffend Preiserhöhungen im Jahre 2004 stellt (mindestens) eine unzulässige Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG dar ist und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

B.4 Sanktionierung

B.4.1 Allgemeines

361. Aufgrund ihrer *ratio legis* sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.²⁶¹ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²⁶²

362. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist nachgewiesen, dass Roto und Siegenia im Jahre 2004 bilateral die Preiserhöhungen koordinierten und sich auf eine gemeinsame Vorgehensweise einigten, und dass sich die Untersuchungsadressaten Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus am Treffen vom 22. September 2006 über Preiserhöhungen austauschten und im Anschluss koordiniert vorgegangen sind. Diese beiden Sachverhalte stellen unzulässige Preisabreden dar und daher sind den daran beteiligten Untersuchungsadressa-

ten direkte Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen.

B.4.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

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

B.4.2.1 Unternehmen

364. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.²⁶³ Die Untersuchungsadressaten Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus der vorliegenden Untersuchung sind offensichtlich als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.²⁶⁴

B.4.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

365. Die Regelung sieht in erster Linie Massnahmen gegen harte Kartelle im Sinne horizontaler oder vertikaler Absprachen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 beziehungsweise 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet.²⁶⁵

366. Eine Sanktionierung der ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und die Unzulässigkeit dieser Abrede.²⁶⁶

367. Wie in Rz. 35 ff. dargelegt, haben Roto und Siegenia im Jahre 2004 respektive Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus am Treffen vom 22. September 2006 ihr Verhalten in Bezug auf die Höhe und den Zeitpunkt von Preiserhöhungen untereinander abgestimmt und die Umsetzung der beschlossenen Preiserhöhungen koordiniert geplant respektive ihren Kunden kommuniziert. Dieses Verhalten ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG, weshalb der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt ist.

²⁶¹ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022 ff., insb. 2023, 2033 ff., 2041; PATRIK DUCREY, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Vorbem. zu Art. 50–57 N 1 (zit. DUCREY, Kommentar); STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Dissertation Freiburg 2002, 92.

²⁶² Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 ff., 2034.

²⁶³ Statt vieler: BORER (Fn 188), Art. 49a N 6; DUCREY (Fn 265), Kommentar, Art. 50 N 8.

²⁶⁴ Vgl. Rz. 3 ff.

²⁶⁵ Vgl. auch PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz-Handkommentar, Art. 49a N 1 (zit. ZURKINDEN/TRÜEB)

²⁶⁶ Vgl. ROGER ZÄCH, Die Sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003-Neuerungen und Folgen, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

B.4.3 Vorwerfbarkeit

368. Für die Verhängung einer Verwaltungssanktion ist typischerweise kein Verschulden und damit kein Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen vorausgesetzt.²⁶⁷ Getreu dem Wortlaut wird für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG auch keine Vorwerfbarkeit verlangt. Dennoch prüfte die WEKO bis anhin in verschiedenen Fällen ein entsprechendes Erfordernis,²⁶⁸ weshalb praxisgemäss zumindest eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne der Vorwerfbarkeit vorliegen muss.

369. Vorwerfbarkeit liegt bereits dann vor, wenn dem zu sanktionierenden Unternehmen eine Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn dem Unternehmen ein Organisationsverschulden zukommt. Ein Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt diese Voraussetzungen regelmässig.²⁶⁹ Der vorwerfbare objektive Sorgfaltsmangel kann bei der juristischen Person die nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen ersetzen und zu einer Sanktionierung des Unternehmens selbst führen.²⁷⁰ Da das Kartellgesetz für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als "bekannt" vorausgesetzt werden darf,²⁷¹ müssen diese grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um ein kartellrechtskonformes Verhalten sicherzustellen.²⁷²

370. Dieser Sichtweise schloss sich auch das Bundesverwaltungsgericht an. Im Urteil B-2977/2007 vom 27. April 2010 i.S. Publigroupe bestätigte es die Praxis der WEKO und führte aus, dass ein objektiver Sorgfaltsmangel bereits dann vorliege, wenn das interessierende Unternehmen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Gewissheit habe, dass es beim Weiterführen seines Verhaltens eine Sanktionierung riskieren würde.²⁷³ Entscheidend sei, dass das Unternehmen die Möglichkeit habe, sein Verhalten rechtzeitig "aufzugeben", dies jedoch nicht tue. Wenn ein Unternehmen nicht alles Notwendige vorkehre, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgeben, nehme es einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf und handle somit eventualvorsätzlich.²⁷⁴

371. In Bezug auf die Abrede rund um das multilaterale Treffen vom 22. September 2006 ist hervorzuheben, dass keiner der Untersuchungsadressaten bestritten hat (i) am Treffen teilgenommen zu haben und (ii) dass am Treffen Informationen bezüglich der Preiserhöhungen ausgetauscht wurden. Die entsprechende Einladung enthielt folgenden Betreff: *"Bezüglich Umsetzung und Höhe sollten wir uns in der Schweiz abstimmen, um dem Internationalen Preisniveau etwas näher zu kommen."*²⁷⁵ Angesichts dieser Zusatzinformation war der Grund für das Treffen vom 22. September 2006 bekannt und es war den an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten bewusst, über was man sich abstimmen sollte. Indem sie der Einladung Folge leisteten, demonstrierten die entsprechenden Untersuchungsadressaten ihren Willen, am Treffen selber teilzunehmen, sie taten dies somit bewusst und gewollt.

372. Das bewusste und gewollte Vorgehen bezüglich der in Frage stehenden horizontalen Preisabreden im

Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird auch dadurch verdeutlicht, dass Roto, Siegenia, Koch, SFS, und Winkhaus sich gegen die von den ausländischen Beschlagsherstellern beschlossenen Preiserhöhungen an sich nicht (mehr) wehren konnten oder wollten; sondern es beim in Frage stehenden Treffen vom 22. September 2006 lediglich noch um die Höhe und den Umsetzungszeitpunkt des MTZ ging. Als Beweggrund für die Austausch bezüglich der Preiserhöhungen brachten die meisten der an der Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten vor, dass sie damit einer Margenverschlechterung vorbeugen wollten, um Verluste abzufedern.

373. Hinsichtlich der bilateralen Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004 kann grundsätzlich auf die Erwägungen verwiesen werden (vgl. Rz. 39 ff., insbesondere Rz. 70). Auch bezüglich dieser Abrede ist es als erstellt zu betrachten, dass Roto und Siegenia bewusst und gewollt vorgegangen sind, was insbesondere dadurch verdeutlicht wird, dass

- Roto und Siegenia regelmässig Informationen austauschten im Hinblick auf die Umsetzung der von den Beschlagsherstellern beschlossenen Preiserhöhungen und
- sich bilateral darauf einigten, je einen zweistufigen MTZ von insgesamt 6 % einzuführen und dies auch umsetzten.

²⁶⁷ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2001 2022 ff., 2034; vgl. etwa bereits die Entscheide der WEKO RPW 2001/1, 152 Rz. 35, Banque Nationale de Paris/Paribas); RPW 2000/2, 262 f. Rz. 30, Zusammenschluss Unternehmung X/C-AG und D-AG, und RPW 1998/4, 617 f. Rz. 21 ff., Curti & Co. AG; zustimmend ROGER ZÄCH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, 585 ff., 589; sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Bd. V/2, Basel/Genf/München, 520.

²⁶⁸ Vgl. RPW 2006/4, 660 f. Rz. 228 ff., Unique; RPW 2007/2, 232 f. Rz. 307, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe); RPW 2009/3, 212 Rz. 105, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

²⁶⁹ Vgl. auch RPW 2007/2, 234 m.w.H. in Fn 63, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe).

²⁷⁰ In diesem Sinne BORER (Fn 188), Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m.w.H.

²⁷¹ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, Dissertation Zürich 2008, 285 (zit. TAGMANN); vgl. auch Art. 8 Abs. 1 Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (nachfolgend PubIG; SR 170.512).

²⁷² RPW 2009/3, 212 Rz. 106, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

²⁷³ Siehe dazu BGE 135 II 60 E. 3.2.3

²⁷⁴ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, RPW 2010/2, 363 f. E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO.

²⁷⁵ Act. 15, B-6; act. 18, D-0036.3; act. 31, S. 6, Rz. 16, Beilage 5.

374. Weder Roto noch Siegenia bestreiten diesen Sachverhalt. Bezüglich der Beweggründe machte Siegenia geltend, dass Preiserhöhungen wirtschaftlich notwendig gewesen seien und sie keine andere Wahl hatte, als die von der deutschen Muttergesellschaft vorgegebenen Preiserhöhungen umzusetzen. Doch auch dieses Vorbringen stösst ins Leere, zumal es zwar erklären mag, weshalb Preiserhöhungen grundsätzlich notwendig waren, doch erklärt Siegenia damit nicht, weshalb sie sich mit ihrem (direkten) Konkurrenten bilateral ausgetauscht hat. Daher ist – den vorstehenden Erwägungen folgend – auch bezüglich der bilateralen Abrede zwischen Roto und Siegenia davon auszugehen, dass diese bewusst und gewollt Preisinformationen austauschten im Hinblick auf gemeinsam koordinierte Preiserhöhungen im Jahre 2004.

375. Somit liegt im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit seitens der an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen vor. Die Untersuchungsadressaten haben keine Vorkehren getroffen, um die Einhaltung des Kartellgesetzes sicherzustellen. Vielmehr trafen die involvierten Unternehmen Preisabreden, welche sog. harte Kartelle darstellen und damit zu den schwerwiegendsten Kartellrechtsverstössen zählen. Der Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG ist somit in jeglicher Hinsicht erfüllt und die an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen infolgedessen zu sanktionieren.

B.4.4 Sanktionsbemessung

B.4.4.1 Einleitung und gesetzliche Grundlagen

376. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Betrag bemisst sich gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verord-

nung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung [SVKG]; vom 12. März 2004) nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

377. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der SVKG aufgeführt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit²⁷⁶ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.²⁷⁷ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.²⁷⁸

B.4.4.2 Maximalsanktion

378. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den für die Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen geltenden Kriterien gemäss Art. 4 und 5 VKU.²⁷⁹

379. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene,²⁸⁰ wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind. Die von den Untersuchungsadressaten angegebenen Gesamtumsätze der letzten drei Geschäftsjahre in der Schweiz gehen aus folgender Übersicht hervor:

Unternehmen	Gesamtumsätze 2007-2009
Roto	[...]
Siegenia	[...]
Winkhaus	[...]
SFS	[...]
Koch	[...]

Tabelle 5: Konzernumsätze der Untersuchungsadressaten zwischen 2007-2009 in CHF

²⁷⁶ Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (nachfolgend SVKG; SR 251.1).

²⁷⁷ Vgl. PETER REINERT, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Handkommentar zum Kartellgesetz–Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 49a N 14 (zit. REINERT) sowie RPW 2006/4, 661 Rz. 236, Unique.

²⁷⁸ Vgl. entsprechende Aussage betreffend der EU: TAGMANN (Fn 275), 293.

²⁷⁹ RPW 2007/2, 235 Rz. 321, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe) sowie REINERT (Fn 279), Art. 49a N 9; vgl. auch Art. 7 SVKG.

²⁸⁰ RPW 2009/3, 121 Rz. 106 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

380. Die mögliche Maximalsanktion je Unternehmen ist folgender Übersicht zu entnehmen:

Unternehmen	Gesamtumsätze 2007-2009
Roto	[...]
Siegenia	[...]
Winkhaus	[...]
SFS	[...]
Koch	[...]

Tabelle 6: Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF

B.4.4.3 Konkrete Sanktionsberechnung

381. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen.²⁸¹

382. Die konkrete Sanktionsbemessung erfolgt in drei Schritten: Zunächst ist der sogenannte Basisbetrag zu berechnen. Dieser ist in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann (vgl. Art. 3–6 SVKG).²⁸²

B.4.4.3.1 Basisbetrag

383. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

(i) Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

384. Die kumulierten Umsätze, welche die Untersuchungsadressaten in dem relevanten Markt in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielt haben, belaufen sich auf:

Unternehmen	2007	2008	2009	Total
Roto	[...]	[...]	[...]	[...]
Siegenia	[...]	[...]	[...]	[...]
Winkhaus	[...]	[...]	[...]	[...]
SFS	[...]	[...]	[...]	[...]
Koch	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 7: Umsätze auf dem relevanten Markt in CHF

385. Die obere Grenze des Basisbetrags beläuft sich auf 10 % der in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Schweizer Markt erzielten Umsätze. Aufgrund der in der Tabelle 7 gemachten Angaben ergeben

sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten folgende Obergrenzen:

Unternehmen	Obergrenze
Roto	[...]
Siegenia	[...]
Winkhaus	[...]
SFS	[...]
Koch	[...]

Tabelle 8: Obergrenze Basisbeträge der Untersuchungsadressaten in CHF

²⁸¹ Vgl. auch Rz. 376.

²⁸² RPW 2006/4, 661 Rz. 237, Unique.

(ii) Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

386. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.²⁸³ Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Untersuchungsadressaten haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer die Verstösse gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren sind. Dabei stehen objektive²⁸⁴ Faktoren im Vordergrund.

387. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen.²⁸⁵ Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.²⁸⁶

388. Bezüglich den in Frage stehenden Abreden ist zu berücksichtigen, dass die vorstehenden Erwägungen ergaben, dass die Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004 respektive diejenige zwischen Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus rund um das Treffen vom 22. September 2006 als horizontale Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren

sind, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigt haben und damit grundsätzlich von den schwersten Kartellrechtsverstösse auszugehen ist.

389. Im Lichte vorstehender Erwägungen sind die in Frage stehenden Abreden der Untersuchungsadressaten Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus als schwere Verstösse zu qualifizieren. Die konkreten Umstände lassen jedoch keine Qualifikation als besonders schwere Verstösse zu, zumal schwerere Formen von horizontalen Preisabreden denkbar sind.²⁸⁷ Bei solchen, besonders schweren Verstösse gegen das Kartellgesetz erachtet die WEKO einen Basisbetrag von bis maximal 10% als angemessen. Dies wäre bspw. der Fall, wenn Sanktionsmechanismen zur Durchsetzung einer Abrede bestehen.

390. Dies entspricht im Übrigen auch der Regelung in der EU: Nach den EU Leitlinien zur Festsetzung der Geldbussen gehören horizontale, üblicherweise geheime Vereinbarungen zur Festsetzung von Preisen, Aufteilung der Märkte oder Einschränkung der Erzeugung ihrer Art nach zu den schwerwiegendsten beziehungsweise besonders schweren Verstösse und müssen unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten streng geahndet werden. Für solche Zuwiderhandlungen ist daher grundsätzlich ein Betrag am oberen Ende dieser Bandbreite anzusetzen.²⁸⁸

391. Die erwähnten Kriterien und Wertungen führen demnach – der bisherigen Praxis der WEKO folgend²⁸⁹ – zu einem für die Berechnung des Basisbetrags zu berücksichtigenden Satz von 7 % für die an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten und damit zu folgenden Basisbeträgen:

Unternehmen	Basisbeträge ²⁹⁰
Roto	[...]
Siegenia	[...]
Winkhaus	[...]
SFS	[...]
Koch	[...]

Tabelle 9: Basisbeträge der Untersuchungsadressaten in CHF

392. Siegenia führt dagegen ins Feld, dass ihrer Ansicht nach vorliegend kein besonders schwerer Verstoß gegen das Kartellgesetz vorliegt. Dies im Wesentlichen, weil die Vorgaben der Muttergesellschaft umzusetzen waren (vgl. Rz. 182). Diese Vorbringen von Siegenia sind zurückzuweisen; diesbezüglich sei vollumfänglich auf die Ausführungen in Rz. 183 f. verwiesen.

²⁸³ Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, abrufbar unter: <http://www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>, ad Art. 3 (zit. Erläuterungen SVKG).

²⁸⁴ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139 (zit. DÄHLER/KRAUSKOPF).

²⁸⁵ Tendenziell leichter sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, zu gewichten.

²⁸⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 3.

²⁸⁷ Vgl. veranschaulichend z.B. RPW 2008/1, S. 85 ff., Untersuchung Strassenbeläge Tessin.

²⁸⁸ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäss Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABI. 2006 C 210/02, Rz. 23.

²⁸⁹ Vgl. RPW 2009/3, 31 Rz. 120 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern und Entscheid Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen (einsehbar auf <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>), 60, Rz. 325 ff.

393. SFS und Koch rügen, dass die Festsetzung des Betrages für ihr Verhalten als unverhältnismässig hoch sei, so handle es sich dabei höchstens um einen (sehr) geringen Verstoss. SFS bringt vor, dass sie sich stets vehement gegen Preiserhöhungen gewehrt habe und keinesfalls aktiv in die Gespräche involviert gewesen sei. Koch macht zusätzlich geltend, dass die WEKO verpflichtet sei, sowohl die Rolle des beteiligten Unternehmens als auch dessen Grösse und dessen finanzielle Leistungsfähigkeit im Rahmen der Sanktionierung zu berücksichtigen. Koch als Zwischenhändlerin habe zwar einen hohen Umsatz generiert, die tatsächlich erzielten Gewinne aufgrund der tiefen Margen hingegen seien klein. Vorliegend sei demnach eine differenzierte Behandlung der Koch als Zwischenhändlerin angezeigt, da diese im Vergleich zu den Herstellern, welche höhere Margen generieren würden, ungleich härter sanktioniert würde.

394. Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass bereits der Gesetzgeber eine Wertung vorgenommen hat, indem er nur bestimmte, d.h. schwerwiegende Arten von Wettbewerbsbeschränkungen mit den (potenziell) schädlichen Auswirkungen für die Volkswirtschaft nämlich Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie Art. 7 KG gemäss Art. 49a Abs. 1 KG, der direkten Sanktionierbarkeit unterstellt hat. Erst im Rahmen dieser Kategorie kann nachfolgend untersucht werden, unter welchen Umständen welche Beschränkungen von ihrer Art und Schwere her *schwerwiegender* beziehungsweise *weniger schwerwiegend* einzustufen sind. Dabei stehen objektive Faktoren im Vordergrund (z.B. mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a-c KG oder Beseitigung des Wettbewerbs). Die Vorbringen von SFS und Koch sind dagegen auszuklammern und können eventuell bei den erschwerenden/mildernden Umständen berücksichtigt werden.²⁹¹ Die an den vorliegenden Abreden beteiligten Untersuchungsadressaten haben sich im Jahre 2004 respektive rund um das Treffen vom 22. September 2006 in Wallisellen in Bezug auf die Höhe und den Zeitpunkt der Einführung des MTZ abgestimmt. Diese Verhalten sind unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 3 KG und deshalb als schwere Verstösse nach Art. 5 Abs. 3 KG zu qualifizieren. Die Frage der passiven Rolle beziehungsweise nicht aktiven Rolle einzelner Untersuchungsadressaten ist ebenfalls im Rahmen der erschwerenden/mildernden Umstände zu prüfen. Auf die übrigen Vorbringen wird im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eingegangen.

395. Winkhaus rügt, dass der Basisbetrag der sie betreffenden Abrede rund um das Treffen vom 22. September 2006 zu hoch angesetzt worden sei und verweist dabei im Wesentlichen auf den Entscheid der WEKO i.S. Elektroinstallationsbetriebe Bern. Im Unterschied läge in concreto eine einmalige Abstimmung bezüglich eines Materialteuerungszuschlages auf die Bruttopreise vor. Dies im Unterschied zu regelmässigen und wiederholten Abstimmungen von Ausschreibungen, welche eine Festlegung der Endkundenpreise zur Folge hätten. Die Bruttopreise hätten überdies nur den Charakter von Preisempfehlungen, da Winkhaus darauf individuelle Rabatte gewähre. Winkhaus kritisiert ferner, dass nicht jede Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG (indirekt oder direkt) ohne Rücksicht auf die konkreten Fallumstände

unterschiedslos als schwerer Verstoss qualifiziert werden könne. Winkhaus und auch Koch rügen, dass eine unzulässige Abrede eine sanktionsbegründende Voraussetzung sei und könne nicht zugleich ein sanktionsbemessendes Kriterium für einen besonders schweren Verstoss darstellen.

396. Zum Vorbringen betreffend Bruttopreisen sei auf Rz. 306 verwiesen und hervorzuheben, dass sich der Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG explizit auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten bezieht. Des Weiteren sei darauf verwiesen, dass sich der Basisbetrag nach Art. 3 SVKG nach "*Schwere und Art des Verstosses*" bemisst. Wiederholte (gleichartige) respektive dauerhafte Verstösse führen gemäss Art. 4 respektive Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG zu Zuschlägen auf den Basisbetrag, beeinflussen indes den Basisbetrag nicht und sagen somit nichts über die Qualität einer Abrede aus. Im Übrigen sei auf die Ausführungen in Rz. 394 verwiesen.

397. Koch führt ins Feld, dass es nicht nachvollziehbar sei, weshalb von der ursprünglichen Beurteilung der Schwere des Wettbewerbsverstosses (Basisbetrag 1 %–3 %) abgewichen wurde.

398. Dagegen ist einzuwenden, dass das Sekretariat nie eine solche Beurteilung im Rahmen der an die Untersuchungsadressaten zugestellten Verfügungsanträge vorgenommen hat. Daher kann von einer Beurteilung nicht die Rede sein. Die von Koch erwähnte Abweichung bezieht sich auf einen Vorschlag des Sekretariats, das vorliegende Verfahren in einem frühen Stadium im Sinne von Art. 29 KG einvernehmlich zu regeln. Zu diesem Zeitpunkt war die Beweiswürdigung der in Frage stehenden Sachverhalte noch nicht abgeschlossen. Darüber hinaus stellt eine einvernehmliche Regelung keine Beurteilung über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit (insbesondere nicht über die Schwere des Wettbewerbsverstosses) dar, diese muss in Fällen, in denen direkt sanktionierbare Tatbestände zur Diskussion stehen, in jedem Fall und unabhängig von einer allfälligen einvernehmlichen Regelung mittels Verfügung der WEKO entschieden werden. Dies bedeutet, dass eine einvernehmliche Regelung – von ihrer Konzeption her – keine materielle Beurteilung eines Sachverhaltes beinhalten kann.²⁹²

399. Die obigen Ausführungen führen daher zum Schluss, dass es sich bei den in Frage stehenden Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG um schwere Verstösse handelt.

²⁹⁰ Änderungen zum Antragsentwurf vom 14. Juli 2010 ergeben sich durch Präzisierungen der Umsatzzahlen, vgl. act. 349.

²⁹¹ Zum Ganzen TAGMANN (Fn 275), 230 ff.; vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 49a N 59 (zit. TAGMANN/ZIRLICK, BSK).

²⁹² TAGMANN/ZIRLICK, BSK (Fn 292), Art. 29 N 13 ff.

400. Somit rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion im vorliegenden Fall gemäss Art. 3 SVKG auf 7 % des Umsatzes anzusetzen, den die betreffenden Untersuchungsadressaten in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Markt in der Schweiz erzielt haben.

B.4.4.3.2 Dauer des Verstosses

401. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.²⁹³ Betreffend Umfang der Erhöhung steht der WEKO ein breites Ermessen zu, wobei ihrer bisherigen Praxis ein Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtem Jahr entspricht.²⁹⁴

402. Die europäische Rechtsprechung hat als Grundsätze für eine einzige und fortgesetzte Zuwiderhandlung Folgendes festgesetzt: "Ein komplexes Kartell kann als einzige und fortgesetzte Zuwiderhandlung für die Dauer seines Bestehens angesehen werden. Die Vereinbarung kann von Zeit zu Zeit durchaus verändert werden, und ihre Mechanismen können angepasst oder gestärkt werden, um neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Die Gültigkeit dieser Annahme wird nicht durch die Möglichkeit beeinträchtigt, dass eines oder mehrere Elemente einer Reihe von Handlungen oder eines fortlaufenden Verhaltens für sich genommen einen Verstoß gegen Artikel 81 EG-Vertrag darstellen könnten."²⁹⁵

Abrede zwischen Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus in den Jahren 2006/2007

403. Die an der vorliegenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten bestreiten die in Rz. 34 des Verfügungsentwurfes vom 11. Februar 2010 gemachte Behauptung, dass im untersuchungsrelevanten Zeitraum "regelmässig Kontakte zwischen den Untersuchungsadressaten" erfolgt und vorgängig zu den Preiserhöhungsankündigungen Informationen ausgetauscht worden seien. Die Untersuchungsadressaten bringen daher vor, dass es im vorliegenden Fall nicht um einen dauerhaften Wettbewerbsverstoss von zweieinhalb Jahren handle. Es verbleibe somit lediglich eine relevante Beteiligung am Informationsaustausch im Jahre 2006/2007. Einzig Koch bringt vor, dass vorliegend maximal ein Zeitzuschlag von 10 % begründbar wäre.

404. Angesichts des in Frage stehenden Sachverhaltes im untersuchungsrelevanten Zeitraum konzentriert sich die zu beurteilende Abrede rund um das Treffen vom 22. September 2006, an welchem Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus teilgenommen haben. Die Preisabrede manifestierte sich demzufolge in einer einmaligen Einführung eines MTZ am 1. Januar 2007 respektive am 1. Februar 2007. Diese Preiserhöhungen sind direkt und kausal auf das von Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus koordinierte Vorgehen zurückzuführen. Daher ist dem Vorbringen der an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten zuzustimmen. Von einem Zuschlag für die Dauer im Sinne von Art. 4 SVKG ist demzufolge abzusehen.

Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004

405. Angesichts des Umstandes, dass sich Roto und Siegenia bereits im Jahre 2004 über Preiserhöhungen in unzulässiger Weise untereinander abgesprochen haben und beide Unternehmen zusätzlich an der Abrede rund um das Treffen vom 22. September 2006 beteiligt waren, stellt sich die Frage nach einem allfälligen Dauerzuschlag im Sinne von Art. 4 Abs. 1 SVKG. Gemäss Praxis der WEKO ist jedoch eine Dauer bis zu einem Jahr quasi im Basisbetrag inbegriffen.²⁹⁶ Da vorliegend Roto und Siegenia die Beteiligung an zwei voneinander unabhängigen unzulässigen Abreden nachgewiesen werden konnte, ist dieser Umstand im Rahmen der erschwerenden Umstände zu würdigen (vgl. Rz. 412).

B.4.4.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände

406. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Kooperation und damit über den Bonus abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.²⁹⁷

(i) Erschwerende Umstände

407. Ein durch das Verhalten erzielter "Normalgewinn" ist bereits im Basisbetrag enthalten. Fällt indessen im Einzelfall die unrechtmässige Kartellrente höher aus, so ist diesem Gewinn als erschwerendem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen.²⁹⁸ Dies setzt natürlich voraus, dass eine Gewinnberechnung oder eine entsprechende Schätzung im Einzelfall überhaupt möglich ist, was in der Praxis regelmässig nicht oder aber nur schwer der Fall sein dürfte. Damit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnenswert erscheint, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.²⁹⁹

408. Von diversen Untersuchungsadressaten wird vorgebracht, dass die Preiserhöhungen teilweise nicht beziehungsweise kaum voll umgesetzt worden sind. Neben dem Umstand, dass aus niedrigem Gewinn nicht auf eine niedrige Kartellrente geschlossen werden kann, wird bei der Sanktionsberechnung grundsätzlich nur ein besonders hoher Gewinn erschwerend, im umgekehrten

²⁹³ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 4.

²⁹⁴ Vgl. RPW 2009/3, 215 Rz. 127, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2007/2, 237 Rz. 335, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufvermittlern (Publigroupe) sowie RPW 2007/2, 301 Rz. 418, Terminierung Mobilfunk; vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 4.

²⁹⁵ KOMM, ABl. 2009 C 248/5, Rz. 200, E.ON/GDF, mit weiteren Verweisen; KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz. 184, Kautschukchemikalien.

²⁹⁶ Vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK (Fn 292), Art. 49a N 59.

²⁹⁷ RPW 2009/3, 216 Rz. 132, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

²⁹⁸ Vgl. dazu Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5.

²⁹⁹ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 sowie REINERT (Fn 279), Art. 49a N 16; siehe auch RPW 2006/4, 665 Rz. 264, Unique.

Fall aber nicht mildernd berücksichtigt.³⁰⁰ Lediglich in denjenigen Fällen, in welchen gar kein Gewinn erzielt wurde, kann eine Sanktionsminderung vorgenommen werden.³⁰¹

409. Einzelne Untersuchungsadressaten haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen vorgebracht, dass sowohl Roto als auch Siegenia eine führende Rolle eingenommen hätten. [...]:

- Hat sich ein Vertreter von Roto mit einem Vertreter von Koch am 24. August 2006 zum Golfen in Breitenloh getroffen und gemeinsam die Organisation des Treffens vom 22. September 2006 an die Hand genommen.
- Fanden zwischen Roto und Siegenia vorgängig zum Treffen verschiedene Telefonate zwecks gegenseitigem Informationsaustausch statt.
- Traf sich Roto nach dem Treffen am 29. September 2006 mit Winkhaus zwecks Orientierung über die bevorstehende Preiserhöhung von Winkhaus. Im Anschluss daran teilte Winkhaus sowohl Roto als auch Siegenia die umgesetzte Preiserhöhung mit.

410. Roto und Siegenia spielen auf der einen Seite in der Tat eine bedeutende Rolle im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Preisabreden. Dies ist auch nicht erstaunlich, zumal diese beiden Untersuchungsadressaten rund 80 % der Marktanteile auf sich vereinigen. Auf der anderen Seite jedoch wird bezüglich Roto hinsichtlich der Frage der führenden Rolle weiter unten im Zusammenhang mit dem Sanktionserlass im Sinne von Art. 8 SVKG näher eingegangen (vgl. Rz. 440 ff.) und kann daher nicht zusätzlich erschwerend berücksichtigt werden. Bezüglich Siegenia ist nicht rechtsgenügend erstellt, dass sie eine führende Rolle im Zusammenhang mit den in Frage stehenden Abreden innehatte.

411. Bezüglich der Abrede im Jahre 2006/2007 sind vorliegend demnach keine erschwerenden Umstände gemäss Art. 5 SVKG ersichtlich. Von den an der Abrede beteiligten Unternehmen wurden auch keine Vergeltungsmassnahmen zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede gegenüber anderen an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten angeordnet beziehungsweise durchgeführt.³⁰²

412. In Bezug auf die bilaterale Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004 gilt es zu prüfen, ob und wie diese separate Abrede als erschwerender Umstand im Sinne von Art. 5 Abs. 1 SVKG zu qualifizieren ist. Denn nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG wirkt sich als erschwerender Umstand aus, wenn ein Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat. Dies liegt beispielsweise vor, wenn ein Kartellrechtsverstoss durch die Wettbewerbsbehörden in einem früheren Verfahren rechtskräftig festgestellt worden ist, aber u.U. auch dann, wenn in einem laufenden Verfahren mehrere Absprachen in einem einzigen Verfahren beurteilt werden.³⁰³

413. Wie in den vorstehenden Erwägungen dargelegt wurde, konnten im Rahmen dieses Verfahrens zwei separate Abreden nachgewiesen werden: Die Abrede zwischen Roto, Siegenia, SFS, Koch und Winkhaus im

Jahre 2006/2007 und die Abrede zwischen Roto und Siegenia im Jahre 2004. In beiden Fällen hatten die bi- oder multilateralen Informationsaustausche kausal zu den im Markt angekündigten Preiserhöhungen geführt. Somit waren Roto und Siegenia im untersuchungsrelevanten Zeitraum an zwei Kartellrechtsverstössen beteiligt und haben somit wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen.

414. Angesichts der konkreten Umstände dieses Umstandes erachtet die WEKO eine Erhöhung des Basisbetrages um 20 % für Roto und Siegenia als angemessen.

(ii) Mildernde Umstände

415. Bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, wird der Sanktionsbetrag vermindert (Art. 6 Abs. 1 SVKG). Bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird der Betrag u.a. dann vermindert, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG). Der Minderungsbetrag muss analog zur Festsetzung der erschwerenden Umstände ausgehend von dem um den Dauerzuschlag erhöhten Basisbetrag berechnet werden.

416. Der Umstand, dass ein Unternehmen die verfahrensauslösende Bonusmeldung eingereicht hat, ist im Zusammenhang mit der Gewährung eines allfälligen Sanktionserlasses relevant und kann nicht im Rahmen der mildernden Umstände zusätzlich berücksichtigt werden. Auch den nach Verfahrenseröffnung eingegangenen Bonusmeldungen respektive der daraus folgenden Kooperation mit der Behörde wird ausschliesslich im Rahmen der Sanktionsreduktion im Sinne von Art. 12 f. SVKG Rechnung getragen und nicht zusätzlich im Rahmen von Art. 6 SVKG.³⁰⁴

417. Winkhaus bringt die folgenden Gründe vor, welche als mildernde Umstände zu berücksichtigen seien: Winkhaus komme grundsätzlich eine passive Rolle zu, daneben habe Winkhaus eine geringe Bedeutung auf dem Schweizer Markt. Nach Auffassung von Winkhaus rechtfertige dies eine Reduktion um deutlich mehr als die ursprünglich beantragten 15 %.

418. Bezüglich Winkhaus hat sich infolge der Änderungen hinsichtlich des in Frage stehenden Sachverhaltes eine differenzierte Betrachtungsweise ergeben:

³⁰⁰ Vgl. TAGMANN (Fn 275), 258 f.

³⁰¹ TAGMANN (Fn 275), 274 (insb. Fn 1290); ebenso Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 2 Abs 1; vgl. auch RPW 2009/3, 196 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

³⁰² Vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. b SVKG sowie entsprechende Erläuterungen (Fn 283).

³⁰³ TAGMANN/ZIRLICK, BSK (Fn 292), Art. 49a N 67.

³⁰⁴ Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 6; vgl. auch RPW 2009/3, 217 Rz. 141 f., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

419. Die der Winkhaus ursprünglich zgedachte Sanktionsreduktion um 15 % bezog sich auf ihr Verhalten im Zeitraum von 2004 bis 2007. Betrachtet man jedoch die Rolle von Winkhaus bezogen auf die in Frage stehende Abrede, so rechtfertigt sich die ursprüngliche Sanktionsreduktion um 15 % nicht mehr. Dies weil,

- Winkhaus an den Treffen vom 22. September 2006 und 29. September 2006 selber teilgenommen hat;
- zunächst auf die Einführung eines MTZ verzichten wollte, dann aber diesen dennoch einführte und dies mit Roto im Rahmen des bilateralen Treffens vom 29. September 2006 koordinierte und
- sowohl die Höhe als auch das Umsetzungsdatum des von Winkhaus angekündigten MTZ dem anlässlich des Treffens vom 22. September 2006 Vereinbarten entsprachen.

420. Im Übrigen liegen keine Beweismittel vor, welche auf eine passive Rolle von Winkhaus hindeuten. Winkhaus hat insbesondere an der Koordination der Höhe und des Umsetzungszeitpunktes der Preiserhöhungen aktiv teilgenommen und diese nicht nur (passiv) nachvollzogen. Aus diesen Gründen kann Winkhaus keine passive Rolle im Sinne eines Milderungsgrundes zuerkannt werden.

421. SFS bringt vor, dass sie keine aktive Rolle bei Absprachen bezüglich Preiserhöhungen gespielt habe; SFS habe sich sogar dagegen gewehrt. Zusätzlich rügt SFS auch, dass ihr kooperatives Verhalten sowie die Tatsache, dass die Preiserhöhungen für SFS finanzielle Einbussen hatten, nicht berücksichtigt worden seien.

422. Koch bringt vor, dass entgegen der Darstellung im Verfügungsentwurf vom 11. Februar 2010 (Rz. 297, aktuell 317) die Teilnahme am Treffen vom 22. September 2006 nicht ausschliesse, dass Koch eine passive Rolle gespielt habe. Koch sei gezwungen worden, den MTZ an die Abnehmer weiterzuerrechnen; die Hersteller hätten letztlich den MTZ diktiert. Zusätzlich rügt Koch, dass die WEKO die folgenden Faktoren nicht berücksichtigt habe: Der Informationsaustausch habe nicht systematisch stattgefunden, es liege demnach kein bewusstes und aktives wettbewerbswidriges Verhalten vor. Ferner habe sich Koch gegen die Preiserhöhungen gewehrt und hatte auf die Entscheide der ausländischen Beschlagshersteller keinen Einfluss. Und schliesslich führt Koch ins Feld, nach der Verfahrenseröffnung eine Compliance-Programm eingeführt zu haben.

423. Siegenia beanstandet, dass die folgenden, mildernden Umstände nicht berücksichtigt worden seien: Zunächst seien die Preiserhöhungen wirtschaftlich notwendig gewesen und seien nicht aus Profitgründen erfolgt. Siegenia habe die Preise nicht aus niedriger Motivation heraus erhöht. Darüber hinaus habe sich Siegenia während des gesamten Verfahrens kooperativ verhalten. Gänzlich unberücksichtigt geblieben sei schliesslich, dass es ausser dem Informationsaustausch keine weitere Verstösse gab.

Zu diesen Vorbringen ist Folgendes zu sagen:

424. Ob SFS eine aktive Rolle gespielt beziehungsweise sich sogar gegen die Preiserhöhungen gewehrt habe, ist

irrelevant, da fest steht, dass SFS am massgeblichen Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen hat und im Anschluss daran das Vereinbarte geplant beziehungsweise umgesetzt hat. Dass sich SFS gegen die Preiserhöhungen gewehrt hat, vermag an dieser Tatsache nichts zu ändern, da SFS aufgrund der Einladung von Koch genau wusste, worum es beim Treffen vom 22. September 2006 ging (vgl. Rz. 371) und daran bewusst und aktiv teilgenommen hat, um auf die Höhe und den Umsetzungszeitpunkt des MTZ Einfluss zu nehmen. Und dies nicht autonom, sondern in Koordination mit den übrigen am Treffen beteiligten Untersuchungsadressaten. Hätte sich SFS für eine autonome Vorgehensweise bezüglich der anstehenden Preiserhöhungen entschieden, so hätte SFS die Einladung zum Treffen ausschlagen können und eine eigene Strategie ausarbeiten können. Doch offenbar war SFS an einer koordinierten Vorgehensweise mit Roto, Siegenia, Koch und Winkhaus interessiert. Im Übrigen wird das kooperative Verhalten von SFS bereits im Rahmen der von ihr eingereichten Bonusmeldung berücksichtigt und kann daher nicht auch noch zusätzlich an dieser Stelle mildernd berücksichtigt werden.

425. Auch bezüglich Koch kann festgehalten werden, dass einzig der Umstand massgebend ist, dass Koch am Treffen vom 22. September 2006 teilgenommen und das daran Vereinbarte entsprechend umgesetzt hat. Koch hat zum Treffen eingeladen und überdies das Treffen auch in ihren Büroräumlichkeiten durchgeführt. Ferner wurde der Beschluss für das Treffen zwischen Vertretern von Koch und Roto anlässlich eines Golfspiels getroffen. Darüber hinaus fand bereits am 15. März 2006 zwischen Roto und Koch ein Treffen statt, wobei über die Markt- und Preisentwicklungen gesprochen wurde. Und schliesslich ist bezüglich des eingeführten Compliance-Programms zu relativieren, dass dieses nach der Eröffnung der vorliegenden Untersuchung eingeführt wurde.

426. Was die Vorbringen von Siegenia anbelangt, so vermag die wirtschaftliche Notwendigkeit für die Preiserhöhungen sowie der Umstand, dass diese nicht aus Profitgründen erfolgten, nichts daran zu ändern, dass Siegenia massgeblich an der Koordination der Preiserhöhungen beteiligt war. Dies, weil vorgängig zum Treffen vom 22. September 2006 mehrere Kontakte zwischen Siegenia und Roto stattfanden, welche das Vorgehen von den übrigen Untersuchungsadressaten zum Gegenstand hatten. Des Weiteren war Siegenia am Treffen vom 22. September 2006 selber anwesend und schliesslich setzte Siegenia ihre Preiserhöhungen dem Vereinbarten entsprechend um. Aus diesen Gründen kann die Rolle von Siegenia nicht als passiv qualifiziert werden. Betreffend das Verhalten von Siegenia während des Verfahrens ist es zwar zutreffend, dass Siegenia den Wettbewerbsbehörden sachdienliche Informationen lieferte, doch erfolgte dies im Rahmen der ihr ohnehin obliegenden Auskunftspflicht und überdies haben auch die anderen Untersuchungsadressaten Informationen und Dokumente auf Anfrage hin geliefert.

Einvernehmliche Regelungen

427. Als weiterer möglicher Milderungsgrund gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG fällt eine Kooperation eines Unternehmens mit den Wettbewerbsbehörden ausserhalb

einer Selbstanzeige im Sinne von Art. 8 ff. SVKG in Betracht. Das Sekretariat schloss mit den Unternehmen Roto, Siegenia und Winkhaus eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG ab (vgl. Rz. 159 f). Diese wurde der WEKO gemäss Art. 29 Abs. 2 KG zur Genehmigung vorgelegt, wobei sich gleichzeitig auch die Frage über die Art und Höhe einer Sanktionsreduktion stellte.

428. Die Praxis der WEKO zur Genehmigung von einvernehmlichen Regelungen und die Höhe der dabei zu gewährenden Sanktionsreduktion kann wie folgt zusammengefasst werden:

- Im Entscheid Elektroinstallationen Bern (RPW 2009/3, S. 196 ff.) erachtete die WEKO eine Reduktion in der Höhe von 20 % für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als angemessen. Ausschlaggebend dafür war u.a. der Umstand, dass der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung seitens der Untersuchungsadressaten zu Beginn der Untersuchung erfolgten.
- Beim Entscheid Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen (einsehbar auf <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>) erachtete die WEKO einen Prozentsatz von 10 % als gerechtfertigt. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung erfolgte dabei – in zeitlicher Hinsicht – nachdem ein erster Antrag des Sekretariats den Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme unterbreitet wurde.

429. Im vorliegenden Fall wurden die einvernehmlichen Regelungen mit den Unternehmen Roto, Siegenia und Winkhaus abgeschlossen, nachdem ein zweiter (überarbeiteter) Antrag des Sekretariats den Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme zugestellt wurde. Anzufü-

gen bleibt, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht die wichtigsten Schritte und Ermittlungshandlungen zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen waren.

430. In Anbetracht der Gesamtumstände des vorliegenden Verfahrens fällt für die WEKO ins Gewicht, dass der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung zum gegebenen (späten) Zeitpunkt den Wettbewerbsbehörden keine (wesentliche) Verkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens mit sich brachte. Denn sowohl die umfangreichen Sachverhaltsermittlungen, deren Würdigung als auch die wesentlichen verfahrensrechtlichen Schritte wurden bereits vorgenommen beziehungsweise sind bereits erfolgt. Aufgrund der gegebenen Umstände genehmigt die WEKO die mit den Untersuchungsadressaten Roto, Siegenia und Winkhaus abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen gemäss Art. 29 Abs. 2 KG. Die WEKO wird jedoch inskünftig einvernehmliche Regelungen, welche zu einem derart späten Zeitpunkt und unter vergleichbaren Umständen (insbesondere angesichts des vorliegenden Inhalts) im Verfahren abgeschlossen werden, nicht mehr genehmigen, weil dies nicht dem Sinn und Zweck des Instrumentes entspricht. Im Lichte der Gesamtumstände dieses Verfahrens und angesichts ihrer bisherigen Praxis erachtet die WEKO eine Reduktion um einen Prozentsatz in der Höhe von 3 % als angemessen.

B.4.4.3.4 Zwischenergebnis

431. Zusammenfassend berechnet die WEKO die Sanktionen demnach wie folgt: Erstens wird für die Berechnung des Basisbetrags ein Prozentsatz von 7 % herangezogen. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und –mildernden Faktoren erachtet die WEKO folgende Verwaltungssanktionen den Verstössen der Untersuchungsadressaten gegen Art. 49a Abs. 1 KG als angemessen:

Unternehmen	Sanktionshöhe [in CHF]
Roto	[...]
Siegenia	[...]
Winkhaus	[...]
SFS	[...]
Koch	[...]

Tabelle 10: Höhe der Sanktion je Untersuchungsadressatin in CHF

B.4.4.3.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

432. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für das betroffene Unternehmen finanziell tragbar sein.³⁰⁵ Dieses Kriterium wird hingegen regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht.³⁰⁶ Der Sanktionsbetrag sollte also einerseits zur

finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.³⁰⁷ Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes mindestens die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.³⁰⁸

³⁰⁵ Vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF (Fn 284), 144.

³⁰⁶ So im Ergebnis auch REINERT (Fn 279), Art. 49a N 14.

³⁰⁷ PATRICK KRAUSKOPF/DOROTHEA SENN, Die Teilrevision des Kartellrechts – Wettbewerbspolitische Quantensprünge, in: sic! 1/2003, 14 f.

³⁰⁸ Vgl. Erläuterungen SVKG (Fn 283), ad Art. 5 Abs. 1 Bst. b.

433. Setzt man die berechneten Bussen in Relation zu den von den Untersuchungsadressaten in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen, müssen die Sanktionen als tragbar beziehungsweise zumutbar bezeichnet werden (vgl. Tabelle 5).

434. [...].³⁰⁹

435. [...].

436. [...].

437. Koch macht geltend, dass der vorgesehene Sanktionsrahmen sowohl den Gleichbehandlungsgrundsatz als auch das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen würde. Dies, weil mit der Busse im oberen Rahmen die Gesamtnettogewinne der [...] auf dem relevanten Markt abgeschöpft würden, was in keinem Verhältnis zum angeblich begangenen Verstoß stünde. Koch als Zwischenhändlerin habe zwar einen hohen Umsatz generiert, die tatsächlich erzielten Gewinne aufgrund der tiefen Margen hingegen seien klein. Vorliegend sei demnach eine differenzierte Behandlung der Koch als Zwischenhändlerin angezeigt, da diese im Vergleich zu den Herstellern, welche höhere Margen generieren würden, ungleich härter sanktioniert würde. Weiter würde der Siegenia-Vertriebskanal doppelt sanktioniert (Siegenia und Koch), während Winkhaus und Roto aufgrund deren Vertriebsstruktur nur einmal sanktioniert würden. [...].

438. Zu diesen Vorbringen von Koch ist Folgendes zu sagen:

- Das Verhältnismässigkeitsprinzip ermöglicht, die berechnete Sanktion abschliessend nochmals auf Angemessenheit hin zu prüfen und gegebenenfalls ein mögliches, unbilliges Resultat zu vermeiden.³¹⁰ Bezüglich dem Argument von Koch betreffend die Abschöpfung der Gesamtnettogewinne ist zunächst einmal festzuhalten, dass es sich dabei um eine unbelegte Behauptung handelt. Darüber hinaus erachtet die WEKO die für Koch verfügte Sanktion vor dem Hintergrund des in Frage stehenden Wettbewerbsverstosses, der realisierten Umsätze sowie der (angeblichen) Nettogewinne der letzten [...] Jahre als verhältnismässig.
- Auch die Behauptung von Koch, wonach sie im Vergleich zu den Herstellern zwar hohe Umsätze erzielt habe, aber die Gewinne wegen der tiefen Margen klein seien, ist als unbelegte Behauptung zurückzuweisen. Insbesondere ist fraglich, ob Koch über entsprechende Informationen der Hersteller überhaupt verfügt. Im Übrigen ist betreffend der von Koch vorgebrachten Differenzierung zwischen Herstellern und Händlern auf Rz. 188 verwiesen, sodass sich eine geringere Sanktionierung von Koch aus den vorgebrachten Gründen für die WEKO nicht aufdrängt.
- Dem Vorbringen von Koch, wonach der Siegenia-Vertriebskanal doppelt bestraft würde, ist entgegen zu halten, dass Koch und Siegenia zwar eng zusammen arbeiten, rechtlich und wirtschaftlich jedoch voneinander unabhängige juristische Personen sind, welche auch selbständig im Markt tätig sind. Vor diesem Hintergrund drängt sich für

die WEKO keine andere Behandlung von Koch und Siegenia bezüglich der Sanktion auf.

- Und schliesslich kann auch dem Argument von Koch, dass [...], nicht gefolgt werden.

439. Aus diesen Gründen weist die WEKO die Vorbringen Koch zurück und hält an ihrer Würdigung fest.

B.4.5 Bonusmeldungen – Vollständiger / teilweiser Erlass der Sanktion

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

B.4.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

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

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a, *Eröffnungskooperation*) oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, *Feststellungskooperation*). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.³¹¹

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

443. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG neben der (umgehenden) Einstellung der Beteiligung am Wettbewerbsverstoss, von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist,
- es sämtliche Informationen und Beweismittel un- aufgefördert vorlegt,

³⁰⁹ Vgl. act. 338.

³¹⁰ TAGMANN/ZIRLICK, BSK (Fn 292), Art. 49a N 93.

³¹¹ In diesem Sinne TAGMANN (Fn 275), 275; ZURKINDEN/TRÜEB (Fn 269), Art. 49a N 8.

- weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat und
- seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige [...] einstellt.³¹²

B.4.5.2 Subsumtion und Ergebnis

444. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund der von Roto eingereichten Selbstanzeige inklusive Beweismittel am 16. Juli 2007 eröffnet. Gestützt darauf wurde die Untersuchung eröffnet und Roto bestätigt, dass ihr die Sanktion vollumfänglich erlassen wird im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG. In ihrer Selbstanzeige bestätigte Roto gegenüber dem Sekretariat, weder ein anderes Unternehmen zur Teilnahme an der in Frage stehenden Abrede gezwungen zu haben, noch eine anstiftende oder führende Rolle gehabt zu haben. Darüber hinaus gab Roto dem Sekretariat an, ihr Verhalten kurz nach Eröffnung des vorliegenden Verfahrens eingestellt zu haben.

445. Es liegt folglich eine Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG vor. Entsprechende Informationen lagen denn auch nicht bereits vor Einreichung der Selbstanzeige vor. Während des Verlaufs des Verfahrens lieferte Roto unaufgefordert ergänzende Beweismittel ein, welche verwertet werden konnten, und erklärte sich von Anfang an dazu bereit, den Wettbewerbsbehörden den Sachverhalt auch mündlich darzulegen. Im Übrigen stellte sie ihr Verhalten nach Absprache mit dem Sekretariat kurz nach Eröffnung des Verfahrens ein.³¹³ Aufgrund dessen kann Roto der hundertprozentige Sanktionserlass gewährt werden.³¹⁴

446. Nach Eröffnung des Verfahrens und Durchführung der Hausdurchsuchung bei SFS meldete diese am 9. August 2007 volle Kooperationsbereitschaft an³¹⁵ und kündigte eine Bonusmeldung an, welche in der Folge im Sekretariat eingegangen ist. Die Bonusmeldung gab einerseits Auskunft über den Sachverhalt des vorliegenden Verfahrens, andererseits wurden zusätzlich unaufgefordert weitere Sachverhalte gemeldet.

447. Gestützt auf diese beiden Meldungen sowie die damit eingereichten Beweismittel, welche nicht geeignet waren, einen Wettbewerbsverstoss festzustellen, wurden zur Abklärung des Sachverhaltes umfangreiche Datenerhebungen – sowohl bei den Untersuchungsadressaten als auch bei Marktteilnehmern – vorgenommen (vgl. Rz. 148).

448. Und schliesslich meldete Koch nach Verfahrenseröffnung volle Kooperationsbereitschaft und war bemüht, dem Sekretariat bei der Sachverhaltsermittlung behilflich zu sein. Am 2. Oktober 2008 wurde schliesslich eine mündliche Protokollerklärung beim Sekretariat deponiert, welche Koch Anfang 2009 ergänzt hat.

449. Bei der Würdigung der Bonusmeldungen sowie der eingeholten Marktinformationen kam das Sekretariat zu den in ihrem Antrag vom 11. Februar 2010 dargelegten Schlüssen. Es konnten dabei insbesondere keine Hinweise gefunden werden, welche an den von den selbst-

anzeigenden Unternehmen eingereichten Bonusmeldungen Zweifel aufkommen liessen.

450. Im Rahmen der Stellungnahmen der Untersuchungsadressaten zum Antrag des Sekretariats vom 11. Februar 2010 bestreiten gewisse Untersuchungsadressaten die in Rz. 34 des Verfügungsantrages vom 11. Februar 2010 gemachte Behauptung, dass Roto keine führende oder anstiftende Rolle im Rahmen der Absprache rund um das Treffen vom 22. September 2006 innehatte. Roto dürfte nach Ansicht von GU und Maco nicht in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses kommen und zwar aus folgenden Gründen:

451. Maco zufolge gehe bereits aus Rz. 36 des Antragsentwurfs vom 11. Februar 2010 hervor, dass Roto die Drehscheibe für die Informationen des Kartells war. Auch in Rz. 38 des Antragsentwurfs werde Roto als Teilnehmerin eines Gesprächs mit Roto, Koch und Siegenia genannt. Bemerkenswert an diesem Absatz seien die letzten zwei Sätze, wonach Koch ein Schreiben an Siegenia betreffend Preiserhöhungen vorab zur Begutachtung an Roto schickte. Das spreche gemäss Maco sehr dafür, dass Roto eine führende Rolle im Kartell gespielt habe.

452. GU bezeichnete Roto und Siegenia als Anführerinnen und Initiatorinnen des Kartells und verwies dabei auf deren hohe Marktanteile. Siegenia bestreite, die treibende Kraft beziehungsweise alleinige Initiatorin gewesen zu sein und führte an, dass die Initiative regelmässig von anderen Branchenteilnehmern ausgegangen sei, wobei es sich sehr häufig um Roto gehandelt habe. Siegenia geht davon aus, dass Roto an den vermeintlichen Absprachen massgeblich beteiligt gewesen sei.

453. Diese Vorbringen warfen ein neues Licht auf die Rolle von Roto in diesem Verfahren und deren gemachten Zusicherung, keine anstiftende oder führende Rolle gehabt zu haben. Zu diesen Vorbringen ist zunächst zu sagen, dass sich die Zusicherung des vollständigen Erlasses der Sanktion auf die Sachverhaltsdarstellung von Roto sowie der anderen beiden Bonusmeldungen wie auch der erhobenen Marktinformationen stützt. Es liegen verschiedene Beweismittel im Recht, welche darauf hindeuten können, dass Roto und Siegenia eine führende Rolle rund um die vorliegende Abrede eingenommen haben. Dabei war Roto bei der Planung und Durchführung des massgeblichen Treffens vom 22. September 2006 beteiligt, so z.B.:

³¹² Vgl. auch REINERT (Fn 279), Art. 49a N 20 und 22.

³¹³ Grundsätzlich hat ein Unternehmen, welches vom vollständigen Erlass der Sanktion profitieren will, seine kartellrechtswidrigen Handlungen spätestens im Zeitpunkt der Selbstanzeige einzustellen. In besonderen Fällen kann es indessen geboten sein, dass das Unternehmen seine Teilnahme am Kartell erst auf Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt, weil andernfalls der Fortgang des Verfahrens (etwa weitere Ermittlungshandlungen wie Hausdurchsuchungen bei anderen Kartellmitgliedern) gefährdet würde (Erläuterungen SVKG [Fn 283], ad Art. 8 Abs. 2 Bst. d).

³¹⁴ Vgl. act. 24 (Mitteilung betr. vollständiger Erlass der Sanktionen).

³¹⁵ Act. 29.

- Pfliegte Roto vorgängig zum Treffen Kontakte zu Siegenia und Koch (act. 17, A-14, Act. 2, S. 14, Act. 2, S. 15 Anlage 17, Act. 17, A-11, Act. 2, S. 15 Anlage 20);
- darüber hinaus war Roto auch bei der Entstehung der Idee eines Treffens mitbeteiligt, Vertreter von Roto und Koch trafen sich zum Golfen am 24. August 2006 (vgl. Rz. 87) und
- schliesslich ist zu erwähnen, dass Roto die Ergebnisse des Treffens in einem Protokoll zusammenfasste (vgl. Rz. 89).

454. Diesen Indizien für eine führende Rolle von Roto stehen jedoch folgende Aspekte entgegen:

- Rund um die in Frage stehende Abrede war während des gesamten Verfahrens und ist nach wie vor unklar, welchen Einfluss die einzelnen Untersuchungsadressaten auf den Wettbewerbsverstoß hatten.
- Darüber hinaus liegt es nahe, dass die marktanteilmässig grössten Untersuchungsadressaten (dazu gehören neben Roto Siegenia, Koch und SFS) die Marktverhältnisse in der Schweiz besser kennen demzufolge auch besser einschätzen können, d.h. diesbezüglich bessere Informationen liefern können.
- Im Zeitraum rund um die in Frage stehende Abrede gab es eine Vielzahl von Kontakten zwischen verschiedenen Untersuchungsadressaten. Nicht eruiert ist, bei welchen Kontakten welche(r) Untersuchungsadressat(en) die Initiative dafür ergriff.
- Das für die in Frage stehende Abrede massgebende Treffen zwischen Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus fand denn auch in den Büroräumlichkeiten von Koch statt und nicht in denjenigen von Roto. Würde es sich bei Roto um den Kartellführer handeln, so ist doch davon auszugehen, dass Roto – und nicht Koch – zu einem solch zentralen Treffen eingeladen hätte.
- Und schliesslich haben Maco und GU für ihre Behauptungen keine entsprechenden Beweismittel eingereicht, welche ihren Vorwurf rechtfertigen würde.

455. Im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats vom 14. Juli 2010 weist Roto die von einigen Untersuchungsadressaten aufgestellte Behauptung zurück, sie habe eine anstiftende oder führende Rolle im Kartell gespielt. Dies aus folgenden Gründen:

456. Bei den von gewissen Untersuchungsadressaten aufgestellten Behauptungen würde es sich hauptsächlich um unzutreffende Schutzbehauptungen handeln. Diese hätten sich lediglich auf die im Antragsentwurf dargestellten Wettbewerbskontakte bezogen. Roto habe als Kronzeuge sämtliche in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel dem Sekretariat eingereicht. Somit sei klar, dass Kontakte der Wettbewerber ohne Beteiligung von Roto im Dunkeln geblieben wären. Dadurch könne der falsche Eindruck entstehen, dass der Kronzeuge im Vergleich zu den nicht-

kooperationswilligen Unternehmen mehr Wettbewerbskontakte und damit eine hervorgehobene Rolle hatte.

457. Roto bringt weiter vor, dass es im erheblichen Umfang weitere, insbesondere bilaterale Kontakte zwischen den übrigen Wettbewerbern gegeben haben müsse, die diese dem Sekretariat jedoch nicht berichtet haben. Es könne nicht sein, dass ein Kronzeuge, der alle eigenen Kontakte offenlege, stets das Risiko habe, als Anführer eingestuft zu werden.

458. Des Weiteren ist Roto der Ansicht, dass sich allein aus dem hohen Marktanteil von Roto keine führende Rolle ableiten lasse. Ausserdem sei es Koch – und nicht Roto – gewesen, welche zu dem im Zentrum stehenden Treffen vom 22. September 2006, in deren Räumlichkeiten, eingeladen habe.

459. Anlässlich der Anhörungen vor der WEKO vom 20. September 2010 betonte Roto, dass sie sämtliche Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass erfüllen würden. Roto berief sich dabei u.a. auf ein kürzlich ergangenes Urteil des Europäischen Gerichtes erster Instanz, wonach ein Unternehmen dann eine führende Rolle in einem Kartell einnimmt, wenn es eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen ist und konkrete Verantwortung getragen hat.³¹⁶ Die Behauptung, wonach Roto eine führende oder anstiftende Rolle gespielt habe, sei im Übrigen von Maco und GU vorgebracht worden, welche beide am Schlüsseltreffen vom 22. September 2006 nicht teilgenommen haben. Diese Ausführungen von Roto wurden von den an der Anhörung anwesenden Untersuchungsadressaten nicht bestritten.³¹⁷

460. Aus diesen Gründen kann es nicht als nachgewiesen erachtet werden, dass Roto eine führende Rolle in Bezug auf die in Frage stehende Abrede innehatte. Es liegen diesbezüglich einige Indizien vor, welche eine solche Interpretation zulassen würden, es liegen jedoch keine stichhaltigen Beweismittel im Recht, welche den Nachweis einer führenden Rolle von Roto ermöglichen würden. Demzufolge ist an der bisherigen Beurteilung festzuhalten, dass keine genügenden Anhaltspunkte bestehen, wonach Roto eine führende oder anstiftende Rolle in Bezug auf die in Frage stehenden Abrede innehatte.

461. Siegenia führt schliesslich ins Feld, dass der vollständige Sanktionserlass für Roto zu Markt- und Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Dies weil die Wettbewerber, die keine solche Sanktionsminderung erhalten, in ihrer Bewegungsfreiheit, wenn nicht gar ihrer [...] gefährdet würden (vgl. Rz. 434), Roto hingegen über Gebühr geschont. Diese Ungleichbehandlung beziehungsweise Bevorzugung von Roto sei unverhältnismässig und verstosse gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

³¹⁶ Vgl. Urteil des EuG vom 8. September 2010 T-29/05 Deltafina/Kommission (noch nicht publiziert), Rz. 332.

³¹⁷ Vgl. z.B. act. 356, S. 13, 37 sowie S. 6, 7 und 19.

462. Dies stösst ins Leere, da – wie vorstehend dargelegt wurde (vgl. Rz. 444 ff.) – bezüglich Roto eine Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 SVKG vorliegt. Es liegt in der Natur des Instruments der Bonusregelung, dass der erste Selbstanzeiger, falls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, in den Genuss eines vollständigen Sanktionserlasses kommt und damit – im Gegensatz zu den anderen an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Unternehmen – ungleich (bevorzugt) behandelt wird.

463. Somit ist nicht erstellt, dass Roto eine führende oder anstiftende Rolle in Bezug auf die in Frage stehenden Abreden gespielt hat und es ist ihr daher die Sanktion vollständig zu erlassen.

464. Gemäss Art. 8 Abs. 4 Bst. a i.V.m. Art. 12 f. SVKG kann SFS kein voller Erlass der Sanktion mehr gewährt werden, da bereits ein anderes Unternehmen die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt. Die mögliche Reduktion beträgt daher grundsätzlich maximal 50 % des nach den Art. 3–7 SVKG berechneten Betrages. Die Reduktion kann gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG allerdings bis zu 80 % betragen, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (Bonus plus).³¹⁸ Gemäss dem Meldeformular „Bonusregelung“ vom 1. April 2005³¹⁹ hat ein Zweitansprecher die übrigen in Art. 8 und 9 SVKG umschriebenen Voraussetzungen zu erfüllen, damit eine Reduktion der Sanktion erreicht werden kann. Demnach wäre nach analoger Anwendung von Art. 8 Abs. 3 SVKG die Reduktion einer Sanktion lediglich möglich, wenn die Wettbewerbsbehörde nicht bereits über ausreichende Informationen verfügt.

465. Dazu ist vorab Folgendes festzustellen: Infolge der von SFS unaufgefordert gelieferten Informationen beziehungsweise Beweismittel über weitere Wettbewerbsverstösse ist ein Verfahren gemäss Art. 5 Abs. 3 KG eröffnet worden.³²⁰ Die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 3 SVKG sind demnach grundsätzlich erfüllt.

466. Gestützt auf Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 3 SVKG ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg massgebend. Hierzu ist Folgendes festzuhalten.³²¹

467. SFS meldete zwar im Anschluss an die Hausdurchsuchung ihren vollen Kooperationswillen an, die im Anschluss daran eingereichte Meldung enthielt allerdings zum grossen Teil Angaben zu den weiteren Sachverhalten.³²² Allerdings hatte das Sekretariat seine Auswertungen der elektronischen und physischen Akten im vorliegenden Fall zum Zeitpunkt der Eingabe von SFS noch nicht abgeschlossen beziehungsweise verfügte noch nicht über ausreichend Informationen. Am 28. Januar 2008 forderte das Sekretariat SFS zu einer Stellungnahme zu den Ergebnissen der elektronische Datensichtung auf. Dieser Aufforderung kam SFS mit schriftlicher Eingabe vom 29. April 2008 nach.³²³ Schliesslich reichte SFS nach einmaliger Fristerstreckung am 13. Juli 2009 ihre Antworten auf das schriftliche Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 16. Juni 2009 ein.³²⁴

468. Unter Berücksichtigung des oben erwähnten Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 3 SVKG ist der tatsächliche

Beitrag beziehungsweise dessen Wichtigkeit zum Verfahrenserfolg entsprechend zu berücksichtigen. Vorliegend trug SFS durch ihre Meldung nicht in wesentlichem Umfang zur Ermittlung des Sachverhaltes und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei, da nicht viele noch nicht bekannte Elemente für das laufende Verfahren vorgebracht worden sind. Angesichts dessen ist die Wichtigkeit ihres Beitrags zum Verfahrenserfolg als eher gering einzustufen.³²⁵ Dem Umstand, dass SFS indes Informationen geliefert hat über einen (weiteren) Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ist bei der Reduktion der Sanktion Rechnung zu tragen. Die Kooperationsbereitschaft der Parteien, welche eine Bonusmeldung einreichen, muss während der gesamten Dauer des Verfahrens uneingeschränkt vorhanden sein, unabhängig davon, ob sie diese im Rahmen einer Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 oder Art. 12 Abs. 3 SVKG erklärt haben. Durch die Anzeige von weiteren Sachverhalten soll im laufenden Verfahren nicht eingeschränkt kooperiert werden dürfen. Eine solche Kompensation könnte zur Folge haben, dass Untersuchungsadressaten regelmässig im Rahmen eines laufenden Verfahrens möglichst eine Meldung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG einzureichen bestrebt sind, um in den Genuss einer erhöhten Reduktion zu gelangen.

469. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass SFS einige Hinweise geliefert hat, welche für das Verständnis des Sachverhalts dienlich waren. Darunter befanden sich indes wenig dem Sekretariat noch unbekannte Elemente. Die von SFS eingereichten Beweismittel erleichterten dem Sekretariat aber immerhin die elektronische Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel. SFS hat schliesslich ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss nach Verfahrenseröffnung eingestellt.

³¹⁸ Vgl. auch SVKG (Fn 278), ad Art. 12 Abs. 3.

³¹⁹ Formular für die Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung (abrufbar unter: www.weko.admin.ch/themen).

³²⁰ Vgl. Medienmitteilung vom 9. Dezember 2008 (abrufbar unter: www.weko.admin.ch/aktuell).

³²¹ Formular für die Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung (abrufbar unter: www.weko.admin.ch/themen), Buchstabe B.

³²² Dies wird durch den Umstand bestätigt, dass sich nur gerade rund ein Fünftel der Eingabe auf den eigentlichen Verfahrensgegenstand bezieht und der Rest auf die Umschreibung mehrerer weiterer Sachverhalte.

³²³ Act. 56.

³²⁴ Act. 170; act. 182; vgl. zum Ganzen act. 184–185.

³²⁵ Vgl. Formular für die Meldung einer Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung (abrufbar unter: www.weko.admin.ch/themen), Buchstabe C: ebenso reduziert sich die Wichtigkeit von Angaben, die unaufgefordert eingereicht werden und eine Reduktion der Sanktion bewirken können, wenn diese Angaben schon von anderen Unternehmen gemacht wurden (Art. 12 Abs. 1 SVKG).

470. Unter Berücksichtigung dessen wird vorliegend gestützt auf Art. 12 Abs. 3 SVKG eine Sanktionsreduktion von 60 % für SFS als angemessen erachtet.

471. In Bezug auf Koch ist Folgendes zu verzeichnen: Auch Koch meldete nach Verfahrenseröffnung volle Kooperationsbereitschaft und war bemüht, dem Sekretariat bei der Sachverhaltsermittlung behilflich zu sein. Am 2. Oktober 2008 wurde schliesslich eine mündliche Protokollerklärung beim Sekretariat deponiert, welche Koch Anfang 2009 - nunmehr rechtlich vertreten - ergänzt hat.

472. Insbesondere bedingt durch den Zeitpunkt der Meldung hat Koch keine für die vorliegende Untersuchung wesentlichen neuen Angaben zum Sachverhalt geliefert. Die Sichtung der beschlagnahmten Beweismittel war zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen. Wie oben ausgeführt, ist gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG die Wichtigkeit des Beitrags zum Verfahrenserfolg massgebend und demnach entsprechend zu berücksichtigen. Auch Koch hat die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchungen eingestellt.

473. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Beweismittel aber immerhin zu einem besseren Gesamtüberblick des Sachverhalts verhelfen, erscheint eine Sanktionsreduktion von 20 % für Koch als gerechtfertigt.

474. Diese Sanktionshöhe steht im Einklang mit der bisherigen Praxis der Kommission, wonach die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren tendenziell abnimmt.

475. Koch bringt vor, dass sie lange Zeit nicht anwaltlich vertreten war, hat jedoch von Beginn weg kooperiert und das Verfahren unterstützt. Es kann daher der Koch nicht nachteilig angelastet werden, dass sie die Formalitäten einer Bonusmeldung nicht rechtzeitig beachtet hat. Im Übrigen macht Koch geltend, dass eine Reduktion von 20 % unter den gegebenen Umständen nicht angemessen sei.

476. Dagegen ist zunächst einmal einzuwenden, dass Koch an der Hausdurchsuchung vom 18. Juli 2007 die Bestimmungen über die Bonusregelung ausgehändigt erhalten hat (vgl. Act. 15). Zwar war Koch dazumal nicht anwaltlich vertreten, jedoch wurde sie über ihre rechtlichen Möglichkeiten aufmerksam gemacht. Ausserdem bildet u.a. das Merkblatt zur Vorgehensweise bei Hausdurchsuchungen (vgl. www.weko.ch unter der Rubrik Dokumentation; Bekanntmachungen/Erläuterungen) Grundlage für die Durchführungen einer Hausdurchsuchung. Genau die gleiche Ausgangslage hatte auch SFS (vgl. Act. 18), sodass Koch weder andere noch schlechtere Möglichkeiten hatte, von der Einreichung einer Bonusmeldung Gebrauch zu machen. Im Übrigen wurde Koch anlässlich des Gesprächs mit dem Sekretariat am 2. Oktober 2008 darauf hingewiesen, dass das Formular für die Einreichung einer Bonusmeldung auf der Webseite der Wettbewerbsbehörden heruntergeladen werden kann, sodass auch von daher der Argumentation von Koch nicht gefolgt werden kann. Nachzuschicken ist insbesondere, dass Koch das Recht und die Möglichkeiten hatte, sich ab dem Zeitpunkt der Hausdurchsuchung anwaltlich vertreten zu lassen. Wenn Koch von dieser Möglichkeit lange Zeit keinen Gebrauch machen wollte, dann ist dies auf ihren eigenen, freien Entscheid zurückzuführen und es kann Koch daraus keine Sonderbehandlung zugestanden werden.

477. Koch bringt schliesslich vor, dass [...].

478. Dem ist zu entgegnen, dass [...].

B.4.6 Ergebnis

479. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für jede Untersuchungsadressatin wie folgt zusammenfassen:

Sanktionsbemessung in CHF	Roto
Maximalhöhe der Sanktion gem. KG 49a - 10 % Umsatz total 3 Jahre	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt 3 Jahre	[...]
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) - 10 % Umsatz rel. Markt 3 Jahre	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) 7 %	[...]
erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG): 20 % (wiederholter Verstoss)	[...]
mildernde Umstände (Art. 6 SVKG): 3 % für einvernehmliche Regelung	[...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung	rund 4'500'000
Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG) : 100 % infolge 1. Bonusmeldung	-[...]
Total	0

Tabelle 11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung

Sanktionsbemessung in CHF	SFS
Maximalhöhe der Sanktion gem. KG 49a –10 % Umsatz total 3 Jahre	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt 3 Jahre	[...]
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) –10 % Umsatz rel. Markt 3 Jahre	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) 7 %	[...]
erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	0
mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	0
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung	[...]
Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG) 60 % infolge 2. Bonusmeldung (Art. 12 Abs. 3 SVKG)	-[...]
Total	557'200

Tabelle 12: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung

Sanktionsbemessung in CHF	Siegenia
Maximalhöhe der Sanktion gem. KG 49a -10 % Umsatz total 3 Jahre	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt 3 Jahre	[...]
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) –10 % Umsatz rel. Markt 3 Jahre	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) 7 %	[...]
erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG): 20 % (wiederholter Verstoß)	[...]
mildernde Umstände (Art. 6 SVKG): 3 % für einvernehmliche Regelung	[...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung	[...]
Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG) 0 %	0
Total	3'876'465

Tabelle 13: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung

Sanktionsbemessung in CHF	Winkhaus
Maximalhöhe der Sanktion gem. KG 49a –10 % Umsatz total 3 Jahre	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt 3 Jahre	[...]
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) –10 % Umsatz rel. Markt 3 Jahre	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) 7 %	[...]
erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	0
mildernde Umstände (Art. 6 SVKG) : 3 % für einvernehmliche Regelung	[...]
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung	[...]
Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG)	0
Total	235'381

Tabelle 14: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung

Sanktionsbemessung in CHF	Koch
Maximalhöhe der Sanktion gem. KG 49a –10 % Umsatz total 3 Jahre	[...]
Umsatz auf dem relevanten Markt 3 Jahre	[...]
Obergrenze des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) –10 % Umsatz rel. Markt 3 Jahre	[...]
Basisbetrag konkreter Fall (Art. 3 SVKG) 7 %	[...]
erschwerende Umstände (Art. 5 SVKG)	0
mildernde Umstände (Art. 6 SVKG)	0
Zwischenergebnis Sanktionsbemessung	[...]
Reduktion der Sanktion (Art. 12 SVKG) 20 % infolge 3. Bonusmeldung	-[...]
Total	2'957'817

Tabelle 15: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung

C Kosten

480. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG [GebV-KG]; SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

481. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht grundsätzlich zu bejahen.

482. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100–400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie

Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

483. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120–250. Die aufgewendete Zeit beträgt 3'641.6 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 715'670.

484. Neben dem Aufwand nach Art. 4 hat der Gebührenpflichtige die Auslagen gemäss Art. 6 Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV; SR 172.041.1), zu erstatten sowie die Kosten, die durch die Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen, namentlich durch die am 18. Juli 2007 erfolgten Hausdurchsuchungen, verursacht werden. Dieser Aufwand belief sich auf total CHF 3'000.

485. Die Verfahrenskosten betragen somit insgesamt CHF 718'670. Verteilt auf sämtliche Untersuchungsadressaten entfielen somit anteilmässig und zu gleichen Teilen ein Betrag von CHF 102'667. Da die Untersuchung gegen GU und Maco eingestellt wird, geht ihr Anteil an den Gebühren zu Lasten der Staatskasse. Somit beläuft sich die auf Roto, Siegenia, Koch, SFS und Winkhaus entfallende Gebühr gesamthaft auf CHF 513'335, sodass jeder dieser Untersuchungsadressaten mit einem Betrag in der Höhe von CHF 102'667 belastet wird.

486. Die Gebühren werden den an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten unter solidarischer Haftbarkeit zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

487. Koch weist darauf hin, dass die Kosten angemessen auf die Parteien zu verteilen seien; auf eine solidarische Auferlegung der Kosten sei zudem zu verzichten. Winkhaus bringt zudem vor, dass ihrer Ansicht nach die Verfahrenskosten angemessen zum Marktanteil der Untersuchungsadressaten aufzuteilen seien. Die anteilmässige Auferlegung der Verfahrenskosten würde dazu führen, dass sich der Kostenbetrag der Sanktion annähert, was zu einer unverhältnismässig hohen Belastung führen würde und zu einer ungerechtfertigten, doppelten Bestrafung von Winkhaus führen würde.

488. Dem ist zu entgegnen, dass sämtliche an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten die vorliegende Untersuchung gemeinsam veranlasst haben und demnach gemäss Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV solidarisch für die Gebühr haften. Darüber hinaus richtet sich die Gebühr – von Gesetzes wegen – für die vorliegende Verfügung nach dem Zeitaufwand. Die notwendigen Sachverhalts-ermittlungen, die damit verbundenen Auswertungsarbeiten sowie das Verfassen dieser Verfügung wurden von den Untersuchungsadressaten gleichermassen „verursacht“. Eine differenzierte Behandlung von Winkhaus ist vorliegend weder angezeigt noch entspricht sie den Gegebenheiten. Im Übrigen wurde die in Frage stehende und den betroffenen Untersuchungsadressaten auferlegte Gebühr einer Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG, Telgte, Siegenia-Aubi AG, Uetendorf, Paul Koch AG, Wallisellen und SFS unimarket AG, Heerbrugg im Jahre 2006/2007 praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen nach Massgabe von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG unzulässig ist.
2. Es wird festgestellt, dass die von den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Dietikon und Siegenia-Aubi AG, Uetendorf praktizierte/getroffene Wettbewerbsabrede betreffend Preiserhöhungen im Jahre 2004 nach Massgabe

von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG unzulässig ist.

3. Die zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und den Untersuchungsadressaten Roto Frank AG, Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG und Siegenia-Aubi AG abgeschlossenen einvernehmlichen Regelungen werden genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

4. Die Untersuchung gegen Gretschi-Unitas AG, Rüdtilgen b. Kirchberg und Mayer & Co. Beschläge GmbH, Salzburg, wird ohne Folgen eingestellt.

5. Die an den unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten Untersuchungsadressaten werden für das unter Ziffer 1 und Ziffer 2 vorstehend beschriebene Verhalten gestützt auf Art. 49a KG mit folgenden Beträgen belastet:

Roto Frank AG	CHF	0
SFS unimarket AG	CHF	557'200
Siegenia-Aubi AG	CHF	3'876'465
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	CHF	235'381
Paul Koch AG	CHF	2'957'817

6. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF 718'670 (bestehend aus einer Gebühr von CHF 715'670 und Auslagen von CHF 3'000) werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Da die Untersuchung gegen GU und Maco eingestellt wird, geht ihr Anteil zu Lasten der Staatskasse. Somit werden die verbleibenden Unternehmen wie folgt belastet:

Roto Frank AG	CHF	102'667
SFS unimarket AG	CHF	102'667
Siegenia-Aubi AG	CHF	102'667
Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG	CHF	102'667
Paul Koch AG	CHF	102'667

7. Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift muss die Rechtsbegehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel enthalten und vom Beschwerdeführer oder seinem Vertreter unterzeichnet sein. Die angefochtene Verfügung ist der Beschwerdeschrift beizulegen.

8. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **Roto Frank AG**, Bernstrasse 390, 8953 Dietikon, vertreten durch RA Dr. Christian Steinle, RA Dr. Ole Andresen, Gleiss Lutz Rechtsanwälte, Maybachstrasse 6, D-70469 Stuttgart [Zustelldomizil: Müller Münch Pachmann Rechtsanwälte, Herr Dr. iur. Dieter Münch, Löwenstrasse 17, 8023 Zürich]

-
- **SFS unimarket AG**, Nefenstrasse 30, 9534 Heerbrugg, vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt, RA Dr. Astrid Waser, Lenz&Stahelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich
 - **Siegenia-Aubi AG**, Zelgstrasse 97, 3661 Uetendorf, vertreten durch RA Heiko Schlechte, Weiss-Hartwich, Lange & Kollegen GbR, Am Bahnhof 23 (Sieg Carré), D-57072 Siegen
 - **Aug. Winkhaus GmbH & Co. KG**, August-Winkhaus-Strasse 31, D-48291 Telgte, vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, RA Martin Thomann, Homburger AG, Weinbergstrasse 56 | 58, 8006 Zürich
 - **Paul Koch AG**, Birgistrasse 3, 8304 Wallisellen, vertreten durch RA Stefan Brunnschweiler, RA Dr. Patrick Sommer, CMS von Erlach Henrici AG, Dreikönigstrasse 7, 8022 Zürich
 - **Mayer & Co Beschläge GmbH**, Alpenstrasse 173, A-5020 Salzburg, vertreten durch RA Dr. Philipp Zurkinden, Prager Dreifuss AG, Schweizerhof-Passage 7, 3001 Bern
 - **Gretsch-Unitas AG**, Industriestrasse 12, 3422 Rüdtingen-Alchenflüh b. Kirchberg, vertreten durch RA Hans-Joachim Hellmann, SZA Schilling, Zutt & Anschutz Rechtsanwalts AG, Otto-Beck-Strasse 11, D-68165 Mannheim
-

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. Oktober 2010

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. Oktober 2010

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 13. Oktober 2010

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 17. September 2010 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt CVC Capital Partners SICAV-FIS SA (nachfolgend CVC) Sunrise Communications AG (nachfolgend Sunrise) von Tele Danmark Communications A|S (nachfolgend TDC) [...] zu kaufen.

A.1.1 CVC Capital Partners SICAV-FIS SA

2. CVC ist eine so genannte Private Equity und Investitionsberatungsgesellschaft. Sie verfügt weltweit über 20 Standorte in Europa, Asien sowie den USA und beschäftigt über 230 Mitarbeiter. Als Investoren weist CVC auf ihrer Homepage Pensionskassen, Finanzinstitutionen und andere Partner aus.¹ Aus strategischer Sicht versucht CVC interessante Anlagemöglichkeiten zu identifizieren, um in Partnerschaft mit Management Teams langfristig nachhaltige Unternehmenswerte zu schaffen. Hierbei versteht sich CVC nicht als reiner Finanzinvestor, sondern verfolgt die Strategie, diejenigen Unternehmen, in welche CVC investiert, tatsächlich zu besitzen und zu managen.²

3. Die CVC-Gruppe besteht aus der CVC Capital Partners SICAV-FIS SA, einer unter luxemburgischem Recht konstituierten Gesellschaft mit Sitz in 20 Avenue Monterey, L-2163 Luxemburg, und ihren Tochtergesellschaften und verbundenen Unternehmen (CVC). CVC und ihre verbundenen Gesellschaften (CVC Funds) bieten nach eigenen Angaben Investitionsberatung an und verwalten Investitionen für Investitionsfonds, welche Beteiligungen an einer Reihe von Unternehmen aus verschiedenen Industriezweigen, darunter Chemie, Versorgungsunternehmen, verarbeitende Industrie sowie Einzelhandel und

Vertrieb, hauptsächlich in Europa und im Raum Asien-Pazifik halten.

A.1.2 Tele Danmark Communications A|S und Sunrise Communications AG

4. TDC ist eine nach dänischem Recht konstituierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Teglholmegade 1-3 0900 Kopenhagen SV, Dänemark. Sie ist die führende Anbieterin von Telekommunikationslösungen in Dänemark und auch im gesamten skandinavischen Markt vertreten.

5. Sunrise ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von TDC. Für weitere Informationen über die Geschäftstätigkeit von Sunrise und ihrer Muttergesellschaft TDC wird in der Meldung auf die Webseite www.tdc.com und den Jahresbericht 2009 von TDC verwiesen.

¹ www.cvc.com/Content/DE/MediaCentre/PressRelease.aspx?PRID=193.

² www.cvc.com/Content/DE/MediaCentre/PressRelease.aspx?PRID=193.

6. Gemäss Meldung hat Sunrise folgende Beteiligungen:

Tabelle 1: Beteiligungen von Sunrise

Telefongesellschaft / Beteiligung	Beteiligungshöhe
Sunrise Internet Services AG, Zürich	[50-100]%
TDC Switzerland GmbH, Zürich	[50-100]%
TelCommunication Services AG, Zürich	[50-100]%
Econophone GmbH, Zürich (Tochtergesellschaft der TelCommunication Services AG, Zürich)	[50-100]%
Tele Danmark Communications Switzerland GmbH, Zürich	[50-100]%
DiAx GmbH, Zürich	[50-100]%

A.2 Art und Ziele des Zusammenschlusses

7. Bei dem gemeldeten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Aktienkauf, welcher zu einem Kontrollerwerb im Sinne von Art. 9 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) führt. CVC erwirbt [100] % der Namenaktien von Sunrise und übernimmt damit sämtliche bestehenden Anteile. Auf diese Weise wird CVC künftig als Alleineigentümerin die Kontrolle über Sunrise ausüben. Ziel von CVC ist es, als Teil ihrer Investitionsstrategie den Wert ihrer Investition in Sunrise zu steigern.

A.3 Das Verfahren

8. Am 15. September 2010 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum Zusammenschlussvorhaben der Unternehmen CVC und Sunrise ein. Nach Prüfung des Meldeentwurfs stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 16. September 2010 fest, dass die Meldung als vollständig angesehen wird.

9. Mit Datum vom 17. September 2010 reichten die Zusammenschlussparteien die vollständige Meldung ein.

10. Mit Schreiben vom 21. September 2010 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung. Am 28. September 2010 erklärte es die Vollständigkeit der Meldung vom 21. September 2010. Gemäss Art. 20 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung; im vorliegenden Fall begann die Frist daher am 18. September 2010 zu laufen und endet am 18. Oktober 2010.

11. Weitere Auskünfte gemäss Art. 15 VKU reichten die Zusammenschlussparteien mit Schreiben vom 23. September 2010 beim Sekretariat ein.

12. Am 13. Oktober 2010 hat das Präsidium der WEKO entschieden, das Zusammenschlussvorhaben keiner Prüfung gemäss Art. 33 KG zu unterziehen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

13. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich

an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

14. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

15. Aus der Meldung geht hervor, dass [CVC] mit TDC am 17. September 2010 einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen haben, welcher den Barkauf sämtlicher Aktien der Sunrise Communications AG durch [CVC] vorsieht.

16. Die Erlangung der Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen ist gemäss Art. 1 VKU gegeben, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben.

17. Durch den Erwerb von 100 % der Aktien der Sunrise Communications AG erlangen [CVC] die Eigentumsrechte an der Gesamtheit des Vermögens des Unternehmens. Damit erfüllt die Transaktion die Bedingungen von Art. 1 Bst. a VKU, was dazu führt, dass der Kauf als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren ist.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

18. Gesetzlich vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG sind im vorliegend zu beurteilenden Fall weder ersichtlich noch wurden solche von den Parteien geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

19. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Die beteiligten Unter-

nehmen bestimmen sich vorliegend nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU.

20. [...].

21. Der weltweite Umsatz von CVC für das Geschäftsjahr 2009 betrug gemäss Meldung CHF 60'647 Mio., wobei der in der Schweiz erzielte Umsatz CHF 462 Mio. betrug.

22. Der weltweite Umsatz von Sunrise für das Geschäftsjahr 2009 betrug gemäss Meldung CHF 2'001 Mio., wobei der gesamte Umsatz in der Schweiz erwirtschaftet wurde.

23. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

24. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
- b) keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

25. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

26. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

27. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

28. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

29. Gemäss konstanter Praxis unterscheidet die WEKO im Telekommunikationsbereich zwischen folgenden Märkten: Festnetztelefoniemarkt, Breitbandinternetmarkt, Wholesale-Markt für Breitbandinternet, Markt für (TV-) Mehrwertdienste, Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkgeräte, Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen, Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze, Markt für Mobilterminierung, Wholesalemarkt für internationales Roaming.³

30. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

B.4.1.1 Festnetztelefoniemarkt

B.4.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

31. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt.⁴

32. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen in der Regel um einen Festnetzanschluss handelt.⁵

33. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz in der Regel günstiger ist als das Mobiltelefonieren, respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige Preisentwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Ebenso lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Anzahl Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Anzahl Festnetzkunden geführt hat.⁶

34. Ausgehend von Festnetzanschlüssen ist zu fragen, welche Anschlüsse geeignet sind, Sprachtelefonie zu übertragen. Das Übertragen von Sprachtelefonie ist ohne Weiteres basierend auf dem ursprünglichen dafür konzipierten, mehrheitlich aus Kupferkabel bestehenden Anschlussnetz von Swisscom möglich. Mittel IP-Telefonie besteht neben der traditionellen Sprachtelefonie die Möglichkeit über einen Breitbandzugang zu telefonieren. In der Regel wird für IP-basierte Sprachtelefonie der in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Begriff VoIP (Voice over IP) benutzt. VoIP wird in der Schweiz mittlerweile von mehreren Fernmeldedienstleistern, darunter auch Kabelnetzunternehmen, angeboten.⁷ Mit der Umstellung auf Glasfasertechnologie (FTTH) wird in mittlerer Zukunft zu erwarten sein, dass vermehrt IP-basierte Sprachtelefonie zum Einsatz kommen wird.

³ RPW 2008/4, 669 ff. Rz. 20 ff., *Sunrise/Tele2*; RWP 2008/2, 343 ff. Rz. 26 ff., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2008/1, 223 ff. Rz. 11 ff., *Gutachten TDC Switzerland vs. Swisscom Fixnet betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 252 ff. Rz. 67 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2006/4, 740 ff. Rz. 18 ff., *Gutachten Interkonnectionsverfahren (Gutachten)*; RPW 2006/3, 473 f. Rz. 35 ff.; *Swisscom Fixnet/Betty Holding*; RPW 2006/2, 250 ff. Rz. 30 ff., *Swisscom Fixnet/Cybernet*.

⁴ RPW 2008/4, 669 ff. Rz. 25 ff., *Sunrise/Tele2*; RWP 2008/2, 343 ff. Rz. 26 ff., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2006/2, 252 Rz. 48, *Swisscom Fixnet/Cybernet* (mit weiteren Hinweisen).

⁵ RPW 2008/4, 670 Rz. 25, *Sunrise/Tele2*; RPW 2005/3, 590 Rz. 18, *Gutachten Cablecom vs. Swisscom Fixnet betreffend Portierung von Einzelnummern (Cablecom vs. Swisscom)*.

⁶ RPW 2008/4, 670 Rz. 26, *Sunrise/Tele2*; RPW 2005/3, 590 Rz. 19, *Cablecom vs. Swisscom*.

⁷ RPW 2008/4, 670 Rz. 28, *Sunrise/Tele2*; RPW 2005/3, 590 Rz. 22 f., *Cablecom vs. Swisscom*.

35. Praxisgemäss umfasst der relevante Markt drahtgebundene Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, wobei im Fall der IP-basierten Übertragung ein Breitbandanschluss notwendig ist.⁸

B.4.1.1.2. Räumlich relevanter Markt

36. Die Festnetztelefonie basiert auf dem Festnetzmarkt der Schweiz und ist fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Zudem bieten die Fernmeldedienstanbieter der Schweiz ausschliesslich innerhalb der Schweiz Dienstleistungen an. Es ist folglich von einem nationalen Markt für Festnetztelefonie auszugehen.⁹

B.4.1.2 Breitbandinternet-Markt

B.4.1.2.1. Sachlich relevanter Markt

37. Der Breitbandinternetkundenmarkt umfasst sämtliche Endkunden, welche eine breitbandige Verbindung ins Internet nachfragen, und sämtliche Anbieter, die eine solche Verbindung ins Internet anbieten. Bei Internetverbindungen kann grundsätzlich zwischen einer Dial-up- und einer Breitbandverbindung unterschieden werden. Eine Dial-up-Verbindung verwendet die tiefen Frequenzen des Kupferkabels (also die gleichen Frequenzen wie die traditionelle Sprachtelefonie). Hingegen verwenden Breitbandverbindungen in der Regel die höheren Frequenzen des Kupferkabels oder andere Technologien, welche eine hohe Datenübertragungsrate ermöglichen (z. B. CATV, Glasfaser, etc.). Dies erlaubt bei Breitbandverbindungen parallel traditionelle Sprachtelefonie über Kupferkabel und Internetnutzung, was bei Dial-up-Verbindungen nicht möglich ist.

38. Die internationale Fernmeldeunion (ITU) definiert einen Dienst oder ein System als breitbandig, wenn die Datenübertragungsrate 2048 kbit/s übersteigt. Bei kleineren Bandbreiten wird von Dial-up-Verbindungen gesprochen. Diese erlauben Geschwindigkeiten bis 56 kbit/s ohne und 128 kbit/s mit ISDN-Modem.¹⁰ Zwar ist der sachlich relevante Markt für Dial-up-Verbindungen nicht im Breitbandinternetmarkt enthalten, dennoch wird – aufgrund seiner geringen Bedeutung – auf eine gesonderte Betrachtung verzichtet.

39. Der relevante Markt umfasst aus Sicht der Endkunden den Zugang zu Breitbanddiensten. Hierzu gehören die leitungsgebundene Bereitstellung eines Internetzugangs, welche auf dem Netz und insbesondere der Kupferleitung von Swisscom beruhen (u. a. Bitstream Access, ADSL bzw. BACS) sowie CATV, PLC und Glasfaser.

40. Insbesondere im Hinblick auf die Kapazitätsgrenzen des Kupferkabelnetzes (ca. 20 Mbit/s), besteht die Möglichkeit, dass der Breitbandinternetmarkt in Zukunft weiter unterteilt wird, wenn die Marktgegenseite (Endkunde) die verwendeten Technologien nicht mehr als substituierbar ansieht. Dies ist jeweils bei der Überschreitung der maximalen Kapazitätsgrenzen der einzelnen verwendeten Technologien (Kupferkabel, CATV, Glasfaser) möglich. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist eine solche Marktabgrenzung jedoch noch nicht von Bedeutung, so dass im Rahmen dieser Stellungnahme hierauf verzichtet wird.

B.4.1.2.2. Räumlich relevanter Markt

41. Breitbandinternet basiert auf der in der Schweiz fix installierten Verbindungstechnologie zu den einzelnen Haushalten (z. B. Kupferkabelnetz, CATV-Netz, Glasfasernetz). Diese sind fernmelderechtlich auf den schweizerischen Markt beschränkt. Somit ist analog zum Festnetztelefoniemarkt von einem nationalen Markt auszugehen (vgl. Rz. 37).¹¹

B.4.1.3 Wholesale-Markt für Breitbandinternet

B.4.1.3.1. Sachlich relevanter Markt

42. Die WEKO hat den Wholesale-Markt für Breitbandinternet als Vorleistungsmarkt für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern (Internet Service Providern; ISP) ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten.¹² Dieser Markt umfasst die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge.

43. ISP nutzen die von ihnen bei einem Netzbetreiber nachgefragten Internetzugänge nicht selbst, sondern bieten diese Dritten gegen Entgelt zur Nutzung an. Hierzu ist es notwendig, dass ISP eine entsprechende Infrastruktur aufbauen und ihrerseits Verträge mit Endkunden schliessen. Damit treten ISP mit Netzbetreibern, welche Endkunden ein Breitbandinternetangebot offerieren, in Konkurrenz.

44. Um allerdings überhaupt als Anbieter von Breitbandinternetdiensten auf dem Endkundenmarkt auftreten zu können, benötigen sie daher ein entsprechendes Vorleistungsprodukt von einem Netzbetreiber, der über eine entsprechende Infrastruktur (Kupferkabelnetz, CATV, Glasfasernetz etc.) verfügt. In der Schweiz bietet heute nur Swisscom Vorleistungsprodukte auf dem Wholesale-Markt für Breitbandinternet an, weshalb im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine vertiefte Betrachtung dieses Marktes verzichtet werden kann.

B.4.1.3.2. Räumlich relevanter Markt

45. ISP fragen die zum Wiederverkauf vorgesehenen drahtgebundenen Breitbandzugänge regelmässig in der ganzen Schweiz nach. Der Zugang zu Breitbanddiensten auf Wholesale-Ebene wird aufgrund des flächendeckenden Anschlussnetzes von Swisscom gesamt-schweizerisch zu weitgehend homogenen Bedingungen angeboten. Es ist deshalb von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, welcher die ganze Schweiz umfasst.

⁸ RPW 2008/4, 670 Rz. 29, *Sunrise/Tele2*; RPW 2005/3, 590 Rz. 28, *Cablecom vs. Swisscom*.

⁹ RPW 2008/4, 670 Rz. 37, *Sunrise/Tele2*; RPW 2007/2, 314 Rz. 35, *Swisscom/Fastweb* (mit weiteren Hinweisen); RPW 2006/2, 253 Rz. 54, *Swisscom Fixnet/Cybernet*.

¹⁰ RPW 2008/4, 670 Rz. 21 f., *Sunrise/Tele2*.

¹¹ RPW 2008/4, 670 Rz. 37, *Sunrise/Tele2*; RPW 2006/2, 253 Rz., *Swisscom Fixnet/Cybernet* (mit Hinweisen).

¹² RPW 2010/1, 126 ff. Rz. 70 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

B.4.1.4 Markt für (TV-) Mehrwertdienste

B.4.1.4.1. Sachlich relevanter Markt

46. Im Entscheid *Swisscom Fixnet/Betty Holding* hat die WEKO einen Markt für TV-Werbe- und Mehrwertdienstplattformen abgegrenzt. Dabei handelt es sich um Angebote, die einen Zusammenhang mit TV-Sendungen aufweisen und vor allem über das Festnetztelefon und über das Mobiltelefon, beispielsweise per SMS, angeboten werden.¹³

47. Ob zwischen Mehrwertdiensten, welche im Rahmen von TV- oder Radiosendungen und Mehrwertdiensten für die Verwendung in schriftlichen Publikationen zu unterschieden ist, kann im vorliegend zu beurteilenden Fall offen bleiben, da in diesem Markt keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

B.4.1.4.2. Räumlich relevanter Markt

48. Mehrwertdienste werden von der Marktgegenseite, d. h. den Endkonsumenten, in der Regel im jeweiligen Sprachgebiet des Landes nachgefragt.¹⁴ Folglich ist für die Schweiz von drei räumlich relevanten Märkten auszugehen: Je einem relevanten Markt für die deutsch-, die französisch- und die italienischsprachige Schweiz.

B.4.1.5 Markt für Mobilfunkdienstleistungen

B.4.1.5.1. Sachlich relevanter Markt

49. Um ihren Kunden Mobilfunkabonnemente (häufig inklusive eines vom Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen subventionierten Mobilfunkgeräts) zu verkaufen, benötigen die Mobilfunkanbieter Absatzkanäle. Diese finden sie in Form ihrer eigenen Verkaufsstellen oder in Form von Verkaufsstellen Dritter.

50. Die Verkaufsstellen sind in sogenannte "Street Channel" und "Direct Channel" zu unterscheiden. Zum Street Channel gehören Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die an stark frequentierten, meist urbanen Standorten platziert sind. Die grösseren Anbieter sind *Swisscom*, *Orange*, *Sunrise* und *Mobilezone*. Daneben gibt es zahlreiche Fachhändler, welche ebenfalls den Vertrieb von Mobilfunkabonnementen und -geräten der wichtigsten Mobilfunkanbieter übernehmen. Zum Direct Channel gehören hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder durch Direktabschlüsse auf der Strasse.

51. Im Entscheid *Swisscom/The Phone House* analysierte die WEKO die Substituierbarkeit dieser beiden Absatzkanäle und kam zum Schluss, dass der Street Channel als eigener, sachlich relevanter Markt abzugrenzen ist.¹⁵

B.4.1.5.2. Räumlich relevanter Markt

52. Die Vertreter von Mobilfunkdienstleistungen vermitteln Mobilfunkabonnemente, die auf Leistung eines Mobilfunknetzes in der Schweiz basieren. Es kann somit von einem räumlich relevanten Markt ausgegangen werden, welcher das Gebiet der gesamten Schweiz umfasst.¹⁶

B.4.1.6 Markt für Mobilfunkgeräte

B.4.1.6.1. Sachlich relevanter Markt

53. Ein Mobilfunkgerät dient heute noch hauptsächlich der Kommunikation zwischen Personen, wobei die Nutzung des Internets einen immer wichtigeren Stellenwert einnimmt. Hierbei kann zwischen synchronen Kommunikationsformen wie Gesprächen und asynchronen Kommunikationsformen, wie beispielsweise Textnachrichten (SMS und MMS) unterschieden werden. Zusätzlich bieten viele Mobilfunkgeräte noch weitere Nutzungsmöglichkeiten wie das Abrufen von E-Mails, das Surfen im Internet, das Hören von Musik, die Verwaltung von Terminen etc. Trotzdem liegt die Hauptfunktion des Mobilfunkgeräts in der Kommunikation mit anderen Personen.

54. Auch in diesem Markt kann, gleich wie beim Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, zwischen den beiden Verkaufskanälen *Street Channel* und *Direct Channel* unterschieden werden. Grösstenteils sind dieselben Unternehmen im Markt für Mobilfunkgeräte tätig, wie auch im Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen. Dies ist vor allem der Fall wegen der komplementären Beziehung dieser beiden Produkte.¹⁷

55. Ob sich eine separate Marktabgrenzung für den Markt für Mobilfunkequipment rechtfertigt, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens offen bleiben, da in diesem Bereich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Zusammenschlussvorhaben bestehen.

B.4.1.6.2. Räumlich relevanter Markt

56. Bis anhin hat die WEKO die räumliche Abgrenzung des Marktes für Mobilfunkgeräte offen gelassen. Eine definitive räumliche Marktabgrenzung kann auch im Rahmen dieses Verfahrens unterbleiben, da in diesen Märkten keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen.

B.4.1.7 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen (Endkundenmarkt)

B.4.1.7.1. Sachlich relevanter Markt

57. Beim Angebot von Mobilfunkdienstleistungen unterscheidet die WEKO zwei Ebenen: die Wholesale- und die Retail-Ebene.¹⁸

58. Im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen fragen Endkunden Kommunikationsmittel nach, welche ihnen ermöglichen über ein Mobilfunknetz mit einer anderen Person in Verbindung zu treten oder im Internet zu surfen. Aus Sicht der Endkunden dienen eingehende bzw.

¹³ RWP 2006/3, 473 Rz. 36, *Swisscom Fixnet/Betty Holding*.

¹⁴ RWP 2006/3, 474 Rz. 44, *Swisscom Fixnet/Betty Holding*.

¹⁵ RPW 2008/2, 343 f. Rz. 27 ff., *Swisscom/The Phone House*.

¹⁶ RPW 2008/2, 345 Rz. 54 f., *Swisscom/The Phone House*.

¹⁷ RPW 2008/2, 343 f. Rz. 42 ff., *Swisscom/The Phone House*.

¹⁸ RPW 2008/2 345 Rz. 47, *Swisscom/The Phone House*; RPW 2002/1, 118 ff. Rz. 88 ff., *Mobilfunkmarkt*.

ausgehende Sprachverbindungen dem selben Verwendungszweck, da beide Verbindungen eine Kommunikation ermöglichen. Allenfalls kann unter den Kommunikationspartnern zwischen Anrufer und Angerufenem unterschieden werden, da der Anrufer die finanziellen Folgen der Verbindung zu tragen hat. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sich der Kunde im Ausland befindet, da in diesem Fall der sich im Ausland befindliche Angerufene in Abhängigkeit der telefonierten Minuten bezahlt.¹⁹

59. Die Marktgegenseite der Endkunden besteht aus a) Mobilfunkanbietern²⁰, welche die zur Kommunikation notwendige Infrastruktur aufbauen und anbieten oder b) Weiterverkäufern von SIM-Karten (Weiterverkäufer) oder Mobile Virtual Network Operator (MVNO), die ihre Leistungen an Endkunden auf der Grundlage der Leistungen der Mobilfunkanbieter erbringen.

60. Ein Endkunde entscheidet sich hauptsächlich aufgrund zweier Eigenschaften für einen Mobilfunkanschluss: Der Kunde hat einerseits die Möglichkeit zeit- und ortsunabhängig zu telefonieren und ist andererseits immer, wann und wo auch immer er sich gerade aufhält, erreichbar. Diese beiden Eigenschaften des Mobilfunks unterscheiden diesen in entscheidender Weise von einem Festnetzanschluss. Im Weiteren ist ein Mobilfunkanschluss in der Regel personenbezogen, während ein Festnetzanschluss meist ortsbezogen ist. Ein Mobilfunkanschluss beinhaltet daher die wichtigsten Eigenschaften eines Festnetzanschlusses, geht aber gleichzeitig darüber hinaus. In diesem Zusammenhang spricht man auch von asymmetrischer Substituierbarkeit. Das Festnetz kann durch das Mobilfunknetz substituiert werden, nicht jedoch umgekehrt.²¹

61. Die WEKO hat bisher den Transfer von Daten ausdrücklich von der Sprachkommunikation getrennt und für die Sprachtelefonie einen eigenen Markt abgegrenzt.²² Für den Zweck der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens erscheint es jedoch nicht notwendig den Transfer von Daten gesondert von der Sprachtelefonie zu betrachten. Die Ausführungen betreffen Mobilfunkdienstleistungen aus Endkundensicht und umfassen nachfolgend folglich sowohl Sprachtelefonie als auch den Transfer von Daten.

B.4.1.7.2. Räumlich relevanter Markt

62. Die von der Kommunikationskommission (ComCom) vergebenen Konzessionen haben für das Gebiet der Schweiz Gültigkeit. Auch die Marktgegenseite (Nachfrager von Mobilfunkabonnements) fragt in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der Retail-Markt Mobilfunkdienstleistungen ist folglich national abzugrenzen.²³

B.4.1.8 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze (Netzzugangsmarkt)

B.4.1.8.1. Sachlich relevanter Markt

63. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und MVNO bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen.²⁴ Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunk zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.²⁵ Zum

Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste hat sich das Sekretariat bisher erst summarisch im Schlussbericht zur Vorabklärung betreffend Zugang zu Mobilfunknetzen geäußert.²⁶

64. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Dienstleistungen stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNO, die den Zugang auf ein Mobilfunknetz nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.

65. Im Gegensatz zum Wholesale-Markt für eingehende mobile Dienstleistungen haben die Weiterverkäufer und MVNO die Möglichkeit die Leistung bei allen Netzbetreibern nachzufragen, da hinsichtlich der Eigenschaften und des Verwendungszwecks jeder Netzbetreiber, solange noch genügend freie Kapazitäten vorhanden sind, den Zugang zu seinem Mobilfunknetz gewähren kann. Folglich ist von einem einzigen Netzzugangsmarkt auszugehen.

66. Offenbleiben kann, ob der Netzzugangsmarkt in zwei separate Märkte für Sprach- und Datendienstleistungen zu unterteilen ist (vgl. Rz. 62).

B.4.1.8.2. Räumlich relevanter Markt

67. In Analogie zur räumlichen Abgrenzung im Endkundenmarkt ist auch für den Netzzugangsmarkt von einem, die ganze Schweiz umfassenden Markt auszugehen (vgl. Rz. 63).

B.4.1.9 Markt für Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

B.4.1.9.1. Sachlich relevanter Markt

68. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen. Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. Beim Markt für Mobilfunkterminierung handelt es sich um die Terminierung eines Sprachanrufes in das jeweilige Netz.²⁷ In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.²⁸

¹⁹ RPW 2008/4, 670 Rz. 30, *Swisscom/Tele2*; RPW 2008/2, 345 Rz. 48, *Swisscom/The Phone House*; RPW 2002/1, 120 Rz. 97; *Mobilfunkmarkt*.

²⁰ Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens impliziert die Terminologie „Mobilfunkanbieter“, dass der entsprechende Anbieter über ein eigenes Mobilfunknetz verfügt. Ist demgegenüber von Fernmeldedienstleister oder von Mobilfunkdienstleistungsanbieter die Rede, umfassen diese Begriffe auch Weiterverkäufer und MVNO.

²¹ RPW 2008/2, 344 Rz. 50 f., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2007/2, 255 Rz. 87 ff., *Terminierung Mobilfunk*.

²² RPW 2007/2, 254 f. Rz. 80 ff.; *Terminierung Mobilfunk*.

²³ RPW 2008/4, 670 Rz. 38 f., *Sunrise/Tele2*; RPW 2008/2, 345 Rz. 58 f., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2007/2, 261 Rz. 136 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2006/2, 253 Rz. 53 f., *Swisscom Fixnet/Cybernet*; RPW 2006/2, 122 Rz. 105 ff., *Mobilfunkmarkt*.

²⁴ RPW 2002/1, 121 Rz. 94, *Mobilfunkmarkt*.

²⁵ RPW 2002/1, 121 Rz. 94 ff., *Mobilfunkmarkt*.

²⁶ RPW 2006/3, 432, *Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung*.

²⁷ RPW 2008/4, 670 Rz. 35, *Sunrise/Tele2*; RPW 2006/4, 743 Rz. 18, *Gutachten*.

²⁸ Sog. Interoperabilitätspflicht; vgl. Art. 11 Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

69. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO – trotz anderer Ansicht der Zusammenschlussparteien – davon aus, dass für die Terminierung von Anrufen in das Mobilfunknetz eines Anbieters kein Substitut besteht, weil jede Mobiltelefonnummer an dasjenige Mobilfunknetz gebunden ist, welches der Endkunde über seine SIM-Karte nutzt. Alle Fernmeldedienstleister, die eine Terminierung in das Netz des jeweiligen Mobilfunknetzes nachfragen, haben daher bezüglich dieser Dienstleistung keine Ausweichmöglichkeit.²⁹ Folglich ist für die Terminierung von Anrufen in ein Mobilfunknetz eines Anbieters jeweils von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen. Dies hat zur Folge, dass in der Schweiz derzeit vier Märkte für Mobilfunkterminierung bestehen, namentlich derjenige von Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend Swisscom), Sunrise, Orange Communications SA (nachfolgend Orange) und In&Phone SA (nachfolgend In&Phone). Diese sachliche Marktangrenzung deckt sich im Übrigen auch mit derjenigen der EU-Kommission³⁰ und derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts³¹.

B.4.1.9.2. Räumlich relevanter Markt

70. Die Mobilfunkanbieter besitzen nationale Konzessionen, womit sie rechtlich auf ein nationales Angebot in der Schweiz eingeschränkt sind. Folglich bieten die Mobilfunkanbieter ihre Angebote nur schweizweit an. Es ist somit von einem auf die Schweiz begrenzten räumlich relevanten Markt auszugehen.

B.4.1.10 Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt)

B.4.1.10.1. Sachlich relevanter Markt

71. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät (und ihrer SIM-Karte) auch in ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren, angerufen zu werden oder Daten auszutauschen. Dabei wird zwischen dem sog. outbound und inbound traffic unterschieden. Beim outbound traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der inbound traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.

72. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistungen anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunknetzes ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunknetzen in einem Land ab. Roaming-Abkommen werden teilweise auch mit Anbietern abgeschlossen, die Spezialkonditionen anbieten, wie beispielsweise innerhalb von Roaming-Allianzen (z. B. Freemove Alliance). Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden die Nutzung mobiler Dienstleistungen auch im Ausland ermöglichen, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines ausländischen Anbieters einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der Roaming-Markt bezieht sich lediglich auf den inbound

traffic. Der outbound traffic ist hingegen im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.

B.4.1.10.2. Räumlich relevanter Markt

73. Die Roaming-Abkommen zwischen den Mobilfunknetzen verschiedener Länder beziehen sich auf die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen in einem spezifischen Land. Dabei sind die Mobilfunkanbieter auf das ihre Konzession umfassende Gebiet beschränkt. Folglich ist auch beim Roaming von einem national abgegrenzten Markt auszugehen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

74. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU; diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

75. CVC ist bisher im schweizerischen Telekommunikationsmarkt nicht tätig, weshalb sich die Marktanteilsbetrachtungen lediglich auf die Geschäftstätigkeiten von Sunrise beschränken. In der nachfolgenden Tabelle (Tabelle 2) werden die Marktanteile von Sunrise gemäss Meldung aufgeführt und bewertet, ob es sich voraussichtlich um einen betroffenen Markt handelt.

²⁹ RPW 2007/2, 252 Rz. 70 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2002/1, 120 Rz. 95, *Mobilfunkmarkt*.

³⁰ Vgl. Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABI L 114/45, Anhang, Markt 16.

³¹ Urteil des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010, E. 9.8, Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion.

Tabelle 2: geschätzte Marktanteile von Sunrise

Relevanter Markt	Marktanteil Sunrise	Voraussichtlich betroffen
Festnetztelefonie	[10-20] % (inkl. Tele2; auf der Grundlage der Kundenverträge)	Nein
Breitbandinternet	[10-20] % (inkl. Tele2; auf der Grundlage der Kundenverträge)	Nein
Wholesale-Markt für Breitbandinternet	0 % (kein Angebot von Sunrise)	Nein
(TV-) Mehrwertdienste	<5 % (auf der Grundlage der Sunrise-Umsätze)	Nein
Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	<10 % (auf der Grundlage der Anzahl an Verkaufsstellen und abgeschlossene Verträge)	Nein
Markt für Mobilfunkgeräte	<10 % (auf der Grundlage verkaufter Mobilfunkgeräte einschliesslich Zubehör)	Nein
Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen	[15-30] % (auf der Grundlage abgeschlossener Kundenverträge)	Nein
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	[15-30] % (auf der Grundlage der über diesen Vertriebskanal verkauften SIM-Karten)	Nein
Mobilfunkterminierungsmarkt	100 %	Ja
Wholesale-Markt für internationales Roaming	[10-20] % (auf der Grundlage der eingehenden Anrufterminierung)	Nein

76. Eine erste summarische Prüfung hat ergeben, dass die Marktanteilsschwellen lediglich im Mobilfunkterminierungsmarkt erreicht werden. Vor diesem Hintergrund geht die WEKO davon aus, dass der Mobilfunkterminierungsmarkt im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben der einzige betroffene Markt ist. Auf eine detaillierte Untersuchung der anderen Märkte wird daher verzichtet.

77. [...]

78. [...]

B.4.2.1 Markt Mobilfunkterminierung (Terminierungsmarkt)

79. Die vorliegende Marktkonstellation ist dadurch gekennzeichnet, dass in jedem der vier abgegrenzten relevanten Terminierungsmärkte nur ein Anbieter vorhanden ist und damit jeder Anbieter über einen Marktanteil von 100 % verfügt. Orange, Sunrise, Swisscom und In&Phone besitzen also ein Monopol im eigenen Netz. Die Terminierung von Anrufen findet immer im eigenen Netz des jeweiligen Mobilfunkanbieters statt. Andere Anbieter können nicht auf dem Netz anderer Netzbetreiber terminieren, was dazu führt, dass im jeweiligen Markt aktueller und potenzieller Wettbewerb durch ande-

re Anbieter von vornherein ausgeschlossen ist.³² Dennoch kann hieraus nicht automatisch geschlossen werden, dass die einzelnen Netzbetreiber über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, die es ihnen erlaube, sich unabhängig zu verhalten.

80. CVC ist derzeit nicht im schweizerischen Mobilfunkgeschäft tätig und hält keine Beteiligungen an schweizerischen Mobilfunkunternehmen. Zudem verfolgt CVC vorwiegend eine Investitionsstrategie. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass sich durch die Übernahme von Sunrise die Marktverhältnisse auf dem Terminierungsmarkt ändern werden. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Verweigerung eines Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen unzulässig, wenn auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb besteht und vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten ist.³³ Da sich durch den Unternehmenszusammenschluss die Wettbewerbsverhältnisse auf den einzelnen Terminierungsmärkten nicht

³² RPW 2006/4, 752 Rz. 112, *Gutachten*.

³³ Urteil des BGer 2A.327/2006 vom 22.02.2007, E. 6.5

verändern werden, kann auf eine genauere Analyse der Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den Terminierungsmarkt verzichtet werden.

B.5 Schlussfolgerungen

81. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass die Marktanteilsschwellen in den nachfolgend aufgezählten Märkten nicht überschritten wurden: Markt für Festnetztelefonie, für Breibandinternet, Wholesale-Markt für Breitbandinternet, Markt für (TV-)Mehrwertdienste, für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, für Mobilfunkgeräte, Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze und Wholesale-Markt für internationales Roaming.

82. Im Mobilfunkterminierungsmarkt verfügt Sunrise aufgrund ihres Mobilfunknetzes über einen Marktanteil

von 100 %. Durch die Übernahme von Sunrise durch CVC erfolgt allerdings lediglich eine Übernahme durch einen branchenfremden Eigentümer, wodurch sich die Marktsituation im schweizerischen Telekommunikationsmarkt nicht verändern wird. Somit ist für den Mobilfunkterminierungsmarkt nicht zu erwarten, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird.

83. Die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens CVC Capital Partners SICAV-FIS SA / Sunrise Communications AG hat somit ergeben, dass der Zusammenschluss ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen werden kann.

B 2.3

2. Apollo/Omega

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 19. Oktober 2010.

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 19. Oktober 2010

1. Am 24. September 2010 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Investment Funds Affiliated with Apollo Management L.P./Alcan Engineered Products erhalten. Danach beabsichtigt ein durch die Apollo Management L.P. (Apollo) verwalteter Investitionsfonds, die Kontrolle über die Unternehmen zu erwerben, welche zurzeit den Grossteil von Alcan Engineered Products ausmachen (Omega) und zu Rio Tinto plc (Rio Tinto), mit Sitz in London, gehören. Konkret soll Apollo, mit Sitz in New York, 51 % des Aktienkapitals von Omega, mit Sitz in Paris, übernehmen.

2. Die durch Apollo und verbundene Unternehmen verwalteten Investmentfonds (zusammen Apollo Gruppe) investieren in Unternehmen, die weltweit u.a. in den Geschäftsbereichen Chemie, Kreuzfahrten, Logistik, Marketingdienstleistungen, Papier, Sanitär und Immobilienbrokerage aktiv sind. Der die Kontrolle über Omega erwerbende Apollo-Investmentfonds verfügt über keine Portfoliogesellschaften mit Sitz in der Schweiz.

3. Omega stellt gewalztes Aluminium (Flachwalzprodukte) und Strangpressprodukte aus Aluminium sowie verwandte Produkte her. Diese Produkte werden in verschiedensten Industrien und zahlreichen Anwendungen eingesetzt, etwa in der Automobil-, Verpackungs-, Energie-, Bau- und Transportindustrie. Omega hat ihren Hauptsitz in Paris und verfügt über die folgenden Tochterunternehmen in der Schweiz: (i) Alcan Aluminium

Valais SA, Sierre; und (ii) Engineered Products Switzerland AG, Zürich.

4. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 16. September 2010 als Short Form CO der EU-Kommission gemeldet (COMP/M.5919 – Investment Funds Affiliated with Apollo Management L.P. / Alcan Engineered Products). Diese hat den Zusammenschluss am 21. Oktober 2010 gutgeheissen.

5. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 ([Kartellgesetz], KG, SR 251), beziehungsweise um eine Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4).

6. Zusammenfassend führt das Zusammenschlussvorhaben auf dem räumlich relevanten Markt, der den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) und die Schweiz umfasst, weder im Bereich von Flachwalzprodukten, noch im Bereich von Strangpressprodukten zu Überlappungen der Geschäftstätigkeiten von Apollo und Omega, weshalb die Frage der weiteren Segmentierung dieser Märkte offen bleiben kann.

7. Das einzige Marktsegment, welches in technischer Hinsicht als betroffener Markt im Sinne des Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU angesehen werden könnte, ist das Segment für Hartlegierungs-Strangpressprofile in welchem Omega über einen Verkaufsvolumenanteil in der Schweiz von [...] % verfügt. Aufgrund fehlender horizontaler Überlappungen und der Absenz signifikanter vertikaler Effekte liegen jedoch auch in diesem Fall keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken könnte. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG waren daher nicht gegeben.

B 2.3

3. Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 18. August 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 18. August 2010

1. Am 20. Juli 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben zwischen Swisscom Directories AG und PubliDirect Holding AG erhalten. Danach beabsichtigen PubliGroupe SA (nachfolgend: PubliGroupe) und Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom), die gemeinsame Kontrolle über PubliDirect Holding AG (nachfolgend: PubliDirect) und über Swisscom Directories AG (nachfolgend: Directories) wieder herzustellen.

2. Der PubliGroupe-Konzern ist eine international tätige Marketing-, Verkaufs- und Dienstleistungsgruppe für Medien und Werbetreibende. Die PubliDirect ist gemäss Meldung eine Holdinggesellschaft innerhalb des PubliGroupe-Konzerns, welche eine Mehrheitsbeteiligung an der LTV Gelbe Seiten AG (nachfolgend: LTV) hält und keine operative Tätigkeit ausführt. LTV ist im Segment "Search & Find" tätig und unter anderem Herausgeberin von gedruckten lokalen Telefonbüchern sowie gedruckten regionalen Branchenverzeichnissen ("Die Gelben Seiten"). Für diese Search & Find Dienste verkauft LTV Werberaum an Werbetreibende.

3. Directories ist gemäss Meldung in der Aufbereitung und Veredelung von Verzeichnisdaten tätig und unterstützt verschiedene Fernmeldediensteanbieterinnen (nachfolgend: FDA) bei der Erfüllung ihrer regulatorischen Pflichten im Zusammenhang mit Verzeichnisdaten. Die veredelten Verzeichnisdaten werden für verschiedene eigene Search & Find-Dienste verwendet, aber auch Dritten überlassen, die gestützt darauf eigene Search & Find-Dienste oder Verzeichnisdienstleistungen anbieten. Directories hält eine 100 %-Beteiligung an der local.ch AG, die ebenfalls im Search & Find Bereich tätig ist und die regionale Suchmaschine www.local.ch betreibt. Hierüber können insbesondere Kontaktinformationen zu Privatpersonen und Unternehmen sowie weitere Informationen gesucht werden.

4. Mit dem Zusammenschlussvorhaben soll mittels eines Aufsichtsboards eine gemeinsame Kontrolle über die Unternehmen PubliDirect und Directories erreicht werden. Zwischen 1998 und 2000 übten die Zusammenschlussparteien bereits über ein Aufsichtsboard die gemeinsame Kontrolle über PubliDirect und Directories aus, schafften dieses aber im Jahr 2000 wieder ab. Damit wurde im Jahr 2000 die gemeinsame Kontrolle durch die je alleinige Kontrolle von PubliGroupe über PubliDirect

und von Swisscom über Directories abgelöst. Das wieder eingeführte Aufsichtsboard setzt sich aus sechs Mitgliedern zusammen, welche von PubliGroupe und Swisscom paritätisch gestellt werden. Es soll die wichtigsten strategischen Entscheide fällen und eine Mediationsfunktion wahrnehmen.

5. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben sind die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG erreicht. Zudem hat die Wettbewerbskommission bereits rechtskräftig festgestellt, dass Swisscom auf dem schweizerischen Telefonmarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung wurde damals auf das Netz und die Dienste bezogen. Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betrifft das Geschäft mit Verzeichnisdiensten und damit Märkte, die dem Telefongeschäft nachgelagert sind. Daher ist das Zusammenschlussvorhaben auch gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

6. Für den Unternehmenszusammenschluss wurden der Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Nutzermarkt Search & Find), der Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten (Werbemarkt Search & Find) sowie der Markt für Verzeichnisdaten als relevante Märkte identifiziert.

7. Auf dem Nutzermarkt Search & Find haben die unter gemeinsamer Kontrolle stehenden Unternehmen zwar einen relativ hohen gemeinsamen Marktanteil, dennoch besteht im Markt eine grosse Anzahl an kleineren Anbietern, welche Konkurrenz darstellt. So werden die gedruckten Telefonbücher grösstenteils von Online-Verzeichnissen konkurriert. Da die Online-Verzeichnisdienste meist die gleichen Grunddaten verwenden, sind sie untereinander austauschbar. Auch der Wechsel zu einem anderen Online-Verzeichnisdienst ist für den Endkunden ohne Schwierigkeiten zu bewältigen. Daher ist es vorwiegend von den Präferenzen der Endkunden abhängig, welcher Online-Verzeichnisdienst gewählt wird. Aufgrund ihrer gegenseitigen Substituierbarkeit und den Möglichkeiten der Endkunden, den Verzeichnisdienst bei jeder Abfrage neu zu wählen, herrscht zwischen den Online-Verzeichnisdiensten Konkurrenz. Der Markteintritt neuer Online-Verzeichnisdienste wird, zumindest theoretisch, als leicht betrachtet.

8. Im Werbemarkt Search & Find verfügen Swisscom und PubliGroupe über eine starke Marktstellung. Doch auch in diesem Bereich stehen den Endkunden eine Vielzahl an Substitutionsmöglichkeiten – wie z.B. in allgemeinen Suchmaschinen – zur Verfügung, wodurch der Werbemarkt Search & Find insgesamt dem Wettbewerb benachbarter Märkte ausgesetzt ist. Auch die ständig geringer werdende Bedeutung von Telefonbüchern und gedruckten Branchenverzeichnissen lässt auf einen grossen Wettbewerbsdruck schliessen, so dass im Werbemarkt Search & Find wenig Möglichkeit besteht,

Preise für Werbemaßnahmen im Wesentlichen unabhängig festzulegen.

9. Der Markt für Verzeichnisdaten ist für die gesetzlich festgelegten Mindestinhalte reguliert. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass Directories als einziger Anbieter von veredelten Verzeichnisdaten aus dem Datenbestand der FDA über eine starke Marktposition verfügt. Dennoch wäre es für jeden Nachfrager von veredelten Verzeichnisdaten möglich, die Mindestinhalte zu kostenorientierten Preisen zu beziehen und diese Daten dann über Angebote von Drittanbietern zu ergänzen. Ob diese Angebote allerdings einen Einfluss auf die starke Marktposition von Directories haben, kann offen bleiben, da davon auszugehen ist, dass sich die Marktposition auf dem Markt für Verzeichnisdaten durch das vorliegende zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben und der damit verbundenen Rückkehr zur gemeinsamen Kontrolle nicht verändern wird.

10. Vor dem Hintergrund, dass sich die Marktsituation durch das Zusammenschlussvorhaben im Markt für Verzeichnisdaten nicht verändert – insbesondere weil PubliDirect keine Verzeichnisdaten anbietet – und im Werbemarkt Search & Find sowie im Nutzermarkt Search & Find keine marktbeherrschende Stellung zu erwarten ist, ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Die Voraussetzungen für eine Prüfung nach Art. 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3

4. Goldman Sachs/TPG/Ontex

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 10. September 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. September 2010

1. Am 31. August 2010 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das rubrizierte Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen The Goldman Sachs Group, Inc. (nachfolgend: Goldman Sachs) und die TPG Holdings I, L.P. (nachfolgend: TPG) gemeinsam, die Ontex International N.V. (nachfolgend: Ontex) zu übernehmen.

2. Goldman Sachs ist eine weltweit tätige Gesellschaft mit Aktivitäten in den Bereichen des Investment Banking und des Wertschriften- und Investitionsmanagements, welche eine grosse Palette an Bank-, Wertschriften- und Investitionsdienstleistungen an verschiedene Kundensegmente (Gesellschaften, Finanzinstitute, Regierungen und vermögende Einzelpersonen) erbringt. In der Schweiz ist Goldman Sachs durch die Goldman Sachs Bank AG in Zürich tätig.

3. TPG ist eine Limited Partnership (vergleichbar mit einer Schweizer Kommanditgesellschaft), nach dem Recht des Staates Delaware, USA. TPG ist eine Holdinggesellschaft für zahlreiche Anlagefonds. TPG ist ein Mitglied der TPG Gruppe, einer global aktiven privaten Investitionsfirma, welche eine Fonds-Familie verwaltet, die in zahlreiche Gesellschaften mittels Akquisitionen und gesellschaftlichen Umstrukturierungen investiert.

4. Ontex ist aktiv in der Herstellung und im Verkauf von hygienischen Einweg-Artikeln, einschliesslich Säuglingspflegeprodukte (Windeln, Windelhöschen und Feuchttücher), Damenhygieneprodukte (Tampons, Damenbinden und Slipeinlagen) und Inkontinenzprodukte für Erwachsene. Ontex vertreibt primär Hygieneprodukte für Eigenmarken, vertreibt und produziert diese Produkte jedoch auch unter ihren eigenen Marken. Ontex liefert die Säuglingspflege- und Damenhygieneprodukte an grosse Detailhändler (wie z.B. Supermarkt- und Apothekenketten) in ganz Europa. Ontex liefert ihre Inkontinenzprodukte für Erwachsene an Detailhändler und Un-

ternehmen im Gesundheitswesen, wie z.B. Spitäler und Pflegeheime. Die Gesellschaft betreibt Produktionsstätten in verschiedenen europäischen Ländern sowie in Algerien, der Türkei und China. Ontex hat keine Tochtergesellschaften in der Schweiz. Gegenwärtig wird Ontex durch die Candover Investments plc kontrolliert, eine britische Kapitalbeteiligungsgesellschaft.

5. Der vorliegende Zusammenschluss wurde mit Eingabe vom 26. August 2010 ebenfalls der Generaldirektion "Wettbewerb" gemeldet (COMP/M.5958 – GOLDMAN SACHS/TPG/ONTEX). Diese hat den Zusammenschluss am 30.09.2010 gutgeheissen.

6. Im vorliegenden Falle handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251) beziehungsweise um Erlangung der Kontrolle gemäss Artikel 1 Buchstabe a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU, SR 251.4).

7. In ihrer Eingabe unterteilen die Parteien die Produkte von Ontex in drei Märkte: Säuglingspflege-, Damenhygiene- und Inkontinenzprodukte für Erwachsene. Wie im Folgenden ersichtlich wird, kann offen gelassen werden, ob eine weitere Segmentierung dieser sachlichen Märkte angezeigt wäre und ob diese Märkte in räumlicher Hinsicht EWR-weit oder national abzugrenzen sind.

8. Die Übernahme stellt eine rein finanzielle Investmenttransaktion dar und hat als solche keine Auswirkungen auf den Wettbewerb in diesen Märkten. Bereits der vorherige Besitzer der Ontex, die Candover Investments plc, war eine Kapitalbeteiligungsgesellschaft.

9. Goldman Sachs und TPG kontrollieren keine Unternehmen, welche aktiv sind in der Produktion und im Verkauf von Produkten aus den drei genannten Märkten. Deshalb führt der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen. Je nach sachlicher und räumlicher Marktabgrenzung können zwar einzelne betroffene Märkte vorliegen (Schweizer Märkte für Eigenmarken-Tampons und Eigenmarken-Slipeinlagen). Aufgrund fehlender horizontaler Überlappungen und der Absenz signifikanter vertikaler Effekte liegen jedoch auch in diesem Fall keine Anhaltspunkte vor, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG waren daher nicht gegeben.

B 2.3

5. BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH/Cognis Holding GmbH

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. November 2010

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. November 2010

1. Am 15. Oktober 2010 ging beim Sekretariat die erleichterte Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Danach beabsichtigt die BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH, eine direkte Tochtergesellschaft der BASF SE, eine europäische Aktiengesellschaft mit Sitz in Ludwigshafen am Rhein (gemeinsam nachfolgend: BASF), die Kontrolle über die Cognis Holding GmbH und somit über deren indirekte Tochtergesellschaft, die Cognis GmbH, zu erwerben (gemeinsam nachfolgend: Cognis).

2. BASF ist weltweit in den Geschäftsbereichen Chemikalien, Kunststoffe, Veredelungsprodukte, Pflanzenschutzmittel, Feinchemikalien sowie Öl und Gas tätig. BASF kontrolliert in der Schweiz 11 verschiedene Gruppengesellschaften. Ausserdem befindet sich in der

Schweiz eine Zweigniederlassung der BASF Agro B.V. BASF beschäftigt weltweit 95'000 Mitarbeitende.

3. Die Geschäftsfelder von Cognis umfassen insbesondere Produkte und Lösungen für die Kosmetik-, Wasch- und Reinigungsmittelindustrie, für den Gesundheits- und Ernährungsmarkt sowie für industrielle Märkte wie Farben und Lacke, Schmierstoffe, Pflanzenschutz und Bergbau. Cognis ist weltweit in 30 Ländern tätig und beschäftigt insgesamt 5'500 Mitarbeitende. Cognis besitzt in der Schweiz keine Tochtergesellschaften.

5. Die Parteien haben in Form einer Erklärung zugesagt, sämtliche durch die Europäische Kommission verhängten Auflagen und Bedingungen, sofern diese die Schweiz betreffen, auch in Bezug auf die Schweiz umzusetzen.

6. Um sämtliche wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, hat sich BASF gegenüber der Europäischen Kommission u.a. verpflichtet, Herstellungsanlagen von Hydroxymonomeren zu veräussern, da die Parteien vor dem Zusammenschluss in diesem mindestens EWR-weiten Markt beträchtliche Marktanteile besaßen.

7. Die vorläufige Prüfung ergab, dass das Zusammenschlussvorhaben weder eine marktbeherrschende Stellung begründet, noch eine solche verstärkt. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen

1. Vorbemerkung

Der Vernehmlassungsentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Vernehmlassungsunterlage KG) enthält verschiedene Änderungen, die sich direkt auf die Mitglieder der Wettbewerbskommission (WEKO) auswirken können. In Bezug auf diese Änderungen wollen wir nur mit Zurückhaltung Stellung nehmen. Dies betrifft insbesondere die institutionelle Neugestaltung. Dennoch werden wir im Folgenden auf sämtliche in der Vernehmlassungsunterlage KG beantragten Neuregelungen eingehen.

Beim vorliegenden Dokument handelt es sich um die Stellungnahme der WEKO, das Sekretariat der WEKO hat seine Position im Rahmen der Ämterkonsultation in einer selbstständigen Eingabe vom 23. April 2010 dargelegt.

2. Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit

Gemäss Seite 12 der Vernehmlassungsunterlage KG wird beabsichtigt, das heutige Sekretariat der WEKO zu einer eigenständigen, vom Bundesrat und von wirtschaftspolitischen Interessen unabhängigen Wettbewerbsbehörde aufzuwerten. Gemäss Seite 13 der Vernehmlassungsunterlage KG soll aus den Ressourcen der heutigen WEKO und den mit Kartellrechtsfragen befassten Richtern des Bundesverwaltungsgerichts ein neues, von der Wettbewerbsbehörde getrenntes Bundeswettbewerbsgericht gebildet werden, welches als Vorinstanz des Bundesgerichts funktioniert. Damit wird beabsichtigt, die Unabhängigkeit der Entscheidungsinstanz zu stärken, die Aufgaben Untersuchung und Entscheid klar zuzuordnen sowie die Verfahren bis zum letztinstanzlichen Entscheid zu beschleunigen und die Einführung direkter Sanktionen gegen natürliche Personen zu ermöglichen.

Unseres Erachtens funktionieren die schweizerischen Wettbewerbsbehörden heute grundsätzlich zufriedenstellend. Im Zusammenhang mit dem vorgeschlagenen Modell (Wettbewerbsbehörde - Bundeswettbewerbsgericht - Bundesgericht) möchten wir folgende Anregungen machen.

a) Vergleich mit der institutionellen Ausgestaltung der Wettbewerbsbehörden anderer Länder

Im Rahmen eines internationalen Vergleichs des schweizerischen Kartellgesetzes mit jenem von ausge-

wählten Ländern kam die Evaluationsgruppe Kartellgesetz zum Ergebnis, dass die institutionelle Ausgestaltung der schweizerischen Wettbewerbsbehörden eher in der Nähe der deutschen und niederländischen Systeme anzusiedeln ist. Diese kennen, im Gegensatz zu den Wettbewerbsbehörden der USA, Grossbritanniens oder Frankreichs, keine klare Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde¹.

Um das für die Schweiz richtige System zu finden, würden wir einen Vergleich mit den Systemen anderer Länder, die bereits eine Kompetenzaufteilung kennen, begrüßen. Eine kritische Analyse der tatsächlichen Umsetzung dieser Systeme in der Praxis würde den Entscheid für ein neues schweizerisches System erleichtern. Auf jeden Fall darf das gewählte Modell eine effiziente Durchsetzung des Kartellgesetzes nicht gefährden. Wir schlagen zudem vor, dass erklärt wird, aus welchen Gründen die vorgeschlagene institutionelle Ausgestaltung dem Trend in Europa, der eher in Richtung Verzicht auf ein Gerichtssystem geht, entgegengläuft.

b) Trennung von Untersuchungs- und Entscheidbehörde

Im Allgemeinen sprechen wir uns deutlich für eine Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsaufgaben im schweizerischen System aus. Dieses Ziel liesse sich (interimistisch oder permanent) im Rahmen der aktuellen institutionellen Ausgestaltung mittels kleinerer Anpassungen weitgehend verwirklichen. Es fragt sich deshalb, ob ein kompletter Systemwechsel notwendig ist. Beispielsweise könnte der Kommission eigenes Personal zur Verfügung gestellt werden, welches eine Art Gerichtsschreiberfunktion ausüben würde. Dies würde zu einer stärkeren Trennung von Sekretariat (Untersuchungsbehörde) und Kommission (Entscheidbehörde) beitragen.

¹ Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Internationaler Vergleich des schweizerischen Kartellgesetzes mit jenem von ausgewählten Ländern, Projektbericht P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern 2008 (Evaluationsgruppe KG, Projektbericht P9), abrufbar unter (<www.weko.admin.ch/dokumentation/00216/index.html?lang=de...> [19.10.2010]) S. 13 ff., S. 21.

Im Zusammenhang mit der Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts stellt sich die Frage, ob die gewünschte Unabhängigkeit in der Praxis vollständig umsetzbar ist. Beispiele für Bereiche, in denen eine strikte Trennung von Untersuchungs- und Entscheidungsaufgaben zu Problemen führen könnte, sind die Selbstanzeige und die einvernehmliche Regelung. In beiden Bereichen kann die Entscheidung des Bundeswettbewerbsgerichts von den vorher gemachten Zusagen der Wettbewerbsbehörde abweichen, was die Rechtssicherheit der Parteien beeinträchtigen kann.

Bei einer *Selbstanzeige* vermischen sich heute die Kompetenzen von Untersuchungs- und Entscheidbehörde von Gesetzes wegen: Reicht ein Unternehmen eine Selbstanzeige ein, prüft das Sekretariat die eingereichten Dokumente und Informationen und gibt im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO bekannt, inwieweit es die Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion als gegeben erachtet (Art. 9 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen [KG-Sanktionsverordnung], SVKG; SR 251.5). Über die Gewährung des vollständigen Erlasses der Sanktion entscheidet letztlich aber die WEKO (Art. 11 Abs. 1 SVKG). Die WEKO ist dabei grundsätzlich an die Zusage des Sekretariats gebunden und kann nur davon abweichen, wenn ihr nachträglich Tatsachen bekannt werden, die dem Erlass der Sanktion entgegenstehen (Art. 11 Abs. 2 SVKG). Im Zusammenhang mit der Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts stellt sich die Frage, wie unabhängig dieses von der Wettbewerbsbehörde entscheiden kann, wenn die Wettbewerbsbehörde die Voraussetzungen für den Sanktionserlass als gegeben erachtet hat. Um das Instrument der Selbstanzeige nicht zu schwächen, sollte das in der Vernehmlassungsunterlage KG vorgesehene Bundeswettbewerbsgericht weiterhin nur unter klar bestimmten Bedingungen von der Zusage der Wettbewerbsbehörde zum Sanktionserlass abweichen können. Wir regen an, diesen Punkt zu prüfen und die Vereinbarkeit mit der in der Vernehmlassungsunterlage KG geforderten Unabhängigkeit von Untersuchungs- und Entscheidungsinstanz zu klären.

Gemäss Art. 29 KG kann das Sekretariat den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung vorschlagen, wobei diese der Genehmigung durch die WEKO bedarf. Obwohl das Sekretariat formell zuständig ist, die Regelung mit dem Unternehmen auszuhandeln, ist es faktisch oft nicht zu vermeiden, dass das Sekretariat Mitglieder der WEKO oder des WEKO-Präsidiums während des Untersuchungsverfahrens über die Verhandlungen mit dem Unternehmen informiert. Wir möchten darauf hinweisen, dass die einvernehmliche Regelung nach wie vor ein effizientes Mittel zur Verfahrenserledigung und Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs ist, auch wenn deren Anwendungsbereich durch die Einführung direktanktionierbarer Tatbestände eingeschränkt wurde. Die Vernehmlassungsunterlage KG sieht auf Seite 43 vor, dass das Bundeswettbewerbsgericht die einvernehmliche Regelung genehmigen oder

ablehnen, aber nicht einseitig abändern kann. Bei Ablehnung der einvernehmlichen Regelung und/oder Überschreiten des den Unternehmen von der Wettbewerbsbehörde in Aussicht gestellten Sanktionsrahmens obläge es dem Bundeswettbewerbsgericht, selber einen Entscheid über die zu treffenden Massnahmen und Sanktionen zu fällen, allenfalls gestützt auf eigene ergänzende Beweiserhebungen. Diese Lösung erscheint nicht verfahrensökonomisch. Um zu verhindern, dass die über die einvernehmliche Regelung entscheidende Instanz nach Antragstellung eigene Beweiserhebungen durchführen muss, sollte sie bereits im Untersuchungsverfahren über die Verhandlungen informiert werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies mit der Trennung von Untersuchung und Entscheid vereinbar wäre.

c) Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde

Wir begrüssen eine möglichst unabhängige Wettbewerbsbehörde. Aufgrund ihrer Rolle als Sachverhaltsermittlerin, Entscheidbehörde bei Zusammenschlüssen, Antragstellerin an das Bundeswettbewerbsgericht sowie Empfehlungsbehörde an den Bundesrat, erachten wir deren Unabhängigkeit als zentral. Wir fragen uns allerdings, ob die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen geeignet sind, um dieses Ziel vollständig zu verwirklichen: Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Entwurfs zur Änderung des Kartellgesetzes (E-KG) ist die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungseinheit des Bundes. Die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde soll dadurch gewährleistet werden, dass sie in ihren Entscheidungen keinen Weisungen des Bundesrats oder von Verwaltungsbehörden untersteht, sondern dem EVD nur administrativ zugeordnet ist (Art. 19 E-KG). Allerdings übt der Bundesrat die administrative Aufsicht über das EVD aus (Art. 20 Abs. 1 E-KG) und wählt die Leitung der Wettbewerbsbehörde auf eine Amtsdauer von vier Jahren (Art. 24 Abs. 1 E-KG). Bei einer Wahl der Leitung der Wettbewerbsbehörde auf eine Amtsdauer von vier Jahren durch den Bundesrat kann eine Neuverteilung der Departemente im Bundesrat jeweils eine Neubesetzung der Leitung der Wettbewerbsbehörde nach sich ziehen. Aus unserer Sicht kann dies die Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörde sowie die Kontinuität der Wettbewerbspolitik schwächen. Ein konkretes Beispiel für eine Bindung zwischen der Wettbewerbsbehörde und dem Departement besteht darin, dass die Wettbewerbsbehörde vom EVD mit der Eröffnung einer Untersuchung beauftragt werden kann (Art. 27 Abs. 1 E-KG).

Wir haben uns gefragt, warum bei der Wahl und Aufsicht der Leitung der Wettbewerbsbehörde, die als Anklagebehörde funktionieren wird, nicht eine dem kürzlich verabschiedeten Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG, AS 2010, 3267) entsprechende Ausgestaltung diskutiert wurde. Gemäss Art. 20 StBOG wählt die Vereinigte Bundesversammlung den Bundesanwalt oder die Bundesanwältin und die stellvertretenden Bundesanwälte und Bundesanwältinnen. Zudem untersteht die Bundesanwaltschaft einer aus sieben Mitgliedern bestehenden Aufsichtsbehörde, die ebenfalls durch die Vereinigte Bundesversammlung gewählt wird (Art. 23 Abs. 1 StBOG).

d) **Notwendigkeit zusätzlicher Ressourcen im Bundeswettbewerbsgericht und in der Wettbewerbsbehörde**

Auf Seite 52 der Vernehmlassungsunterlage KG wird erwähnt, dass durch die Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts zusätzliche Kosten entstehen. Es wird darauf verwiesen, dass die zusätzlich notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen einerseits durch jene Mittel gedeckt werden können, die beim Bundesverwaltungsgericht eingespart werden und auf der anderen Seite die finanziellen Mittel der heutigen WEKO von rund CHF 705'000.– zur Verfügung stehen würden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie das neue Bundeswettbewerbsgericht personell besetzt werden soll. Wie auf Seite 38 f. der Vernehmlassungsunterlage KG erwähnt, müsste sich das Gericht aus juristisch wie auch ökonomisch ausgebildeten bzw. erfahrenen Richterinnen und Richtern zusammensetzen. Erforderlich wären nebst Juristinnen und Juristen mit Gerichtserfahrung auch Personen mit Praxiserfahrungen aus der Wirtschaft bzw. entsprechenden ökonomischen Kenntnissen. Diesbezüglich sehen wir ein Rekrutierungsproblem, weil die Löhne dieser Richterinnen und Richter mit Löhnen aus der Wirtschaft konkurrenzfähig sein müssten.

Im Weiteren möchten wir darauf hinweisen, dass aufgrund der Antragsstellung sowie der Anhörung von Zeugen und Experten vor dem Bundeswettbewerbsgericht die personellen Ressourcen bei der Wettbewerbsbehörde angepasst werden müssten. Es müssten vermehrt Juristinnen und Juristen mit Gerichtserfahrung eingesetzt werden, damit die Wettbewerbsbehörde für die Vertretung ihres Antrages vor dem Bundeswettbewerbsgericht mit gleich langen Spiessen antreten kann wie die Unternehmen, die in der Regel durch erfahrene Prozessanwältinnen und Prozessanwälte vertreten werden.

e) **Kartellzivilverfahren**

Wenn ein Bundeswettbewerbsgericht geschaffen werden soll, würde es sich anbieten, dessen Kompetenz auf die Kartellzivilverfahren auszudehnen. Auf diese Weise könnten die heute dafür zuständigen kantonalen Zivilgerichte entlastet werden. Darüber hinaus hätte dies eine bundesweit einheitliche Rechtsprechung im Bereich des Kartellzivilrechts zur Folge.

3. **Differenzierte Behandlung vertikaler Vereinbarungen**

In Bezug auf die Behandlung vertikaler Vereinbarungen möchten wir darauf hinweisen, dass die WEKO bereits heute eine Einzelfallprüfung durchführt. Vertikale Vereinbarungen gemäss Art. 5 Abs. 4 KG werden dabei nicht generell als schädlich beurteilt, sondern es wird in jedem Fall einzeln geprüft, ob die in Frage stehende Abrede den wirksamen Wettbewerb beseitigt resp. erheblich beeinträchtigt hat². Hinzu kommt, dass die WEKO ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007 entsprechend den Erfahrungen aus der Praxis am 28. Juni 2010 dahingehend angepasst hat, dass die für die Einzelfallprüfung massgeblichen Kriterien präzisiert wurden³.

Im Weiteren möchten wir darauf hinweisen, dass die Praxis der WEKO zu vertikalen Abreden bereits heute nahe derjenigen der EU-Behörden ist.

4. **Verbesserung des Widerspruchsverfahrens**

Wir begrüssen die auf Seite 19 der Vernehmlassungsunterlage KG vorgeschlagene Lösung zur Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, die eine Verkürzung der Widerspruchsfrist von fünf auf zwei Monate nach Eingang der Meldung vorsieht und wonach neu einzig die Eröffnung einer formellen Untersuchung nach Art. 27 KG zum Sanktionsrisiko führt.

5. **Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle**

Der heute in der schweizerischen Zusammenschlusskontrolle angewendete Marktbeherrschungstest ist im europäischen Vergleich sehr durchlässig. Es fragt sich, ob eine solche Zusammenschlusskontrolle noch zeitgemäss ist. So wird heute in den westlichen Industrieländern – auch in der EU und den USA – vorwiegend ein SIEC- bzw. SLC-Test⁴ angewendet, welcher die moderne Wirtschaftsrealität besser widerspiegelt: Zusammenschlüsse können auch wohlfahrtsmindernde Auswirkungen zeitigen, wenn durch sie keine marktbeherrschende Unternehmung entsteht. Wir begrüssen daher eine Modernisierung der Zusammenschlusskontrolle. Mit der Einführung des SIEC-Tests sollen nicht möglichst viele Zusammenschlüsse untersagt werden, sondern jene, die sich negativ auf die Wohlfahrt der Schweiz auswirken und mit dem heute angewendeten Marktbeherrschungstest z.T. nicht erfasst werden können. Wie der Vernehmlassungsunterlage KG auf Seite 22 zu entnehmen ist, könnten die Unternehmen neu Effizienzgründe, welche für den Zusammenschluss sprechen, vorbringen. Dies erachten wir als sinnvoll, da die Wettbewerbsbehörden in jüngeren Zusammenschlüssen vermehrt mit Effizienzargumenten konfrontiert wurden, eine „Effizienzeinrede“ in der geltenden Fusionskontrolle aber nicht vorgesehen ist. Zudem wäre es wünschenswert, die schweizerische Zusammenschlusskontrolle so weit als möglich an jene der EU anzugleichen. Dadurch können Synergien genutzt und Erfahrungen geteilt werden.

Wir bevorzugen zusammenfassend die Variante 1, in welcher bei der Zusammenschlusskontrolle, nach dem Vorbild der EU-Behörden, ein SIEC-Test zur Anwendung kommt.

² Vgl. hierzu die kürzlich ergangenen Entscheide *Sécateurs et cisailles* (RPW 2009/2, 143 ff.), *Gaba* (RPW 2010/1, 65 ff.) und *Hors-Liste Medikamente* (noch nicht publizierter Entscheid der WEKO vom 2. November 2009, abrufbar unter <www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> [30.9.2010]).

³ Bekanntmachung der WEKO vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek).

⁴ Significant Impediment to Effective Competition (SIEC) resp. Substantial Lessening of Competition (SLC).

6. Verbesserung der Möglichkeiten zur internationalen Zusammenarbeit

Wir befürworten eine Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit. Im Zusammenhang mit der Herausgabe von Daten an ausländische Wettbewerbsbehörden möchten wir jedoch auf folgendes Problem hinweisen: Gemäss Art. 41b Abs. 2 E-KG dürfen vertrauliche Angaben aus der Mitwirkung an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 49a Abs. 2) durch die Wettbewerbsbehörde nur mit Zustimmung der Unternehmen bekannt gegeben werden, die ihr diese Informationen zur Kenntnis gebracht haben. Unseres Erachtens wird ein Unternehmen, das Teil eines internationalen Kartells ist und im Rahmen eines Bonusprogrammes (Art. 49a Abs. 2 KG) an der Aufdeckung des Kartells mitwirkt, in der Regel seine Zustimmung zur Weitergabe der vertraulichen Informationen verweigern, wenn das Risiko besteht, dass es durch die ausländische Behörde sanktioniert wird. Gerade bei internationalen Kartellen sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden aber besonders auf den Informationsaustausch mit ausländischen Wettbewerbsbehörden (insbesondere mit der Europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der EU-Mitgliedstaaten) angewiesen.

Dieses Problem besteht auch in der EU: Da die einzelnen nationalen Wettbewerbsbehörden der europäischen Gemeinschaft nicht über vollständig harmonisierte Kronzeugenprogramme verfügen, gilt ein bei einer nationalen Wettbewerbsbehörde gestellter Antrag auf Kronzeugenbehandlung nicht automatisch für die anderen Mitgliedstaaten. Gemäss der Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden dürfen die vom Antragsteller freiwillig vorgelegten Informationen grundsätzlich nur mit dessen Einverständnis einem anderen ECN⁵-Mitglied übermittelt werden⁶. Das Einverständnis des Antragstellers ist aber unter anderem dann nicht erforderlich, wenn die empfangende Behörde eine schriftliche Verpflichtungszusage macht, wonach die Informationen nicht zur Sanktionierung des Antragstellers oder einer anderen, von der Kronzeugenbehandlung gedeckten Person, verwendet werden⁷.

Wir schlagen vor, dass eine entsprechende Lösung ins Kartellgesetz aufgenommen wird. Konkret regen wir an, anstatt der das Bonusprogramm betreffenden Regelung in Art. 41b Abs. 2 E-KG eine zusätzliche Bedingung als Ziffer 7 in Art. 41b Abs. 1 Bst. b E-KG aufzunehmen, wonach die ausländische Behörde schriftlich folgendes zusichert: Dass vertrauliche Informationen, die ein Unternehmen im Rahmen eines Bonusprogrammes preisgegeben hat, weder von ihr noch von einer anderen Behörde, an welche die Informationen weitergegeben werden, dazu verwendet werden, um Sanktionen gegen den Selbstanzeiger und jede andere juristische oder natürliche Person, die durch die begünstigende Behandlung im Rahmen des Bonusprogramms abgedeckt ist, zu verhängen. Weiter sollte in die Bedingung aufgenommen werden, dass die ausländische Behörde dem Selbstanzeiger eine Kopie dieser schriftlichen Zusage übermittelt und die schweizerische Wettbewerbsbehörde ermächtigt ist, entsprechende Zusicherungen an ausländische Wettbewerbsbehörden abzugeben.

7. Stärkung des Kartellzivilrechts

Wir begrüssen die in der Vernehmlassungsunterlage KG vorgeschlagenen Gesetzesänderungen zur Stärkung des Kartellzivilrechts. Wir sind jedoch der Ansicht, dass der Bundesrat in einigen Punkten noch weiter hätte gehen dürfen, wie dies Prof. Dr. ANDREAS HEINEMANN in seinem Gutachten vom 11. Juni 2010 vorgeschlagen hat⁸. Insbesondere bei den Prozesskosten würden wir eine gesetzliche Regelung begrüssen, damit die Betroffenen durch das hohe Kostenrisiko nicht von der Geltendmachung ihrer Rechte abgeschreckt werden. Mit Em. Prof. Dr. ROGER ZÄCH⁹ und Prof. Dr. ANDREAS HEINEMANN¹⁰ sind wir der Ansicht, dass eine Art. 756 Abs. 2 OR entsprechende Regelung ins Kartellgesetz aufgenommen werden sollte: Der Richter sollte die Kosten, soweit sie nicht vom beklagten Unternehmen zu tragen sind, nach seinem Ermessen auf den Kläger und das beklagte Unternehmen verteilen können, wenn der Kläger aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage hatte.

8. Verfahrensrecht

In Bezug auf das Verfahrensrecht haben wir keine Bemerkungen.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Fragen und Anregungen und bitten Sie um wohlwollende Prüfung derselben. Für Fragen Ihrerseits stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Bern, 1. November 2010

⁵ European Competition Network (ECN), bestehend aus der europäischen Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedsstaaten.

⁶ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden, ABl. C 101 vom 27.4.2004, S. 43-53, (Bekanntmachung über die Zusammenarbeit) Ziffer 38 ff.; National Authorities which have signed the Statement regarding the Commission Notice on Co-operation within the Network of Competition Authorities, abrufbar unter <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/>> (16.9.2010).

⁷ Bekanntmachung über die Zusammenarbeit, Ziffer 40.

⁸ ANDREAS HEINEMANN, Revision des Kartellgesetzes (KG), Kartellzivilrecht, Gutachten vom 11. Juni 2010 (HEINEMANN), abrufbar unter www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02367/index.html (19.10.2010).

⁹ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rn 850.

¹⁰ HEINEMANN (Fn 8), 11.

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C.1	1. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend Forderung
-----	--

Urteil (HG070327/U/dz) des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2010 in Sachen A gegen B betreffend Forderung.

Rechtsbegehren:

Klage

Es sie die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrages – zu verpflichten:

1. Keine direkten oder indirekten Lieferungen in die der Klägerin exklusiv vertraglich zugesicherten Gebiete vorzunehmen;
2. Händler und Kunden aus den der Klägerin exklusiv vertraglich zugesicherten Gebieten zum Abschluss von Lieferverträgen / Kaufverträgen an die Klägerin weiter zu vermitteln;
3. Die bisher unter Verletzung des Vertrages direkt oder indirekt zwischen der Beklagten und Händlern bzw. Kunden abgeschlossenen Vertragsverhältnisse, auf deren Grundlage eine direkte oder indirekte Belieferung der genannten Händler bzw. Kunden erfolgte, auf die Klägerin zu übertragen;
4. Sämtliche Markenrechte im der Klägerin exklusiv zugeicherten Gebiet der Länder / Staaten: Schweiz, Deutschland, Österreich, Belgien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Finnland, Estland, Lettland, Litauen, Russland, Spanien, Portugal, Italien, Luxemburg, Fürstentum, Liechtenstein, Monaco, San Marino, Andorra, Türkei, einzutragen;
5. Gegenüber sämtlichen Abnehmern (Händler und Kunden) die Stellung der Klägerin als Exklusivabnehmer publik zu machen;
6. Die Vernetzung der Homepages zwischen den Parteien zu ermöglichen bzw. vorzunehmen;
7. Der Klägerin eine Kommission von 20 % der Verkaufserlöse aus den von der Klägerin an die Beklagte erfolgten Vermittlung / Verweisung von Kunden ausserhalb des exklusiv vertraglich zugesicherten Gebietes in der geschätzten Höhe von CHF 2'000.- auszubezahlen;
8. Die Klägerin zeitverzugslos mit sämtlichen Marketingartikeln, insbesondere Katalogen und Prospekten zu versehen;

9. Der Klägerin Schadenersatz für die dieser entstandenen Kosten für die Herstellung von Katalogen und Prospekten zufolge Nichtlieferung durch die Beklagte in der Höhe von CHF 5'164.- zu bezahlen;
10. Der Klägerin Schadenersatz für – unter Verletzung des Vertrages durch Direktbelieferungen von Abnehmer im vertraglich exklusive zugesicherten Gebiet – entgangenen Gewinn in der Höhe von CHF 120'000.- zu bezahlen.
11. Die Klägerin zeitverzugslos mit Modellen und Kleidern zu beliefern;

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten/Widerklägerin.

Widerklage

- "1. Es sei der Klägerin unter Androhung der Bestrafung der verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle zu verbieten,
 - a) Das Zeichen JOVANI zur Kennzeichnung von Damenkleidern zu gebrauche,
 - b) Damenkleider, die mit dem Zeichen JOVANI gekennzeichnet sind, einzuführen, anzubieten, in Verkehr zu bringen, zu lagern oder auszuführen,
 - c) Das Zeichen JOVANI im Zusammenhang mit dem Anbieten, Vertreiben und Inverkehrbringen von Damenkleidern in der Werbung, auf Geschäftspapieren, bei Messeauftritten, auf Firmenschildern, im Internet, als Domainname oder sonst in irgendeiner Form im Geschäftsverkehr zu gebrauchen;
2. Es sei die Klägerin zu verpflichten,
 - a) Die Schweizer Marke CH 559 285 JOVANI und
 - b) Die internationale Marke IR 935 655 JOVANI auf die Beklagte und Widerklägerin zu übertragen;
3. Es sei die Klägerin zu verpflichten, innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteils ihre Firma so zu ändern, dass sie das Zeichen JOVANI nicht mehr enthält;
4. Es sei die Klägerin zu verpflichten, die Domainnamen www.jovani-europe.com und www.jovani.ch auf die Beklagte und Widerklägerin zu übertragen;

5. Es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin sämtliche Werbe- und Marketingunterlagen, Geschäftspapiere und sonstiges Material, welches den Namen JOVANI trägt, herauszugeben;
6. a) Es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils eine Liste mit den Namen und Adressen der von ihr seit dem 11. Dezember 2006 mit JOVANI Produkten belieferten Kunden zu übergeben;
- b) Es sei die Klägerin unter Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall zu verpflichten, sämtliche bei ihr nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils eintreffenden Anfragen betreffend die Belieferung oder den Bezug von JOVANI Produkten an die Beklagte weiterzuleiten;
7. Es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin den ausstehenden Betrag von USD 2708.50 nebst Zins zu 5 % seit dem 1. April 2008 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin."

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. Sachverhalt

Die Beklagte ist eine Gesellschaft US-amerikanischen Rechts und vertreibt in den USA die JOVANI Kleiderkollektionen. Diese umfassen elegante Abend- und Cocktailkleider für anspruchsvolle Damen. Sie ist Inhaberin der amerikanischen Markt 2,827,399 JOVANI, der IR Marke 957197 JOVANI (mit Schutzausdehnung auf Weissrussland, Schweiz, Türkei und Ukraine) und der europäischen Gemeinschaftsmarke 3355609 JOVANI. Die Klägerin ist eine schweizerische GmbH, die am 12. Januar 2007 ins Handelsregister eingetragen wurde und den exklusiven Handel und Vertrieb von Textilprodukten, insbesondere der Beklagten, in verschiedenen Ländern Europas bezweckt. Die Parteien schlossen am 11. Dezember 2006 einen Vertriebsvertrag ("Distribution-Agreement"), wonach die Klägerin allein berechtigt ist, die Güter der Beklagten in verschiedenen Ländern Europas, wie auch in Russland und der Türkei, zu vertreiben. Mit Schreiben vom 11. März 2008 kündigte die Beklagte den Vertrag.

2. Prozessuales

2.1. Prozessverlauf

Am 18. Dezember 2007 (Datum Poststempel) wurde die Klage samt Weisung eingereicht. Nachdem die Klägerin die ihr auferlegte Prozesskaution von Fr. 19'000.- am 8. Januar 2008 geleistet hatte, ging auf entsprechende Fristansetzung und –erstreckung hin am 6. Mai 2008 die Klageantwort und Widerklagebegründung ein, in welcher die Beklagte ein vorsorgliches Massnahmebegehren stellte. Zu Letzterem nahm die Klägerin mit Eingabe von 9. Juni 2008 Stellung. In der Folge leistete die Beklagte die ihr auferlegte Prozesskaution von Fr. 17'900.-. Mit Beschluss vom 21. August 2008 wurde das Begehren der Beklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen

abgewiesen. Am 15. Dezember 2008 fand eine Referenzenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an welcher keine Einigung erzielt werden konnte. Mit Verfügung vom 30. Dezember 2008 wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt und wurden den Parteien Substantiiierungshinweise gegeben. Die Replik und Widerklageantwort wurde am 30. März 2009, die Duplik und Widerklagereplik am 22. Juni 2009, die Widerklageduplik am 20. Oktober 2009 und die Stellungnahme zu dieser am 30. November 2009 erstattet. Letztere wurde der Klägerin mit Verfügung vom 4. Dezember 2009 zugestellt und das Hauptverfahren damit als geschlossen erklärt.

2.2 Zuständigkeit

Im Vertrag vom 11. Dezember 2006 vereinbarten die Parteien Zürich als Gerichtsstand. Die örtliche Zuständigkeit in Zürich ergibt sich angesichts des Bestehens eines internationalen Sachverhalts aus Art. 17 Abs. 1 LugÜ. Sachlich zuständig ist das Handelsgericht sodann gemäss § 63 Ziff. 2 GVG.

2.3 Firma der Beklagten

Die Parteien bezeichnen die Firma der Beklagten als "Jovani Fashions Ltd.". Gemäss Registerauszug lautet die Firma "Jovani Fashion Ltd.", was auch mit den Auszügen aus dem Markenregister übereinstimmt, so dass diese entsprechend zu berichtigen ist.

3. Vertragsverhältnis

3.1.1. Die Beklagte führt aus, die Klägerin habe es zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung am 11. Dezember 2006 noch gar nicht gegeben. Die Statuten der Klägerin datierten vom 14. Dezember 2006. Die Klägerin habe daher den Distributionsvertrag gar nicht rechtsgültig eingehen können.

Die Klägerin macht demgegenüber geltend, dass ihre Gründung vor dem Vertragsabschluss gar nicht zulässig gewesen wäre.

3.1.2. Die Klägerin wurde am 12. Januar 2007 ins Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen, wobei ihre Statuten vom 14. Dezember 2006 datieren. Der Vertrag der Parteien wurde bereits am 11. Dezember 2006 unterzeichnet.

Gemäss dem am 11. Dezember 2006 geltenden Art. 783 OR, der gemäss Art. 1 Abs. 2 SchIT ZGB anzuwenden ist und per 1. Januar 2008 durch die Art. 779 und 779a OR ersetzt wurde, erlangt die Gesellschaft das Recht der Persönlichkeit erst durch die Eintragung in das Handelsregister. Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch. Wurden solche Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister von der Gesellschaft übernommen, so werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft. In den Anwendungsbereich der Bestimmung fallen nicht bloss Verbindlichkeiten, sondern auch Rechte und ganze Vertragsverhältnisse. Für den Übernahmeschluss genügt konkludentes Verhalten, z.B. durch Erfüllung des Geschäftes durch die Gesellschaft (BSK OR II-Schenker, Art. 645 N 3 u. 9 und Art. 779a N 1).

Mit dem Abschluss des Vertriebsvertrags handelten die unterzeichnenden (späteren) Gesellschafter im Namen der im Handelsregister noch nicht eingetragenen Klägerin und gingen ausdrücklich in deren Namen die Verpflichtungen aus dem Vertriebsvertrag ein. Sodann übernahm die Klägerin zumindest konkludent die Verpflichtungen aus dem Vertrag, indem sie diesen gegen sich gelten liess. Somit waren die Gesellschafter berechtigt, den Vertriebsvertrag vom 11. Dezember 2006 im Namen der Klägerin abzuschliessen, so dass dieser gültig in deren Namen zustande gekommen ist.

3.2. Qualifikation

3.2.1. In § 18 des Vertriebsvertrags vereinbarten die Parteien, dass im Zweifelsfall Schweizer Recht anwendbar sei, unter Ausschluss des sog. Wiener Kaufrechts (WKR, CISG bzw. UN-Kaufrecht). Der Ausschluss des WKR ist gemäss dessen Art. 6 zulässig. Sodann konnten die Parteien gemäss Art. 116 Abs. 1 bzw. Art. 118 Abs. 1 IPRG die Geltung schweizerischen Rechts vereinbaren.

3.2.2. Ein Alleinvertriebsvertrag liegt vor, wenn sich die Lieferantin verpflichtet, dem Händler (Alleinvertreter) ein örtlich, sachlich und eventuell zeitlich begrenztes ausschliessliches Bezugsrecht für bestimmte Waren einzuräumen, die sie diesem liefert. Im Gegenzug verpflichtet sich der Händler, die entsprechende Ware gegen Entgelt zu beziehen und den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern (KULL/WILDHABER, Schweizer Vertriebsrecht, S. 45, mit Verweis auf HUGUENIN, OR BT, N 1490). Alleinvertriebsverträge sind in ihrem Kerngehalt auf Dauer angelegte Rahmenvereinbarungen, wonach sich ein Lieferant verpflichtet, seine Produkte zwecks Weiterverkaufs in einem bestimmten Gebiet nur an einen Alleinvertriebshändler – der selbständig, in eigenem Namen auf eigene Rechnung agiert – zu verkaufen (Alleinvertriebsverpflichtung des Lieferanten) und sich ein Alleinvertriebshändler entsprechend und spiegelbildlich verpflichtet, die Produkte vom Lieferanten zu kaufen zwecks Weiterverkaufs (Alleinbezugsrecht bzw. Bezugspflicht und Weiterverkaufspflicht des Alleinvertriebshändlers; HARTMANN, Vertriebsverträge im internationalen Kontext, 2007, S. 7 f.). Im schweizerischen Recht ist der Alleinvertriebsvertrag gesetzlich nicht normiert. Er ist folglich als Innominatkontrakt zu qualifizieren. Der Alleinvertriebsvertrag als auf Dauer angelegter Rahmenvertrag weist zumindest in (wesentlichen) Teilen seines Inhaltes verwandte Züge mit gesetzlich normierten Verträgen auf, wie namentlich dem Kaufvertrag, dem Agenturvertrag und dem Auftrag. Gewisse Teile des Alleinvertriebsvertrags, insbesondere die Alleinvertriebsklausel, lassen sich indes nicht gesetzlich normierten Verträgen zuordnen. Sie verbleiben als Innominatselemente (HARTMANN, a.a.O., S. 21).

Das "Distribution-Agreement" der Parteien ist als Alleinvertriebsvertrag zu qualifizieren. Die Beklagte als Lieferantin übertrug gemäss § 1.1 des Vertrags der Klägerin als Alleinvertreterin den exklusiven Vertrieb für alle "Jovani-Kollektionen" im Vertragsgebiet gemäss § 2.1 im Zeitraum vom 4. Dezember 2006 bis 31. Dezember 2011 (§ 10.1). Gemäss § 2.2 und § 5 verpflichtete sich die Klägerin, den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern und nach § 8 die Produkte bei der Beklagten zu kaufen.

3.3. Kündigung

3.3.1. Parteibehauptungen

Die Beklagte bringt vor, § 3.2 Distributionsvertrag verbiete es ihr, im Vertragsgebiet sogenannte Passivverkäufe zu tätigen, und verpflichte sie, Bestellungen von Abnehmern aus dem Vertragsgebiet der Klägerin zu übertragen. Diese Bestimmung verstosse gegen Art. 5 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen. Nachdem sie die Unzulässigkeit bzw. Nichtigkeit von § 3.2 Distributionsvertrag im März 2008 festgestellt haben, habe sie mit Schreiben an die Klägerin vom 11. März 2008 von ihrem Kündigungsrecht mit sofortiger Wirkung gemäss § 16 Distributionsvertrag Gebrauch gemacht.

Die Klägerin führt aus, sie bestreite das Kündigungsrecht der Beklagten und deren Ausführungen zum Kartellgesetz. Keinen kartellrechtlichen Schutz verdiene die Beklagte insofern, als die herangezogene Rechtsnorm nicht dazu dienen könne, der Klägerin die Kosten eines umfassenden Marktaufbaus zu überbinden und in der Folge den Vertrag rechtswidrig bzw. rechtsmissbräuchlich aufzulösen. Dies insbesondere, da zwischen den Parteien die Exklusivitätsklausel ausgehandelt und vereinbart worden sei. Die angeführte Kartellrechtsnorm gelange hier nicht zur Anwendung. Da keine rechtsgültige Vertragskündigung vorliege, dauere das Vertragsverhältnis an.

3.3.2. Voraussetzung

Mit Schreiben vom 11. März 2008 kündigte die Beklagte den Vertriebsvertrag der Parteien unter Berufung auf dessen § 16 mit sofortiger Wirkung, da § 3.2 des Vertrags Art. 5 Abs. 4 des Schweizerischen Kartellgesetzes verletze.

§ 16 des Vertriebsvertrags mit der Überschrift "Partial Invalidity" (Teilweise Ungültigkeit) enthält u.a. folgende Regelung:

"If any portion of this Agreement [...] violates or is invalid under the laws in force in the Territory, or under governmental authority within the Territory, the Agreement may, at the option of either party, be terminated immediately by written notice, [...]."

Das Gebiet bzw. der Geltungsbereich ("Territory") des Vertriebsvertrags umfasst gemäss dessen § 2.1 u.a. die Schweiz. Verletzt somit ein Teil des Vertrags Schweizer Recht oder ist ein solcher gemäss diesem ungültig, war die Beklagte berechtigt, diesen fristlos zu kündigen. Nachstehend ist somit zu prüfen, ob § 3.2 des Vertrags, wie von der Beklagten geltend gemacht, Art. 5 Abs. 4 KG verletzt.

3.3.3. Kartellrecht

3.3.3.1 Die Überschrift von § 3 des Vertriebsvertrags lautet "Restrictions concerning the distribution right" (Beschränkungen des Vertriebsrechts). § 3.2 enthält sodann folgende Regelung:

"The Manufacturer has no right to sell directly or by other distributors or by any other way the products in the Territory according to § 2. If the Manufacturer receives any order by internet from the territory according to § 2 or any order concerning delivery of the product to the terri-

tory according to § 2 the Manufacturer will pass the order on to the Distributor. "

Der Hersteller bzw. Die Beklagte ist somit nicht berechtigt, direkt oder über andere Vertriebsunternehmen oder über irgendeinen anderen Weg die Produkte im Vertragsgebiet zu verkaufen. Erhält der Hersteller bzw. die Beklagte aus dem Vertragsgebiet eine Bestellung übers Internet oder eine Bestellung betreffend die Lieferung von Produkten ins Vertragsgebiet, so überträgt der Hersteller bzw. die Beklagte die Bestellung an das Vertriebsunternehmen bzw. die Klägerin. Die Bestimmung bezieht sich somit lediglich auf die Beklagte als Herstellerin, nicht aber auf andere, neben der Klägerin tätige Vertriebsunternehmen.

3.3.3.2 Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Nach Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

Alleinvertriebsverträge weisen dem Händler regelmässig ein bestimmtes Gebiet exklusiv zu. Dadurch erhält der Händler für dieses Gebiet in Bezug auf das Vertragsprodukt faktisch eine Monopolstellung. Um den Händler in Bezug auf die Vertragsprodukte trotzdem einem gewissen Wettbewerbsdruck auszusetzen, sollen Lieferungen anderer Händler in dieses Gebiet nicht generell ausgeschlossen sein. Daher sind gemäss Art. 5 Abs. 4 KG Abreden in Vertriebsverträgen vermutungsweise unzulässig, welche es den Händlern generell verbieten, Kunden ausserhalb ihres Vertragsgebietes zu beliefern. Ein Vertriebsvertrag, welcher den ausländischen Händlern verbietet, auf Anfrage Kunden in der Schweiz zu beliefern, erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG. Parallelimporte müssen möglich sein. Hingegen ist es *zulässig*, dass sich der *Hersteller selbst* gegenüber seinem Händler verpflichtet, in dem Gebiet des Händlers keine Kunden zu beliefern, selbst wenn diese Kunden von sich aus an den Hersteller gelangen. Der Hersteller kann ein Gebiet dem Händler überlassen und auf den Eigenvertrieb vollständig verzichten. Dieser Entschluss des Herstellers und die vertragliche Zusicherung gegenüber dem Händler erfüllt daher den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht (DAVID/JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2005, N 519 f. u. 522).

Ein Direktbelieferungsverbot zu Lasten des Lieferanten ist grundsätzlich bezüglich Direktverkäufen in das gemäss Alleinvertriebsvertrag bestimmte Gebiet oder die Bestimmte Kundengruppe bereits implizit in der Kerngehalt bildenden Alleinvertriebsverpflichtung des Lieferanten enthalten. Oft wird indes dieses Direktbelieferungsverbot explizit festgehalten. Soweit die Kerngehalt bildende Alleinvertriebsverpflichtung des Lieferanten wettbewerbsrechtlich zulässig ist, hat auch das Direktbelieferungsverbot Bestand. Wettbewerbsrechtlich ist dieses Direktbelieferungsverbot nur bei bestimmten Ersatzteillieferungen des Lieferanten bzw. Herstellers verpönt. Gemäss Art. 5 und 6 KG zulässig ist die Verpflichtung des Lieferanten, Vertragsprodukte im Vertragsgebiet

bzw. im vertraglichen Kundenkreis nicht an Endkonsumenten zu liefern, die damit dem Vertriebshändler vorbehalten sind (HARTMANN, a.a.O., S. 10, 15 u. 84).

Die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, ein Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (BBI 2007 7597 ff.), hält in Ziffer 10 Abs. 1 Bst. b fest, dass bei vertikalen Wettbewerbsabreden die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet wird, wenn sie die Zuweisung von Gebieten zum Gegenstand haben, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden). Gemäss Ziffer 3 der Bekanntmachung bedeutet passiver Verkauf die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen einzelner Kunden (Endkunden oder Händler) aus einem Gebiet oder einzelner Mitglieder einer Kundengruppe, das bzw. die der Lieferant sich selbst vorbehalten oder ausschliesslich einem anderen Händler zugewiesen hat, d.h. das Liefern von Waren an bzw. das Erbringen von Dienstleistungen für solche Kunden.

3.3.3.3 Im vorliegenden Fall verpflichtete sich die Beklagte als Herstellerin, keine Produkte im Vertragsgebiet der Klägerin als Vertriebspartnerin zu verkaufen und an sie gerichtete Bestellungen aus dem oder ins Vertragsgebiet der Klägerin zu übertragen. Dies macht den Kerngehalt der Alleinvertriebsverpflichtung der Beklagten aus. Dabei handelt es sich um eine zulässige, nicht gegen Art. 5 Abs. 4 KG verstossende Regelung, da sie nur die Beklagte als Herstellerin und keine weiteren Vertriebspartner betrifft. Dies gilt auch für den Fall, dass die Kunden an die Beklagte gelangen und durch diese ins Vertragsgebiet beliefert werden wollen. Dieser Fall wird auch von Ziffer 10 Abs. 1 Bst. b der Bekanntmachung über die Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden nicht erfasst. Ebenso bezieht sich Ziffer 3 der Bekanntmachung nicht auf den Hersteller, sondern die einzelnen Vertriebspartner. Die Bekanntmachung bindet die Zivilgerichte zwar gemäss Ziffer 12 der Erwägung nicht bei der Auslegung der kartellrechtlichen Bestimmungen; sie bestätigt aber, dass die Abrede der Parteien nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt.

3.3.3.4 Dass der Alleinvertriebsvertrag der Parteien sodann gegen andere Bestimmungen des Kartellgesetzes verstossen würde, wird von der Beklagten nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. So erklärt die Beklagte, der abgeschlossene Distributionsvertrag führe dazu, dass die Klägerin ihre einzige Distributorin in der Schweiz und im gesamten Vertragsgebiet sei, weshalb weder das Vorliegen einer horizontalen Absprache noch das Vorliegen eines Bündels paralleler vergleichbarer Vertikalvereinbarungen zu prüfen sei. Mit Bezug auf das Vertragsgebiet liege vielmehr eine vertikale Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG vor; die Beklagte und die Klägerin ajierten auf unterschiedlichen Marktstufen und regelten über den Distributionsvertrag den Vertrieb der JOVANI Produkte.

Insbesondere liegt kein Fall von Art. 5 Abs. 1 KG vor, da vertikale Wettbewerbsabreden nur dann zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, wenn sie Beschränkungen des geografischen Absatzgebietes für den *Weiterverkauf* durch den Händler zum Gegens-

tand haben (Ziffer 12 der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 2. Juli 2007; DAVID/JACOBS, a.a.O., N 490; BSK KG-NEFF, Ziff. 12 Vert-BM N 7). Vorliegend geht es aber nicht um den Weiterverkauf, sondern um den erstmaligen Verkauf des Herstellers an das Vertriebsunternehmen bzw. den Händler.

3.3.3.5 Steht in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage, so wird gemäss Art. 15 Abs. 1 KG die Sache der Wettbewerbskommission zur Begutachtung vorgelegt. Eine Vorlagepflicht besteht aber nur, wenn für das urteilende Gericht die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung fraglich ist. Damit diese Voraussetzung erfüllt ist, genügt es nicht, dass eine der Parteien die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung bestreitet. Vielmehr muss für das urteilende Gericht selbst eine objektive Unsicherheit bestehen (BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 13). Es muss unter Berücksichtigung der bisherigen Praxis unklar sein, ob die betreffende Wettbewerbsbehandlung zulässig ist oder nicht. Dies ist dann der Fall, wenn sich keine Verordnung oder Bekanntmachung zur fraglichen Wettbewerbsbeschränkung äussert, keine Praxis der Wettbewerbsbehörden besteht oder keine herrschende Lehre dazu existiert (VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, N 1864).

Im vorliegenden Fall besteht eine einheitliche Meinung in der Lehre sowie eine damit übereinstimmende Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, so dass keine Unsicherheit besteht, dass § 3.2 des Vertrags nicht gegen Art. 5 KG verstösst. Damit kann auf das Einholen eines Gutachtens bei der Wettbewerbskommission verzichtet werden.

3.3.4 Zwischenergebnis

Da § 3.2 des Alleinvertriebsvertrags nicht gegen Art. 5 Abs. 4 KG verstösst, war die Beklagte nicht berechtigt, diesen gemäss dessen § 16 fristlos zu kündigen. Damit liegt keine gültige Kündigung vor, so dass der Alleinvertriebsvertrag der Parteien als ungekündigt zu betrachten ist und diese weiterhin bindet.

4. Rechtsschutzinteresse und Substantiierung

4.1 Rechtsschutzinteresse

Auf die Klage ist nur einzutreten, soweit ein rechtliches Interesse an ihrer Beurteilung besteht (§ 51 Abs. 1 ZPO). Bei Leistungsklagen ergibt sich das Rechtsschutzinteresse aus dem geltend gemachten Anspruch. Die Leistungsklage ist auf die Durchsetzung eines behaupteten Anspruches auf Leistung, Unterlassung oder Duldung gerichtet. Ein Anspruch auf Unterlassung besteht, wenn die Begehung oder Wiederholung einer widerrechtlichen Handlung unmittelbar droht. Das Verhalten des Beklagten muss eine künftige Rechtsverletzung ernstlich befürchten lassen. Damit ist das für die Unterlassungsklage erforderliche Rechtsschutzinteresse umschrieben. Als Prozessvoraussetzung muss es auch im Zeitpunkt der Urteilsfällung noch vorhanden sein. Künftige Rechtsverletzungen drohen dann, wenn die beklagte Partei bereits Rechtsverletzungen begangen hat und Wiederholungen nicht auszuschliessen sind, weil sie z.

B. die Widerrechtlichkeit eines früheren beanstandeten Verhaltens bestreitet, ist doch zu vermuten, dass sie es im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit weiterführen wird, oder wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie künftig solche Verletzungen begehen wird. Im Hinblick auf die Vollstreckung muss das zu verbietende Verhalten genau und eng umschrieben sein (VOGEL/SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl. 2001, Kap. 7 N 13, 15 u. 19).

4.2 Substantiierungsobliegenheit

4.2.1 Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzulegen und das Begehren zu Begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen noch im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (§ 113 ZPO). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtsschrift selbst vorzutragen. Blosser Verweisungen auf Beilagen genügen grundsätzlich nicht. Für das Gericht und die Gegenpartei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben. Behauptungen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne Weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei sowie aus allfälligen Substantierungshinweisen seitens des Gerichts. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (BGE 127 III 365 erw. 2.b; ZR 102 [2003] Nr. 15; FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO § 55 N 4, § 113 N 1 ff. und § 130 N 3).

4.2.2 Um der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO gerecht zu werden, wurden den Parteien mit Verfügung vom 30. Dezember 2008 Hinweise zur Erfüllung ihrer Substantiierungsobliegenheit erteilt. Damit wurde der richterlichen Fragepflicht Genüge getan. Sollten sich im Folgenden die Vorbringen der Parteien als nicht ausreichend substantiiert erweisen, so wäre alleine auf das mangelhafte Parteivorbringen abzustellen und anzunehmen, die betreffende Partei sei zur genügenden Substantiierung nicht imstande. Inwieweit dies vorliegend der Fall ist, ergibt sich aus den nachfolgenden Erwägungen.

5. Klage

5.1 Klagebegehren 1

5.1.1 Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren 1, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, keine direkten oder indirekten Lieferungen in die ihr exklusiv vertraglich zugesicherten Gebiete vorzunehmen. Sie bringt vor, die Beklagte verkaufe direkt fast in sämtliche Staaten des Exklusivlieferungsvertrags. Demgegenüber erklärt die Beklagte, sofern der Distributionsvertrag auch Passivverkäufe durch sie unterbinden sollte, verstosse er gegen zwingende kartellrechtliche Bestimmungen und sei insofern nichtig. Aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrags sei die auf Realerfüllung zielende Forderungen der Klägerin gegenstandslos.

5.1.2 Nach § 1.1 Abs. 1 des die Parteien weiterhin bindenden Alleinvertriebsvertrags überträgt die Beklagte der Klägerin den exklusiven Vertrieb aller Jovani-Kollektionen im Vertragsgebiet. Sodann ist die Beklagte gemäss § 1.2 des Vertrags im Vertragsgebiet weder zu Direktverkäufen noch zu solchen übers Internet berechtigt. Ebenso ist die Beklagte gemäss § 3.2 Satz 1 nicht berechtigt, direkt oder über andere Vertriebsunternehmen oder über irgendeinen anderen Weg die Produkte im Vertragsgebiet zu verkaufen. Das Begehren der Klägerin ist damit ausgewiesen. Nachdem die Beklagte ihre Verpflichtung bestreitet, ist auch das Rechtsschutzinteresse der Klägerin zu bejahen und die Beklagte zu verpflichten, keine direkten oder indirekten Lieferungen ins Vertragsgebiet vorzunehmen.

5.2 Klagebegehren 2

5.2.1 Gemäss Rechtsbegehren 2 verlangt die Klägerin, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, Händler und Kunden aus den ihr exklusiv vertraglich zugesicherten Gebieten zum Abschluss von Lieferverträgen / Kaufverträgen an sie weiterzuvermitteln. Sie macht geltend, die Beklagte überweise weder Zwischenhändler noch Endabnehmer an sie. Sie habe anlässlich der Messebesuche feststellen müssen, dass die Beklagte die Daten von umsatzstarken Kunden nicht weitergegeben habe, sondern diese weiterhin vom Hauptsitz aus bediene und auch direkt angesprochen habe durch Telefonate, Schreiben oder die Zustellung von Werbematerial.

Demgegenüber erklärt die Beklagte, sofern der Distributionsvertrag auch Passivverkäufe durch sie unterbinden sollte, verstosse er gegen zwingende kartellrechtliche Bestimmungen und sei insofern nichtig. Aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrags sei die auf Realerfüllung zielende Forderungen der Klägerin gegenstandslos.

5.2.2 Erhält die Beklagte aus dem Vertragsgebiet eine Bestellung übers Internet oder eine Bestellung betreffend die Lieferung von Produkten ins Vertragsgebiet, so hat sie diese gemäss § 3.2 Satz 2 des die Parteien weiterhin bindenden Vertrags an die Klägerin zu übertragen. Das Begehren der Klägerin ist damit ausgewiesen und die Beklagten zu verpflichten, Händler und Kunden aus

dem Vertragsgebiet zum Abschluss von Liefer- bzw. Kaufverträgen an die Klägerin weiterzuvermitteln.

5.3 Klagebegehren 3

5.3.1 Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren 3, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, die bisher unter Verletzung des Vertrags direkt oder indirekt zwischen der Beklagten und Händlern bzw. Kunden abgeschlossenen Vertragsverhältnisse, auf deren Grundlage eine direkte oder indirekte Belieferung der genannten Händler bzw. Kunden erfolgte, auf sie zu übertragen.

Die Beklagte erklärt, der Antrag setze voraus, dass sie in Verletzung des Distributionsvertrags mit Dritten Dauer-schuldverhältnisse eingegangen sei, die im Urteilszeitpunkt noch in Kraft seien. Andernfalls liege kein "Vertragsverhältnis" vor, das übertragen werden könne. Sie sei keine langfristigen Lieferverträge mit Dritten eingegangen, die den Distributionsvertrag verletzen. Schliesslich habe es die Klägerin unterlassen, die einzelnen Vertragsverhältnisse, deren Übertragung verlangt werde, zu benennen.

5.3.2 Der Alleinvertriebsvertrag der Parteien sieht in § 3.2 Satz 2 lediglich vor, dass die Beklagte Bestellungen an die Klägerin zu übertragen hat, die sie aus dem Vertragsgebiet übers Internet erhält oder welche die Lieferung von Produkten ins Vertragsgebiet betreffen. Eine Pflicht zur Übertragung von Vertragsverhältnissen lässt sich dem Alleinvertriebsvertrag nicht entnehmen. Damit ist das Begehren der Klägerin mangels vertraglicher Grundlage abzuweisen.

5.4 Klagebegehren 4

5.4.1 Gemäss Rechtsbegehren 4 verlangt die Klägerin, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, sämtliche Markenrechte im ihr exklusiv zugesicherten Gebiet der Länder / Staaten Schweiz, Deutschland, Österreich, Belgien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Finnland, Estland, Lettland, Litauen, Russland, Spanien, Portugal, Italien, Luxemburg, Fürstentum Lichtenstein, Monaco, San Marino, Andorra und Türkei einzutragen. Sie trägt vor, die Beklagte habe es bis heute unterlassen, die Marken in den Ländern der Klägerin einzutragen, weshalb sie dazu zu verpflichten sei. Die Eintragung der Marken habe sie zum Eigenschutz vorgenommen, nachdem sie habe feststellen müssen, dass die Beklagte ihrer vertraglichen Verpflichtung zum Schutze der Marke in sämtlichen Ländern Europas und insbesondere Osteuropas nicht nachgekommen sei. So habe es sich dann auch herausgestellt, dass in der Türkei eine Drittgesellschaft Inhaberin der Marke Jovani sei.

Die Beklagte erklärt demgegenüber, der Distributionsvertrag sei von ihr rechtmässig gekündigt worden, weshalb der Klägerin kein Anspruch auf Realerfüllung zustehe. Die Klägerin habe Markenhinterlegungen für die Schweiz und weitere Länder vorgenommen, welche der Beklagten als Agentenmarken zustünden. Deshalb fehle es dem Klägerischen Antrag am Rechtsschutzinteresse. Die Klägerin lasse offen, welche Marken die Beklagte eintragen solle. Sie scheine aber von mehreren Marken

zu sprechen. Welche Marken sie meine, ergebe sich auch nicht aus den Begründungen der Klägerin. Die Klägerin habe selber die Marke JOVANI für die für Kleider relevanten Waren in der Schweiz sowie für Weissrussland, Lettland, Polen, Russland, Estland, Litauen und in der Türkei hinterlegt. In Ländern, in welchen die Marke JOVANI bereits hinterlegt sei, bestehe je nach nationaler Gesetzgebung ein absoluter oder ein relativer Ausschlussgrund gegenüber der Eintragung einer identischen Marke. Da die Klägerin Inhaberin der älteren Marken für die Schweiz, Lettland, Estland, Litauen, Russland und die Türkei sei, mache es wenig Sinn, wenn die Beklagte auf Veranlassung der Klägerin eine identische jüngere Marke eintrage. Die Klägerin habe diesbezüglich keine schützenswerten Interessen.

5.4.2 In § 4 des Alleinvertriebsvertrags mit dem Titel "Trademark" regelten die Parteien u.a. folgendes:

"4.1 The Distributor recognises expressly that Jovani Ltd. Retains the full legal and beneficial ownership of the trademarks Jovani Fashions Ltd.®, Jovani Beyond ®, Jovani Dolce ® and any other registration or license in the name of the Manufacturer and that the reputation and goodwill associated with the use of the trademarks is exclusively attributable and inures to the benefit of the Manufacturer.

The Manufacturer makes sure that the above mentioned trademarks are registered and protected as of January 1, 2007 in all countries of the Territory according to § 2. "

Gemäss § 4.1 anerkennt die Klägerin u.a. ausdrücklich, dass die Beklagte den vollen rechtlichen Besitz an den Marken Jovani Fashions Ltd., Jovani Beyond, Jovani Dolce und jeder anderen Registrierung oder Lizenz im Namen der Beklagten behält. Sodann hatte die Beklagte sicherzustellen, dass die obgenannten Marken ab 1. Januar 2007 in allen Vertragsstaaten registriert und geschützt sind. Die Beklagte hatte somit die genannten Marken im Sinne des klägerischen Begehrens in den Vertragsstaaten einzutragen.

5.4.3 Unbestritten ist, dass die Beklagte Inhaberin der amerikanischen Marke 2,827,399 JOVANI, der IR Marke 957197 JOVANI (mit Schutzausdehnung auf Weissrussland, Schweiz, Türkei und Ukraine) und der europäischen Gemeinschaftsmarke 3355609 JOVANI ist.

Die europäischen Gemeinschaftsmarke besteht aufgrund einer einheitlichen Hinterlegung mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union (WILLI, MSchG, Vor Art. 1 N 110; MARBACH, SIWR III/1, N. 97). Die europäischen Gemeinschaftsmarke 3355609 der Beklagten deckt mithin folgende Vertragsstaaten gemäss § 2 des Alleinvertriebsvertrags ab: Deutschland, Österreich, Belgien, Niederlande, Schweden, Finnland, Estland, Lettland, Litauen, Spanien, Portugal, Italien und Luxemburg. Damit ist die Beklagte ihrer Verpflichtung aus dem Vertrag, die Marke einzutragen, in diesen Ländern nachgekommen.

Sodann besteht mit der IR-Marke 957197 der Beklagten ein Schutz für die Vertragsstaaten Schweiz und Türkei. Auch in Bezug auf diese Länder ist die Beklagte ihrer Verpflichtung aus dem Alleinvertriebsvertrag, die Marke

einzutragen, nachgekommen. Sodann hat die Klägerin die Marke Jovani in der Schweiz ebenfalls eintragen lassen.

Weiter deckt die IR-Marke 935655 der Klägerin Russland ab, so dass sich eine erneute Eintragung durch die Beklagte erübrigt.

Damit fehlt eine Markenregistrierung in den Vertragsstaaten Norwegen, Liechtenstein, Monaco, San Marino und Andorra. Die Beklagte ist somit im Sinne von § 4.1 des Vertrags zu deren Registrierung bzw. Schutz in diesen Ländern zu verpflichten. Nachdem die Klägerin erklärt, sie habe die Eintragung der Marken zum Eigenschutz vorgenommen, und sie die Marke "Jovani" hat eintragen lassen, ist davon auszugehen, dass sich ihr Begehren auf die Marke "Jovani" ohne die Zusätze gemäss § 4.1 des Vertrags bezieht.

5.5 Klagebegehren 5

5.5.1 Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren 5, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, gegenüber sämtlichen Abnehmern (Händlern und Kunden) ihre Stellung als Exklusivabnehmerin publik zu machen. Sie bringt vor, die Beklagte habe es bis heute unterlassen, die Abnehmer über die Tatsache, dass für die vertraglich vereinbarten Länder eine Exklusivlieferantin bestehe, in Kenntnis zu setzen.

Demgegenüber erklärt die Beklagte, nach der Unterzeichnung des Distributionsvertrags habe sie die bestehende Kundschaft informiert, dass in Zukunft sämtliche Geschäfte im Vertragsgebiet über die Klägerin abzuwickeln seine. Aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrags sei die auf Realerfüllung zielende Forderungen der Klägerin gegenstandslos. Die Klägerin bringt wiederum vor, es werde bestritten, dass die Beklagte die bestehende Kundschaft nach Vertragsabschluss informiert habe. Dies habe sich einerseits an den von ihr besuchten Messen herausgestellt, als sich die Interessenten erstaunt gezeigt hätten, dass es sie überhaupt gebe, wie andererseits aufgrund des von der Beklagten ins Recht gelegten Reklamationsschreibens von Mia Boutique, wonach die Beklagte erst im Jahre 2008 informiert habe.

5.5.2 Mit Verfügung vom 30. Dezember 2008 wurde die Klägerin auf die Substantiierungspflicht im Sinne der Erwägungen hingewiesen, wonach die auszuführen hatte, inwiefern ihr Rechtsbegehren Ziffer 5 durch den erwähnten Vertrag oder andere Abreden zwischen den Parteien begründet werden könne. Dies hat sie trotz Aufforderung unterlassen. Eine Grundlage für ihr Begehren lässt sich dem Alleinvertriebsvertrag denn auch nicht entnehmen; dieses ist somit abzuweisen.

5.6 Klagebegehren 6

5.6.1 Gemäss Rechtsbegehren 6 verlangt die Klägerin, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, die Vernetzung der Homepages zwischen den Parteien zu ermöglichen bzw. vorzunehmen. Sie macht geltend, die Beklagte habe es bis heute unterlassen, auf der eigenen Homepage durch

einen Hinweis oder ein Verlinkung die Abnehmer darauf aufmerksam zu machen, dass für die vertraglich vereinbarten Länder ein Exklusivlieferant bestehe.

Demgegenüber erklärt die Beklagte, aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrags sei die auf Realerfüllung zielende Forderungen der Klägerin gegenstandslos.

5.6.2 In § 2.2 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags regelten die Parteien folgendes:

"The Manufacturer must list the Distributor with direct link and contact information on his homepage."

Demnach muss die Beklagte die Klägerin mit einer direkten Verknüpfung und Kontaktinformationen auf ihrer Startseite bzw. Homepage aufführen. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, die Klägerin mit einer direkten Verknüpfung auf ihrer Homepage www.jovani.com aufzuführen.

5.7 Klagebegehren 7

5.7.1 Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren 7, es sie die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, ihr eine Kommission von 20 % der Verkaufserlöse aus den von ihr an die Beklagte erfolgten Vermittlung / Verweisung von Kunden ausserhalb des exklusiv vertraglich zugesicherten Gebiets in der geschätzten Höhe von CHF 2'000.- auszubezahlen. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe weitere Geschäfte an "Mariage" in St. Petersburg, Russland, getätigt, ohne mit der Klägerin die vertraglich vereinbarten 20 % abzurechnen. Die Beklagte sei deshalb zu verpflichten, sämtliche mit Abnehmern in der Vertragsstaaten gemäss Exklusivliefervertrag nach Abschluss desselbigen abgeschlossenen Kaufverträge zu editieren und ihr die entsprechenden Kommissionen von minimal geschätzten CHF 2'000.- zu erstatten.

Die Beklagte bestreitet den Anspruch und bringt vor, dieser sei in jeder Hinsicht unsubstantiiert. Auch ein Editionsbegehren helfe nicht weiter, da die Klägerin die einzige sei, welche wissen müsse, welche Kunden sie an die Beklagte vermittelt habe.

5.7.2 Mit Verfügung von 30. Dezember 2008 wurde die Klägerin auf die Substantiierungspflicht und insbesondere darauf hingewiesen, dass ihr Rechtsbegehren Ziffer 7 ("geschätzte" CHF 2'000.-) unbestimmt und unklar sei. Weiter wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen könne, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus einem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setze entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Tatsachenbehauptungen müssten so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Trotzdem legte die Klägerin nicht ansatzweise dar, woraus sich der Betrag von CHF 2'000.- ergeben soll. Es fehlen Angaben dazu, welche Bestellungen mit welchem Umfang sie an die Beklagte vermittelt hat. Sodann widerspricht ihr Rechtsbegehren ihrer Begründung. Das Rechtsbegehren bezieht sich auf § 5.4.3 des Alleinvertriebsvertrags, wonach zu den Bedingungen und Kondi-

tionen des Kaufs von Vertragsprodukten von der Beklagten eine Kommission von 20 % auf Bestellungen von Kunden ausserhalb des Vertragsgebiets gehört, welche von der Klägerin an die Beklagte weitergeleitet werden. Es geht somit um Kundenbestellungen von ausserhalb des Vertragsgebiets. In der Begründung verweist die Klägerin demgegenüber auf Geschäfte, welche die Beklagte in Russland getätigt habe, wobei sie nicht einmal behauptet, diesen Kunden an die Beklagte vermittelt zu haben, geschweige denn wann. Russland gehört aber gemäss § 2.1 des Vertrags zum Vertragsgebiet. Damit ist für dieses Geschäft keine Kommission seitens der Beklagten geschuldet. Sodann hätte die Klägerin die einzelnen Kunden von ausserhalb des Vertragsgebiets zu benennen gehabt, welche sie an die Beklagte vermittelt haben will. Dies hat sie unterlassen, obwohl es ihr zumutbar gewesen wäre. Ihr Begehren ist folglich abzuweisen.

5.8 Klagebegehren 8

5.8.1 Gemäss Rechtsbegehren 8 verlangt die Klägerin, es sei die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, sie zeitverzugslos mit sämtlichen Marketingartikeln, insbesondere Katalogen und Prospekten zu versehen. Sie erklärt, entgegen des Vertrags bediene die Beklagte sie weder als erste mit den entsprechenden neuen Modellen (Kleidern), noch mit den entsprechenden Marketingmitteln.

Demgegenüber bringt die Beklagte vor, sie habe die Klägerin das von dieser benötigte Marketing- und Werbematerial zur Verfügung gestellt. Die Klägerin habe keine unbegrenzten Anspruch auf Belieferung mit Werbematerial gehabt, sondern dieser habe in einer angemessenen Relation zu den von ihr getätigten Verkaufsanstrengungen stehen müssen. Dies auch aus dem Grund, dass die exklusiven und aufwändig gestalteten Kataloge die Beklagte jeweils zwischen USD 15 und 40 pro Stück gekostet hätten. Dennoch habe sie die Klägerin im ersten Jahr der Vertragsbeziehung regelmässig und unentgeltlich mit 200 Stück jedes neu erschienenen Kataloges beliefert und damit die Voraussetzung für eine erfolgreiche Vertriebstätigkeit der Klägerin geschaffen. Erst nachdem offensichtlich geworden sei, dass die Verkäufe der Klägerin weit unter den angekündigten Absatzzahlen gelegen hätten und dass langjährige Abnehmer die früher regelmässig bezogenen JOVANI Produkte aufgrund des unangemessenen Verhaltens der Klägerin und deren überhöhten Preise aus ihrem Angebot gestrichen hätten, habe die Beklagte ihre Lieferung von Werbematerial an die Klägerin vorübergehend eingestellt. Aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrags sei die auf Realerfüllung zielende Forderungen der Klägerin gegenstandslos. Dazu entgegnet die Klägerin, die vertragsgemässe Zurverfügungstellung von Werbematerial werde bestritten. Die von der Beklagten eingereichten Kataloge und Werbemittel seien ihr teilweise gänzlich unbekannt. Andere Kataloge habe sie zwar erhalten, jedoch in absolut unzureichendem Ausmass oder zu einem Zeitpunkt, als die entsprechenden Modellkleider bei der Konkurrenz bereits erhältlich gewesen seien. Die Beklagte habe sie für die grösste Textilmesse in Europa, die CPD in Düsseldorf, mit rund 200 Katalogen bedient, wobei der Standard bei 3'000 bis 4'000

anzusetzen sei. Die genannten Preise für die Kataloge würden bestritten. Erfahrungswerte aus der Branche zeigten, dass bei solch grossen Stückzahlen von über 5'000 Stück von einem Preis von USD 5-8 auszugehen sei. Die Verweigerung von ausreichenden Katalogen für Messen und die Verknüpfung mit angeblich ungenügenden Verkaufsanstrengungen sei willkürlich. Dies insbesondere, da die Beklagte bei einem eigenen Besuch der CPD vor dem Vertragsabschluss mit der Klägerin rund 4'000 Kataloge am Messestand abgegeben habe, ohne grössere Erfolge zu erzielen. Hierzu führt die Beklagte aus, sie habe mit gut 100 Katalogen ohne Weiteres während eines halben Jahres einen Umsatz von rund USD 300'000 generieren können. Die Klägerin sei mit mehr Katalogen und über insgesamt 16 Monate auf einen vergleichbaren Umsatz gekommen. An der Anzahl Kataloge könne dies aber nicht gelegen haben.

5.8.2 In § 2.2 Abs. 2 Satz 2 des Vertrags regelten die Parteien folgendes:

"He [the Manufacturer] must also provide the Distributor with an unlimited amount of catalogues, prospects and magazines for Marketing Measures free of cost for the Distributor."

Danach muss die Beklagte die Klägerin gratis mit einer unbegrenzten Menge von Katalogen, Prospekten und Magazinen für Vermarktungsmassnahmen beliefern. Diese Verpflichtung der Beklagten bezieht sich – entsprechend dem Rechtsbegehren der Klägerin – auf Kataloge und Prospekte, nicht aber – entgegen der klägerischen Ausführungen – auf Kleidermodelle. Sodann ist der Anspruch der Klägerin grundsätzlich unbegrenzt; nichts anderes ergibt sich aus der klar formulierten Vertragsbestimmung. Zu beachten ist jedoch, dass in Abs. 1 von § 2.2 u.a. geregelt wurde, dass die Klägerin alle Anstrengungen unternehmen muss, um den Verkauf der Vertragsprodukte zu fördern. Für diese Anstrengungen hat sie die Beklagte mit einer unbegrenzten Anzahl von Katalogen zu versorgen. Nur wenn die Klägerin mehr Kataloge und Prospekte anfordern würde, als sie für ihre Verkaufsanstrengungen tatsächlich benötigt, wäre ihr Begehren nicht schützenswert. Die Beklagte ist somit zu verpflichten, die Klägerin mit Katalogen und Prospekten zu beliefern.

5.9 Klagebegehren 9

5.9.1 Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren 9, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihr Schadenersatz für die ihr entstandenen Kosten für die Herstellung von Katalogen und Prospekten zufolge Nichtlieferung durch die Beklagte in der Höhe von CHF 5'164.- zu bezahlen. Sie bringt vor, aufgrund der Tatsache, dass es die Beklagte unterlassen habe, ihrer vertragliche Verpflichtung zur ihrer Belieferung mit Marketingmitteln nachzukommen, sei sie gezwungen gewesen, die Kataloge und Prospekte selbst herzustellen, um an den von ihr besuchten Modemessen etwas abgeben zu können. Die Beklagte sei deshalb dazu zu verpflichten, die entstandenen Kosten gemäss Auflistung zu ersetzen.

Demgegenüber macht die Beklagte geltend, der Antrag der Klägerin sei abzuweisen, da diese keinen unbegrenzten Anspruch auf Belieferung mit Werbe- und Marketingmaterial gehabt habe, sondern dieser in einer an-

gemessenen Relation zu den von ihr getätigten Verkaufsanstrengungen habe stehen müssen. Dies gelte insbesondere für teuer aufgemachte, exklusive Prospekte wie diejenigen der Beklagten. Obwohl sich die Klägerin gegenüber der Beklagten in § 5 Distributionsvertrag verpflichtet habe, den Verkauf im Vertragsgebiet zu fördern und sich nachhaltig für den Absatz der Vertragserzeugnisse und die Marke JOVANI einzusetzen, sei sie diesen Pflichten in keinerlei Hinsicht nachgekommen und habe sich zudem ihr gegenüber kontinuierlich und mit zweitweise sehr beachtlichen Beträgen in Zahlungsverzug befunden. Sie habe somit das Recht gehabt, vorübergehend von weiteren Prospektlieferungen abzuweichen, bis die Klägerin im zweiseitigen Vertragsverhältnis auch ihren Pflichten nachgekommen sei. Der bestrittene Schaden von CHF 5'164 sei nicht nur unbegründet, sondern auch unsubstantiiert, da die Klägerin nicht darlege, inwiefern das ihr von der Beklagten bereits zur Verfügung gestellte Marketingmaterial nicht ausgereicht habe bzw. wie viele zusätzliche Werbeunterlagen sie ihrer Meinung nach für ihren Umsatz benötigt hätte.

5.9.2 Mit Verfügung vom 30. Dezember 2008 wurde die Klägerin auf die Substantiierungspflicht und insbesondere darauf hingewiesen, dass ihr Rechtsbegehren Ziffer 9 (CHF 5'164.-) nicht durch Drittrechnungen untermauert sei, vielmehr lediglich mit einer klägerischen Zahlenaufstellung begründet werde, weshalb dieser Betrag in der Replik substantiiert darzulegen sein werde. Weiter wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen könne, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunkts werde sich aus einem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setze entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Tatsachenbehauptungen müssten so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Trotzdem unterliess es die Klägerin, nähere Angaben zu der von ihr behaupteten Herstellung von Katalogen und Prospekten zu machen. Es fehlen jegliche Angaben zu deren Anzahl und Inhalt. Auch gibt die Klägerin nicht an, an welchen Messen sie wie viel vom Material abgegeben haben will. Sodann reicht es nicht, auf Beweismittel zu verweisen, ohne zu diesen konkrete Behauptungen in der Rechtsschrift aufzustellen. Mangels genügender Substantiierung ist ihr Begehren abzuweisen.

5.10 Klagebegehren 10

5.10.1 Gemäss Rechtsbegehren 10 verlangt die Klägerin, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihr Schadenersatz für – unter Verletzung des Vertrages durch Direktbelieferungen von Abnehmer im vertraglich exklusive zugesicherten Gebiet – entgangenen Gewinn in der Höhe von CHF 120'000.- zu bezahlen. Die Klägerin macht geltend, auf die Tätigkeit sowie das sonstige Verhalten und Auftreten auf den Märkten der Beklagten habe der Vertragsschluss zwischen den Parteien keinerlei Einfluss gehabt. Die Beklagte sei deshalb zu verpflichten, ihr Schadenersatz für entgangenen Gewinn aufgrund vertragswidrig abgeschlossener und durch die Beklagte zu editierender Kaufverträge in ihrem Vertragsgebiet in der Höhe von geschätzten CHF 120'000.- zu bezahlen. Aufgrund der geführten Gespräche mit Händlern, welche bestätigten, die Ware direkt bei der

Klägerin [richtig: Beklagten] gekauft zu haben, sowie den Visiten bei verschiedenen Händlern und Detaillisten in den Vertragsstaaten, welche diese Kollektionen nicht über die Klägerin bezogen haben könnten, habe diese eine entsprechende Schätzung vornehmen können. Während der Vertragsdauer habe die Beklagte geschätzte 4'700 Kleider an Abnehmer in den Vertragsstaaten direkt verkauft. Der geschätzte Gewinnausfall bei der Klägerin bzw. Gewinn bei der Beklagten dürfte sich auf CHF 564'000 belaufen. Der geltend gemachte Schadenersatz sei damit ausgewiesen. Die entsprechenden Verkaufsunterlagen zu tatsächlichen Verkaufspreisen – nicht den gemäss ausschliesslich zu Verzweckungszwecken erstellten Rechnungen – seien im Rahmen der Edition durch die Beklagte beizubringen.

Die Beklagte erklärt demgegenüber, die Klägerin stelle nicht einen einzigen Fall dar, in dem sie Endabnehmer im exklusiven Vertragsgebiet beliefert haben soll. Der Umfang der angeblichen Geschäfte werde nicht mit einem Wort erwähnt; gleiches gelte für die angeblich daraus abgeleiteten Ansprüche. Dass die Klägerin keine konkreten Behauptungen aufstelle, erstaune umso mehr, als sie doch ausführe, es bestünde entsprechender Schriftverkehr, es seien mehrere bestätigende Gespräche mit Händlern geführt worden und es seien verschiedene Visiten bei Händlern, die direkt beliefert worden sein sollen, vorgenommen worden. Keine dieser Behauptungen werde konkreter ausgeführt oder in irgendeiner Form belegt. Sie würden daher bestritten. Die Klägerin erwähne nicht mit einem Wort, wie sie auf die bestrittene Zahl von 4'700 Kleidern komme. Solches sei völlig aus der Luft gegriffen. Wie die Klägerin von der Anzahl Kleider auf einen angeblichen Gewinn der Beklagten von CHF 564'000 komme, bleibe deren Geheimnis. Weshalb diese Zahl gleich gross wie der Gewinnausfall der Klägerin sein soll, sei ebenfalls schleierhaft. Diese Zahl und die ihr möglicherweise zugrunde liegende Berechnungsmethode würden bestritten. Auch für ein Editionsbegehren genüge es nicht, ein paar Wunschzahlen aufzuschreiben sowie die Namen von möglichen Abnehmern zu notieren. Die Beklagte müsste genau wissen, was sie zu edieren habe. Voraussetzung dafür wäre, dass die Klägerin konkrete Behauptungen zu einzelnen Geschäftsfällen aufstelle. Dem komme die Klägerin nicht im Entferntesten nach. Die Klägerin entgegnet dazu, es handle sich bei den "gebrachten" 4'700 Kleidern um Schätzungen, welche durch Besuche bei Abnehmern der Beklagten mittels Zeugenbeweis nachgewiesen würden. Hinsichtlich der Berechnung des Umsatzes wie auch des Gewinnes kenne sie die Kalkulation der Beklagten und könne den entsprechenden Nachweis erbringen. Die Umsätze ergäben sich u.a. aufgrund der TV-Spots, welche durch Fernsehanstalten in Schweden ausgestrahlt worden seien. Dazu erklärt die Beklagte, was die Klägerin mit einem TV-Spot belegen wolle, sei schleierhaft. Aus einem TV-Spot ergäben sich keine Hinweise auf Umsatzzahlen, Gewinnmargen, Gewinne angeblich entgangene Geschäfte, angeblich von anderen abgeschlossene Geschäfte oder dergleichen mehr.

5.10.2 Mit Verfügung vom 30. Dezember 2008 wurde die Klägerin auf die Substantiierungspflicht und insbesondere auf hingewiesen, dass ihr Rechtsbegehren Ziffer 10 (entgangener Gewinn von CHF 120'000.-) und die

entsprechende Darlegung in der Klage unbestimmt und unklar sei. Weiter wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen könne, in der Meinung, die Begründung ihres Prozesstandpunkts werde sich aus einem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setze entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Tatsachenbehauptungen müssten so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Trotzdem unterliess es die Klägerin, in der Klageschrift konkrete Angaben zu den Händlern und Detaillisten zu machen bzw. deren Namen zu nennen, welche die Kollektion direkt bei der Beklagten erworben haben sollen. Sodann unterliess sie es, anzugeben, welche Händler welche Waren zu welchem Preis von der Beklagten gekauft haben sollen, so dass sie von 4'7000 Kleidern ausgehen konnte. Ebenso ist unklar, wie sie den Gewinnausfall mit CHF 564'000.- bezifferte bzw. weshalb der – von ihr nie genannte – entgangene Gewinn pro verkauftem Kleid (offenbar) CHF 120.- betragen haben soll. Insbesondere genügt es nicht, eine Aufstellung wie act. 32/9 als Beweismittel anzurufen, in der Meinung, das Gericht werde daraus die unterlassenen Behauptungen selber ergänzen. Mangels ansatzweise genügender Substantiierung der Forderung ist das Begehren abzuweisen.

5.11 Klagebegehren 11

5.11.1 Die Klägerin verlangt in Rechtsbegehren 11, es sie die Beklagte – in Erfüllung des am 11. Dezember 2006 zwischen den Parteien abgeschlossenen Exklusivlieferungsvertrags – zu verpflichten, sie zeitverzugslos mit Modellen und Kleidern zu beliefern. Die Klägerin erklärt, aufgrund der bisher mündlich durch die Vertreter der Beklagten gemachten Aussagen, dass die Beklagte sämtliche vertraglichen Verpflichtungen, insbesondere die Belieferung der Klägerin beim Versuch der Durchsetzung des Vertrages einstellen werde, sei die Beklagte zur vertragsgemässen Belieferung der Klägerin bei Strafe zu verpflichten.

Demgegenüber bringt die Beklagte vor, aufgrund der Beendigung des Distributionsvertrages sei die auf Realerfüllung zielende Forderungen der Klägerin gegenstandslos.

5.11.2 Der Vertrag der Parteien enthält keine ausdrückliche Bestimmung, welche die Belieferung der Klägerin durch die Beklagte mit Modellen und Kleidern beinhaltet. Das Alleinbezugsrecht der Klägerin und die entsprechende Belieferungspflicht der Beklagten ergibt sich jedoch aus der Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Alleinvertriebsvertrag. Sodann ergibt sich diese aus § 8 Satz 1 des Vertrags, wonach die Klägerin die Vertragsprodukte nur bei der Beklagten kaufen darf, und aus § 14.1 Satz 1, wonach das Verhältnis der Parteien jenes von Verkäufer und Käufer ist. Dass die Belieferung mit Modellen und Kleidern vorgesehen ist, ergibt sich schliesslich aus § 5.4.1 und § 5.4.2, wonach die Beklagte für Modelle einen Rabatt von 50 % auf den Einkaufspreis und für Folgebestellungen einen solchen von 35 % gewährt. Das Begehren der Klägerin ist damit ausgewiesen. Nachdem die Beklagte ihre Belieferungsverpflichtung bestreitet, ist auch das Rechtsschutzinteresse der

Klägerin zu bejahen und die Beklagte zu verpflichten, diese mit Modellen und Kleidern zu beliefern.

5.12 Nachklagevorbehalt

5.12.1 Die Klägerin erklärt, sie bestehe auf der Einhaltung und Verwirklichung des Vertrages durch die Beklagte. Sie behalte sich deshalb auch die Möglichkeit einer Nachklage für in der Zwischenzeit erfolgten Schaden, insbesondere durch den vollständigen Entzug der wirtschaftlichen Grundlage für die allein zum Vertragszwecke gegründete Gesellschaft samt Folgekosten vor.

Der Beklagte bringt dazu vor, die Klägerin unterlasse es gänzlich, darzulegen, warum und in wie weit es sich bei den bisher gestellten Anträgen um eine Teilklage handeln soll, und lasse somit auch offen, was Gegenstand einer allfälligen Nachklage sein soll. Sie bestreite, dass es irgendwelche Umstände gebe, auf welche die Klägerin eine Nachklage stützen könne.

5.12.2 Nach der Dispositionsmaxime kann sich der Kläger damit begnügen, einen nicht individualisierten Teilbetrag einer grösseren Gesamtforderung als Sog. Teilklage geltend zu machen. Alsdann kann in Dispositiv nicht der ganze Anspruch zugesprochen oder abgewiesen werden. Die materielle Rechtskraft des Urteils erstreckt sich nur auf den eingeklagten Teil. Der Vorbehalt einer Nachklage ist deshalb grundsätzlich nicht erforderlich, im einzelnen Fall aber zwecks Vermeidung von Unklarheit, ob auf den Rechtsanspruch verzichtet wird, empfehlenswert (FRANK/STRÄULI/MESSMER, ZPO § 54 N 17).

Im vorliegenden Fall fehlen Angaben der Klägerin zur Höhe der Gesamtforderung und dazu, welchen Teilbetrag sie von dieser eingeklagt hat. Offenbar möchte sie die Geltendmachung der Kosten für ihren Aufbau bzw. ihre Gründung gemäss act. 32/12 vorbehalten. Da es sich dabei um keinen Teil der bereits eingeklagten Schadenposten handelt und sich die materielle Rechtskraft des Urteils darauf nicht bezieht, kann davon abgesehen werden, einen Nachklagevorbehalt ins Dispositiv des Urteils aufzunehmen.

6. Widerklage

6.1 Widerklagebegehren 1

6.1.1 Gemäss Rechtsbegehren 1 a-c verlangt die Beklagte, es sei die Klägerin zu verbieten, das Zeichen JOVANI zur Kennzeichnung von Damenkleidern zu gebrauchen, mit dem Zeichen JOVANI gekennzeichnete Damenkleider anzubieten, in Verkehr zu bringen, zu lagern oder auszuführen und das Zeichen JOVANI in irgendeiner Form im Geschäftsverkehr zu gebrauchen. Die Beklagte bringt vor, das Recht der Klägerin, das Zeichen JOVANI im geschäftlichen Verkehr in irgend einer Form zu verwenden, sei mit der Beerdigung des Distributionsvertrags am 11. März 2008 dahingefallen. Folglich habe die Klägerin jeden Gebrauch von Namen, Marken und Zeichen der Beklagten zu unterlassen.

6.1.2 Nachdem der Alleinvertriebsvertrag der Parteien – wie vorstehend festgehalten – von der Beklagten nicht gültig gekündigt wurde und die Parteien weiterhin bindet, ist das Begehren der Beklagten abzuweisen, da die Klägerin gemäss § 4 des Vertrags zum Gebrauch des Zeichens JOVANI berechtigt ist. Die §§ 4.3.9 und 10.5 des

Vertrags, welche nach dessen Beendigung vorsehen, dass die Klägerin die Marke bzw. das Zeichen Jovani nicht mehr gebrauchen darf, kommen nicht zur Anwendung.

6.2 Widerklagebegehren 2

6.2.1 Die Beklagte verlangt in Rechtsbegehren 2, es sie die Klägerin zu verpflichten, die Marken CH 559285 JOVANI und IR 935655 JOVANI auf sie zu übertragen. Sie bringt vor, obwohl § 4.3.5 Distributionsvertrag der Klägerin ausdrücklich verbiete, eine Eintragung des Namens bzw. des Zeichens der Klägerin [richtig: Beklagten] vorzunehmen, habe sie feststellen müssen, dass die Klägerin am 30. April 2007 ohne ihre Zustimmung unter ihrem eigenen Namen beim Schweizer Markenregister die Marke JOVANI hinterlegt habe, welche unter der Nummer 559285 eingetragen worden sei. Ferner habe die Klägerin am 5. Juli 2007 gestützt auf die Schweizer Basishinterlegung 559285 JOVANI auch die internationale Marke JOVANI mit Schutzausdehnung auf acht Länder in- und ausserhalb Europas – von denen sich drei nicht im Vertragsgebiet gemäss § 2.1 Distributionsvertrag befänden (Weissrussland, Polen und Ukraine) – unter der Nummer 935655 registrieren lassen. Die Aufforderung an die Klägerin, unverzüglich eine Übertragung der Marken habe sie zum Eigenschutz vorgenommen, nachdem die habe feststellen müssen, dass die Beklagte ihrer vertraglichen Verpflichtung zum Schutze der Marke in sämtlichen Ländern Europas und insbesondere Osteuropas nicht nachgekommen sei.

6.2.2 In § 4.3 des Vertrags regelten die Parteien folgendes:

"4.3 This exclusive trademark licence shall be subject to the following restrictions:

4.3.5 The Distributor will neither directly nor indirectly register or apply for registration of the licensed trademarks, but agrees to render all reasonable assistance to the Manufacturer in establishing and maintaining the Manufacturer's right to such trademarks.

4.3.7 If, at any time during the term of this Agreement, an application is filed to register any trademarks in the Territory, then such registration will be in the name of Manufacturer as owner, [...]."

Danach wird die Klägerin weder direkt noch indirekt die lizenzierten Marken registrieren oder eine Registrierung beantragen, ist aber bereit, der Beklagten jede zumutbare Hilfe für die Begründung oder Aufrechterhaltung ihrer Recht an solchen Marken zu leisten. Wenn irgendwann während der Vertragsdauer eine Anmeldung zur Registrierung irgendeiner Marke im Vertragsgebiet eingereicht wird, dann wird eine solche Registrierung im Namen der Beklagten als Inhaberin erfolgen.

6.2.3 Keinen Schutz geniessen Marken, die ohne Zustimmung des Inhabers auf den Namen von Agenten, Vertretern oder anderen zum Gebrauch Ermächtigten eingetragen werden oder die nach Wegfall der Zustimmung im Register eingetragen bleiben (Art. 4 MSchG). Missbräuchliche Markenhinterlegungen durch den Vertreter des Markeninhabers werden auch als Agentenmarken bezeichnet. Die Anwendung der Bestimmung

setzt voraus, dass zwischen dem wirklichen und dem anmassenden Inhaber der Marke ein Vertrag besteht. Dieser Vertrag muss die Wahrung der geschäftlichen Interessen des Geschäftsherrn zum Inhalt haben. Zum Zeitpunkt der Hinterlegung muss der Geschäftsherr "Inhaber der Marke" sein. Die Hinterlegung durch den Vertreter muss nach Begründung des besonderen Vertrauensverhältnisses erfolgt sein. Obwohl die Zustimmung auch stillschweigend erteilt werden kann, bewirkt die blosser Duldung noch keine Zustimmung (WILLI, Kommentar MSchG, Art. 4 N 2, 7, 14 f.). Der Kläger kann anstatt auf Feststellung der Nichtigkeit der Markeneintragung auf Übertragung der Marke klagen, wenn der Beklagte sich diese angemasst hat. Der Anspruch erlischt zwei Jahre nach Veröffentlichung der Eintragung oder nach Wegfall der Zustimmung des Markeninhabers gemäss Artikel 4 (Art. 53 MSchG). Das Urteil lautet auf Verpflichtung des Beklagten auf Übertragung der Marke (MSchG-DAVID, Art. 53 N 3).

6.2.4 Nach Vertragsabschluss am 11. Dezember 2006 liess die Klägerin am 30. April 2007 die CH-Marke Nr. 559285 Jovani und gestützt auf diese Basisregistrierung am 5. Juli 2007 die IR-Marke Nr. 935655 Jovani eintragen. Gemäss dem Alleinvertriebsvertrag und nach Art. 4 MSchG wäre die Klägerin jedoch nicht berechtigt gewesen, die Marken in ihrem eigenen Namen einzutragen. Sodann wurde die Klage beim Friedensrichteramt am 17. September 2007 eingeleitet und damit innert der Frist von 2 Jahren seit der Eintragung eingereicht. Damit ist die Klägerin zu verpflichten, die beiden genannten Marken auf die Beklagte zu übertragen.

6.3 Widerklagebegehren 3

6.3.1 Gemäss Rechtsbegehren 3 verlangt die Beklagte, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihre Firma so zu ändern, dass sie das Zeichen JOVANI nicht mehr enthält. Die Beklagte erklärt, mit der Beendigung des Distributionsvertrags habe die Klägerin den Gebrauch ihrer Firma zu unterlassen und diese zu ändern.

6.3.2 Nachdem der Alleinvertriebsvertrag der Parteien – wie vorstehend festgehalten – von der Beklagten nicht gültig gekündigt wurde und die Parteien weiterhin bindet, ist das Begehren der Beklagten abzuweisen, da die Klägerin gemäss § 4 des Vertrags zum Gebrauch des Zeichens JOVANI berechtigt ist. Die §§ 4.3.9 und 10.5 des Vertrags, welche nach dessen Beendigung vorsehen, dass die Klägerin die Marke bzw. das Zeichen Jovani nicht mehr gebrauchen darf, kommen nicht zur Anwendung.

6.4 Widerklagebegehren 4

6.4.1 Die Beklagte verlangt in Rechtsbegehren 4, es sei die Klägerin zu verpflichten, die Domainnamen www.jovani-europe.com und www.jovani.ch auf sie zu übertragen. Sie bringt vor, mit der Beendigung des Distributionsvertrags habe die Klägerin die Verwendung der Domainnamen zu unterlassen sowie unverzüglich auf die Beklagte zu übertragen.

6.4.2 Nachdem der Alleinvertriebsvertrag der Parteien – wie vorstehend festgehalten – von der Beklagten nicht gültig gekündigt wurde und die Parteien weiterhin bindet, ist das Begehren der Beklagten abzuweisen, da die Klägerin gemäss § 4 des Vertrags zum Gebrauch des Zei-

chens JOVANI berechtigt ist. Die §§ 4.3.9 und 10.5 des Vertrags, welche nach dessen Beendigung vorsehen, dass die Klägerin die Marke bzw. das Zeichen Jovani nicht mehr gebrauchen darf, kommen nicht zur Anwendung.

6.5 Widerklagebegehren 5

6.5.1 Gemäss Rechtsbegehren 5 verlangt die Beklagte, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihr sämtliche Werbe- und Marketingunterlagen, Geschäftspapiere und sonstiges Material, welches den Namen JOVANI trägt, herauszugeben. Die Beklagte macht geltend, aufgrund der Beendigung des Vertrages sei die Klägerin verpflichtet, ihr sämtliche Werbe- und Marketingunterlagen, Geschäftspapiere und sonstiges Material, welches den Namen JOVANI trägt, herauszugeben.

6.5.2 Nachdem der Alleinvertriebsvertrag der Parteien – wie vorstehend festgehalten – von der Beklagten nicht gültig gekündigt wurde und die Parteien weiterhin bindet, ist das Begehren der Beklagten abzuweisen, da die Klägerin gemäss § 4 des Vertrags zum Gebrauch des Zeichens JOVANI berechtigt ist. Die §§ 4.3.9 und 10.5 des Vertrags, welche nach dessen Beendigung vorsehen, dass die Klägerin die Marke bzw. das Zeichen Jovani nicht mehr gebrauchen darf, kommen nicht zur Anwendung.

6.6 Widerklagebegehren 6

6.6.1 Die Beklagte verlangt in Rechtsbegehren 6, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihr eine Liste mit den Namen und Adressen der von ihr seit dem 11. Dezember 2006 mit JOVANI Produkten belieferten Kunden zu übergeben und sämtliche bei ihr eintreffenden Anfragen betreffend die Belieferung oder den Bezug von JOVANI Produkten an die Beklagte weiterzuleiten. Die Beklagte macht geltend, dazu sei die Klägerin aufgrund der Beendigung des Vertrags verpflichtet.

6.6.2 Nachdem der Alleinvertriebsvertrag der Parteien – wie vorstehend festgehalten – von der Beklagten nicht gültig gekündigt wurde und die Parteien weiterhin bindet, ist das Begehren der Beklagten abzuweisen.

6.7 Widerklagebegehren 7

6.7.1 Gemäss Rechtsbegehren 7 verlangt die Beklagte, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihr den ausstehenden Betrag von USD 2'708.50 nebst zins zu bezahlen. Die Beklagte erklärt, seit der am 1. April 2008 erfolgten Mahnung befinde sich die Klägerin ihr gegenüber mit der Zahlung von USD 2'708.50 für bereits ausgeführte Bestellungen in Verzug. Demgegenüber bringt die Klägerin vor, die Beklagte habe es bis heute unterlassen, diesen angeblich noch offenen Betrag zu substantiieren, womit dieser bestritten werde. Die Beklagte habe ihr Modelle mit einem Rabatt von 50 % zu überlassen. Die Forderung möge darauf fussen, dass die Beklagte von einem Rabatt von 35 % ausgehe, was vertragswidrig sei. Die Beklagte erklärt, sie habe der Klägerin einen im Branchenvergleich hohen Discount von 35 % auf den Grosshandelspreis gewährt, für Muster gar 50 %. Sie mache gegenüber der Klägerin eine Forderung aus bis heute unbezahlt gebliebenen Rechnungen geltend. Die Rechnungen seien für an die Klägerin gelieferte Waren gestellt worden. Weder die Lieferung der Waren sowie

deren Qualität und Quantität, noch die von der Beklagten gestellten Rechnungen seien bis heute in irgendeiner Form bestritten worden. Der Ausstand zu ihren Gunsten belaufe sich auf USD 2'708.50. Am 1. April 2008 habe sie die Klägerin für einen höheren Betrag gemahnt; in der Folge habe diese eine Teilzahlung geleistet, so dass heute noch der vorgenannte Betrag ausstehend sei.

6.7.2 Mit Verfügung vom 30. Dezember 2008 wurde die Beklagte auf die Substantiierungspflicht und insbesondere darauf hingewiesen, dass sie ihre Behauptungen im Hauptverfahren bestimmt und vollständig aufzustellen habe; denn werde der Sachverhalt, auf den sich die Klage stütze, nicht vollständig in den Prozess eingeführt, so sei die Gegenpartei ausserstande, alle ihr sonst möglicherweise zu Gebote stehenden Einwendungen vorzubringen. Weiter wurde sie darauf aufmerksam gemacht, dass sich eine Partei nicht mit allgemeinen Behauptungen begnügen könne, in der Meinung, die Begründung ihres Prozesstandpunkts werde sich aus einem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setze entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Tatsachenbehauptungen müssten so konkret formuliert sein, dass ein substantiiertes Bestreiten möglich sei oder der Gegenbeweis angetreten werden könne. Trotzdem unterliess es die Beklagte, in der Begründung der Widerklage Angaben dazu zu machen, welche Rechnungen in welchem Betrag für welche Lieferungen seitens der Klägerin nicht bezahlt worden seien. Sie reichte zwar eine – offenbar von der Klägerin stammende – Aufstellung und drei Rechnungen ein, machte zu diesen aber keinerlei konkrete Angaben. Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts und der Gegenpartei, aus diesen Unterlagen die fehlenden Behauptungen der Beklagten zu ergänzen. Mangels genügender Substantiierung ist die Forderung abzuweisen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1 Die Rechtsbegehren 7, 9 und 10 der Hauptklage weisen einen Streitwert von CHF 127'164.- auf. Die restlichen Begehren 1-6, 8 und 11 sind auf CHF 100'000.- zu schätzen. Damit ist für die Hauptklage von einem Streitwert von CHF 227'164.- auszugehen. Hinsichtlich der Widerklage ist von einem geschätzten Streitwert von insgesamt CHF 50'000.- auszugehen.

Der Streitwert der Widerklage wird mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet, soweit sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO). Die Begehren 1-6, 8 und 11 der Hauptklage knüpfen an ein ungekündigtes, die Begehren 1 und 3-6 der Widerklage demgegenüber an ein gekündigtes Vertragsverhältnis an, so dass sie sich gegenseitig ausschliessen. Damit ist insgesamt von einem Streitwert von rund CHF 240'000.- (Hauptklage von CHF 227'164.- zuzüglich Widerklagebegehren 2 und 7) auszugehen.

7.2 Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Jede Partei hat in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden (§ 68 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Die Beklagte unterliegt mit ihrem Hauptstandpunkt, wonach sie den Vertrag mit der Klägerin gültig gekündigt habe, obsiegt hingegen mit ihren Begehren auf Übertragung der Markenrechte. Demgegenüber obsiegt die Klägerin mit ihrem Standpunkt, wonach die Beklagte ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag nachzukommen habe im überwiegenden Teil; sie unterliegt jedoch mit ihren Schadenersatzforderungen; ebenso die Beklagte mit dem Ihrigen. Sodann unterlag die Beklagten mit ihrem Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Prozessentschädigungen zuzusprechen.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Beklagte wird in Erfüllung des Alleinvertriebsvertrags der Parteien vom 11. Dezember 2006 verpflichtet,
 - a) keine direkten oder indirekten Lieferungen ins Vertragsgebiet (Schweiz, Deutschland, Österreich, Belgien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Finnland, Estland, Lettland, Litauen, Russland, Spanien, Portugal, Italien, Luxemburg, Fürstentum Lichtenstein, Monaco, San Marino, Andorra und Türkei) vorzunehmen;
 - b) Händler und Kunden aus dem Vertragsgebiet (Schweiz, Deutschland, Österreich, Belgien, Niederlande, Norwegen, Schweden, Finnland, Estland, Lettland, Litauen, Russland, Spanien, Portugal, Italien, Luxemburg, Fürstentum Lichtenstein, Monaco, San Marino, Andorra und Türkei) zum Abschluss von Liefer- bzw. Kaufverträgen an die Klägerin weiterzuvermitteln;
 - c) die Marke "Jovani" in den Staaten Norwegen, Liechtenstein, Monaco, San Marino und Andorra zu registrieren;
 - d) die Klägerin mit einer direkten Verknüpfung auf ihrer Homepage www.jovani.com aufzuführen;
 - e) die Klägerin mit Katalogen und Prospekten zu beliefern;
 - f) die Klägerin mit Modellen und Kleidern zu beliefern.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die Klägerin wird verpflichtet, die Schweizer Marke CH 559285 Jovani und die internationale Marke IR 935655 Jovani auf die Beklagte zu übertragen.
Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 20'000.-.
4. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und je aus der von ihnen geleisteten Kautions gedeckt.
5. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

-
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsbestätigung sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum.
7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an
- a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden;
 - b) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.
- Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Beschwerdefrist erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts.
-

C.1	1. Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend vorsorgliche Massnahmen (Kartell)
-----	---

Verfügung (HE 100008) des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 30. Dezember 2010 in Sachen A gegen B betreffend vorsorgliche Massnahmen (Kartell).

Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

I.

1. Mit Eingabe vom 29. Juli 2010 stellte die Klägerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit folgendem Rechtsbegehren:

"1. Die Gesuchgegnerin sei unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung mittels Verfügung zu verpflichten, den VW-Servicepartnervertrag vom 8. Dezember 2004 mit der Gesuchstellerin bis auf Weiteres zu erfüllen, insbesondere sämtlich IT-Anschlüsse und EDV-Verknüpfungen aufrecht zu erhalten sowie CI-Identifikationsobjekte und Zeichen etc. zur Verfügung zu stellen bzw. den Gebrauch derselben zu dulden.

2. Die Verfügung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1 sei ohne Anhörung der Gegenpartei als superprovisorische Verfügung zu erlassen.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchsgegnerin."

2. Nachdem die Klägerin entgegen § 22 Abs. 1 ZPO den Streitwert nicht beziffert hatte, wurde ihr mit Verfügung vom 30. Juli 2010 (vorab per Fax) Frist zur Bezifferung des Streitwertes angesetzt, mit dem Hinweis, dass das Verfahren nach Eingang der Streitwertbezifferung (Faxeingang genüge) fortgesetzt werde (Prot. S. 2).

3. Daraufhin schätzte die Klägerin mit Eingabe vom selben Tag den Streitwert mit CHF 30'000.

4. Mit Verfügung vom 2. August 2010 wurde der Antrag der Klägerin auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme ohne vorherige Anhörung der Beklagten abgewiesen, und der Beklagten wurde Frist zu Massnahmeantwort angesetzt.

5. Mit ihrer Massnahmeantwort vom 20. August 2010 stellte die Klägerin den Antrag, das Massnahmebegehren vollumfänglich abzuweisen.

6. Mit der Replik vom 20. September 2010 änderte die Klägerin Ziff. 1 ihres Massnahmebegehrens wie folgt ab (Änderung fett):

"1. Die Beklagte sei unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit sofortiger Wirkung mittels Verfügung zu verpflichten, den VW-Servicepartnervertrag vom 8. Dezember 2004 mit der Gesuchstellerin bis auf Weiteres **bzw. für die Dauer des vorliegenden Verfahrens bzw. bis zum Eintritt dessen Rechtskraft** zu erfüllen **bzw. aufrecht zu erhalten**, insbesondere sämtlich IT-Anschlüsse und

EDV-Verknüpfungen aufrecht zu erhalten sowie CI-Identifikationsobjekte und Zeichen etc. zur Verfügung zu stellen bzw. den Gebrauch derselben zu dulden."

7. Mit der Duplik vom 22. Oktober 2010 beantragte die Beklagte die Abweisung des geänderten Massnahmebegehrens.

8. Auf Zustellung der Duplik hin nahm die Klägerin – im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erlaubterweise – mit Eingabe vom 5. November 2010 zu gewissen Ausführungen in der Duplik Stellung. Zusätzlich reichte die Klägerin am 24. November 2010 eine – ebenfalls zulässige - Noveneingabe bezüglich eines gerade durchgeführten Audits ein.

9. Beide Eingaben der Klägerin wurden der Beklagten zugestellt (Prot. S. 8). Eine Stellungnahme seitens der Beklagten erfolgte nicht.

II.

1. Der Auseinandersetzung der Parteien liegt folgender unstrittiger Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, die Kollektivgesellschaft A, hatte am 8. Dezember 2004 mit der Beklagten, B, einen VW-Servicepartnervertrag abgeschlossen. Parallel dazu gab es einen VW-Händlervertrag der Beklagten mit einer Garage Senn AG [Aktionäre dieser Gesellschaft sind die Kollektivgesellschaft der Klägerin; die Beiden Gesellschaften werden von beiden Parteien als "Senn Gruppe" angesprochen]. Die Beklagte kündete den Servicepartnervertrag mit Schreiben vom 1. Juli 2008 auf den 31. Juli 2010. In der Folge bewarb sich die Garage Senn AG (vorbehaltlich der Gültigkeit der ausgesprochenen Kündigung) am 16. Juni 2009 um einen neuen Servicepartnervertrag. In einem Antwortschreiben vom 30. März 2010 empfahl die die Beklagte der Senn Gruppe, die Bewerbung nochmals ernsthaft zu prüfen, ohne diese aber abzulehnen. Nach vorausgehenden Mahnschreiben setzte die Klägerin der Beklagten am 14. Juli 2010 eine letzte Frist bis 26. Juli 2010 zur Bearbeitung des Gesuchs bzw. Weiterführung des bestehenden Vertrages. In der Folge teilte die Beklagte am 23. Juli 2010 mit, das Anliegen der Klägerin könne erst an der nächsten Geschäftsleitungssitzung vom 9. August 2010 behandelt werden. Mit Schreiben vom 26. Juli 2010 setzte die Klägerin daraufhin der Beklagten eine letzte Frist bis 29. Juli 2010, 12.00 Uhr, an und verlangte wenigstens eine Bestätigung, das bis zur Behandlung am 9. August 2010 sämtliche IT-Anschlüsse und EDV-Verknüpfungen aufrecht erhalten blieben und ihr die CI-Identifikationsobjekte bis auf weiteres zur Verfügung stünden. Diese Frist verstrichen ungenutzt, worauf die Klägerin am 29. Juli 2010 das Massnahmegesuch einreichte.

2. Bevor materiell auf die Sache einzugehen ist, sind zwei Feststellungen in prozessualer Hinsicht zu treffen:

2.1 Beide Parteien bestreiten die Ausführungen der Gegenseite vollumfänglich bzw. insgesamt und im Einzelnen, soweit sie nicht mit der eigenen Darstellung übereinstimmen oder ausdrücklich anerkannt werden.

Bestreitungen allgemeiner Art, und seien sie noch so ausgeklügelt formuliert, sind indes unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene konkrete Behauptung der Gegenseite, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden (FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 4a zu 113 ZPO). Das bedeutet umgekehrt, dass alle Ausführungen einer Partei, die die andere nicht ausdrücklich bestritten oder durch eine abweichende Sachdarstellung widerlegt hat, als **anerkannt** gelten.

2.2 Die Beklagte hat in der Massnahmeantwort geltend gemacht, das Massnahmebegehren Ziff. 1 sei nicht bestimmt und präzise genug, um bei Gutheissung zum richterlichen Urteil erhoben werden zu können. Insbesondere fehle es an der Verpflichtung der Klägerin, im Synallagma ihrerseits ihre Vertragspflichten einzuhalten. Es stelle sich deshalb die Frage, ob auf das Massnahmegesuch in der vorliegenden Form überhaupt eingetreten werden können.

Dieser Einwand des nicht genügend bestimmten Rechtsbegehrens, den die beklagten Parteien seit BGE 131 III 70 quasi routinemässig zu erheben pflegen, geht vorliegend an der Sache vorbei. Die Beklagte rügt ja nicht, es sei unklar, zu was sie verpflichtet werden solle, sondern sie macht geltend, auf Vertragserfüllung durch die Beklagte könne die Klägerin nur pochen, wenn sie ihre Verpflichtungen aus dem Vertrag auch erfülle. Das ist aber keine Frage der genügenden Formulierung des Rechtsbegehrens – diese ist durchaus gegeben –, sondern eine Frage des Bestehens des geltend gemachten Anspruches. Sollte der Anspruch wie eingeklagt nicht bestehen, führte dies zur Abweisung des Begehrens, nicht zu einem Nichteintreten.

Die Klägerin hat die Rüge der Beklagten dennoch zum Anlass genommen, ihr Begehren zu ändern. Allerdings ist sie dabei nicht auf die Rüge der Beklagten betreffend fehlendes Synallagma eingegangen, sondern hat in **zeitlicher Hinsicht** präzisiert, bis wann die verlangte Massnahme erteilt werden soll, indem sie beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, den VW-Servicepartnervertrag "bis auf Weiteres **bzw. für die Dauer des vorliegenden Verfahrens bzw. bis zum Eintritt dessen Rechtskraft** zu erfüllen **bzw. aufrecht zu erhalten**".

Diese Änderung ist zwar zulässig, aber unverständlich. Das vorliegende Verfahren endet mit dem Massnahmeentscheid. Offensichtlich will die Klägerin nicht, dass die Massnahme nur bis zu diesem Zeitpunkt angeordnet wird. Vielmehr dürfte Klägerin die Massnahme "bis zur rechtskräftigen Erledigung des ordentlichen Prozesses" angeordnet haben wollen und hat dies mit dem korrigierten Begehren nicht richtig zum Ausdruck gebracht. Das kann aber offenbleiben, wie gleich zu zeigen sein wird.

3. a) Zum Schutze von Ansprüchen, die aufgrund einer Wettbewerbsbeschränkung entstehen, kann das Gericht gemäss Art. 17 Abs. 1 KG auf Antrag einer Partei die notwendigen vorsorglichen Massnahmen anordnen. Hierauf stützt sich die Klägerin.

b) Die Klägerin behauptet eine Wettbewerbsbeschränkung. Sie macht geltend, gemäss Ziff. 17 des Kfz-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission stellten Kündigungsklauseln in Kfz-Vertriebsverträgen, die keine Schriftlichkeit und Begründungspflicht vorsähen, ein Wettbewerbsbeschränkung dar. Der VW-Servicepartnervertrag enthalte keine Begründungspflicht bei Kündigungen. Die Kündigung seitens der Beklagten sei ohne schriftliche Begründung erfolgt. Trotz mehrmaligem schriftlichen Ersuchen um Begründung der Vertragsauflösung im Sinne von Ziff. 17 der Kfz-Bekanntmachung der Wettbewerbskommission hätten bis dato weder die Klägerin noch die Senn-Gruppe Antwort auf ihre Anfragen erhalten. "Aus diesem Grund ist die Kündigung des VW-Servicevertrages nicht rechtmässig erfolgt. Sie verstösst eindeutig gegen die Kfz-Bekanntmachung und Art. 5 KG. Im Sinne dieser Bestimmung liegt somit eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor".

c) Ob ein Vertrag wirksam gekündigt und aufgelöst worden ist, bestimmt sich einzig und allein nach Zivilrecht. Art. 18 des VW-Servicevertrages der Parteien besagt: "Dieser Vertrag kann von jedem Vertragspartner durch schriftliche Erklärung gegenüber dem anderen Vertragspartner mit einer Frist von 24 Monaten zum Monatsende gekündigt werden". Genau so ist die Beklagte vorgegangen, indem sie der Klägerin mit Schreiben vom 1. Juli 2008 die Kündigung des Vertrages per 31. Juli 2010 mitteilte. Diese Kündigung war zivilrechtlich wirksam; damit wurde der Vertrag per 31. Juli 2010 aufgelöst.

Ob der Vertrag allenfalls kartellrechtskonform war oder nicht, ist eine andere Frage, welche die Wirksamkeit der Vertragsauflösung nicht tangiert.

Ist der Vertrag der Parteien aber per 31. Juli 2010 aufgelöst worden, dann fehlt dem Rechtsbegehren der Klägerin, die Beklagte zu verpflichten, den Servicepartnervertrag aufrecht zu erhalten, bzw. zu erfüllen, die Anspruchsgrundlage. Wo kein Vertrag mehr besteht, kann kein vertraglicher Anspruch mehr geltend gemacht werden.

Nun verweist die Klägerin in ihrer Replik auch auf Art. 13 Bst. b KG, wonach der Richter anordnen kann, dass der Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten einen Vertrag abzuschliessen hat. Ob die Voraussetzungen dafür – und für den Erlass einer entsprechenden vorsorglichen Massnahme nach Art. 17 KG – im vorliegenden Fall gegeben sind, braucht aber nicht abgeklärt zu werden, weil die Klägerin keine entsprechendes Rechtsbegehren gestellt hat.

Dies führt zur Abweisung des Massnahmebegehrens.

4. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig.

Den Streitwert hat die Klägerin (in der Replik) mit mindestens CHF 100'000 beziffert, die Beklagte mit maximal CHF 122'400. Damit ist von einem Streitwert von CHF 122'400 auszugehen (§ 22 Abs. 2 ZPO).

Der Einzelrichter verfügt:

1. Die Änderung des Massnahmenebegehrens wird zugelassen.

-
2. Das Massnahmebegehren wird abgewiesen.
 3. Die Gerichtsgebühr für das Massnahmeverfahren wird festgesetzt auf CHF 7'000.-.
 4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
 5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 7'000.- zu bezahlen.
 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien gegen Empfangsschein sowie an das Sekretariat der Wettbewerbskommission.
 7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an
 - a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden; (diese Frist läuft in den Gerichtsferien)
 - b) beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.
- Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Beschwerdefrist erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts.
-

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A		GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
AF	Arrêté fédéral	GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	GU	Gemeinschaftsunternehmen
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	H	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	HGer	Handelsgericht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	HMG	Heilmittelgesetz
B		I	
BA	Bundesamt	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
BB	Bundesbeschluss	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
BBI	Bundesblatt	J	
BG	Bundesgesetz	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	JdT	Journal des Tribunaux
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	K	
BGer	Bundesgericht	KG	Kartellgesetz
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BR	Bundesrat	L	
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BV	Bundesverfassung	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
C		LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
CC	Code civil	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
CE	Communauté Européenne	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
CE	Conseil des Etats	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CF	Conseil fédéral	LF	Loi fédérale / Legge federale
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LL	Legge federale sul lavoro
CO	Code des obligations	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
Cost.	Costituzione federale	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CPS	Code pénal suisse	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
cst.	Constitution fédérale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
D		LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	M	
DG	Direction Générale (UE)	N	
E		O	
EU	Europäische Union	O	Ordonnance
F		OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StR	Ständerat
OGer	Obergericht	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	T	
OMC	Organisation mondiale du commerce	TA	Tribunal administratif
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TApp	Tribunale d'Appello
OR	Obligationenrecht	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	U	
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	UE	Union Européenne
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PüG	Preisüberwachungsgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q		V	
R		VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	W	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	X	
RR	Regierungsrat	Y	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Z	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
S		ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZPO	Zivilprozessordnung
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten 660, 737
- abgestimmte Verhaltensweise 642, 655, 659 ff., 688 f., 692, 726 f., 736 ff., 752
- Abrede 641 ff., 649 ff., 703, 711, 714, 717, 725 f., 729, 735 f., 738 ff., 744, 746 f., 749, 751 f., 753 ff., 767 ff., 773 f., 776, 791, 796 ff.
- Acquiring -
- Anhörung 654, 666, 682, 729, 735, 738 f., 768, 791, 807
- Apotheker/innen 651, 654, 659, 663, 667, 678, 684, 686 f.
- Ärzte(-Verband) 649 ff., 703 ff.
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 778
- Bündelung vertikaler Restriktionen 681 f., 685 ff.
- C**
- D**
- Debitkarten 736
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 681 f., 685, 688, 697, 753 f., 791
- Effizienzprüfung 680
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 734 f., 761, 764 f., 789 f.
- Erheblichkeit 646, 661, 678 f., 705, 751 ff., 755
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln 660, 704, 707
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 705
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung -
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 644, 670, 741, 776, 784, 787
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 649
- Kreditkarten 705
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 657
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
- marktbeherrschende Stellung 647 f., 772, 782 ff.
- Marktgegenseite 644, 647 f., 670, 673, 711, 741, 743, 747, 749, 753, 777 ff.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 659 f., 674, 689
- Marktzutrittschranken 680, 746
- Meldepflicht 776 f., 785
- Missbrauch 647 f., 653, 707, 752
- N**
- Netzwerk -
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 659 f., 689 f., 713, 736 ff.
- potenzieller Wettbewerb 647, 744, 782
- Preisabrede 649 f., 654, 659, 664 f., 689, 691, 740 f., 747, 751, 753 ff., 760 ff.
- Preisbindung zweiter Hand 685
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 642, 650, 662, 666, 668, 675 f., 681, 722, 724, 726, 735, 749 ff., 761
- Reduktion der Sanktion 698 f., 769
- S**
- Sanktionen 654, 691 f., 695, 698 f., 701, 703, 714, 717, 734 f., 756 ff., 765, 767, 789, 792
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 640 ff.
- Tarifvertrag 663, 670, 751

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 647, 649 ff., 703 ff., 717 ff., 780, 782, 789 f.

unzulässige Wettbewerbsabrede 651, 654, 661, 700, 717,
736

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung 649, 654, 663 f., 666, 668, 678, 680, 695,
700, 704 f., 714, 804

Verschulden 692, 698, 757, 760

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 640, 642, 655 ff., 736, 776

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -